

Apuntes sobre Legitimidad Democrática y Asambleas Constituyentes

Joel Colón-Ríos

Vivimos en la época de las Asambleas Constituyentes. La idea de que una nueva constitución no debe ser creada por los órganos ordinarios del estado (por algún tiempo abandonada desde la creación de las primeras constituciones nacionales en el Siglo 18 y 19), domina los procesos de creación constitucional. En América Latina, así como en otras partes del mundo, quien plantee la necesidad de adoptar una constitución nueva, parece destinado a enfrentarse a la realidad de que la legitimidad democrática de tal proceso dependerá en gran parte de que el mismo se lleve a cabo a través de una asamblea especial (comúnmente identificada como Asamblea Constituyente) y no, por ejemplo, a través del proceso ordinario de reforma constitucional.¹ En este breve escrito, me dispongo a examinar algunas de las razones por las cuales esa realidad podría estar justificada. Procederé de la siguiente manera. Primero, examinaré la relación entre la idea de legitimidad democrática y la institución de la Asamblea Constituyente. Segundo, exploraré algunas de las diversas manifestaciones de dicha institución en el derecho comparado, prestando especial atención a las maneras en que las mismas se ajustan o no a la concepción de legitimidad democrática presentada en la primera parte. Finalmente, mostraré que la adopción de una constitución a través de una Asamblea Constituyente tiene implicaciones no sólo para el proceso de creación constitucional, sino también para la subsecuente protección de la ley fundamental.

Legitimidad Democrática y Orden Constitucional

¿Qué hace a una constitución legítima desde un punto de vista democrático? Para responder a esa pregunta debemos comenzar por examinar el significado de la idea de ‘legitimidad’ en el contexto de un orden constitucional.² Podríamos al menos pensar en tres concepciones distintas de esta idea, cada una apuntando hacia situaciones en que una constitución podría calificarse como legítima. La primera concepción describiría como legítimo a un orden constitucional cuya autoridad es aceptada por gobernantes y ciudadanos (o por la mayoría de los ciudadanos) a quienes aplica. Esa concepción de legitimidad es muy influyente y es generalmente asociada

¹ Los llamados a la adopción de nuevas constituciones o de transformaciones constitucionales importantes a través de Asambleas Constituyentes (o de mecanismos extraordinarios) no se limitan a América Latina. Por ejemplo, ver Sanford Levinson, *Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong (And How the People can Correct it)* (New York: Oxford University Press, 2006).

² Para una discusión más extensa, ver Joel Colón-Ríos, *Weak Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power* (Routledge, 2012).

con el trabajo de Max Weber.³ El problema con esta concepción, sin embargo, es que la misma puede entrar en conflicto directo con la idea de democracia, y por lo tanto, podría ser inconsistente con el concepto mismo de ‘legitimidad democrática’. Por ejemplo, nos llevaría a llamar ‘legítima’ a una constitución que ha sido creada por un dictador y ha establecido un sistema de gobierno dictatorial, pero cuya autoridad es aceptada (por alguna razón) tanto por gobernantes como por gobernados. En un caso como ese, quizás podríamos (con Weber), identificar dicha constitución como ‘legítima’, pero sería extraño que la describiéramos como legítima desde un punto de vista *democrático*.

La segunda concepción (la cual podría asociarse con el pensamiento de Hans Kelsen, pero no necesariamente coincide con el mismo) nos invita a llamar legítima a una constitución que ha sido adoptada legalmente.⁴ Es decir, una constitución creada sin violar las reglas de cambio del orden constitucional anterior, una constitución adoptada en ausencia de un rompimiento en la cadena de legalidad. Hay varios problemas con esta concepción, pero el más importante es que son muchos los ejemplos de constituciones que a pesar de haber sido adoptadas mediante mecanismos (relativamente) democráticos, y de establecer formas de gobierno (relativamente) democráticas, han sido creadas (por diversas razones) ‘ilegalmente’. Uno podría dar varios ejemplos de constituciones vigentes creadas de este modo (esto es, violentando el orden jurídico anterior), pero uno de los más antiguos sería la Constitución de Estados Unidos de 1787, y uno reciente, el de la Constitución de Colombia de 1991.⁵ Más aun, en casos en los cuales la legitimidad del orden constitucional anterior ha sido seriamente puesta en duda, el rompimiento con sus reglas de cambio podría inclusive considerarse como un componente necesario para la aceptación social de la nueva constitución.

La tercera concepción, que se encuentra reflejada en el trabajo de John Rawls, describiría como legítima a una constitución cuyo contenido puede ser aceptado desde una perspectiva racional.⁶ En otras palabras, una constitución legítima sería una ‘buena’ constitución, por ejemplo, una constitución que reconozca los derechos con los que todos estaríamos de acuerdo si pudiésemos liberarnos de nuestros prejuicios. Aunque inicialmente atractiva, esta concepción, como la primera, podría entrar en conflicto directo con el ideal democrático. Es decir, nos podría llevar a describir como ‘legítima’ a una constitución con el contenido ‘correcto’, pero que ha sido impuesta sobre una población que la rechaza. No es del todo difícil pensar en ejemplos

³ Max Weber, “The Profession and Vocation of Politics” en *Weber: Political Writings* (Peter Lassman & Ronald Speirs, eds.) (Cambridge University Press, Cambridge, 1994) p. 310.

⁴ Ver por ejemplo, Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation from the First Edition of *Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law** (Oxford: Clarendon Press, 1992) p. 18; Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (Berkeley: University of California Press, 1967) p. 209.

⁵ Para el caso de Colombia, ver Gonzalo Ramírez Cleves, *Límites a la Reforma Constitucional en Colombia: El Concepto de Constitución como Fundamento de la Restricción* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005). Para el caso de Estados Unidos, ver por ejemplo ; Richard S. Kay, “Constituent Authority” 59 *American Journal of Comparative Law* 715 (2011); Bruce Ackerman, *We the People: Foundations*, Cambridge: Harvard University Press, 1991; Akhil Reed Amar, “The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V” 94 *Columbia Law Review* 457 (1994).

⁶ John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge: Harvard University Press, 1999) p. 314; John Rawls, *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press, 2005) p. 224.

prácticos de una situación como esa: los casos de Irak y Afganistán, en cierto modo, muestran las posibilidades y límites de esa manera de actuar.⁷ Por supuesto, esto no es una invitación a rechazar las concepciones de la legitimidad de Rawls, Kelsen, Weber, sino un reconocimiento de que las mismas no son suficientes para desarrollar un concepto de ‘legitimidad democrática’. Cada una de ellas, de una manera importante, potencialmente niega la idea democrática básica de que el pueblo debe gobernarse a sí mismo, lo cual incluye ser autor de su propia constitución.

Vista de esta manera, la legitimidad democrática apuntaría hacia un orden constitucional consistente con determinados principios.⁸ Esos principios, a los que llamaré el principio de la participación popular y el principio de la apertura democrática, surgen de la propia idea de la democracia como un sistema de autogobierno. El que la democracia requiere que los ciudadanos tengan la oportunidad de participar en las decisiones que les afectan es casi axiomático. Como señala Castoriadis, el autogobierno democrático supone la “distribución equitativa de la actividad [política] y el poder” entre todos los ciudadanos.⁹ Dicho de otra manera, en una democracia, las decisiones políticas deben tomarse a través de procesos que permitan el mayor grado posible de participación ciudadana, esto es, a través de procesos consistentes con el principio de participación popular. Por otro lado, el autogobierno democrático supone una “comunidad de ciudadanos -el *demos*- [que] proclama que es absolutamente soberana”.¹⁰ En términos jurídicos, este principio (la apertura democrática) quiere decir que todas las leyes, incluso las fundamentales, deben ser permanentemente susceptibles a ser modificadas por el pueblo. La reforma constitucional puede por supuesto estar sujeta a mayorías calificadas, procedimientos dirigidos a proteger la estabilidad del sistema jurídico frente al gobierno de turno, pero la constitución debe proveer a los ciudadanos ordinarios una válvula de escape que les permita transformar radicalmente (o sustituir) la ley fundamental.

Un orden constitucional legítimo desde un punto de vista democrático buscaría realizar ambos principios. En términos prácticos, esto tendría implicaciones tanto procesales como sustantivas. En primer lugar, para satisfacer el principio de participación popular, el proceso de creación constitucional debe permitir la mayor participación posible de aquellos que estarán sujetos a la nueva constitución. Esa es, a mi juicio, la *primera condición* de la legitimidad democrática. La misma podría ser satisfecha a través de distintos tipos de procedimientos (que pueden incluir mecanismos como las iniciativas populares, referéndums, asambleas especiales a nivel local, regional, o nacional) dirigidos a promover la deliberación y la toma de decisiones por parte de los ciudadanos ordinarios. A la misma vez, y de forma consistente con el principio de apertura

⁷ Para una discusión, ver Andrew Arato, *Constitution Making Under Occupation: The Politics of Imposed Revolution in Iraq* (New York: Columbia University Press, 2009); Noah Feldman, “Imposed Constitutionalism”, *27 Connecticut Law Review* 857 (2004).

⁸ Esta concepción de la legitimidad democrática se encuentra defendida en más detalle en Colón-Ríos, *Weak Constitutionalism*, *supra* nota 2; Joel I. Colón-Ríos, *La Constitución de la Democracia* (Universidad Externado de Colombia, 2013).

⁹ Cornelius Castoriadis, “The Greek Polis and the Creation of Democracy” en *Castoriadis Reader* (David Ames ed.) (Oxford: Blackwell Publishers, 1997) p. 275.

¹⁰ *Ibid.*

democrática, dicho proceso debería colocar a los ciudadanos en posición de asumir el espacio constitucional como radicalmente abierto, esto es, como capaces de incluir en la constitución cualquier contenido que les parezca apropiado. Pero los principios de participación popular y apertura democrática no solamente tienen implicaciones para el proceso inicial de creación constitucional. Independientemente de los mecanismos mediante los cuales una constitución ha sido creada, su legitimidad democrática dependerá, de una forma importante, de su contenido. Es decir, la misma tiene que tener un contenido que facilite la realización de los principios de participación popular y la apertura democrática en el futuro.

Así, en segundo lugar, la legitimidad democrática requiere una constitución que siempre permanezca abierta a la modificación a través de procedimientos parecidos a los cuales fue creada. Dicho de otra manera, la *segunda condición* de la legitimidad democrática requiere una constitución que facilite el ejercicio futuro del poder constituyente del pueblo.¹¹ Pero el ejercicio futuro del poder constituyente, a su vez, requiere el respeto de determinados derechos: derechos a la participación y a la deliberación política (como por ejemplo, el derecho al voto, el derecho a la libertad de asociación, a la libertad de expresión), derechos que permitan a cada ciudadano formar sus propias opiniones sobre cuestiones de interés público (por ejemplos, derechos de privacidad), y derechos económicos y sociales sin los cuales la capacidad de actuar en la vida política disminuye o se hace imposible (derecho al trabajo, derecho a la educación).¹² Como podrá notar el lector, esta concepción de la legitimidad democrática descansa en una tensión muy importante. Mientras el principio de apertura democrática apunta hacia un pueblo absolutamente soberano, atribuido con la facultad de crear cualquier contenido constitucional, el pueblo viene obligado (si quiere crear un orden constitucional legítimo desde una perspectiva democrática) a crear una constitución que proteja la soberanía (o el poder constituyente) de las futuras generaciones.¹³

Ahora bien, la legitimidad democrática no es cuestión de todo o nada: puede haber constituciones *más* o *menos* legítimas desde un punto de vista democrático. En la práctica constitucional moderna, el mecanismo que más se acerca a satisfacer lo que a mi juicio es la primera condición de legitimidad democrática (la creación del orden constitucional a través de un procedimiento consistente con los principios de participación popular y apertura democrática), es la Asamblea Constituyente (siempre y cuando sea entendida como una institución participativa y soberana). La segunda condición de la legitimidad democrática (la

¹¹ Esto por supuesto no es una idea nueva. Ver por ejemplo, Thomas Jefferson, "Letter to Samuel Kercheval, July 12, 1816" en *The Portable Thomas Jefferson* (Penguin, 1975) p. 558-559; Jean-Jacques Rousseau, *The Social Contract and the Discourses* (London: Campbell Publishers, 1993) p. 259.

¹² Sobre la interdependencia entre los derechos civiles, los derechos de participación política, y los derechos sociales y económicos, ver Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (Cambridge: MIT Press, 1996); Corey Brettschneider, *Democratic Rights: The Substance of Self-Government* (Princeton: Princeton University Press 2007).

¹³ Nuevamente, vale la pena citar a Castoriadis: "In a democracy people *can* do anything -and must know that they *ought not* to do just anything. Democracy is the regime of self-limitation; therefore it is also the regime of historical risk -another way of saying that it is the regime of freedom- and a tragic regime". Castoriadis, *supra* nota 9, p. 282

posibilidad del ejercicio futuro del poder constituyente del pueblo), podría ser satisfecha por una constitución que faculte a la ciudadanía a convocar una Asamblea Constituyente (aun en contra de la voluntad de los poderes constituidos). Esto no quiere decir que bajo una situación como esa las dos condiciones de la legitimidad democrática siempre serán plenamente satisfechas, pues una entidad llamada ‘Asamblea Constituyente’ puede asumir distintas formas (incluyendo formas únicamente democráticas en un sentido muy débil). Por eso, en los próximos párrafos me dispongo a considerar la figura de la Asamblea Constituyente en el derecho comparado con especial énfasis en las experiencias recientes de algunos países latinoamericanos y teniendo en cuenta los comentarios teóricos anteriores.

La Asamblea Constituyente en el Derecho Comparado

Una Asamblea Constituyente es una entidad que se encuentra llamada a redactar una constitución. Naturalmente, no existe un modelo único de Asamblea Constituyente. Un análisis comparado requiere atención a al menos cuatro aspectos de esta figura: (a) su convocatoria, (b) el proceso de selección de sus miembros, (c) sus poderes, (d) y el modo de ratificación de su obra. Como veremos posteriormente, mientras más esos aspectos promuevan los principios de la participación popular y de la apertura democrática, más consistente será el proceso de creación constitucional con la concepción de legitimidad democrática expuesta anteriormente. En cuanto al modo de convocatoria, debemos hacer una distinción inicial entre convocatorias ‘constitucionales’, y convocatorias ‘extra-constitucionales’. La convocatoria constitucional ocurre cuando la constitución anterior contiene una regla que permite su modificación a través de una Asamblea Constituyente.¹⁴ Un ejemplo reciente de una convocatoria constitucional lo fue la asamblea que redactó la nueva Constitución de Bolivia. A pesar de que luego de entrar en funciones dicha asamblea estuvo envuelta en un número de controversias legales, su convocatoria ocurrió conforme a la regla de enmienda de la Constitución de 1967 (la cual había sido enmendada en el año 2004 a los efectos de permitir la posibilidad de reforma vía una Asamblea Constituyente).¹⁵

Ejemplos de convocatorias ‘extra-constitucionales’ relativamente recientes incluyen los procesos que llevaron a la adopción de la Constitución de Venezuela en 1999 y a la antes mencionada adopción de la Constitución de Colombia en 1991. A pesar de que, en su momento, las más altas cortes de dichos países reconocieron la legalidad de estas asambleas (o dicho de otra manera, entendieron no tener jurisdicción para regular el ejercicio del poder constituyente

¹⁴ El grado de especificidad de esas reglas varía de constitución en constitución. Por ejemplo, el Artículo V de la Constitución de los Estados Unidos y el Artículo 30 de la Constitución de Argentina, se limitan a autorizar a los poderes constituidos la convocatoria de una asamblea extraordinaria, sin establecer el modo de su elección, el modo de ratificación de su obra, etc. Esto, por supuesto, tiene implicaciones desde la perspectiva de la legitimidad democrática, pues podría dar paso a una ‘Asamblea Constituyente’ compuesta por las elites tradicionales y que funcione en un proceso con poca o ninguna participación popular.

¹⁵ Para una discusión, ver Rubén Martínez Dalmau, *El Proceso Constituyente Boliviano (2006-2008) en el Marco del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano* (La Paz: Editorial Enlace, 2008).

originario),¹⁶ las mismas fueron convocadas en violación a las reglas de cambio de las constituciones que vinieron a reemplazar (la Constitución de 1886 en Colombia, y la Constitución de 1961 en Venezuela). El carácter relativamente democrático de esas asambleas (su convocatoria mediante referéndum, su naturaleza electa, etc.) fue fundamental en las determinaciones judiciales que autorizaron los respectivos procesos de creación constitucional. Es decir, el hecho de que dichas asambleas pudiesen razonablemente entenderse como manifestaciones del poder constituyente del pueblo fue esencial para que las más altas cortes de Colombia y Venezuela autorizaran su convocatoria aun en contravención de las reglas de cambio de la constitución anterior.¹⁷ Ahora bien, tanto en casos de convocatorias constitucionales como extra-constitucionales, existen al menos dos modos principales de dar vida a una Asamblea Constituyente, los cuales discutiré a continuación.

Primero, el proceso para convocar la asamblea puede ser iniciado por el gobierno (ya sea por la rama ejecutiva o legislativa). Las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia, por ejemplo, permiten al Presidente¹⁸ y a la legislatura llamar a un referéndum para preguntar al pueblo si desea convocar a una Asamblea Constituyente. Segundo, el proceso puede ser iniciado popularmente, como ocurrió de manera extra-constitucional en Colombia en el 1990 (en donde el movimiento estudiantil colombiano estuvo al frente de al menos la parte inicial de la convocatoria a la asamblea), y como puede ocurrir constitucionalmente en países como Panamá y Venezuela (en donde determinado número de electores puede requerir la celebración de un referéndum que pregunte a los electores si desean convocar a una Asamblea Constituyente).¹⁹ Por supuesto, el modo de convocatoria incide directamente sobre la legitimidad del orden constitucional a crearse. En términos generales, mientras más participativo el proceso de convocatoria (como lo sería el caso de la convocatoria a través del recogido de firmas), mayor la contribución del mismo a la legitimidad democrática de la nueva constitución. En ciertos contextos políticos, en donde la voluntad popular a favor de la adopción de un nuevo orden constitucional es clara, la iniciación del proceso por el gobierno (y no por los electores), no presentará necesariamente un problema.

En cuanto al siguiente aspecto a considerar, el modo de elección de los miembros de la asamblea, debemos comenzar por distinguir entre asambleas constituyentes directamente electas (como la de Colombia de 1990) y asambleas cuyos miembros son indirectamente electos (como la Asamblea Constituyente de India de 1946, cuyos miembros fueron electos por

¹⁶ Ver Sentencia 138, 9 de noviembre de 1990 (Corte Suprema de Justicia de Colombia); Fallo n.º 17 de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela (19 de enero de 1999).

¹⁷ Para una discusión, ver Joel I. Colón-Ríos, “Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Colombia and Venezuela”, 18(3) *Constellations* 365 (2011).

¹⁸ La idea de otorgarle a un Presidente la iniciativa de convocar a una Asamblea Constituyente trae consigo peligros importantes. Esta implica que el primer ejecutivo podría utilizar dicho poder para escapar de una legislatura popularmente electa que en determinado momento se presenta como obstáculo a leyes o políticas impulsadas desde la presidencia.

¹⁹ Artículos 347-350, Constitución de Venezuela (1999); Artículo 314, Constitución de Panamá (1972, según enmendada en el 2004).

los representantes de las legislaturas provinciales).²⁰ También existe la posibilidad de que la legislatura se auto-transforme en Asamblea Constituyente (como ocurrió muchas veces en el pasado en jurisdicciones latinoamericanas así como en diversos países de Europa del Este).²¹ De estos tres modos de elección, el más consistente con la idea de legitimidad democrática es la elección directa de los miembros de la asamblea pues es el más que reduce la distancia entre ciudadanos y delegados (también existe la posibilidad, menos ensayada en tiempos recientes pero altamente democrática, de la selección de los miembros de una Asamblea Constituyente por sorteo).²² Uno podría argumentar que los miembros de una legislatura ordinaria también son (generalmente) directamente electos, y que por lo tanto, en términos de legitimidad democrática, no existe diferencia real entre una legislatura que se transforma en Asamblea Constituyente, y una asamblea especial paralela a la legislatura. No obstante, el hecho de que una Asamblea Constituyente sea electa con el mandato expreso de adoptar una nueva constitución le imprime una legitimidad democrática mayor a una legislatura que decide (ella misma), adoptar una constitución nueva sin haber formalmente consultado a la población.²³

Ahora bien, asumiendo que estamos hablando de una asamblea electa, las normas electorales que regulen la selección de sus miembros tiene implicaciones importantes en cuanto a las oportunidades de participación de grupos y movimientos sociales distintos a las alternativas políticas tradicionales. Aquí, me limitaré a discutir brevemente dos opciones principales: la elección a través de un sistema proporcional y la elección a través de un sistema no-proporcional. Existen un número de argumentos en contra de los sistemas estrictamente proporcionales.²⁴ Por ejemplo, se argumenta que dichos sistemas hacen más difícil la adopción de legislación, que le otorgan demasiado poder a las minorías, que resultan en gobiernos inestables, etc. Aún si uno aceptara dichos argumentos en el contexto de una legislatura ordinaria, estos no tienen la misma fuerza en el contexto de una Asamblea Constituyente. Es decir, un sistema que promueve la necesidad de alianzas, la necesidad de tomar en cuenta las preferencias de la minoría, y que hace más difícil que un solo grupo o partido controle la toma de decisiones, es particularmente atractivo en el contexto de una asamblea que se dispone a

²⁰ Ver Renata Segura y Ana María Bejarano, “¿Ni una Asamblea Más Sin Nosotros! Exclusion, Inclusion, and the Politics of Constitution-Making in the Andes” 11(2) *Constellations* 217 (2004); Granville Austin, *The Indian Constitution, Cornerstone of a Nation* (New Delhi: Oxford University Press, 1999).

²¹ Jon Elster, “Legislatures as Constituent Assemblies” en *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State* (Richard W. Bauman y Tsvi Kahana eds.) (Cambridge: Cambridge University Press, 2006)

²² Para algunos ejemplos recientes de selección por sorteo, ver Eoin Carolan, “Ireland’s Constitutional Convention: Behind the Hype about Citizen-Led Constitutional Change” 13(2) *International Journal of Constitutional Law* 733-748 (2015); Amy Lang, “But Is It for Real? The British Columbia Citizens’ Assembly as a Model of State-Sponsored Citizen Empowerment”, 35(1) *Politics and Society* 35-69 (2007). Para una discusión general sobre este modo de selección, ver Bernard Manin, *Principles of Representative Government* (Cambridge University Press, 1997).

²³ Además, los grupos e individuos que participan en la elección (o se presentan como candidatos) a una legislatura ordinaria no necesariamente son los mismos que se presentarían en el contexto de la elección de una Asamblea Constituyente (la cual puede atraer la participación de grupos que tradicionalmente han expresado desinterés en participar en la política ordinaria bajo la constitución vigente por considerarla ilegítima, injusta, etc.).

²⁴ Para una discusión, ver G. Bingham Powell, *Elections as Instruments of Democracy: Majoritarian and Proportional Visions* (Yale University Press, 2000).

adoptar una constitución.²⁵ Una vez más, los ejemplos de Venezuela y Colombia resultan particularmente útiles. En Colombia, la Asamblea Constituyente de 1990 fue electa bajo un sistema proporcional, lo que condujo a que ninguna fuerza política tuviera el control absoluto de la misma.²⁶ En cambio, la Asamblea Constituyente que adoptó la Constitución de Venezuela en 1999 fue electa bajo un sistema mixto, lo cual resultó en que las fuerzas del Polo Patriótico, tras haber recibido el 65% del voto popular, controlaran alrededor del 90% de sus asientos.²⁷

El próximo aspecto a considerar son los poderes de la asamblea. Generalmente se dice que las asambleas constituyentes *ejercen* el poder constituyente, es decir, que ejercen (a nombre del pueblo) el poder soberano de adoptar una nueva constitución. Pero dicha forma de hablar a veces oscurece un problema que es ejemplificado en el pensamiento de Emmanuel Sieyès y Carl Schmitt. Schmitt (que como sabemos es una figura altamente controversial) desarrolló la teoría del poder constituyente defendida por Sieyès pero entre ambos autores existe una diferencia muy importante. Para Sieyès, el poder constituyente puede ser *representado*: una Asamblea Constituyente llamada a adoptar una nueva constitución es equivalente al pueblo y puede ejercer el poder constituyente a nombre del pueblo.²⁸ Schmitt criticó fuertemente este aspecto de la teoría de Sieyès. Para Schmitt, el ejercicio del poder constituyente es incompatible con el concepto de la representación.²⁹ Es decir, el pueblo (o el titular del poder constituyente; recordemos que Schmitt no era un demócrata) delega en una Asamblea Constituyente el poder de redactar y proponer una constitución nueva, pero esa asamblea nunca *ejerce* el poder constituyente. Dicho poder solo puede ser ejercido por su titular (quien, en el caso del pueblo es muy numeroso para reunirse en asamblea). El titular del poder constituyente, luego de ser presentado con un borrador de constitución, con una propuesta, entonces decide, mediante un acto político, adoptarla como suya (o rechazarla).

En contextos democráticos (y aquí hago un paréntesis para discutir el siguiente aspecto a considerar, es decir, los modos de ratificación de la obra de una Asamblea Constituyente), ese acto político se ha institucionalizado en la figura del referéndum. No todos los procesos de creación constitucional recientes, inclusive aquellos con rasgos democráticos importantes, han requerido que la nueva constitución fuese ratificada popularmente antes de entrar en vigor. En Colombia, por ejemplo, la Asamblea Constituyente de 1990 se entendió como depositaria del poder constituyente, como llamada a ejercer dicho poder, y una vez la misma aprobó la constitución hoy vigente, no hubo necesidad de ratificación popular (es decir, se actuó de forma

²⁵ Vale la pena aquí mencionar que, además de los delegados electos, algunas Asambleas Constituyentes, como la de Venezuela en 1999, reservan algunas sillas para delegados de ciertos grupos (tres delegados indígenas en el caso venezolano), quienes probablemente no hubiesen podido lograr representación a través de una elección nacional.

²⁶ Ver Segura y Bejarano, *supra* nota 20.

²⁷ *Ibid.* Historicamente, no es inusual que las reglas de elección a una Asamblea Constituyente sean diseñadas con el objetivo de debilitar la influencia de las fuerzas del régimen anterior (es decir, aquellas que se oponen al cambio). Ver Gerardo Pisarello, *Procesos Constituyentes: Caminos para la Ruptura Democrática* (Editorial Trotta, 2014) p. 12.

²⁸ Emmanuel Joseph Sieyès, *What is the Third Estate?* (New York: Praeger, 1963) p. 154-156.

²⁹ Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (Durham: Duke University Press, 2008) p. 128.

consistente con la idea de que el poder constituyente puede ser representado). Por el contrario, las nuevas constituciones latinoamericanas (Bolivia, Ecuador, Venezuela) fueron todas redactadas por asambleas constituyentes que únicamente tenían el poder de proponer y no de adoptar una constitución.³⁰ En cada uno de esos casos, la constitución entró en vigor luego de ser ratificada en referéndum (se actuó, en este sentido, de forma consistente con la noción de que el poder constituyente no puede ser representado). Dicha manera de actuar es más consistente con la idea de legitimidad democrática, pues al requerir que toda constitución sea ratificada directamente por el pueblo, se promueve lo que anteriormente identifiqué como el principio de participación popular.

No obstante lo anterior, como las asambleas constituyentes son llamadas a crear una nueva constitución a nombre del pueblo, las mismas generalmente actúan como si fueran el pueblo, es decir, como si estuvieran en libertad de adoptar cualquier constitución y de no encontrarse sujetas a ninguna forma de derecho positivo. Existe por supuesto un peligro particular aquí (que no debería estar presente si se opera bajo la premisa de que la Asamblea Constituyente no ejerce ella misma el poder constituyente) pero que ha plagado a estas asambleas desde la Revolución Francesa: la idea de que una Asamblea Constituyente está facultada a suspender las operaciones de las instituciones ordinarias del gobierno o a ejercerlas ella misma.³¹ Por ejemplo, suspender el congreso y adoptar leyes ordinarias, o destituir jueces, como ha ocurrido en distintos momentos en América Latina.³² Si la Asamblea Constituyente es entendida meramente como una entidad que el pueblo crea para adoptar una constitución, entonces no debe haber razón para que ésta, a menos de que haya sido expresamente autorizada por los ciudadanos a así hacerlo, se entienda facultada a ejercer poderes que le pertenecen a los órganos constituidos, pues fue allí, y no en la asamblea, donde estos fueron depositados por el pueblo.

Comentarios Finales: Asamblea Constituyente y Vida Futura del Orden Constitucional

A modo de conclusión, me referiré a lo que considero son algunas de las implicaciones principales de una Asamblea Constituyente en la vida futura de un orden constitucional. Para ello, exploraré brevemente una de las diferencias principales entre las jurisdicciones con constituciones supremas y escritas, y las jurisdicciones con constituciones no escritas. Esto es, la ausencia, en países como Reino Unido o Nueva Zelanda, de un sistema de revisión judicial que les permita a los jueces invalidar leyes que se reputen inconstitucionales. La razón principal por la cual en dichos países los jueces carecen de esa facultad no es que en ellos no exista una

³⁰ No obstante, de forma altamente problemática, estas asambleas no se limitaron a redactar una constitución sino que llevaron a cabo diversos actos de gobierno. Por ejemplo, ver Hernán Salgado Pesantes, Hernán, “El Proceso Constituyente de Ecuador: Algunas Reflexiones” in *Procesos Constituyentes Contemporáneos en América Latina: Tendencias y Perspectivas* (José María Serna de la Garza ed.) (Universidad Nacional Autónoma de México, 2009).

³¹ Ver Alfred Cobban, *A History of Modern France, Vol. 1: 1715-1799* (Penguin Books, 1963) p. 163, 176, 184, 250-251.

³² Por ejemplo, ver la discusión del caso venezolano en Ricardo Combellas, “El Proceso Constituyente y la Constitución de 1999”, 30 *Politeia* 183 (2003). Para una interesante discusión de este fenómeno en el contexto estadounidense en el Siglo 19, ver Roger Sherman Hoar, *Constitutional Conventions: Their Nature, Powers, and Limitations* (Boston: Little, Brown, & Company, 1917) Capítulo 9, Sección 8.

constitución, sino que no exista una constitución en el sentido formal. Es decir, que no exista una ley que no esté sujeta a modificación por una simple mayoría parlamentaria. A su vez, la razón para que no exista una ley de ese tipo, es que todas las leyes (incluso las leyes de claro estatus constitucional, como las cartas de derecho de 1688 y 1998 en Reino Unido, y la Carta de Derechos de 1990 en Nueva Zelanda) fueron adoptadas por una legislatura ordinaria (aunque, en el caso de la carta de derechos de 1688 este punto está abierto a debate).³³ La institución de la Asamblea Constituyente, como la hemos discutido en este escrito (esto es, como una entidad claramente distinguible del parlamento), es ajena a la tradición constitucional de esos países.

Como todas las leyes (incluyendo las que los abogados ingleses y neozelandeses llaman leyes constitucionales) son adoptadas por el parlamento, atribuir a los jueces con el poder de invalidar leyes inconstitucionales sería muy difícil, pues conforme al arraigado principio de soberanía parlamentaria, cualquier ley posterior inconsistente con una ley anterior (sin importar la importancia, o el estatus constitucional, de la ley anterior)³⁴, prevalece sobre la misma. Por ejemplo, en Reino Unido, una ley ordinaria que claramente violente un derecho protegido por la Ley de Derechos Humanos de 1998 (y que no pueda ser interpretada de manera consistente con el derecho en cuestión) o una ley que expresamente derogue un derecho fundamental, será tratada como válida.³⁵ Por eso, no es sorprendente que tanto Alexis de Tocqueville como Albert Venn Dicey concluyeran que el Parlamento Británico puede ser visto como una Asamblea Constituyente en sesión permanente.³⁶ Por supuesto, cuando una constitución es adoptada por una Asamblea Constituyente (entendida, al menos conceptualmente, como un órgano distinto a la legislatura), la institución de la revisión judicial de la legislación (en la modalidad que permite a los jueces invalidar actos de la legislatura) tiene mucho más sentido. Es decir, el juez no hace otra cosa que aplicar las decisiones del titular del poder constituyente, tomadas por medio de una Asamblea Constituyente, por sobre las decisiones de un poder constituido (es decir, de una legislatura llamada a obrar de forma consistente con la constitución).

Ahora bien, las legislaturas (usualmente actuando a través de una mayoría especial), también tienen el poder de reformar la constitución, y dicho poder podría ser utilizado para dejar sin efecto una decisión judicial que haya invalidado alguna ley. La pregunta que surge entonces es si, al menos en algunos casos, el poder de reforma está sujeto a algún límite de tipo sustantivo.

³³ Para una discusión, ver Steven Pincus, *1688: The First Modern Revolution* (Yale University Press, 2010).

³⁴ Sin embargo, ver *Thoburn v Sunderland City Council* [2003] QB 151, para. 62, donde, en *obiter*, se indicó que aquellas leyes a las que se le pueda atribuir un estatus constitucional solamente pueden ser derogadas explícitamente (es decir, que en un caso en donde haya un conflicto entre dos leyes, y a una de ellas se le atribuya un estatus constitucional, no aplicaría la doctrina de la derogación implícita). En dicha decisión, el Lord Justice Laws describió a las leyes constitucionales (*constitutional statutes*) como aquellas que “(a) conditio[n] the legal relationship between citizen and state in some general overarching manner, or (b) enlarg[e] or diminis[h] the scope of what we would now regard as fundamental constitutional rights”.

³⁵ La Carta de Derechos de 1999 requiere que las cortes a interpreten (siempre que sea posible) las leyes de manera consistente con los derechos que allí se reconocen. Ver *Human Rights Act, 1998* (Section 3).

³⁶ Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* (New York: New American Library, 1956) p. 74; A V Dicey *Introduction to the Study of the Law and the Constitution* (Macmillan, London, 1959) p. 36-37.

Es decir, si hay algunos cambios constitucionales que solamente pueden ser adoptados por el pueblo en el ejercicio del poder constituyente. Varias cortes latinoamericanas, así como cortes de otras regiones, han dado una respuesta afirmativa a esa pregunta y han declarado tener jurisdicción para declarar inválidas enmiendas constitucionales que envuelvan cambios tan fundamentales que equivalgan a la creación de una constitución nueva (esto aun en el contexto de constituciones que carecen de cláusulas pétreas).³⁷ Este es un tema complejo, pero quisiera abordarlo brevemente antes de terminar. Si decimos que hay algunos cambios constitucionales tan fundamentales que solamente pueden ser adoptados por el pueblo en el ejercicio del poder constituyente, entonces deberíamos tener una constitución que permita el ejercicio de ese poder más allá del acto inicial de creación constitucional. Es decir, una constitución que permita el ejercicio futuro del poder constituyente.

El mejor mecanismo para facilitar el ejercicio de ese poder, y a la misma vez imprimir mayor legitimidad democrática al orden constitucional, sería una fórmula de enmienda (como la actualmente existente en las constituciones de Bolivia, Ecuador, y Venezuela) que permita a los ciudadanos, por iniciativa popular, convocar a una Asamblea Constituyente llamada a adoptar una constitución nueva o a transformarla radicalmente. En virtud de la existencia de ese mecanismo, los jueces constitucionales estarían en posición de proteger las decisiones del poder constituyente, declarando inválidas no solamente leyes ordinarias que se reputen inconstitucionales, sino también aquellas reformas a la constitución que a juicio de la corte, sean tan fundamentales que equivalgan a la adopción de una constitución nueva. Dichos cambios constitucionales, debería argumentar una corte, solo pueden adoptarse a través del ejercicio del poder constituyente, no a través de las acciones de mayorías o súper-mayorías parlamentarias. Los mismos requieren un mecanismo (que podría o no llevar el nombre de ‘Asamblea Constituyente’) que sea lo suficientemente democrático como para poder ser razonablemente entendido como equivalente a un acto de creación constitucional llevado a cabo por el pueblo. Es decir, un mecanismo que promueva las condiciones de la legitimidad democrática. Dicha manera de proceder, la cual no solamente resultaría en la protección de la ley fundamental sino que le permitiría al pueblo participar más activamente del proceso de creación constitucional, sería casi impensable en un contexto en donde la constitución vigente no ha sido creada por una Asamblea Constituyente.

³⁷ En India, ver por ejemplo el famoso caso de *Kesavananda Bharati v Kerala* (1973). En Colombia, ver por ejemplo Sentencia 551/03, 9 de julio de 2003 (Corte Constitucional de Colombia). Para una discusión acerca del desarrollo histórico de esta doctrina en el contexto del derecho comparado, ver Yaniv Roznai, “Unconstitutional Constitutional Amendments: The Migration and Success of a Constitutional Idea”, 61 *American Journal of Comparative Law* 657 (2013).