

PODER CONSTITUYENTE IRREGULAR

ENTREVISTA AL DOCTOR NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

POR ELOY ESPINOZA SALDAÑA

A continuación presentamos la entrevista concedida por el doctor Néstor Pedro Sagüés a Eloy Espinosa Saldaña, ex miembro de nuestra asociación. En ella Sagüés explica la noción, formas, condiciones de éxito y posible justiciabilidad del Poder Constituyente Irregular, tema urgente en la coyuntura política peruana, donde asistimos a un proceso de reforma constitucional convocado por un gobierno que rompió con el ordenamiento jurídico pre-establecido.

¿Cuáles son las manifestaciones del Poder Constituyente Irregular, del que tantas experiencias da Latinoamérica?

Primero conviene aclarar qué entendemos por Poder Constituyente Irregular. Podemos definirlo como el ejercicio en contravención con el proceso de reforma o de cambio constitucional previsto por la constitución preexistente a la actuación de ese poder constituyente.

Si aceptamos como hipótesis de trabajo esa definición, es posible distinguir después dos tipos de Poder Constituyente Irregular. Uno de ellos se aproxima al poder constituyente originario: eso pasa cuando quien realiza ese poder constituyente se emancipa totalmente de las reglas jurídicas preexistentes, incluyendo las constitucionales, y actúa libérrimamente. En términos más simples, asume *todo* el poder constituyente. Cuando eso ocurre, el Poder Constituyente Irregular pretende inaugurar una nueva "era" o "ciclo" constituyente.

La segunda manifestación del Poder Constituyente Irregular es más moderada: solamente viola un segmento del derecho constitucional preexistente. Por ejemplo, si es convocado no por el procedimiento constitucional correcto, sino por otras vías (en Argentina por ejemplo la

Convención Constituyente de 1957 se reunió por decisión de un gobierno militar provisional). Otra forma de concebir un Poder Constituyente Irregular es si transgrede los límites de tiempo, de procedimiento o de materias por el que fue convocado. Por ejemplo, si funciona después de vencido el plazo que le fijó una ley de convocatoria, o si abarca temas para los cuales no se requirió su actuación, o si adoptó decisiones sin las mayorías calificadas necesarias para tomarlas, etc.

En esta segunda clase de poder constituyente, él no pre-

tende operar como poder constituyente originario, sino derivado, aunque esa derivación no sea perfecta.

¿Cuál es la clave del éxito de un Poder Constituyente Irregular?

Como regla, el éxito de una operación constituyente está dada por la conducta posterior de los operadores de esa reforma constitucional, o de una nueva constitución, si el Poder Constituyente Irregular sancionó un texto diferente al anterior.

Un profesor de Derecho Constitucional, Alberto A. Spota ha planteado un tema interesante en este tema: el factor tiempo. En concreto, su tesis es la siguiente: si el Poder Constituyente Irregular sanciona una enmienda o una nueva constitución, y su decisión comienza a cumplirse en una sociedad, es necesario que transcurra cierto tiempo para que se pueda entender qué realmente ha ejercitado el poder constituyente. Por ejemplo, si un par de años después la enmienda o una nueva constitución comienza a ser incumplida u olvidada, sólo existió un poder constituyente efímero, precario y transitorio.

¿Es justiciable una reforma constitucional?

Muchos tribunales tienden a conceptuar una reforma constitucional como "cuestión política no justiciable". Esto se explica por varias razones. Primero, por una actitud hedonista (es más cómodo no entrar en el problema, que afrontarlo). Segundo, por una actitud de compromiso político: generalmente los jueces de la reforma constitucional han sido nombrado por el gobierno que la sancionó y por lo tanto guardan lealtades y seguimientos a los autores de la enmienda. Personalmente entiendo que una reforma constitucional inconstitucional debe así ser declarada, y que es cuestión justiciable. En la jurisprudencia estadounidense hay sentencias que admiten ese juicio de constitucionalidad en asuntos de procedimiento (*matters of procedure*), pero no en cuestión de fondo (*matters of substance*). La Corte Suprema argentina entendió, en el "Caso Soria", que en principio era tema no justiciable, pero que excepcionalmente sí podía entrar a

**Néstor Pedro
Sagüés**

jurista argentino,
actualmente
magistrado de la
Cámara de
Apelaciones de
Rosario y
catedrático de
Derecho
Constitucional y
Derecho Político de
la Universidad de
Buenos Aires.

evaluar la constitucionalidad de la reforma, si existían en ella vicios tan graves que perjudicasen de modo terminante a lo decidido.

De todos modos, no se puede evaluar la corrección de una reforma constitucional del mismo modo que la constitucionalidad de cualquier ley. Un dato muy importante al respecto es el tiempo de vigencia de esa reforma. Otra pauta significativa es el grado de consenso de la reforma. Si ella es pacíficamente practicada por la comunidad, volver a lo anterior puede importar un grave factor de perturbación social y política.

Un caso conectado con la última observación fue la reforma constitucional argentina de 1957, convocada irregularmente, como dije, y además con proscripciones para ciertos partidos. Hubo, además, una enorme cantidad de votos en blanco. Si embargo, la enmienda que concretó la inclusión de los derechos sociales en el art. 14 (bis) hasta hoy sigue vigente y es efectivizada por órganos del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, además del Congreso, que ha dictado leyes basándose en ella.

¿En definitiva, quien da la última respuesta sobre el ejercicio del Poder Constituyente Irregular?

La respuesta no se concreta en el ámbito normativo ni en el axiológico del mundo jurídico, sino en el existencial. Es decir, en la conducta de los apacadores de la constitución. Si la decisión del Poder Constituyente Irregular es cumplida, eso quiere significar que su operación constituyente se consumó. Y a la inversa, de no haber cumplimiento, habrá fracasado.

Algunas veces se dan situaciones curiosas. Por ejemplo, que una misma enmienda realizada por el Poder Constituyente Irregular sea cumplida en uno de sus tramos, e incumplida en otros. En 1972 el gobierno militar argentino dictó un Estatuto Fundamental, que regiría después de realizadas las elecciones y de haber asumido un gobierno *de jure*. Pues bien: producido esto último, el Estatuto Fundamental era respetado en ciertas partes (por ejemplo, cada provincia tenía tres senadores) y en otras no (el Estatuto establecía un mecanismo de control a los jueces que difería del de la Constitución de 1853. Pero en los hechos, se observaba este último).

En la experiencia jurídico-política cabe constatar lo siguiente: si la decisión del Poder Constituyente Irregular es legítima en sí, tendrá muchas posibilidades de seguimiento posterior, y

de afianzamiento por vía de derecho consuetudinario. En cambio, si padece de ilegitimidad, la cuota de inobservancia será probablemente acentuada.

De cualquier manera, lo dicho nos aporta datos esenciales para rescatar el valor de la dimensión existencial o fáctica del Derecho, generalmente traspapelado en aras de una hipercotización de la dimensión normativa. Una norma constitucional (sea la preexistente al ejercicio del Poder Constituyente Irregular, sea la sancionada por éste) poco vale si no es encarnada en hechos, vale decir, en comportamientos de observancia de esa norma. A su vez, una reforma constitucional nula vale en tanto alguien no pronuncie esa declaración de nulidad, y siempre que sea cumplida por los operadores de la Constitución.

De todo lo dicho parece desprenderse que las normas constitucionales sobre reforma constitucional tienen un vigor relativo, y que eso fomenta la aparición del Poder Constituyente Irregular.

En realidad toda norma constitucional que trate una cuestión reputada "política no justiciable", tiene valor relativo. Su eficacia depende, en tal caso, del espíritu de autolimitación que anime a quien deba efectivizarla, ya que lo que haga no será revisado por el Poder judicial. Y es sabido que en Latinoamérica esa vocación de autocontrol no es muy fuerte.

En cambio, si hay control judicial de la reforma constitucional, es posible que las cláusulas constitucionales concernientes a la enmienda resulten más respetadas. En Colombia fueron declaradas inconstitucionales reformas de la Constitución. Claro está que en esa tarea, como dije, el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional debe ser sumamente prudente y preguntarse, antes de emitir una sentencia, si lo que va a decir es beneficioso para el bien común.

En otras comunidades el espíritu de autocontrol es bastante como para que realmente opere, aunque no haya control judicial de la reforma. Hay así países donde las autoridades públicas tienen topes sociológicos más útiles que los topes normativos. Desgraciadamente, en muchos Estados no hay ni topes normativos eficaces ni límites sociológicos al poder. Cuando esto ocurre, no hay que hacerse ilusiones sobre conceptos tales como supremacía de la Constitución, Estado de Derecho, imperio de la ley y cosas parecidas.