

Reflexiones en torno a la noción de poder constituyente

Planteamiento

La gran reforma constitucional de 2005 a la Constitución de la República de Chile de 1980 dejó entrever un número considerable de cuestiones que tradicionalmente han sido objeto de aquella parte tan olvidada del derecho público como es la teoría constitucional. La más distinguida de estas cuestiones fue la pretensión del Presidente de la República Ricardo Lagos Escobar consistente en el cambio de denominación de la Constitución chilena por la de “Constitución de 2005”¹. Tal afirmación presidencial abrió un debate en la prensa escrita acerca de la naturaleza jurídica de la reforma constitucional de aquel año. Los constitucionalistas de oposición afirmaron que para darle la denominación de “Constitución de 2005” debió haber ocurrido una ruptura institucional o una revolución. Según los juristas del Gobierno, la reforma a la Constitución fue tan sustantiva que no se reconoce en ella la intención política del constituyente originario. Sin embargo, esto es sólo la punta del iceberg. Buena parte del *iter legislativo* de la reforma a la Constitución de 1980 estuvo marcado por el deseo de desvincular la experiencia constituyente derivada de las necesidades del pueblo. Ejemplo de esto último, pues, la negativa a incorporar en el artículo 4 la cláusula del Estado social y democrático de Derecho; o bien, la negativa a incorporar la cláusula de reconocimiento de los pueblos originarios. Pero la materia respecto de la cual fue más visible ese divorcio entre constituyente y pueblo fue respecto de la integración del Senado. Es curioso que para eliminar los senadores institucionales se haya tenido que ceder a la minoría política conservadora la regulación del número de senadores, el número de circunscripciones y la fórmula electoral a una ley orgánica constitucional

* Director
Departamento de
Derecho Público,
Universidad de
Atacama

¹ Véase mi colaboración «Algunas notas críticas sobre la denominación de la Constitución de 1980», en *La Semana Jurídica* 272 (2006), Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, pp. 6-7.

que en vez de ser aprobada, modificada o derogada conforme a la regla general —cuatro séptimos de diputados y senadores en ejercicio— deba serlo por los tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio, conforme lo establece la Disposición Transitoria decimotercera de la Constitución². Esto es, técnicamente, un nuevo corsé instalado al proceso democrático chileno, una exigencia más para contener la fluidez del principio democrático. El siguiente trabajo tiene como finalidad volver sobre los conceptos básicos de nuestra ciencia, revisarlos y ofrecer una retrospectiva sobre el modo de instalación y sentido de la instalación de la Constitución como marco de regulación de la convivencia político-jurídica.

1. Las coordinadas teológico-políticas de la noción de *pouvoir constituant*

Emmanuel-Joseph Sieyès jamás utilizó la expresión *pouvoir constituant* en *Qu' est ce que le Tiers Etat*. Acudió, sin embargo, a otros vocablos para significar lo que hoy entendemos por *pouvoir constituant*. Para ello realizó la distinción entre representantes *ordinarios* y representantes *extraordinarios*. Aquellos -nos explica el Abate en el clásico capítulo V- ejercen las competencias propias de un gobierno, hallando sus límites en las formas constitucionales que les prescriben; los últimos, los representantes *extraordinarios*, por el contrario y a diferencia de los anteriores, suplen a la asamblea de la nación entera que les ha encomendado expresar su voluntad común, de manera *plena e independiente* de toda forma constitucional. He aquí la caracterización básica de este *pouvoir constituant*, distinto y anterior al poder que detentan los representantes ordinarios o *pouvoirs constitués*, presos de las formas constitucionales³. La expresión *pouvoir constituant* se encuentra en escritos como la *Exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, en la que aparece bien *raisonnée* su significado recogido hasta nuestros días: un poder previo y diferenciado de la constitución de los poderes públicos, no sujeto a límites constitucionales previos, libre de toda clase de constreñimientos

² En sentido crítico, véase mi colaboración «Senado y reforma constitucional: modificaciones al artículo 45 de la Constitución de 1980», en *Reforma Constitucional* (Francisco Zúñiga Urbina, coord.), Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2005, pp. 491-505.

³ Emmanuel-Joseph Sieyès, *¿Qué es el Estado Llano?*, traducción de José Rico Godoy, CEC, Madrid, 1988, pp. 31-147. Afirma Sieyès: «(...) Este cuerpo de representantes extraordinario reemplaza a la nación en su *independencia* de todas las formas constitucionales. No es necesario aquí tomar tantas precauciones para impedir los abusos de poder que estos representantes no son diputados más que para un sólo asunto y únicamente por un tiempo determinado. Y yo digo que ellos no tienen que someterse a las normas constitucionales, sobre las cuales han de decidir, por las siguientes razones: 1.ª Sería contradictorio porque, siendo esas formas indecisas, a ellos les toca regularlas. 2.ª Ellos no tienen nada que decir sobre aquellos asuntos para los cuales se habían fijado las formas positivas. 3.ª Ellos ocupan el lugar de la nación cuando se trata de regular la constitución y son, por lo tanto, independientes como la nación misma. Les basta *querer* como *quieren* los individuos en estado de naturaleza. De cualquier manera que hayan sido diputados, de cualquier forma que se reúnan y de cualquier forma que deliberen, siempre que no se ignore (y la nación no puede ignorarlo) que obran en virtud de un mandato extraordinario de los pueblos, su voluntad común valdrá tanto como la de la nación misma» (pp. 111-112).

que impidieren a la nación decidir soberanamente sobre la forma de su Constitución⁴. Esta representación *extraordinaria*, depositaria del poder constituyente, se encuentra estrechamente ligada al mandato democrático de dar a la nación una Constitución⁵. Esta vocación constituyente, en su formulación original, viene cargada por los acontecimientos históricos propios de la revolución francesa y que manifiesta una clara voluntad en orden a reemplazar el principio de legitimidad monárquica -fuente de la sociedad estamental, cuya vigencia ocasionaba toda clase de desigualdades económicas, políticas y sociales-, por el principio de legitimidad democrática, tendiente al establecimiento de los derechos individuales y la representación política de los miembros de la nación para la formación de una ley común. Por esta razón, cabe preguntarse: ¿contra qué realidad opresiva se erige una doctrina del *pouvoir constituant*? Lo que la revolución francesa propone destruir es todo un sistema político y social estimado como fuente de inaceptables injusticias y desórdenes (Antiguo Régimen). Esta es la razón por la que el estalinismo revolucionario francés deposita en la imagen del legislador la empresa de reconstruir un nuevo sistema político que abandone definitivamente los lazos con el viejo orden estamental⁶.

«(...) precisamente por esto, se manifiesta -en términos institucionales- en el dominio de la ley general y abstracta entre las fuentes del derecho, y en el dominio de la representación política sobre los antiguos vínculos corporativos que se expresaban en la institución del mandato imperativo».

De esta manera se logra comprender adecuadamente el sentido o propósito político de la construcción del abate Sieyès⁷.

⁴ Emmanuel-Joseph Sieyès, «Proemio a la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano», en *Escritos y discursos de la Revolución*, traducción de Ramón Máiz, CFC, Madrid, 1990, pp. 83-108. Escribe el Abate: «Ahora bien, una Constitución supone ante todo un *Poder Constituyente*. Los poderes públicos se hallan todos ellos, sin excepción, sometidos a las leyes, a reglas, a formas, que no pueden alterar a su antojo. En cuanto no han podido constituirse ellos mismos, carecen asimismo de la facultad de alterar su Constitución. En cambio, el Poder Constituyente lo puede todo en este orden de cosas, pues no se encuentra sometido a una Constitución previa. La Nación, que ejerce entonces el más grande y el más importante de todos sus poderes, debe encontrarse, en el ejercicio de esta función, libre de todo constreñimiento y de toda forma otros que aquellos que decidiera libremente adoptar. Mas no resulta necesario que los miembros de la sociedad ejerzan individual y directamente el Poder Constituyente; a tal efecto pueden otorgar su confianza a representantes que no se reunirán sino con este objetivo específico, sin permitirse ejercer ninguno de los poderes constituidos» (p. 100).

⁵ Ernst Wolfgang Böckenförde, «El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del Derecho constitucional», en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, prólogo y traducción por Rafael de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, pp.159-180. Para el profesor de la Universidad de Friburgo «(...) El concepto de poder constituyente es, por su origen y contenido, un concepto democrático y revolucionario, que sólo tiene su lugar y conexión con una teoría de la Constitución democrática (...)».

⁶ Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, traducción de Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, tercera edición 2000, p. 79.

⁷ Böckenförde, *El poder constituyente...*, p. 163.

«(...) Su intención era la de oponer al dominio del monarca y de las instituciones de la monarquía, basadas en el derecho y la tradición, el poder político de decisión originario y no vinculado de la nación como la fuerza que crea la Constitución».

Para Böckenförde el concepto de poder constituyente lleva envuelto en sí una fuerte impronta conceptual e ideológica propias de la teología política⁸. Ya en la tercera década del siglo XX Carl Schmitt abordó, con la agudeza que caracterizó su pensamiento conservador, la innegable relación existente entre los conceptos teológicos y los correspondientes a la teoría del Estado, siendo muchos de éstos una expresión secularizada de aquéllos⁹. En el pensamiento de Schmitt el estado de excepción es al derecho lo que el milagro es a la teología. En la comprensión de esta analogía -afirma el jurista del III Reich- se encuentra la explicación y desenvolvimiento de muchos conceptos filosófico-políticos de los últimos siglos¹⁰. Para el presente análisis, el *pouvoir constituant* presenta una importante carga ontológico existencial, es decir, que logra justificarse por sí mismo; es una *res facti, non iuris* y que cumple, ciertamente, la función excepcional de dotar de validez y legitimidad a la Constitución positiva¹¹. Opera en este sentido como legislador todopoderoso (Dios omnipotente), como *principium sui* (principio de sí mismo) y no *causa sui* (causa de sí mismo). Su actuación, esencialmente creadora del orden político y social, aparece *ex nihilo* (de la nada). El *pouvoir constituant* es una entidad «magnitud política», según Böckenförde- *ex nihilo fit ens creatum* (de la nada adviene el ser creado) y no ya *ex nihilo nihil fit* (de la nada nada adviene)¹². Sin embargo, y a diferencia de una teología natural, la obra creadora del poder constituyente aquí en la Tierra cumple una importante función de limitación a la intervención tanto de Dios como del soberano en el mundo de la realidad humana. Su filiación metafísica y teológica comulga más con una versión deísta de la creación -idea racional y trascendental de un Dios al que se piensa como *principio y causa* del

⁸ Böckenförde, *El poder constituyente...*, p. 164. «(...) al pueblo, entendido como un sujeto humano, se le debe reconocer pleno poder de disposición sobre la configuración del orden político y social, debe considerarse como su creador en sentido estricto. El orden social y político ya no se determina de acuerdo con una ordenación divina de la naturaleza y del mundo, sino que los hombres, desde su voluntad y decisión soberana, toman en sus manos su propio destino y la misma ordenación del mundo».

⁹ Carl Schmitt, *Teología política*, traducción de Francisco Javier Conde y prólogo de Luis María Bandieri, Editorial Struhart, Buenos Aires, 1998, p. 54 ss. La clásica expresión vertida por Schmitt al inicio del tercer apartado de este opúsculo reza de la siguiente manera: «Todos los conceptos sobresalientes de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados (...)».

¹⁰ Schmitt, *Teología política...*, p. 54.

¹¹ Böckenförde, *El poder constituyente...* Para este autor el poder constituyente aparece referido a la legitimación y a la justificación de la validez normativa y, también, «(...) como un concepto dogmático constructivo, cuyo objetivo consiste en estabilizar esa validez» (pp. 161-162).

¹² En su explicación sobre la titularidad del poder constituyente, Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, traducción de Francisco Ayala, Alianza Editorial, Madrid, 1982, afirma: «Según la concepción medieval, sólo Dios tiene una *potestas constituens*, en tanto que de esto pueda hablarse. El postulado: «Todo poder (o autoridad) viene de Dios» (*Non est enim potestas nisi a Deo, Rom.*, 13,1) tiene como significado el poder constituyente de Dios. También la literatura política de la Reforma, sobre todo, la teoría de los monarcómacos calvinistas, lo sostiene. (...) Los rastros de las ideas teológico-cristianas del poder constituyente de Dios eran todavía demasiado fuertes y vivas en el siglo XVIII, a pesar de toda la Ilustración (...)» (p. 95).

mundo- antes que con una de carácter teísta -idea natural, pero también racional de un Dios al que se piensa, además, como *autor* del mundo. Con acierto, Schmitt fija la estrecha filiación presente entre la doctrina del Estado de Derecho (*Rechtsstaat*) y las doctrinas deístas, ambas no muy amistosas con los conceptos o hechos de carácter irracional, como pudieran ser el *pecado*, el *poder absoluto*, el *milagro*, en definitiva, *lo excepcional*¹³. Resulta incompatible el concepto de poder constituyente con la posición de dominio del monarca, cuya fundamentación arranca de supuestos muy diversos. Esta constatación no impidió que los monarcas, a partir de los procesos de la Restauración en Europa, reclamasen para sí una legitimidad fundada en las nociones del *pouvoir constituant*¹⁴. Como señala Böckenförde, concebir al monarca y a su familia como fuente y origen del orden político, en el marco de una ordenación secular del Estado, es algo que, objetivamente, resulta insostenible. Nuevamente surge la incompatibilidad entre el principio monárquico, altamente irracional y sagrado, y el principio democrático, extremadamente racional y que tiende a la ordenación objetiva, impersonal y secular del orden social¹⁵.

2. Sentido de las revoluciones americana y francesa a finales del setecientos

Las colonias inglesas en América y el Estado francés del último cuarto de siglo XVIII jamás pensaron que sus respectivos procesos políticos, de independencia el uno y de soberanía popular el otro, influirían de tal manera en el modo de ordenación de las sociedades contemporáneas. En absoluto confluyen en estos dos acontecimientos del setecientos una misma causa, una igual experiencia histórica de sus pueblos o una idéntica resolución posterior de sus revoluciones. Estas dos revoluciones adoptan distintos significados sobre el modelo constitucional. Por esta razón, lo que se pudiera predicar sobre el significado político y jurídico de una de estas experiencias -y de todo el sedimento histórico que le acompaña- no sirve para comprender el sentido y desarrollo de la otra.

Esta especial diversidad presente en ambas revoluciones libertarias fue observada por Carl Schmitt, para quien en la Declaración americana de Independencia de 1776 no se reconocen completamente los nuevos principios sobre los que había operado la

¹³ Schmitt, *Teología política*.... Claramente lo expresa Schmitt: «(...) Porque la idea del moderno Estado de derecho se afirmó a la par que el deísmo, con una teología y una metafísica que destierran del mundo el milagro y no admiten la violación con carácter excepcional de las leyes naturales implícita en el concepto del milagro y producido por intervención directa, como tampoco admiten la intervención directa del soberano en el orden jurídico vigente. El racionalismo de la época de la ilustración no admite el caso excepcional en ninguna de sus formas. Por eso la convicción teísta de los escritores conservadores de la Contrarrevolución pudo hacer el ensayo de fortalecer ideológicamente la soberanía personal del monarca con analogías sacadas de la teología teísta» (pp. 54-55)

¹⁴ Böckenförde, *El poder constituyente*.... Escribe este autor: «(...) La posición del monarca ya no se podía defender de forma plausible más que adoptando los conceptos y las posiciones jurídicas fundamentales desarrolladas a partir del principio de la soberanía del pueblo e intentando reclamarlas para el monarca (...)» (p. 164).

¹⁵ Böckenförde, *El poder constituyente*...., pp. 164-165.

revolución francesa de 1789. Lo que surge en las colonias recién independizadas de Inglaterra es una nueva formación política y que coincide con el acto de elaboración de una Constitución que reconoce la existencia de un número diverso de nuevos Estados¹⁶.

«Otra cosa ocurre con la Revolución francesa de 1789. Aquí no surgía una nueva formación política, un nuevo Estado. El Estado francés existía de antes, y seguía existiendo. Aquí se trataba tan sólo de que los hombres mismos fijaban, por virtud de una decisión consciente, el modo y forma de su propia existencia política. Cuando se suscitó ahí conscientemente, y fue contestada, la cuestión del Poder constituyente, aparecía mucho más clara la fundamental novedad de tal fenómeno. Un pueblo tomaba en sus manos, con plena conciencia, su propio destino, y adoptaba una libre decisión sobre el modo y forma de su existencia política».

No se podría comprender el proceso revolucionario francés en claves que fueran propias de la revolución americana. En este sentido, cobra una vigencia capital aquella prevención de Jellinek: «Los hechos históricos que sirven de base a cada Constitución particular no podrían modificarse ni aun siquiera mediante la aceptación consciente del Derecho extranjero»¹⁷.

Una atenta mirada sobre los procesos históricos de cada una de las revoluciones libertarias de finales del setecientos se halla en los estudios del profesor Maurizio Fioravanti, de la Universidad de Florencia. Para este autor, los tradicionales conceptos del constitucionalismo moderno encuentran su expresión en los eventos revolucionarios de las colonias inglesas como en la revolución francesa. Ambas revoluciones determinarán distintos conceptos de Constitución debido, precisamente, a las diversas circunstancias históricas en que se desarrollan. De este modo, afirma Fioravanti, los acontecimientos vividos por las colonias inglesas en América configuraron un constitucionalismo entendido como «*técnica específica de limitación del poder con finalidad de garantía*», cuestión que se plasmó con claridad en la Constitución federal de 1787 y en las posteriores prácticas constitucionales de los Estados Unidos de América¹⁸. Al otro lado del océano Atlántico, en Francia, la revolución consagró en la Declaración un legislador virtuoso amparado en *la idea soberana de un poder constituyente o poderes constituidos* difícilmente controlable con fines de garantías¹⁹.

Se observa en estas dos experiencias revolucionarias las fuertes tensiones sostenidas entre la idea de la tradición del poder limitado y la idea del control político por el pueblo, vale decir, entre la idea de Constitución y la de soberanía popular. Según Fioravanti estas tensiones ya se expresaban en la literatura política de todo el setecientos, especialmente

¹⁶ Schmitt, *Teoría de la...*, pp. 95-96.

¹⁷ Georg Jellinek, *Teoría general del Estado*, traducción de la segunda edición alemana y prólogo por Fernando de los Ríos, Editorial Albatros, 1981, p. 401.

¹⁸ Fioravanti, *Los derechos...*, p. 77.

¹⁹ Fioravanti, *Los derechos...*, p. 76-77.

en Diderot, Blackstone, Burke y Bentham. Debido a esto es que cobran importancia teórica y práctica el estudio de las revoluciones libertarias de fines del setecientos²⁰.

«Las revoluciones del fin del siglo XVIII, primero la americana y después la francesa, representan en este sentido un momento decisivo en la historia del constitucionalismo, porque sitúan en primer plano un nuevo concepto y una nueva práctica que están destinados a poner en discusión la oposición entre la tradición constitucionalista y la soberanía popular. Se trata, en pocas palabras, del *poder constituyente* (...)».

La lectura historiográfica-política de Fioravanti muestra una importante novedad. Las revoluciones americana y francesa expresan principios del constitucionalismo moderno -límites al poder y soberanía del pueblo, respectivamente- en flagrante tensión, es decir, donde cada uno de ellos constituye el temor del otro. La teoría de los límites del poder, esencialmente obra del espíritu inglés, entendía que el fundamento del ejercicio de la potestad estatal residía en la reunión del Parlamento (rey, Cámara de los Lores y Cámara de los Comunes) y que esta cuestión era aceptada por los ciudadanos sin más por tratarse de una posesión y práctica inmemorial²¹. Por esta razón, se llega a comprender la desconfianza que suscitaba una fundamentación popular de la soberanía y así obtener la legitimidad de los órganos en el ejercicio de la potestad estatal. Por el contrario, en la Francia revolucionaria del setecientos la incontestable fuerza del principio de soberanía popular (o de la Nación) resultaba inconciliable con una teoría de gobierno como la inglesa, precisamente porque ella expresaba todo aquel régimen político que se debía transformar. Carré de Malberg explica que durante todo el periodo que va desde 1789 a 1875, los detentadores del poder en Francia jamás pudieron fundar su existencia en una idea de posesión constante de la soberanía, tal como se había logrado en Inglaterra²².

Sin embargo, y en ello radica el especial punto de vista de Fioravanti, en el principio francés de soberanía popular había una no menor voluntad de originar estabilidad política mediante la adopción de una Constitución, es decir, este principio de voluntad

²⁰ Maurizio Fioravanti, *Constitución*, traducido por Manuel Martínez Neira, Editorial Trotta, 1.a edición, Madrid, 2001, p. 103.

²¹ Raymond Carré de Malberg, *Contribution a la Théorie Générale de L'État*, vol. II, Librairie Recueil Sirey, Paris, 1922, reimpresión fotomecánica a cargo de Ediciones del CNRS, 1962. Afirma el maestro de Estrasburgo: «(...) Les Anglais ont pris coutume de dire que la puissance souveraine réside, chez eux, dans le Parlement; et sous ce nom de Parlement, ils entendaient la réunion du roi, de la Chambre des Lords et de la Chambre des Communes. C'est qu'en effet, le roi et les Chambres ont été, durant des siècles, les titulaires traditionnels et incontestés de la puissance étatique: à la longue, ces titulaires avaient fini par incarner aux yeux des Anglais la puissance souveraine, et le peuple anglais ne se préoccupait plus alors de rechercher d'où ils tiraient leur pouvoir. Ils le tiraient, avant tout, d'une possession immémoriale (...)» (p. 146).

²² Carré de Malberg, *Contribution a la...*, p. 147: «En France, d'autres circonstances ont prévalu. Après la chute de l'ancien régime, le peuple français, ayant rompu avec les traditions de son histoire politique, a éprouvé beaucoup de peine à s'en créer de nouvelles. De 1789 à 1875, il a, par de multiples changements, brusques et radicaux, de Constitution, épuisé toutes les formes de gouvernement. Au cours de cette période d'instabilité, les détenteurs successifs du pouvoir n'ont pu, comme en Angleterre, fonder leur existence sur une possession constante de souveraineté: et alors, à défaut d'un titre de légitimité fourni par le passé, il a bien fallu se demander quelle pouvait être, dans le présent, l'origine juridique et la base rationnelle de leur autorité (...)».

soberana del pueblo también buscaba la asociación de una Constitución y así poder otorgar la requerida estabilidad y orden a la sociedad. Viene a ser ésta, quizá, la única zona de contacto entre dos tradiciones revolucionarias con supuestos programáticos tan distintos²³. La revolución francesa experimentó un breve período (1789-1791) durante el cual se formula una inequívoca vocación de crear el Estado constitucional. La Asamblea constituyente (Asamblea Nacional) dicta la Constitución de 3 de septiembre de 1791, un texto que, pese a contener un Título VII acerca *De la révision des décrets constitutionnels*, impuso un procedimiento con evidentes dificultades para su revisión (artículos 2 a 6, Título VII). Sin perjuicio del procedimiento de revisión, destacan en esta aproximación a la idea de Estado Constitucional el artículo primero y el párrafo tercero del Título VII de esta Constitución. El *Article Premier*, sella la suerte del principio de soberanía de la nación. Se declara, por una parte, radicado el derecho imprescriptible de cambiar la Constitución en la nación; pero, al mismo tiempo, la Asamblea nacional constituyente considera que por razones de interés nacional ese derecho a reformar la Constitución sería ejercido de conformidad a las reglas y formas contenidas en los artículos siguientes del respectivo Título VII. El párrafo tercero del artículo octavo negó a los poderes constituidos (*pouvoirs institués*) el derecho a reformar todo o parte de la Constitución, salvo las reformas que pudieran haber sido hechas observando las disposiciones del Título VII. De esta suerte se concluye que la Constitución de 1791 relega la actividad soberana de la nación a un solo y único instante, la redacción, promulgación y sanción del texto constitucional, *agotándose*, en los hechos, ese derecho *imprescriptible* de la nación para reformar su Constitución. Es el triunfo no de la soberanía nacional, sino de la soberanía de la Constitución. Conscientes de este objetivo, se niega a los poderes constituidos facultades de disposición sobre el contenido de los preceptos constitucionales²⁴.

²³ Fioravanti, *Constitución...*, pp. 103-104: Afirma el profesor de Florencia: «(...) Pero lo realmente extraordinario de lo que estaba sucediendo era que esa misma voluntad soberana tendía a asociarse explícitamente a la constitución, a convertirse en voluntad generadora de orden, de renovada estabilidad. El poder constituyente de las revoluciones puede ser representado como el punto en el que las dos distintas y opuestas tradiciones, la de la soberanía y la de la constitución, tienden a confluir, a relacionarse».

²⁴ Sobre las etapas de la revolución francesa, Martin Kriele, *Introducción a la Teoría del Estado*, traducido por Eugenio Bulygin, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980. Refiriéndose el autor a la Constitución de 1791: «Al comienzo de la Revolución Francesa se encuentra la distinción entre *poder constituyente* y *poder constituido*, que fue promulgada por Sieyès y era fundamental para la idea de la asamblea constituyente. El poder constituyente no está obligado todavía por la constitución, es *legibus absolutus* y soberano en sentido propio. Pero al dictar la constitución, el poder constituyente se priva a sí mismo de la soberanía (...). Por tanto, si el poder constituyente se priva a sí mismo de la soberanía, la asamblea legislativa, creada por la constitución, no puede tener soberanía (...)» (p. 366); para la consulta de los textos políticos y constitucionales de Francia, Jacques Godechot, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Flammarion, París, 1979. Constitución de 1791, Título VII: «Article Premier.- L'Assemblée nationale constituante déclare que la Nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution; et néanmoins, considérant qu'il est plus conforme à l'intérêt national d'user seulement, par les moyens pris dans la Constitution même, du droit d'en réformer les articles dont l'expérience aurait fait sentir les inconvénients, décrète qu'il y sera procédé par une Assemblée de révision en la forme suivante (...)» (p. 66); «Art. 8.- (...) Aucun des pouvoirs institués par la Constitution n'a le droit de la changer dans son ensemble ni dans ses parties, sauf les réformes qui pourront y être faites par la voie de la révision, conformément aux dispositions du titre VII ci-dessus (...)» (p. 67).

3. El poder constituyente: entre el principio de soberanía popular y la supremacía constitucional.

En su obra *La reforma constitucional*, Pedro de Vega plantea que debido a que se renuncia históricamente al modelo de democracia identitaria, dominada por el principio ciego de soberanía popular, es que resulta la posibilidad de una teoría de la Constitución entendida como doctrina de limitación al poder y ley suprema del ordenamiento jurídico²⁵. Este otro concepto de democracia es el representativo, el cual, según afirma De Vega, por diferenciar entre gobernantes y gobernados conduce a la consideración de la Constitución como ley suprema y como norma limitadora y organizadora de los poderes del Estado. Por una parte, se limita el poder soberano del gobernante reivindicándose de esta manera la titularidad de la soberanía de los gobernados; por la otra, y a diferencia de lo que ocurre con la idea de democracia directa, la democracia representativa permite la diferenciación y organización del poder estatal en base a la ley y no en base a una determinada voluntad discrecional soberana, llámese monarca absoluto, dictador comisario o *volonté générale*²⁶. La teoría constitucional es el resultado de haberse logrado refrenar, previamente, los deseos de los gobernantes.

Democracia directa y democracia representativa aparecen como conceptos contradictorios por estimarse que son portadores, respectivamente, del principio democrático de soberanía popular y del principio de supremacía constitucional. En el contexto de la democracia ilimitada, democracia directa, donde el pueblo ejerce directa o inmediatamente el poder político, ni la teoría de la limitación ni menos una Constitución tienen cabida en ella. La teoría de la limitación es impensable pues coarta ese especial modo «directo» de ejercer el poder por el pueblo; la Constitución no tiene cabida, pues, si se trata de limitar el poder soberano, qué sentido tiene la legitimidad del Estado que se pretende fundada en la Constitución²⁷. Analizando la idea de ley fundamental en Rousseau, Georg Jellinek acusó la imposibilidad de una Constitución como límite al legislador en la doctrina del contrato social, pues de su lectura nada permite concluir que la voluntad general logre obligarse a sí misma. Piensa el jurista de Heidelberg que si el individuo se mantiene libre dentro de la sociedad, porque su voluntad es elemento constitutivo de la voluntad general, entonces las leyes declaradas por ésta requerirían la unanimidad. A la minoría no se les considera, pues se cree por la mayoría que están equivocados con respecto al contenido de la *volonté générale*. Con agudeza y un poco de humor Jellinek clava sobre Rousseau la siguiente frase: «Es claro que sólo puede haber hecho nacer una doctrina como ésta, que impide toda modificación en la Constitución, la falta de experiencia en el autor»²⁸.

²⁵ Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, quinta reimpresión, 2000, p. 19.

²⁶ Vega, *La reforma constitucional...*, p. 18.

²⁷ Vega, *La reforma constitucional...*, pp. 16-17.

²⁸ Jellinek, *Teoría general...*, p. 388.

La Constitución francesa de 1791 evidencia la traumática puesta en marcha o praxis del naciente Estado constitucional, precisamente por su apelación al ejercicio de un poder constituyente que, deseando canalizar la voluntad soberana del pueblo, una vez acabada su obra, es decir, una vez dictada la Constitución, se ve en la problemática cuestión de “auto-silenciarse” para ceder paso a la soberanía de la Constitución y el derecho, obligando por igual a gobernantes y gobernados²⁹. Según afirma De Vega, siendo la Constitución una obra propia del principio legitimador democrático de la soberanía popular, no hay razón suficiente como para afirmar la negación total y permanente de este principio. De una forma u otra en la Constitución perdura y se mantiene vigente la obra de la soberanía popular y, en consecuencia, la vigencia de su operatividad³⁰. Debido a esta clase de problemas que presenta la tensión entre los principios de soberanía popular y el de supremacía constitucional es que Böckenförde intenta caracterizar al «poder constituyente como concepto límite del Derecho constitucional». Si se afirma que el *pouvoir constituant* precede a la Constitución jurídica, que tiene carácter originaria, inmediato y elemental, entonces la Constitución no puede regular el poder constituyente del pueblo, es decir, no es posible encauzar normativamente la actividad reguladora de un poder que, precisamente, su cometido es dotar de validez y legitimidad a la Constitución (norma) que pretende regularlo. Este poder constituyente es el que resulta capaz de darse sus propias forma de manifestación. Las interrogantes del jurista de Friburgo delimitan la cuestión central de estos problemas³¹.

«(...) ¿Puede haber una magnitud en el Derecho del Estado que sustraiga a toda vinculación una forma y a un procedimiento, a una limitación y encauzamiento dados? Y, una vez que ha legitimado y otorgado validez a la Constitución, para que pueda asegurarse la validez y la persistencia de la Constitución cara a las acciones de las fuerzas políticas no limitadas normativamente y por lo tanto no previsibles, ¿no tendrá entonces que silenciarse al poder constituyente?».

Para este autor, lo mismo que para De Vega, como hemos visto, desde el punto de vista del Derecho del Estado resulta impensable que la función del poder constituyente del pueblo pueda ser reducida al momento revolucionario, como si con ello bastara para lograr no sólo la validez, sino, fundamentalmente, la legitimidad de la Constitución. Esta legitimidad estriba, básicamente, en el hecho de considerar al poder constituyente como una magnitud política real, que no se reduce a un único y solitario instante de carácter preconstitucional. Pensar lo contrario, no es más que un artificio y ficción jurídicas³². Lo que aquí se está planteando dice relación con la posibilidad que el

²⁹ Vega, *La reforma constitucional...*, pp. 19-20.

³⁰ Vega, *La reforma constitucional...*, p. 20.

³¹ Böckenförde, *El poder constituyente...*, p. 168.

³² Böckenförde, *El poder constituyente...*, p. 168: Por esta razón el autor cree señalar las consecuencias que tendría aceptar la tesis de la intervención única del poder constituyente del pueblo: «(...) Si a la Constitución le faltara el que sus decisiones fundamentales se vieran sostenidas de forma permanente y renovada por las convicciones jurídicas y políticas vivas en una comunidad concreta unificada como Estado, la Constitución misma entraría inevitablemente en un proceso de erosión: su normatividad se desvanecería entre convicciones políticas consti-

poder constituyente del pueblo pueda prosperar o perseverar en su obra más allá del momento revolucionario y que, al mismo tiempo, la Constitución jurídica de aquél pueblo, sin desvincularse de la fuente de su legitimación, mantenga el fundamento de su validez de manera persistente frente a las cambiantes oscilaciones que fluyen de fuerzas políticas, precisamente, no sujetas o vinculadas a norma superior alguna³³. El conflicto entre soberanía popular y soberanía de la Constitución se intensifica cuando por imperativos de la realidad o, bien, de la historia, se hace necesario modificar la «legalidad» vigente. En definitiva el problema al que el Estado constitucional no puede sustraerse es el siguiente³⁴:

«(...) o se considera que la Constitución como ley suprema puede prever y organizar sus propios procesos de transformación y de cambio, en cuyo caso el principio democrático queda convertido en una mera declaración retórica, o se estima que, para salvar la soberanía popular, es al pueblo a quien corresponderá siempre, como titular del poder constituyente, realizar y aprobar cualquier modificación de la Constitución, en cuyo supuesto se verá corrosivamente afectada la idea de supremacía (...)».

A este planteamiento, Pedro de Vega opone la cuestión de la reforma constitucional como solución al dramático problema vivido por el Estado constitucional, tan exigido desde las necesidades propias del principio democrático como desde la supremacía constitucional. El establecimiento del llamado poder de revisión constitucional mediante la presencia normativa de órganos y procedimientos distintos y superiores al de formación legislativa sin duda que constituye una adecuada solución al problema anteriormente indicado en la medida que, sin perder la Constitución su carácter de norma suprema y vinculante para los operadores jurídicos y ciudadanos, logra canalizar y reivindicar la idea de orden existente en el proceso político vivido por la comunidad³⁵. La estrecha complicidad del poder constituyente con lo político es una realidad insalvable, pese a su caracterización como concepto del Derecho del Estado en tanto idea límite del Derecho constitucional. Esta circunstancia dependiente con lo político no obsta a que las acciones del poder constituyente, una vez manifestadas, puedan llegar a ser canalizadas por los procedimientos preparados a tal efecto³⁶. Diferentes vías de expresión propone Böckenförde para canalizar el poder constituyente y así obtener la legitimación que prestó a la Constitución jurídica³⁷.

La primera de estas vías consiste en la distinción entre el *pouvoir constituant* de los *pouvoirs constitués*³⁸. Corresponde a la tradicional manera sobre la cual se edificó el Estado democrático y su función reposa en la expectativa de que tanto uno como otro

tucionales contradictorias que desean un orden distinto, o bien se vería abandonada a una apatía general»; véase en este mismo sentido Kriele, *Introducción a la...*, p. 367.

³³ Böckenförde, *El poder constituyente...*, pp. 168-169.

³⁴ Vega, *La reforma constitucional...*, pp. 20-21.

³⁵ Con matices, Vega, *La reforma constitucional...*, p. 22.

³⁶ Böckenförde, *El poder constituyente...*, p. 169.

³⁷ Böckenförde, *El poder constituyente...*, pp. 170-173.

³⁸ Vega, *La reforma constitucional...*, p. 22.

poder, constituyente y constituido, respeten sus propias órbitas de actuación. El poder constituyente al promulgar su obra constitucional logra satisfacer los requerimientos del principio de soberanía y, una vez vigente la Constitución, los órganos creados por aquél, mientras ejerzan las competencias delimitadas así prescritas, actualizan el contenido de esa soberanía del pueblo. De este modo, afirma Böckenförde, se consiguen, a lo menos, tres importantes cosas. La primera, es el refuerzo de la validez normativa de la Constitución en la medida que los poderes diseñados sigan sometidos a ella. La segunda, se reafirma la necesidad de un poder legitimador supremo. Por último, se obtiene una restricción de toda aquella magnitud política para intervenir el núcleo de la Constitución, a pretexto de la reforma legal o el quebrantamiento institucional.

La segunda vía que permite el encauzamiento del poder constituyente consiste en la práctica de todos aquellos procedimientos tendientes a la articulación, preparación o realización de las decisiones por él adoptadas. Las formas que se pueden adoptar para llegar a estos fines pueden ser diversas: plebiscitos populares sobre una propuesta de reforma sustancial de la Constitución, votaciones electorales para elegir miembros que integren la asamblea nacional constituyente o consultas populares sobre reforma a la Constitución unilateralmente propuestas por los agentes del gobierno, cuestión esta última que suele adolecer de manifiestas infracciones al ordenamiento jurídico vigente en cuestión.

Finalmente, la tercera vía para mantener la acción del *pouvoir constituant*, sin que renuncie a su limitación y adecuada canalización, es la posibilidad que tiene el pueblo organizado para ejercer su influencia en el contexto de la Constitución. Es decir, cabe perfectamente una articulación popular que se posibilite por medio del ejercicio de las libertades de opinión, de reunión o prensa y manifieste por estos canales sus preferencias por un orden ideal. Ello supone un estado de ciudadanía activa. También el pueblo organizado puede intervenir o influir a través de los mecanismos de participación electoral que franquea el ordenamiento jurídico.

4. La forma de gobierno en la experiencia revolucionaria americana: ¿república democrática o democracia radical?

La revolución no estuvo exenta de la polémica sobre cuál sería la mejor forma de gobierno para las colonias americanas. Hubo plena consciencia de que los términos polares de ese debate eran la idea de democracia en su aspecto radical o pura, de naturaleza identitaria, y el gobierno moderado o republicano. Una clásica exposición de estos asuntos es el décimo escrito del *Federalista* (1780), en el que Madison insta a los lectores a reflexionar sobre las conveniencias del gobierno republicano por sobre el modelo de democracia pura, como él la denomina. Madison abogó por el régimen republicano que, sin intensas oposiciones, los norteamericanos estaban introduciendo³⁹.

³⁹ Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pp. 35 ss. Madison escribe un fragmento decisivo: «Si un bando no tiene la mayoría, el remedio lo proporciona el

Anteriormente se afirmó que el sujeto contra el cual las colonias americanas dirigieron sus reproches era el *Parliament* inglés y que lo hacían en un deseo de reivindicar el principio de representatividad, por la representación explícita de los intereses. Pues bien, detrás de los argumentos tendientes al rechazo de la forma democrática radical de un gobierno y, por consiguiente, proclives al régimen republicano, se encuentra la defensa y garantía de todo representado, es decir, la defensa y garantía de que el ciudadano no deba ser literalmente arrollado por las decisiones de la facción mayoritaria, disponiéndose para él instrumentos que enerven esa voluntad. Los constituyentes americanos deseaban evitar una nueva concentración de poderes latente en las nuevas asambleas legislativas de los Estados de Norteamérica. Por esta razón se puede señalar que la revolución americana traslada la crítica contra el *Parliament* inglés a las asambleas representativas de las colonias. Por ello, se reafirma la idea del gobierno equilibrado o moderado, con un poder judicial independiente del legislativo, más aún, atribuyendo poder de veto al ejecutivo contra decisiones del legislativo⁴⁰.

«(...) cuando luego se advirtió que las pretensiones de omnipotencia parlamentaria provenían de otra parte, es decir, de los legisladores de los nuevos Estados, no vacilaron -para limitarlos- en volver contra ellos los viejos instrumentos británicos del gobierno equilibrado o moderado: la independencia de los jueces y la autónoma autoridad del ejecutivo, aunque ya no de carácter monárquico».

Si Madison estima que la forma republicana es un remedio contra los facciosos desmanes del modelo democrático puro, no lo piensa por ser él contrario al principio de legitimidad popular, claro que no. Sus reflexiones están lejos de ser identificadas con un conservadurismo político, pues de lo que trata es salvar, al unísono, tanto el bien público y los derechos privados como el «espíritu y forma del gobierno popular», esto es, la opción democrática expresada en el poder constituyente soberano del pueblo⁴¹.

«(...) Lo que el régimen republicano rechaza es la presencia de la opción democrática más allá de la constitución republicana, en la perspectiva de un régimen que al calificarse de democrático termina inevitablemente por producir formas de gobierno «puras», que se reconectan en un único principio inspirador y desembocan necesariamente en constituciones orientadas a concentrar los poderes, en general, en la asamblea de los representantes del pueblo».

principio republicano que permite a esta última frustrar los siniestros proyectos de aquél mediante una votación regular. Una facción podrá entorpecer la administración, trastornar a la sociedad; pero no podrá poner en práctica su violencia ni enmascararla bajo las formas de la Constitución. En cambio, cuando un bando abarca la mayoría, la forma del gobierno popular le permite sacrificar a su pasión dominante y a su interés, tanto el bien público como los derechos de los demás ciudadanos. Poner el bien público y los derechos privados a salvo del peligro de una facción semejante y preservar a la vez el espíritu y la forma del gobierno popular, es en tal caso el magno término de nuestras investigaciones. Permitáseme añadir que es el gran desiderátum que rescatará a esta forma de gobierno del oprobio que tanto tiempo la ha abrumado y la encomendará a la estimación y la adopción del género humano» (p. 38).

⁴⁰ Fioravanti, *Los derechos...*, p. 89.

⁴¹ Fioravanti, *Constitución...*, p. 107.

Hacer las leyes e imponer los tributos son atribuciones extraordinariamente importantes como para que una Constitución republicana quede a merced del legislativo y se vea imposibilitada frente a la tendencia de los representantes de la asamblea a creer que ellos son el pueblo mismo, olvidando que sólo integran un órgano estatuido por el poder constituyente del pueblo americano.

De dichas argumentaciones se colige en el régimen constitucional americano la facultad de los jueces para declarar nulos los preceptos legales inconstitucionales. Es una consecuencia necesaria de la acepción republicana de Constitución (norma de garantías y no de directrices fundamentales), entendida como estatuto superior al de los legisladores, como manifestación de voluntad superior que no puede confundirse con la manifestación de voluntad legal. La *judicial review* de que están revestidos los jueces americanos no los transforma en un poder superior al legislativo, sino que expresan su carácter instrumental derivado de la Constitución como norma superior, reafirmando la voluntad constituyente del pueblo soberano por sobre la voluntad de los legisladores que sólo integran un poder constituido. Ensayando una primera idea, podríamos decir que la constitución no es el pueblo que actualmente es representado por los legisladores. Es un mandato cuyo especial contenido -reforzado- fue dado por el pueblo bajo exigencias constitutivas de dicho acto mucho mayores o superiores. Los jueces ejercen un poder muy relevante, pero inequívocamente derivado de la Constitución dada por el pueblo soberano. Con penetrante agudeza Fioravanti señala que lo que intenta conciliar la experiencia constitucional americana es la tradición del constitucionalismo inglés con la novedad de la soberanía popular, es decir, entendieron los americanos una doble problemática: la primera, que el *constitucionalismo sin democracia* degeneraba en absolutismo parlamentario; la segunda, que la *democracia sin constitucionalismo* producía igualmente concentración de poderes en la asamblea de los representantes del pueblo⁴².

Para Fioravanti, en la clásica obra de Thomas Paine (1737-1809) "*Los derechos del hombre*", estaría claramente formulada la idea de «primacía de la constitución querida por el pueblo soberano sobre el gobierno, entendido éste como conjunto de poderes constituidos, derivados de la misma constitución». Según el profesor de Florencia, Thomas Paine habría mantenido una idea de la supremacía constitucional precisamente opuesta a la deseada por los autores del *Federalista*, es decir, como norma directa fundamental y tendiente al derrocamiento del antiguo régimen, en este caso, del régimen inglés⁴³.

⁴² Fioravanti, *Constitución...*, pp. 109-110.

⁴³ Fioravanti, *Constitución...*, pp. 110-111. Agrega este autor: «Precisamente el ensayo de Paine mostraba bastante bien como la total ruptura de todo ligamen con la tradición constitucionalista del equilibrio de los poderes amenazaba con transformar la supremacía de la constitución democráticamente fundada en otra cosa, en la afirmación, a secas y sin componendas, de la soberanía del pueblo a través de una constitución sometida continuamente a revisión por parte de ese mismo pueblo soberano» (p. 111).

«(...) si esa constitución es suprema porque es voluntad del pueblo soberano, no se puede impedir -sostienen Paine y Jefferson- que ese mismo pueblo revise continua y periódicamente, al menos una vez cada generación, la misma constitución».

Esta perspectiva del pensamiento de Paine también ha sido estudiada con extrema claridad por Stephen Holmes, para quien el autor de *The rights of man* resuelve la tensión producida entre constitucionalismo y democracia en favor del «consentimiento de los vivos» y no en el de los muertos, es decir, en el sentido de que la «generación actual tiene el derecho ilimitado e ilimitable de remodelar las instituciones bajo las cuales vive»⁴⁴. Ese es el consentimiento que legitima cualquier forma de gobierno. Para esta perspectiva -nos dice Holmes- «el constitucionalismo es esencialmente antidemocrático» y en el que «la función básica de una Constitución es separar ciertas decisiones del proceso democrático, es decir, atar las manos de la comunidad»⁴⁵.

Según Mateucci el Estado mixto representó, tanto en Francia y muy especialmente en Inglaterra, «una solución política, primero contra el incipiente absolutismo para sustraer poder al rey, luego para resistir a la presión democrática, que apuntaba a la eliminación de la cámara hereditaria y a una ulterior limitación del poder soberano». Por el contrario, nuestro autor afirma que en América la idea del Estado mixto no se planteaba como solución política a efectos de sustraer poder a uno u otro órgano, ni menos plantearse la liquidación de los estamentos mediante la eliminación de la cámara tradicional. La experiencia constitucional americana expresó su idea del Estado mixto a través de la configuración bicameral del poder legislativo, no ya como solución política, sino como «solución técnica (para la construcción del Estado federal se necesitan dos cámaras)» o como «resultado de una costumbre surgida en el período colonial». Esta costumbre del período colonial a la que hace referencia Mateucci es explicada en los siguientes términos⁴⁶:

«En realidad el gobernador no era un magistrado hereditario (ya que era nombrado por el propietario, por los accionistas o elegido por los colonos) y le correspondía un derecho de veto, ya que así lo establecían las Cartas y porque actuaba en nombre del

⁴⁴ Stephen Holmes, *El precompromiso y la paradoja de la democracia*, en *Constitucionalismo y Democracia*, edición a cargo de John Elster y Rene Slagstad, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 224. La versión original del inglés, *Precommitment and the Paradox of Democracy*, en *Constitutionalism and Democracy*, a cargo de John Elster y Rene Slagstad, Cambridge, 1988, pp. 195-240. Hay versión italiana, *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, artículo recogido en *Il futuro della costituzione*, a cargo de Gustavo Zagrebelsky, Pier Paolo Portinaro y Jörg Luther, Giulio Einaudi editore, Torino, 1996, pp. 167-208.

⁴⁵ Stephen Holmes, *El precompromiso...*, p. 218; véase Fioravanti, *Constitución...*, p. 111, donde se lee lo siguiente: «(...) los americanos sólo en parte corrieron este riesgo. Una vez agotado el impulso revolucionario, y una vez emanada la Constitución federal, acabaron por utilizar la práctica de la enmienda de manera ordenada y constitucionalmente prescrita, sobre la base del artículo quinto de la misma Constitución. La Constitución federal fue así revisada varias veces, e incluso en aspectos decisivos, pero sin poner en discusión los fundamentos, sin tener ya necesidad de evocar y de poner en movimiento la originaria fuerza generadora del pueblo soberano».

⁴⁶ Nicola Matteucci, *Organización del Poder y Libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, traducción por Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1998, pp. 207-208.

rey; y la Cámara Alta se había presentado en la historia colonial sobre todo como órgano de gobierno que amparaba al gobernador en el tratamiento de los asuntos».

Todo lo anterior va demostrando que en la experiencia americana lo que se venía desarrollando no era un modo diverso del sentido que el Estado mixto había adoptado en la cultura política inglesa, sino más bien, algo muy distinto a esa vieja y europea fórmula del Estado mixto⁴⁷.

En cuanto a las ideas de Hamilton sobre el Poder Judicial, Mateucci observa dos interesantes cuestiones. Primero, Hamilton no se distancia demasiado de la idea sostenida por Montesquieu sobre el poder judicial, en tanto cree que debido a la naturaleza de sus funciones es el poder más benigno, pues podrá lesionar los derechos de un sujeto, mas no los derechos del pueblo. Segundo, Hamilton ofrece, a la vez, ideas muy novedosas sobre el poder judicial como custodio de la voluntad del pueblo, a saber, que logra entender que del carácter escrito de la Constitución se concluye la sujeción a ella del poder legislativo y que tales limitaciones llegan a ser eficaces a través de los tribunales de justicia. El poder judicial recuerda al legislativo que sus funciones son consecuencia de un mandato cometido por el pueblo americano en el ejercicio de su poder constituyente manifestado en la Constitución y que, de no ser así, es imposible aceptar que los representantes del pueblo son superiores al mismo pueblo. Esta consideración, sumada a las facultades del poder judicial para interpretar la ley en caso de colisión con la norma constitucional, y preferir a ésta por ser la expresión de la voluntad del pueblo, permite a Mateucci afirmar el nacimiento de la democracia constitucional o república democrática⁴⁸.

El constitucionalismo americano sería la auténtica ideología del gobierno limitado con fines de garantía de los derechos y libertades individuales. De esta suerte, la

⁴⁷ Matteucci, *Organización del...*, pp. 208-209, en las que Mateucci afirma con razón que el «principio de Montesquieu, invocado por Adams, servía bien poco para explicar las constituciones americanas y su más profundo espíritu; sirvió quizás para racionalizar instituciones que tenían su origen en otro lugar, o, mejor, para europeizarlas, pero no para hacerlas comprensibles en su específica naturaleza. Baste pensar en el diverso papel del poder judicial, el cual, según Montesquieu, solamente debe aplicar la ley, mientras que para los americanos debe garantizar la constitución contra una ley ilegal, y es, por tanto, bajo ciertos aspectos, superior y no inferior al poder legislativo. Esto, y no el Estado mixto, garantizaba un gobierno de leyes y no de hombres».

⁴⁸ Matteucci, *Organización del...*, p. 215. En cuanto a los fundamentos del *judicial review* como doctrina que postula que debe ser el juez quien juzgue la conformidad de los actos normativos frente a la ley superior del país, véase Jellinek, *Teoría general...*, p. 392, en la que el autor señala lo siguiente: «Estas constituciones son las leyes más altas del país. Como quiera que todos los poderes están delegados por el pueblo, resultan todos ellos limitados por la ley fundamental, la cual se considera como expresión inmediata de la voluntad de aquél. Aunque no se exprese así de una manera manifiesta, se las considera como fijas, y en la práctica se reconoce que el juez debe comprobar si todas las leyes concuerdan materialmente con la Constitución. Este mismo principio fundamental procede, como hemos mostrado antes, del orden jurídico que existía con anterioridad, porque las leyes coloniales eran revisadas por el juez inglés para ver si se conformaban con las normas superiores del Derecho inglés, y, por tanto, con la Carta misma, principio que aún hoy se practica en todas las colonias británicas, pues las leyes coloniales, incluso las de las colonias más independientes, necesitan someterse al examen del *judicial committee* del *privy council* de Inglaterra para ver si concuerdan con el derecho del imperio».

combinación de los modelos historicista e individualista resultan ser garantía contra las filosofías estatalistas y legicéntricas de la Europa continental⁴⁹.

¿Qué son uno y otro modelo de constitución? En la revolución francesa, la constitución viene a ser «*un proyecto y una promesa para el futuro, la de una sociedad más justa*». En la revolución americana, se realizó «una constitución que es más *lugar de competición* entre los individuos y las fuerzas sociales y políticas que *proyecto común para el futuro*». Su valor dominante es la tutela fuerte y absoluta de derechos individuales y no la indicación normativa de un conjunto de valores. Lo que emerge del movimiento independentista americano es «*una constitución democrática* dirigida a instituir *un gobierno limitado*, en el sentido específico de un gobierno comprensivo de poderes que resultan ser *todos intrínsecamente limitados*, precisamente porque no eran originarios, sino derivados del poder constituyente que los había previsto en la constitución con ciertas competencias, de manera que los considera legítimamente operantes sólo en un determinado ámbito previamente definido, y además los dispone de manera que puedan y deban frenarse recíprocamente, utilizando la técnica de los contrapesos que la tradición inglesa todavía ponía a su disposición»⁵⁰. Por esta razón es que la revolución americana no se concibe como una filosofía de la transformación social. La revolución francesa, sí.

⁴⁹ Fioravanti, *Los derechos...*, p. 93. En este mismo sentido, Jellinek, *Teoría general...*, para quien en América «(...) es donde ha de buscarse el origen de nuestras actuales Constituciones escritas, y por esto se les debe prestar más atención a estas Constituciones. La Revolución francesa acepta la idea americana, y de Francia se extiende a los demás Estados europeos» (p. 393).

⁵⁰ Fioravanti, *Constitución...*, pp. 106-107.