

DEMOCRATIZAR A PUERTO RICO

ARTÍCULO

JOEL COLÓN RÍOS*

Introducción	857
I. La democracia frente al constitucionalismo	860
A. La Constitución de 1952	863
II. Poder constituyente y democracia	867
A. Poder constituyente, participación popular y aperturas democráticas	870
III. Mecanismos participativos de cambio constitucional: Algunas propuestas.....	873
A. La asamblea constituyente convocada desde abajo.....	874
B. La iniciativa popular para enmendar la Constitución	876
C. Referéndums y poder constituyente	878
Comentarios finales.....	880

INTRODUCCIÓN

UNA DE LAS CAUSAS DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA FUE LA CRISIS FINANCIERA resultante de una deuda nacional que, en aquella época, muchos identificaban como impagable.¹ El crecimiento de dicha deuda generalmente se le atribuye a los excesos de las administraciones de Luis XV y Luis XVI, así como a los gastos relacionados a los conflictos militares en los que Francia se vio envuelta durante el siglo XVIII (incluido el apoyo económico a la Revolución Americana). Ante esta crisis, la corona francesa intentó recaudar fondos adicionales a través de nuevos impuestos (en el contexto de un sistema que cargaba desproporcionalmente a las clases bajas), así como utilizar el crédito público para tomar nuevos préstamos, pero esos intentos fracasaron una y otra vez.² Ya en vísperas de la revolución, Luis XVI parecía moverse a autorizar una declaración de quiebra que temporalmente liberaría a Francia de la deuda. Uno de los grandes críticos de ese plan fue Emmanuel Sieyès, quien poco después se convirtió en el principal

* Catedrático de la Facultad de Derecho, Victoria University of Wellington.

1 Véase WILLIAM DOYLE, *ORIGINS OF THE FRENCH REVOLUTION* 43-52 (2da ed. 1980).

2 Este era un asunto que fue objeto de importantes discusiones en Europa durante el siglo XVIII. Véase, por ejemplo DAVID HUME, *Of Public Credit*, en *ESSAYS: MORAL, POLITICAL, AND LITERARY* 349, 360-61 (Eugene F. Miller ed., 1985) (1752).

teórico constitucional de la Revolución. Sieyès se opuso ferozmente a una declaración de quiebra, pues pensaba que podría hacer la recaudación de impuestos más difícil que nunca (con posibles consecuencias políticas y económicas catastróficas), así como llevar a una guerra contra Inglaterra (muchos de cuyos ciudadanos eran acreedores de Francia).³

Sieyès argumentaba que si la deuda era el resultado de los gastos excesivos de la administración, su costo no debería recaer sobre aquellos prestamistas que habían confiado su dinero al establecimiento público. Sin embargo, tampoco podía permitírsele al Gobierno, cuya irresponsabilidad había ocasionado la crisis, poner el peso de la deuda sobre las grandes masas de la población a través de nuevos impuestos. Es escandaloso, decía, “ver por un lado a los acreedores del estado temerosos de perder sus fortunas y, por el otro, a la masa de los contribuyentes, temerosos de un impuesto que los lleve a la ruina”, y a la misma vez ver “a los ministros del gobierno, únicos causantes de este desorden, observando calmadamente el debate, esperando impasiblemente . . . por la creación de un nuevo impuesto o a una autorización para declararse en quiebra”.⁴ La solución propuesta por Sieyès incluía la adopción de una nueva constitución que permitiera a una asamblea nacional tomar decisiones (incluyendo decisiones relacionadas al gasto público) basadas en el interés general y no en el interés de unos pocos.⁵ No obstante, ya que una constitución como esa nunca sería adoptada por aquellos que se beneficiaban del sistema de privilegios y desigualdades imperante, Sieyès acompañó su plan con una teoría que ubicaba el poder de adoptar una constitución nueva en el pueblo y no en las instituciones políticas existentes.

Como veremos posteriormente, esa teoría (la teoría del poder constituyente) es de especial relevancia para el argumento que me interesa defender en este artículo. Como ha señalado Antonio Negri, “hablar del poder constituyente es hablar de democracia”.⁶ Pero, ¿qué significa hablar de democracia?⁷ Sieyès, por ejemplo, rechazó la democracia más de una vez.⁸ Para él, una democracia genuina requeri-

³ EMMANUEL-JOSEPH SIEYÈS, *POLITICAL WRITINGS* xli (Michael Sonenscher ed., trad., Hackett Publ'g. Co. 2003).

⁴ EMMANUEL-JOSEPH SIEYÈS, *Views of the Executive Means Available to the Representatives of France in 1789*, en *POLITICAL WRITINGS* 1, 65 (traducción suplida).

⁵ *Id.* en las págs. 56-57, 66.

⁶ ANTONIO NEGRI, *INSURGENCIAS: CONSTITUENT POWER AND THE MODERN STATE* 1 (Maurizia Boscagli trad. 1999) (traducción suplida).

⁷ La democracia, como señalara Gallie, es un concepto esencialmente controvertido. A pesar de que el concepto *democracia* es generalmente asociado a una forma deseable de organización política, el mismo parecería no ser susceptible a asumir un significado único. W. B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, 56 *PROC. ARISTOTELIAN SOCIETY* 167, 183-86 (1956).

⁸ Por ejemplo:

‘No aristocracy’ ought to become a kind of rallying-cry for all the friends of the nation and good order. The aristocrats will think that they can resort by crying: ‘No democracy’. But we will repeat ‘No democracy’ with them and *against* them. These gentlemen do not realize that

ría que todas las decisiones gubernamentales fueran tomadas por todos los ciudadanos, sistema que no solamente consideraba indeseable, sino imposible de poner en práctica en una sociedad moderna. Cuando Sieyès hablaba del poder constituyente del pueblo (o de la nación),⁹ realmente se refería a un poder a ser ejercido por una asamblea representativa, no por el pueblo a través de mecanismos de democracia directa. Más aún, la asamblea nacional propuesta por Sieyès representaría, en última instancia, los intereses de la burguesía ascendiente y no los intereses de las masas trabajadoras y campesinas. Independientemente de esas deficiencias, lo que quisiera resaltar en este instante es que, en momentos de crisis, Sieyès ofreció una solución que requería mover la toma de decisiones políticas importantes más cerca de aquellos a quienes dichas decisiones aplicarían. Ese también debería ser el objetivo de los demócratas en el siglo XXI: ofrecer alternativas de cambio constitucional que promuevan nuevas formas de participación popular como medio para enfrentar las grandes crisis de nuestros tiempos.

En este artículo me dispongo a ofrecer algunas alternativas de ese tipo en el contexto del orden constitucional puertorriqueño. Es necesario, sin embargo, hacer una aclaración inicial. Si bien no existe un consenso en torno a las implicaciones institucionales específicas del ideal democrático, toda concepción de la democracia parte de la premisa de que el pueblo se autogobierna a través de leyes adoptadas directamente o a través de una asamblea electa. Por eso, hablar de democracia en Puerto Rico presenta un problema particular, pues nos enfrentamos a un orden constitucional en el que el *demos* no se gobierna a sí mismo, esto es, un lugar en donde no existe, y nunca ha existido, una democracia. Uno podría, por ejemplo, decir que en Estados Unidos no hay una democracia real debido a la gran influencia que ejercen distintos intereses económicos sobre el proceso legislativo y a la realidad de que únicamente los miembros de ciertas clases sociales tienen una verdadera posibilidad de ocupar los cargos públicos principales. No obstante, respecto a Estados Unidos puede al menos hablarse de una democracia en un sentido formal, pues el pueblo estadounidense participa, a través de sus representantes electos, en la creación de las normas que lo gobiernan. Puerto Rico ni siquiera cumple con los requisitos mínimos de una democracia formal: aquellos que adoptan las normas de mayor jerarquía (en nuestro caso, las leyes federales adoptadas por el Congreso de Estados Unidos) no son electos por los que vienen obligados a obedecerlas.

Así, cualquier proyecto dirigido a *democratizar* a Puerto Rico a través de la creación de instituciones de democracia participativa, a través del establecimiento de un sistema electoral proporcional, a través de la simplificación del proceso para

representatives are not democrats; that since real democracy is impossible amongst such a large population, it is foolish to presume it or to appear to fear it. . . .

EMMANUEL-JOSEPH SIEYÈS, WHAT IS THE THIRD ESTATE? 196 (M. Blondel, trad., Praeger 1963) (1789).

⁹ La concepción de la *nación* en Sieyès puede separarse de cualquier consideración étnica: la nación para Sieyès es un cuerpo de asociados que viven bajo las mismas leyes y que son representados por la misma asamblea. *Id.* en la pág. 58. Véase también WILLIAM E. SCHEUERMAN, *Revolutions and Constitutions*, en *LAW AS POLITICS: CARL SCHMITT'S CRITIQUE OF LIBERALISM* 259 (David Dyzenhaus ed., 1998).

oficializar candidaturas independientes, o a través del reconocimiento de derechos sociales y económicos que coloquen a los ciudadanos en una mejor posición de ejercer sus derechos de participación política, es un proyecto radicalmente incompleto, pues operaría en un trasfondo profundamente antidemocrático.¹⁰ Tomando en cuenta esas aclaraciones iniciales, en este artículo consideraré una serie de mecanismos dirigidos a ampliar las oportunidades de participación política en el cambio constitucional. En la Parte I, ofreceré algunos comentarios iniciales en torno a la relación entre el constitucionalismo y la democracia. En ese análisis, utilizaré como ejemplo principal algunas de las deficiencias democráticas de la Constitución de 1952. En la Parte II, mostraré por qué la teoría del poder constituyente ofrece una manera de entender la relación entre el constitucionalismo y la democracia que nos obliga a pensar en la implementación de mecanismos que permitan altos grados de participación popular en el cambio constitucional. Finalmente, y descansando sobre las bases sentadas en las primeras dos partes del escrito, en la Parte III presento dos mecanismos específicos (la Asamblea Constituyente convocada *desde abajo* y la iniciativa popular para enmendar la Constitución) que, a mi juicio, reducirían de manera considerable la distancia entre el pueblo puertorriqueño y la Constitución de 1952.

I. LA DEMOCRACIA FRENTE AL CONSTITUCIONALISMO

El dilema constitucionalismo-democracia se refiere a la idea de que el constitucionalismo y la democracia están en tensión o en conflicto: el primero apunta hacia un poder político limitado por una constitución suprema, la segunda insiste en el poder político ilimitado del pueblo. Esta aparente tensión no es solamente una cuestión de interés para la teoría constitucional, sino que la posición que se asume respecto a la misma puede tener implicaciones prácticas importantes. Una de las discusiones más interesantes acerca de la relación entre estos dos ideales tuvo lugar hace más de doscientos años, en un conocido intercambio entre James Madison y Thomas Jefferson. Jefferson se refería con desprecio a lo que él llamaba las *constituciones perpetuas*. Se quejaba de que “algunos hombres ven las constituciones con sagrada reverencia y las consideran la clave de un pacto, demasiado sacras como para ser tocadas. Le atribuyen a los hombres de generaciones anteriores una sabiduría sobrehumana, y piensan que lo que ellos hicieron no debe ser

¹⁰ No obstante, quizás la ampliación de las oportunidades de participación política sea precisamente parte de la solución a nuestra situación de subordinación política. Si el colonialismo es la negación de la democracia (esa es precisamente la característica jurídica básica de una colonia: la sujeción a leyes adoptadas por una legislatura imperial), el aumento en la participación popular podría ser parte del antídoto a nuestra situación colonial. Como señalamos en un artículo escrito junto a Allan C. Hutchinson: “[P]rovided with better and more extensive institutional opportunities to participate in their own governance, people will cultivate a greater appetite and aptitude for political engagement. If domination breeds largely subservients, then democracy will beget mainly democrats”. Allan C. Hutchinson & Joel Colón-Ríos, *What’s Democracy Got to Do With It? A Critique of Liberal Constitutionalism* 36 (CLPE RESEARCH PAPER No. 29, 2007).

enmendado”.¹¹ Para Jefferson, no solo las constituciones deberían cambiar como resultado del “progreso de la mente humana”, sino que quienes nacieron bajo una constitución adoptada por generaciones anteriores deberían tener el derecho de corregir los errores contenidos en la misma.¹²

Jefferson llegó a sugerir que en determinados momentos (luego del advenimiento a la adultez de una nueva generación, lo que ocurría cada 19 años de acuerdo a su interpretación de las estadísticas de mortalidad en Europa), el orden constitucional debía caducar y debía convocarse automáticamente una nueva asamblea constituyente (o, en la terminología norteamericana de la época, una *convención constitucional*).¹³ Esta asamblea, para Jefferson, permitiría a las generaciones actuales “escoger ellas mismas la forma de gobierno que entiendan consecuente con su propia felicidad”.¹⁴ Tal y como años antes le escribiera desde París a su amigo James Madison, Jefferson insistía en que “la tierra pertenece en usufructo a los vivos”.¹⁵ Desde esta perspectiva, la pretensión de permanencia de la mayoría de las constituciones (institucionalizada mediante el establecimiento de procesos de reforma constitucional que incluya requisitos difíciles de satisfacer), niega la soberanía de los vivos. Por su parte, Madison se opuso vehementemente a la mayoría de estos planteamientos. Pensaba que las propuestas de Jefferson venían acompañadas del “peligro de alterar la tranquilidad pública apelando demasiado a las pasiones del pueblo”.¹⁶

No es que Madison defendiera la idea de que las constituciones nunca deben enmendarse.¹⁷ Sin embargo, estaba convencido de que, de ponerse en práctica la concepción jeffersoniana, se crearía en el pueblo la idea de que el orden constitucional vigente era uno defectuoso y que necesitaba ser corregido, privando a la constitución de esa “veneración que el pasar del tiempo le imprime a todo, y sin

¹¹ Letter from Thomas Jefferson to Samuel Kercheval (July 12, 1816), en *THE PORTABLE THOMAS JEFFERSON* 558-59 (1975) (traducción suplida).

¹² *Id.* en la pág. 559 (traducción suplida).

¹³ Letter from Thomas Jefferson to James Madison (Sept. 6, 1789), en *THE PORTABLE THOMAS JEFFERSON*, *supra* nota 11, en la pág. 449. La idea de las asambleas constituyentes periódicas ya estaba presente en Rousseau. Véase JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *THE SOCIAL CONTRACT AND THE DISCOURSES* 259, 269 (Campbell Publ's. 1993) (1762). Además, durante la Revolución Francesa la idea fue defendida por Nicolas de Condorcet y también sugerida por Sieyès. Véase Lucien Jaume, *Constituent Power in France: The French Revolution and its Consequences*, en *THE PARADOX OF CONSTITUTIONALISM: CONSTITUENT POWER AND CONSTITUTIONAL FORM* 71 (Martin Loughlin & Neil Walker eds., 2007).

¹⁴ Letter from Thomas Jefferson to Samuel Kercheval, *supra* nota 11, en la pág. 560 (traducción suplida).

¹⁵ Letter from Thomas Jefferson to James Madison, *supra* nota 13, en la pág. 445 (traducción suplida).

¹⁶ *THE FEDERALIST* No. 49, en la pág. 286 (James Madison) (ABA Publ'g 2009) (traducción suplida).

¹⁷ Madison, de hecho, favoreció un cambio constitucional importante. En una carta dirigida a George Hay (23 de agosto de 1823), se expresó a favor de un cambio en las reglas para la elección del presidente. Véase SANFORD LEVINSON, *OUR UNDEMOCRATIC CONSTITUTION: WHERE THE CONSTITUTION GOES WRONG (AND HOW THE PEOPLE CAN CORRECT IT)* 95 (2006).

la cual quizás los más sabios y libres gobiernos no poseerían la estabilidad necesaria”.¹⁸ Así, en vez de asambleas constituyentes periódicas que ponían la constitución a merced de las “decisiones de la sociedad completa”,¹⁹ de la voluntad cambiante de las grandes masas populares, Madison favoreció un procedimiento de enmienda complicado, que requiriera el consentimiento de mayorías cualificadas a nivel estatal y federal. En otras palabras, un proceso de enmienda que hiciera de la reforma constitucional una tarea difícil e improbable, y cuyos protagonistas no fueran los ciudadanos ordinarios (pues esto sería demasiado riesgoso), sino las élites políticas del momento. Como sabemos, la posición de Madison resultó triunfadora y quedó reflejada en el artículo V de la Constitución de Estados Unidos.²⁰

El debate acerca de la relación entre constitucionalismo y democracia se ha visto reflejado en varios casos en los que, de una manera u otra, las cortes han venido llamadas a examinar los principios fundamentales del orden jurídico en cuestión. En América del Norte, uno de estos casos es *Reference re Secession of Québec*, en donde la Corte Suprema de Canadá examinó la legalidad de una hipotética secesión unilateral de Québec.²¹ En un intento por equilibrar principios democráticos y constitucionales, la Corte sostuvo que la Constitución canadiense, la cual no contiene una disposición que permita a las provincias separarse de Canadá, no podía ser legalmente eludida, incluso si la mayoría de la población de la provincia votara a favor de la secesión. Según la Corte, la concepción canadiense de la democracia no es la de un mero sistema de gobierno de mayoría, sino que, entendida a la luz del constitucionalismo, es consecuente con la idea de que “los representantes políticos del pueblo de una provincia tienen la capacidad y el poder

¹⁸ THE FEDERALIST No. 49, *supra* nota 16 (traducción suplida).

¹⁹ *Id.* (traducción suplida).

²⁰ El artículo V ha, sin duda, logrado su objetivo. Desde su adopción en 1787, la Constitución de Estados Unidos ha sido enmendada en veintisiete ocasiones solamente (las primeras diez enmiendas constituyen la Carta de Derechos y fueron adoptadas en conjunto en 1789). La enmienda número veintisiete tomó más de 200 años en ratificarse; la misma fue propuesta por el propio Madison en 1789 y no fue ratificada hasta el año 1992. En su parte relevante, el artículo V dispone:

Siempre que las dos terceras partes de ambas Cámaras lo juzguen necesario, el Congreso propondrá enmiendas a esta Constitución, o bien, a solicitud de las legislaturas de los dos tercios de los distintos Estados, convocará una convención con el objeto de que proponga enmiendas, las cuales, en uno y otro caso, poseerán la misma validez que si fueran parte de esta Constitución, desde todos los puntos de vista y para cualesquiera fines, una vez que hayan sido ratificadas por las legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados separadamente o por medio de convenciones reunidas en tres cuartos de los mismos, según que el Congreso haya propuesto uno u otro modo de hacer la ratificación

U.S. CONST. art. V.

²¹ *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 (Can.).

de comprometer a la provincia a respetar las normas constitucionales” que se hayan adoptado.²² Conforme al razonamiento de la Corte, lejos de negar la democracia, el constitucionalismo crea un marco ordenado que permite a las personas tomar decisiones políticas: “Vistos correctamente, el constitucionalismo y el estado de derecho [*rule of law*] no están en conflicto con la democracia, sino que son esenciales para esta”.²³

Un año después, la Corte Suprema de Justicia de Venezuela examinó una cuestión similar, pero llegó a una conclusión muy distinta. La controversia giró en torno a la legalidad de crear un nuevo orden constitucional a través de un proceso no previsto por la regla de enmienda de la Constitución entonces vigente. La controversia se originó cuando el gobierno recién instalado llamó a un referéndum que le preguntaba al electorado si deseaba convocar una Asamblea Constituyente con el fin de reconstituir la República. Como la Constitución parecía colocar el poder de reforma exclusivamente en la legislatura, algunos argumentaban que convocar a una Asamblea Constituyente era contrario al orden jurídico establecido y requeriría la adopción previa de una enmienda constitucional.²⁴ En una decisión que se refirió expresamente a la existencia de una tensión entre el constitucionalismo y la democracia, la Corte sostuvo que el proceso de reforma contenido en la Constitución operaba únicamente frente a los órganos ordinarios del Estado, y no podía establecer límites a una voluntad popular de cambio constitucional expresada democráticamente.²⁵

A. *La Constitución de 1952*

Como surge de la sección anterior, la tensión entre el constitucionalismo y la democracia aparece de la manera más clara en la relación entre el pueblo y el poder de reforma constitucional. Mientras el constitucionalismo requiere constituciones que solamente puedan ser alteradas con dificultad (por ejemplo, a través de supermayorías legislativas), la democracia requiere una constitución que sea obra del pueblo (lo que implica, como veremos a continuación, un pueblo con la facultad real de recrear el orden constitucional en cualquier momento). La Constitución de 1952 ofrece un claro ejemplo de la perspectiva constitucionalista tradicional. De hecho, cuando se compara con otras constituciones, la Constitución de 1952 contiene un proceso de reforma difícil de satisfacer.²⁶ Existen tres estrategias

²² *Id.* párr. 76 (traducción suplida).

²³ *Id.* párr. 78 (traducción suplida).

²⁴ Véase, por ejemplo ALLAN R. BREWER-CARIAS, GOLPE DE ESTADO Y PROCESO CONSTITUYENTE EN VENEZUELA (2002).

²⁵ Fallo Núm. 17 de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela (19 de enero de 1999). Para un análisis, véase Joel I. Colón Ríos, *Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Colombia and Venezuela*, 18 CONSTELLATIONS 365 (2011).

²⁶ Para un intento de medir el grado de dificultad que presentan las fórmulas de enmienda de diversas constituciones, véase Donald S. Lutz, *Towards a Theory of Constitutional Amendment*, 88 AM. POL. SCI. REV. 355 (1994). Para una crítica reciente a los intentos de medir la rigidez constitucional,

principales para institucionalizar la supremacía constitucional en una regla de reforma constitucional: las súpermayorías legislativas, los referéndums y las votaciones temporalmente separadas.²⁷ La Constitución de 1952 combina las dos primeras estrategias. Para la proposición de enmiendas, el artículo VII, sección 1, de la Constitución de 1952 requiere una resolución adoptada por al menos dos terceras partes del número total de los miembros de la Asamblea Legislativa y el voto afirmativo del electorado en un referéndum.

Para la revisión de la Constitución a través de una Convención Constituyente, el artículo VII, sección 2, nuevamente requiere una resolución adoptada por al menos dos terceras partes del número total de los miembros de la Asamblea Legislativa y el voto afirmativo del electorado en un referéndum (las propuestas de la Convención Constituyente, a su vez, están sujetas a referéndum). Si bien dicha combinación de súpermayorías y referéndums no es excepcional (la misma también se encuentra, por ejemplo, en la Constitución de Japón²⁸ y en la Constitución de Fiji²⁹), generalmente las constituciones optan entre una u otra alternativa. Así, por ejemplo, las constituciones de Estados Unidos,³⁰ Alemania³¹ y Sudáfrica³² contienen fórmulas de enmienda que requieren mayorías legislativas cualificadas (pero no requieren referéndum), y las constituciones de Francia,³³ Venezuela³⁴ y Australia³⁵ pueden enmendarse mediante procesos que requieren un referéndum, pero no súpermayorías legislativas. La combinación entre súpermayorías legislativas y referéndums resulta en una rigidez constitucional considerable, aunque, como hemos visto, no excepcional. Sin embargo, a esto hay que sumarle otros dos elementos: (1) la distinción entre enmienda y revisión, y (2) las cláusulas pétreas contenidas en el artículo VII, sección 3.

Como sugerí en el párrafo anterior, el artículo VII establece dos procedimientos distintos de reforma constitucional, uno para *enmendar* y otro para *revisar* la Constitución (el segundo método a través de una Convención Constituyente). Son muchas las constituciones que contienen fórmulas de enmienda similares y que

véase Tom Ginsburg & James Melton, *Does the Constitutional Amendment Rule Matter at All?: Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty*, 13 INT'L J. CONST. L. 686 (2015).

²⁷ Véase, por ejemplo CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [C.P.] art. 375; C.E., B.O.E. n. 311, 29 de diciembre de 1978 (España).

²⁸ NIHONKOKU KENPO [KENPO][CONSTITUCIÓN] art. 96.

²⁹ FIJI CONST. art. 160 (2013).

³⁰ U.S. CONST. art. V.

³¹ GRUNDGESETZ [GG] [LEY FUNDAMENTAL ALEMANA] traducción en http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0409.

³² S. AFR. CONST., 1996.

³³ 1958 CONST. art. 89.

³⁴ CONST. VEN. art. 341. El artículo 341 solamente aplica a las enmiendas definidas como “la adición o modificación de uno o varios artículos de la Constitución, sin alterar su estructura fundamental”. Para las revisiones parciales de la Constitución se requiere, además, de un referéndum ratificatorio, el voto afirmativo de dos terceras partes de la Asamblea Nacional (véase artículos 342 y 343).

³⁵ AUSTRALIAN CONST. art. 128.

distinguen entre distintos tipos de reforma constitucional. Por ejemplo, la Constitución de Paraguay de 1992 distingue en su artículo 290 entre “enmiendas” y “reformas”,³⁶ disponiendo que las reformas solamente tendrán lugar a través de una Convención Nacional Constituyente.³⁷ Tampoco existe ninguna anomalía con respecto a la primera oración de la sección 3 del artículo VII, la cual se titula *Limitación a las enmiendas*, y dispone que “[n]inguna enmienda a esta Constitución podrá alterar la forma republicana de gobierno que por ella se establece o abolir su Carta de Derechos”.³⁸ Este tipo de cláusula, conocida en la teoría constitucional como cláusula pétrea o cláusula de intangibilidad, es muy común en las constituciones escritas (aunque podríamos señalar que mientras más difícil el proceso de reforma, menos necesaria se hace la presencia de ese tipo de cláusulas).³⁹ Dichas cláusulas colocan determinados principios o disposiciones fuera del alcance del poder de reforma constitucional. Por ejemplo, tan temprano como en 1821, la Constitución de la Gran Colombia disponía en su artículo 190 que no sería objeto de reforma constitucional, entre otras cosas, la forma de gobierno, la independencia y la soberanía de la nación.⁴⁰

La cláusula pétrea arriba citada solo opera contra el procedimiento de *enmienda*. Es decir, conforme con la sección 3 del artículo VII de la Constitución de 1952, la forma republicana de gobierno, así como la Carta de Derechos, podrían ser abolidas utilizando el proceso de *revisión* (lo cual es perfectamente lógico, ya que el proceso de revisión tiene lugar a través de una Convención Constituyente, es decir, a través de un proceso similar al utilizado cuando la Constitución fue originalmente adoptada). Todo lo anterior es enteramente consistente con las tendencias dominantes en el constitucionalismo moderno, pero la segunda oración de la sección 3 introduce un elemento extraño que magnifica de manera importante la tensión entre constitucionalismo y democracia. Como explicaré a continuación, dicha cláusula *prohíbe* cualquier enmienda o revisión de la Constitución que establezca en Puerto Rico una democracia formal. La cláusula en cuestión no aparecía en el texto original de la Constitución de 1952, sino que fue incluida a petición del Congreso de Estados Unidos, el cual expresó a través de la Ley Núm. 447⁴¹ que el artículo VII no podría entrar en vigor hasta ser modificado a los fines

³⁶ CONST. PARA. art. 290.

³⁷ Véase también CONST. VEN. arts. 341-43.

³⁸ CONST. PR art. VII, § 3.

³⁹ Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea*, 61 AM. J. COMP. L. 657 (2013).

⁴⁰ CONSTITUCIÓN DE LA GRAN COLOMBIA, art. 190. Otros ejemplos son provistos por: (1) Art. 139 Costituzione [Const.] (Italia); (2) CONSTITUIÇÃO FEDERAL [C.F.] [CONSTITUCIÓN] art. 60 (Brasil), y (3) GRUNDGESETZ [GG][LEY FUNDAMENTAL ALEMANA], art. 76.3.

⁴¹ Así se expresa la Ley Núm. 447:

Provided further, That except for the purpose of adopting the amendments to section 5 of article II and to section 3 of article VII as herein provided, article VII of said constitution likewise shall have no force and effect until amended by the people of Puerto Rico under the terms of said article by adding to section 3 of article VII the following new sentence: “Any

de añadirle que cualquier “*enmienda o revisión . . .* deberá ser compatible con la resolución decretada por el Congreso de los Estados Unidos aprobando esta Constitución, . . . con la *Ley de Relaciones Federales con Puerto Rico* y con la *Ley Pública 600 . . .*”.⁴² Ese lenguaje pasó a formar parte del artículo VII tras ser aceptado por la Convención Constituyente.

Como puede observarse, esta cláusula pétrea opera tanto con respecto al proceso de enmienda como al proceso de revisión. La misma convierte a la Convención “Constituyente” mencionada en el artículo VII en meramente una Convención Revisora (un mecanismo adicional para ejercer el poder ordinario de reforma), pues una Asamblea Constituyente, por definición, no puede estar sujeta a las cláusulas pétreas de la Constitución que se busca reemplazar.⁴³ Más importante aún, dicha cláusula protege el trasfondo antidemocrático en el que opera nuestro ordenamiento constitucional. Por ejemplo, la misma haría inválida una disposición constitucional, adoptada a través de cualquiera de los procesos de reforma regulados por el artículo VII, que estableciera que solo tendrán fuerza y vigor sobre los puertorriqueños las leyes adoptadas según el procedimiento establecido en el artículo III (Poder Legislativo) de la Constitución y sancionados por el Poder Ejecutivo, de conformidad con el artículo IV. Esa disposición, la cual en cualquier otra constitución simplemente aparecería como una afirmación básica del sistema democrático de gobierno, estaría en abierto conflicto con la sección 9 de la *Ley de relaciones federales con Puerto Rico* (la cual establece la aplicabilidad general de

amendment or revision of this constitution shall be consistent with the resolution enacted by the Congress of the United States approving this constitution, with the applicable provisions of the Constitution of the United States, with the Puerto Rican Federal Relations Act, and with Public Law 600”.

H.R.J. Res. approving the constitution of the Commonwealth of Puerto Rico which was adopted by the people of Puerto Rico on March 3, 1952, Pub. L. No. 447-567, 66 Stat. 327 (1952) (codified as 48 U.S.C. § 731 (2012)).

⁴² *Resolución Núm. 34* (9 de julio de 1952), *reimpresa en* PROPOSICIONES Y RESOLUCIONES DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE DE PUERTO RICO (1951-1952) 671, 672 (Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación ed. 1992) (énfasis suplido). Las enmiendas requeridas por el Congreso fueron aceptadas por la Convención Constituyente en la sesión del 10 de julio de 1952. Luego fueron presentadas a los electores en las elecciones generales del 4 de noviembre de 1952, recibiendo una mayoría de votos. Para un análisis de esta cláusula y su relación con nuestro estatus político, véase Joel I. Colón-Ríos, *Reconstituir a Puerto Rico*, 67 REV. COL. ABOG. PR 109 (2006).

⁴³ Esto no es meramente una cuestión teórica, sino que es la manera en que la gran mayoría de los ordenamientos constitucionales conciben la relación entre el poder constituyente del pueblo, el poder de reforma y las cláusulas de intangibilidad. Para una posición minoritaria parcialmente contraria, véase la reciente decisión de la Corte Constitucional Federal Alemana en el caso Lisbon, Bundesverfassungsgericht [BVerfGE] [Corte Constitucional Federal] 30 de junio de 2009, 2 Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts [BVerfG] 2/08. Es interesante notar que en los informes preparados por la Escuela de la Administración Pública para que sirvieran de guía a la Convención Constituyente se expresó que “[l]a cláusula sobre enmienda de la Constitución de Puerto Rico debe disponer que sólo una convención constitucional, compuesta por delegados elegidos para tal fin, puede proponer una *revisión total* de la Constitución”. ESCUELA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LA UNIVERSIDAD DE PUERTO RICO, LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE PUERTO RICO 523 (2005) (énfasis suplido).

las leyes de Estados Unidos en la Isla) y sería, por lo tanto, inconstitucional.⁴⁴ Nuestro ordenamiento constitucional, en este sentido, descansa en una negación radical del poder constituyente del pueblo.

II. PODER CONSTITUYENTE Y DEMOCRACIA

El poder constituyente es el poder de crear una constitución, la fuente última de las normas que componen a un sistema jurídico. La teoría clásica del poder constituyente descansa en la distinción entre: (1) una voluntad política previa y superior a la constitución existente (el poder *constituyente*), y (2) las formas constitucionales creadas para el ejercicio del poder público y la creación de leyes ordinarias (los poderes *constituidos*). De forma más controversial, las formulaciones más conocidas de la teoría del poder constituyente (desarrolladas por Emmanuel Sieyès y Carl Schmitt) le atribuyen al titular del poder constituyente no solo la facultad de crear nuevas constituciones, sino la capacidad de no agotarse una vez la nueva constitución entra en vigor (y, por lo tanto, la facultad de prevalecer por sobre las normas constitucionales establecidas).⁴⁵ Aunque históricamente dictadores y monarcas se han atribuido la titularidad del poder constituyente, en una democracia el poder constituyente siempre descansa en el pueblo.⁴⁶ La teoría del poder constituyente ofrece una solución al dilema constitucionalismo-democracia: la constitución es norma suprema, capaz de fijar límites que las instituciones ordinarias del gobierno son incapaces de superar, pero el pueblo, como titular del poder constituyente, posee la facultad ilimitada de recrear el orden constitucional.⁴⁷

La primera elaboración de la distinción entre poder constituyente y poder constituido es atribuible a Sieyès y está contenida en su influyente obra *¿Qué es el Tercer Estado?*.⁴⁸ Allí, Sieyès identificó a la nación como único titular legítimo del poder constituyente y, en consecuencia, como poseedora de la facultad de adoptar una constitución para Francia.⁴⁹ “La nación”, escribió Sieyès, “existe ante todo y es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal; es la ley misma. Antes de ella, por

⁴⁴ 48 U.S.C. § 734 (2012).

⁴⁵ SIEYÈS, *supra* nota 8, en la pág. 196; CARL SCHMITT, *TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN* 88 (1927).

⁴⁶ Al menos dos dictadores del siglo XX reclamaron ser titulares del poder constituyente: Augusto Pinochet en Chile y Francisco Franco en España. Véase Renato Cristi, *The Metaphysics of Constituent Power: Schmitt and the Genesis of Chile's 1980 Constitution*, 21 *CARDOZO L. REV.* 1749 (2000).

⁴⁷ La pregunta, por supuesto, es de qué manera, si alguna, dicho poder será ejercido. Esta pregunta será considerada en la Parte III de este artículo.

⁴⁸ SIEYÈS, *supra* nota 8, en la pág. 196. El término *poder constituyente* ha hecho varias apariciones en el discurso constitucional inglés desde tan temprano como el siglo XVII y, además, estuvo presente durante la revolución por la independencia de Estados Unidos (aunque la teoría del poder constituyente ya no juegue un papel importante en la tradición anglo-americana). Para una discusión, véase Joel Colón-Ríos, *Five Conceptions of Constituent Power*, 130 *L. Q. REV.* 306 (2014). No obstante, todo apunta hacia que Sieyès fue probablemente el primero en elaborar la distinción entre poder constituyente y poder constituido a nivel teórico.

⁴⁹ Para una breve explicación del significado del término *nación* en Sieyès, véase *supra* nota 8.

encima de ella, no hay más que el derecho natural”.⁵⁰ Sieyès pensaba que el hecho de que la nación, como titular del poder constituyente, se encontrara en una situación similar a los individuos en el estado de naturaleza, quería decir que la voluntad nacional era superior e independiente de todas las formas constitucionales o procedimientos especiales. El poder constituyente apunta entonces hacia la habilidad de crear un nuevo punto de partida jurídico, una capacidad de colocarse fuera del orden constitucional vigente, evaluar su deseabilidad y reemplazarlo o transformarlo de maneras fundamentales; “[l]a voluntad nacional . . . no tiene necesidad más que de su realidad para ser siempre legal, porque es el origen de toda legalidad. No solamente la nación no está sometida a una Constitución, sino que no *puede* estarlo, no *debe* estarlo, lo que equivale a decir que no lo está”.⁵¹

A diferencia de otros teóricos del contrato social (como George Lawson y John Locke), Sieyès, como Jefferson, no condicionó el ejercicio del poder constituyente a instancias de graves abusos del poder político (casos en los cuales el gobierno se disuelve y la soberanía es devuelta a la comunidad, quien puede entonces crear un orden constitucional nuevo).⁵² Es decir, Sieyès pensaba que la nación no podía ser permanentemente sujeta a una constitución, que las generaciones presentes no podían renunciar a su derecho a recrear el orden constitucional y a alterar sus decisiones “desde el momento en que su interés lo exija”.⁵³ Como señalé anteriormente, las instituciones legales y políticas creadas a través del ejercicio del poder constituyente son identificadas por Sieyès como los poderes constituidos. Estos cuerpos (por ejemplo, el poder ejecutivo, judicial y legislativo) siempre se encuentran limitados por las disposiciones constitucionales a las que deben su existencia y no pueden, legítimamente, llevar a cabo actos constituyentes, es decir, carecen de la facultad de crear constituciones nuevas.⁵⁴ Por ejemplo, una legislatura ordinaria se ve obligada a adoptar leyes en la manera dispuesta en la constitución y, si la constitución le confiere el ejercicio del poder de reforma, solo puede ejercerlo conforme con los procesos y límites contenidos en el texto constitucional.⁵⁵

50 SIEYÈS, *supra* nota 8, en la pág. 124 (traducción suplida).

51 *Id.* en la pág. 126 (traducción suplida).

52 Véase GEORGE LAWSON, *POLITICA SACRA ET CIVILIS* (Conal Condren ed., Cambridge Univ. Press 1992) (1660); JOHN LOCKE, *TWO TREATISES OF GOVERNMENT: A CRITICAL EDITION WITH AN INTRODUCTION AND APPARATUS CRITICUS* (Cambridge Univ. Press 1967) (1690).

53 SIEYÈS, *supra* nota 8, en la pág. 127 (traducción suplida).

54 “Un cuerpo sometido a formas constitutivas no puede decidir nada más que según su constitución”. *Id.* en la pág. 134 (traducción suplida). “El Gobierno no ejerce un poder real más que en tanto es constitucional; solo es legal cuando es fiel a las leyes que le han sido impuestas”. *Id.* en la pág. 126 (traducción suplida).

55 A través de este artículo, evito los términos *poder constituyente originario* o primario y *poder constituyente derivado* o secundario (términos ausentes tanto en Sieyès como Schmitt). El *poder constituyente derivado*, después de todo, no es otra cosa que el poder ordinario de reforma. Para propósitos de este escrito, *poder constituyente* siempre equivale a *poder constituyente originario*.

Schmitt, controversial jurista alemán, desarrolló de manera importante las ideas de Sieyès. En su famoso estudio de la Constitución de la República de Weimar, Schmitt definió el poder constituyente como “la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo”.⁵⁶ El ejercicio de dicho poder, insistió, no puede ser limitado o regulado por ninguna forma de derecho positivo, sino que puede expresarse de formas noveles y no anticipadas por el ordenamiento jurídico.⁵⁷ Esto no quiere decir, sin embargo, que el poder constituyente deba ser visto como equivalente a la voluntad arbitraria de un sujeto con la autoridad de violar las formas constitucionales existentes.⁵⁸ El titular del poder constituyente no puede verse sometido a ninguna forma de derecho positivo porque es el origen de todas las normas; es una fuerza creadora que solamente ignora el orden constitucional vigente porque se dispone a crear uno nuevo. Sin embargo, Schmitt, al igual que Sieyès, insistió en que el poder constituyente no se agota por haber sido ejercido una vez: “Una vez ejercitado, no por ello se encuentra acabado y desaparecido el Poder constituyente. La decisión política implicada en la Constitución no puede reobrar contra su sujeto, ni destruir su existencia política. Al lado y por encima de la Constitución, sigue subsistiendo esa voluntad”.⁵⁹

Para Schmitt, el poder constituyente implica la existencia de límites al poder ordinario de reforma constitucional. La idea es que el poder de reforma, como poder constituido, no incluye el poder de producir cambios de una naturaleza tan fundamental que requieran el ejercicio del poder constituyente.⁶⁰ Conforme a esta perspectiva, solo el titular del poder constituyente tiene la facultad de alterar la constitución, entendida como equivalente a las decisiones fundamentales del pueblo sobre su forma de existencia política (por ejemplo, la decisión a favor de una forma republicana o monárquica de gobierno, a favor de un estado unitario o un estado federal, etc.). Cuando se intentan alterar algunas de esas decisiones fundamentales, Schmitt pensaba que no tenía sentido hablar de reforma constitucional sino de la creación de una constitución nueva: “La facultad de reformar la Constitución contiene, pues, tan sólo la facultad de practicar, en las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc.; pero manteniendo la Constitución . . .”.⁶¹ “Los órganos competentes para acordar una ley de reforma de la Constitución”, insistió, “no se convierten en titular o sujeto del Poder

56 SCHMITT, *supra* nota 45, en la pág. 86 (nota omitida).

57 *Id.* en la pág. 97.

58 Esta es la conclusión a la que llegan algunos autores descansando en la siguiente definición de soberanía contenida en el libro *Teología Política*: “Soberano es quien decide sobre el estado de excepción”. CARL SCHMITT, *POLITICAL THEOLOGY* 5 (1922) (traducción suplida). Véase, por ejemplo GIORGIO AGAMBEN, *HOMO SACER: SOVEREIGN POWER AND BARE LIFE* (1998); Andreas Kalyvas, *Carl Schmitt and the Three Moments of Democracy*, 21 *CARDOZO L. REV.* 1525, 1534 (2000).

59 SCHMITT, *supra* nota 45, en la pág. 88.

60 *Id.* en la pág. 122.

61 *Id.* en la pág. 120.

constituyente".⁶² En términos prácticos, dicha concepción implica que, aun en ausencia de cláusulas pétreas, existen límites implícitos al poder de reforma; solamente el pueblo puede alterar el ordenamiento jurídico de formas tan fundamentales que equivalgan a la adopción de una constitución nueva.⁶³

A. *Poder constituyente, participación popular y aperturas democráticas*

El poder constituyente (como la democracia), apunta hacia un *demos* que se autodetermina, un grupo de seres humanos que adopta (y siempre se mantiene en posición de reemplazar) la constitución que regulará su asociación política. En ese sentido, decir que el pueblo tiene la facultad de ejercer el poder constituyente es hablar de un pueblo soberano capaz de adoptar una constitución nueva en cualquier momento. Por eso no sorprende que tanto el poder constituyente como la democracia hayan sido históricamente asociados con los mismos riesgos: inestabilidad, revolución y desinterés en el estado de derecho.⁶⁴ Una multitud siempre obteniendo los cambios jurídicos que desea, continuamente haciendo y deshaciendo las leyes fundamentales que gobiernan a la sociedad, representa la antítesis del buen gobierno; el gobierno de los fluctuantes deseos de los seres humanos contra el imperio de la ley y la razón. Este es precisamente el tipo de desastre que una constitución intenta evitar a través de un proceso de reforma que dificulte los cambios constitucionales, canalice la voluntad popular y limite las oportunidades de los ciudadanos ordinarios de proponer y adoptar cambios al orden constitucional vigente.

El poder constituyente es la manifestación doméstica del ejercicio del derecho internacional a la libre determinación, cuya realización no puede verse legítimamente limitada por normas constitucionales que se le opongan (como lo sería, por ejemplo, una ley imperial que prohíba una declaración unilateral de independencia). Sin embargo, el poder constituyente no es meramente la facultad de crear una constitución sin estar sometido a ninguna forma de derecho positivo, sino que representa, además, el poder de crear una constitución junto a otros. A través del ejercicio del poder constituyente, un grupo de seres humanos crea las formas constitucionales que regularán su comunidad política. En otras palabras, si se toma en serio, el concepto de poder constituyente requiere que aquellos que viven

⁶² *Id.* La tesis de Schmitt ha sido adoptada por diversas cortes constitucionales. Véase, por ejemplo Sentencia 551/03, Corte Constitucional de Colombia. Para un análisis, véase Colón-Ríos, *supra* nota 25, en la pág. 378.

⁶³ Existe un cuerpo de literatura y jurisprudencia que discute la distinción entre una enmienda constitucional y la adopción de una nueva constitución. Véase, por ejemplo William L. Marbury, *The Limitations upon the Amending Power*, 33 HARV. L. REV. 223 (1920); Walter F. Murphy, *An Ordering Of Constitutional Values*, 53 S. CAL. L. REV. 703 (1980); WILLIAM F. HARRIS II, *THE INTERPRETABLE CONSTITUTION* (1993); Gary Jeffrey Jacobson, *An Unconstitutional Constitution?: A Comparative Perspective*, 4 INT'L J. CONST. L. 460 (2006). Véase también *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, A.I.R. 1973 S.C. 1461; AMKD, E. 2008/16, K. 2008/116 (AMKD 2008).

⁶⁴ Uno de los ejemplos más claros de este fenómeno se encuentra en JUAN DONOSO CORTÉS, *I OBRAS COMPLETAS* 200-01 (Carlos Valverde ed., 1954) (1829).

bajo un conjunto de leyes fundamentales puedan participar en su creación y recreación. De hecho, el propio significado del concepto de poder constituyente sugiere que las normas constitucionales tienen que ser creadas con la participación de aquellos que vendrán obligados a obedecerlas. Como ha explicado Andreas Kalyvas, el término *constituere*, que está compuesto por el prefijo *con* (que significa *en conjunto*) y la raíz *statuere* (que significa *crear, construir, colocar*), literalmente se refiere al acto de crear, de coestablecer algo, junto a los demás: “El uso correcto del término *constituir* requiere que si uno quiere constituir una nueva constitución, por ejemplo, uno *tiene* que constituirla, instituir la junto a otros”.⁶⁵

En este sentido, a pesar de su naturaleza ilimitada (con respecto al derecho positivo), el poder constituyente viene necesariamente acompañado de una importante limitación procesal: su ejercicio debe incluir la participación de aquellos que vivirán bajo el orden constitucional a inaugurarse. La relación entre este aspecto del poder constituyente y la democracia es obvia: la democracia, al igual que el poder constituyente, requiere la participación de los ciudadanos ordinarios en la creación de todas las leyes, incluidas las leyes fundamentales.⁶⁶ En una democracia, cada ciudadano es llamado a participar en la producción del derecho, aunque por razones prácticas (por ejemplo, el tamaño y la complejidad de las sociedades contemporáneas), dicha participación a veces tenga que ser indirecta y limitada. Por ejemplo, en el contexto de la política del día a día, sería imposible que la totalidad de la ciudadanía propusiera, deliberara y decidiera sobre el contenido de cada ley ordinaria. No obstante, cuando existen verdaderas oportunidades para la participación directa en la toma de decisiones políticas (como, por ejemplo, en los episodios de cambio constitucional), la democracia requiere la presencia de mecanismos que promuevan la realización del principio de *participación popular*.⁶⁷ Es decir, una constitución debe ser adoptada (o recreada) a través de procesos que se acerquen lo más posible al ideal de un pueblo que se reúne en asamblea y delibera acerca del futuro del orden constitucional.

Por supuesto, para los críticos modernos de la democracia, la participación popular (ya fuese en el contexto del cambio constitucional o del gobierno del día a día) era problemática en sí misma, pues necesariamente incluía la concesión de cierto poder político a las clases bajas, lo que consideraban razón suficiente para preocuparse.⁶⁸ Sin embargo, hoy día sería muy extraño encontrar a alguien que

⁶⁵ Andreas Kalyvas, *The Basic Norm and Democracy in Hans Kelsen's Legal and Political Theory*, 32 PHIL. & SOC. CRITICISM 573, 588 (traducción suplida).

⁶⁶ Cornelius Castoriadis, *The Greek Polis and the Creation of Democracy*, en CASTORIADIS READER 267, 275 (David Ames Curtis ed., Blackwell Publ's 1997) (traducción suplida).

⁶⁷ Para una discusión más elaborada de este principio (así como del principio de la *apertura democrática*), véase JOEL I. COLÓN-RÍOS, WEAK CONSTITUTIONALISM: DEMOCRATIC LEGITIMACY AND THE QUESTION OF CONSTITUENT POWER 57-64 (2012).

⁶⁸ Bodin, por ejemplo, describió a los *estados populares* como “el refugio de todos los espíritus desordenados, rebeldes, traidores, marginados que incitan y ayudan a las clases bajas a arruinar lo grande. Por las leyes guardan ninguna estima”. JEAN BODIN, SIX BOOKS OF THE COMMONWEALTH 192-93 (M.J. Tooley trans., Macmillan Co. 1955). Ferguson, en el siglo XVIII, dudaba que las mayorías pobres,

sostenga estar comprometido con el ideal democrático y, a la misma vez, argumente que, como cuestión de principio, los ciudadanos comunes y corrientes no deberían participar en procesos de creación constitucional y que no se les debería permitir convertirse en autores del orden constitucional que estarán llamados a obedecer.⁶⁹ No obstante, es precisamente así como muchos órdenes constitucionales miran el cambio constitucional. En la Constitución de 1952, como vimos anteriormente, la participación popular bajo la fórmula de cambio contenida en el artículo VII se limita a un referéndum ratificatorio (y a la autorización refrendaria de una Convención Constituyente y la elección de sus miembros). Aun cuando este nivel de intervención ciudadana es superior al de algunas otras constituciones (como las constituciones de Estados Unidos y Canadá, las cuales colocan el poder de reforma en las manos exclusivas de súpermayorías parlamentarias),⁷⁰ el mismo deja mucho que desear si se toman en cuenta los mecanismos de democracia participativa que han sido aceptados por otros órdenes constitucionales.⁷¹

El poder constituyente, en virtud de no estar sujeto a ninguna forma de derecho positivo, también está directamente relacionado a otro componente básico del ideal democrático: el principio de la *apertura democrática*. Esta es la idea de que una sociedad democrática es una sociedad abierta, es decir, una sociedad en la cual aun los principios más fundamentales son susceptibles a ser reformulados o reemplazados a través de procedimientos democráticos.⁷² Como ha expresado Claude Lefort, la democracia no permite que se fije ninguna ley “cuyos artículos no puedan ser impugnados, [y] cuyos fundamentos no sean susceptibles de ser puestos en duda”.⁷³ El poder constituyente es una expresión conceptual del principio de apertura democrática, el cual explica la facultad de los seres humanos de hacer y rehacer las leyes que reglamenten su asociación política y de alterar sus compromisos fundamentales cuando lo entiendan necesario. Como vimos ante-

personas que durante todas sus vidas habían confinado sus esfuerzos a luchar por su propia subsistencia, pudiesen ser confiados con el gobierno de naciones. Escribió que esos hombres “cuando son admitidos a deliberar sobre cuestiones de estado, traen a los consejos confusión y tumulto o servilismo y corrupción”. ADAM FERGUSON, AN ESSAY ON THE HISTORY OF CIVIL SOCIETY 187 (Edinburg Univ. Press 1978) (1767).

⁶⁹ Para defensas más extensas sobre el principio de participación popular como un componente básico del ideal democrático, véase, por ejemplo, Joshua Cohen & Charles Sabel, *Directly-Deliberative Polyarchy*, 3 EUR. L.J. 313, 322 (1997); Joshua Cohen & Archon Fung, *Radical Democracy*, 10 SWISS J. POL. SCI., no. 4, 2004, en la pág. 169; BENJAMIN BARBER, STRONG DEMOCRACY: PARTICIPATORY POLITICS FOR A NEW AGE (2003).

⁷⁰ Véase Parte V de la *Constitution Act, 1982*, como Schedule B de la *Canada Act, 1982* (U.K.); U.S. CONST. art. V.

⁷¹ Algunos ejemplos serán objeto de discusión en la Parte III de este artículo.

⁷² En palabras de Sheldon Wolin: “[D]emocracy should not depend on elites making a one-time gift to the demos of a predesigned framework of equal rights”. Sheldon S. Wolin, *The Liberal/Democratic Divide: On Rawls’s Political Liberalism*, 24 POL. THEORY 97, 98 (1996).

⁷³ Claude Lefort, *The Image of the Body and Totalitarianism*, en THE POLITICAL FORMS OF MODERN SOCIETY: BUREAUCRACY, DEMOCRACY, TOTALITARIANISM 292, 303 (John B. Thompson ed., 1986) (traducción suplida).

riormente, uno de los aspectos más importantes de la teoría clásica del poder constituyente es precisamente su capacidad de ser ejercido en el futuro. Los procedimientos de enmienda de las constituciones modernas, incluida la de Puerto Rico, que deliberadamente buscan hacer el cambio constitucional difícil y poco probable, no son consecuentes con todo lo anterior.

De hecho, a pesar de la frecuente afirmación de que las constituciones no deben ser susceptibles al cambio a través de mayorías simples, pues las mismas son originalmente adoptadas por mayorías cualificadas, la ruta generalmente seguida por la mayoría de las asambleas constituyentes a través del mundo es la adopción de constituciones mediante la regla de mayoría simple (a veces unida a un referéndum popular, también sujeto a la regla de mayoría simple), pero al mismo tiempo exigir supermayorías legislativas (y, en algunos casos, referendums) para las enmiendas constitucionales.⁷⁴ Ahora bien, esto no quiere decir que una constitución flexible (por ejemplo, una constitución que pueda ser alterada por simples mayorías legislativas) es necesariamente compatible con el principio de apertura democrática. La apertura democrática tiene que ser *democrática*, esto es, tiene que ser accesible a los ciudadanos ordinarios. Por eso, la solución no se encuentra en una constitución que pueda ser fácilmente alterada por los poderes constituidos (como lo es, por ejemplo, la constitución estatutaria de Nueva Zelanda),⁷⁵ sino en una norma fundamental que siempre permanezca abierta al cambio a través de mecanismos de participación popular.

III. MECANISMOS PARTICIPATIVOS DE CAMBIO CONSTITUCIONAL: ALGUNAS PROPUESTAS

Hasta aquí, he intentado mostrar que existe una tensión entre la democracia y la manera en que el ideal del constitucionalismo se ha implementado en la mayoría de las constituciones. La Constitución de 1952 provee un buen ejemplo de esta tensión; esta muestra una fórmula de cambio constitucional difícil de satisfacer, acompañada de cláusulas pétreas que colocan ciertos aspectos del ordenamiento jurídico fuera del alcance del poder de reforma. La teoría del poder constituyente apunta hacia una concepción de la relación entre el constitucionalismo

⁷⁴ Por ejemplo, la Constitución de Ecuador de 2008 se aprobó a través de una Asamblea Constituyente que tenía el poder de aprobar el texto constitucional (que luego se presentaría ante el electorado en un referéndum) a través del voto afirmativo de una mayoría simple de sus miembros, mientras que la regla de enmienda que creó requiere supermayorías legislativas, además de ratificación popular. En Canadá, se requiere la unanimidad provincial para algunos cambios constitucionales, a pesar de que el texto constitucional en cuestión fue adoptado sin el consentimiento formal de la Provincia de Quebec. Para una discusión, véase PETER RUSSELL, *CONSTITUTIONAL ODYSSEY: CAN CANADIANS BECOME A SOVEREIGN PEOPLE* (1993).

⁷⁵ Véase *Constitution Act, 1986 (N.Z.)*. La *Constitution Act, 1986*, es una ley ordinaria y, aunque la misma expresa algunos de los principios constitucionales del ordenamiento jurídico neozelandés, la Constitución de Nueva Zelanda también la constituyen otras leyes y costumbres. Para un análisis, véase GEOFFREY PALMER & MATTHEW PALMER, *BRIDLED POWER: NEW ZEALAND'S CONSTITUTION AND GOVERNMENT* (2004).

y la democracia consistente con la presencia de procesos de enmienda destinados a proteger la constitución vigente de los poderes constituidos. Sin embargo, esto requiere el establecimiento de mecanismos que faciliten la realización del principio de *apertura democrática* y el principio de *participación popular*. La Constitución de 1952 contiene un mecanismo que parece descansar en esa idea: la Convención Constituyente contemplada en el artículo VII, sección 2. No obstante, un análisis más cuidadoso de ese mecanismo muestra que el mismo niega de manera importante el ideal de apertura democrática (pues está sujeto a los límites sustantivos contenidos en el artículo VII, sección 3). También niega el principio de participación popular en el sentido de que la iniciativa para convocarla se encuentra únicamente en las manos de una supermayoría legislativa. A continuación consideraré las características básicas de una versión más democrática de la asamblea constituyente.

A. *La asamblea constituyente convocada desde abajo*

La asamblea constituyente convocada *desde abajo*, activada por iniciativa popular y no por una decisión del gobierno, es el mecanismo que, en el contexto de sociedades contemporáneas, más se acerca a un ejercicio democrático del poder constituyente. El mismo no solamente reconoce el poder constituyente del pueblo en términos abstractos, sino que les provee a los ciudadanos, actuando por iniciativa popular y fuera de las instituciones ordinarias del gobierno, los medios para ejercerlo. La iniciativa popular normalmente funcionaría de la siguiente manera. Una vez se presentan al estado un número de firmas equivalentes a cierto por ciento del electorado (por ejemplo, quince por ciento o veinte por ciento de las personas inscritas en el registro electoral), el gobierno vendría obligado a llamar a un referéndum en donde se le preguntaría a la ciudadanía si desea que se convoque a una Asamblea Constituyente. Si una mayoría de los electores vota en la afirmativa (aquí podría establecerse un requisito mínimo de participación para que el referéndum sea vinculante), la elección de los delegados tendría lugar. De ahí en adelante, la Asamblea deliberaría como un cuerpo soberano, independiente de los poderes ordinarios (constituidos) del estado, y conforme a las reglas internas adoptadas por ella misma. Sus propuestas, sin embargo, tendrían que ser ratificadas por el pueblo, es decir, el titular constituyente, para ser vinculantes.

Esto no quiere decir que una vez convocada, la asamblea se convierte en titular del poder constituyente. Dicho poder siempre permanece en el pueblo, quien utiliza a la asamblea para llevar a cabo los actos constituyentes que, por razones prácticas, no puede llevar a cabo él mismo (como redactar un proyecto de constitución). Ahora bien, la posibilidad de convocar una asamblea constituyente por iniciativa popular no necesariamente implica que los poderes constituidos (por ejemplo, la legislatura actuando por súpermayoría) deberían carecer de un poder similar de convocatoria. Pueden haber casos en los cuales existe una necesidad urgente de transformaciones constitucionales fundamentales (o en los cuales dichas transformaciones ya han sido refrendadas por el pueblo a través de otro mecanismo formal o informal), y donde un proceso obligatorio de recogido de firmas

podiera presentarse como un obstáculo. Es decir, lo esencial es que los ciudadanos retengan la posibilidad de iniciar un proceso que pudiera conducir a la adopción de una constitución nueva independientemente de la voluntad del gobierno.

Esta es la manera en que las constituciones de Venezuela,⁷⁶ Ecuador,⁷⁷ y Bolivia conciben este mecanismo. El artículo 411 de la Constitución de Bolivia es el más interesante, pues no solamente le atribuye a los ciudadanos ordinarios (así como a varios órganos del Estado) la facultad de convocar a una Asamblea Constituyente, sino que, específicamente, establece que las transformaciones constitucionales fundamentales tienen que ocurrir a través de este mecanismo (lo cual implícitamente atribuye a la Corte Constitucional el poder de limitar el poder ordinario de reforma). El antes mencionado artículo establece que la “reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución”, ocurrirá a través de una “Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo”.⁷⁸ El referéndum, continúa el artículo, podrá ser convocado “por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado”.⁷⁹

Una asamblea constituyente como esa, convocada por los propios ciudadanos, facilitaría el ejercicio del poder constituyente y estaría muy cerca de poner en práctica los principios de apertura democrática y participación popular. Por un lado, no tendría límites competenciales y podría proponer cualquier modificación del régimen constitucional, no importa cuán fundamental. Por otro lado, y en contraste con la asamblea constituyente convocada *desde arriba* (esto es, convocada por la legislatura o el ejecutivo, como la Convención Constituyente contemplada

⁷⁶ CONST. VENEZ. arts. 347-348 (1999).

⁷⁷ CONST. ECUADOR art. 444 (2008).

⁷⁸ El texto oficial del artículo 411 en su primer párrafo establece:

La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio.

CONST. BOL. art. 411 (2009). El requisito de la aprobación del texto constitucional por dos tercios de los miembros presentes en la asamblea no formaba parte de la versión original de este artículo (entonces artículo 408), sino que fue añadido por el Congreso antes de que la constitución fuese sometida a referéndum. Ya que la Asamblea Constituyente es descrita como *originaria plenipotenciaria*, es dudoso que dicho requisito pueda efectivamente vincular a una Asamblea Constituyente futura. Después de todo, cuando una constitución contempla la convocatoria a una asamblea como esta, no hace otra cosa que *facilitar* el ejercicio del poder constituyente, el cual nunca alcanza a regular.

⁷⁹ *Id.*

en la Constitución de 1952), este mecanismo reconoce a la ciudadanía como la protagonista del cambio constitucional fundamental desde el comienzo hasta el final del proceso. A la misma vez, protege la constitución frente a los poderes constituidos al dejar claro que el cambio constitucional fundamental solo puede llevarse a cabo a través del ejercicio del poder constituyente. Por supuesto, luego de que la etapa de recogido de firmas es completada, el electorado podría rechazar la convocatoria a la asamblea por una mayoría simple en un referéndum, pero la deliberación pública acerca del futuro del orden constitucional que tendría lugar alrededor de ese evento sería de por sí valiosa desde una perspectiva democrática.

La asamblea constituyente convocada *desde abajo* combina instituciones de democracia directa (el recogido de firmas y el referéndum) y democracia representativa (la asamblea electa), y permite altos grados de deliberación (tanto en la asamblea como fuera de la misma). De los métodos de cambio constitucional observables en el derecho comparado, es el que tiene mayores probabilidades de satisfacer las demandas del principio de participación popular. Por supuesto, no sería común que este tipo de mecanismo se utilizara con frecuencia y, de hecho, nunca ha sido utilizado en los órdenes constitucionales que lo contemplan.⁸⁰ Esto no es necesariamente un problema, pues el recurrir frecuentemente al ejercicio del poder constituyente, más que un síntoma de una democracia vibrante y activa, podría ser una indicación de un problema político profundo. Lo que la democracia requiere no es un orden constitucional que *sea* constantemente alterado de maneras fundamentales y a través de procedimientos altamente participativos, sino un orden constitucional que *pueda ser* alterado de ese modo.

B. *La iniciativa popular para enmendar la Constitución*

Toda teoría constitucional democrática debe defender un mecanismo de participación popular que permita a los ciudadanos proponer, deliberar y decidir sobre cambios constitucionales no fundamentales. Esto es, cambios que no afecten aspectos básicos del orden constitucional (por ejemplo, la forma republicana de gobierno), pero que el electorado considera necesarios. Un ejemplo de un cambio no fundamental (aunque importante), en el contexto de la Constitución de 1952, podría ser una enmienda constitucional dirigida a modificar su artículo VI, sección 8, a los efectos de alterar el orden de prioridad de desembolsos de recursos públicos en situaciones de insuficiencia de fondos.⁸¹ La iniciativa popular para enmendar la constitución no es otra cosa que una versión más participativa del proceso

⁸⁰ Es irónico que este tipo de mecanismo esté apareciendo en las nuevas constituciones de Latinoamérica y no en las leyes fundamentales de las llamadas *democracias avanzadas* de Norte América y Europa. Existen, por supuesto, excepciones. Por ejemplo, en el 2010 un grupo de ciudadanos en California presentó iniciativas (etiquetadas por algunos como rayando “sobre lo radical”) con el objeto de convocar la primera convención constitucional en el estado desde hace más de un siglo. Véase Jennifer Steinhauer, *Ballot Issues Attest to Anger in California*, N.Y. TIMES (9 de enero de 2010), <http://www.nytimes.com/2010/01/10/us/localif.html?pagewanted=all> (última visita 23 de abril de 2016).

⁸¹ Por supuesto, en ocasiones la distinción entre cambios fundamentales y no fundamentales será controversial, y generalmente, corresponderá a la rama judicial (o a una corte constitucional), tomar

ordinario de enmienda (que podría coexistir con una fórmula de enmienda tradicional). Este mecanismo está presente en varias constituciones europeas y latinoamericanas, así como en las constituciones de varias jurisdicciones de Estados Unidos.⁸² Por lo general, funciona de la siguiente manera. Un grupo de ciudadanos redacta una propuesta de enmienda constitucional y recoge el número requerido de firmas (normalmente alrededor del cinco por ciento al quince por ciento de los electores registrados) con el fin de poder presentar la propuesta a las autoridades. Una vez la propuesta es presentada y las firmas validadas, el Estado viene obligado a someterla al pueblo para su aprobación o rechazo en un referéndum. Si la propuesta es aprobada, inmediatamente pasa a formar parte del texto constitucional.

El poder legislativo es prescindido del todo (aunque en algunos países, como en Uruguay, el legislador puede someter una contrapropuesta y presentarla al electorado junto con la iniciativa popular),⁸³ y las autoridades no tienen más remedio que facilitar las herramientas administrativas que permitan a los ciudadanos ejercer su poder para modificar el texto constitucional.⁸⁴ Aunque este mecanismo se aparta de la tradición del cambio constitucional de *arriba hacia abajo*, manejado por las élites políticas del momento, el mismo no necesariamente permite el nivel de deliberación y participación que las asambleas constituyentes pueden promover. Sin embargo, el recogido de las firmas de un gran número de ciudadanos crea la posibilidad de activar diferentes sectores de la sociedad y promover el debate público. Podría argumentarse que la iniciativa popular para enmendar la constitución es más susceptible a la manipulación por parte de agentes del estado o de intereses privados de lo que son las asambleas electas. Por ejemplo, sería relativamente fácil para un actor económico importante reunir el número requerido de firmas a favor de un cambio que avance sus intereses privados, y luego lanzar una campaña de comunicación masiva con el fin de obtener un voto afirmativo en un referéndum.

una decisión final respecto a este asunto. Sin embargo, al determinar que un propuesto cambio constitucional es de naturaleza fundamental, la corte no estaría haciendo otra cosa que indicándole al pueblo que el cambio en cuestión tiene que ser adoptado a través de un mecanismo más participativo y deliberativo (por ejemplo, a través de una Asamblea Constituyente).

⁸² Véase, por ejemplo CONSTITUTION FÉDÉRALE [CST] [CONSTITUCIÓN] 18 de abril de 1999, RO 101, art. 139 (Suiza); CONST. URU. art. 331 (1967). Sin embargo, el creciente uso de la iniciativa popular para enmendar las constituciones en diferentes estados de Estados Unidos ha sido objeto de muchas críticas. Una de las preocupaciones más importantes tiene que ver con el desarrollo de una industria comercial dedicada a la recolección de firmas. Véase Raymond Ku, *Consensus of the Governed: The Legitimacy of Constitutional Change*, 64 FORDHAM L. REV. 535 (1995).

⁸³ CONST. URU. art. 331 (1966).

⁸⁴ Este mecanismo ha sido utilizado en Uruguay a fin de frenar la privatización de empresas estatales. Por ejemplo, en el 2004 una iniciativa popular fue utilizada para incluir el *derecho al agua* en el texto constitucional, con el objetivo de evitar la privatización del sector de agua. En este caso en particular, luego de que las firmas fueron presentadas al Gobierno, el referéndum requerido tuvo lugar y el sesenta y cuatro por ciento de la población votó a favor de las enmiendas propuestas (con la participación de un noventa por ciento de votantes registrados). Véase CARLOS SANTOS ET AL., *AGUAS EN MOVIMIENTO: LA RESISTENCIA A LA PRIVATIZACIÓN DEL AGUA EN URUGUAY* (2006); David Altman, *Democracia directa en el continente americano: ¿Autolegitimación gubernamental o censura ciudadana?*, 12 POL. & GOBIERNO 203 (2005).

Ahora bien, la influencia de actores económicos poderosos y de otros grupos de interés sobre las iniciativas populares no se debe sobreestimar, además de que debe ser analizada en el contexto del poder que estos actores ya ejercen sobre los legisladores ordinarios. Además, debe tomarse en consideración el hecho de que este mecanismo ofrece a la ciudadanía una herramienta adicional para la participación popular en la reforma constitucional, y que el mismo estaría sujeto a los límites aplicables al poder de reforma. En este caso, el alcance de las iniciativas populares sería idéntico al del poder de enmienda ordinario, pues una iniciativa popular no equivaldría al ejercicio del poder constituyente. En ese sentido, la iniciativa popular para enmendar la constitución permite “reparar” la norma fundamental, ajustarla a nuevos tiempos y circunstancias, pero no transformarla radicalmente.⁸⁵ Una de sus principales ventajas, desde un punto de vista democrático, es que esta otorgaría a los ciudadanos el poder de promover cambios que el legislador frecuentemente no estaría dispuesto a adoptar (como lo serían los cambios que de alguna manera disminuyan o afecten el poder y estructura de la propia asamblea legislativa).

C. *Referéndums y poder constituyente*

Quiero terminar esta parte con un breve comentario acerca de los referéndums. Los referéndums juegan un papel central en las iniciativas populares para enmendar la constitución y también están presentes en el mecanismo de la asamblea constituyente convocada *desde abajo*. El cambio constitucional democrático no es, por supuesto, equivalente a la celebración de un referéndum. Desde un punto de vista democrático, los referéndums son simplemente insuficientes, y la creencia generalizada de que son una expresión de la soberanía definitiva del pueblo se basa en una confusión lamentable.⁸⁶ En el contexto de la reforma constitucional, un referéndum ratificatorio no es nada más que un ejercicio jurídico requerido por la propia ley fundamental; cuando los ciudadanos se expresan en contra o a favor de una propuesta de enmienda, ejercen un poder constituido, no el poder constituyente. Como ha expresado Pedro de Vega, un referéndum constitucional no tiene el objetivo de “legitimar políticamente la reforma como un acto de soberanía del pueblo, sino, precisamente, la de controlarla”,⁸⁷ al hacer el cambio más difícil. Para de Vega, los referéndums constitucionales son parte del sistema

⁸⁵ Véase JOHN CALHOUN, *THE WORKS OF JOHN CALHOUN* 295 (Richard K. Crailie ed., Russell & Russell 1968).

⁸⁶ Considérese, por ejemplo, la siguiente declaración de Pierre Elliott Trudeau respecto el anuncio de que nueve provincias canadienses (todas, exceptuando a Quebec) habían alcanzado un arreglo en relación con la repatriación de la Constitución canadiense y la adopción de una nueva fórmula de enmienda: “Yo solamente tengo un remordimiento. Lo dejo asentado. No voy a volver sobre él. Me arrepiento de que no hayamos mantenido en la fórmula de enmienda una referencia a la soberanía última del pueblo, tal y como sería expresada en un referéndum popular”. GRAHAM FRASER, RENÉ LÉVESQUE & THE PARTI QUÉBÉCOIS IN POWER 298 (2001) (traducción suplida).

⁸⁷ PEDRO DE VEGA, *LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LA PROBLEMÁTICA DEL PODER CONSTITUYENTE* 302 (1985).

de pesos y contrapesos característicos del estado constitucional, y no un mecanismo para el ejercicio del poder constituyente (pues en ellos, el pueblo actúa como electorado, no como soberano popular).

Cuando se examina la institución del referéndum constitucional desde una perspectiva democrática, se hace evidente que la posición de de Vega es correcta. El problema principal del referéndum constitucional es el siguiente: un referéndum constitucional, por sí solo, no puede satisfacer los principios de la apertura democrática y la participación popular. Un referéndum presenta a los ciudadanos un número de alternativas que no pueden modificar y no necesariamente promueve la deliberación ciudadana acerca de los cambios constitucionales en cuestión, mucho menos acerca del orden constitucional como un todo. Dietrich Conrad ha expresado esta idea con claridad al escribir que el valor de un referéndum constitucional es dudoso, pues estos eventos se restringen a “unas pocas preguntas a ser respondidas con un ‘sí’ o un ‘no’, no proveyéndole al pueblo una oportunidad de participar activamente en la preparación de detalles constitucionales, siendo así, como mucho, un poder último de veto”.⁸⁸ Además, si se les pide a los ciudadanos que voten sobre asuntos distintos y complejos, el referéndum puede fácilmente convertirse en un ejercicio *plebiscitario* en el cual los electores simplemente expresan su apoyo u oposición al gobierno de turno. Un referéndum tampoco garantiza el grado de deliberación y debate necesario para la maximización del principio de participación popular; los ciudadanos no se convierten en autores de la reforma sino meramente consienten a ella o la rechazan.

También se ha señalado que los referéndums pueden ser manipulados por los medios de comunicación y por un poder ejecutivo fuerte, pueden enviar mensajes contradictorios cuando la participación del electorado es baja, y tampoco proveen el nivel de deliberación que tiene lugar en las asambleas representativas.⁸⁹ Por estas razones, no es sorprendente que la Corte Constitucional de Colombia haya sugerido que el hecho de que una enmienda constitucional sea aprobada en referéndum no necesariamente implica que la misma haya sido el resultado del ejercicio del poder constituyente.⁹⁰ Estas críticas muestran claramente los defectos del

⁸⁸ DIETRICH CONRAD, LIMITATION OF AMENDMENT PROCEDURES AND THE CONSTITUENT POWER, THE INDIAN YEAR BOOK OF INTERNATIONAL AFFAIRS 405 (1966-1967) (traducción suplida).

⁸⁹ Para defensa del referéndum en el contexto constitucional y una consideración cuidadosa de los argumentos en contra del mismo, véase STEPHEN TIERNEY, CONSTITUTIONAL REFERENDUMS: THE THEORY AND PRACTICE OF REPUBLICAN DELIBERATION (2012). Existe evidencia empírica que contradice el argumento de que los referéndums son manipulados con facilidad por fuertes ejecutivos.

⁹⁰ Véase Corte Constitucional [C.C.], 2010, Sentencia C-141/10, párr. 1.3 (Colom.):

En concordancia con las consideraciones hechas, la Corte advierte que el referendo como mecanismo de reforma constitucional es, siempre, manifestación del poder constituyente derivado y que ni siquiera la intervención del electorado para votar la propuesta, después de haber sido tramitada en el Congreso y revisada por la Corte Constitucional, tiene la fuerza jurídica suficiente para transformar el referendo en acto constituyente fundacional, primario u originario.

referéndum como mecanismo de democracia participativa. No obstante, a pesar de todos sus defectos, los referéndums son el único método disponible que le permite a la totalidad de la ciudadanía controlar el trabajo de los delegados en una asamblea o las propuestas presentadas por un grupo de ciudadanos. En un proceso constituyente, el referéndum es el método mediante el cual el pueblo identifica una nueva constitución como *suya*. Por supuesto, un referéndum que no viene acompañado de amplia deliberación pública es un mecanismo de participación popular defectuoso.⁹¹ En ese sentido, Margaret Canovan tiene razón al sugerir que gran parte del valor de la ratificación refrendaría usualmente “se debe no tanto al procedimiento del referéndum, si no a la movilización popular que ha ocurrido a su alrededor”.⁹²

COMENTARIOS FINALES

La tensión entre el constitucionalismo y la democracia, así como la posibilidad de lidiar con dicha tensión a través de la adopción de mecanismos participativos de reforma constitucional (como lo son la asamblea constituyente convocada *desde abajo* y la iniciativa popular para enmendar la Constitución), quedó ejemplificada en lo que parece haber sido un caluroso debate en la Convención Constituyente que redactó la Constitución de 1952. El origen de este debate lo fue una enmienda dirigida a modificar el artículo VII, presentada por el delegado Juan R. García Delgado. La enmienda hubiese añadido al artículo VII la siguiente disposición: “Una quinta parte o más de los votantes capacitados de Puerto Rico, podrá, mediante petición a la Asamblea Legislativa, solicitar se enmiende la constitución estando la [Asamblea] Legislativa obligada a someter la enmienda así propuesta a un referéndum”.⁹³ En defensa de su propuesta, García Delgado indicó que aun cuando la Asamblea Legislativa representa la voluntad popular, “podría suceder que después que esos electores hayan votado por esos miembros de la Asamblea Legislativa, hayan cambiado su opinión respecto a esos mismos miembros, y

Véase también Corte Suprema, 10 de agosto de 2010, Resolución #2010-013313, Expediente 10-008331-0007-CO (Costa Rica).

⁹¹ Jon Elster, *Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process*, 45 DUKE L.J. 364, 387 (1995); John Dewey expresó esta perspectiva claramente cuando escribió:

El mayoritarismo, simplemente como mayoritarismo, es tan absurdo como sus críticos dicen. Pero nunca es *meramente* mayoritarismo. . . . Los medios por los cuales una mayoría logra ser mayoría es la cuestión más importante: debates antecedentes, modificaciones de perspectivas para satisfacer las opiniones de las minorías. . . . Lo que se necesita, en otras palabras, es mejorar los métodos y condiciones de debate, discusión y persuasión.

JOHN DEWEY, *THE PUBLIC AND ITS PROBLEMS* 207-08 (1954) (traducción suplida).

⁹² MARGARET CANOVAN, *THE PEOPLE* 114 (2005) (traducción suplida). Para un estudio comparativo e histórico del referéndum, véase MARKKU SUKSI, *BRINGING IN THE PEOPLE: A COMPARISON OF CONSTITUTIONAL FORMS AND PRACTICES OF THE REFERENDUM* (1993).

⁹³ 3 DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE 1830 (1952).

deseen, motu proprio, que la constitución sea enmendada”.⁹⁴ Es decir, para García Delgado, toda constitución basada en “la voluntad del pueblo”, tenía que contener un mecanismo que “permita a ese pueblo, sin intervención de segundas personas, solicitar directamente” una enmienda constitucional.⁹⁵

La propuesta de García Delgado fue rápidamente objeto de la oposición del delegado José Trías Monge. Trías Monge indicó que el mecanismo propuesto por García Delgado era contrario al “sistema que se est[aba] estructurando en [la] constitución”, que era “uno básicamente de democracia representativa; no de democracia directa”.⁹⁶ “Creemos en el sistema de democracia representativa”, añadió, “con sus grandes organizaciones de partido y sus grandes movimientos electorales, para la organización de la opinión pública; los que a nuestro juicio proveen las garantías esenciales y fundamentales para el funcionamiento de la democracia en una sociedad moderna”.⁹⁷ La iniciativa popular, lejos de facilitar la expresión de la soberanía popular, fortalecería en vez a “pequeños grupos privilegiados que pueden organizar su pequeña maquinaria para efectos de dicha elección”.⁹⁸ Según Trías Monge, la enmienda propuesta sometería al “cuerpo político a sacudidas esporádicas”, e impediría “la movilización adecuada de los partidos políticos . . . [.] dejando a la sociedad indefensa”.⁹⁹ Jaime Benítez, quien pareció suscribir los argumentos de Trías Monge, añadió que la enmienda propuesta resultaría en cambios constitucionales que no pasarían “a través del tamiz de la deliberación, del examen, del enjuiciamiento del organismo deliberativo”.¹⁰⁰

Esas posiciones le resultaron inaceptables a Leopoldo Figueroa Carreras, quien expresó que la propuesta estaba “tan encarnada dentro del principio democrático”, que no entendía cómo la “Asamblea Constituyente p[odía] pronunciarse contra ella”.¹⁰¹ Para el delegado Figueroa Carreras, una enmienda presentada por iniciativa popular sería objeto de deliberación ante la opinión pública (esto es, de deliberación popular, no legislativa) y se refirió a la objeción de Trías Monge como basada en un “temor fantástico que ha[bía] surgido en su mente”.¹⁰² El “temor” de Trías Monge, por supuesto, no era un temor “fantástico”, sino un reflejo de la tradición que ha dominado el constitucionalismo desde los tiempos de Madison. La posición de Trías Monge muestra con claridad los desafíos que enfrentaría cualquier intento de incorporar mecanismos de democracia participativa en el texto de una constitución moderna. El otorgar al pueblo la facultad de modificar la ley

94 *Id.* en la pág. 1831.

95 *Id.* en la pág. 1832.

96 *Id.*

97 *Id.*

98 *Id.* en la pág. 1833.

99 *Id.*

100 *Id.* en la pág. 1837.

101 *Id.* en la pág. 1835.

102 *Id.* en la pág. 1836. Al final, los oponentes de la enmienda prevalecieron, pues esta recibió únicamente diecisiete votos (de noventa y dos delegados electos). *Id.* en la pág. 1841.

fundamental potencialmente, sin el consentimiento de los órganos ordinarios del Estado, inevitablemente será visto por algunos como una amenaza al orden constitucional vigente e inclusive a la propia democracia. Sin embargo, el punto de vista contrario insiste en que no hay nada extraño en que una constitución que dice descansar en la voluntad del pueblo sea susceptible a ser modificada o reemplazada por el propio pueblo. Es más, no solamente crea esto una constitución superior desde una perspectiva democrática, sino que es un mecanismo cada vez más común en constituciones nacionales alrededor del mundo. Su aceptación depende de comenzar a compartir, con Jefferson, una desconfianza saludable a cualquier norma que pretende goberarnos a perpetuidad.