

TEORÍA CONSTITUCIONAL Y ASAMBLEA CONSTITUYENTE

ARTÍCULO

*Joel I. Colón-Ríos**

I. ¿Qué es la Constitución de Puerto Rico?.....	530
II. Una mirada a la Constitución de Puerto Rico desde la teoría constitucional.....	537
III. Legitimidad democrática y Asamblea Constituyente	542

En este escrito me dispongo a argumentar, en primer lugar, que la Constitución de Puerto Rico es mucho más que el documento titulado “Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico”, pues la misma también incluye una serie de normas de derecho positivo estadounidense. Como veremos, la Constitución de Puerto Rico no meramente organiza las estructuras básicas de nuestro gobierno interno y regula la relación entre los ciudadanos y el gobierno, sino que la misma protege la relación de subordinación en la que se encuentra el pueblo de Puerto Rico con respecto a los Estados Unidos. Una vez se identifica ese ‘otro’ contenido, resulta muy difícil no llegar a la conclusión de que la constitución vigente le niega al pueblo la titularidad del poder constituyente y que, por lo tanto, debe ser sustituida por otra nueva. Segundo, me dispongo a bosquejar algunos principios de teoría constitucional que permiten subrayar los problemas principales de nuestro orden constitucional y que, a su vez, proveen las herramientas para superarlos. Finalmente, argumentaré que la sustitución de la Constitución de Puerto Rico debe ocurrir a través de un proceso altamente deliberativo y participativo, como lo sería una Asamblea Constituyente debidamente organizada.

* Senior Lecturer, Universidad de Victoria en Wellington, Nueva Zelanda. Este escrito es una versión revisada de la Conferencia Magistral pronunciada en el Tercer Congreso Nacional Para la Fundación de un Nuevo País, Río Piedras, Puerto Rico 2012. Agradezco a los profesores Carlos Gorrín Peralta y Carlos Ramos, quienes sirvieron como comentaristas a la referida ponencia.

I. ¿Qué es la Constitución de Puerto Rico?

Muchas veces decimos que una constitución es la ley suprema de un país. Conforme a esa concepción, cualquier ley ordinaria inconsistente con la constitución sería inválida.¹ Pero esa definición no es lo suficientemente amplia, pues existen constituciones que no pueden caracterizarse como leyes supremas. La Constitución de Nueva Zelanda, por ejemplo, tiene el mismo estatus legal que cualquier otra ley y puede modificarse a través de los mismos procesos por los cuales se crean y enmiendan las leyes ordinarias. Los tribunales neozelandeses, por su parte, carecen de la facultad de declarar inválidas las leyes inconsistentes con cualquier principio constitucional.² Una definición superior describiría a la constitución como el *documento* que distribuye y limita el ejercicio del poder político, establece las estructuras básicas del gobierno, la manera en que las leyes ordinarias serán adoptadas, los derechos de los ciudadanos y su relación con el estado. De forma consistente con esa concepción, en Puerto Rico, así como en América Latina y Estados Unidos, nos hemos acostumbrado a pensar en el concepto “Constitución” como equivalente a un documento que aspira a ocupar la jerarquía más alta en el orden jurídico de un país. Así, por ejemplo, nos referimos a la Constitución de Uruguay, a la Constitución de Estados Unidos, y a la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

Pero una constitución no necesariamente se reduce a las palabras contenidas en el documento cuyo título generalmente comienza con la frase “Constitución de . . .”. Hay constituciones, como la Constitución de Reino Unido o la Constitución de Canadá y como veremos, la Constitución de Puerto Rico, que no se encuentran en un solo documento. Parte de la Constitución de Reino Unido, una de las pocas constituciones nacionales “no escritas”, se encuentra plasmada en una serie de documentos que incluyen el *Bill of Rights* de 1689, el *Human Rights Act* de 1998, y los *Parliament Acts* de 1911 y 1949 (los cuales limitaron los poderes de la Cámara

¹ La más famosa defensa judicial de esta concepción de la constitución es provista por *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

² En Nueva Zelanda el principal documento constitucional es el *Constitution Act, 1986*, el cual, al igual que otros documentos que ostentan rango constitucional, puede ser alterado por una mayoría simple en el Parlamento. Nueva Zelanda tiene una carta de derechos, el *Bill of Rights Act, 1990*, el cual también es una ley ordinaria. En su Sección 4, el *Bill of Rights* establece que los tribunales no podrán invalidar ninguna ley, aun si la misma es inconsistente con alguno de los derechos allí enumerados (“No court shall, in relation to any enactment (whether passed or made before or after the commencement of this Bill of Rights),— (a) hold any provision of the enactment to be impliedly repealed or revoked, or to be in any way invalid or ineffective; or (b) decline to apply any provision of the enactment— by reason only that the provision is inconsistent with any provision of this Bill of Rights”). Conforme a la Sección 6, sin embargo, los jueces deberán preferir aquellas interpretaciones de las leyes que sean consistentes con los derechos reconocidos por el *Bill of Rights* (“Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning.”).

de los Lores).³ La Constitución de Canadá, por su parte, incluye una serie de leyes enumeradas en un anejo al *Constitution Act* de 1982.⁴ Pero no sería suficiente modificar la definición anterior a los fines de referirse a una constitución como un “documento o una serie de documentos”, pues las constituciones generalmente incluyen costumbres o convenciones no escritas que, aunque su incumplimiento no violenta el derecho positivo, en la práctica son tratadas como vinculantes por los actores políticos.

Por ejemplo, para que un proyecto de ley entre en vigor en Reino Unido, es necesario el consentimiento (*Royal Assent*) de la Reina.⁵ Aunque no existe ninguna disposición escrita que disponga que la Reina esté obligada a consentir a todos los proyectos de ley aprobados por la legislatura, sería impensable que la Reina se negara a hacerlo, pues existe una convención constitucional, una práctica fuertemente arraigada en la tradición constitucional de ese país, conforme a la cual la Reina viene obligada a consentir a todos los proyectos de ley debidamente aprobados por la Cámara de los Comunes y la Cámara de los Lores (o por la Cámara de los Comunes actuando independientemente, conforme a las disposiciones de los *Parliament Acts* de 1911 y 1949).⁶ Si la Reina se negara a asentir un proyecto de ley debidamente aprobado, sus actos no podrían ser caracterizadas como ilegales (en el sentido de que un tribunal no podría ordenarle a la Reina, ni a ningún funcionario, a cumplir con una convención constitucional), pero serían descritos en Reino Unido como claramente *inconstitucionales* y sin duda provocarían una crisis constitucional que podría muy bien culminar con la abolición de la monarquía.⁷ Muchas veces, las convenciones constitucionales son más efectivas y más difíciles de modificar que las disposiciones contenidas en una constitución escrita.

³ Para una breve discusión de estas leyes y del funcionamiento general de la Constitución de Reino Unido, ver el *UK Cabinet Manual* (2011).

⁴ Hasta finales del siglo 20, la Constitución de Canadá se entendía comprendida de varias leyes del Parlamento Británico (ej. el *British North America Act* de 1867, así como el conjunto de leyes británicas que lo enmendaban, el *Statute of Westminster* de 1931, etc.). Estas leyes establecían los principios fundamentales que regirían el ejercicio del poder público en Canadá y sólo podían ser enmendadas por el Parlamento Británico. Con la aprobación del *Constitution Act* de 1982, el poder de reforma del Parlamento Británico fue abolido, así como su facultad de aprobar leyes aplicables a Canadá (aunque en términos prácticos ya para finales del siglo 19 existía una convención constitucional conforme a la cual el Parlamento Británico no aprobaría leyes para Canadá sin que esta última lo solicitará). Para una discusión, ver Patrick J. Monahan, *Essentials of Canadian Law: Constitutional Law*, 160-165 (2da ed., Irwin Law 1997).

⁵ Para un análisis sobre el concepto de convención constitucional ver Ivor Jennings, *The Law of the Constitution*, (5ta ed., University of London Press 1959). No debe pensarse que las convenciones o costumbres constitucionales solamente son importantes en el contexto de constituciones no escritas. Véase por ejemplo Akhil Reed Amar, *America's Unwritten Constitution: The Precedents and Principles We Live By*, (Basic Books 2012).

⁶ Para una reciente e importante discusión judicial sobre estas leyes, véase *R (Jackson) v Attorney General* [2005] UKHL 56, [2006] 1 AC 262.

⁷ Para un influyente análisis judicial sobre el concepto de “convención constitucional”, véase el caso canadiense de *Reference re a Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753.

a. *La Constitución de Puerto Rico*⁸

Generalmente, la Constitución de Puerto Rico es identificada con el documento titulado “Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico”, el cual entró en vigor en 1952. Es cierto que es en ese documento en el cual encontramos las indicaciones más importantes del contenido de la constitución de nuestro país. La Constitución de 1952 contiene, en su Artículo 1, una descripción de la forma republicana del gobierno de la isla, en su Artículo II una Carta de Derechos, en su Artículo III regula el ejercicio del poder legislativo, en su Artículo IV establece las funciones y deberes del poder ejecutivo, en su Artículo V establece la estructura del sistema judicial y en su Artículo VII establece los procesos por los cuales puede ser modificada. A pesar de que existen buenas razones para modificar varias disposiciones contenidas en el Artículo III (por ejemplo, aquellas que establecen una legislatura bicameral), así como para expandir nuestra Carta de Derechos y ponerla a la altura de nuestros tiempos (por ejemplo, a través del reconocimiento de derechos de segunda y tercera generación y de mecanismos para protegerlos), es en el Artículo VII de la Constitución de 1952 en el cual me interesa detenerme, pues es allí donde se encuentran las bases fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico.

El Artículo VII establece dos procedimientos distintos de reforma constitucional, uno para *enmendar* y otro para *revisar* la Constitución de 1952. Así, conforme a la Sección 1 del Artículo VII, la Asamblea Legislativa podrá proponer enmiendas a la Constitución mediante resolución concurrente que se apruebe por no menos de dos terceras partes del número total de los miembros que componen cada cámara. Además, conforme a la antes mencionada Sección, toda proposición de enmienda se someterá a los electores y en ningún caso se podrán someter más de tres proposiciones de enmienda en un mismo referéndum. La Sección 2 del Artículo VII, titulado “*Revisión de la Constitución por Convención Constituyente*”, dispone que la Asamblea Legislativa podrá, mediante resolución concurrente aprobada por dos terceras partes del número total de los miembros que componen cada cámara, consultar a los electores para conocer si desean que se convoque a una Convención Constituyente para hacer una revisión de la Constitución de 1952. De convocarse a una Convención Constituyente la propuesta de revisión también deberá someterse a los electores capacitados en un referéndum antes de que la misma pueda entrar en vigor.

Hasta aquí, el Artículo VII no exhibe anomalía alguna. De hecho, son muchas las constituciones que contienen fórmulas de cambio similares y que distinguen entre distintos tipos de reforma constitucional. Por ejemplo, la Constitución de Paraguay de 1992 distingue en su Artículo 290 entre “enmiendas” y “reformas”, disponiendo que las reformas solamente tendrán lugar a través de una Convención Nacional Constituyente. Tampoco existe ninguna anomalía con respecto a la

⁸ Parte del análisis en esta sección está basado en Joel I. Colón-Ríos, *Reconstituir a Puerto Rico*, 67 Rev. Jur. Col. de Abogados P.R. 109 (2006).

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”. Este tipo de cláusula, conocida en la teoría constitucional como cláusula pétrea o cláusula de intangibilidad es muy común en las constituciones escritas. 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 soberanía de la nación.⁹

No obstante, es importante señalar que, a diferencia de las cláusulas de intangibilidad contenidas en otras constituciones, la cláusula arriba mencionada solo opera contra el procedimiento de *enmienda*. Es decir, conforme a 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. El problema comienza en la segunda oración de la Sección 3.

Esa segunda oración (citada a continuación) no aparecía en el texto original de la Constitución de 1952. La misma fue añadida a petición del Congreso de los Estados Unidos, el cual a través de la Ley 447¹⁰ expresó que el Artículo VII no podría entrar en vigor hasta ser modificado a los fines de añadirsele lo siguiente:

Cualquier *enmienda* o *revisión* de esta Constitución deberá ser compatible con la resolución decretada por el Congreso de los Estados Unidos aprobando esta Constitución, con las disposiciones aplicables de la Constitución de los Estados Unidos, con la Ley de Relaciones Federales con Puerto Rico y con la Ley Pública 600 del Congreso Octogésimo primero, adoptada con el carácter de un convenio.¹¹

⁹ Otros ejemplos son provistos por la Constitución de Italia de 1947 (Artículo 139), la Constitución de Brasil de 1988 (Artículo 60), y la Ley Básica Alemana de 1949 (Artículo 79.3).

¹⁰ Así, se expresó en la Ley 447: “*Provided further*; That except for the purpose of amendments to section 5 of article II and to section 3 of article VII as herein provided, article VII of said constitution shall likewise 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 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’.” Ley Pública 447, 66 Stat. 327 (3 de julio de 1952).

¹¹ Énfasis suplido. Para un análisis de esta cláusula y su relación con nuestro ‘status’ político, véase Colón-Ríos, *supra* n. 8.

Como puede observarse, estas cláusulas de intangibilidad operan tanto con respecto al proceso de enmienda como al proceso de revisión. A la luz de la anterior disposición, la Convención ‘Constituyente’ mencionada en el Artículo VII es realmente una Convención Revisora (un mecanismo adicional para ejercer el poder ordinario de reforma) pues, como veremos posteriormente, el poder *constituyente* no puede estar sujeto a cláusula pétrea alguna.¹²

Las enmiendas requeridas por el Congreso fueron aceptadas por la Convención Constituyente en la sesión del 10 de julio de 1952¹³ y luego presentadas a los electores en las elecciones generales del 4 de noviembre de 1952, recibiendo una mayoría de votos.¹⁴ Esas cláusulas de intangibilidad son únicas en su género, pues, entre otras cosas¹⁵, protegen la integridad del aparato jurídico que regula las relaciones entre Puerto Rico y Estados Unidos. La primera de estas cláusulas requiere que “cualquier enmienda o revisión” constitucional sea compatible con la Ley 447, es decir, con la resolución del Congreso de los Estados Unidos que aprobó la Constitución del Estado Libre Asociado. Así, increíblemente, sería técnicamente inconstitucional utilizar el poder de reforma para añadir a la Constitución de 1952 una disposición que reconozca “el derecho de todo niño a recibir cuidados y ayudas especiales” o el derecho de toda persona a “disfrutar de un nivel de vida adecuado que asegure para sí y para su familia la salud, el bienestar y especialmente la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. Dichos derechos formaban parte de la Sección 20, Artículo II de nuestra Constitución, la cual fue expresamente rechazada por el Congreso de Estados Unidos en la Ley 447.¹⁶

La segunda de las cláusulas de intangibilidad contenidas en la última oración de la Sección 3 establece que ninguna “enmienda o revisión” a la Constitución de 1952 podrá ser incompatible con las disposiciones aplicables de la Constitución de los Estados Unidos. Esta cláusula impediría, por ejemplo, una enmienda o revisión

¹² 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 Lisbon Case, BverfG, 2 BvE 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: “La 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” (énfasis suplido). *La Nueva Constitución de Puerto Rico*, 523 (Universidad de Puerto Rico 2005).

¹³ Véase Resolución Núm. 34 de la Convención Constituyente.

¹⁴ Sobre la legitimidad de estos procesos, véase nota al calce número 23 de este escrito.

¹⁵ Por ejemplo, no se refieren a ninguna disposición específica de la Constitución de 1952 (con excepción a la propia cláusula de intangibilidad, la cual estaría indirectamente protegida por la referida Ley 447).

¹⁶ Dispone la Ley 447 en su parte relevante: “Que la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico (. . .) queda por la presente aprobada por el Congreso de los Estados Unidos, excepto la sec. 20 del art. II de dicha Constitución”.

a la Constitución de 1952 que limitara las contribuciones de las corporaciones privadas a las campañas políticas (por ser incompatible con la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, según interpretada por el Tribunal Supremo de ese país)¹⁷, así como cualquier enmienda o revisión inconsistente con la Cláusula Territorial y la Cláusula de Supremacía de la Constitución de Estados Unidos¹⁸. Las dos restantes cláusulas de intangibilidad incluidas en la Sección 3 colocan fuera del alcance del poder de reforma cualquier “enmienda o revisión” incompatible con la Ley de Relaciones Federales y la Ley 600. Como sabemos, la Ley 600 –aprobada por el Congreso de Estados Unidos el 3 de julio de 1950 y ratificada por los electores de Puerto Rico en un referéndum celebrado al año siguiente– autorizó a la legislatura a convocar la asamblea que eventualmente aprobaría el borrador de la Constitución de 1952.

La Ley 600 contiene, sin embargo, otras disposiciones importantes. Entre éstas se encuentra su Artículo 4, el cual establece que la ley de 2 de marzo de 1917 (la segunda ley orgánica aprobada por el Congreso de Estados Unidos para la isla, mejor conocida como la Ley Jones)¹⁹ se mantendría en vigor bajo el nombre de “Ley de Relaciones Federales con Puerto Rico”.²⁰ En su Artículo 9, la Ley de Relaciones Federales establece lo siguiente: “Las leyes estatutarias de los Estados Unidos que no sean localmente inaplicables, salvo lo que en contrario se dispusiere en la presente, tendrán el mismo efecto y validez en Puerto Rico que en los Estados Unidos, excepción hecha de las leyes de rentas internas. . . .”²¹. Como sabemos, esa disposición aplica en nuestro país desde la época de la Ley Foraker²², y para todos los efectos quiere decir que cada una de las leyes (con excepción de las leyes de rentas internas) adoptadas por el Congreso de Estados Unidos se extiende automáticamente a territorio puertorriqueño. Un ejemplo de una enmienda violatoria de éstas últimas cláusulas de intangibilidad sería incluir en la Constitución de 1952 una disposición, adoptada a través de cualquiera de los procesos de reforma regulados por el Artículo VII, que estableciera: “Sólo tendrán fuerza y vigor sobre los puertorriqueños las leyes adoptadas según el procedimiento establecido en el Artículo III (Poder Legislativo) de esta Constitución y sancionados por el Poder Ejecutivo conforme al Artículo IV”.

¹⁷ Véase, *American Tradition Partnership, Inc. v. Bullock*, 567, U.S. ____ (2012) y *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 50 (2010).

¹⁸ Const. EE.UU. Art. IV § 3, Const. EE.UU. Art. VI § 2.

¹⁹ Ley Jones, 48 U.S.C.A. § 731.

²⁰ En su Artículo 5, la Ley 600 derogó una serie de disposiciones contenidas en la Ley Jones, la mayoría de ellas relacionadas con la estructura del Gobierno de Puerto Rico, la cual sería reorganizada conforme a lo establecido en la nueva Constitución.

²¹ El texto en inglés establece: “That the statutory laws of the United States not locally inapplicable, except as hereinbefore or hereinafter otherwise provided, shall have the same force and effect in Puerto Rico as in the United States, except the internal-revenue laws...”

²² La Ley Foraker, 48 U.S.C.A. § 739 fue la primera ley orgánica aprobada por el Congreso de los Estados Unidos para Puerto Rico.

Como podrá notar el lector, una disposición como la anterior –¡la cual en cualquier otra constitución no sería otra cosa que una tímida afirmación del principio democrático!– estaría en abierto conflicto con el antes mencionado Artículo 9 de la Ley de Relaciones Federales (cuya vigencia quedó consagrada en la Ley 600). Pues bien, la Ley 600 autorizó a nuestra legislatura a convocar una Convención Constituyente y redactar una constitución, la Ley 447 le impartió vigencia a dicha constitución (con algunos cambios importantes, a saber, la inclusión de varias cláusulas de intangibilidad y la remoción de la Sección 20 de la Carta de Derechos), y la Ley de Relaciones Federales mantiene, de forma permanente, la vigencia en Puerto Rico de las leyes ordinarias de los Estados Unidos. Esas son las piezas de derecho positivo estadounidense que regulan las relaciones entre Estados Unidos y nuestro país y que fueron “incorporadas” a la Constitución de 1952, a través de las condiciones requeridas por el Congreso de los Estados Unidos, aceptadas por la Convención Constituyente y ratificadas por el electorado en referéndum.²³ Como explicaré en la próxima sección del escrito, el efecto de estas disposiciones es la negación del poder constituyente del pueblo de Puerto Rico.

El significado de las cláusulas de intangibilidad anteriormente descritas ha pasado inadvertido. En el plano jurídico, estas cláusulas no sólo le otorgan rango “constitucional” al derecho positivo estadounidense que regula las relaciones entre Puerto Rico y ese país, sino que le otorgan el *más alto rango*. Dicho de otra manera, las cláusulas de intangibilidad contenidas en la segunda oración de la Sección 3 convierten a la Ley 600, a la Ley 447 y a la Ley de Relaciones Federales en piezas fundamentales (sino en el fundamento) de la Constitución de Puerto Rico. Esas cláusulas reconocen un poder superior al pueblo y a su constitución. El titular de ese poder es el Congreso de los Estados Unidos, el cual, a través del Artículo 9 de la Ley de Relaciones Federales, retiene la facultad de regular la conducta de los puertorriqueños mediante legislación ordinaria (adoptada, sobra decir, unilateralmente, en ausencia de un mecanismo formal de consentimiento). Por eso, cuando el Congreso de los Estados Unidos aprueba una ley, ésta aplica en

²³ Aún si no se tomara en cuenta el clima de represión política imperante en la isla durante la década de los 50^º, la cuestión de la legitimidad democrática de los referéndums celebrados en Puerto Rico en el proceso de adopción de la Constitución de 1952 es altamente dudosa. ¿Qué hubiese sucedido si una mayoría del electorado hubiese votado “no” en el referéndum para asentir a la Ley 600? No hubiese sucedido nada. Es decir, con un triunfo del “no”, meramente se hubiese mantenido el statu quo. Pero, desde una perspectiva democrática, esto quiere decir que no se le presentaron al pueblo alternativas verdaderas. Cuando no existen alternativas a una situación que por definición es antidemocrática (por ejemplo, el colonialismo en Puerto Rico pre 1952), ni siquiera tiene sentido establecer una distinción entre la coerción y el consentimiento. ¿Acaso alguien puede pensar que existía alguna posibilidad real de que los electores votasen en contra de adoptar una constitución, cuándo la otra alternativa era simplemente no adoptarla? Si votar “no” no era una alternativa real, votar “sí” no fue un ejercicio democrático. Para un análisis similar en el contexto de Chile, véase Renato Cristi, *The Metaphysics of Constituent Power: Schmitt and the Genesis of the Chile’s 1980 Constitution*, 21 *Cardozo L. Rev.* 1748, 1775 (2000).

Puerto Rico, independientemente de que sea contraria a alguna disposición de la Constitución de 1952.²⁴

Así, por ejemplo, aún cuando nuestra Carta de Derechos prohíbe la pena de muerte²⁵, esa pena podría ser aplicable a las personas que lleven a cabo en Puerto Rico, la conducta tipificada por el Congreso de los Estados Unidos en diversas leyes federales (en este contexto, la distinción entre la jurisdicción federal y estatal no es relevante, pues de lo que se trata es de la aplicación de normas que contradicen los principios contenidos en la Constitución de 1952, independientemente de si la aplicación de dichas normas encuentra una justificación legal desde el punto de vista del federalismo estadounidense).²⁶ De hecho, podría argumentarse que toda ley de Estados Unidos aplicable a Puerto Rico, entre o no en conflicto con la Constitución del 1952, pasa a formar parte de nuestra “ley suprema”, pues dichas leyes también constituyen límites que nuestros poderes públicos no están autorizados a rebasar. En este sentido, en estrictos términos jurídicos, nuestra constitución la conforma no sólo el documento titulado “Constitución del Estado Libre Asociado”, sino (como mínimo) la suma de dicho documento, la Constitución de Estados Unidos, las leyes que regulan las relaciones entre Estados Unidos y Puerto Rico (Ley de Relaciones Federales, Ley 600, Ley 447) y cada una de las leyes de Estados Unidos que entran en conflicto con la Constitución de 1952. Cada una de las disposiciones anteriores afecta los principios básicos bajo los cuales opera el poder político en Puerto Rico y fija límites jurídicamente insuperables para nuestros poderes públicos.

II. Una mirada a la Constitución de Puerto Rico desde la teoría constitucional

De la anterior discusión se desprenden al menos dos ideas principales. Primero, que la Constitución de Puerto Rico no solamente organiza las estructuras de nuestro gobierno interno y establece una Carta de Derechos, sino que también protege el aparato jurídico que regula la relación entre Puerto Rico y Estados Unidos. Segundo, que ese aparato jurídico, consagrado en el Artículo VII de la Constitución de 1952, es altamente anti-democrático, pues implica que los puertorriqueños están sujetos a obedecer un sinnúmero de normas (es decir, de leyes federales) que no pueden modificar. Y cualquier concepción de la democracia asume que en un sistema democrático, los ciudadanos solo pueden estar sujetos a leyes en cuya

²⁴ Esto, claro está, siempre y cuando la disposición federal no caiga bajo la misteriosa categoría de ser “localmente inaplicable”. Véase Artículo 9 de la Ley de Relaciones Federales..

²⁵ La parte relevante de la Sección 7 de la Carta de Derechos lee así: “Se reconoce como derecho fundamental del ser humano el derecho a la vida, a la libertad y al disfrute de la propiedad. No existirá la pena de muerte.” (Énfasis suplido).

²⁶ *Federal Death Penalty Act of 1994*, 18 U.S.C. §§. 3591-3598. Véase además *U.S. v. Acosta Martínez*, 252 F.3d 13 (2001).

creación tuvieron la oportunidad de participar (ya sea directamente o a través de representantes electos). Por supuesto, no es sorprendente que un sistema colonial sea inconsistente con ese principio democrático básico, pues la manifestación jurídica del colonialismo es precisamente esa: una colonia no es otra cosa que un país sometido a las leyes de un país extranjero (por eso, el primer paso jurídico importante en los procesos de descolonización de las antiguas colonias británicas fue la abolición del poder del Parlamento de Westminster de legislar unilateralmente para esos territorios).²⁷

En esta parte del escrito, me dispongo a exponer brevemente la teoría del poder constituyente, con el objetivo de arrojar alguna claridad al orden constitucional anteriormente descrito y, a su vez, sentar los fundamentos teóricos de la convocatoria a una Asamblea Constituyente. La teoría clásica del poder constituyente descansa en la distinción entre una voluntad política previa y superior a la constitución existente (el poder *constituyente*) y las formas constitucionales creadas por el titular del poder constituyente (los poderes *constituidos*, a los cuales anteriormente llamé “poderes públicos”). Las formulaciones más conocidas de la teoría del poder constituyente (desarrolladas por Emmanuel Sieyes y Carl Schmitt)²⁸ le atribuyen al poder constituyente no sólo la facultad de crear nuevas constituciones, sino la capacidad de subsistir “al lado y por encima” de la nueva constitución una vez ésta entra en vigor (y, por lo tanto, la capacidad de prevalecer en cualquier momento sobre las normas constitucionales establecidas).

La primera elaboración de la distinción entre poder constituyente y poder constituido es atribuible a Sieyes, y está contenida en su influyente panfleto *¿Qué es el Tercer Estado?*²⁹. El poder constituyente, dicho en pocas palabras, es la facultad extralegal de fundar un ordenamiento jurídico nuevo. En tiempos modernos, dicho poder es invariablemente atribuido al pueblo, en cuya autoridad descansa la legitimidad del orden constitucional vigente. Por definición, el poder constituyente es un poder soberano; la voluntad de quien lo ejerce es siempre legal, pues, como diría Sieyes, es el origen del derecho positivo.³⁰ El poder constituyente, entonces, apunta hacia la habilidad de crear un nuevo punto de partida jurídico, una capacidad de colocarse fuera del orden constitucional, evaluar su deseabilidad, y reemplazarlo o transformarlo de maneras fundamentales. Así, escribió Sieyes, la nación³¹, como

²⁷ Para una discusión, ver Peter Oliver, *The Constitution of Independence: The Development of Constitutional Theory in Australia, Canada, and New Zealand* (Oxford University Press 2005); Arthur Berriedale Keith, *The Sovereignty of the British Dominions* (London MacMillan and Co. 1929).

²⁸ Emmanuel Joseph Sieyes, *¿Qué es el Estado Llano?* (Instituto de Estudios Políticos 1950); Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución* (Revista de Derecho Privado 1927).

²⁹ *Id.*

³⁰ Sieyes, *supra* n. 28, pág. 147.

³¹ La concepción de ‘la nación’, en Sieyes’ es independiente de cualquier consideración étnica: la nación para Sieyes es simplemente un cuerpo de asociados que viven bajo las mismas leyes y que son representados por la misma asamblea. Sieyes, *supra* n. 28, pág. 58. Ver además See William E.

titular del poder constituyente, “existe ante todo y es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal; es la ley misma. Antes de ella, por encima de ella, no hay más que el derecho natural”.³²

Es decir, Sieyes pensaba que el pueblo (o, en su terminología, “la nación”) no podía ser permanentemente sujetado 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”.³³ Las instituciones legales y políticas creadas a través del ejercicio del poder constituyente son identificadas por Sieyes como los poderes *constituidos* (a veces identificados como el poder constituyente *derivado*, terminología que evitaré en este escrito)³⁴ Estos cuerpos (por ejemplo, los poderes 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.³⁵ Por ejemplo, una legislatura ordinaria se ve obligada a adoptar leyes en la manera dispuesta en la constitución y, si la constitución la faculta a ejercer el poder de reforma, sólo puede hacerlo conforme a los procesos y límites (límites que podrían tomar la forma de cláusulas pétreas) contenidos en el texto constitucional.

Scheuerman, *Revolutions and Constitutions en Law as Politics in Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, 529 (Duke University Press Books) (1998).

³² Sieyes, *supra* n. 28, pág. 147. Para Sieyes, el poder constituyente no es un poder arbitrario, sino que se encuentra limitado por los imperativos del derecho natural. Por ejemplo, Sieyes consideraba que la voluntad nacional, para gozar de legitimidad, debía actuar de manera consistente con la seguridad, libertad, y bienestar de la sociedad. Véase Scheuerman, *supra* n. 31, pág. 260. Sieyes también consideraba sagrado el derecho de propiedad, el cual también le servía de ‘límite’ a la voluntad nacional. Véase J. L Talmon, *The Origins of Totalitarian Democracy: Political Theory and Practice During the French Revolution and Beyond*, 74-75 (Penguin Books 1952). Por supuesto, estos límites, al igual que los límites basados en el derecho natural que Jean Bodin consideraba aplicables a los monarcas absolutos, no pueden ser impuestos a la nación por ninguna entidad externa. Además, Sieyes pensaba que el ejercicio del poder constituyente estaba sujeto a tres límites de un carácter más general: dicho ejercicio tenía que resultar en la adopción de una constitución, tenía que ser consistente con la voluntad del pueblo, y era un ejercicio temporal (siempre terminando en la adopción de una nueva constitución, aunque pudiese ser activado nuevamente en el futuro). Sieyes, *supra* n. 28, pág. 155-156.

³³ Sieyes, *supra* n. 28, pág. 150. Thomas Jefferson también compartía ese punto de vista. Ver Thomas Jefferson, *Letter to James Madison en The Portable Thomas Jefferson* (Penguin Books 1975).

³⁴ A menos que se indique lo contrario, a través de este escrito utilizaré el término ‘poder constituyente’ para referirme a un poder de creación constitucional ilimitado (lo que la teoría constitucional contemporánea a veces identifica como poder constituyente *originario* o *primario*), y el término ‘poder de reforma’ para referirme al poder de alterar el texto constitucional conforme a los límites procesales y sustantivos contenidos en la propia constitución (es decir, obviaré también el uso del término poder constituyente *derivado* o *secundario*).

³⁵ “Un cuerpo sometido a formas constitutivas no puede decidir nada más que según su constitución”. Sieyes, *supra* n. 28, pág. 159. “El Gobierno no ejerce un poder real más que en tanto es constitucional; sólo es legal cuando es fiel a las leyes que le han sido impuestas”. *Id.*, pág. 149.

En este sentido, desde la teoría del poder constituyente, el poder de reformar una constituciones un poder *constituido*, idea a la que regresaré en un momento. Carl Schmitt, el controversial jurista alemán, desarrolló de manera importante las ideas de Sieyes, y su trabajo es un punto de referencia obligatorio para cualquier examen del concepto de poder constituyente. Al igual que Sieyes, Schmitt le atribuyó al titular del poder constituyente un poder soberano, no sujeto o limitado por ninguna forma de derecho positivo. 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 la ley en cualquier momento.³⁶ El titular del poder constituyente (al igual que para Sieyes), 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 necesita crear otro nuevo a los fines de corregir los defectos del orden existente. Además, por sus conexiones con la democracia (las cuales consideraré a continuación), el poder constituyente viene acompañado de una importante limitación procesal: para que su ejercicio sea legítimo tiene que ser llevado a cabo a través de mecanismos altamente participativos.

Schmitt también defendió y desarrolló la idea de Sieyes acerca de que las constituciones nacen y mueren, pero que el poder constituyente en el que descansan no puede ser destruido o consumido por el producto de su ejercicio: “[u]na 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”.³⁷ Esto tiene implicaciones importantes para la relación entre el concepto de poder constituyente y las cláusulas de intangibilidad. Desde la perspectiva de la teoría del poder constituyente, las cláusulas de intangibilidad solamente operan contra los poderes constituidos, es decir, contra los órganos autorizados para modificar la constitución conforme a los procedimientos de reforma establecidos en ella misma. Como sugerimos anteriormente, una Asamblea Constituyente, por definición, no es un mecanismo para el ejercicio del poder de reforma, sino para el ejercicio del poder constituyente. No obstante, las cláusulas de intangibilidad contenidas en el Artículo VII de la Constitución del Estado Libre Asociado convierten a la Convención “Constituyente” allí mencionada en un poder constituido, o más bien, en un mecanismo para el ejercicio del poder de reforma, sujeto a los límites establecidos en el texto constitucional.

³⁶ Esta es la conclusión a la que llegan algunos autores a través de la definición de soberanía contenida en Teología Política: “Soberano es quien decide sobre el caso de excepción”. Carl Schmitt, “Teología Política” (1922) en Héctor Orestes Aguilar, *Carl Schmitt, Teólogo de la Política* 23 (Fondo de Cultura Económica, 2001). Ver por ejemplo, Giorgio Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life* (Stanford University Press, 1998).

³⁷ Schmitt, *supra* n. 28, pág. 88.

Para Schmitt las cláusulas de intangibilidad hacen evidente la distinción entre los poderes constituidos y el ejercicio del poder constituyente. Es decir, si algún principio o disposición es explícitamente colocado fuera del alcance del poder de reforma, debe ser porque posee un carácter fundamental y por lo tanto solamente puede ser alterado a través del ejercicio del poder constituyente.³⁸ Una reforma constitucional que transgreda una cláusula de intangibilidad (que utilice el proceso de reforma a los fines de introducir en ésta un contenido prohibido), sería calificado por Schmitt como inconstitucional y, de ser exitosa, equivaldría a la creación (ilegítima) de una constitución nueva.³⁹ El nacimiento de una nueva constitución, ya sea a través de un ejercicio legítimo del poder constituyente o a un ejercicio *ultra vires* del poder de reforma, no necesariamente trae consigo el reconocimiento de un nuevo titular del poder constituyente. Así, Schmitt llamó *destrucción* de la constitución al cambio constitucional que viene acompañado de un cambio en la titularidad del poder constituyente.⁴⁰ Nótese que esto quiere decir que, para Schmitt, no sólo el pueblo puede ser titular del poder constituyente, *sino cualquiera que sea capaz de dar una constitución*.⁴¹

Si pensamos en la actual Constitución de Puerto Rico a la luz de este breve repaso de la teoría del poder constituyente, nos vemos obligados a responder a la siguiente pregunta. ¿Quién es el titular del poder constituyente en el contexto de la Constitución de Puerto Rico? Como hemos visto, el titular del poder constituyente

³⁸ *Id.* pág. 123. Como ha expresado Dietrich Conrad: “Las disposiciones [que establecen límites explícitos al poder de reforma] son indicaciones importantes de que el poder de enmendar no participa, por su propia naturaleza, en la supuesta omnipotencia de la soberanía constituyente sino que es un poder constituido, y por lo tanto legalmente definible”. Dietrich Conrad, *Limitation of Amendment Procedures and the Constituent Power* en *The Indian Year Book of International Affairs*, 379 (S.N. 1966-1967). Sin embargo, Conrad argumentaba que la ambigüedad de este tipo de cláusulas muchas veces las convertía en una serie de guías para la interpretación y el desarrollo doctrinario. *Id.* Por ejemplo, en Francia existe un debate acerca de cuál debe ser la interpretación de una cláusula que dispone: “La forma republicana de gobierno no será objeto de enmienda” (Artículo. 89 de la Constitución de Francia de, 1958). Para algunos, esta cláusula debe ser entendida únicamente como una prohibición expresa al restablecimiento de la monarquía; para otros, la misma debe ser interpretada de una manera mucho más amplia, refiriéndose a la protección de principios como el secularismo, el estado de derecho, etc.

³⁹ Schmitt distinguió entre la ‘Constitución’ –entendida como equivalente a la decisión del titular del poder constituyente respecto al modo de su existencia política– y las ‘leyes constitucionales’ –entendidas como cláusulas individuales enumeradas en el documento conocido como ‘la constitución’, pero que carecen de un carácter verdaderamente fundamental. Esto quiere decir que para Schmitt, pueden haber enmiendas constitucional inconstitucionales incluso en la ausencia de cláusulas de intangibilidad. Es decir, el poder de reforma se limita a alterar las ‘leyes constitucionales’, pero no puede tocar las ‘decisiones políticas fundamentales’ tomadas por el titular del poder constituyente. Schmitt, *supra* n. 28, pág. 25-26. Para un análisis de la doctrina de los límites implícitos al poder de reforma, ver Joel Colón-Ríos, *¿Pueden Haber Enmiendas Constitucionales Inconstitucionales? Una Breve Mirada al Derecho Comparado*, 42 Rev. Jur. U.I.P. 207 (2008).

⁴⁰ Schmitt, *supra*, n. 28, pág. 115.

⁴¹ *Id.*, pág. 61. De ahí el potencial anti-democrático de la teoría schmittiana del poder constituyente.

está autorizado a mirar a la constitución desde un espacio extrajurídico, a modificar cualquiera de sus disposiciones y a sustituirla por otra nueva. Una simple lectura de la Sección 3 del Artículo VII de la Constitución de 1952 es suficiente para concluir que la Constitución de Puerto Rico no descansa en el poder constituyente de los puertorriqueños. La Constitución de 1952 contiene cláusulas pétreas que no sólo operan contra el poder de reforma, sino que también le prohíben al pueblo establecer un orden constitucional democrático. Dicho de otra manera, esas cláusulas de intangibilidad protegen la permanencia de un aparato jurídico conformado por una serie de leyes de los Estados Unidos que tienen el efecto de negarle a los puertorriqueños el derecho a gobernarse a través de sus propias leyes, lo que no es otra cosa que una negación de la democracia.

La conclusión inevitable es que en el contexto de la Constitución de 1952, el titular del poder constituyente es el Congreso de los Estados Unidos, el cual no sólo autorizó la creación de esa constitución a través de la Ley 600 (y estableció condiciones respecto a su contenido), sino que jurídicamente tiene la facultad de modificar cada una de las leyes federales a las que hace referencia la Sección 3 del Artículo VII, así como de adoptar leyes federales contrarias al texto constitucional creado en 1952. La pregunta que surge entonces, desde el punto de vista de la democracia, es ¿qué hacer ante un orden constitucional que, por un lado, niega la posibilidad de un sistema democrático y coloca la titularidad del poder constituyente en manos de una legislatura extranjera y, por otro lado, no establece procedimiento jurídico alguno a través del cual pueda sustituirse ese orden constitucional con uno nuevo? Una respuesta rápida a esa pregunta sería: es necesario crear un orden constitucional nuevo aunque eso implique una violación al orden constitucional vigente. Pero, ¿en dónde descansaría la legitimidad del nuevo orden constitucional, el cual inevitablemente habría nacido de una ilegalidad?⁴²

III. Legitimidad Democrática y Asamblea Constituyente

Una nueva constitución puede relacionarse con la constitución anterior al menos de dos maneras. Primero, la creación de una nueva constitución puede llevarse a cabo conforme a las reglas de cambio constitucional contenidas en la constitución anterior. Ese fue el caso, por ejemplo, de la Constitución de Bolivia de 2009, la cual fue adoptada a través de una Asamblea Constituyente convocada conforme al Artículo 232 de la Constitución de 1967 (según enmendada). Este también es el caso de Canadá y Nueva Zelanda, cuyas constituciones actuales (que prohíben al Parlamento Británico adoptar leyes aplicables a sus respectivos territorios) fueron autorizadas por legislación imperial británica. Por otro lado, existen otras

⁴² 'Ilegalidad' con respecto al orden constitucional doméstico de Puerto Rico y Estados Unidos, más no así, por supuesto, con respecto al derecho internacional y el derecho a la libre determinación de los pueblos.

constituciones cuya validez es indiscutible, pero que fueron adoptadas en violación a las normas de cambio del ordenamiento constitucional anterior. Ese es el caso, por ejemplo, de las constituciones actualmente vigentes en Colombia (1991) y Venezuela (1999), las cuales fueron adoptadas por Asambleas Constituyentes a pesar de que las anteriores constituciones no contemplaban ese mecanismo de cambio constitucional.

Tanto en Colombia como en Venezuela, se presentaron recursos judiciales solicitándole a los tribunales que se expresaran en torno a la legalidad de la convocatoria a la Asamblea Constituyente. Aquellos que se oponían a dicha convocatoria, insistían en su ilegalidad, pues la misma no estaba autorizada por la constitución vigente. En ambos casos, las Cortes Supremas de Justicia de esos países expresaron que el pueblo, en el ejercicio del poder constituyente, puede crear una constitución nueva a través de un procedimiento distinto al establecido en la constitución vigente, siempre y cuando este procedimiento sea uno apropiado para dicho ejercicio (es decir, que sea un proceso participativo y deliberativo).⁴³ En Colombia, por ejemplo, la Corte expresó que como el pueblo colombiano era el titular del poder constituyente, “puede en cualquier tiempo darse una constitución distinta a la vigente hasta entonces sin sujetarse a los requisitos que ésta consagraba” y que teniendo el poder constituyente “un carácter soberano, del cual emanan los demás poderes, no puede tener otros límites que los que el mismo se imponga, ni los poderes constituidos pueden revisar sus actos”.⁴⁴ La Corte Suprema de Justicia de Venezuela, por su parte, señaló que cuando el pueblo decide ejercer su poder constituyente, por medio de “mecanismos jurídicos de participación”, ejerce un poder “previo y superior al régimen jurídico establecido”.⁴⁵

Conforme a estas determinaciones judiciales, las nuevas constituciones de Colombia y Venezuela son válidas, pero su validez no radica en que fueron adoptadas conforme a procesos legales pre-establecidos. Por el contrario, su validez radica en que las mismas fueron adoptadas a través de procesos *legítimos* desde un punto de vista democrático. Es decir, son constituciones que, a pesar de haberse creado mediante procedimientos no contemplados en el texto constitucional entonces vigente, nacieron de procesos altamente participativos y deliberativos. Como resultado, su validez no puede ser razonablemente cuestionada: las mismas son el producto de un acto de soberanía popular. Como puede observarse, existe una relación muy cercana entre el concepto del poder constituyente y el ideal democrático. El poder constituyente (como la democracia), apunta hacia un pueblo que se auto determina, un grupo de seres humanos que adopta la constitución que

⁴³ Véase Sentencia Núm. 138, (1990) de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, y Fallo Núm. 17, de la Corte de Suprema de Justicia de Venezuela (1999).

⁴⁴ Sentencia Núm. 138, *id.*, Parte V.

⁴⁵ Fallo Núm. 17, *id.*, Capítulo V.

regulará su asociación política. Por eso, Antonio Negri ha expresado que “[h]ablar sobre el poder constituyente es hablar de democracia”.⁴⁶

Dicho de otra manera, el poder constituyente no es meramente la facultad de crear una constitución sin estar a la vez sometido a ninguna forma de derecho positivo. El poder constituyente es 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 regularan *su* comunidad política. Por eso, el mismo siempre tiene que ser ejercido a través de procesos que puedan genuinamente entenderse como facilitadores de un acto de soberanía popular, procesos de amplia participación política en los que los ciudadanos ordinarios asumen un papel central. En otras palabras, si se toma en serio, el concepto de poder constituyente requiere que aquellos que viven bajo un conjunto de leyes fundamentales participen en su creación y recreación.⁴⁷ Como ha expresado Ulrich Preuss (contradiciendo en este punto a Schmitt): “Conceptualmente [el poder constituyente] no puede atribuírsele a ninguna persona en particular, ni siquiera a un monarca”.⁴⁸ El poder constituyente, señala Preuss, “es el poder de un colectivo, que a través del acto de darse una constitución, ejerce su derecho a gobernarse a sí mismo”.⁴⁹

La relación entre este aspecto del poder constituyente y la democracia es obvio: la democracia, como el poder constituyente, requiere la participación de los ciudadanos ordinarios en la creación de todas las leyes, incluyendo las leyes fundamentales. 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 (y quizás no deseable por distintas razones), que sea la totalidad de la ciudadanía

⁴⁶ Antonio Negri, *Insurgencias: Constituent Power and the Modern State* 1 (University of Minnesota Press 1999).

⁴⁷ El propio significado literal 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 formado por el prefijo *con* (que significa ‘con’, ‘en conjunto’) y el sufijo *statuere* (que significa ‘crear’, ‘construir’, ‘colocar’), literalmente se refiere al acto de crear algo junto a los demás, de co-establecerlo: “El uso correcto del término ‘constituir’ requiere que si uno desea constituir una nueva constitución, por ejemplo, uno *tiene* que *co*instituir, instituir, junto a otros” Andreas Kalyvas, *The Basic Norm and Democracy in Hans Kelsen’s Legal and Political Theory*, 32(5):*Philosophy and Social Criticism*, 558, 589 (2006).

⁴⁸ Ulrich Preuss, *Constitutional Powermaking for the New Polity: Some Deliberations on the Relations between Constituent Power and the Constitution*, 14 *Cardozo L. Rev.* 635, 647 (1993). Al menos dos dictadores del Siglo 20 reclamaron ser titulares del poder constituyente: Pinochet en Chile y Franco en España. Ver Cristi, *supra* nota 23. Schmitt admitía la posibilidad de que un monarca (o cualquier entidad o grupo selecto con el poder de adoptar una nueva constitución) fuese titular del poder constituyente. Sin embargo, pensaba que en una democracia (una forma política que él no favorecía) solo el pueblo podía legítimamente ejercer el poder constituyente. Schmitt, *supra* n. 28, pág. 93, 142, 147.

⁴⁹ Preuss, *Constitutional Power Making for the New Polity*, *supra* n. 49, pág. 647.

quien proponga, delibere, y decida sobre el contenido de cada ley ordinaria. Pero, cuando existan verdaderas oportunidades para la participación directa en la toma de decisiones políticas (como por ejemplo, en los infrecuentes episodios de cambio constitucional fundamental), la democracia requiere la presencia de mecanismos que promuevan el respeto al principio de la *participación popular* –uno de los corolarios del ideal democrático.⁵⁰

Además, en virtud de no estar sujeto a ninguna forma de derecho positivo, el poder constituyente también está directamente relacionado a otro componente básico del ideal democrático, el cual puede ser identificado como el principio de *apertura democrática*: la idea de que una sociedad democrática es una sociedad abierta. Una sociedad en la cual aun los principios más fundamentales son susceptibles de ser reformulados o reemplazados a través de procedimientos democráticos. En ese sentido, el autogobierno democrático no sólo requiere participación popular en la elaboración de las leyes, sino que requiere una “comunidad de ciudadanos –el *demos*– [que] se proclama absolutamente soberana”.⁵¹ Como ha señalado Claude Lefort, la democracia no es compatible con “ninguna ley permanente, cuyos artículos no puedan ser impugnados, cuyos fundamentos no sean susceptibles de ser puestos en duda”.⁵² El poder constituyente es la expresión constitucional del principio de apertura democrática: la facultad de los seres humanos de crear las leyes que reglamentan su asociación política y de alterar sus compromisos fundamentales. Conforme a esta concepción, la validez de una constitución no depende de si la misma ha sido adoptada a través de determinados procedimientos legales, sino de cuan democráticos sean esos procesos.

En ese sentido, Schmitt tenía razón al expresar que “una Constitución no se pone en vigor según reglas superiores a ella”, sino que su validez descansa en que es el resultado de un acto de soberanía que se reputa legítimo, lo cual en una sociedad democrática significa un ejercicio del poder constituyente del pueblo.⁵³ En el contexto de Puerto Rico, esto quiere decir que la adopción de un orden constitucional democrático, si bien inconstitucional con respecto a la Constitución de 1952 y a una serie de leyes estadounidenses, encontraría el fundamento de su validez en el carácter democrático del procedimiento utilizado para su creación. Es decir, si dicho procedimiento es consistente con los principios de participación popular y apertura democrática, el mismo sería suficiente para producir una constitución legítima. En términos prácticos, dicho procedimiento podría asumir la forma de una Asamblea

⁵⁰ Para una discusión más detallada de los principios de participación popular y apertura democrática, ver Joel Colón-Ríos, *Weak Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power* (Routledge 2012).

⁵¹ Cornelius Castoriadis, *The Greek Polis and the Creation of Democracy* en *Castoriadis Reader*, 275 (David Ames ed.) (1997).

⁵² Claude Lefort, *The Image of the Body and Totalitarianism*, in *Political Forms of Modern Society*, 303-304 (1986).

⁵³ Schmitt, *supra* n. 28, pág. 101.

Constituyente (verdaderamente *constituyente*) convocada por nuestra legislatura. La legislatura, como asamblea electa directamente por el pueblo, estaría operando aquí en un terreno puramente *político* y no en su carácter jurídico ordinario.⁵⁴ Dicha asamblea poseería dos características principales. Primero, sería una Asamblea Constituyente lo más inclusiva y participativa posible. Esto no se limita a decir que la asamblea tiene que ser convocada a través de un referéndum, sino que el proceso de elección de los delegados, las reglas de operación de la asamblea y el proceso para ratificar o rechazar sus propuestas debe promover la mayor participación y deliberación posible de los ciudadanos ordinarios.

Por ejemplo, el proceso de elección de los delegados no puede estar dominado por los partidos políticos y los delegados deberían ser candidatos a nivel de un solo distrito nacional (no candidatos de determinados pueblos o regiones), pues aquí el objetivo no sería representar los intereses de determinadas localidades, sino los intereses nacionales. Asimismo, los procesos internos de la asamblea deben ser lo más transparente y públicos posibles. Por ejemplo, los ciudadanos que no estén sirviendo de delegados deberían tener maneras de participar en el proceso, lo cual podría ocurrir a través de medios electrónicos así como de procesos formales que le permitan a grupos de ciudadanos presentar propuestas que la Asamblea Constituyente vendría obligada a considerar, y el proceso de ratificación referendaria debe estar precedido de oportunidades amplias para la deliberación pública. Podrían llevarse a cabo asambleas pre-referendarias en los barrios y comunidades, en donde las propuestas de la Asamblea Constituyente sean discutidas antes del referéndum. En términos del principio de apertura democrática, la Asamblea Constituyente, como mecanismo para el ejercicio del poder constituyente, no puede estar limitada por ninguna forma de derecho positivo. La asamblea debe estar facultada para proponer al pueblo cualquier cambio constitucional a diferencia, por ejemplo, de la asamblea que redactó la Constitución de 1952.

Al convocar a una Asamblea Constituyente como esa, el pueblo estaría llevando a cabo dos actos de fundamental importancia. En primer lugar, estaría expresando una voluntad a favor de importantes transformaciones constitucionales. En segundo lugar, pero quizás más importante aún, estaría autoproclamándose como el titular del poder constituyente en la isla de Puerto Rico. En términos schmittianos, se estaría produciendo la potencial *destrucción* de la constitución vigente y el nacimiento de un orden constitucional (democrático) nuevo. Ahora bien, ¿cuál debería ser el objetivo de convocar una Asamblea Constituyente como esa? ¿Cuáles deberían ser sus propuestas? A mi juicio, para ser consistente con el concepto mismo de poder constituyente, la asamblea debería hacer al menos dos cosas. Primero,

⁵⁴ Como ocurriría en el terreno de lo político, dicha convocatoria, teóricamente, podría muy bien surgir no de la legislatura sino a través de algún mecanismo informal de expresión popular. Idealmente, nuestra constitución, al igual que las constituciones de Ecuador (Artículo 444), Bolivia (411), Venezuela (Artículo 348), y Panamá (Artículo 314), debería permitir a un número de ciudadanos convocar a una Asamblea Constituyente a través de la recolección de un número de firmas.

proponer la remoción de la segunda oración de la Sección 3 del Artículo VII de la Constitución de 1952 y volver a incluir en la Carta de Derechos la Sección 20. Esos cambios constitucionales, por sí solos, no alterarían el funcionamiento de la relación entre Puerto Rico y Estados Unidos, pero serían equivalentes a que, en el 1952, la Convención Constituyente se hubiese negado a aceptar las condiciones impuestas por el Congreso de los Estados Unidos (transformándose así, al menos parcialmente, en una verdadera Convención *Constituyente*).

Una vez estas modificaciones sean aprobadas en un referéndum, se le estaría indicando al Congreso de los Estados Unidos que el pueblo de Puerto Rico se ha declarado titular del poder constituyente, que ha asumido la facultad soberana de transformar el orden constitucional vigente y convertirlo en uno autóctono (en un orden basado en un acto soberano del pueblo de Puerto Rico, y no en una ley de Estados Unidos). Como señalé anteriormente, estos cambios, si bien servirían de antesala a un proceso de descolonización en el que Puerto Rico no aparecería jurídicamente predeterminado a ser una colonia de Estados Unidos, no eliminarían la relación de subordinación en la que se encuentra nuestro país. Por eso, luego de llevar a cabo esos cambios en la Constitución de 1952, el segundo objetivo de la Asamblea Constituyente debería ser obtener un mandato del pueblo de Puerto Rico para deliberar sobre su relación con los Estados Unidos. Pero esa deliberación ocurriría no desde la situación de subordinación actual, sino desde una realidad jurídica en la cual el pueblo ha asumido la titularidad del poder constituyente, y en la cual el futuro del país descansa. No en las manos del Congreso, sino en la voluntad política de los puertorriqueños.

