

# **EL EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO**

Por

RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU  
Profesor Titular de Derecho Constitucional  
Universitat de València

[martinezdalmau@gmail.com](mailto:martinezdalmau@gmail.com)

*Revista General de Derecho Público Comparado* 11 (2012)

Fecha de recepción: 07/05/2012

Fecha de aceptación: 14/05/2012

**RESUMEN:** El surgimiento del poder constituyente está directamente relacionado con los cambios en la legitimidad del poder político. Su aparición durante el liberalismo revolucionario creó el fundamento de las actuales democracias constitucionales. No obstante, conceptos como poder constituyente y soberanía han sufrido mutaciones en su contenido destinadas principalmente a contener su potencial revolucionario. El nuevo constitucionalismo reivindica un concepto legitimador de poder constituyente, útil para la consolidación del Estado constitucional y para comprender los fenómenos actuales de cambio constitucional.

**PALABRAS CLAVE:** Poder constituyente, constitucionalismo democrático, nuevo constitucionalismo, soberanía.

**SUMARIO:** I. PODER CONSTITUYENTE Y LEGITIMIDAD DEL PODER POLÍTICO ORGANIZADO. II. PODER CONSTITUYENTE Y CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO. III. EL PODER CONSTITUYENTE EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO: FUNDAMENTOS TEÓRICOS.

## **THE EXERCISE OF CONSTITUENT POWER IN THE NEW CONSTITUTIONALISM**

**ABSTRACT:** The emergence of constituent power is directly related to changes in the legitimacy of political power. His appearance during the revolutionary liberalism created the basis for current constitutional democracies. However, concepts such as constituent power and sovereignty have undergone mutations destined principally to avoid revolutionary potential. The new constitutionalism claims for a legitimizing concept of constituent power, useful for the consolidation of the constitutional State, and to understand current phenomena of constitutional change.

KEYWORDS: Constituent power, democratic constitutionalism, new constitutionalism, sovereignty.

SUMMARY: I. CONSTITUENT POWER AND LEGITIMACY OF ORGANIZED POLITICAL POWER. II. CONSTITUENT POWER AND DEMOCRATIC CONSTITUTIONALISM. III. CONSTITUENT POWER IN THE NEW CONSTITUTIONALISM: THEORETICAL FOUNDATIONS.

## I. PODER CONSTITUYENTE Y LEGITIMIDAD DEL PODER POLÍTICO ORGANIZADO

La teoría del poder constituyente, que nació, con las particularidades de cada caso, en el marco de las revoluciones liberales norteamericana y francesa en el último tercio del siglo XVIII, es fundamentalmente una teoría de la legitimidad del poder político organizado. Su función legitimadora, apegada a la decisión democrática de la voluntad popular y a su capacidad ilimitada de actuación (soberanía), se ha mostrado presente en la legitimidad del poder político contemporáneo, hasta el punto de que su activación se ha convertido en el elemento distintivo de las democracias constitucionales al legitimar la organización del poder a través de las constituciones. De ahí el intrínseco carácter revolucionario del poder constituyente, presente desde su primera delimitación teórica y su puesta en práctica por el liberalismo revolucionario<sup>1</sup>, y el carácter legitimado de las constituciones que organizan el poder político.

A pesar de este origen desde la propia naturaleza revolucionaria, una de las principales enseñanzas que cabe extraer de la historia del constitucionalismo<sup>2</sup> es que la Constitución entendida exclusivamente en su sentido formal —esto es, teniendo en cuenta únicamente el elemento funcional finalista que contiene la noción de Constitución como orden jurídico fundamental de la comunidad<sup>3</sup>— no requiere, para su existencia, de la vigencia del principio democrático, ni, por lo tanto, de la radicación de la legitimidad en la soberanía popular. De hecho, el *constitucionalismo* como ideología nace más de un

---

<sup>1</sup> Lo que hace indisociable, en términos de Rosanvallon, la perspectiva de una identificación estructural de la soberanía popular con una empresa radical de autoinstitución de lo social. “En efecto, ¿cómo inventar una historia nueva si se continúa prisionero de las instituciones existentes? (...) Para explicar las cosas de otra manera, únicamente el presente podía ser revolucionario. El poder constituyente es, aquí, la más fiel expresión del ideal democrático, pues únicamente él es un poder radicalmente creador, al ser originario, pura expresión de una voluntad que surge, poder absolutamente desnudo, al que nada condiciona”. P. Rosanvallon, *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, Espasa, Madrid, 2010, pp. 174 y 175.

<sup>2</sup> Se sigue a continuación la argumentación expuesta en R. Martínez Dalmau, “Democracia, constitucionalismo, Constitución, soberanía”, en E. Guzman Mendoza y S. Indignares Cera (eds.), *Política y Derecho. Retos para el siglo XXI*, Universidad del Norte, Barranquilla, 2010, pp.111 y ss; y en R. Martínez Dalmau, *Constitución, legitimidad democrática y autonomía de los bancos centrales*, Tirant, Valencia, 2003.

<sup>3</sup> En expresión de Hesse (C. Hesse, “Constitución y Derecho constitucional”, en E. Benda, W. Maihoffer, J. Vogel, C. Hesse y W. Heyde, *Manual de Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 5).

siglo antes que el concepto de Constitución -la que asumirá su denominación de aquel- en el esfuerzo teórico y práctico del límite del poder de gobierno.

En efecto, con la consolidación del Estado moderno como forma de organización política y la reaparición del poder absoluto en las puertas de la modernidad -principalmente en manos del rey, pero también, en el liberalismo inglés, con la decisiva intervención del parlamento, que acabaría tras el triunfo de la primera revolución liberal en la definición del gobierno mixto-, requirió de un replanteamiento sobre la naturaleza del poder y la necesidad de su control, que delinearon los teóricos del constitucionalismo. Las tesis del gobierno mixto contaban, de hecho, con raíces profundas en la historia y en el pensamiento<sup>4</sup>, pero se hizo explícito por primera vez el debate sobre la tensión entre democracia (poder absoluto en la decisión del pueblo) y control del gobierno (poder limitado, gobierno mixto); esto es, entre democracia y constitucionalismo. Esta nueva problemática sólo podía ser caracterizada y, en su caso, solucionada en el marco del Estado moderno, determinado por la centralización del poder, lo que diferenció el medio en el que se producía el nuevo fenómeno del que había tenido lugar en las formas griegas de gobierno dos milenios antes<sup>5</sup>.

El problema del poder político en el Estado moderno está directamente relacionado con el de la *legitimidad* de este poder. El fenómeno de la centralización del poder exigió planteamientos teóricos sobre este proceso que, aunque formado gradualmente a través de la concentración del poder en los monarcas desde la dispersión medieval, no dejó de requerir definiciones, que se convirtieron en verdaderas propuestas ideológicas. Una de las más influyentes sería la de *soberanía*, detectada por BODINO a través de determinados atributos del poder, y que lo distingue de los poderes *no soberanos*. Pero BODINO, como bien recuerda MESNARD, no buscaba inmediatamente teorizar sobre la soberanía. Ésta es para él una cualidad definitoria pero explicativa de otra realidad: la República (el Estado). En la definición de BODINO “hay, por así decirlo, reciprocidad entre el concepto de República y el de soberanía. Sin embargo, no se dan sobre el mismo plano de realidad. El objeto concreto (...) es la República; la soberanía constituye el

---

<sup>4</sup> Como afirma Torre, en la formulación del concepto de gobierno mixto se encuentra una de las intuiciones fundamentales del constitucionalismo antiguo y moderno, es decir, de la compleja construcción intelectual cuya gran y fundamental apuesta se puede resumir en el intento de encontrar un equilibrio entre dos dimensiones objetivamente enfrentadas: por un lado, el poder organizado de las instituciones de gobierno y, por otro, la autonomía individual y de los grupos sociales, de la sociedad civil, de los derechos y libertades; lo que está directamente asociado con el problema de la atribución y posición de la soberanía. A. Torre, “Estado mixto y división del poder. Análisis histórico-político de un itinerario doctrinal”, *Fundamentos*, nº 5, 2009, p. 25.

<sup>5</sup> La *demokratia* ocupó un importante papel tanto en la teoría política como en la práctica de la Grecia clásica, especialmente en los siglos V y IV a.C. En general, cfr. F. Requejo Coll, *Las democracias. Democracia antigua, democracia liberal y Estado de Bienestar*, Ariel, Barcelona, 2008, pp. 12 y ss.

principio, la forma política (...). Sin soberanía no hay república, desde luego; pero como no hay realidad política anterior a la república, es decir, a la comunidad constituida en Estado, la república es el dato concreto e inicial, la unidad de cuenta en materia política<sup>6</sup>. De hecho, la teorización sobre la soberanía explica el *hecho* de la República, pero no de su origen -que posiblemente no era del interés de BODINO- ni, por otra parte, de la otra propiedad del poder político: su legitimidad. Ésta, para BODINO, sigue evadiéndose de la decisión humana y recae en la voluntad divina<sup>7</sup>.

A diferencia de BODINO, las doctrinas contractualistas clásicas sí se ocuparían del fundamento del poder, y no tanto de sus atributos. De hecho, el elemento *legitimidad* reapareció en el pensamiento político occidental con el contractualismo, conectado al Derecho natural racionalista y a las teorías de los derechos naturales, mucho antes de que los acontecimientos revolucionarios lo colocaran en fundamento de su actividad. Cuando los contractualistas, a partir del siglo XVII, propusieron el origen *jurídico* del poder político, no lo hicieron para justificar el pacto social, ni mucho menos para reivindicar el estado de naturaleza. Actuaron de esa manera intuyendo que se avecinaba el problema de la *legitimidad* que tenía que conceder la decisión del hombre, y no la mano de Dios, y que decantaría en el contractualismo democrático. Como afirma Fernández, las teorías contractualistas clásicas con “el resultado de la búsqueda de un nuevo principio de legitimidad, distinto de los sistemas tradicionales y que habría de desembocar en el principio de legitimidad democrática”<sup>8</sup>.

Al respecto, las construcciones teóricas del contractualismo clásico más conocidas son las de John LOCKE y Thomas HOBBS. Ambos autores avisaron de las consecuencias para la situación de las cosas en un momento en que el regreso a un estado de naturaleza era posible. HOBBS, más honesto, lo escribió claramente: el único modo de erigir un poder común que pueda defender a los hombres de la invasión de extraños y de las injurias entre ellos mismos, dándoles seguridad que les permita alimentarse con el fruto de su trabajo y con los productos de la tierra y llevar así una vida satisfecha, es el de conferir todo su poder y toda su fuerza individuales a un solo hombre o, como mal menor, a una asamblea de hombres<sup>9</sup>. LOCKE prefirió el acercamiento indirecto, más imperfecto pero también más moderado, de reconocer un estado de naturaleza donde el hombre es libre para disfrutar de placeres inocentes y, además,

---

<sup>6</sup> P. Mesnard, “Jean Bodin, teórico de la República”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 113-114, 1960, p. 91.

<sup>7</sup> *Ibid.* p. 93.

<sup>8</sup> E. Fernández, “El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales”, *Anuario de Derechos Humanos*, 1083, p. 61.

<sup>9</sup> T. Hobbes, *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Alianza, Madrid, 2001, p. 156.

mantiene dos poderes: el de hacer todo lo que le parezca oportuno para la preservación de sí mismo y de otros, dentro de lo que permite la ley de la naturaleza<sup>10</sup>; y el de castigar los crímenes cometidos contra esa ley. “A ambos poderes renuncia el hombre cuando se une a una (...) sociedad política, y se incorpora a un Estado separado del resto de la humanidad”<sup>11</sup>. Pero las construcciones del contractualismo clásico, en su búsqueda de la legitimidad del poder, aunque parten de situaciones diferentes llegan a un mismo de encuentro: entre el estado de naturaleza y el pacto que crea el poder organizado del Estado sólo existe una manifestación *jurídica* de voluntad, lo que está directamente relacionado con el carácter indisponible del Derecho natural racionalista.

En el pensamiento del contractualismo democrático, el fundamento de la legitimidad es diferente. Para ROUSSEAU, el primero de los teóricos contractualistas que empleó el argumento contractualista para la fundamentación de la tesis de la dependencia del Estado de Derecho respecto de la democracia<sup>12</sup>, el origen del poder político no es el Derecho, sino un hecho: la aparición de la sociedad civil después de la creencia de que existe un derecho, en concreto el derecho de propiedad, que necesitará ser garantizado colectivamente. La primera parte de su *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres* se refiere exclusivamente a la forma de vida de este verdadero estado de naturaleza, donde nadie tiene poder sobre nadie y, por lo tanto, no existe la política. La segunda parte, donde explica cómo se forma la sociedad civil, no puede comenzar de otra forma: “El primero que, tras haber cercado un terreno, decidió decir: *esto es mío*, y encontró personas lo bastante simples para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil”<sup>13</sup>. ROUSSEAU reivindica el origen *político* del poder político, es decir, la necesidad de un *primer motor* que legitima el poder y que construye una sociedad, la civil, superior incluso a la natural. El origen político del poder político parece una obviedad pero, desde luego, no lo ha sido durante siglos. Para ROUSSEAU, el Derecho sirve para *ordenar* la relación política pero no para legitimarla; el contrato, en este sentido, sólo puede provenir del pacto entre iguales. La condición de igualdad es

---

<sup>10</sup> “Y -añade Locke-, si no fuera por la corrupción y maldad de hombres degenerados, no habría necesidad de ninguna otra sociedad, y no habría necesidad de que los hombres se separasen de esa grande y natural comunidad” (J. Locke, *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, Alianza, Madrid, 1990, p. 135).

<sup>11</sup> *Ibid.* pp. 135 y 136.

<sup>12</sup> W. Kersting, *Filosofía política del contractualismo moderno*, Plaza y Valdés, México, 2001, pp. 175 y ss.

<sup>13</sup> Rousseau continúa el *Discurso* escribiendo: “Qué de crímenes, guerras, asesinatos, qué de miserias y horrores habría ahorrado al género humano aquel que, arrancando los potos o llenando el foso, hubiera gritado a sus semejantes : Guardaros de escuchar a ese impostor; estáis perdidos si olvidáis que los frutos son de todos y que la tierra no es de nadie. Pero según parece, las cosas habían llegado ya al punto de no poder durar más así como estaban” (J. J. Rousseau, *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Alba, Madrid, 1987, p. 102).

fundamental para la conclusión del pacto social, para lo que hace falta que la alienación de cada uno hacia todos se efectúe sin restricción alguna<sup>14</sup>.

En ese sentido, como defiende ROUSSEAU, y aprenderá bien la teoría del poder constituyente, sólo un *hecho político* puede servir de legitimador del poder político. De esta manera, la dimensión política del *pacto social* es necesariamente anterior a la dimensión jurídica del *contrato social*. El papel del Derecho, ahora sí, se desarrollará con posterioridad a la decisión política, a través de un *contrato social*, legitimado y legitimador, que los liberales revolucionarios llamarían *Constitución*, y que no da paso a la política, sino a la organización de la política. Cuando ROUSSEAU, en ese ejercicio de sinceridad que tanto le caracteriza, comienza su obra sobre el *contrato social*, afirma que su deseo es averiguar si en el orden civil puede haber alguna norma de administración legítima y segura, tomando a los hombres tal y como son y a las leyes tal y como pueden ser<sup>15</sup>. En el primer capítulo del Libro segundo se ocupa del elemento legitimador del contrato social: el interés común. “La primera y más importante consecuencia de los principios anteriormente establecidos es que la voluntad general puede dirigir por sí sola las fuerzas del Estado, de acuerdo con la finalidad de su institución, que es el bien común; porque si la oposición de los intereses particulares ha hecho necesario el establecimiento de las sociedades, el acuerdo de estos mismos intereses es lo que lo ha hecho posible (...). Sólo en función de ese interés común debe ser gobernada la sociedad”. De ahí las conocidas atribuciones de inalienabilidad e indivisibilidad de la soberanía que propugna ROUSSEAU<sup>16</sup> cuya genialidad, en términos de Jaume, “consistió en apropiarse de los atributos de la soberanía de los monarcas absolutos para adjudicárselos a otro dueño, el pueblo”, que es causa y efecto del pacto social<sup>17</sup>.

Al establecer las características de la soberanía y el poder ilimitado que surge de ella, y establecer su relación con el contrato y el gobierno, ROUSSEAU ofrece la fórmula para relajar la tensión entre democracia y constitucionalismo, y hacer residir la legitimidad en la dependencia del segundo frente a la primera. Ciertamente es que se trata aún de una posición radical, por cuanto no se establece con claridad la diferencia entre la potencialidad política preconstituida y la realidad política constituida. Los liberales revolucionarios, en el siglo XVIII, se apropiarán del concepto incorporando una relación de interdependencia entre el poder constituyente, prejurídico e ilimitado, y el constituido, jurídico y limitado por la Constitución. El constitucionalismo dará paso, en ese momento,

---

<sup>14</sup> L. Jaime, “Rousseau y la cuestión de la soberanía”, en G. Duso (coord.), *El poder: para una historia de la filosofía política moderna*, Siglo XXI, México, 2005, p. 150.

<sup>15</sup> J. J. Rousseau, *El contrato social*, Altaya, Barcelona, 1993, p. 3.

<sup>16</sup> *Ibid.* pp. 25 y ss.

<sup>17</sup> Jaume, *cit.* p. 142.

a la Constitución del liberalismo revolucionario, fundamentado en la decisión democrática del pueblo.

De esta manera, el *constitucionalismo* fue impregnado por el elemento legitimador de la doctrina del poder constituyente, y el fruto fue la *Constitución*. Su legitimidad -fruto del poder constituyente-, su objetivo -garantizar derechos, organizar el Estado y limitar el poder de gobierno- y su formalidad -escrita, articulada y codificada-, fue producto de las revoluciones liberales norteamericana y francesa que, como se ha indicado, con apenas unos años de diferencia, tuvieron lugar en el último tercio del siglo XVIII. Aun con notables diferencias más de procedimiento que teóricas, abrigados en paraguas doctrinales distintos pero paralelos, y con diferentes *valor* en cada caso<sup>18</sup>, el objetivo de unos y otros fue el mismo: aprobar una Constitución para legitimar el poder público a través de la vigencia del principio democrático y, con ello, en la particular experiencia europea, poner fin al absolutismo, producto de la acumulación de los poderes feudales en la figura del rey como *soberano*. La soberanía del rey, en la caracterización atributiva de BODINO, fue sustituida por la soberanía del pueblo en su cariz *rousseauiano*, y la voluntad general se quiso imponer al interés particular de los privilegiados. Es a partir de ese momento podemos referirnos, estrictamente, a la Constitución, en el sentido actualmente vigente del término, el mismo que empezó su andadura hacia el Estado constitucional.

## II. PODER CONSTITUYENTE Y CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Tanto en el caso norteamericano como en el francés, así como en los demás momentos constituyentes del liberalismo revolucionario durante el siglo XIX, europeos y latinoamericanos, la activación del poder constituyente significó una ruptura radical con el pasado<sup>19</sup>; con la dependencia de la metrópoli en Norteamérica, con el fin del Antiguo Régimen en Europa, y con ambos objetivos en América Latina; al mismo tiempo, significó un esclarecimiento terminológico y conceptual capaz de definir el inicio de la contemporaneidad. Aunque el uso del término *Constitución* ha sido recurrente en la doctrina para designar históricamente la organización del orden político en las más

---

<sup>18</sup> Cfr. R. Blanco Valdés, “La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana”, en M. Carbonell (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2002, pp. 15 y ss.

<sup>19</sup> Al respecto, cfr. R. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1998, y R. Jiménez Asensio, *El constitucionalismo: proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

diversas sociedades<sup>20</sup>, la incorporación del poder constituyente como elemento legitimador de la Constitución cambió radicalmente su origen y, por lo tanto, su significado. El paso de la modernidad a la contemporaneidad, en cuanto a la legitimidad del poder político organizado se refiere, es en su fundamento el paso del constitucionalismo al constitucionalismo democrático, entendido éste como la organización del poder político derivada del poder constituyente.

La emergencia de un constitucionalismo democrático debía incorporar, de forma principal, la consagración del pueblo como titular de la soberanía, una vez la soberanía se conformó como la nueva fuente de legitimidad del orden jurídico-político<sup>21</sup> y, por lo tanto, el sujeto principal que debe ser transformado en la transición del Estado hacia una forma democrática de configuración. La articulación de los dos elementos inmanentes, soberanía y poder constituyente/poder constituido, establece el contínuum de entre legitimidad, potencialidad y actividad del poder. El Estado democrático exige que el pueblo sea soberano; esto es, aquel que en una sociedad tiene la capacidad de dictar normas jurídicas estando en la posesión de un poder supremo, ilimitado, único e indivisible<sup>22</sup>. El pueblo es, en definitiva y con toda su ambigüedad -es en esta ambigüedad donde se sustenta su potencialidad revolucionaria-, el sujeto soberano donde reside el poder constituyente. Sin soberanía, sin poder constituyente, no existe pueblo, y el constitucionalismo pierde el carácter democrático en el que se fundamenta el siempre difícil equilibrio entre legitimidad democrática y organización del poder político.

Esta indisoluble asimilación entre pueblo, poder constituyente y soberanía, conforma los cimientos de la Constitución democrática; al mismo tiempo, el texto constitucional consagra los elementos de la garantía y desarrollo del gobierno democrático, lo que da paso al Estado constitucional. La elección y el control efectivos de los gobernantes por parte del soberano y su autolimitación a través del Derecho constituyen, de esta manera, el elemento primordial para la entrada en vigor del principio democrático y, con ello, la aparición de la Constitución material -democrática-, principal característica del Estado constitucional.

La teoría del poder constituyente sufrió la involución del constitucionalismo en el cambio de preferencias que supuso el paso del Estado liberal revolucionario. Con la falta de transcendencia jurídica de la Constitución y la elaboración conceptual del poder de reforma o poder constituyente constituido promovidos por el pensamiento liberal

---

<sup>20</sup> Por todos, cfr. M. Fioravanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Trotta, Madrid, 2001, pp. 15 y ss, y R. Sánchez Ferriz, *Introducción al Estado constitucional*, Ariel, Barcelona, 1993, pp. 229 y ss.

<sup>21</sup> J. Asensi Sabater, *La época constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 134 y 135.

<sup>22</sup> Según la definición que realiza Pérez Treviño, agrupando las menciones de los clásicos (J. L. Pérez Treviño, *Los límites jurídicos al soberano*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 29).

conservador durante buena parte del siglo XIX, desapareció cualquier ápice de transformación revolucionaria, y los avances estaban destinados a producirse en el limitado marco del poder político organizado. El cambio fue sustancial, no semántico: *poder constituyente* y *soberanía* transformaron su contenido incorporando elementos conservadores que acabaran con la potencialidad revolucionaria del poder constituyente y la soberanía en su sentido original. El constructo jurídico-político del poder constituyente constituido se asentó en la supuesta delegación de la reforma constitucional -limitada- en el poder constituido, toda una imposibilidad teórica y material sin transgredir la naturaleza inmanente del poder constituyente como poder legitimador ilimitado; y la soberanía asimiló el límite jurídico-político del Estado en su sujeto, hasta el punto que dejó de referirse a la soberanía del pueblo para hacer mención a la soberanía del Estado y, de esa forma, establecer sus efectos principalmente en la esfera del Derecho internacional. La naturaleza *inmediata* característica del poder constituyente y de la soberanía fue relegada por una caracterización mediata y servil, que convertía en cenizas -de ahí el éxito de la construcción liberal conservadora- la potencialidad revolucionaria del poder constituyente, y que han sido el eje de la mayor parte de las críticas al contenido transformado de poder constituyente y soberanía<sup>23</sup>.

La consecución de una Constitución en sentido material, que comenzó con el reconocimiento del sometimiento del Estado a la ley, inició una nueva andadura en el caso europeo cuando, ante la crisis del Estado liberal conservador y el advenimiento de sus rupturas, se recuperó la función legitimadora de la soberanía del pueblo, la potencialidad e inmanencia del poder constituyente, y la correlativa vigencia del principio democrático. A pesar de lo que pudiera parecer, Estado de Derecho -en su acepción clásica, primordialmente caracterizada por el sometimiento del Estado a la ley<sup>24</sup>- y Estado democrático no se han mostrado, por lo tanto, como dos conceptos en todos los casos interdependientes e inseparables<sup>25</sup>, si bien el Estado democrático está siempre necesitado de la capacidad imperativa y de responsabilidad propias del Estado de Derecho. Las transformaciones posteriores del Estado Democrático hacia el Estado Social

---

<sup>23</sup> Una revisión de estas críticas, acompañada de una clara reivindicación de la naturaleza democrática del poder constituyente y de la soberanía, puede verse en A. Kalyvas, "Soberanía popular, democracia y el poder constituyente", *Política y Gobierno* vol. XII, nº 1, 2005, pp. 91-124.

<sup>24</sup> Y en cuyo perfil teórico no es imprescindible la existencia de una Constitución normativa. Por otro lado, en concepciones más recientes y elaboradas de Estado de Derecho no es concebible su vigencia sin una Constitución material. V. gr., para Stein, el Estado de Derecho requiere de la existencia de una Constitución definida en un documento constitucional, que tenga carácter obligatorio como orden fundamental normativo para el ejercicio del poder público (T. Stein, *Estado de derecho, poder público y legitimidad desde la perspectiva alemana*, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona, 1994, p. 8).

<sup>25</sup> Cfr. F. Garrido Falla, "Democracia y Estado de Derecho: sometimiento efectivo de todos los poderes a la Ley", *Revista de Administración Pública*, nº 128, mayo-agosto 1992, pp. 7 y ss.

y Democrático de Derecho durante el siglo XX no han introducido cambios importantes en la función legitimadora del poder constituyente, aunque ha mantenido en diverso de los dos principales caracteres de la involución del Estado liberal revolucionario: el nominalismo de una parte de la Constitución, exenta habitualmente de control constitucional, y que afecta principalmente al catálogo de derechos sociales; y el poder constituyente constituido, por el cual la Constitución ya no se sólo fruto de la voluntad del poder constituyente, sino del legislador ordinario, con las mayorías y los límites requeridos en cada caso.

En resumen, cabe concluir que si la Constitución es el fruto de la voluntad del pueblo soberano en uso del poder constituyente, y este es por su naturaleza democrático, la Constitución es su esencia democrática. En aquellos casos en que se establezca una organización jurídico-política, o exclusivamente política, donde no se reconozca la residencia de la soberanía en el pueblo y las exigencias del sistema democrático —que, como se ha afirmado, comporta prescriptivamente el principio de primacía de la ley como un requisito necesario pero no suficiente— no podría hablarse propiamente de Constitución, al menos desde la perspectiva denominadora del constitucionalismo democrático. Por otro lado, como afirma ARAGÓN, no hay más Constitución que la Constitución democrática, puesto que es la única que asegura, jurídicamente, la existencia misma de una Constitución, esto es, la efectiva limitación del poder del Estado en beneficio de la libertad de los ciudadanos. Sólo con la atribución de la soberanía al pueblo con los pertinentes efectos jurídicos, puede entenderse que el Estado quede sometido al Derecho, a una norma emanada al poder del propio Estado<sup>26</sup>.

### **III. EL PODER CONSTITUYENTE EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO: FUNDAMENTOS TEÓRICOS**

Aun cuando la discusión sobre la existencia o no de un imparable progreso social ha quedado relegada en sus principales términos<sup>27</sup>, seguramente por su relación con posiciones científicas ya anacrónicas y porque se fundamenta en valoraciones subjetivas sobre cuestiones claves -como el propio concepto de progreso- respecto a las cuales es sumamente complejo llegar a conclusiones generalmente aceptadas, lo cierto es que poco puede discutirse sobre la necesidad de los pueblos de progresar. Esta necesidad, no obstante, no ha sido correspondida en el plano de la realidad, al menos en

---

<sup>26</sup> M. Aragón, “La democracia constitucional”, en G. Trujillo, L. López Guerra y P. González Trevijano, *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 27 y 28.

<sup>27</sup> Se sigue a continuación la argumentación expuesta en R. Martínez Dalmau, “Democracia, constitucionalismo, Constitución, soberanía”, *cit.* pp. 108-111.

la misma medida en que sí se ha producido un avance en la tecnología, que ha transformado radicalmente las vidas de aquellas personas que tienen acceso a su uso y a su conocimiento<sup>28</sup>. De hecho, es fácil constatar cómo los avances sociales y los tecnológicos evolucionan de manera extremadamente distinta, partiendo en el mejor de los casos del estancamiento social frente al espectacular progreso técnico.

En particular, esta diferenciación se hace más patente si cabe en la situación actual de las democracias, tanto en su calidad como en su presencia. En su calidad, porque en algún momento denominado *triumfo de las democracias*, haciendo alusión a las transiciones desde el autoritarismo en los países europeos y, posteriormente, en América Latina, así como los cambios que siguieron a la caída del muro de Berlín<sup>29</sup>, ha acabado derivando, salvo honrosas excepciones, más en un conglomerado de sistemas formalmente representativos que en verdaderos supuestos de participación popular y control democrático. Y en su presencia, porque la mayor parte de la población mundial sigue viviendo en regímenes no democráticos -muchas veces ni siquiera simplemente competitivos-, aun cuando se califiquen -por ellos mismos o por terceros- de esa manera.

En definitiva, y sin ánimos de entrar en discusiones conceptuales que tampoco han rendido demasiados frutos en las últimas décadas<sup>30</sup>, el *triumfo de las democracias* no ha pasado de ser una derrota de algunos autoritarismos, sin que los modelos sustitutorios cuenten con la mayor de la legitimidad en su instauración y desarrollo, hasta el punto de que en poco tiempo parece haberse pasado de la euforia al escepticismo. De hecho, las condiciones que han delimitado el debate, al menos académico, sobre la democracia, defienden casi al mismo tiempo el triunfo de la democracia liberal y la crisis del principio democrático, lo que no sólo no es un contrasentido, sino que justamente ha acabado encontrando su significado en la situación de las democracias en el mundo actual<sup>31</sup>.

El empeño en la necesidad de fortalecer la democracia tiene lugar principalmente desde la convicción de que los regímenes democráticos son ineludibles para el avance

---

<sup>28</sup> Un análisis cuantitavista sobre el estado de la democracia en el mundo puede verse en J. E. Lane y S. Ersson, *Democracy: a comparative approach*, Routledge, Oxon, 2003.

<sup>29</sup> A principios de los noventa, Sartori, y con él toda una corriente politológica de gran influencia, afirmó que el símbolo del fin del Estado revolucionario por antonomasia había sido la caída del muro de Berlín, y que la disolución del comunismo frente a nosotros un vencedor absoluto: la democracia liberal. El triunfo de la democracia liberal se debía a que era la única democracia "real" que se hubiera realizado jamás sobre la tierra. Al respecto, cfr. H. Zamitiz, "El fundamentalismo y los problemas de la gobernanza democrática global", en J. L. Orozco (coord.), *¿Hacia una globalización totalitaria?*, UNAM-Fontamara, México, 2007, pp. 199 y ss; y, en general, G. Sartori, *La democracia después del comunismo*, Alianza, Madrid, 1993.

<sup>30</sup> Al respecto, cfr. J. M. González y F. Quesada, *Teorías de la democracia*, Anthropos, Barcelona, 1988.

<sup>31</sup> Al respecto, cfr. P. de Vega García, "Mundialización y Derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", *Revista de Estudios Políticos*, nº 100, abril-junio 1998, pp. 13-56.

de los pueblos. Avance no exclusivamente en su sentido modernizador -como proponían los referidos teóricos, ya clásicos, de la democracia<sup>32</sup> - sino, fundamentalmente, emancipador. En efecto, la plena libertad para la toma de decisiones trascendentales en una sociedad, que conlleva el ejercicio integrativo de la ciudadanía a través de la participación, está directamente relacionada con la emancipación popular y, por lo tanto, en la decisión sobre las prioridades y los fundamentos de la vida en común. En términos de CONTRERAS, “el ejercicio sustantivo de los derechos ciudadanos sigue constituyendo una máxima de emancipación humana dentro del marco del orden mundial existente”<sup>33</sup>.

En este sentido, la necesidad de fortalecer la base de la legitimidad democrática en las sociedades actuales plantea dos dimensiones complementarias: la interna, fundada en la toma de decisiones de vida sobre valores y principios comunes y, con ello, la creación de las condiciones para el *buen vivir*<sup>34</sup>; y la externa, referida a la necesidad de construir una comunidad internacional fundamentada en criterios democráticos, los únicos compatibles con sociedades que se gobiernan internamente según éstos. La construcción de un constitucionalismo mundial pasa, en este orden, por la introducción del calificativo *democrático*<sup>35</sup>.

Ahora bien; con independencia de las numerosas proposiciones teóricas y experiencias prácticas que se han propuesto históricamente sobre gobiernos de sociedades democráticas, lo cierto es que en los últimos tiempos ha surgido una

---

<sup>32</sup> Cuya transcendencia en la doctrina institucionalista de la reforma del Estado tuvo particular éxito en América latina a partir de la década de los ochenta, patrocinado por organizaciones financieras internacionales como el Banco Interamericano de Desarrollo. Cfr., en general, el estudio de la Universidad de Chile con el respaldo del BID, L. Tomassini y M. Armijo, *Reforma y modernización del Estado. Experiencias y desafío*, Lom, Santiago de Chile, 2002.

<sup>33</sup> M. A. Contreras, “Ciudadanía, pluralidad y emancipación: perspectivas democráticas de un debate en ciernes”, *Cuadernos del CENDES*, nº 48, septiembre-diciembre 2001, p. 2.

<sup>34</sup> Se da un sentido general de la expresión constitucionalizada en el último texto ecuatoriano, de 2008, traducción del *sumak kawsay* quechua (Título VII, *Régimen del Buen vivir*), y que también aparece -con la denominación de *suma qamaña* -vivir bien- en la Constitución boliviana de 2009 (artículo 8). Cfr., en general, A. Acosta y E. Martínez (comp.), *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*, Universidad Bolivariana, Santiago de Chile, 2009. También recientemente, desde latitudes muy lejanas del mundo andino, se ha constitucionalizado el concepto de Felicidad Interna Bruta (*Gross National Happiness*) en la Constitución de Bhután de 2008, la primera del país: “El Estado promoverá las condiciones para permitir la búsqueda de la Felicidad Interna Bruta” (artículo 9.2), y la función del gobierno es asegurar la paz, el bienestar y la felicidad del pueblo (artículo 20). Cfr. A. Sinpeng, “Democracy from Above: Regime Transition in the Kingdom of Bhutan”, *Journal of Bhutan Studies*, Vol. 17, invierno 2007, pp. 21-47.

<sup>35</sup> Los planteamientos doctrinales sobre la democracia mundial suelen prescindir del problema de la legitimidad, o limitarlo al del control y dación de cuentas (*accountability*). Para Held, v. gr., en el mundo contemporáneo sólo es posible concretar la democracia si se garantiza la *accountability* de todos los sistemas de poder relacionados e interconectados, de la economía a la política. “Por consiguiente, la posibilidad de la democracia hoy en día debe vincularse con un marco expansivo de instituciones y procedimientos democráticos”, lo que el autor denomina modelo cosmopolita de democracia. D. Held, *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 317.

propuesta que parece contar con mayor éxito en el desolador panorama de los avances democráticos en el mundo: la consolidación del Estado constitucional en el marco del nuevo constitucionalismo. Y ello es así porque, con todos sus límites y el desarrollo involutivo que ha experimentado durante buena parte de su proceso de construcción, el Estado constitucional ha sido, por el momento, la única fórmula que se muestra capaz de armonizar con éxito la decisión absoluta e ilimitada de la democracia con el control y el límite del poder de gobierno.

Como consecuencia de que el Estado constitucional —esto es, el Estado que surge de la democracia constitucional— implica la *juridificación* de la democracia, aparece la necesidad de concebir jurídicamente —y, por ello, limitadamente— a la propia soberanía<sup>36</sup> en su ejercicio *constitucionalizado*, sin por ello contradecir el carácter absoluto de la soberanía en su ejercicio *constituyente* sin el cual, desde luego, se rompería la tensión entre democracia y constitucionalismo a favor del control del poder sin legitimidad del pueblo. De esta forma, como se ha hecho referencia, se produce la síntesis entre democracia y soberanía, ambas consagradas en la norma jurídica fundamentadora del pacto social, la Constitución, aunque ninguna de ellas dependiente de esta consagración, puesto que corresponden a hechos políticos y, por lo tanto, preconstitucionales.

Como se ha hecho referencia, es cierto que desde diferentes ámbitos académicos, en particular desde la Filosofía del Derecho, se ha planteado en los últimos años una revisión del concepto de soberanía y ciudadanía, y con él, la de poder constituyente<sup>37</sup>, por la identificación del problema del *absolutismo* del Estado, que se opondría al *constitucionalismo global*. El planteamiento, desde luego, es acertado desde el punto de vista de la *soberanía del Estado*, pero no debería afectar a la reivindicación de la *soberanía del pueblo* en el Estado constitucional por las razones ya esgrimidas. *Soberanía del Estado* y *soberanía del pueblo* son dos conceptos cercanos en algunas características, pero afortunadamente distintos en su materia, justamente porque la diferencia entre el Estado moderno de la época de BODINO y el Estado constitucional es que la soberanía, en esta última formación, no es explicativa de un hecho -la aparición del Estado-, sino *fundamento* de este hecho. En el Estado constitucional, la *soberanía del Estado* sólo tiene sentido de forma dependiente -y, por lo tanto, limitada- a la *soberanía del pueblo* y, por ello, el constitucionalismo democrático exige que la soberanía del Estado sólo pueda concebirse en el ámbito de la normatividad. Pero el

---

<sup>36</sup> M. Aragón Reyes, *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 30.

<sup>37</sup> Cfr., por todos, L. Ferrajoli, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2002. Para el caso europeo, cfr. J. A. Estévez Araujo, "Disolución de la soberanía y fragmentación de la ciudadanía en el proceso de integración europea", *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº 11, 1998, pp. 5-18.

peligro de negar una soberanía del pueblo *legitimadora* es grave porque, salvo que aparezcan nuevos modelos, lo que se niega es la posibilidad de un constitucionalismo democrático. O, lo que es lo mismo, la posibilidad de progresar en el avance de la emancipación de los pueblos a través del Estado constitucional.

Ahora bien; esta consolidación del Estado constitucional sólo parece que pueda asentarse en el fundamento democrático que le otorga legitimidad al poder. Desde este punto de vista, el avance discurre principalmente por cuatro senderos: la reivindicación del concepto de soberanía popular y de poder constituyente, que incorpora su potencialidad revolucionaria; la incorporación de mecanismos de fortalecimiento de la legitimidad democrática del poder constituido, tanto a través de la participación directa en las decisiones como del control democrático del poder político organizado (dimensión indirecta de la soberanía o soberanía *juridificada*); la búsqueda de mecanismos de materialización de la Constitución y la eliminación de las sombras nominalistas, y la marginación definitiva del poder constituyente constituido, fundamentado tanto en la negación de la naturaleza delegable del poder constituyente como en el mismo concepto de Constitución como fruto de la voluntad exclusiva del poder constituyente. Cuatro elementos que, desde luego, no están presentes en el constitucionalismo del Estado Social, y que apuntan hacia momentos constituyentes de profundo sustrato democrático, en evolución desde el constitucionalismo liberal revolucionario hacia el *nuevo constitucionalismo*. Su objetivo: la consolidación del Estado constitucional.

Las experiencias recientes parecen avanzar en la práctica lo que en la teoría es apenas un esbozo: la necesidad de fundamentar el Estado constitucional no sólo, aunque también, sobre los principios de aplicación de la Constitución -tesis *neoconstitucionalista*-, sino, y cabría decir que primeramente, sobre la legitimidad del poder constituyente -procesos constituyentes, asambleas constituyentes-. Ambos factores apuntan hacia un *nuevo constitucionalismo* cuya esencia política es la voluntad del poder constituyente, y la sustancia jurídica es la aplicación y reivindicación de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico. Las pretensiones de constitucionalización del ordenamiento jurídico son, por lo tanto, sustentadas no tanto propiamente en el carácter supremo de la Norma Fundamental, sino en el hecho de que la superioridad de la Constitución provenga de la esencia legitimadora del poder constituyente y de la soberanía popular.

La principal experiencia, hasta el momento, ha sido la del denominado *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, basado en los principios de legitimidad democrática (constituyente) y normatividad de la Constitución como *Lex Superior*, fenómeno de regeneración democrática que parece extenderse en el ejercicio de su función emancipadora. En efecto, desde 1990, fecha en que se activó el proceso constituyente

colombiano, hasta la actualidad, ya son varias las nuevas constituciones que apuntan hacia un cambio de paradigma no sólo doctrinal sino, fundamentalmente, político-jurídico<sup>38</sup>. No obstante, los requerimientos de un nuevo constitucionalismo parecen alcanzar otras latitudes ya entrado el siglo XXI, e incluso permiten distinguir la naturaleza de los cambios constitucionales en el mundo árabe (Egipto y Túnez: *reforma* frente a *cambio* constitucional), o perfilar las características de legitimidad sobre las que se ha basado la ruptura constituyente islandesa frente a los elementos reformistas que rodearon el fracaso del Tratado constitucional europeo unos años atrás.

Parece, por lo tanto, que la superación de las debilidades del constitucionalismo del Estado Social provendrá de una relegitimación del poder político organizado sobre el principio emancipador de la soberanía popular, el poder constituyente y el constitucionalismo democrático; esto es, *del nuevo constitucionalismo*. De no ser así, importantes sombras podrían cernirse sobre la capacidad de los seres humanos para ser dueños por sí mismos de su destino en común.

---

<sup>38</sup> Al respecto, en general, cfr. R. Viciano Pastor y R. Martínez Dalmau, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 9, 2011, pp. 1-24.