

EL CONCEPTO DE 'PODER CONSTITUYENTE'. UN ESTUDIO DE TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO

Jorge Baquerizo Minuche

Per citar o enllaçar aquest document:

Para citar o enlazar este documento:

Use this url to cite or link to this publication:

<http://hdl.handle.net/10803/671054>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



TESIS DOCTORAL

**EL CONCEPTO DE ‘PODER CONSTITUYENTE’
UN ESTUDIO DE TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO**

Jorge Baquerizo Minuche

2020



TESIS DOCTORAL

**EL CONCEPTO DE ‘PODER CONSTITUYENTE’
UN ESTUDIO DE TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO**

Jorge Baquerizo Minuche

2020

Programa de Doctorado en Derecho, Economía y Empresa

Director: Jordi Ferrer Beltrán

Memoria presentada para optar al título de
Doctor por la Universitat de Girona

*A mis abuelos Margarita y Severo,
con amor de hijo*

RESUMEN:

La presente tesis doctoral consiste en un estudio conceptual: un análisis del concepto de ‘poder constituyente’ en clave jurídica y mediante los instrumentos de la filosofía analítica receptados por la teoría del derecho. A lo largo de los cinco capítulos se procederá a: i) una labor de desambiguación del significado de la expresión ‘poder constituyente’; ii) una labor de clarificación respecto de cómo se encuentra construido el concepto de ‘poder constituyente’ relevante para el derecho; y, iii) una labor conectiva, que supone relacionar o conectar el concepto de ‘poder constituyente’ con otros conceptos que son utilizados dentro de la teoría jurídica en la explicación del origen y del fundamento del derecho de los Estados. El objetivo central de la tesis es modelar el concepto de ‘poder constituyente’ que interesa al derecho mediante su respectiva redefinición, describiendo y reconstruyendo de mejor modo los usos y prácticas que se advierten alrededor de este concepto.

ABSTRACT:

This doctoral thesis consists of a conceptual study: an analysis of the concept of ‘constituent power’ in a legal key and through the instruments of analytical philosophy received by the theory of law. Throughout the five chapters, I will proceed to do the following tasks: i) a disambiguation of the meaning of the expression ‘constituent power’; ii) a clarification regarding how the concept of ‘constituent power’ relevant to the law is constructed; and, iii) a connective task, which involves relating or connecting the concept of ‘constituent power’ with other concepts that are used within legal theory in the explanation of the origin and the foundations of the law. The main objective of the thesis is to model the concept of ‘constituent power’ relevant to the law through its respective redefinition, describing and reconstructing in a better way the common uses and practices around this concept.

RESUM:

La present tesi doctoral consisteix en un estudi conceptual: un anàlisi del concepte de ‘poder constituent’ en clau jurídica i mitjançant els instruments de la filosofia analítica receptats per la teoria del dret. Al llarg dels cinc capítols es procedirà a: i) una tasca de desambiguació del significat de l’expressió ‘poder constituent’; ii) una tasca de clarificació respecte de com està construït el concepte de ‘poder constituent’ rellevant per al dret; i, iii) una tasca connectiva, que suposa relacionar o connectar el concepte de ‘poder constituent’ amb altres conceptes que són utilitzats dins de la teoria jurídica en l’explicació de l’origen i del fonament del dret dels estats. L’objectiu central de la tesi és modelar el concepte de ‘poder constituent’ que interessa al dret mitjançant la seva respectiva redefinició, descrivint i reconstruint de millor manera els usos i pràctiques que s’adverteixen al voltant d’aquest concepte.

Publicaciones derivadas de la tesis

– Del capítulo I:

a) Algunos elementos extraídos de la sección 2, así como ciertas ideas que posteriormente fueron reformuladas en la sección 3, constan en:

BAQUERIZO MINUCHE, J. y RAPETTI, P. A.: «El poder constituyente, ¿fáctico o normativo? Otra vuelta de tuerca», en J. GAJARDO FALCÓN (ed.), *Constitucionalismo y procesos constituyentes*, vol. 3., Santiago de Chile: Thomson Reuters (en prensa).

b) Una gran parte de la sección 2.4.2., con algunas ampliaciones y ligeros cambios, consta en:

BAQUERIZO MINUCHE, J.: «Carlos S. Nino sobre el concepto de ‘poder constituyente’. Un estudio crítico», en D. SIERRA SOROCKINAS (ed.), *Estudios en homenaje a Carlos S. Nino*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia (próxima publicación).

– Del capítulo III:

a) La sección 2.2., en una versión traducida al inglés y con pocos cambios, consta en:

BAQUERIZO MINUCHE, J.: «On ‘legal continuity’ in the post-sovereign model of constitution-making: three problems», *Revus – Journal for constitutional theory and philosophy of law* (en prensa).

b) Una versión previa de la sección 3.1., que en su momento fue desarrollada y ampliada bajo la forma de un artículo, consta en:

BAQUERIZO MINUCHE, J.: «¿Surgimiento de órdenes jurídicos sin normas independientes? El caso de las secesiones acordadas», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 16 (2019): 94-108.

c) La sección 3.2., con ligeras variaciones, consta en:

BAQUERIZO MINUCHE, J.: «¿Poder constituyente ‘legal’? Un análisis sobre la posibilidad de transiciones políticas jurídicamente disciplinadas», en N. SAURA FREIXES (ed.), *International Workshop for Young Researchers: Constitutional Interpretation, Democracy, Fundamental Rights* (Memorias), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (próxima publicación).

– Del capítulo V:

Algunas partes del capítulo, tomadas de versiones anteriores, constan en:

BAQUERIZO MINUCHE, J.: «Las dos caras de la constitución en la revisión constitucional. Sobre la distinción entre poder constituyente y poder de revisión en Riccardo Guastini», en P. CHIASSONI, P. COMANDUCCI, G. B. RATTI (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, vol. II, Madrid: Marcial Pons, 2019: 593-614.

Aclaraciones formales

- Las comillas angulares (« ») han sido empleadas exclusivamente para efectuar citas textuales.
- Las comillas simples (‘ ’) han sido empleadas para mencionar conceptos y, también, para mencionar ciertos términos o expresiones con énfasis retórico.
- Todas las traducciones que provienen de obras originales en inglés, italiano y francés, que aparecen listadas en la bibliografía sin que se indique el uso de alguna traducción oficial, han sido realizadas personalmente.

Agradecimientos

Esta tesis es el producto de un esfuerzo individual que, sin embargo, jamás podría haberse logrado sin el beneficio de la transmisión de conocimiento colectivo a la que se alude en la famosa frase de Francisco Giner de los Ríos: «Lo que sabemos, lo sabemos entre todos».

Agradezco en primer lugar a Jordi Ferrer Beltrán, el director de esta tesis, quien no solamente se ha encargado de guiarme en cada tramo de la investigación que he desarrollado en los últimos cinco años, sino que, además, ha sido para mí un referente de primera mano respecto de todo lo que significa ser partícipe de la vida académica: cómo investigar, cómo presentar ideas, cómo discutir, cómo trabajar en grupo y, en general, cómo tomarse en serio el oficio de profesor e investigador universitario. Y más me honra que, además de haberme proporcionado todo su respaldo y orientación durante el doctorado, también me haya brindado su amistad.

A Riccardo Guastini le guardo la mayor de las gratitudes. Fue él quien examinó la tesis de maestría que realicé en la Università degli Studi di Genova –que contenía las ideas embrionarias de esta investigación sobre el poder constituyente–, cuya valoración fue decisiva para iniciar el doctorado. Riccardo, además, fue mi tutor durante la estancia que realicé en Génova, entre septiembre de 2017 y enero de 2018, periodo en el que pude disfrutar de sus atentas lecturas, de sus comentarios y de sus sugerencias sobre los ‘extractos’ de mi tesis, así como de las agradables y fructíferas conversaciones en su despacho; una dinámica que, por cierto, se ha repetido en las numerosas ocasiones que he regresado al *Tarello*. Va para él, pues, un agradecimiento especial fundado en mi enorme admiración y aprecio.

Con mi buen amigo Pablo A. Rapetti tengo una deuda impagable: ha leído cada línea de esta tesis doctoral, y no sólo la versión terminada sino también las anteriores versiones de cada capítulo e incluso muchos de aquellos apuntes que escribí desde que inicié el doctorado. La lucidez de Pablo en sus correcciones, críticas, observaciones y recomendaciones ha sido, sin lugar a dudas, tremendamente determinante para la progresión y finalización de mi trabajo, pero también para mi propio proceso de aprendizaje. Espero poder compensar tanta generosidad.

A Matías Parmigiani también le agradezco enormemente por haber leído con detenimiento mi trabajo y por formularme –desde mi primera presentación en Girona hasta la culminación de esta tesis– algunas sugerencias de gran profundidad e incalculable utilidad.

Dentro de nuestro entorno académico, tengo que agradecer asimismo a varios amigos muy queridos que siempre han estado pendientes de mi proceso de doctorado en estos años y que, de uno u otro modo, han contribuido para su feliz culminación: Andrej Kristan, Giovanni Battista Ratti, Diego Dei Vecchi, Maribel Narváez Mora y Carmen Vázquez.

De igual modo, a todos mis compañeros del grupo de investigación de Filosofía del Derecho de la Universitat de Girona les doy las gracias por todo lo vivido en esta etapa de formación: sin ellos, nada hubiera sido lo mismo. Dedico un agradecimiento por separado a Diego Papayannis –cuya intervención fue esencial para poder iniciar el doctorado en Girona–, quien siempre me ha abierto la posibilidad de dialogar sobre mi investigación. Y, en general, agradezco a Marcela Chahuán, Francesco Ferraro, Marco Segatti, Pedro Haddad Bernat, Jorge Sendra Moll, Carolina Fernández Blanco, Esteban Pereira Fredes, Lucila Fernández Alle, Alexander Vargas Tinoco, Piero Mattei-Gentili, Margarita Rosa Martínez, Miguel Fernández Núñez, Pablo E. Navarro, Laura Manrique, Edgar Aguilera, Emma Calderón, Carlovittorio Giabardo, Renzo Cavani y Víctor Cervantes Furió.

Agradezco, con igual efusión, a todos los profesores y amigos de Génova cuya amabilidad en estos años me ha marcado hondamente, al punto de sentirme en ocasiones como si fuese uno más del grupo *genovese*. Además de a quienes ya he mencionado, me refiero especialmente a Paolo Comanducci, Cristina Redondo, Pierluigi Chiassoni, Luca Malagoli, Alessandro Ferrari, Mattia Volpi, Andrea Barca, Natalia Scavuzzo, Julieta Rábanos, Elena Marchese, Gioia Bonaventura, Guillaume Robertson, Romain Geniez, Luís Matricardi, Marin Keršić, Alejo Giles, Luis E. Franco Mendoza y Rafael Vázquez Álvarez.

Muchos otros profesores, colegas y amigos, de diversos lugares, me han dado un importante apoyo. Agradezco en especial a Juan Carlos Bayón, Donald Bello Hutt, Rafael Hernández Marín, Martín Juárez Ferrer, Vicky Kristan, Miguel Nogueira de Brito, José María Sauca y David Sierra Sorockinas; asimismo, a los amigos que conocí en el 2018 durante mi estancia de investigación en el Instituto Max Planck de Heidelberg: Núria Saura, Octavio Ansaldi, Matheus Bassani y Juan Camilo Herrera; a los amigos de la Universitat Pompeu Fabra: Luis Sánchez Baquerizo, Andrés Cervantes, Osvaldo de la Fuente y Alba Lojo Caride; a los amigos de Chile: Sebastián Agüero San Juan, Sebastián Figueroa Rubio, Sebastián Reyes Molina y Jonatan Valenzuela Saldías; a mis socios de la SEFiDe: Mauricio Maldonado Muñoz, Alí Lozada Prado y Catherine Ricaurte; y a los amigos de otros departamentos de la UdG: Emanuel Olivares, Carolina Sierra, Alfons Surroca y Manuel Vial Dumas. Gracias también a los entrañables amigos que conocí en Girona: Rich Markus, Oli Markus, Laura Ruiz y Melisa Castro; y, muy especialmente, gracias por siempre a Natalia Wilson, porque con su compañía viví los mejores años de este doctorado.

No puedo dejar de agradecer a mis amigos de Ecuador que, pese a la distancia y a la diferencia horaria, se han mantenido siempre en contacto: Xavier Crespo, Jesús Coello, Valentín Elizalde, José Flores Sánchez, Erick Leuschner, Efrén Minuche, Elena Pazmiño y Gustavo Villacrés; y, sobre todo, gracias totales a Luigi De Angelis, que en todos estos años ha ejercido de ‘Jiminy Cricket’ y es simplemente el mejor consejero que un amigo puede esperar. *Last but not least*, gracias a toda mi familia por estar siempre conmigo y hacerme sentir querido (aunque nos separe un océano de distancia). Gracias a mis abuelos, a mi hermana, a mis hermanos, a mis tías y tíos, a mis primas y primos, y a mi sobrino Pablito; gracias a mi papá, por ser padre y amigo cercano a la vez; y gracias a mi mamá, porque en este tiempo se ha sacrificado para ayudarme en todo lo que he necesitado y en ello es, sencillamente, la mejor.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	I
CAPÍTULO I.....	1
0. INTRODUCCIÓN	1
1. EL PODER CONSTITUYENTE Y LA REVOLUCIÓN.....	2
1.1. El clásico concepto de ‘poder constituyente’: un poder ‘revolucionario’	2
1.2. El <i>concepto jurídico</i> de ‘revolución’	8
1.3. La revolución como conjunto de ‘hechos normativos’	14
1.4. De la revolución a los ‘hechos normativos originarios’	17
2. EL SIGNIFICADO DE ‘PODER’ EN ‘PODER CONSTITUYENTE’	22
2.1. El concepto de ‘poder constituyente’ en la teoría jurídica	22
2.2. Perspectivas <i>ex ante</i> y <i>ex post</i> para el análisis del poder constituyente	26
2.2.1. <i>Perspectiva ex ante: el poder constituyente como ‘potencia’</i>	26
2.2.2. <i>Perspectiva ex post: el poder constituyente como ‘poder de hecho’</i>	29
2.3. Una redefinición de ‘poder constituyente’ más allá del mito.....	34
2.4. La ‘Ley de Hume’ y las concepciones alternativas del poder constituyente.....	39
2.4.1. <i>La concepción iusnaturalista ‘clásica’ del poder constituyente</i>	42
2.4.2. <i>La concepción ‘panmoralista’ del poder constituyente</i>	43
2.4.2.1. Críticas de la concepción analizada en contextos descriptivos	47
2.4.2.2. Críticas de la concepción analizada en contextos justificativos.....	52
2.4.3. <i>La concepción del poder constituyente atribuido por la ‘Grundnorm’</i>	53
2.5. Una estrategia para la viabilidad del poder constituyente como poder ‘fáctico’	58
2.5.1. <i>La crítica sobre la imposibilidad de normas ‘ni válidas ni inválidas’</i>	62
2.5.2. <i>La crítica sobre el fundamento de la existencia ‘jurídica’ de la constitución</i>	65
3. EL SENTIDO ‘JURÍDICO’ DEL PODER CONSTITUYENTE	69
CAPÍTULO II.....	78
0. INTRODUCCIÓN	78
1. INTERVENCIÓN DE UN ‘SUJETO CONSTITUYENTE’	80
1.1. Sujeto ‘constituyente’ (‘no constituido’).....	81
1.2. No-sujeción a deberes ni a límites jurídicos.....	83
1.3. Auto-atribución de una competencia normativa ‘originaria’	90
1.4. Un presupuesto políticamente no comprometido.....	94
2. PRODUCCIÓN DE NORMAS ‘ORIGINARIAS’	97

2.1. Normas originarias y producción ‘no legal’ o ‘ilegal’	101
2.2. Normas originarias y alteración de la identidad del orden jurídico.....	103
2.2.1. <i>Primera opción: las normas constitucionales</i>	105
2.2.2. <i>Segunda opción: las normas de la ‘primera constitución’</i>	107
2.2.3. <i>Tercera opción: las normas protegidas frente a la reforma constitucional</i>	108
2.2.4. <i>Cuarta opción: las normas sobre la ‘identidad axiológica’ de la constitución</i> ..	111
2.2.5. <i>Quinta opción: las normas sobre la ‘identidad política’ de la constitución</i>	114
2.2.6. <i>Problemas y perspectivas para los criterios de identidad</i>	117
3. EFECTIVIDAD DE LOS ‘HECHOS NORMATIVOS ORIGINARIOS’	120
3.1. El contenido de la ‘efectividad’	121
3.1.1. <i>Aceptación de las normas ‘originarias’</i>	121
3.1.2. <i>Observancia generalizada de las prescripciones derivadas</i>	125
3.2. Existencia jurídica como hecho institucional	129
3.2.1. <i>Intencionalidad colectiva</i>	131
3.2.2. <i>Asignación de función y poderes deónticos</i>	136
3.2.3. <i>Un lenguaje apto para la creación de status</i>	140
3.2.4. <i>Recapitulación</i>	142
4. SURGIMIENTO DE UN NUEVO ORDEN JURÍDICO	144
CAPÍTULO III.....	151
0. INTRODUCCIÓN	151
1. ‘PROCESOS CONSTITUYENTES’ CONSTITUCIONALMENTE PREVISTOS	153
1.1. La vinculación por el simple uso del término ‘constituyente’	156
1.2. La vinculación por la concepción del poder de reforma como un tipo de ‘poder constituyente’	160
1.3. La vinculación por la equivalencia entre la reforma total de la constitución sin límites materiales expresos y el ‘poder constituyente’	162
1.4. Conclusiones sobre la inadecuada identificación del poder constituyente en los procesos ‘constituyentes’ constitucionalmente previstos.....	164
2. LAS CONCEPCIONES ‘INCLUYENTES’ DEL PODER CONSTITUYENTE.....	165
2.1. Una concepción ‘amplia’ del poder constituyente	166
2.2. La concepción del poder constituyente ‘post-soberano’	170
2.2.1. <i>Eventuales obstáculos jurídicos para una continuidad jurídica en sentido ‘fuerte’</i>	175
2.2.2. <i>Dudas conceptuales sobre la relación entre ‘reforma’ y ‘sustitución’ constitucional</i>	178
2.2.3. <i>La tensión interna del modelo post-soberano</i>	182
2.3. La concepción ‘política’ del poder constituyente libre para escoger su <i>forma</i>	186
2.4. Conclusiones sobre las concepciones ‘incluyentes’ del poder constituyente.....	192

3.	¿SURGIMIENTO DE NUEVOS ÓRDENES JURÍDICOS SIN RUPTURA?	194
3.1.	El caso de las secesiones ‘acordadas’	194
3.2.	El caso de las transiciones jurídicamente disciplinadas entre regímenes políticos	200
3.2.1.	<i>Transiciones aparentemente ‘legales’ pero encubiertamente ‘ilegales’</i>	201
3.2.2.	<i>Transiciones formalmente ‘legales’ pero materialmente ‘ilegales’</i>	203
3.2.3.	<i>Transiciones ‘legales’ tanto desde un punto de vista formal como material</i>	207
4.	CONCLUSIONES	211
CAPÍTULO IV		213
0.	INTRODUCCIÓN	213
1.	EL ORIGEN HISTÓRICO DE LA CONCEPCIÓN CRITICADA	215
1.1.	Un poco de historia sobre los orígenes del poder de reforma constitucional	215
1.2.	La doctrina americana y la doctrina francesa sobre la reforma constitucional	218
1.3.	La recepción de la doctrina en España y Latinoamérica	223
2.	ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS DE LA CONCEPCIÓN CRITICADA	225
2.1.	El argumento original: un poder superior y distinto del legislativo	225
2.2.	El argumento de la exclusividad: sólo el mismo poder puede reformar su obra	230
2.3.	El argumento de la ‘hibridez’: el poder ‘constituyente-constituido’	236
2.4.	El argumento de la ‘dimensión desconocida’: un poder ‘intermedio’	242
3.	EL NEGATIVO IMPACTO DE LA CONCEPCIÓN ANALIZADA	248
4.	CONCLUSIONES	251
CAPÍTULO V		253
0.	INTRODUCCIÓN	253
1.	TRES CONCEPTOS DE ‘CONSTITUCIÓN’ Y SU ROL DELIMITADOR	257
1.1.	El concepto <i>extensional</i> de ‘constitución’	258
1.1.1.	<i>La imposibilidad de delimitación bajo el concepto extensional</i>	259
1.1.2.	<i>Crítica</i>	260
1.2.	El concepto formal de constitución	261
1.2.1.	<i>La delimitación puramente formal del poder de reforma</i>	263
1.2.2.	<i>Crítica de la delimitación formal</i>	264
1.3.	El concepto material de constitución	267
1.3.1.	<i>La delimitación material del poder de reforma</i>	275
1.3.2.	<i>Crítica de la delimitación material</i>	277

2.	UNA PROPUESTA INTEGRADORA DE LA DELIMITACIÓN	279
2.1.	Dos perspectivas de análisis relevantes sobre la constitución.....	279
2.2.	Una reformulación de la distinción entre el poder de reforma constitucional y el poder constituyente	283
3.	LOS LÍMITES DEL PODER DE REFORMA EN EL CRITERIO INTEGRADOR... ..	286
3.1.	Sobre los límites formales de la reforma constitucional	287
3.2.	Sobre los límites materiales de la reforma constitucional	289
3.2.1.	<i>Límites materiales explícitos: ‘cláusulas de intangibilidad’</i>	290
3.2.2.	<i>Límites materiales implícitos</i>	296
3.2.2.1.	Límites materiales implícitos obtenidos mediante interpretación jurídica... ..	296
3.2.2.2.	Límites materiales implícitos contruidos jurídicamente (‘límites conceptuales’)... ..	298
4.	CONCLUSIONES	305
	CONCLUSIONES GENERALES	306
	CONCLUDING REMARKS	316
	BIBLIOGRAFÍA.....	326

INTRODUCCIÓN

EL LUGAR DEL PODER CONSTITUYENTE EN LA TEORÍA DEL DERECHO

Los estudios acerca del ‘poder constituyente’ parecen gozar de una extraordinaria vitalidad en la presente época. Cada año aparecen publicados una gran cantidad de trabajos que se aproximan al estudio del poder constituyente desde diversas disciplinas: la filosofía política, la ciencia política, la historia de las ideas constitucionales, la dogmática constitucional, la ontología social, el derecho constitucional comparado, etc. La mayor parte de las investigaciones dentro de este ámbito están concentradas en muchas cuestiones de orden práctico, relacionadas con los problemas que suscitan la creación y la reforma constitucional en diversas partes del mundo. Algunas otras investigaciones, en cambio, sí que son de orden teórico, pero en su inmensa mayoría pertenecen al dominio de la teoría política. Sin embargo, los desarrollos en torno al poder constituyente en la teoría general del derecho han sido y siguen siendo bastante escasos. Podría incluso decirse que los trabajos de teoría del derecho dedicados a este tema son una especie de *rara avis*. ¿A qué se debe esta particularidad?

La respuesta más plausible a la anterior pregunta la dio Norberto BOBBIO: los juristas teóricos, habituados a trabajar con normas, tienden a representar los confines de los ordenamientos jurídicos (el ‘techo del edificio’ de un sistema normativo, siguiendo la metáfora del maestro piamontés) recurriendo a la idea de una norma jurídicamente

‘última’. En cambio, recurrir a la hipótesis de un poder ‘último’ (*summa potestas*) que toda comunidad política tendría para instaurar positivamente sus instituciones (su ‘constitución’), es claramente una tradición en el ámbito de la filosofía política (donde, de hecho, fue fraguado el concepto). Sin embargo, elegir el recurso a un poder ‘último’ y no a una norma ‘última’, para representar el fundamento originario del derecho positivo, depende simplemente –como asimismo aseveraba BOBBIO– de la preferencia por una perspectiva u otra (la perspectiva de las normas o la perspectiva de los poderes). Por ello mismo, aunque sean minoritarios, existen importantes trabajos dentro de la teoría del derecho en los que se ha optado por identificar al ‘poder constituyente’ como el fundamento explicativo del derecho.

Pues bien, esta tesis doctoral consiste justamente en un estudio del poder constituyente enfocado desde esta última perspectiva, y por medio de los instrumentos de la filosofía analítica que han sido receptados en la teoría del derecho. En síntesis, esta tesis es un ejercicio de análisis conceptual: un análisis del concepto de ‘poder constituyente’ en clave jurídica. Las razones que motivan este tipo de estudio provienen básicamente de dos fuentes: por un lado, la innegable actualidad del concepto de ‘poder constituyente’ en las continuas prácticas de producción de nuevas constituciones alrededor del mundo (con evidentes efectos en los ordenamientos jurídicos de los Estados); y, por otro lado, la necesidad de aportar una mayor claridad a la organización del conocimiento dentro de este ámbito, usualmente opacado por usos lingüísticos oscuros, ausencia de distinciones y, sobre todo, por una falta de refinamiento de los conceptos empleados.

En este sentido, y contrario a lo que generalmente se intuye, me parece que la teoría del derecho puede proporcionar un significativo aporte en el campo de los estudios sobre el poder constituyente. Con este propósito, desde esta disciplina podrían efectuarse al menos tres tipos de labores con alguna utilidad:

- a. Una labor de *desambiguación* del significado de la expresión ‘poder constituyente’. No es difícil advertir que el sintagma ‘poder constituyente’ es un patente ejemplo de ambigüedad semántica: basta dar un vistazo general a los conceptos que se han estipulado en la literatura sobre la materia, así como a los usos que tal locución suscita en las prácticas políticas de distintas latitudes, para

identificar la notoria existencia de múltiples, diversos y hasta contradictorios significados que le han sido adscritos. Ello obedece, al menos en parte, a que con esta expresión se denotan indistintamente varios fenómenos posiblemente relacionados, pero no necesariamente implicados entre sí; a veces, por ejemplo, se afirma que hay una manifestación del poder constituyente en el surgimiento de un nuevo orden jurídico, pero otras veces simplemente se identifica a tal ‘poder’ en cualquier producción de un nuevo documento constitucional (incluso si se trata de constituciones producidas en procesos jurídicamente disciplinados). De otro lado, la ambigüedad también afecta a los propios términos que componen la expresión: así, con el término ‘poder’ (en la expresión ‘poder constituyente’) usualmente se designa un poder ‘de hecho’, pero ciertos autores lo conciben como un poder ‘de derecho’, e incluso hay autores que lo caracterizan como un poder de ‘naturaleza híbrida’; de igual forma, con el término ‘constituyente’ generalmente se designa el efecto de constituir un nuevo orden jurídico, pero otras veces se quiere decir *más* que eso (*v.gr.*, constituir nuevos Estados) y otras veces *menos* que aquello (*e. g.*, producir una nueva constitución).

- b. Una labor de *clarificación* respecto de cómo se podría reconstruir de mejor modo el concepto de ‘poder constituyente’ relevante para el derecho. Esto tiene que ver ya no con la ambigüedad de la expresión sino con la vaguedad intensional y extensional del concepto, pues las propiedades que lo componen, así como su referencia o extensión, generalmente aparecen indeterminadas. Consecuencia de esta indeterminación son los constantes desacuerdos acerca de qué cuenta (y qué no) como ‘poder constituyente’; y representativos de esos desacuerdos son las diversas concepciones que se han construido en torno al ‘fenómeno constituyente’, muchas de las cuales, antes que abonar claridad, aportan mayor ruido al confundente babel que existe en este ámbito.
- c. Una labor *conectiva*, que supone relacionar o conectar el concepto de ‘poder constituyente’ (relevante para el derecho) con otros conceptos que son utilizados dentro de la teoría jurídica para explicar el origen y el fundamento del derecho de los Estados; en este sentido, por ejemplo, se puede mostrar la relación con los conceptos de ‘orden jurídico’, ‘sistema jurídico’, ‘primera constitución’,

‘normas originarias (o independientes)’, etc. Es precisamente a través de esta labor que se puede verificar si el concepto de ‘poder constituyente’ tiene un espacio en la explicación de los fundamentos del derecho, o si resulta redundante recurrir a la idea de este poder ‘último’, o bajo qué condiciones cabe admitir su inclusión dentro de un esquema explicativo como el aludido.

Las anteriores labores pueden verse, respectivamente, como los medios para obtener determinadas respuestas a las siguientes cuestiones: a) ¿de qué hablamos cuando hablamos de ‘poder constituyente?; b) ¿cuáles son las condiciones necesarias y suficientes para poder aplicar el sintagma ‘poder constituyente’ a ciertos fenómenos sociales y políticos que tienen impacto en el derecho?; y, c) ¿qué lugar tiene el concepto de ‘poder constituyente’ dentro de la explicación del origen y el fundamento de los ordenamientos jurídicos? Las correspondientes respuestas, a su vez, permiten modelar el concepto de ‘poder constituyente’ que interesa al derecho, mediante su respectiva redefinición: proponiendo una forma de reconstruir su estructura que permita un uso más preciso de aquella expresión. Esta última tarea, que caracteriza típicamente a la teoría analítica del derecho –modelar los conceptos utilizados por los juristas– se puede realizar, por cierto, sin necesidad de asumir un punto de vista valorativo; se puede lograr simplemente describiendo y reconstruyendo de mejor modo los usos y prácticas alrededor de este concepto, desde un punto de vista axiológicamente neutral. Esta es, de hecho, la metodología utilizada en la presente tesis.

Tomando a cargo las anteriores labores como objetivos de investigación, he estructurado este trabajo doctoral en cinco capítulos que tienen, en síntesis, el siguiente contenido:

En el capítulo I analizaré el tradicional concepto de ‘poder constituyente’ relevante para el derecho: aquel que designa un poder ‘revolucionario’, cuya manifestación desconoce limitaciones jurídicas y que, en virtud de su efectividad, provoca el surgimiento de un nuevo orden jurídico a partir de la instauración de una ‘primera’ constitución. Ante todo, indagaré cuál es la relación entre este concepto de ‘poder constituyente’ y el concepto de ‘revolución’ para el derecho; ello se obtendrá de la exploración de dos construcciones teóricas relacionadas que tratan de dar cuenta de aquella relevancia: el *concepto jurídico* de ‘revolución’ y la concepción del fenómeno

revolucionario como un conjunto de ‘hechos normativos’. Posteriormente, intentaré elucidar qué tipo de ‘poder’ (jurídico o fáctico) es el que está implicado en este concepto de ‘poder constituyente’, y bajo qué perspectiva cronológica (*ex ante* o *ex post*) puede decirse que hay una relación de todo este entramado conceptual con el derecho. Ello me llevará a revisar críticamente algunas concepciones que intentan mostrar la existencia de ‘normas’ autorizadoras de tal poder y, asimismo, las concepciones que simplemente definen al poder constituyente como un poder ‘de hecho’. Finalmente, a modo de conclusión, expondré mi propia propuesta de integración de los sentidos ‘fáctico’ y ‘jurídico’ en el concepto de ‘poder constituyente’, lo que permite identificarlo como el fundamento último de la existencia jurídica de las normas en un determinado sistema.

En el capítulo II me concentraré en tratar de presentar, de modo organizado, un grupo de condiciones individualmente necesarias y conjuntamente suficientes que permiten reconstruir ciertos fenómenos sociales y políticos como instancias del concepto de ‘poder constituyente’ (según la redefinición realizada en el capítulo I). Estas condiciones son: 1) intervención de un ‘sujeto constituyente’; 2) producción de normas ‘originarias’; 3) efectividad de los ‘hechos normativos originarios’; y, 4) surgimiento de un nuevo orden jurídico. Todas estas condiciones están íntimamente relacionadas y no pueden entenderse (o no del todo) por separado, salvo para una exposición didáctica como la que se pretende realizar en ese capítulo. En esa presentación, relacionaré tales condiciones con algunos conceptos ‘clave’ que frecuentemente son utilizados en la teoría del derecho; y, a su vez, en ese marco, introduciré algunas discusiones teóricas de destacada importancia sobre las que tomaré partido en orden a dar una respuesta coherente con los objetivos de esta tesis.

En el capítulo III abordaré los posibles desafíos al modelo explicativo ofrecido en esta tesis. Estos desafíos provienen de la teoría y la práctica constitucional, donde cada vez es más frecuente que se señale la posibilidad de un poder constituyente ‘legal’. En la primera parte, efectuaré una revisión de las características de los ‘procesos constituyentes’ disciplinados constitucionalmente; además, examinaré críticamente los tres principales argumentos que se han ofrecido para asumir que el ejercicio de dicha competencia de reemplazo de la constitución es una forma de ‘poder constituyente’. En la segunda parte, me concentraré en analizar (asimismo, de manera crítica) tres

concepciones que asumen la posibilidad de un ‘poder constituyente’ jurídicamente regulado y limitado: una concepción ‘amplia’ del poder constituyente, que elimina a la forma de manifestación *extra ordinem* como propiedad relevante; una concepción del poder constituyente ‘post-soberano’, que recurre a la idea de un ‘nuevo paradigma’ de creación constitucional caracterizado por el sometimiento a la legalidad; y una concepción ‘política’ del poder constituyente, a partir de la cual se sostiene que el poder constituyente es libre para elegir las formas que desee (incluyendo las formas legales). En la tercera parte, finalmente, analizaré dos escenarios de cambio normativo que han sido señalados como ejemplos del surgimiento de nuevos órdenes jurídicos sin ruptura de la legalidad: el caso de las secesiones ‘acordadas’ y el caso de las transiciones jurídicamente disciplinadas entre diversos regímenes políticos. Al final, expondré mis conclusiones sobre estos desafíos.

En el capítulo IV criticaré la concepción del poder de reforma constitucional como ‘poder constituyente’, una de las principales fuentes de confusión en este ámbito, cuyos efectos perniciosos en las prácticas de creación constitucional van mucho más allá de cuestiones meramente terminológicas. En la primera parte, mostraré cómo se originaron las distintas denominaciones doctrinarias que se refieren al poder de reforma constitucional en términos asociados al poder constituyente. En la segunda parte, en cambio, analizaré críticamente los cuatro principales argumentos que se han ofrecido para justificar la concepción del poder de reforma constitucional como ‘poder constituyente’ y concluiré que esta concepción resulta teóricamente implausible, pues no sólo oscurece innecesariamente la distinción entre dos fenómenos separables por sus diferencias, sino que, además, su confusa terminología genera un eventual impacto negativo relacionado con la comprensión de los límites jurídicos del poder de reforma.

Finalmente, en el capítulo V me ocuparé del problema de la determinación de los ‘límites divisorios’ entre el poder de reforma constitucional y el poder constituyente en el contexto de sistemas jurídicos dotados de constituciones rígidas. En la primera parte, identificaré tres distintos conceptos de ‘constitución’ y mostraré que cada uno de ellos incide en la forma de trazar la delimitación conceptual entre el poder de reforma constitucional y el poder constituyente. Posteriormente, en la segunda parte, propondré un análisis del concepto de ‘constitución’ que, en cierto modo, se ubica de manera equidistante respecto de las concepciones dominantes; consiste en un análisis de la

constitución en dos niveles: en el nivel de las *disposiciones* constitucionales y en el nivel de las *normas* constitucionales. Como producto de lo anterior, formularé un modo alternativo de delimitación entre el poder constituyente y el poder de reforma constitucional que, en mi opinión, ofrece la bondad de eludir algunas de las desventajas atribuibles a aquellas concepciones. En la parte final, haré una exposición acerca de los tipos de límites del poder de reforma constitucional que se extraen de mi propuesta de delimitación, lo que dará cuenta del propio concepto del poder de reforma.

Sin más prolegómenos, empezaré el desarrollo de este programa.

CAPÍTULO I

DE LOS HECHOS AL DERECHO. EL CONCEPTO DE ‘PODER CONSTITUYENTE’

0. INTRODUCCIÓN

Los dos primeros capítulos de esta tesis están dedicados al análisis del concepto de ‘poder constituyente’ que, en su versión tradicional –de notoria presencia en la cultura jurídica occidental moderna y contemporánea–, representa el significado paradigmático de dicha expresión: un poder ‘revolucionario’ cuya manifestación desconoce limitaciones jurídicas y que, en virtud de su efectividad, provoca el surgimiento de un nuevo orden jurídico a partir de la instauración de una ‘primera’ constitución.

En dicho análisis revisaré algunas cuestiones que, me parece, pueden ser abordadas fructíferamente por la teoría del derecho. Básicamente me interesa explorar cómo se encuentra construido el concepto de ‘poder constituyente’ en este sentido ‘revolucionario’, esto es, cuáles serían las propiedades que lo componen. Pero, antes de ello, será necesario clarificar previamente cuál es la relevancia del concepto de ‘revolución’ para el derecho. Esto será abordado en este primer capítulo (sección 1) a partir de dos construcciones teóricas relacionadas que tratan de dar cuenta de aquella relevancia: el *concepto jurídico* de ‘revolución’ (1.2) y la concepción del fenómeno revolucionario como un conjunto de ‘hechos normativos’ (1.3).

Como se intentará mostrar, la anterior clarificación puede aportar ciertos elementos para una mejor comprensión del propio concepto de ‘poder constituyente’. Precisamente esto es lo que me ocupará en la sección 2 de este capítulo: intentar elucidar qué tipo de ‘poder’ (jurídico o fáctico) es el que está implicado en dicho concepto, y bajo qué perspectiva cronológica (*ex ante* o *ex post*) puede decirse que hay una relación de todo este entramado conceptual con el derecho (2.2). Ello me llevará a proponer una redefinición de este concepto de ‘poder constituyente’, con el propósito de ofrecer un modo de entendimiento más afinado del *poder* para producir ‘revolucionariamente’ un nuevo orden jurídico, aislando en lo posible consideraciones de orden ideológico (2.3).

Posteriormente, a partir de la sección 2.4., abordaré el análisis de la llamada ‘Ley de Hume’ como posible obstáculo para una definición de ‘poder constituyente’ que se refiera exclusivamente a hechos. En este sentido, revisaré críticamente tres concepciones alternativas que intentan mostrar la existencia de ‘normas’ autorizadoras de tal poder; y, asimismo, una concepción que permitiría sortear aquel escollo sin dejar de concebir al poder constituyente como un poder ‘de hecho’ (2.5). Finalmente, a modo de conclusión, en la sección 3 expondré mi propia propuesta de integración de los sentidos ‘fáctico’ y ‘jurídico’ en el concepto de ‘poder constituyente’.

1. EL PODER CONSTITUYENTE Y LA REVOLUCIÓN

1.1. El clásico concepto de ‘poder constituyente’: un poder ‘revolucionario’

La noción de ‘poder constituyente’ emerge distintivamente en la Modernidad, al calor del pensamiento revolucionario que marcó –hacia finales del s. XVIII– el proceso de independencia de los EE.UU. y la Revolución Francesa, respectivamente. Aunque es posible rastrear orígenes más remotos¹, es un lugar común afirmar que el concepto adquiere su propia entidad en la mencionada época, que es cuando se empieza a comprender que la autoridad política de la constitución deriva de la soberanía popular y, más concretamente, del *poder constituyente* que, en cabeza del Pueblo (*The People, La*

¹ Varias indagaciones al respecto pueden consultarse en LOUGHLIN, 2007: 28-38; COLÓN-RÍOS, 2012: 80-83; ROZNAI, 2017: 107-108; ARATO, 2017: 88 [119].

Nation), permite hacer y rehacer los acuerdos institucionales necesarios para el autogobierno colectivo².

Como se sabe, la formulación original de la expresión ‘poder constituyente’ es atribuida al abate Emmanuel-Joseph SIEYÈS, un destacado político francés quien, dentro de su famoso panfleto «*Qu’est-ce que le Tiers-État?*» («¿*Qué es el Tercer Estado?*»), publicado en enero de 1789 –pocos meses antes del estallido de la Revolución Francesa–, había señalado que «[e]n cada una de sus partes la Constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente. Ninguna suerte de poder delegado puede modificar en lo más mínimo las condiciones de su delegación»³. Poco tiempo después, en julio de 1789, el mismo SIEYÈS diría de modo más explícito lo siguiente:

Ahora bien, una Constitución supone ante todo un Poder Constituyente. Los poderes públicos se hallan todos ellos, sin excepción, sometidos a las leyes, a reglas, a formas, que no pueden alterar a su antojo. [...] En cambio, el Poder Constituyente lo puede todo en este orden de cosas, pues no se encuentra sometido a una Constitución previa. La Nación que ejerce entonces el más grande y más importante de todos sus poderes debe encontrarse, en el ejercicio de esta función, libre de todo constreñimiento y de toda forma⁴.

La teorización de SIEYÈS acerca del *pouvoir constituant* de la Nación ha sido, desde aquel entonces, la mayormente dominante y la más conocida⁵. De acuerdo con esta teoría, el pueblo o, en términos de SIEYÈS, la *Nación* –un conglomerado de sujetos dotados de identidad, unidad política, y capacidad de obrar⁶– tiene el *poder* de dotarse de una *constitución*, esto es, tiene el poder de instaurar positivamente sus instituciones políticas⁷. Este poder, que presupone ya la existencia de la *Nación* como una unidad política⁸, no está vinculado a formas jurídicas ni a procedimientos legales: tiene la «propiedad inalienable» de estar «siempre en estado de naturaleza»⁹. En consecuencia,

² LOUGHLIN, 2014: 219.

³ «Dans chaque partie la constitution n’est pas l’ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation» (SIEYÈS, 1789a: 106).

⁴ SIEYÈS, 1789c: 257.

⁵ ARATO, 2017: 88.

⁶ Este es el concepto de ‘nación’ extraído del análisis de la obra de SIEYÈS (*vid.* DOGLIANI, 1986: 44).

⁷ DOGLIANI, 1986: 44. En palabras del propio SIEYÈS, se trata del poder de implementar «una organización, formas y leyes apropiadas para llenar aquellas funciones a las cuales se le ha querido destinar. Esto es lo que se llama la *constitución* de este cuerpo» (SIEYÈS, 1789a: 104-105).

⁸ SCHMITT, 1928: 46; DOGLIANI, 1986: 42-44; LOUGHLIN, 2010: 221.

⁹ SCHMITT, 1928: 97.

el poder constituyente *constituye* una constitución, pero «no puede constituirse nunca con arreglo a la Constitución»¹⁰.

Aunque no se trata de la única forma de comprensión del poder constituyente¹¹, este clásico concepto postulado por SIEYÈS todavía resuena y sigue influenciando a una buena parte del pensamiento político y jurídico de Occidente, más de doscientos treinta años después. La impresionante permanencia de estas ideas se debe, en gran medida, al desarrollo y sistematización de la teoría del poder constituyente en manos de la influyente obra de Carl SCHMITT¹². Y es que, ya entrados en el s. XX, y haciendo referencia a un contexto asimismo revolucionario¹³, SCHMITT caracterizó al poder constituyente en casi los mismos términos que SIEYÈS. Pese a la innegable autonomía de sus ideas¹⁴, las cualidades que SCHMITT le atribuyó al poder constituyente son, en esencia, las mismas que casi 140 años antes le había adjudicado SIEYÈS. Así, después de definir al poder constituyente como una voluntad política acerca del modo y forma del ser político¹⁵, que sirve de fundamento a toda Constitución (entendida en sentido *positivo*)¹⁶, SCHMITT subraya que el poder constituyente no se apoya «en ningún título jurídico»¹⁷; por ende, «[n]o puede darse un procedimiento regulado al cual se encuentre

¹⁰ SCHMITT, 1928: 97.

¹¹ Otras cuatro clásicas concepciones del poder constituyente, incluso anteriores al pensamiento de SIEYÈS, son revisadas en COLÓN-RÍOS, 2014.

¹² La influencia del pensamiento de SCHMITT en la actualidad, específicamente en torno a sus ideas sobre el poder constituyente, puede verse dentro de un grupo de ejemplos donde algunas cortes de justicia latinoamericanas han tomado mano de las nociones de dicho autor para fundamentar decisiones de alta relevancia política (*vid.* COLÓN-RÍOS, 2011: 369-379).

¹³ En 1918 tuvo lugar en Alemania la denominada *Revolución de Noviembre* que produjo, hacia el final de la I Guerra Mundial, el cambio de régimen político: de una monarquía constitucional a una república parlamentaria. En el contexto de esta revolución, se introdujeron en Alemania las ideas de la Revolución Francesa y la concepción de SIEYÈS sobre la Nación como sujeto del poder constituyente, que habían sido fraguadas casi 130 años antes (CRISTI, 1998: 189). En palabras del propio SCHMITT, «Con la Revolución de 1918 se introduce prácticamente en Alemania la doctrina democrática del poder constituyente del pueblo» (SCHMITT, 1928: 76).

¹⁴ Las ideas originales de SCHMITT sobre el poder constituyente han sido ampliamente analizadas y discutidas; véase, en este sentido: CRISTI, 1998: 186-192; KELLY, 2016: 225-232; RASCH, 2016: 320-334; PREUB, 2016: 473-479.

¹⁵ En su *Verfassungslehre* («Teoría de la Constitución»), SCHMITT define al 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» (SCHMITT, 1928: 93-94. *Cursivas en el texto original*).

¹⁶ «La Constitución en sentido positivo surge mediante un acto del poder constituyente» (SCHMITT, 1928: 45). Según este sentido positivo, la constitución «es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta *por sí misma y se da a sí misma*» (SCHMITT, 1928: 46. *Cursivas en el texto original*). El mismo SCHMITT agrega: «Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un Ser político, acerca del modo y forma del propio Ser [...] El poder constituyente es voluntad política: Ser político concreto» (SCHMITT, 1928: 94).

¹⁷ SCHMITT, 1928: 108.

vinculada la actividad del poder constituyente»¹⁸. No se trata, según el mismo autor, de un poder más, coordinado con otros distintos poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), sino que es la base que abarca todos los otros poderes y divisiones de poderes¹⁹; en este mismo sentido, y siempre según SCHMITT, el poder constituyente se encuentra al mismo tiempo «por encima de toda Constitución» y por encima de «toda determinación legal-constitucional, válida en el marco de esta Constitución»²⁰.

Ahora bien, como se puede advertir, estas elaboraciones tienen como referencia un evidente contexto ‘revolucionario’ donde las características de ilimitación jurídica y no sujeción al derecho, que definen al poder constituyente en este sentido, obviamente son incompatibles con los principios de toda organización política estable (como el ‘imperio de la ley’ o la ‘seguridad jurídica’). Como lo expresa Georges BURDEAU, «la realidad es que el poder constituyente no es un mecanismo de épocas tranquilas, sino un actor en periodos de crisis»²¹; la insubordinación forma parte «de su propia naturaleza»²². De ahí que se afirme que «no pertenece al dominio de las leyes escritas» ni puede «localizarse por el legislador» pues, contrariamente a verse encuadrado, el poder constituyente «rompe el cuadro de las Constituciones»²³. En sintonía con este mismo contexto ‘revolucionario’, también es común que se cite recurrentemente a los golpes de Estado, a la creación de nuevos Estados, y a las revoluciones, en general, como los típicos escenarios del poder constituyente²⁴, o que se afirme con mayor énfasis que «la revolución es una manifestación del poder constituyente»²⁵.

Todas estas cualidades atribuidas al poder constituyente designan un carácter «radicalmente originario» o «revolucionario»²⁶; dicho en palabras de Carl J. FRIEDRICH «el poder constituyente guarda una íntima relación con lo revolucionario»²⁷. Ello es

¹⁸ SCHMITT, 1928: 99.

¹⁹ SCHMITT, 1928: 95.

²⁰ SCHMITT, 1928: 108.

²¹ BURDEAU, 1950: 177.

²² BURDEAU, 1950: 172.

²³ DONOSO CORTÉS, 1837: 72.

²⁴ FRIEDRICH, 1941: 275-276; BONNARD, 1942: 8; VEDEL, 1949: 114-115; BURDEAU, 1950: 172-173. Como afirma más recientemente Luigi FERRAJOLI, son actos constituyentes por antonomasia los actos revolucionarios (FERRAJOLI, 2007a: 856-857). En casi idéntico sentido, BOUVIER anota que «Los casos paradigmáticos que se suelen citar como actos constituyentes originarios son las revoluciones y los golpes de Estado» (BOUVIER, 2014: 23).

²⁵ PIERANDREI, 1952: 244.

²⁶ SÁNCHEZ AGESTA, 1943: 340.

²⁷ FRIEDRICH, 1941: 276.

especialmente notorio en el ámbito de la teoría política, donde algunos autores que se han dedicado a estudiar el concepto de ‘poder constituyente’ lo asocian de manera inescindible con la idea de *revolución*. Esta es la visión de Antonio NEGRI, por ejemplo, quien expresa que existe una relación continua entre poder constituyente y revolución, una relación «íntima y circular»; de tal suerte que «allí donde hay poder constituyente, hay revolución» y, de modo recíproco, «cuando se habla de revolución se habla de poder constituyente»²⁸. Para NEGRI, el paradigma del poder constituyente es el de «una fuerza que irrumpe, quiebra, interrumpe, desquicia todo equilibrio preexistente y toda continuidad posible»²⁹; el poder constituyente, entonces, es un «poder de revolución permanente»³⁰ o, dicho más directamente, «el poder constituyente como poder omnipotente es la revolución misma»³¹.

Parecería evidente, pues, que todo lo dicho hasta aquí describe un nexo inevitable entre el poder constituyente y la revolución. Sin embargo, no es irrelevante preguntarse en qué sentido existiría tal vinculación. Para algunos autores (como el propio NEGRI, recién citado), esta relación es de tipo *necesario*; de ahí que, según BURDEAU, la actividad del poder constituyente, al sustituir el viejo orden político y social por uno nuevo, «es necesariamente revolucionaria»³². De acuerdo con otros autores, en cambio, dicha relación no sería necesaria sino *contingente*; en palabras de FRIEDRICH, si bien «el poder constituyente guarda una íntima relación con lo revolucionario [...] no todas las revoluciones son hechas por grupos deseosos de fundar una constitución»³³. En este mismo sentido, H.L.A. HART subrayaba que, si bien la revolución implica siempre el quebrantamiento de algunas de las normas del sistema jurídico existente, no necesariamente implica, por otro lado, el establecimiento de una nueva constitución o de un nuevo sistema jurídico³⁴.

Esta diferencia, me parece, responde fundamentalmente a la indeterminación semántica del término ‘revolución’; y es que, como se sabe, dicho término constituye un

²⁸ NEGRI, 1992: 55.

²⁹ NEGRI, 1992: 39.

³⁰ NEGRI, 1992: 251.

³¹ NEGRI, 1992: 29.

³² BURDEAU, 1977: 111. Quizás por ello es que SCHMITT afirmaba que «Con una Revolución lograda se da sin más un nuevo Status y *eo ipso* una nueva Constitución» (SCHMITT, 1928: 31).

³³ FRIEDRICH, 1941: 276. El mismo autor agrega que, en el siglo XX, hubo una serie de revoluciones «que iban en busca de destruir una constitución, más que de establecerla» (FRIEDRICH, 1941: 276).

³⁴ HART, 1961: 118.

ejemplo paradigmático de ambigüedad. Pero incluso si se restringieran los múltiples ámbitos en que dicho vocablo es utilizado³⁵, y se tuvieran en cuenta únicamente los significados de ‘revolución’ como fenómeno social y político³⁶, ocurre que la mencionada indeterminación aún se manifestaría en una notable diversidad de propiedades que dependen del concepto que se asuma³⁷. Ello se extiende hasta el punto en que ciertos fenómenos políticos comúnmente denotados por el término ‘revolución’, también forman parte de la extensión de otros conceptos (como ‘golpe de estado’, ‘rebelión’, ‘revuelta’, ‘insurrección’, etc.).

Como consecuencia de lo anteriormente señalado, es posible decir que no existe un consenso con respecto a cuáles son los efectos provocados por las revoluciones; a éstas se les atribuye la producción de diversos resultados, seguramente relacionados, pero diversos al fin. Así, se postulan como efectos de una revolución: la toma de poder normativo ilegal y la incitación a los ciudadanos a desobedecer las regulaciones existentes³⁸; la captación del gobierno efectuada *dentro* del mismo grupo que detenta el poder³⁹; el derribamiento de las autoridades políticas existentes y su consecuente sustitución⁴⁰; la modificación no legítima de la constitución o su remplazo por otra⁴¹; la

³⁵ Como es conocido, el término ‘revolución’ es usualmente utilizado para denotar acontecimientos políticos de muy diverso contenido, desde los derrocamientos de los gobernantes mediante el uso de la fuerza hasta los procesos de independencia de los pueblos; pero también es utilizado para hacer referencia a trastornos sociales aún más trascendentes, arquetipos del uso de este término, tales como los denotados por la *Revolución Gloriosa* en Inglaterra, la Revolución Francesa o la Revolución Rusa; y, en general, se usa también este vocablo para calificar a fenómenos tan diversos como el Cristianismo, el Renacimiento, la Reforma, o el proceso de transformación causado por el maquinismo (la denominada *Revolución Industrial*). Vid. COSSIO, 1936: 41-42.

³⁶ Excluyendo otro tipo de fenómenos, como los atinentes al desarrollo económico o industrial, o aquellos que pueden denominarse fenómenos ‘espirituales’ – *e. g.*, el cristianismo o el Renacimiento.

³⁷ Menciono dos ejemplos: *i*) Para ciertos autores, el elemento de la *violencia* es definitorio dentro del concepto de ‘revolución’ (PASQUINO, 1991: 1412); para otros, en cambio, tal elemento no es determinante, pues bastaría que exista la amenaza de la fuerza para que, de todos modos, se hablase de ‘revolución’, e incluso hay autores que van más allá y admiten la existencia de ‘revoluciones pacíficas’ (PIERANDREI, 1952: 213; CATTANEO, 1960: 72). *ii*) Tampoco es indiscutible la inclusión del rasgo de *efectividad* en el concepto de ‘revolución’: hay quienes sostienen que, sin ese elemento (es decir, antes de conocer su triunfo), es preferible hablar de ‘movimiento revolucionario’ y no de ‘revolución’ (SCHMILL, 2007: 338-339) y que, si definitivamente se fracasa en las pretensiones revolucionarias, ya no se denomina ‘revolución’ sino ‘revuelta’ o ‘sublevación’ (PIERANDREI, 1949: 11; COTTA, 1953: 482) o, alternativamente, ‘insurrección’ o ‘rebelión’ (BOBBIO, 1960: 203-204); sin embargo, hay quienes incluyen en la definición de ‘revolución’ también a las tentativas (PASQUINO, 1991: 1412).

³⁸ VON WRIGHT, 1963: 202.

³⁹ HART, 1961: 118. Es lo que otros autores denominan, con más precisión, ‘golpe de estado’ (PASQUINO, 1991: 1412). También hay autores que incluyen el *coup d’État* como una especie del género ‘revolución’ (KELSEN, 1945: 117; KELSEN, 1960: 218). Una sugerente distinción entre ‘revolución’ y ‘golpe de estado’ se encuentra en PIERANDREI, 1952: 248-249.

⁴⁰ PASQUINO, 1991: 1412.

⁴¹ KELSEN, 1960: 218.

sustitución ilegítima de un ordenamiento jurídico preexistente por un nuevo ordenamiento jurídico⁴²; la realización de profundos cambios en las relaciones políticas y en la esfera socioeconómica⁴³; la destrucción del Estado⁴⁴; etc.

Luego, debido a la existencia de múltiples conceptos divergentes de ‘revolución’, la relación con el poder constituyente no parece del todo clara. ¿Existe (o no) una relación necesaria entre estos conceptos? Y si existiere, ¿cómo se encuentra edificada? (por ejemplo, ¿es el poder constituyente la causa o la consecuencia de una revolución?). Para clarificar estas cuestiones será necesario, ante todo, precisar cuál es el sentido relevante de ‘revolución’ para el derecho. Esta clarificación, como se intentará mostrar más adelante, aportará ciertos elementos para una mejor comprensión del propio concepto de poder constituyente como un poder ‘revolucionario’. En este orden de ideas, revisaré a continuación dos construcciones teóricas, íntimamente relacionadas, que tratan de dar cuenta de aquella relevancia jurídica de la revolución. Veamos.

1.2. El concepto jurídico de ‘revolución’

Es necesario aclarar que el *concepto jurídico* de ‘revolución’ –formulado por varios autores durante los años 50 y 60 del siglo pasado– es ‘jurídico’ sólo en el específico sentido de ser elaborado con el método propio de la ciencia jurídica (en particular, de la teoría general del derecho). Luego, no se habla en este sentido de un concepto *calificado* por el derecho, desde una perspectiva interna a algún ordenamiento jurídico determinado, sino más bien de un concepto *atinente* o *referente* al derecho, desde un punto de vista externo⁴⁵. Es en este sentido que la literatura correspondiente se refiere al «problema jurídico» o al «concepto jurídico» de revolución⁴⁶.

⁴² KELSEN, 1945: 117; BOBBIO, 1960: 203; BOBBIO, 1961: 244.

⁴³ PASQUINO, 1991: 1412.

⁴⁴ SCHMILL, 2007: 337.

⁴⁵ CATTANEO, 1960: 63-64. Para este autor, el predicado ‘jurídico’ tiene al menos dos significados: un significado más técnico y restringido, referente al ‘interno’ de un ordenamiento jurídico, y que indica una calificación efectuada por una norma jurídica que produce determinados efectos dentro del ordenamiento (como sucede, por ejemplo, cuando se habla de un ‘acto jurídico’, un ‘hecho jurídico’ o un ‘instituto jurídico’); y otro significado más amplio y con referencia externa al ordenamiento jurídico, que indica simplemente ‘atinencia’ al derecho (como ocurre, por caso, con las expresiones ‘lenguaje jurídico’ o ‘ciencia jurídica’). *Vid.* CATTANEO, 1960: 63.

⁴⁶ CATTANEO, 1960: 64.

Debe notarse que algunas doctrinas niegan la razón de ser de este problema; el estudio del hecho revolucionario, según algunos autores, no debe ser considerado como un problema jurídico. Tales autores niegan cualquier relevancia a la revolución respecto del derecho y, por tanto, niegan la posibilidad del estudio de aquellas relaciones por parte de la ciencia jurídica. Como se explica en varios trabajos, se trata de autores que siguen una corriente ‘formalista’ del positivismo jurídico y que se limitan exclusivamente al ámbito de un ordenamiento jurídico dado, históricamente existente, sin interesarse por los hechos que sucedan al margen de aquél⁴⁷. Aparece aquí, por ejemplo, Raymond CARRÉ DE MALBERG, quien en un famoso (y lapidario) pasaje de su más conocida obra expresa que «en la ciencia del derecho público no hay lugar para un capítulo consagrado a una teoría jurídica de los golpes de Estado, de la revolución y de sus efectos»⁴⁸.

No obstante, existe un claro argumento en contra de la aparente irrelevancia de la revolución como problema jurídico, y radica en la constatación de que ciertas revoluciones crean un nuevo orden jurídico, es decir, *crean derecho*. Quienes pasan por alto este aspecto normativo de la revolución pierden de vista que ésta supone un hecho antijurídico respecto al derecho positivo del Estado contra el que se dirige; pero desde la perspectiva de la revolución triunfante, ésta ya no es un hecho antijurídico sino más bien fuente productora del derecho positivo instaurado revolucionariamente (que sustituye al antiguo orden)⁴⁹.

Desde este punto de vista, la revolución que provoca la ruptura de la continuidad de un determinado orden constitucional, con la consiguiente instauración de uno nuevo, se caracteriza no sólo por el momento *negativo* de la lucha contra el sistema hasta entonces vigente, sino también por un momento *constructivo*: el de la actividad dirigida al establecimiento y la organización del nuevo orden⁵⁰, donde la revolución aparece, en palabras de Norberto BOBBIO, como un «hecho constitutivo de derecho»⁵¹. Este enfoque

⁴⁷ Esta es la razón que, a modo expositivo, se ofrece en PIERANDREI, 1949: 8; PIERANDREI, 1952: 214; y CATTANEO, 1960: 16.

⁴⁸ CARRÉ DE MALBERG, 1920-1922: 1173.

⁴⁹ ROMANO, 1947: 223-224.

⁵⁰ PIERANDREI, 1949: 11.

⁵¹ BOBBIO, 1960: 204.

en torno al estudio de la revolución, por lo demás, ha tenido una recepción bastante amplia⁵².

Dimensionar lo anterior no supone ir al otro extremo, que sería adjudicar a las revoluciones un carácter *intrínsecamente* jurídico (como sugería la teoría institucionalista del derecho⁵³ o la jurisprudencia sociológica⁵⁴). Tomando las palabras de Franco PIERANDREI, es verdad que la revolución puede crear derecho, pero esto no significa que el fenómeno revolucionario se presente *en sí y por sí mismo*, o por ‘naturaleza’, como un fenómeno jurídico; la revolución es, ante todo, un hecho, manifestación de las fuerzas políticas que estallan en la sociedad, y por ello tiene una importancia como ‘hecho normativo’⁵⁵. Esta importancia, además, aparece sólo cuando la realidad social se afirma en la superficie, esto es, cuando después de haber abolido la estructura preexistente, la revolución impone un nuevo sistema jurídico⁵⁶. Si se tienen en cuenta estas consideraciones, se sigue que la ‘juridicidad intrínseca’ de la revolución es algo irreal, pues se pierde de vista el antes denominado momento *negativo*: la oposición contra el derecho existente que se advierte en toda revolución, al menos en su surgimiento⁵⁷.

⁵² En este sentido, PIERANDREI especifica que «el no-derecho sólo persiste mientras exista un derecho que lo califique condenándolo; pero si se modifica este último, entonces la revolución se convierte en fuente de nuevo derecho» (PIERANDREI, 1952: 226). Como señala Sergio COTTA, la característica «especialísima» de la revolución consiste en el hecho de que ésta, a diferencia de otros fenómenos estudiados por la ciencia del derecho, no cae bajo el ámbito de vigencia de *un* ordenamiento jurídico, sino de *dos* ordenamientos cronológicamente consecutivos: el que es abatido y el que es construido. Por tanto, la revolución no puede ser juzgada según el criterio de uno sólo de aquellos; constituirá «ilícito» la tentativa de revolución, pero no la revolución que ha tenido éxito (COTTA, 1953: 484). También BOBBIO comparte esta idea acerca de la revolución: «respecto al ordenamiento precedente es un hecho ilegítimo [...] [pero] respecto al ordenamiento sucesivo, originado conforme a ella, es el fundamento mismo de la legitimidad de todo el ordenamiento» (BOBBIO, 1960: 203-204).

⁵³ Santi ROMANO consideraba que la revolución es un fenómeno *en sí y por sí mismo* jurídico, dotado de «juridicidad intrínseca» (así es reseñado en PIERANDREI, 1952: 236-237; COTTA, 1953: 490; y CATTANEO, 1960: 17). Para ROMANO, una revolución es una organización que, pretendiendo sustituir la organización del Estado, consta de autoridades, de poderes y de funciones más o menos correspondientes y análogas a las de aquél; en otras palabras, una revolución –en palabras de ROMANO– es una organización estatal en fase embrionaria, que se traduce en un verdadero y propio ordenamiento: imperfecto, fluctuante o provisorio, pero ordenamiento al fin (ROMANO, 1947: 224). Con ideas parecidas, Orazio CONDORELLI sostuvo que la juridicidad es intrínseca al mismo hecho de la instauración de facto de un nuevo ordenamiento; según el mencionado autor, este hecho «por virtud intrínseca, es derecho» (CONDORELLI, 1931: 265). En contra de estas concepciones, véase COTTA, 1953: 490-493; y CATTANEO, 1960: 47-48.

⁵⁴ HAURIU, 1923: 342-343; GURVITCH, 1947: 179.

⁵⁵ PIERANDREI, 1952: 238. En el siguiente apartado se especificará en qué consiste la teoría de la revolución como conjunto de ‘hechos normativos’.

⁵⁶ PIERANDREI, 1952: 239.

⁵⁷ COTTA, 1953: 491.

En todo caso, si se acepta el problema jurídico de la revolución –evitando los extremos de adjudicarle irrelevancia jurídica o de atribuirle ‘juridicidad intrínseca’– se puede proceder a la correspondiente conceptualización. Esto es lo que se advierte en una de las primeras formulaciones expresas del *concepto jurídico* de ‘revolución’⁵⁸: la realizada por Sergio COTTA en 1953, dentro de un artículo que –aunque parezca extraño– se inscribe claramente en la tradición analítica de la filosofía del derecho italiana⁵⁹.

En dicho trabajo, titulado *Per un concetto giuridico di rivoluzione*, COTTA defiende la necesidad de que la revolución sea estudiada por la ciencia del derecho: tanto porque se concreta en una serie de comportamientos que son objeto de regulación jurídica (y que el derecho califica como ilícitos), cuanto porque opera como fuente de producción del derecho cuando instaura efectivamente un nuevo ordenamiento⁶⁰. Por estos dos motivos, añade COTTA, la ciencia del derecho no sólo tiene la necesidad del conocimiento jurídico de la revolución, sino que también debe elaborar su propia definición de aquel fenómeno por ser fuente del objeto mismo de su investigación: el ordenamiento jurídico⁶¹.

COTTA aclara, por cierto, que el hecho social de la revolución ha de interesar a la ciencia del derecho sólo en cuanto a sus *efectos*, pues la ciencia jurídica no debe

⁵⁸ Antes de esto, Francesco CARNELUTTI, en su clásica *Teoria generale del diritto*, ya había considerado ‘el problema jurídico’ de la revolución: conocer si es posible que un acto originariamente *contra ius* se convierta en un acto *secundum ius* (CARNELUTTI, 1951: 97). E incluso mucho antes, en 1936, Carlos COSSIO ya se refería a la ‘revolución jurídica’ como «el hecho que opera dando validez normativa a una consecuencia, sin recibir él validez a su vez de una norma jurídica» (COSSIO, 1936: 101). Sin embargo, estas elaboraciones no formulan expresamente un ‘concepto jurídico’ de revolución.

⁵⁹ La extrañeza surge porque COTTA usualmente es identificado como un autor que se aproximó a la filosofía del derecho (de corriente iusnaturalista, por cierto) con elementos de la tradición fenomenológica (no analítica). Sin embargo, el cariz de este artículo suyo puede explicarse por la (relativamente) temprana época de su producción intelectual, y porque fue escrito dentro de los primeros años como asistente de Norberto BOBBIO en Turín, cuando se dedicó también a traducir a Kelsen (suya es la traducción al italiano de la *General Theory of Law and State*, publicada por primera vez en 1952).

⁶⁰ COTTA, 1953: 473-474. Explica este autor que la ciencia del derecho, al tener por objeto de estudio a las reglas de comportamiento, no puede prescindir de conocer los comportamientos que son objeto de regulación, es decir, no puede prescindir de la *realidad*: esta constituye el *contenido empírico* de la ciencia del derecho (COTTA, 1953: 472-473). Naturalmente –agrega COTTA– no toda la realidad humana, en sí y por sí misma considerada, sirve *directamente* al proceso cognoscitivo de la ciencia del derecho, pero sí aquella realidad que es objeto de las normas jurídicas o que, incluso sin serlo, constituye *el origen o la fuente* de comportamientos regulados por el derecho (COTTA, 1953: 473). En un sentido parecido, Orazio CONDORELLI había expresado –mucho antes que COTTA– que lo que decide el contraste entre el antiguo y el nuevo régimen es la *realidad*, «que es la única que tiene el poder de investir y de deponer» (CONDORELLI, 1931: 265). Estas intuiciones, asimismo, llevaron a Franco PIERANDREI a sostener que «También la revolución debe ser considerada bajo la perspectiva jurídica» (PIERANDREI, 1949: 11).

⁶¹ COTTA, 1953: 474.

ocuparse del estudio de las *causas* de la revolución –objeto propio de la sociología– sino sólo de sus *consecuencias* normativas⁶². Hecha esta aclaración, dicho autor da el primer paso y define a la revolución como el «abatimiento del ordenamiento jurídico existente y la instauración de un nuevo ordenamiento, efectuados en modo ilegítimo y desde el interior» (del viejo ordenamiento)⁶³. En esta definición aparecen dos elementos centrales que, de acuerdo con el mismo COTTA, se deben tener en cuenta para calificar un hecho humano como ‘revolución’ desde el punto de vista jurídico: el abatimiento del ordenamiento jurídico existente y la instauración del *novus ordo* (del nuevo ordenamiento). Ambos elementos, según COTTA, son indispensables: si falta de uno de ellos, no se presenta el concepto jurídico de revolución⁶⁴.

Ahora bien, como el propio COTTA lo reconoce, su definición es muy similar a la que ya KELSEN había formulado en 1945 dentro de su *General Theory of Law and State*⁶⁵. En efecto, Hans KELSEN –sin haberse referido explícitamente a un ‘concepto jurídico’ de revolución– expresaba que este fenómeno, entendido en el más amplio sentido, ocurre siempre que el orden jurídico de una comunidad es abolido y posteriormente sustituido en forma *ilegítima* por un nuevo orden⁶⁶. Como se ve, los dos elementos centrales de la definición de COTTA ya habían sido anticipados por KELSEN⁶⁷.

La *ilegitimidad* a la que se refiere KELSEN no es de orden sustantivo, pues no le interesa el particular contenido político o moral de la revolución, sino que ostenta un carácter pura y estrictamente formal: una sustitución (de un orden por otro) es ilegítima si no se realiza en la forma prescrita por el orden jurídico precedente. Así, pues, para el citado jurista praguense, es jurídicamente irrelevante que la revolución haya sido acometida de forma violenta contra los ‘legítimos’ órganos competentes para crear o

⁶² En el mismo sentido, CATTANEO propone estudiar a la revolución en relación con los *efectos* que produce sobre el ordenamiento jurídico (CATTANEO, 1960: 5-6). Esta delimitación del ámbito de estudio de la revolución remite a una distinción, propuesta también por COTTA, entre la investigación jurídica y la investigación sociológica; así, mientras la investigación sociológica se sirve del proceso cognoscitivo causal, individualizando las causas naturalistas de los hechos, la ciencia del derecho se limita a tomar nota de la realidad propuesta sin indagar en sus causas, preocupándose únicamente de relacionarla con el ordenamiento jurídico (COTTA, 1953: 475). Sobre este punto, véase también CATTANEO, 1960: 43-44.

⁶³ COTTA, 1953: 476.

⁶⁴ COTTA, 1953: 480.

⁶⁵ Obra de KELSEN que fue traducida al italiano precisamente por Sergio COTTA (conjuntamente con Giuseppino TREVES), y que fue publicada en 1952 bajo el título *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*.

⁶⁶ KELSEN, 1945: 117.

⁶⁷ La única diferencia estaría en la expresión «desde el interior», agregada por COTTA. Según el mismo autor, ello permitiría diferenciar a la revolución con respecto a la instauración de un nuevo ordenamiento por parte de un Estado extranjero (COTTA, 1953: 476 [11]).

modificar el orden jurídico, y es igualmente irrelevante que el reemplazo haya sido efectuado por un movimiento de masas populares o por unos pocos individuos en posición de poder; desde el punto de vista jurídico –subraya KELSEN–, el criterio decisivo de una revolución es que el orden en vigor sea derrocado y reemplazado por un nuevo orden en una forma no prevista por el anterior⁶⁸.

En el sentido recién indicado, una revolución triunfante puede ser vista, según KELSEN, como un «proceso de producción de nuevo derecho»⁶⁹. Esta es la idea central que, sobre el concepto de revolución, tuvo una inequívoca influencia en numerosos autores, tanto en algunos de los representantes de la denominada ‘Escuela de Viena’ como en muchos otros juristas europeos⁷⁰. En Italia, particularmente, el influjo de KELSEN no sólo se verifica en el ‘concepto jurídico de revolución’ definido por COTTA, sino también en ulteriores definiciones de la misma matriz, entre las cuales destacan las realizadas por Mario A. CATTANEO en *Il concetto di rivoluzione nella scienza del diritto*⁷¹ y por Norberto BOBBIO en *Teoria dell’ ordinamento giuridico*⁷², ambos libros publicados en 1960. En todas estas definiciones se estipula un concepto de revolución que se centra en la necesaria producción de un resultado relevante desde el punto de vista de la creación jurídica; se trata, por tanto, de un concepto restringido que se limita al punto de vista de las consecuencias relevantes que el fenómeno revolucionario traslada hacia el derecho.

⁶⁸ KELSEN, 1945: 117; KELSEN, 1960: 218.

⁶⁹ KELSEN, 1960: 219. Debe tenerse en cuenta, sin embargo –y tal como observa CATTANEO– que KELSEN desarrolló la definición de ‘revolución’ no sólo desde la perspectiva de los ordenamientos jurídicos nacionales, sino también desde la perspectiva del derecho internacional (CATTANEO, 1960: 32-35). Desde esta otra perspectiva, KELSEN entiende a la revolución como un modo válido de transformación del derecho, es decir, como un hecho jurídico calificado por una norma de derecho internacional (KELSEN, 1925: 213-214; KELSEN, 1960: 226); aquí la revolución no sería un procedimiento de *creación*, sino de *modificación* de un ordenamiento jurídico nacional (KELSEN, 1925: 214; KELSEN, 1945: 221). No obstante, y también desde esta perspectiva, KELSEN considera a las revoluciones como una especie de hechos productores de derecho (*law-creating facts* – *vid.* KELSEN, 1945: 221).

⁷⁰ CATTANEO señala dos casos notorios de juristas que suscriben o desarrollan esta concepción sobre la revolución (y que lo hicieron incluso antes que KELSEN): Adolf MERKL, quien, después de distinguir entre cambios constitucionales efectuados por vía *jurídica* o por vía *antijurídica*, afirma que la revolución es un típico caso de cambio constitucional efectuado por vía antijurídica; y Ernst VON BELING, quien sostenía que la antijuridicidad de la revolución es relativa al ordenamiento jurídico contra el cual se dirige, con lo cual dicho carácter antijurídico deja de tener significado cuando la revolución triunfa y el antiguo ordenamiento pierde validez (*vid.* CATTANEO, 1960: 36-37).

⁷¹ CATTANEO define el concepto de revolución *desde el punto de vista jurídico*, del siguiente modo: «el abatimiento de un ordenamiento jurídico y la instauración de uno nuevo, efectuado en modo ilegal, esto es, mediante un procedimiento no previsto por el precedente ordenamiento» (CATTANEO, 1960: 44).

⁷² Sostiene BOBBIO que por «revolución» debe entenderse, *jurídicamente*, el «abatimiento de un ordenamiento jurídico preexistente, efectuado desde su interior, y al mismo tiempo la instauración de un nuevo ordenamiento jurídico» (BOBBIO, 1960: 203). Es curioso observar que esta definición acogida por BOBBIO es prácticamente la misma que años antes había formulado su discípulo Sergio COTTA.

Existe, sin embargo, otra forma de aproximación con la que se puede complementar la construcción del ‘concepto jurídico de revolución’: la concepción de la revolución como un agregado de ‘hechos normativos’, que será revisada inmediatamente.

1.3. La revolución como conjunto de ‘hechos normativos’

La concepción del fenómeno revolucionario como una pluralidad de ‘hechos normativos’ proviene de larga data. Ante todo, vale mencionar que fue Georges GURVITCH –un filósofo y sociólogo francés de origen ruso– quien, en 1932, introdujo como tal la expresión ‘hechos normativos’, relacionándola con el derecho⁷³. GURVITCH definía a los ‘hechos normativos’ (*faits normatifs*) como «ciertos hechos reales de la vida social que, gracias a su estructura especial [...] pueden servir de fundamento, es decir, de autoridad impersonal, a la fuerza obligatoria del derecho»⁷⁴. Según explica BOBBIO, esta concepción de GURVITCH ubica a los ‘hechos normativos’ como antítesis de las fuentes formales del derecho o, dicho de otro modo, como fuentes del derecho sólo en el sentido de operar como fundamento de la obligatoriedad de las reglas jurídicas, pero no como ‘hechos de producción jurídica’⁷⁵.

La categoría ‘hechos de producción jurídica’, por su parte, es atribuida a Tomaso PERASSI, quien propuso llamar así a los hechos jurídicamente relevantes que operan como fuentes del derecho, es decir, que producen normas jurídicas⁷⁶. En este sentido, también identificado por BOBBIO, la expresión genérica ‘hechos normativos’ puede, a su vez, tener dos significados específicos: como hechos *no calificados* de producción jurídica (lo contrario a ‘derecho’: un ‘no-derecho’); o como hechos *no voluntarios* de producción jurídica (lo contrario a ‘acto’: un ‘no-acto’)⁷⁷. Pero en lo tocante a la

⁷³ GURVITCH, 1932: 24-26. Como el mismo autor aclara, esta expresión ya había sido utilizada por el jurista ruso León PETRAZHITSKY, pero en un diverso sentido (GURVITCH, 1932: 24 [8]).

⁷⁴ GURVITCH, 1932: 24.

⁷⁵ BOBBIO, 1967: 46-47. Esta concepción de GURVITCH en torno a los ‘hechos normativos’ es criticada por BOBBIO por ser confusa y por intentar superar, infructuosamente, las típicas antítesis de la experiencia jurídica (hecho-valor, ser-deber ser, autonomía-heteronomía, etc.). *Vid.* BOBBIO, 1967: 47.

⁷⁶ PERASSI, 1922: 57-58. BOBBIO también critica el uso de esta expresión y señala la ventaja de seguir usando la locución ‘hechos normativos’ por ser menos restrictiva, dado que este tipo de hechos no necesariamente son *productores* de normas, sino que también pueden ser modificatorios o extintivos de normas ya producidas (BOBBIO, 1967: 48-49).

⁷⁷ BOBBIO, 1967: 49-52.

revolución, puntualiza BOBBIO, la expresión ‘hechos normativos’ se usa prevalentemente bajo la acepción de hechos *no calificados* de producción jurídica⁷⁸. Bajo esta precisa acepción, el fenómeno de la revolución interesa como un hecho, y su estudio desde un punto de vista jurídico se presenta como un problema de *descripción* de ese ‘hecho normativo’ que sucede en la realidad, así como de los efectos que produce en el ordenamiento jurídico⁷⁹.

Desde esta perspectiva, el fenómeno de la revolución ha sido particularmente estudiado en Italia a partir de la segunda mitad del siglo pasado⁸⁰. Uno de los trabajos pioneros en este sentido es *La rivoluzione e il diritto*, escrito en 1952 por Franco PIERANDREI⁸¹. Para este autor, la revolución es el primero y el más importante de los ‘hechos normativos’ de los que podemos tener experiencia, por la obvia razón de que, desde el punto de vista de la constatación empírica, la revolución es un hecho social que no sólo destruye un determinado orden constitucional, sino que también crea otro⁸². Como se puede advertir, PIERANDREI asume un concepto restringido de ‘revolución’ (un ‘concepto jurídico’ de tal fenómeno), y ello se revela diáfano cuando expresa que «la revolución tiene precisamente el propósito y el efecto de sustituir la fuente suprema de validez de un ordenamiento –a saber, la constitución– por otra»⁸³. Por todo esto, PIERANDREI concluye que la teoría general del Estado no puede prescindir de considerar

⁷⁸ BOBBIO, 1967: 52.

⁷⁹ CATTANEO, 1960: 10, 43.

⁸⁰ Algunas intuiciones, sin embargo, ya habían sido anticipadas mucho antes, sólo que sin calificar a la revolución como un ‘hecho normativo’ sino como un ‘hecho jurídico’. Me refiero, sobre todo, a las contribuciones de Santi ROMANO en su clásico estudio *L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* (ROMANO, 1901: 34-35), y de Orazio CONDORELLI en su seminal ensayo *Ex Facto Oritur Jus*. En este trabajo, CONDORELLI sostiene que un hecho puede, en algunos casos y por su propia virtud, ascender a la categoría de fuente del derecho; en tal sentido, señala que «una revolución que triunfa, un golpe de Estado exitoso, una usurpación de los poderes constitucionales que sea efectiva, son ejemplos de aquellos hechos que instauran, en todo o en parte, un nuevo ordenamiento jurídico» (CONDORELLI, 1931: 264). Unos años más tarde, CARNELUTTI definió a la revolución como un conjunto de «hechos jurídicos unilaterales», en virtud de que –en su propia terminología– el «carácter jurídico» de dicho fenómeno no se presenta en la «situación inicial» sino sólo en la «situación final», donde se advierte efectivamente una función *constitutiva* del orden jurídico (CARNELUTTI, 1951: 204-205). Como bien advierte CATTANEO, las explicaciones de CARNELUTTI revelan que, más allá de los términos empleados, utiliza otras palabras para referirse a la revolución como un hecho productor de derecho, es decir, como un hecho *normativo* y no propiamente *jurídico* (CATTANEO, 1960: 56-57).

⁸¹ Hacia 1952, PIERANDREI destacaba que muy pocos habían estudiado a la revolución como ‘hecho normativo’, y que todavía menos eran los que se habían preguntado acerca de su relevancia jurídica (PIERANDREI, 1952: 211).

⁸² PIERANDREI, 1952: 225. Esta circunstancia, según el autor citado, de algún modo acerca a la revolución con los sistemas primitivos en donde no está codificado el derecho: en ambos casos, las nuevas normas no surgen según procedimientos previstos por los propios sistemas, sino a raíz de su violación o ruptura (PIERANDREI, 1952: 227).

⁸³ PIERANDREI, 1952: 226.

a la revolución como un fenómeno que «crea derecho» y, en sustancia, «como una explicación de aquello que se denomina el poder constituyente del pueblo»⁸⁴.

Poco tiempo después, también COTTA sostuvo el mismo criterio: la revolución, en su opinión, es un ‘hecho normativo’, esto es, un hecho humano que produce derecho por su propia virtud y no por delegación o permiso del ordenamiento jurídico vigente⁸⁵. De esto se sigue, según COTTA, que la revolución no es más que un modo metajurídico (o político) con el cual se crea un ordenamiento jurídico⁸⁶. De acuerdo con COTTA, esto determina que la revolución no pueda catalogarse de ningún modo como un ‘hecho jurídico’⁸⁷, pues con esta locución se designa a un hecho calificado como tal por un ordenamiento jurídico, y ello simplemente no se puede predicar respecto de la revolución (que para el viejo ordenamiento no existe, y para el nuevo ordenamiento es su fuente)⁸⁸. En conclusión –enfatisa COTTA–, desde un punto de vista jurídico, la revolución es *exclusivamente* un ‘hecho normativo’⁸⁹.

De igual modo, y ya en la década de los años 60 del siglo pasado, CATTANEO suscribió la misma concepción: la revolución, al tener un origen ‘fuera’ del derecho, no puede ser calificada como un ‘hecho jurídico’⁹⁰; sin embargo, por tener notable relevancia para el derecho como fuente de producción jurídica, sí que puede ser calificada como un ‘hecho normativo’⁹¹. Unos años más tarde, BOBBIO agregaría que son ‘hechos normativos’, en la acepción de hechos *no calificados* de producción jurídica, sólo aquellos hechos que, sin estar calificados por una norma de derecho, se caracterizan por producir normas jurídicas como resultado⁹². En este sentido, de acuerdo con BOBBIO, la revolución puede identificarse como un «hecho normativo complejo», porque constituye –no una o más normas, sino– un conjunto de normas dirigidas a dar vida a un entero sistema normativo⁹³.

⁸⁴ PIERANDREI, 1952: 212.

⁸⁵ COTTA, 1953: 486.

⁸⁶ COTTA, 1953: 490.

⁸⁷ COTTA, 1953: 489.

⁸⁸ COTTA, 1953: 485; 486-487.

⁸⁹ COTTA, 1953: 493.

⁹⁰ *Vid.* CATTANEO, 1960: 53-58, para un set de críticas hacia las diversas teorías que conciben a la revolución como un ‘hecho jurídico’ calificado por el mismo ordenamiento abatido o transformado por aquel fenómeno.

⁹¹ CATTANEO, 1960: 39; 44-45.

⁹² BOBBIO, 1967: 50.

⁹³ BOBBIO, 1967: 55.

1.4. De la revolución a los ‘hechos normativos originarios’

Como se vio al final del apartado 1.1 de este capítulo, la comprensión del fenómeno revolucionario no es en absoluto uniforme. Pero puede convenirse que, si existe algún interés para la ciencia del derecho⁹⁴ con respecto al fenómeno empíricamente verificable que en el lenguaje político se denomina ‘revolución’, tal interés recae específicamente en las *consecuencias* que se le puedan adscribir y que se puedan evidenciar en relación con los órdenes jurídicos⁹⁵. Así, pues, parece razonable especificar que, más allá de las tantas (y diversas) definiciones de ‘revolución’ que puedan existir, sólo son relevantes para la ciencia jurídica aquellas que adopten una perspectiva centrada en los efectos producidos hacia el derecho.

Tal enfoque se puede encontrar en las formulaciones de un concepto restringido de ‘revolución’, y muestra de ello son las dos construcciones teóricas antes revisadas (1.2. y 1.3.). Ahora bien, como es sencillo advertir, entre ambas teorizaciones hay muchas similitudes; ambas ofrecen una definición de ‘revolución’ que relaciona a este fenómeno de manera necesaria con las transformaciones más graves que pueden recaer sobre los ordenamientos jurídicos: la destrucción de un ordenamiento y el surgimiento de uno nuevo. Las diferencias están, simplemente, en el lugar donde la respectiva definición ha decidido poner el énfasis. Así, mientras el ‘concepto jurídico de revolución’ pone el acento en las consecuencias que el fenómeno revolucionario apareja para el derecho, la concepción de la revolución como un conjunto de ‘hechos normativos’ se concentra en el tipo de entidades que componen el fenómeno social en cuestión: una compleja conjunción de hechos productores de normas.

De lo anterior se sigue que las respectivas definiciones de ‘revolución’, expuestas en los anteriores apartados, resultan complementarias (más que intercambiables⁹⁶); de

⁹⁴ Para los propósitos de esta tesis, entiendo por ‘ciencia del derecho’ a la empresa intelectual cuyo objeto es la descripción científica (neutral, avalorativa) del derecho vigente, pero también la interpretación cognitiva y, además, la reconstrucción de corrientes jurisprudenciales (GUASTINI, 2015: 52-53).

⁹⁵ CATTANEO, 1960: 44.

⁹⁶ *Cfr.* CATTANEO, 1960: 44, donde se subraya que la definición de ‘revolución’ como ‘hecho normativo’ es simplemente otro modo de formular el ‘concepto jurídico de revolución’.

manera que sería posible redefinir a la revolución –o, más precisamente, a la revolución que interesa a la ciencia del derecho– mediante una suerte de combinación de aquellas definiciones. El resultado de esta conjunción, que tendría la virtud de unificar los elementos aportados por las dos teorías previamente repasadas, podría ser formulado en los siguientes términos:

‘Revolución’: conjunto de *hechos normativos complejos* que provocan el forzoso abatimiento de un ordenamiento jurídico determinado y la consecuente instauración de un nuevo ordenamiento, al margen o en contra de las formas prescritas por el derecho hasta entonces vigente.

La ventaja de estipular un significado mucho más perfilado del término ‘revolución’ es que permite sortear muchos problemas de ambigüedad; de igual modo, la delimitación del conjunto de propiedades que componen el concepto expresado ofrece la ventaja de evitar –al menos en buena medida– los problemas de vaguedad⁹⁷. En todo caso, siendo que esta redefinición enuncia un concepto restringido de ‘revolución’, evidentemente no todos los fenómenos clasificados como tales (por otras disciplinas, sobre todo) caerán dentro de su extensión o campo de referencia. La historia, la sociología o la teoría política pueden identificar a determinados hechos bajo la categoría de ‘revolución’, pero si dentro de esos hechos no hay consecuencia alguna respecto a un determinado ordenamiento jurídico, entonces aquello no contará como ‘revolución’ bajo este concepto restringido. En el mismo orden de ideas, si se asume este concepto, no será admisible lo dicho por HART con respecto a que la revolución no necesariamente implica el establecimiento de una nueva constitución o de un nuevo sistema jurídico⁹⁸; por el contrario, desde esta forma de comprensión de los fenómenos revolucionarios, el establecimiento de un nuevo sistema jurídico es un resultado necesario y no meramente contingente.

Sin perjuicio de lo antes dicho, también es posible identificar dos desventajas en la formulación de este concepto restringido de ‘revolución’. La primera es que, dentro de la extensión o referencia de este concepto, pueden ser incluidos algunos fenómenos que

⁹⁷ Ventaja que, como es bien sabido, suelen aportar las definiciones estipulativas y los conceptos expresados por aquellas.

⁹⁸ HART, 1961: 118. Por supuesto, esto no impide que la misma explicación de HART sea admisible bajo otro concepto más amplio de ‘revolución’.

generalmente no son catalogados como ‘revoluciones’. Esto puede suscitar una cierta incomodidad en el uso del lenguaje, sobre todo teniendo en cuenta el significado emotivo de los términos involucrados⁹⁹; así, sobre la base de este concepto, contarían como ‘revoluciones’ los golpes de estado que abatieron el ordenamiento existente e instauraron uno nuevo¹⁰⁰. No obstante, si se admite que lo que aquí se analiza es una definición neutral o no comprometida del concepto ‘revolución’ –en el sentido de que no se pretende otra cosa que relacionar (y no evaluar) las características comunes de ciertos fenómenos sociales–, entonces se puede convenir que se trata de un inconveniente meramente lingüístico y no de un genuino problema.

La segunda desventaja, en cambio, es que existen ciertos fenómenos generalmente calificados como ‘revoluciones’ que no sólo comprenden determinados hechos normativos, sino también otro tipo de hechos que no tienen nada que ver con la alteración o con el surgimiento de un orden jurídico. Así, pues, bajo el concepto restringido que se analiza, contaría únicamente como ‘revolución’ (en sentido jurídico) una parte o una etapa de aquello que es usualmente denominado ‘revolución’ (en sentido amplio); asimismo, es posible que durante todo el tiempo en que se haya desarrollado una ‘revolución’ (en sentido amplio) hayan ocurrido varias ‘revoluciones’ (en sentido jurídico)¹⁰¹. Todo ello comportaría, en suma, una manera algo extraña de usar el lenguaje.

Pues bien, por razones de claridad, y para evitar esta segunda desventaja, me parece que es conveniente dejar de lado la definición de un concepto restringido de ‘revolución’ y adoptar una estrategia que, de todos modos, permita seguir aprovechando

⁹⁹ Sobre el llamado ‘significado emotivo’ de las palabras, *vid.* CARRIÓ, 1965: 22-24. ‘Revolución’ y ‘golpe de estado’, por ejemplo, son dos casos de lenguaje con diverso significado emotivo: mientras la primera palabra suscita generalmente una cierta actitud de aprobación, la segunda expresión genera casi siempre una reacción desaprobatoria. Probablemente por ello es que algunas dictaduras militares del pasado, instauradas a través de un golpe de estado, se hayan auto-denominado *revoluciones*. La experiencia argentina ofrece algunos ejemplos de golpes de estado que adoptaron tal denominación: la *Revolución del 43*, la *Revolución Libertadora* de 1955 y la *Revolución Argentina* de 1966.

¹⁰⁰ Esta es una crítica que frecuentemente se dirige contra la definición de ‘revolución’ de KELSEN, que incluye, en el «sentido más general» del término, al *coup d’État* (KELSEN, 1945: 117). Un ejemplo de esta crítica puede verse en ARATO, 2000: 89-91.

¹⁰¹ La *Revolución Francesa* (que tuvo una duración de diez años y medio, desde 1789 a 1799), sirve de ejemplo para las dos situaciones relacionadas con esta segunda desventaja. Así, los sucesos que en 1792 desembocaron en la abolición de la monarquía y en la instauración de la Primera República en Francia, pueden ser considerados como una ‘revolución’ en sentido jurídico (dentro de la ‘Revolución Francesa’). Asimismo, cada uno de los momentos que precedieron al dictado de las *constituciones revolucionarias* francesas (1791, 1793 y 1795) pueden verse como una ‘revolución’ (en sentido jurídico).

el rendimiento que reportan las teorías expuestas en los apartados precedentes. La alternativa es muy sencilla y consiste en dos pasos: por una parte, asumir un concepto más amplio de ‘revolución’ (más amplio que un concepto estrictamente jurídico)¹⁰²; por otra parte, consiste también en desplazar la atención específicamente hacia los ‘hechos normativos’ que se advierten en un contexto ‘revolucionario’. Como se intentará mostrar en esta tesis, son estos hechos los que más plausiblemente pueden ser conectados de manera necesaria con el concepto tradicional de ‘poder constituyente’. De este modo, tomaré –en lo principal– el mismo *definiens* del antes expresado concepto jurídico de ‘revolución’, pero lo enlazaré con un nuevo *definiendum* al que podría denominarse (ocupando una expresión de Vezio CRISAFULLI) ‘hechos normativos originarios’¹⁰³:

‘Hechos normativos originarios’: conjunto de *hechos normativos complejos* que pueden advertirse en una ‘revolución’ y que, al margen o en contra de lo previsto por eventuales normas jurídicas vigentes, llegan a producir nuevas normas cuya aceptación y observancia generalizada provoca la interrupción en la continuidad del orden jurídico preexistente y el consecuente surgimiento de un nuevo orden jurídico¹⁰⁴.

Con esta nueva definición pretendo fijar la mira en aquello que más precisamente suscita el interés de la ciencia del derecho en este ámbito de estudio: los hechos a través de los cuales se logra la instauración efectiva de un nuevo orden jurídico. A la denominación ‘hechos normativos’ les he agregado el adjetivo ‘originarios’ para especificar el contexto en que se producen aquellos hechos –la instauración ‘revolucionaria’ de normas que da *origen* a un nuevo orden jurídico–, habida cuenta de que los llamados ‘hechos normativos’ pueden advertirse también en otro tipo de situaciones bastante distintas¹⁰⁵.

¹⁰² No es necesario formular aquí una definición precisa de ‘revolución’; me bastará con asumir un concepto de ‘revolución’ que permita agrupar una gran cantidad de fenómenos relacionados. Así, de manera aproximativa, y pese a la evidente vaguedad que se pueda advertir, entenderé por ‘revolución’ al conjunto de hechos –eventos o comportamientos– que provocan una ruptura de la legalidad y una crisis de legitimidad, a partir del conflicto abierto entre dos o más fuerzas políticas que pugnan por establecer una nueva ‘soberanía’, es decir, por constituir una nueva legalidad y legitimidad (*vid.* ARATO, 2017: 265).

¹⁰³ Este tipo de hechos, según este autor, son los que instauran nuevas estructuras constitucionales, como el golpe de Estado exitoso y la revolución victoriosa (CRISAFULLI, 1970: 192-193).

¹⁰⁴ Esta definición está basada en GUASTINI, 2011c: 130 (respecto a uno de los sentidos de la expresión ‘hechos normativos’); y en BOBBIO, 1967: 55 (respecto a los hechos normativos ‘complejos’).

¹⁰⁵ Básicamente, en situaciones donde surge la *costumbre jurídica* y los *estados de necesidad* (BOBBIO, 1967: 52).

Por otro lado, y como se puede notar, bajo esta definición se asume que la existencia de estos ‘hechos normativos’ dentro de una revolución es una cuestión contingente y no necesaria. Con ello se admite la posibilidad de identificar revoluciones que no pretenden directamente ningún cambio en el ordenamiento jurídico en vigor y que, en principio, no son relevantes para la ciencia del derecho¹⁰⁶. Asimismo, bajo esta premisa, se admite la existencia de revoluciones que, siendo relevantes para la ciencia jurídica, comprenden también otro tipo de hechos no propiamente ‘normativos’¹⁰⁷. Y, por último, cabe igualmente destacar que la definición antes estipulada no presupone que el tipo de hechos a los que se alude pueda advertirse *solamente* dentro de una ‘revolución’; así, es posible identificar la existencia de ‘hechos normativos originarios’ independientemente de la definición de ‘revolución’ que se tome como referencia, e incluso no compartiendo tal definición¹⁰⁸.

Si se sigue la definición antes formulada y comentada, entonces, la relación entre ‘revolución’ y ‘poder constituyente’ –la cuestión que ha orientado el desarrollo de esta parte del capítulo– no sería necesaria; la relación conceptual, más bien, se puede trazar con el concepto de ‘hechos normativos originarios’, que denotan aquellos hechos que provocan el surgimiento de un nuevo orden jurídico. Luego, cuando se expresa que el poder constituyente es un poder ‘revolucionario’ (o algo por el estilo), ello se puede interpretar en el sentido de que su trasfondo está dado por fenómenos políticos y sociales que pretenden la ruptura con el orden establecido, y que generalmente son agrupados bajo el concepto de ‘revolución’ (en sentido amplio) o bajo otro tipo de conceptos similares relacionados con la misma idea de ruptura. Pero, como se ha dicho, en la secuencia de eventos comprendidos por las revoluciones, es mucho más razonable afirmar que sólo ciertos hechos, si es que se presentan, son relevantes para el derecho¹⁰⁹. Por ello mismo, me parece que hay que centrarse exclusivamente en la

¹⁰⁶ La *Revolución Cultural* en China (1966-1976) sería un buen ejemplo.

¹⁰⁷ Por ejemplo, en la *Revolución Egipcia de 2011*, si bien se provocó la disolución del parlamento y la suspensión de la constitución en vigor, también se produjeron otros hechos que (en principio) no son de interés para la ciencia del derecho, sino para las ciencias políticas: la renuncia del presidente en funciones, el desmantelamiento del servicio secreto estatal, la finalización del toque de queda, el establecimiento de nuevos salarios mínimos para la población, etc.

¹⁰⁸ Por ejemplo, se puede estar en desacuerdo con la definición de ‘revolución’ formulada por Kelsen, y determinar que ciertos ‘hechos normativos originarios’ se han presentado dentro de un ‘golpe de Estado’ (entendiendo este concepto como algo distinto a ‘revolución’).

¹⁰⁹ Esto es más razonable que afirmar, bajo un concepto restringido, que *todos* los hechos de una revolución son ‘hechos normativos’.

referida relación entre los conceptos de ‘poder constituyente’ y de ‘hechos normativos originarios’.

Claro está, existen muchas incógnitas por resolver en relación con el concepto de ‘hechos normativos originarios’: ¿Cómo se puede explicar que ciertos hechos, no calificados o incluso prohibidos por el derecho, produzcan un nuevo *derecho*? y ¿cuáles serían las condiciones necesarias y suficientes para que esto ocurra? Estas y otras dudas, de momento, no serán abordadas (a ellas me dedicaré, respectivamente, a partir de la sección 2.4 de este capítulo y a lo largo de todo el capítulo II de esta tesis). Por ahora, procederé a avanzar con algunos desarrollos respecto de la relación antes precisada, entre ‘poder constituyente’ y ‘hechos normativos originarios’; más concretamente, trataré de dar cuenta de cuál es el sentido de tener un *poder* constituyente, y cuál es el lugar que le corresponde a los ‘hechos normativos originarios’ en la manifestación de dicho *poder*. Esto será analizado a lo largo del siguiente apartado.

2. EL SIGNIFICADO DE ‘PODER’ EN ‘PODER CONSTITUYENTE’

2.1. El concepto de ‘poder constituyente’ en la teoría jurídica

Como se sabe, el concepto de ‘poder constituyente’ ha sido predominantemente abordado desde las ciencias políticas. Pero, en menor medida, también ha sido analizado desde distintas disciplinas jurídicas: la historia del derecho, la teoría general del derecho y la teoría constitucional. A partir de este tipo de estudios puede encontrarse una vasta cantidad de caracterizaciones del poder constituyente que han sido formuladas desde el punto de vista de las consecuencias relevantes para el derecho. Sólo a modo ejemplificativo, pueden verse las siguientes definiciones de autores contemporáneos respecto del poder constituyente:

- El *poder* que, manifestando la soberanía en toda su plenitud, permite que el Estado dicte sus propias reglas de estructura y funcionamiento (Georges VEDEL)¹¹⁰;

¹¹⁰ VEDEL, 1949: 114.

- El *poder* creador que interviene cuando no hay o cuando deja de haber una constitución vigente, para dar una constitución a un nuevo Estado o para establecer las instituciones de un Estado cuya constitución ha sido revolucionariamente derrocada (Georges BURDEAU)¹¹¹;
- El *poder* ‘último’, ‘supremo’ y ‘originario’ de un ordenamiento jurídico (Norberto BOBBIO)¹¹²;
- El *poder* por el que todo ordenamiento originario es (ha sido) constituido (Luigi FERRAJOLI)¹¹³; o,
- El *poder* que, sin ser ‘constituido’, es decir, sin estar previsto ni disciplinado por normas positivas vigentes, instaure de forma ilegal –o, en cualquier caso, no-legal– una ‘primera’ constitución: una constitución que no puede encontrar el fundamento de su validez en una constitución precedente (Riccardo GUASTINI)¹¹⁴.

Ahora bien, pese a las diferencias que puedan existir entre las numerosas definiciones, es posible observar un amplio consenso en torno a la caracterización del poder constituyente como un poder ‘originario’¹¹⁵ o ‘inicial’¹¹⁶. Ello se traduce en afirmar que no se trata de un poder positivo, dado que no es producto de ningún acto que lo haya ‘puesto’¹¹⁷; y es que, si existieran normas jurídicas que lo confiriesen, *por definición* ya no se trataría de un poder ‘constituyente’ sino de un poder ‘constituido’¹¹⁸.

¹¹¹ BURDEAU, 1977: 109.

¹¹² BOBBIO, 1960: 52.

¹¹³ FERRAJOLI, 2007a: 854.

¹¹⁴ GUASTINI, 1998a: 316-317; GUASTINI, 2011c: 171-173. Sobre el concepto de ‘primera constitución’, *vid.* KELSEN, 1945: 115; KELSEN, 1960: 207-208.

¹¹⁵ Según Georges VEDEL, el poder constituyente es *originario* porque, manifestando la soberanía del Estado en toda su plenitud, supone el dictado de las propias reglas de estructura y de funcionamiento del Estado en un contexto donde, por definición, no existe una constitución aplicable (VEDEL, 1949: 114).

¹¹⁶ De acuerdo con Georges BURDEAU, el poder constituyente es *inicial* porque no existe antes que él, ni en los hechos ni en el derecho, ningún otro poder (BURDEAU, 1950: 174).

¹¹⁷ FERRAJOLI, 2007a: 851.

¹¹⁸ PACE, 1997: VIII, 111; FERRAJOLI, 2007a: 290; GUASTINI, 2011c: 173. Por ello mismo, «una norma que confiriera poder constituyente, simplemente, no puede existir: es una noción auto-contradictoria» (GUASTINI, 1996b: 315).

Por consiguiente, tampoco se trata de un poder regulado, al no ser una norma ni una situación predispuesta por una norma; se trata, pues, de un poder *desregulado*¹¹⁹.

De la anterior caracterización se sigue que el poder constituyente no podría ser encuadrado o definido como una competencia jurídica (o un poder ‘de derecho’)¹²⁰. Dado que se presupone que este *poder* no está constituido por normas jurídicas, carecería de sentido usar la locución ‘poder constituyente’ para designar una competencia *jurídica* ‘inicial’ u ‘originaria’. Si toda competencia funciona siempre dentro de un orden normativo cuya existencia se presupone¹²¹, entonces, como señalaba Genaro CARRIÓ, no podría hablarse ‘en serio’ de una competencia sin reglas: «la idea de una competencia sin reglas de las que derive es algo así como la de un hijo sin padres»¹²². Usar de este modo la expresión ‘poder constituyente’ sería, pues, –según CARRIÓ– una transgresión a los *límites externos* del lenguaje normativo¹²³, dado que se llevaría el concepto normativo de *competencia* (en el sentido de ‘potestad’ o ‘atribución’) más allá de los límites dentro de los cuales puede ser usado¹²⁴.

Pero entonces ¿qué tipo de *poder* es el *poder* constituyente? La respuesta que mayoritariamente se ha dado a esta cuestión es que el poder constituyente, si bien está encaminado a la instauración de un nuevo orden jurídico-constitucional, en sí mismo no

¹¹⁹ FERRAJOLI, 2007a: 851.

¹²⁰ DE VEGA, 1985: 65.

¹²¹ Como usualmente es comprendido, toda competencia depende en última instancia de la existencia (o, dicho más precisamente, de la entrada en vigor) de determinadas reglas dentro de un sistema jurídico: las normas de competencia (FERRER BELTRÁN, 2000: 135, 147).

¹²² CARRIÓ, 1973: 49.

¹²³ CARRIÓ, siguiendo varias ideas prestadas de la filosofía del lenguaje de WITTGENSTEIN y expuestas por David PEARS, entendía por *límites externos* del lenguaje a aquellos que ‘excluyen’ o ‘dejan afuera’ la aplicación de un conjunto de reglas pertenecientes a una dimensión del lenguaje normativo, «por fallas en las presuposiciones contextuales que conciernen a esa dimensión (o, mejor dicho, a esas reglas)»; en palabras más sencillas, por fallas de los presupuestos normales del uso de ciertas expresiones pertenecientes al lenguaje normativo (CARRIÓ, 1973: 26, 61-63). En el caso concreto, la presuposición defectuosa señalada por CARRIÓ consistiría en asumir la posibilidad misma de una ‘competencia originaria’ que no ha sido constituida por regla alguna, noción que está en la base del concepto de ‘poder constituyente originario’. Se puede evidenciar que CARRIÓ asumía aquí una concepción clásica de las presuposiciones, según la cual hay una relación *semántica* entre el enunciado formulado y el enunciado en que consiste la presuposición; luego, si falla la presuposición, falla el enunciado que se basa en aquella. Sin embargo, existe otra concepción de las presuposiciones de la que no necesariamente se seguiría algo así como una ‘transgresión’ lingüística: la concepción *pragmática*, según la cual existe una relación (no ya entre enunciados sino) entre aquello que una persona asume o da por sentado como perteneciente a una base de conocimiento común o compartido –creencias o intenciones, por ejemplo– y los enunciados que las expresan (*vid.* STALNAKER, 1973: 447-449; *vid.*, también, RAPETTI, 2017: 48-50).

¹²⁴ CARRIÓ, 1973: 43-57. *Cfr.*, sección 1.3 del capítulo II de esta tesis.

es otra cosa que un poder fáctico o ‘de hecho’¹²⁵, cuyo rasgo característico consiste precisamente en el *hecho* de que «sólo es constituyente en cuanto, y sólo en cuanto, sea de hecho ejercido»¹²⁶. Esta caracterización del poder constituyente es congruente con la idea expresada por Norberto BOBBIO, de que el poder *último* –más allá del cual no hay otro poder– «es, y no puede no ser, un poder de hecho» que no necesita de ninguna norma que lo autorice¹²⁷. Comprendido de este modo –como poder *de facto*–, el poder constituyente opera como un concepto que sirve para designar el *fundamento externo*, fundante y no fundado, del derecho mismo¹²⁸.

No obstante, si se acepta lo anterior, aparecen dos consecuencias íntimamente relacionadas. La primera es que, como subraya CARRIÓ, los enunciados que afirman que algo ha sido una manifestación o ejercicio del poder constituyente «sólo pueden referirse al pasado»¹²⁹. El poder constituyente, en tanto poder ‘de hecho’, sería reconocible únicamente *a posteriori*, a partir del orden jurídico efectivamente originado como consecuencia de su manifestación concreta; por consiguiente, sólo se podría hablar del poder constituyente si en efecto existe el acto y las consecuencias que lo permiten evidenciar¹³⁰. Por su lado, la segunda consecuencia –observada por Luigi FERRAJOLI– es que, en ausencia de tales efectos, carecería de sentido hablar propiamente de un *poder* constituyente¹³¹. Me detendré, a continuación, en el análisis de estas dos consecuencias.

¹²⁵ DE VEGA, 1985: 65; PACE, 1997: VIII, 116, 125; FERRAJOLI, 2007a: 947 [7]; GUASTINI, 2011c: 124, 172, 378. Como se sabe, la distinción entre poderes *de hecho* y poderes *de derecho* puede ser utilizada para disolver –al menos en parte– la ambigüedad del término ‘poder’; como explica CARRIÓ, «a veces esta palabra quiere decir ‘potestad’ (atribución, competencia, facultad, capacidad, jurisdicción, autorización, etc.) y, otras veces, según el contexto, quiere decir ‘fuerza’ (potencia, poderío, dominio, dominación, etcétera)» (CARRIÓ, 1973: 49-50).

¹²⁶ FERRAJOLI, 2007a: 851.

¹²⁷ BOBBIO, 1964: 73. Esta idea determina, según BOBBIO, que la ‘norma fundante básica’ postulada por KELSEN termine siendo «perfectamente superflua» (BOBBIO, 1964: 73). En el mismo sentido, GUASTINI sostiene que la ‘norma fundamental’ se revela «del todo superflua: una inútil duplicación de la constitución» (GUASTINI, 2004b: 261); y Luigi FERRAJOLI agrega que, en su modelo teórico, no hay espacio para la ‘norma fundamental’, la que, «al menos en el sentido de norma no originada, no existe» (FERRAJOLI, 2007a: 854). *Cfr.* RUIZ MANERO, 2010: 101-102 (para una crítica a BOBBIO sobre este punto); 102-103 (para una fundamentación de la necesidad de una norma jurídicamente última).

¹²⁸ FERRAJOLI, 2007a: 850.

¹²⁹ CARRIÓ, 1973: 52.

¹³⁰ FERRAJOLI, 2007a: 851.

¹³¹ FERRAJOLI, 2007a: 851.

2.2. Perspectivas *ex ante* y *ex post* para el análisis del poder constituyente

¿Por qué sería insensato hablar del poder constituyente *antes* de su concreto y efectivo surgimiento? El argumento de FERRAJOLI es que, desde una perspectiva *a priori*, no hay más que una *potencia de hecho*, en el doble sentido de que el ejercicio y, por tanto, el reconocimiento posterior del poder constituyente, es *sólo potencial* (es decir, es posible que acontezca, pero también es posible que no) y requiere además de una *efectiva potencia*¹³². FERRAJOLI presupone, pues, que una *potencia de hecho* (una mera potencialidad) no puede equipararse a un genuino *poder*; ergo, estaría privado de sentido llamar ‘poder’ (constituyente) a algo que todavía no ha sucedido.

El punto que quiere destacar FERRAJOLI parece plausible, y se sostiene sobre la base de la distinción entre dos conceptos que, aunque relacionados, son diversos: el de la capacidad de hacer algo (potencia, *potenza*, *puissance*); y el del ejercicio efectivo de esa capacidad (poder, *potere*, *pouvoir*). Aunque FERRAJOLI nunca define ‘potencia’, parece sensato interpretar –adoptando uno de los sentidos de ‘potencia’ identificados por ARISTÓTELES en su *Metafísica*– que se refiere a la capacidad, predicable de una entidad, de pasar de un estado a otro¹³³. Tomando en cuenta esta distinción, el poder constituyente puede ser analizado según dos perspectivas cronológicas: *ex ante*, como una potencia; y *ex post*, como un poder¹³⁴.

2.2.1. Perspectiva *ex ante*: el poder constituyente como ‘potencia’

Probablemente en virtud de la distinción recién mencionada, FERRAJOLI expresa que el poder constituyente es siempre un poder concretamente ejercido o, en otras palabras, una situación que *ha sido* concretamente actuada (y jamás una situación meramente ‘actuable’)¹³⁵. Si esto es así, entonces no hay poderes de hecho sin ‘ejercicio’ o

¹³² FERRAJOLI, 2007a: 854.

¹³³ FERRATER MORA, 1965: 459-460.

¹³⁴ Aunque el mismo FERRAJOLI, para referirse al poder constituyente desde una perspectiva *ex ante*, a veces usa indistintamente estos dos términos. Cfr. FERRAJOLI, 2007a: 854 («considerado *a priori*, es una *potencia de hecho*»); y FERRAJOLI, 2007a: 947 [7] («antes de su concreto ejercicio, es un poder de hecho colectivamente reivindicado»).

¹³⁵ FERRAJOLI, 2007a: 851. *Actuable*, según la definición del mismo autor, es la situación que puede ser actuada (o realizada) a través de un acto (FERRAJOLI, 2007a: 321-322). *Situación*, por su parte, es toda modalidad o expectativa positiva o negativa de un acto jurídico (FERRAJOLI, 2007a: 301).

manifestación concreta y, por consiguiente, *antes* de esa concreción efectiva no puede haber propiamente un *poder* (de hecho) sino una mera *potencia* que remite a una capacidad. Pero capacidad ¿de qué? ¿y de quién?

La respuesta a las anteriores interrogantes, me parece, se encuentra en la histórica identificación entre el poder constituyente y una de las nociones de *soberanía*¹³⁶. El significado del término ‘soberanía’ que aquí resulta relevante es el que se forjó en la modernidad a través del pensamiento de autores como George LAWSON, John LOCKE, Thomas PAINE, y Emmanuel SIEYÈS¹³⁷, y que se traduce como un poder «para fundar, para plantar, para constituir, es decir, como un poder constituyente»¹³⁸. Este concepto expresa lo que LAWSON denominaba ‘soberanía real’ (en oposición a la ‘soberanía personal’): «el poder para constituir, abolir, alterar o reformar las formas de gobierno» o, en otras palabras, el poder «para modelar un estado» que reside en la comunidad política, respecto a la cual «es inherente y no puede ser separado»¹³⁹. Es esta caracterización de ‘soberanía’ la que, en síntesis, coincide con el clásico significado de ‘poder constituyente’¹⁴⁰.

Esta identificación entre poder constituyente y soberanía, siguiendo a FERRAJOLI, es independiente de la ‘naturaleza’ de los sujetos constituyentes a quienes se les atribuye la cualidad de ‘soberano’; por ende, en el plano de la observación empírica, puede advertirse tanto en los ordenamientos monocráticos (cuando la soberanía se atribuye a un sujeto individual)¹⁴¹ como en los ordenamientos democráticos (cuando tal atribución

¹³⁶ FERRAJOLI, 2007b: 481-482; FERRAJOLI, 2007a: 89, 853. Para una revisión exhaustiva de la concepción del poder constituyente como soberanía popular, *vid.* COLÓN-RÍOS, 2014: 328-334.

¹³⁷ El término ‘soberanía’, como se sabe, padece de una notoria ambigüedad (*vid.* REES, 1956: 57-59, para una revisión de cuatro distintos significados). Sin embargo, puede decirse que, básicamente, existen dos concepciones clásicas: una ‘absolutista’ de soberanía como *mandato y obediencia* o como ‘máximo poder de mando’ –forjada en la antigüedad y recogida por Jean BODIN en el siglo XVI (*vid.* KALYVAS, 2005: 224-225); y la concepción moderna de soberanía a la que aquí se hace referencia.

¹³⁸ KALYVAS, 2005: 225. También Nicola MATTEUCCI afirma que «la soberanía, en realidad, es un ‘poder constituyente’, creador del ordenamiento y, como tal, cada vez se nos aparece hoy [...] supremo, originario» (MATTEUCCI, 1991: 1489).

¹³⁹ LAWSON, 1660: 47-48.

¹⁴⁰ LOUGHLIN, 2007: 40.

¹⁴¹ Lo que es un reflejo de la neutralidad ideológica del modelo teórico desarrollado por FERRAJOLI (al menos en este tema). Por ello mismo es que, según el citado autor, el poder subversivo ejercido mediante un golpe de estado también cuenta como ‘poder constituyente’ (FERRAJOLI, 2007a: 853). Sobre la base de la misma idea, MATTEUCCI identifica dos ‘tipos’ de poder constituyente: la ‘soberanía popular’; y la ‘dictadura soberana’, donde un solo hombre, un grupo de personas o una clase social actúan como comisarios del pueblo sin tener su explícito mandato (MATTEUCCI, 1991: 1489).

recae en los «sujetos colectivos que son los pueblos»¹⁴² y el atributo recibe el nombre de ‘soberanía popular’¹⁴³). Así, cuando en este último caso se habla de la capacidad de la Nación o del Pueblo para determinar sus propias instituciones políticas y jurídicas a través del ejercicio del poder constituyente, no se hace otra cosa que expresar el atributo de la soberanía. En este sentido *ex ante*, pues, decir que «el Pueblo, en virtud de su soberanía, tiene la capacidad de autodeterminar sus instituciones» o decir que «el Pueblo detenta el poder constituyente» son dos modos de afirmar lo mismo; ambas oraciones tienen exacto significado¹⁴⁴. Como señala Riccardo GUASTINI, la soberanía en cuanto predicado del pueblo «no es otra cosa que el poder constituyente»¹⁴⁵; dicho en palabras de MATTEUCCI, la ‘soberanía popular’ no es más que un sinónimo del «poder constituyente del pueblo»¹⁴⁶.

Luego, si se tiene en cuenta la equivalencia antes mencionada, es posible convenir que tiene sentido hablar del poder constituyente, desde una perspectiva *ex ante*, como una potencia o capacidad relativa a la noción de *soberanía* que antes ha sido especificada. Es más: como reconoce FERRAJOLI «bien podríamos llamar a semejante poder ‘soberanía’, tratándose en efecto [...] de un poder *legibus solutus y superiorem non recognoscens*»¹⁴⁷. Asunto distinto es que tal noción sea de mayor interés para las ciencias políticas que para la ciencia del derecho, en virtud de que el poder constituyente, visto desde esta perspectiva, es estudiado como una potencialidad o capacidad atribuida al ‘soberano’ y no como un fenómeno de producción normativa¹⁴⁸.

Hasta aquí, el argumento de FERRAJOLI respecto al análisis del poder constituyente desde una perspectiva *ex ante* resulta convincente. Sin embargo, parece un tanto exagerado concluir que ‘carece de sentido’ hablar de un *poder* constituyente antes que,

¹⁴² FERRAJOLI, 2007b: 481; FERRAJOLI, 2007a: 89-90.

¹⁴³ FERRAJOLI, 2007a: 853, 946 [6].

¹⁴⁴ Esta identificación está significativamente expresada, por ejemplo, en el Preámbulo de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, donde se lee que «el pueblo alemán se ha otorgado, *en virtud de su poder constituyente*, la presente Ley Fundamental» (cursivas añadidas).

¹⁴⁵ GUASTINI, 2001: 51; GUASTINI, 2006: 216.

¹⁴⁶ Sinónimos que, según MATTEUCCI, constituyen la última expresión del contractualismo democrático, que establece los modos y los límites con los que se debe ejercer el poder (MATTEUCCI, 1991: 1489).

¹⁴⁷ Pero con un importante agregado: «a condición de admitir que el mismo se agota con su ejercicio» (FERRAJOLI, 2007a: 854). Esta condición se relaciona con la perspectiva *ex post*, como se verá enseguida.

¹⁴⁸ Por ello mismo, no sorprende que los temas preponderantes en torno a esta perspectiva de análisis estén conectados con cuestiones de legitimidad política. Así, por ejemplo, se señala que ‘la’ pregunta acerca del poder constituyente es si el poder por sí mismo puede transformarse, sin más, en autoridad (o si acaso necesita de ciertas propiedades ideales para lograr tal efecto). *Vid.* DYZENHAUS, 2007: 129.

de hecho, se produzca su manifestación. Quizás el uso del término ‘poder’, en este contexto, no sea preciso; pero si se conviene que, desde una perspectiva *ex ante*, se está haciendo referencia a una potencialidad que remite a cierta noción de ‘soberanía’, parecería que ya esto dota de sentido al uso de la expresión ‘poder constituyente’ incluso antes de su concreción efectiva. En otras palabras, para hablar sensatamente en este contexto no hace falta cambiar de terminología –estipulando, por ejemplo, que el modo más preciso para referirse a dicha situación sea mediante la locución ‘potencia constituyente’–; alcanzaría con hacer distinciones razonables y, sobre esta base, resignificar los términos involucrados.

2.2.2. *Perspectiva ex post: el poder constituyente como ‘poder de hecho’*

Paso ahora a la segunda perspectiva. Según se anticipó, este ‘poder’, como tal, sólo es reconocible *ex post*; así lo resalta una vez más FERRAJOLI cuando expresa que se trata en efecto de un *poder* «sólo si es considerado *a posteriori*», o sea, en virtud de los hechos que producen la constitución del ordenamiento¹⁴⁹. Como se puede intuir, subyace aquí una comprensión de ‘poder de hecho’ como un concepto empírico-causal que requiere, como condición *sine qua non*, la realización de ciertos sucesos o eventos de un modo empíricamente verificable.

Pero una vez que los hechos que conforman la referencia del ‘poder’ constituyente han ocurrido y han desencadenado sus respectivas consecuencias, forman parte ya del pasado; por ello, desde una perspectiva *ex post*, resulta más apropiado decir –en tiempo pretérito– que *ha habido* una manifestación del poder de hecho en que consiste el poder constituyente, en virtud del cual un nuevo orden jurídico *ha sido* originado¹⁵⁰. Aquí tiene toda relevancia la precisión introducida por CARRIÓ, quien, como se recordará, sostenía que los enunciados que afirman que algo ha sido una manifestación o ejercicio del poder constituyente «sólo pueden referirse al pasado»¹⁵¹.

¹⁴⁹ FERRAJOLI, 2007a: 854.

¹⁵⁰ FERRAJOLI, 2007a: 854.

¹⁵¹ CARRIÓ, 1973: 52. En esta misma línea de pensamiento, Alessandro PACE critica que se hable de sujetos «titulares del poder constituyente»; dado que la única forma de reconocerlos es verificando (*ex post*) si su pretensión ha tenido éxito, sólo cabe referirse a «ex titulares del poder constituyente» o «ex constituyentes» (PACE, 1997: 124).

Así, pues, ocurridos ya los hechos que determinan la realización o manifestación de este *poder de hecho*, desaparece entonces el poder constituyente: «una vez ejercido, deja de existir, al menos en relación con el ordenamiento constituido por las normas constitucionales sobre la producción dictadas mediante su ejercicio»¹⁵². En otras palabras, y como señala Riccardo GUASTINI, el poder constituyente «no sobrevive al nacimiento de la (primera) constitución, sino que desaparece en ella y con ella»¹⁵³.

Lo anterior no es, en lo absoluto, una tesis pacífica; de hecho, es rechazada por algunos autores. Así, por ejemplo, Carl SCHMITT consideraba que el nacimiento de una constitución «no puede agotar, absorber ni consumir el Poder constituyente», el cual, una vez ejercitado, «no por ello se encuentra acabado ni desaparecido»¹⁵⁴. El mismo SCHMITT agregaba que «el Poder constituyente de un pueblo no puede ser aniquilado» y que, no siendo susceptible de «traspaso, enajenación, absorción o consunción», a tal poder «le queda siempre la posibilidad de seguir existiendo [...] por encima de toda Constitución, derivada de él, y de toda determinación legal-constitucional, válida en el marco de esta Constitución»¹⁵⁵.

No obstante, si se tiene en cuenta que SCHMITT concebía al poder constituyente en clave de *soberanía*¹⁵⁶, como una «voluntad política»¹⁵⁷, entonces parece plausible interpretar que dicho autor se refiere al poder constituyente como *potencia*, es decir, como un atributo del ‘soberano’ que tendría la potencialidad de volver a activarse siempre. Por ello es que Luis RECASENS SICHES, citando precisamente a SCHMITT, afirmaba que «el poder constituyente de la soberanía nacional» permanece «siempre en *potencia*, latente por encima de toda Constitución derivada de él y de todas las leyes

¹⁵² FERRAJOLI, 2007a: 854. En el mismo sentido, Gustavo ZAGREBELSKY expresa que el poder constituyente, una vez agotada su función de «dar la constitución», se disuelve (ZAGREBELSKY, 2008: 145).

¹⁵³ GUASTINI, 1998a: 317 [21]; GUASTINI, 2011c: 172.

¹⁵⁴ SCHMITT, 1928: 94, 108. En sentido similar, Luis RECASENS SICHES sostenía que el poder constituyente «perdura siempre, aun a través del orden jurídico por él constituido (al) que podrá en todo momento modificar sustancialmente, cuando así lo quiera» (RECASENS SICHES, 1931: 69). También Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE opinaba de este modo; en su criterio, una vez dictada la Constitución, el poder constituyente «entra en reposo, pero permanece vivo y operante en las disposiciones constitucionales, en las cuales adquiere permanencia o, por lo menos, estabilidad. Su ejercicio no se agota. Permanece en estado virtual o de latencia, apto para ponerse de nuevo en movimiento» (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1957: 576). Estas tesis han permanecido hasta hoy en cierto sector de la doctrina constitucional; véase, por ejemplo, CRIADO DE DIEGO, 2014: 133; y MARTÍNEZ DALMAU, 2014: 102.

¹⁵⁵ SCHMITT, 1928: 108.

¹⁵⁶ COLÓN-RÍOS, 2014: 328-329.

¹⁵⁷ SCHMITT, 1928: 93-94.

dadas dentro del marco de la Constitución vigente»¹⁵⁸. Bajo esta lectura, tiene sentido interpretar que, según SCHMITT, aquello que ‘sobrevive’ a la producción originaria de una constitución es la idea de *soberanía* –como potencia reivindicable– pero no el poder ‘de hecho’ al que, *ex post*, se denomina ‘poder constituyente’.

Ahora bien, de acuerdo con la línea de pensamiento que se revisa, ¿en qué sentido podría ‘sobrevivir’ el poder constituyente como potencia? Para responder a esta pregunta, me parece útil tomar mano del concepto de *propiedades disposicionales*, que ha sido utilizado por juristas y politólogos para explicar las nociones de ‘poder’ y de ‘competencia’¹⁵⁹. Tener una propiedad disposicional –según Gilbert RYLE– es estar sujeto (o tener la susceptibilidad de estar sujeto) a un particular estado de cosas, o sufrir un determinado cambio cuando se cumple una condición particular¹⁶⁰; en este mismo respecto, ‘disposición’ es la capacidad de un sujeto u objeto de reaccionar de determinada manera bajo circunstancias apropiadas (no directamente observables en cualquier momento)¹⁶¹.

Pues bien, dada la evidente similitud entre los conceptos de ‘potencia’ y de ‘disposición’ –compuestos ambos por la noción de *capacidad*–, podría decirse que la *potencia de hecho* en que consiste la soberanía puede ser entendida como una propiedad disposicional, dentro del ámbito de lo fáctico, cuya posesión depende simplemente de una generalización a partir de casos individuales. La generalización en cuestión está basada en el dilatado historial de casos en los que, a partir de la Edad Moderna, se puede verificar que un sujeto o grupo de sujetos han podido proceder *de hecho* –a través de una cadena de comportamientos y eventos contrarios o ajenos al *derecho*– a determinar las instituciones políticas y jurídicas para una comunidad organizada. Luego, en la medida en que similares hechos puedan volver a presentarse (es decir, en tanto que no sea lógicamente imposible que tales sucesos se actualicen), se podría hablar de la soberanía como una propiedad disposicional, esto es, al modo de «algo que es empíricamente posible que tenga lugar en la realidad externa bajo ciertas

¹⁵⁸ RECASENS SICHES, 1931: 76 (cursivas añadidas).

¹⁵⁹ Vid. FERRER BELTRÁN, 2000: 132-133, para un nutrido grupo de referencias.

¹⁶⁰ RYLE, 1949: 31.

¹⁶¹ FERRER BELTRÁN, 2000: 130.

circunstancias»¹⁶². Dicho de otro modo, el uso de la palabra ‘soberanía’ (o, si se prefiere, de la expresión ‘poder constituyente’ entendida como potencia) no nos informa de ningún evento que suceda ahora o vaya a suceder, sino simplemente de la probabilidad de que ciertos eventos ocurran bajo condiciones sobreentendidas¹⁶³.

Me parece, entonces, que este es el único sentido plausible en que cabe hablar de la ‘permanencia’ del poder constituyente: sólo si, de modo anterior (*ex ante*) y de manera totalmente independiente a la ocurrencia concreta de aquellas circunstancias, se hace referencia a la capacidad o potencia que, desde un punto de vista no-jurídico, se atribuye a ciertos sujetos a quienes se considera ‘titulares’ de la soberanía. Vale subrayar que este sentido de ‘permanencia’ del poder constituyente es estrictamente político y no jurídico; y es que, desde un punto de vista interno a un ordenamiento jurídico dado, el concepto de poder constituyente como potencia *de facto* –esto es, como expresión de una soberanía potencialmente ilimitada– simplemente no existe¹⁶⁴. O al menos no podría existir en los ordenamientos jurídicos que pretenden ajustarse al ideal regulativo del Estado de Derecho, los que suelen contener enunciados constitucionales que reconocen la soberanía siempre que se la ejerza en las formas y con los límites determinados por la constitución¹⁶⁵. En cambio, y como bien destaca Mario DOGLIANI, en el discurso político el poder constituyente se presenta como una alternativa de cambio constitucional al que siempre se podría recurrir legítimamente¹⁶⁶.

En todo caso, fuera de este sentido político, no parece razonable suscribir ninguna otra forma de comprensión en torno a la supuesta permanencia del poder constituyente¹⁶⁷. Si se mira desde una perspectiva *ex post*, sobre todo, existen dos razones por las que tal poder ‘de hecho’ no podría ‘permanecer’ después de haberse producido el surgimiento de un nuevo orden constitucional.

¹⁶² LAPORTA, 2007: 72. Como se verá más adelante, LAPORTA es escéptico respecto de la ontología de entidades como la soberanía o el poder constituyente.

¹⁶³ REES, 1956: 75 (citado en LAPORTA, 2007: 79).

¹⁶⁴ ZAGREBELSKY, 2008: 149-150. En sentido similar, *vid.* FERRAJOLI, 2007a: 854.

¹⁶⁵ Es el caso, por ejemplo, de las constituciones de Italia (art. 1) y de Portugal (art. 3.1). Esto implica que la soberanía que se reconoce en dichas constituciones no equivale a un poder ‘desnudo’ sino, por el contrario, a un poder vinculado a formas y límites constitucionales (ZAGREBELSKY, 2008: 149). En el caso de la *Ley Fundamental de Bonn*, la alusión al poder constituyente del «pueblo alemán», en clave de soberanía, se puede explicar simplemente como una apelación histórica al fundamento político de la carta constitucional (que por ello mismo consta en el Preámbulo), y no plausiblemente como otra cosa.

¹⁶⁶ DOGLIANI, 1995: 13.

¹⁶⁷ Salvo que se asuma otro concepto de ‘poder constituyente’ (*cf.* ARATO, 2016: 10, donde se habla de la permanencia de un poder constituyente ‘post soberano’). *Vid.* Cap. III para las respectivas críticas.

La primera razón es que los eventos concretos que determinan la realización de aquel poder *de facto* son entidades que –como todos los hechos– existen en específicas coordenadas de tiempo y espacio y están sometidos a relaciones de causa-efecto. Por lo tanto, una vez causados los correspondientes efectos, no tiene sentido referirse a tales hechos ya ocurridos como si fueran una clase de entidades atemporales; como ya se dijo anteriormente, en ese contexto sólo se puede hablar propiamente en tiempo pasado y desde un punto de vista reconstructivo. Esto no elimina la posibilidad de una subsiguiente manifestación del poder constituyente al que se atribuya la producción *extra ordinem* de una ‘nueva’ constitución; pero dicha posibilidad necesariamente ha de referirse a *nuevos* sucesos o acontecimientos que han determinado su efectividad desde otras coordenadas temporales. En síntesis, y para decirlo en términos de GUASTINI, no es que se trate del *mismo* poder constituyente que ha «despertado del letargo», sino simplemente de un *nuevo* poder constituyente¹⁶⁸.

La segunda razón proviene del ideario del constitucionalismo y es, por ello, de carácter normativo¹⁶⁹. El argumento consiste en que, después de haber «hecho la constitución», un poder constituyente que se prolongase en el tiempo sería una amenaza permanente para aquella: de un poder así podría esperarse cualquier cosa¹⁷⁰. En este sentido, Gustavo ZAGREBELSKY afirma que un poder constituyente permanente sería el equivalente de «un poder revolucionario siempre en acción, capaz de destruir en cualquier momento la constitución existente» y de contradecir su función ordenadora¹⁷¹. Precisamente para asegurar la estabilidad constitucional, una de las ideas predicadas por el constitucionalismo moderno es que el poder constituyente, «una vez agotada su función originadora, no puede ser ya invocado; en otras palabras, *su poder soberano se termina*»¹⁷². Este argumento cobra mayor fuerza en los ordenamientos jurídicos que modelan un tipo de Estado caracterizado por el principio de legalidad, según los cuales todo poder se encuentra jurídicamente limitado y, por ende, la existencia de una autoridad ‘soberana’, no sometida al derecho (*legibus solutus*), se encontraría claramente proscrita. De este modo, la estabilidad de la constitución estaría asegurada

¹⁶⁸ GUASTINI, 2011c: 172-173 [8].

¹⁶⁹ Sin dejar de admitir que se trata de un argumento axiológicamente cargado, creo que merece destacarse por su raigambre en la cultura jurídica contemporánea.

¹⁷⁰ ZAGREBELSKY, 2008: 145.

¹⁷¹ ZAGREBELSKY, 2008: 146.

¹⁷² ZAGREBELSKY, 2008: 149 (cursivas en el texto original). *Vid.*, también, ANGIOLINI, 1995: 67.

por el hecho de que, una vez aprobada, no existe ya el poder que la produjo¹⁷³; el poder constituyente, en ese contexto, es «un caso cerrado, un poder extinto [...] disuelto radicalmente y sin residuos en los poderes constituidos que ocupan todo el espacio jurídico»¹⁷⁴.

2.3. Una redefinición de ‘poder constituyente’ más allá del mito

Hasta aquí, todo lo dicho en las secciones precedentes para caracterizar al poder constituyente (2.1 y 2.2) puede ser sintetizado en las siguientes afirmaciones:

- a) El poder constituyente no es un *poder jurídico* sino un *poder de hecho*;
- b) Antes de su concreta y efectiva realización, no existe ningún *poder de hecho* sino simplemente la idea de que el ‘soberano’ tiene el atributo o la *potencia* para desencadenar ciertos hechos (al modo de una propiedad disposicional¹⁷⁵); y,
- c) Después de su concreta y efectiva realización, el *poder de hecho* en que consiste el poder constituyente ha desaparecido: queda sólo la evidencia de que ciertos hechos, ya ocurridos, de algún modo desembocaron en el surgimiento de un nuevo orden jurídico.

Visto de este modo, si *ex ante* aún no ha aparecido y *ex post* ya ha desaparecido, parece obvio concluir que el poder constituyente existe «sólo en el momento constituyente»¹⁷⁶. A esta precariedad se refería Juan DONOSO CORTÉS en 1837 con

¹⁷³ ZAGREBELSKY, 2008: 145.

¹⁷⁴ DOGLIANI, 1995: 13. Ello no quita, según el mismo autor, que el poder constituyente deba ser conceptualizado por motivos teóricos.

¹⁷⁵ Esta idea, sin embargo, es blanco fácil de críticas. Francisco LAPORTA, por ejemplo, sostiene que las propiedades que se atribuyen a los poderes que acostumbramos a llamar ‘soberano’, ‘poder constituyente’ o ‘autoridad suprema’, son *siempre* disposicionales: «nunca podemos describirlos con sus propiedades actuales porque esas propiedades parecen estar tras un velo de misterio y silencio» (LAPORTA, 2007: 79). Refiriéndose precisamente al sentido de soberanía como propiedad disposicional, el mismo autor citado critica a Carl SCHMITT por fabular «una suerte de potencia metafísica de naturaleza prenormativa» al caracterizar la condición de ‘soberano’ en un sentido normativo (LAPORTA, 2007: 72).

¹⁷⁶ FERRAJOLI, 2007a: 854.

peculiar lirismo: el poder constituyente «si aparece alguna vez, aparece como el rayo que rasga el seno de la nube, inflama la atmósfera, hiere a la víctima y se extingue»¹⁷⁷.

En este punto, sin embargo, podría cuestionarse por qué seguir atribuyendo la creación de un nuevo orden constitucional al poder constituyente: un *poder* que, sin ser jurídico, sólo puede ser identificado cuando ya no existe. Vista así, la caracterización de este peculiar *poder* es un tanto contraintuitiva¹⁷⁸, y de ahí que existan algunas críticas dirigidas contra la idea misma de un ‘poder constituyente’.

Así, por ejemplo, bajo el entendido de que «los soberanos se manifiestan sólo en los eventos históricos que producen», Francisco J. LAPORTA sugiere que las ideas acerca de la soberanía o del poder constituyente podrían ser simplemente el fruto de una fabulación acerca de «seres o poderes imaginarios sin ninguna justificación ni fundamento»; si esto es así, agrega LAPORTA, entonces «a lo peor lo único que existen son esos eventos»¹⁷⁹.

Para ahondar en su crítica, LAPORTA compara la idea del poder constituyente con la idea de *Dios*; a estos efectos, se refiere en los siguientes términos:

[...] con Dios acaece lo mismo que con el poder soberano: nadie lo ha visto ni se sabe nada de él. Tanto Dios como el soberano permanecen siempre en silencio. Y la tentación constante es entonces comenzar a atribuirles acciones o acontecimientos como si se tratara de importantes indicios de su existencia: el origen de una nueva constitución, el éxito de una revolución popular, la instauración de un sistema político mediante un golpe de Estado, el nacimiento de una nueva comunidad a partir de una secesión, etc. Y como en realidad solamente tenemos ante nosotros esos actos o eventos históricos lo que tendemos a hacer es fabular un ente que los haya causado, llámesele Dios o poder supremo [...] Es decir, se atribuyen a un presunto ser unas ciertas propiedades porque en la realidad histórica ha

¹⁷⁷ DONOSO CORTÉS, 1837: 72.

¹⁷⁸ En este sentido, es muy revelador que FERRAJOLI, al definir el concepto ‘poder’, excluya expresamente al poder constituyente de todo lo dicho en el *definiens*, salvo del rasgo más elemental que dicho autor atribuye a todos los poderes: lo que él denomina ‘situación activa’ (FERRAJOLI, 2007a: 588). Consistente con esta excepción, el mismo autor define al *poder* constituyente como una «modalidad o situación» no producida por ninguna causa (FERRAJOLI, 2007a: 89), o como la ‘situación’ de máximo grado imputada a un sujeto constituyente (FERRAJOLI, 2007a: 850).

¹⁷⁹ LAPORTA, 2007: 79.

sucedido algo y pensamos de un modo ingenuo y falaz que sólo podemos explicar eso que sucedió apelando a un ser anterior que funciona como causa de esos sucesos¹⁸⁰.

La comparación efectuada por LAPORTA, que no es nueva¹⁸¹, está inspirada en la conocida y tajante aseveración de SCHMITT, según la cual «[t]odos los conceptos centrales de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados»¹⁸². Su crítica parece coincidir con aquella de CARRIÓ, para quien la noción de poder constituyente respondería a una irreprimible tendencia racionalizadora que busca «una fuente única, ilimitada y suprema de toda normación jurídica», pero que termina siendo, en su opinión, un factor de confusión y no una herramienta teórica útil: el poder constituyente, pues, estaría «desprovisto de utilidad teórica»¹⁸³. Pero ¿es realmente así?

En mi opinión, esta crítica es algo exagerada. El recurso a la idea de un poder constituyente del que surge un nuevo orden jurídico responde simplemente a una de las dos grandes vías seguidas por los teóricos de la política y del derecho para representar los confines de todo ordenamiento (el ‘techo del edificio’ de un sistema normativo, según la conocida metáfora de BOBBIO): o bien con una *norma última*, o bien con un *poder último*¹⁸⁴. Estas dos alternativas son presentadas como excluyentes, en el sentido de que ambas son identificadas –cada una por su lado– como el fundamento originario del derecho¹⁸⁵. Sin embargo, ambas opciones también pueden ser vistas como las dos caras de una misma moneda, dado que el poder nace de normas y produce normas, en tanto que la norma nace del poder y produce otros poderes; de ahí que preguntarse si va antes el poder o va antes la norma en el origen de un nuevo orden jurídico, es una

¹⁸⁰ LAPORTA, 2007: 78.

¹⁸¹ La misma comparación la hizo de forma pionera Carl SCHMITT, al afirmar que la idea de un legislador soberano o todopoderoso proviene de la idea de un *Dios* omnipotente (SCHMITT, 1922: 37). Posteriormente, el mismo autor enseñaba que, según la concepción medieval, sólo *Dios* tiene una *potestas constituens*: el poder constituyente de Dios (SCHMITT, 1928: 95). Muchos años más tarde, y ya en un ámbito más próximo, fue Genaro CARRIÓ quien mostró las manifiestas analogías entre el concepto de poder constituyente originario y el concepto de Dios (o ‘Naturaleza’) de Spinoza (CARRIÓ, 1973: 44-46). También cabe citar a José Luis PÉREZ TRIVIÑO, quien ha trazado una cierta similitud entre el poder constituyente originario y la idea de ‘milagro’ (PÉREZ TRIVIÑO, 2000: 217), respaldado en una idea de KELSEN, a saber: que el método de la teoría del Estado «pretende hacer jurídicamente comprensible lo jurídicamente incomprensible»; en otras palabras, «pretende hacernos creer en el milagro jurídico, lo mismo que la teología pretende hacernos creer en el milagro natural» (KELSEN, 1922-1923: 262).

¹⁸² SCHMITT, 1922: 37. *Cfr.* PÉREZ TRIVIÑO, 2000: 210, en donde se discute esta tesis.

¹⁸³ CARRIÓ, 1973: 57.

¹⁸⁴ BOBBIO, 1964: 73. La referencia que aquí se hace a normas o poderes *últimos* es genérica y puede comprender varias ‘familias’ de teorías.

¹⁸⁵ Como decía BOBBIO, la norma última viene concebida para fundar el poder último; pero, a su vez, el poder último viene requerido para fundar la norma última (BOBBIO, 1964: 74).

cuestión cuya respuesta –como aseveraba BOBBIO– depende exclusivamente de una cuestión de perspectiva¹⁸⁶.

Se trata, pues, de dos hipótesis diversas que tratan de dar cuenta del mismo problema; su aceptación o rechazo, entonces, no pasa por identificar cuál sería la *correcta* o *incorrecta* sino sencillamente por mostrar su mayor o menor virtud desde el punto de vista de la capacidad explicativa, de la consistencia teórica, etc., en relación con fines teóricos concretos. Por cierto, que cada una se haya asociado más para el lado de la teoría política (*summa potestas*, *poder último*) o para el lado de la teoría del derecho (*norma última*)¹⁸⁷, parece un dato meramente circunstancial, y no elimina que, dentro de cada ámbito de estudio, haya notables excepciones que presentan de modo opuesto aquella cuestión¹⁸⁸. Una clara muestra de ello se puede advertir en la concepción de FERRAJOLI sobre el poder constituyente, quien lejos de considerarlo una fabulación o una herramienta teóricamente inútil, lo comprende como «un concepto central de la filosofía política y de la teoría del derecho, a veces descuidado por la ciencia jurídica y, pese a ello, esencial para la explicación de los fundamentos del derecho positivo»¹⁸⁹.

Pero, en lo principal, y atendiendo centralmente a la crítica previamente mencionada, me parece que, si bien puede aceptarse que el tradicional concepto de ‘poder constituyente’ ha estado históricamente impregnado de sedimentos ‘mitológicos’ –por así decirlo–, no resulta necesario prescindir de la noción de *poder* para efectuar una labor de depuración conceptual. Y es que creo que dicha noción puede ser refinada, aislando cualquier posible consideración relativa a la existencia de una sustancia inventada o un ser ‘imaginario’. De este modo, además, se puede conservar un término cuyo significado –el más preciso posible en este contexto– pone de relieve el ingrediente de la *efectividad* que forma parte de la intensión del concepto que nos atañe (como se verá con detalle en el capítulo II de esta tesis).

¹⁸⁶ BOBBIO, 1964: 71-72. En este sentido, muchas veces los teóricos del derecho han sostenido que la escala ha de comenzar por una norma. «¿Pero por qué no se podría comenzar por el poder?», se pregunta el mismo autor, acentuando el punto de la correspondencia entre normas y poderes (BOBBIO, 1964: 72).

¹⁸⁷ Tendencia que se explica, según BOBBIO, por el hábito que tienen los juristas de trabajar con normas (BOBBIO, 1964: 73).

¹⁸⁸ Así, por ejemplo, a diferencia de lo que sucede con la mayoría de los teóricos del derecho contemporáneos, el concepto de ‘poder constituyente’ está muy presente en las obras de Norberto BOBBIO, Riccardo GUASTINI y Luigi FERRAJOLI.

¹⁸⁹ FERRAJOLI, 2007a: 850.

En este sentido, puede decirse que el significado de ‘poder’ en el concepto de ‘poder constituyente’ designa –no ya un ente misterioso al que se atribuyen ciertos eventos, sino– la *manifestación efectiva* de unos determinados hechos: los ‘hechos normativos originarios’ (que fueron definidos en la sección 1.4 de este capítulo). De este modo, puede ofrecerse la siguiente redefinición:

‘Poder constituyente’: manifestación efectiva de ‘hechos normativos originarios’, esto es, de un conjunto de hechos normativos complejos que, al margen o en contra de lo previsto por eventuales normas jurídicas vigentes, han llegado a producir nuevas normas cuya aceptación y observancia generalizada provoca la interrupción en la continuidad de un orden jurídico preexistente y el consecuente surgimiento de un nuevo orden jurídico¹⁹⁰.

Esta redefinición del poder constituyente, como se puede advertir, toma exclusivamente como referencia al ‘poder de hecho’ que interesa a la ciencia jurídica –y no a la potencia o propiedad disposicional identificada en una de las nociones de soberanía (lo que interesa sobre todo a la teoría política)¹⁹¹–. El significado de ‘poder’, aquí, no es más que una forma simplificada de decir ‘plena realización’ o ‘acaecimiento efectivo’. Entendido de esta manera, el ‘poder de hecho’ en que consiste el poder constituyente no tiene nada de mítico ni de misterioso pues, precisamente, sólo se puede saber de su existencia a través del método empírico: mediante la verificación y reconstrucción de un conjunto de determinados hechos sociales complejos que *efectivamente* han ocurrido dentro de unas ciertas coordenadas de tiempo y espacio (con lo cual, no puede decirse ya que «nadie lo ha visto ni se sabe nada de él»).

Por supuesto, se necesita todavía de un desarrollo ulterior: determinar cuáles son las condiciones necesarias y suficientes que permiten la respectiva reconstrucción de ciertos fenómenos sociales como instancias del –así redefinido– concepto de ‘poder constituyente’. A ello me dedicaré en el capítulo II de esta tesis. Pero antes de pasar a

¹⁹⁰ Vid. GUASTINI, 2011c: 130; y BOBBIO, 1967: 55. En sentido amplio, pues, puede decirse que el poder constituyente es «banalmente el hecho por el cual la (primera) constitución nace» (GUASTINI, 1998a: 317 [21]; GUASTINI, 2011c: 172) o, también, que es «simplemente un *hecho histórico* que acusa su presencia con su actuación y que funda sus decisiones en el impulso y la eficacia de su voluntad» (SÁNCHEZ AGESTA, 1966: 330).

¹⁹¹ Nótese que, en relación con la soberanía entendida como *potencia*, el poder constituyente consistiría entonces en la realización o actualización de las condiciones de aquella propiedad disposicional.

aquello, es necesario afrontar un importante problema que puede señalarse dentro de la concepción del poder constituyente como un poder ‘de hecho’. Esto será abordado a continuación.

2.4. La ‘Ley de Hume’ y las concepciones alternativas del poder constituyente

El gran problema de concebir al poder constituyente como un simple poder *de hecho* (al que se atribuye el surgimiento de un nuevo orden jurídico) es que tal idea parece chocar con la denominada ‘Ley de Hume’. Como es bien conocido, con esta expresión se alude a la regla lógica que prohíbe extraer conclusiones normativas a partir de premisas fácticas o, dicho más simplemente, a la imposibilidad –desde un punto de vista lógico– de deducir lo que *debe ser* solamente a partir del *ser* (de lo que, de hecho, *es*)¹⁹². En este sentido, parecería que la existencia de un nuevo orden jurídico no es algo que se siga –o, mejor dicho, no es algo que estaría justificado inferir– solamente a partir de unos determinados ‘hechos normativos’ efectivamente manifestados¹⁹³. Si se admite esto como infracción a la ‘Ley de Hume’, entonces el poder constituyente entendido como un poder *de hecho* –de acuerdo con lo expuesto en el anterior apartado– no podría ser generador de derecho. Faltaría determinar cuáles son las razones por las que se considera que, más allá de los simples hechos, el poder constituyente aparece una capacidad de creación *jurídica*; dicho de otro modo, sería necesario explicar de dónde brota la *juridicidad* que el poder constituyente concede a las normas que produce.

Como se puede notar, está implicado aquí uno de los «más típicos» problemas de la filosofía del derecho (en palabras de CATTANEO): la indagación del *cómo* y del *porqué* el derecho puede nacer de los hechos (*ex facto oritur jus*), fenómeno que se conecta en última instancia con el problema del fundamento de un orden jurídico¹⁹⁴. No obstante,

¹⁹² HUME, 1740: 689-690.

¹⁹³ Este problema ha sido expuesto por numerosos autores, entre los cuales cabe citar a CONDORELLI, 1931: 265; PIERANDREI, 1949: 8; COTTA, 1953: 486-489, 493; CATTANEO, 1960: 99-123; y BOBBIO, 1967: 50-51, 56-57. Específicamente en lo que atañe al concepto de ‘poder constituyente’, es conocida la identificación de este problema a partir de los razonamientos de Genaro CARRIÓ (CARRIÓ, 1973: 32, 78-85) y de las críticas que, sobre tales ideas, le dirigió Carlos S. NINO (NINO, 1983).

¹⁹⁴ CATTANEO, 1960: 99. Como reseña BOBBIO, esta cuestión (el «tránsito del hecho al derecho») resulta problemática desde el punto de vista del normativismo ‘puro’, acorde al cual toda norma deriva siempre de otra norma (y no de hechos); bajo esta perspectiva, la noción misma de ‘hecho normativo’ como hecho productor de normas (no calificado por una norma del sistema) es una noción contradictoria. En cambio, desde el punto de vista del institucionalismo jurídico, corriente para la cual el derecho mismo

no todos admiten que este problema sea *estrictamente* atinente a la ciencia jurídica o, en su caso, a la teoría del derecho. Sergio COTTA, por ejemplo, sostuvo que las razones por las cuales la normatividad es inherente a los ‘hechos normativos’ no se pueden determinar por la ciencia del derecho¹⁹⁵; según el citado autor, es necesario marcar un límite a las posibilidades de la ciencia jurídica, reconociendo que la tarea de explicar el paso de los hechos al derecho pertenece a otra ciencia¹⁹⁶. A esta conclusión arriba COTTA después de identificar varias alternativas de solución ideadas para este problema y de criticar que todas éstas «se basan en conceptos no jurídicos», lo que reflejaría, en su criterio, el abandono del ámbito de investigación estrictamente jurídico¹⁹⁷.

Esta crítica supone una concepción *estricta* de la ciencia jurídica, entendida exclusivamente como una actividad de descripción del derecho vigente; ello se revela con claridad cuando el referido autor argumenta que, si los hechos normativos son preexistentes al propio ordenamiento que originan, entonces en el derecho vigente no puede hallarse tal normatividad; si esto es así, añade COTTA, «¿cómo puede la ciencia del *derecho* explicar [...] [que] un hecho se convierta en hecho normativo?»¹⁹⁸. No obstante, que la ciencia del derecho (en sentido estricto) no pueda dar cuenta de este problema, no elimina que la dogmática jurídica –la dogmática constitucional, sobre todo– sí se haya interesado por explicar cómo unos ciertos hechos generan un nuevo orden jurídico; y es justamente a partir de las construcciones dogmáticas y de los conceptos doctrinales acerca del poder constituyente que al menos una parte importante de los teóricos del derecho se han dedicado a precisar tal noción¹⁹⁹. En mi opinión, aunque el concepto de poder constituyente no pueda ser utilizado para describir el derecho vigente, sí que sirve, en cambio, para explicar los fundamentos del derecho positivo, y por ello mismo tiene todo sentido que la teoría jurídica se interese por

es un hecho, la noción de ‘hecho normativo’ no sólo no es contradictoria, sino que supone el único modo de dar cuenta de la formación de un ordenamiento jurídico (BOBBIO, 1967: 50). Esta concepción es identificable también en el realismo jurídico que, como se sabe, adopta una ontología empirista según la cual el derecho no es un conjunto de entidades abstractas (como las normas, valores, derechos, etc.) sino simplemente un conjunto de hechos sociales de cierto tipo (GUASTINI, 2013c: 101). Sobre esto último, *vid.* GUASTINI, 1998: 91, donde se señala que, en un sentido, toda fuente del derecho es un ‘hecho’, pues, si no fuere a partir de algún evento espacio-temporal, no se ve de qué otra manera pueda nacer el derecho.

¹⁹⁵ COTTA, 1953: 493.

¹⁹⁶ COTTA, 1953: 487-488. Según CATTANEO, esa ‘otra ciencia’ es la sociología, que es la que se debe ocupar de la investigación empírica de los hechos sociales y, en este caso, del criterio sociológico de la efectividad, que es lo que determina –en su criterio– el nacimiento del derecho a partir de ciertos hechos (CATTANEO, 1960: 121).

¹⁹⁷ COTTA, 1953: 488-489.

¹⁹⁸ COTTA, 1953: 487 (cursivas en el texto original).

¹⁹⁹ El ejemplo paradigmático (y, además, pionero) es el citado trabajo de CARRIÓ (CARRIÓ, 1973).

contribuir a modelar tal concepto (lo que puede incluir el análisis de los posibles problemas lógicos implicados en su formulación, como la aparente infracción a la ‘Ley de Hume’).

De hecho, en la teoría jurídica contemporánea se pueden encontrar algunas estrategias que intentan dar cuenta del fundamento ‘último’ de los órdenes jurídicos y que, al mismo tiempo, tratan de evitar la infracción a la ‘Ley de Hume’²⁰⁰. El éxito o fracaso de estas elaboraciones teóricas ha sido motivo de dilatados comentarios y discusiones; sin embargo, sólo analizaré aquí aquellas estrategias que están expresamente relacionadas con el concepto de ‘poder constituyente’. En este orden de ideas, explicar la normatividad del poder constituyente sin transgredir la ‘Ley de Hume’ es una labor que algunos autores han pensado que se puede lograr si se concibe a aquel ‘poder’ –no ya como un poder ‘de hecho’ sino– como un poder *normativo* y, en particular, *jurídico*. Se trata de una opción arriesgada en tanto que, si se concibe al poder constituyente como un poder ‘jurídico’ (en el sentido de ser otorgado o conferido por alguna norma que lo habilita), sí que sería posible evitar la infracción de la mencionada regla lógica, pero a costa de incurrir en una contradicción de términos: el

²⁰⁰ Haciendo salvedad de la ‘regla de reconocimiento’ teorizada por H.L.A. HART (HART, 1961: 100-110), a la que en ocasiones (y discutiblemente) se le ha asignado la función de *conferir validez* al resto de normas, probablemente la más visible de estas estrategias es la teoría de la ‘norma fundante básica’ (*Grundnorm*) de Hans KELSEN. Como es de sobra conocido, se trata de una *presuposición* (KELSEN, 1960: 208) o de una genuina *ficción* (como el propio autor reconoció posteriormente en KELSEN, 1979: 256), ideada con el objetivo de dotar de validez a la ‘primera constitución’ histórica, originada no por vías disciplinadas sino ‘revolucionarias’; no se trata, pues, de una norma positiva, sino de un mero supuesto o hipótesis teórica, un postulado de la ciencia del derecho (VERNENGO, 1972: 311) para interpretar un orden coactivo, a grandes rasgos eficaz, como «un sistema de normas jurídicas objetivamente válidas» (KELSEN, 1960: 211). Pues bien, la teoría *kelseniana* trata de evitar la infracción a la ‘Ley de Hume’, a la que reconoce expresamente como punto de partida: «De que algo *sea*, no puede seguirse que algo deba *ser*» (KELSEN, 1960: 201. Cursivas en el texto original). El intento de KELSEN consiste en postular que el fundamento de validez jurídico-positivo de una norma sólo puede ser la norma superior positiva que regula su producción (hasta llegar a la ‘norma fundante básica’, presupuesta como norma ‘última’); por ello es que, para KELSEN, en sentido jurídico-positivo, «fuente del derecho sólo puede ser el derecho» (KELSEN, 1960: 243). Dicho de otra manera, para KELSEN el fundamento de validez jurídico «no puede consistir en la mera ocurrencia de un cierto acontecimiento, porque de lo que ‘es’ no puede inferirse lo que ‘debe ser’» (CARACCILO, 1988: 35). Sin embargo, como varios autores han detectado (véase, por todos, BOBBIO, 1981: 139-146), ocurre que el mismo KELSEN hace depender la validez del ordenamiento jurídico a su efectividad (que aparece expresamente en KELSEN, 1960: 223, como una ‘condición’ de la validez): «un orden coactivo que se presenta como derecho sólo será visto como válido cuando, a grandes rasgos, es efectivo» (KELSEN, 1960: 59). Ello significa que la validez de un orden jurídico termina dependiendo del «comportamiento efectivo de los hombres» (KELSEN, 1960: 60), es decir, de *hechos* históricos y sociológicamente verificables de observancia u obediencia a las obligaciones derivadas de la formulación de la ‘norma fundante básica’ («uno debe comportarse de acuerdo con la constitución fácticamente establecida y eficaz» - KELSEN, 1960: 223). En vista de tales peculiaridades de la teoría *kelseniana*, BOBBIO concluye que ésta no sólo *no* evita el escollo de derivar el derecho a partir de los hechos, sino que se aprovecha de tal infracción para encontrar un punto de llegada (BOBBIO, 1981: 146).

poder al que se hace referencia ya no sería ‘constituyente’ sino ‘constituido’²⁰¹. De todos modos, considero pertinente analizar tres conocidas modalidades que expresan esta concepción. Ello se verá en los apartados que siguen.

2.4.1. La concepción *iusnaturalista* ‘clásica’ del poder constituyente

Una primera modalidad de la mencionada concepción consiste en asumir un significado de ‘jurídico’ propio de la corriente clásica del derecho natural, es decir, entendiendo que el derecho es un conjunto de «principios éticos primeros, muy generales, de los cuales el legislador humano debe tomar su inspiración para la formulación de las reglas del derecho positivo»²⁰². Bajo esta premisa, Antonio MESSINEO define al poder constituyente como la «facultad moral de formular y de imponer una constitución con valor vinculante para los asociados», es decir, «una facultad de acción, que brota del derecho originario de la colectividad»²⁰³. A partir de esta «naturaleza moral», MESSINEO deduce que el poder constituyente «[e]s, por lo tanto, un poder esencialmente jurídico [...] que, por su naturaleza, está destinado a producir efectos jurídicos»²⁰⁴. Coincidente con esta visión es la ‘doctrina clásica de la constitución natural’, de acuerdo con la cual el poder constituyente es «un poder ordenador que obra legítimamente sobre la base del Derecho en vista de un ordenamiento positivo», entendiendo que «el Derecho (Derecho en sí, no la norma) no es originado por el poder constituyente, sino es su condición»²⁰⁵.

No obstante, como es fácil advertir, esta modalidad no supone atribuir al poder constituyente un carácter *jurídico-positivo*. Por supuesto, ello no quita que esta explicación satisfaga en algún modo la doble exigencia de dar cuenta de la normatividad del poder constituyente sin infringir la ‘Ley de Hume’; pero, si se mira con detenimiento, esta concepción del poder constituyente no sirve para explicar los fundamentos originarios de un orden jurídico, sino más bien para trasuntar la existencia de un ‘derecho natural’ anterior y prevalente (es decir, de un conjunto de principios

²⁰¹ GUASTINI, 2011c: 173.

²⁰² Esta es la caracterización ofrecida en BOBBIO, 1962: 109.

²⁰³ MESSINEO, 1946: 10-11.

²⁰⁴ MESSINEO, 1946: 11-12.

²⁰⁵ CASTELLANO, 2012: 29.

éticos con supuesto valor absoluto y universal) del cual dependería en último término el derecho positivo²⁰⁶. Así las cosas, esta modalidad de la concepción analizada no sólo exige compromisos demasiado fuertes (con los postulados del derecho natural clásico) sino que, además (y en lo principal), coloca a la noción de poder constituyente en un plano meramente secundario, como una idea instrumental o expresiva de la ‘ley natural’, con lo cual se pierde la capacidad explicativa que interesa a los juristas cuando se aproximan a este concepto. En suma, no se trata realmente de una concepción que caiga dentro del ámbito de investigación abordado por esta tesis.

2.4.2. La concepción ‘panmoralista’ del poder constituyente

La segunda modalidad que se puede identificar respecto a la concepción analizada es aquella que propuso Carlos S. NINO para defender –discutiendo algunas ideas de Genaro CARRIÓ²⁰⁷– un entendimiento del poder constituyente como *competencia jurídica originaria*. La propuesta de NINO se bifurca dependiendo del contexto de que se trate: según el ‘contexto de descubrimiento’ o según el ‘contexto de justificación’²⁰⁸.

En lo relativo al ‘contexto de descubrimiento’, NINO señala que el concepto de ‘poder constituyente’ puede ser empleado *descriptivamente* para indicar que alguien

²⁰⁶ BOBBIO, 1962: 111.

²⁰⁷ En su conocida monografía de 1973 (*Sobre los límites del lenguaje normativo*, que a partir de 1985 aparece inserta como el ensayo V de *Notas sobre Derecho y Lenguaje*), CARRIÓ concluyó que el concepto de ‘poder constituyente originario’ está desprovisto de toda utilidad teórica (CARRIÓ, 1973: 57). NINO discutió esta tesis de CARRIÓ en un artículo (NINO, 1983) que, con ligeros cambios, fue introducido posteriormente como el capítulo III de *La validez del derecho* (NINO, 1985: 41-68).

²⁰⁸ Esta distinción de la filosofía de la ciencia, trasladada al ámbito del razonamiento jurídico por varios autores, es visiblemente abordada por NINO cuando expresa que los «contextos justificatorios» deben ser cuidadosamente distinguidos de contextos puramente descriptivos «como los de índole sociológica o histórica» (NINO, 1985: 62). La especial atención al contexto de referencia, por cierto, es una característica constante en la obra de NINO. Por ejemplo, en repetidas ocasiones NINO expresó que la controversia entre positivistas y antipositivistas «está principalmente provocada por su falta de reconocimiento del hecho de que expresiones como ‘derecho’ (y ‘deber jurídico’, ‘derecho subjetivo’, etc.) pueden ser legítimamente usadas, ya sea con un significado normativo o con un significado descriptivo» (NINO, 1985: 171). En otra de sus conocidas obras, NINO presentó seis diferentes conceptos de derecho (dos ‘descriptivos’, tres ‘normativos’ y uno ‘mixto’), cuyo empleo depende también del contexto (NINO, 1992: 37-38). Sobre ello, NINO insistió en que «es posible advertir a priori que en los diversos contextos de discurso se usan distintos conceptos de derecho, algunos de los cuales son puramente descriptivos, otros normativos y otros de naturaleza mixta. Lo mismo se aplica, por cierto, a conceptos sistemáticamente relacionados con el derecho como el de norma jurídica, validez jurídica, obligación jurídica, derecho subjetivo, acto antijurídico, responsabilidad jurídica, sistema jurídico de cierto estado, etc.» (NINO, 1994: 39). Esta consideración especial a los usos del lenguaje, en el análisis de los conceptos jurídicos, se evidencia también en la presentación que NINO realiza respecto de la noción de ‘poder constituyente’, como se mostrará enseguida.

posee tal ‘poder’. Ahora bien, la verdad o falsedad de los enunciados que indican que alguien posee el poder constituyente depende, como el mismo autor expresa, de circunstancias fácticas: «depende exclusivamente de ciertos hechos, como actos lingüísticos, prácticas sociales, actitudes, etc.»²⁰⁹. Sobre la base de estas consideraciones, NINO razona que es posible dar cuenta de cómo se emplea el concepto de poder constituyente en este contexto descriptivo, si se lo entiende como una ‘competencia jurídica originaria’ para dictar normas de índole constitucional que deriva «no de normas dictadas por otros órganos, sino de normas dictadas por los mismos órganos que se autoatribuyen tal competencia, y, en última instancia, de las reglas de reconocimiento del sistema»²¹⁰. Es decir, cuando se indica de modo descriptivo que alguien posee el poder constituyente, ello equivale a decir –según NINO– que alguien tiene una competencia jurídica originaria adquirida por ‘auto atribución’ o, en último término, por reconocimiento social generalizado²¹¹.

De acuerdo con el mismo autor, con un concepto así se podría construir un razonamiento explicativo encabezado por premisas descriptivas: la descripción de la ‘auto atribución’ de una competencia originaria para dictar normas constitucionales y la descripción del reconocimiento social generalizado que dichas normas, en definitiva, han alcanzado. Luego, a partir de estas premisas descriptivas, se extrae una conclusión asimismo *descriptiva*: la aserción de que alguien tiene una ‘competencia jurídica originaria’ a la que se denomina ‘poder constituyente’. Con ello, según NINO, se evitaría la infracción a la ‘Ley de Hume’²¹².

Por otra parte, en lo relativo al ‘contexto de justificación’, NINO sostiene que el uso de la expresión ‘poder constituyente’ suele emplearse no solamente en enunciados descriptivos, sino también –y quizás con mayor énfasis– en enunciados con los que se pretende *justificar* actos y decisiones, específicamente aquellos que tienen que ver con el dictado de normas jurídicas vigentes en forma no delegada²¹³. En este sentido, NINO afirma que, si se quiere reconstruir el concepto de ‘poder constituyente’ tal cual es empleado en enunciados que expresan razones para la acción, entonces «no es suficiente

²⁰⁹ NINO, 1985: 50.

²¹⁰ NINO, 1985: 67.

²¹¹ NINO, 1985: 51-52.

²¹² NINO, 1985: 47-52.

²¹³ NINO, 1985: 52-53.

concluir que las aplicaciones de ese concepto presuponen juicios descriptivos acerca de la vigencia de normas jurídicas»²¹⁴. Y es que, para el autor citado, la pretensión de justificar decisiones exclusivamente sobre la base de la descripción de las normas emitidas por «los órganos soberanos del sistema», sin recurrir a ninguna «consideración valorativa», es una forma de *positivismo ideológico*²¹⁵ que genera un ‘empleo espurio’ de la noción de competencia²¹⁶.

El remedio contra esta «grave confusión conceptual», según NINO, consistiría en reconocer abiertamente que la fundamentación de los juicios acerca de la «competencia jurídica del poder constituyente», en contextos justificativos, «depende de consideraciones de filosofía moral acerca de la legitimación del poder político y de la obligación de obedecerlo»²¹⁷. Consecuente con esta idea, NINO afirma que, en el contexto de justificación, el poder constituyente opera también como una ‘competencia jurídica originaria’ que no presupone genuinas normas jurídicas sino, por el contrario, «juicios de adhesión normativa»²¹⁸ que consisten tanto en «juicios acerca de principios morales generales» como en «juicios fácticos acerca de la vigencia de ciertas normas jurídicas»²¹⁹.

Como se puede advertir, subyace a esta propuesta de NINO una concepción del derecho necesariamente conectada con la moral (‘panmoralismo’, como él mismo la llama²²⁰). De acuerdo con esta concepción, incluso el propio concepto de ‘competencia jurídica’, cuando es empleado en contextos justificativos, es un concepto *moral*²²¹. Ello significa, en criterio del citado autor, que «no hay justificación jurídica de actos y decisiones que sea independiente de consideraciones de índole moral. La justificación

²¹⁴ NINO, 1985: 67.

²¹⁵ NINO, 1985: 62-66.

²¹⁶ NINO, 1985: 65-66.

²¹⁷ NINO, 1985: 66.

²¹⁸ Definidos por NINO como juicios de valor que se caracterizan porque presuponen «no sólo un principio general de índole moral [...] sino también un juicio fáctico acerca de la vigencia de cierta prescripción o norma jurídica, cuyo reconocimiento u observancia el juicio en cuestión valora positivamente» (NINO, 1985: 60).

²¹⁹ NINO, 1985: 68.

²²⁰ NINO, 1985: 62.

²²¹ Para NINO, toda atribución de competencia jurídica (sea originaria o derivada) implica, en el contexto justificativo, un compromiso moral; ‘jurídico’ y ‘moral’, desde esta perspectiva, no son para NINO calificativos excluyentes (NINO, 1985: 63). Es interesante notar que estas ideas de NINO antecieron por mucho (más de un cuarto de siglo) a la propuesta que, en términos casi idénticos, formuló Ronald DWORKIN en su *Justice for Hedgehogs* (2011), la que es considerada por muchos autores anglosajones contemporáneos como una ‘novedad’ en la materia.

jurídica es una *especie* de justificación moral que se distingue por tomar en cuenta (como datos fácticos relevantes) la vigencia de ciertas normas»²²². En conclusión, utilizar el concepto de poder constituyente en el contexto de justificación exige, según NINO, «la aplicabilidad de ciertos principios de justicia y moralidad social que establecen en qué condiciones cabe observar y reconocer las directivas de quienes detentan el monopolio de la coacción en una comunidad»²²³.

Sobre la base de estas ideas, el mismo autor considera que se puede construir un razonamiento justificativo en el que la premisa mayor sea un juicio de valor (al modo de: «Debe reconocerse y observarse las normas que dictan quienes detentan el poder coactivo en una comunidad»); adicionalmente, el mismo razonamiento estaría compuesto por premisas descriptivas: las que describen los actos de ‘auto atribución’ y, en último término, el reconocimiento social generalizado de las normas dictadas por los sujetos constituyentes; y, finalmente, a partir de las anteriores premisas, se podría derivar una conclusión normativa acerca de cómo debe actuarse, esto es, una conclusión que indica razones para la acción (y que permite justificar actos y decisiones). De este modo –es decir, pasando de premisas *normativas* a una conclusión asimismo *normativa*– NINO señala que se pueden construir razonamientos justificativos válidos utilizando este concepto de poder constituyente, y ello sin infringir la ‘Ley de Hume’²²⁴.

Pasaré ahora a las correspondientes críticas. La concepción del poder constituyente de NINO está claramente construida con un propósito central: superar el escollo de la ‘Ley de Hume’ que CARRIÓ había identificado (y criticado) al analizar los conceptos dogmáticos de ‘poder constituyente’ elaborados por los constitucionalistas²²⁵. Con ese

²²² NINO, 1985: 63 (cursivas en el texto original).

²²³ NINO, 1985: 62.

²²⁴ NINO, 1985: 61.

²²⁵ CARRIÓ, 1973: 32, 78-85. Este objetivo se advierte con claridad en NINO, 1985: 47 y ss., donde el autor se refiere a la ‘Ley de Hume’ utilizando (como sinónimo) la expresión ‘falacia naturalista’ (NINO, 1985: 48, 50-51). Cabe destacar, por cierto, que el propio Carlos NINO contribuyó con estas ideas a poner en crisis la denominada ‘doctrina de las normas *de facto*’ elaborada jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina a lo largo del s. XX. Según dicha doctrina, las normas jurídicas dictadas por los gobiernos *de facto* no eran susceptibles de ser revisadas judicialmente porque se consideraban válidas en razón de su origen y en la medida en que era necesario legislar para gobernar. Pero a partir del proceso de democratización iniciado a finales de 1983 en Argentina (en el que NINO ejerció como asesor del presidente Raúl Alfonsín), tal doctrina fue reconsiderada «gracias a la filosofía del derecho» (NINO, 1994: 69). NINO se refiere a que, dos días después de asumir la presidencia, Alfonsín propuso al Congreso la *anulación* de una ley de ‘autoamnistía’ que el saliente gobierno militar había puesto en vigor para bloquear cualquier juzgamiento de violaciones a los derechos humanos (NINO, 1994: 70); dicha propuesta de anulación –que fue acogida en el Congreso por unanimidad, y que posteriormente

específico objetivo, tomado casi como un desafío, NINO ideó una forma de comprensión del poder constituyente que, ante todo, fuera capaz de evitar dicha infracción lógica tanto en el contexto descriptivo como en el contexto justificativo, lo cual rescataría al concepto en cuestión del diagnóstico de inutilidad teórica sostenido por CARRIÓ. No obstante, como espero mostrar, creo que los resultados no son del todo convincentes.

2.4.2.1. Críticas de la concepción analizada en contextos descriptivos

Respecto al ‘contexto de descubrimiento’, la presentación que hace NINO sobre el poder constituyente resulta muy sugerente y en buena medida persuasiva. Lo cuestionable es que lo caracteriza concluyentemente como una ‘competencia *jurídica* originaria’, sin profundizar mucho en las complejidades de semejante propuesta. *A priori*, uno se podría preguntar qué razones ofrece NINO para una caracterización *jurídica* en este contexto, siendo que las propiedades definitorias de este concepto (según el propio autor) consistirían en *hechos* sociales efectivamente ocurridos; así, si de ‘circunstancias fácticas’ es que dependen tanto la verificación de que un sujeto o sujetos se hayan ‘auto atribuido’ el poder para dictar normas constitucionales²²⁶, cuanto la confirmación de que esas normas gozan de un reconocimiento social generalizado, entonces ¿por qué no admitir que se trata simplemente de un poder *de hecho*?

Se podría ensayar, con todo, una respuesta para esta cuestión a partir de una lectura ‘interpretativa’ del texto de NINO: quizás el citado autor concibe al poder constituyente como una ‘competencia *jurídica* originaria’ en el mismo contexto descriptivo, precisamente porque considera que tal poder está conferido por normas jurídicas;

motivó un giro en la jurisprudencia de la Corte Suprema— se fundamentaba en que «la validez de las normas jurídicas, por tratarse de una propiedad normativa que implica que la norma debe ser obedecida, no puede derivar de meras circunstancias de hecho, como ser el centro de la fuerza en una sociedad» (NINO, 1994: 69-70). Y es que, según NINO, sostener la validez de las normas *de facto*, sobre la base exclusiva del reconocimiento de ciertos hechos, significa incurrir en una falacia «suficientemente clara» que aparece «con toda evidencia»: la «falacia naturalista» (NINO, 1994: 71).

²²⁶ Cabe mencionar que NINO considera que la ‘auto atribución’ de la competencia normativa es una contingencia prescindible para la comprensión del concepto de ‘poder constituyente’; puede no darse en los hechos o, si se da, «suele ser superflua» (NINO, 1985: 51). Lo importante para el referido autor es la condición de que las normas dictadas por el sujeto constituyente sean generalmente reconocidas en la sociedad de que se trate.

‘jurídicas’ en un sentido *lógico* (aunque no en un sentido *cronológico*²²⁷). Aunque NINO no desarrolla propiamente este argumento, sí que parece dejarlo planteado; afirma que el reconocimiento general dentro de una comunidad, respecto a la calidad de ‘autoridades’ que se guarda sobre quienes llegaron al poder por vías ilegales y se mantuvieron efectivamente en esa condición, «implica en sí mismo la vigencia de una *norma*, del tipo de la regla de reconocimiento de Hart»²²⁸. De ahí se sigue, en opinión de NINO, que existe una implicación «de índole lógica»: de la verdad de los enunciados acerca del reconocimiento general de ciertas autoridades y de las normas que han sido por ellas dictadas, se sigue la verdad del enunciado acerca de la vigencia de aquellas normas²²⁹.

El argumento de NINO, sin duda alguna, es original y lúcido. Pero, a pesar de ello, también me parece criticable por las siguientes razones:

- i. Ante todo, afirmar que el reconocimiento social generalizado *implica en sí mismo la vigencia de una norma* (la ‘regla de reconocimiento’), supone, o bien una forma imprecisa de usar el lenguaje, o bien la convicción de que aquella es una genuina norma jurídica que ha entrado en vigor, lo que no parecería coincidir con ninguna de las dos tesis que usualmente se han ofrecido respecto de la ‘naturaleza’ u ontología de aquella construcción ‘hartiana’: ni como una *regla conceptual*²³⁰ ni como una *práctica social*²³¹ (aunque, curiosamente, NINO parece aceptar *ambas* tesis en otro de sus trabajos²³²).

²²⁷ Ello, dado que efectividad de las normas de ‘auto atribución’ o, en cualquier caso, el reconocimiento social generalizado de las normas dictadas por los ‘sujetos constituyentes’, desde un punto de vista cronológico se advierten con *posterioridad* a la intervención de tales sujetos. Me referiré a esto, con mayor detalle, en el Capítulo II de esta tesis.

²²⁸ NINO, 1985: 51 (cursivas en el texto original).

²²⁹ NINO, 1985: 51.

²³⁰ Bajo esta tesis, la ‘regla de reconocimiento’ es comprendida como una regla conceptual que fija los criterios últimos de identificación del derecho válido (BULYGIN, 1976: 35), es decir, los criterios para identificar un orden jurídico y las correspondientes normas que pertenecen a los diversos sistemas de ese orden (BULYGIN, 1991a: 278; BULYGIN, 1991b: 316-318).

²³¹ Bajo esta otra tesis, en cambio, la ‘regla de reconocimiento’ es entendida como una regla o práctica social desarrollada por el conjunto de los jueces y órganos de aplicación del derecho, que prescribe a cada uno de éstos el uso de reglas y estándares que satisfagan determinados criterios últimos de validez jurídica para fundamentar sus decisiones (RUIZ MANERO, 1990: 138).

²³² Por una parte, *vid.* NINO, 1973: 91; por otra parte, *vid.* NINO, 1973: 110-111. Quizás esto no signifique una contradicción, sino la suscripción de una tesis integradora de las diversas ‘dimensiones’ (o funciones) que tendría la ‘regla de reconocimiento’. En este sentido, por ejemplo, ATIENZA y RUIZ MANERO presentan a la regla de reconocimiento como una entidad que aglutina una dimensión conceptual, una dimensión directiva y, además, una dimensión valorativa (ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996: 154-155).

Pero incluso si se acepta que, en algún sentido, cabe predicar ‘vigencia’ respecto de una ‘regla de reconocimiento’²³³, el razonamiento de NINO nada específico nos dice respecto al porqué de la *juridicidad* de la competencia originaria en que consistiría el poder constituyente. El argumento podría servir para mostrar que las normas dictadas *de hecho* (en un primer momento), por quienes luego serán reconocidos como ‘autoridades’ oficiales (en un segundo momento), al final pueden ser identificadas como normas *vigentes* dentro de un determinado ordenamiento jurídico (precisamente por haber operado tal reconocimiento); sin embargo, el argumento no permite explicar a cuenta de qué se ha de concebir al poder constituyente, en este contexto descriptivo, como una ‘competencia *jurídica* originaria’: no existen razones expresas que permitan articular tal conclusión.

Así las cosas, aunque se pueda aducir que el razonamiento explicativo propuesto por NINO para dar cuenta del concepto de ‘poder constituyente’ evita la infracción a la ‘Ley de Hume’ –porque extrae una conclusión descriptiva a partir de premisas igualmente descriptivas–, de todos modos tal razonamiento resultaría lógicamente inválido por la comisión de un *non sequitur*: de esas premisas descriptivas no se sigue la conclusión que se describe (que alguien ostenta una ‘competencia *jurídica* originaria’).

- ii. Ahora bien, es posible aducir que el argumento de NINO es *entimemático* en el sentido de que incluiría una premisa no expresada. Esta premisa podría reconstruirse como sigue: si, en virtud del reconocimiento de las nuevas autoridades oficiales y de su actividad, ocurre que pueden ser identificadas como normas *vigentes* de un ordenamiento jurídico ciertas normas que inicialmente fueron dictadas *de hecho*, ello será porque se ha reconocido también (implícitamente) la capacidad que aquellas autoridades tenían para dictar normas; es decir, se habría reconocido tácitamente la competencia normativa *originaria* de tales autoridades, competencia a la que cabría denominar ‘poder constituyente’.

²³³ Entendiendo, por ejemplo, que el término ‘vigencia’ se ha empleado como sinónimo de ‘aceptación’ o ‘uso generalizado’ (de una práctica social o de una regla conceptual, según fuere el caso).

No obstante, también en esta reconstrucción del argumento de NINO sigue faltando una pieza: sólo se habría explicado por qué el reconocimiento colectivo de las autoridades oficiales y de las normas por ellas dictadas implica el reconocimiento de una ‘competencia’ normativa. Pero no se habría explicado *por qué* esta competencia resulta ‘jurídica’ (y no ‘de hecho’, como podría pensarse si se tiene en cuenta que esta ‘competencia’ normativa no es conferida por ninguna norma *jurídica*²³⁴).

- iii. Se podría insistir en la defensa del argumento de NINO y decir que no hay ninguna pieza faltante, pues la aludida competencia normativa originaria en que consistiría el poder constituyente sería *jurídica* –no por haber sido conferida por una norma jurídica de competencia, sino– por haber obtenido su *fundamento de validez* de la ‘regla de reconocimiento’. Pero este sería un paso indudablemente desencaminado, pues no parece que en la obra de HART –ni tampoco en las interpretaciones más visibles de su teoría del derecho– se haya asignado a la ‘regla de reconocimiento’ la función de conceder u otorgar *fundamento jurídico* a las normas o a los poderes normativos²³⁵. Las tesis interpretativas acerca de la ‘regla de reconocimiento’ pueden hallarse en disputa respecto a muchas cuestiones, pero en lo que no parece haber controversia es en la comprensión de que ‘reconocimiento’ no significa ‘fundamento’²³⁶.
- iv. Pero incluso si, por virtud del argumento, se asumiera por un instante que la ‘regla de reconocimiento’ tuviera la función de conceder *fundamento jurídico* al poder constituyente –entendido, según la anterior reconstrucción del argumento de NINO, como una competencia normativa originaria implícitamente reconocida cuando se

²³⁴ Salvo que se asuma que esa norma *jurídica* es la ‘regla de reconocimiento’. Pero ninguna de las tesis dominantes respecto a la explicación de la ‘regla de reconocimiento’ la concibe como una norma *jurídica*, perteneciente al derecho positivo. Así, desde la concepción de la ‘regla de reconocimiento’ como *regla conceptual*, se comprende que ésta *no es una norma*, pues no ordena ni autoriza nada y su función es más bien la de un instrumento conceptual de identificación; *ni tampoco es jurídica*, pues no pertenece a ningún ordenamiento jurídico específico, sino que *se refiere* a alguno de ellos (GUASTINI, 2013a: 89). Y también desde la concepción de la ‘regla de reconocimiento’ como *práctica social* se admite que la ‘regla de reconocimiento’ «no es un enunciado jurídico como los demás; incluso, si se restringen los enunciados jurídicos a los producidos de acuerdo con el sistema, no es ni siquiera un enunciado jurídico: la regla de reconocimiento sólo puede expresarse en un metalenguaje y no puede formar parte del lenguaje objeto, esto es, del Derecho positivo. Por ello, no puede sostenerse que la regla de reconocimiento se identifica con alguna norma, o normas, del ordenamiento» (ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996: 147).

²³⁵ Una excepción puede encontrarse en VILAJOSANA, 2007: 40: «Como cierre del sistema se requiere una regla que *confiera validez* al resto de normas, pero de la cual no tenga sentido predicarla. Esta regla es la regla de reconocimiento» (cursivas añadidas). Una crítica inspirada por las ideas de este autor sobre la ‘regla de reconocimiento’ puede verse en GUASTINI, 2019a.

²³⁶ Véase, en este sentido, GUASTINI, 2013a: 87; y GUASTINI, 2019a: 12.

considera como *vigentes* a ciertas normas inicialmente dictadas *de facto*–, ocurriría entonces que el ‘poder constituyente’ sería, en un importante sentido, un poder *constituido*: constituido como poder normativo válido por una regla que le concede fundamento jurídico. No obstante, como se puede intuir, resultaría extraño decir que un poder al que se denomina ‘constituyente’ resulte ser ‘constituido’; ello determinaría que la concepción que así lo expresare incurra en una auto-contradicción²³⁷.

- v. Finalmente, y dejando de lado cualquier posible lectura interpretativa de NINO, lo que sí parece claro en su propuesta es que vuelve dependiente el concepto de ‘poder constituyente’ del concepto de ‘regla de reconocimiento’. No queda tan claro en qué modo se daría esta relación conceptual, y sobre todo no queda nada claro por qué dicha relación implicaría la *juridicidad* del poder constituyente; pero es innegable que el comentado autor estipula tal relación para dotar de sentido a la existencia de una ‘competencia jurídica originaria’ reconstruida en contextos descriptivos.

Pues bien, mi última crítica a NINO en esta sección es que, como quiera que sea reconstruida, su propuesta elimina al poder constituyente como fundamento original del derecho positivo, que es el sentido que usualmente le atribuyen juristas, dogmáticos y teóricos del derecho²³⁸ cuando se refieren a éste como un poder ‘último’ que no necesita de ninguna norma que lo autorice²³⁹. Y es que, si el poder constituyente dependiese de la ‘regla de reconocimiento’ (en el sentido que fuere), entonces dicho poder sólo sería el resultado de la puesta en funcionamiento de esta regla. Bien podría decirse, incluso, que –siguiendo la propuesta de NINO– la explicación acerca del poder constituyente consistiría simplemente en dar cuenta de una mera implicación a partir de otra explicación distinta (la atinente a las prácticas de reconocimiento de ciertos hechos sociales); precisamente por ello, explicar el concepto de ‘poder constituyente’ sería algo así como proveer detalles de algo implícito que no sería realmente necesario detallar para los objetivos principales.

Por todas las razones antes expresadas, la concepción de NINO sobre el poder constituyente en el contexto descriptivo no termina de persuadir. En todo caso, me

²³⁷ GUASTINI, 1996b: 315; GUASTINI, 2005: 204.

²³⁸ Véase, por todos, FERRAJOLI, 2007a: 850.

²³⁹ BOBBIO, 1964: 73.

parece justo reconocer que su propuesta acerca de una ‘competencia normativa originaria’ implicada por el reconocimiento social generalizado, si bien no convence en lo tocante a su supuesta *juridicidad*, ni tampoco en su equivalencia con el concepto de ‘poder constituyente’ predominante en la cultura jurídica, sí que tiene el mérito de provocar una reflexión muy importante de cara a estudiar el fenómeno de la ‘auto atribución’ normativa, que será abordado en el capítulo II de esta tesis como uno de los rasgos de que caracterizan al ‘sujeto constituyente’.

2.4.2.2. Críticas de la concepción analizada en contextos justificativos

En el contexto de justificación, como se reseñó antes, NINO también propone concebir al poder constituyente como una ‘competencia jurídica originaria’; la diferencia es que el uso de este concepto para fines justificativos, según el autor citado, ya no puede presuponer simplemente una descripción de normas ‘vigentes’, sino que su aplicación exige una *debida* fundamentación que depende tanto de juicios fácticos como de juicios de valor acerca de los principios morales que legitiman dicho poder. A criterio de NINO, son esos principios ideales de legitimación política –y no normas del derecho nacional o internacional– los que sirven de ‘puente’ entre ciertos datos fácticos (tales como el efectivo control de la coacción estatal) y la conclusión de que ciertos individuos poseían facultades normativas²⁴⁰.

Es decir, el autor ideó un modo de evitar la infracción a la ‘Ley de Hume’ en los razonamientos que, utilizando el concepto de ‘poder constituyente’, se dirigen a la justificación de acciones y decisiones; pero lo hizo a costa de presuponer una concepción ‘moralizada’ del derecho, donde toda labor de justificación jurídica se encuentra condicionada por valoraciones de índole moral. En este contexto, pues, podría decirse que NINO perfila al poder constituyente como una *competencia moral* para dictar las normas básicas del sistema²⁴¹. Esta caracterización no resulta sorprendente si se tiene en cuenta la particular concepción de NINO acerca de la noción de competencia jurídica, según la cual (y como se recordará) toda competencia jurídica *es* una competencia moral dentro del contexto justificativo. Con ello, se puede concluir que la

²⁴⁰ NINO, 1985: 46.

²⁴¹ IOSA, 2017: 414.

concepción del poder constituyente que NINO propone en este contexto puede ser vista, en cierto sentido, como una estrategia iusnaturalista refinada que, al igual que la concepción analizada en el apartado 3.4.1., tampoco expresa propiamente una definición de ‘poder constituyente’ en sentido *jurídico-positivo*.

El costo que implica postular una concepción del poder constituyente con unos presupuestos tan cargados se puede evidenciar en una serie de críticas que ya otros autores han dirigido sobre estas ideas de NINO²⁴². Pero, más allá de las posibles críticas, hay que decir que el concepto de ‘poder constituyente’ que se extrae de estas ideas (un concepto claramente ‘normativo’) no resulta de interés para los propósitos de esta tesis, en el sentido de que este trabajo se limita a analizar y modelar un conjunto de propiedades relevantes que permitan la *descripción* de toda instancia paradigmática que cae bajo el ámbito en que se aplica la expresión ‘poder constituyente’ (y no así las propiedades que eventualmente permitan la *justificación* de los actos y decisiones adoptados en nombre de dicho poder).

En conclusión, la propuesta de NINO en torno a la formulación de un concepto de ‘poder constituyente’ para los contextos descriptivos y justificativos ofrece una batería de argumentos sumamente útiles que contribuyen a la discusión y al refinamiento conceptual. Sin embargo, por las razones previamente anotadas, considero que sus planteamientos centrales no son persuasivos y no pueden suscribirse. Ello, claro está, sin perjuicio de que varios de los elementos de comprensión aportados por el mencionado autor puedan ser utilizados como engranajes de una propuesta diversa, como la que se ensayará posteriormente aquí en esta tesis.

2.4.3. La concepción del poder constituyente atribuido por la ‘Grundnorm’

Finalmente, para terminar la revisión y crítica de las modalidades que expresan una concepción del poder constituyente como poder *jurídico*, analizaré la inicial propuesta de Norberto BOBBIO que, sobre este tema, consta en su *Teoria dell’ ordinamento giuridico* de 1960. Digo ‘inicial’ porque, como es conocido, BOBBIO cambiaría de

²⁴² Véase, por ejemplo, IOSA, 2017: 410-416, donde se dirigen tres objeciones a la comprensión del poder constituyente como *competencia moral* (de acuerdo con la tesis de NINO).

opinión sobre el concepto de ‘poder constituyente’ unos pocos años después. De todos modos, se trata de una forma de concepción del poder constituyente que conviene exponer brevemente.

En la citada obra de 1960, BOBBIO parte de la consideración de que toda norma presupone un poder normativo; luego, si hay normas constitucionales, tiene que haber un poder normativo del cual éstas se deriven: «este poder es el poder constituyente»²⁴³. El citado autor concibe al poder constituyente como «el conjunto de las fuerzas políticas que en un determinado momento histórico han tomado ventaja y han instaurado un nuevo ordenamiento jurídico»²⁴⁴; por ello mismo, lo caracteriza como el «poder último» o bien como el poder «supremo» u «originario» del ordenamiento que constituye²⁴⁵.

Ahora bien, según BOBBIO, así como toda norma jurídica presupone un poder jurídico, todo poder normativo presupone a su vez una norma que lo autoriza a producir normas jurídicas; de este modo, si el poder constituyente es concebido como un poder normativo, entonces –según el mismo autor– habrá que presuponer una norma que le atribuya al poder constituyente la facultad de producir normas jurídicas: «esta norma es la norma fundamental»²⁴⁶. En otras palabras, según el citado autor, «[l]a norma jurídica que produce el poder constituyente es la norma fundamental»²⁴⁷. De esto se sigue, según BOBBIO (o, mejor dicho, según este ‘primer’ BOBBIO), que el poder constituyente puede ser considerado como un poder *jurídico*, al ser el producto de una norma *jurídica*²⁴⁸.

Así, pues, BOBBIO predica de la ‘norma fundamental’ *kelseniana* la característica de ser una norma jurídica *atributiva*, en el sentido de que atribuye a los ordenamientos constitucionales «el poder de emanar normas válidas» (es decir, el poder constituyente)²⁴⁹. Para cumplir esa función, BOBBIO alega que no hay ningún problema con que la *Grundnorm* no esté expresada; en su criterio, «que no sea expresa no

²⁴³ BOBBIO, 1960: 52.

²⁴⁴ BOBBIO, 1960: 61.

²⁴⁵ BOBBIO, 1960: 52.

²⁴⁶ BOBBIO, 1960: 52.

²⁴⁷ BOBBIO, 1960: 53-54.

²⁴⁸ BOBBIO, 1960: 53.

²⁴⁹ BOBBIO, 1960: 52.

significa que no exista»²⁵⁰, y si se presupone que la ‘norma fundamental’ es el «fundamento de legitimidad de todo el sistema», entonces ella puede ser sencillamente formulada del siguiente modo: «El poder constituyente está autorizado a emanar normas obligatorias para toda la colectividad», o bien «La colectividad está obligada a obedecer las normas emanadas del poder constituyente»²⁵¹.

Sin embargo, cuatro años más tarde, BOBBIO cambió de parecer. A partir de su artículo *Sul principio di legittimità*, de 1964, el autor piamontés expresaría que el poder ‘último’ (el poder constituyente)²⁵² «no necesita ninguna legitimación jurídica», esto es, no necesita de ninguna norma que lo autorice²⁵³; y es que, siendo un poder ‘supremo’, agrega, «es legítimo por el solo hecho de existir», «independientemente de cualquier norma»²⁵⁴. De acuerdo con BOBBIO, que de la ‘sola existencia’ del poder ‘último’ se derive su legitimidad significa que aquél es legítimo simplemente por «el hecho de ser efectivamente obedecido»; en otras palabras, tal legitimidad «depende de su eficacia»²⁵⁵.

Con este cambio, como se puede advertir, la ‘norma fundamental’ en la teoría de BOBBIO (por así decirlo) «se cae a pedazos»²⁵⁶: termina siendo para este autor «perfectamente superflua» en su función de norma *atributiva* del poder ‘último’²⁵⁷. Es bajo esta nueva presentación que BOBBIO (este ‘segundo’ BOBBIO) concluye que el poder constituyente, entendido como un poder ‘último’ que no necesita ninguna norma habilitante, «es, y *no puede no ser*, un poder de hecho»²⁵⁸ (como ya antes en esta tesis se había citado).

²⁵⁰ BOBBIO, 1960: 54.

²⁵¹ BOBBIO, 1960: 53-54.

²⁵² Aunque en el citado trabajo de 1964 se utilizan siempre expresiones tales como ‘sumo poder’, *summa potestas*, ‘poder último’, ‘poder supremo’, etc., queda claro que la referencia de BOBBIO es al ‘poder constituyente’. Así se asume, por ejemplo, en GUASTINI, 2005: 204.

²⁵³ BOBBIO, 1964: 73.

²⁵⁴ BOBBIO, 1964: 73-74.

²⁵⁵ BOBBIO, 1964: 73. Se puede asumir, pues, que para BOBBIO la *eficacia* del poder constituyente es condición necesaria de su *existencia*.

²⁵⁶ La expresión es de GUASTINI (GUASTINI, 2012: XIV). Este notorio despojo también es reseñado en RUIZ MANERO, 2010: 97.

²⁵⁷ BOBBIO, 1964: 73. De todos modos, en otro pasaje del mismo trabajo citado, BOBBIO parece reservarles algún lugar a la *Grundnorm*, pues sostiene que el poder ‘último’ es «el fundamento, el único fundamento, de legitimidad de la norma fundamental» (BOBBIO, 1964: 74).

²⁵⁸ BOBBIO, 1964: 73 (cursivas añadidas).

Pues bien, corresponde ahora efectuar un par de comentarios críticos sobre estas dos tesis antagónicas de BOBBIO. Con la primera propuesta, el citado autor caracterizaba al poder constituyente como un poder *jurídico* autorizado por la ‘norma fundamental’²⁵⁹. Construyendo esta relación conceptual, quizás BOBBIO trataba de evitar la infracción a la ‘Ley de Hume’ (aunque esto es simplemente una hipótesis); pero incluso si esto último hubiese sido así, lo cierto es que su propuesta adolecía de tres defectos: a) suponía una interpretación desencaminada de la ‘norma fundamental’ *kelseniana*; b) incurría en una contradicción conceptual; y, c) provocaba una ‘paradójica consecuencia’. Iré por partes y de modo muy sintético.

- a) Suponer que la ‘norma fundamental’ tenga la capacidad de *atribuir* o *producir* el poder constituyente –esos son los verbos empleados por el ‘primer’ BOBBIO– equivale a asumir que la *Grundnorm* ideada por KELSEN posee las funciones de una genuina norma *jurídica*: una norma jurídica de competencia. Pero como el propio KELSEN se encargó de aclarar, la ‘norma fundamental’ por él teorizada no consiste en una norma jurídico-positiva sino en una hipótesis de la ciencia del derecho (que dicho autor caracterizó inicialmente como una *presuposición*²⁶⁰ y posteriormente como una *ficción*²⁶¹). Por tanto, la interpretación de la ‘norma fundamental’ como norma jurídica atributiva del poder constituyente resultaba bastante extraña.

- b) Aunque se supusiera que, de algún otro modo, el poder constituyente ‘depende’ de la ‘norma fundamental’, ello daría como consecuencia una tesis contradictoria. La contradicción resulta de la imposibilidad conceptual de caracterizar al poder constituyente como un poder normativo *último* y, a la vez, dependiente de una norma *anterior* (la ‘norma fundamental’). Si se acepta que un poder ‘último’ no puede depender de una norma anterior, entonces se tiene

²⁵⁹ Como se ha señalado en GUASTINI, 2013a: 86 [38], esta tesis también se puede encontrar de cierto modo en un trabajo del propio KELSEN, en donde este autor, sin referirse expresamente al ‘poder constituyente’, manifiesta que «la norma básica autoriza, al individuo o suma de individuos que instauraron la primera constitución histórica, a producir normas que representan esa primera constitución histórica» (KELSEN, 1964: 114).

²⁶⁰ KELSEN, 1960: 208.

²⁶¹ KELSEN, 1979: 256.

que aceptar que un poder que dependa de una norma anterior ya no puede ser (por razones *lógicas*) un poder ‘último’²⁶².

- c) Finalmente, la ‘paradójica consecuencia’ consiste en que el poder constituyente deja de ser propiamente ‘constituyente’ si resulta que es producido o, de cualquier modo, ‘constituido’ por la ‘norma fundamental’: como en varias ocasiones lo ha señalado Riccardo GUASTINI, es paradójico hablar de un poder ‘constituyente’ *constituido* por una norma²⁶³.

Estas tres deficiencias fueron corregidas por el mismo BOBBIO al formular su ulterior propuesta de comprensión del poder constituyente. Como se vio, el giro que tomó el referido autor le llevó a caracterizar aquel poder ya sin relacionarlo conceptualmente con la ‘norma fundamental’ *kelseniana*, y con todas las consecuencias que podían extraerse de su calificación como poder ‘último’. No obstante, al establecer que este poder supremo no necesita ser ‘legitimado’ jurídicamente porque su ‘legitimidad’ depende simplemente del hecho de su existencia (esto es, del hecho de ser «efectivamente obedecido»), BOBBIO habría incurrido en un problema diverso. Y es que, como se vio antes en este capítulo (sección 2.2.2.), el poder constituyente sólo puede ser reconocido *ex post*, a partir de la verificación de los hechos que efectivamente han producido el surgimiento del respectivo orden jurídico; así, pues, carece de sentido referirse al poder constituyente *hic et nunc* (‘aquí y ahora’, en tiempo presente) como si fuere concebible su ‘permanencia’ dentro del ordenamiento. Si se acepta lo anterior, entonces, ha de aceptarse también que el poder constituyente no puede ser ‘efectivamente obedecido’ como si de una norma jurídica se tratase.

Claro está que esta crítica puede resultar exagerada si se asume que BOBBIO quizás se estaba expresando con cierta laxitud, y que lo que quiso decir con mayor precisión es que la ‘legitimidad’ del poder constituyente ha de determinarse a partir de la efectividad de las normas que éste ha producido, vale decir, en la medida en que *dichas normas* sean ‘efectivamente obedecidas’. Pero si esto fuere así, BOBBIO estaría reconociendo que las normas producidas por el poder constituyente deben considerarse *normas jurídicas* –que, además, dan origen a un nuevo orden *jurídico*– por el solo *hecho* de que

²⁶² GUASTINI, 2012: XV [30].

²⁶³ GUASTINI, 1996b: 315; GUASTINI, 2001: 19; GUASTINI, 2005: 204; GUASTINI, 2012: XIV; GUASTINI, 2011c: 173.

aquellas sean habitualmente son obedecidas. Y con ello volvemos al punto de partida: el concepto de ‘poder constituyente’ del ‘segundo’ BOBBIO, al presuponer la posibilidad de derivar el derecho a partir de la efectividad de simples hechos, incurriría en la infracción a la ‘Ley de Hume’²⁶⁴.

Aunque el mismo autor enmendaría parcialmente esta presentación unos pocos años más tarde –reconociendo que la efectividad es condición necesaria pero *no suficiente* para la ‘legitimación’ de un sistema jurídico²⁶⁵–, parece evidente que su concepto de poder constituyente como poder ‘último’ y *de hecho* deja intacto el problema analizado en toda esta sección (2.4). Pero ahora es necesario proseguir con el siguiente tema.

2.5. Una estrategia para la viabilidad del poder constituyente como poder ‘fáctico’

Como quedó expuesto a lo largo de toda la sección 2.4., en la literatura pertinente ha habido varios intentos de formulación de un concepto de ‘poder constituyente’ caracterizado como un poder *jurídico*. El común denominador de todas las propuestas antes reseñadas es que suministran razones para presuponer que el origen de los órdenes jurídicos no estriba en simples hechos sino en un poder normativo que en sí mismo es (o puede ser) considerado como ‘jurídico’. Con ello, la producción originaria del derecho es representada dentro de un esquema explicativo donde se recurre a la idea de un poder jurídico originario que genera, a su vez, normas jurídicas (asimismo) originarias.

La aparente bondad de estas propuestas es que, a primera vista, parece que logran evitar (en algunos casos intencionalmente, en otros no) el problema aparejado por la ‘Ley de Hume’. Sin embargo, como asimismo ha quedado mostrado, dicho logro equivale a una ‘victoria pírrica’: los mencionados esfuerzos ocasionan, a cambio, muchos otros problemas para la propia comprensión del poder constituyente. En todo caso, dejando ya de lado aquellas propuestas, me concentraré ahora en analizar una

²⁶⁴ En este mismo sentido, Juan RUIZ MANERO sostiene que estas ideas de BOBBIO incurren «en esa operación lógicamente ilegítima que se conoce con el nombre de falacia naturalista» (RUIZ MANERO, 2010: 101).

²⁶⁵ En 1967, el referido autor volvería a dar un giro a su teoría expresando que «por regla general, no basta que [un ordenamiento jurídico] sea efectivo para ser legítimo. Concurren con la efectividad otros criterios tradicionales que afloran, sobre todo, en los momentos de crisis. Los más importantes de estos criterios tradicionales de legitimación son los siguientes: 1) la voluntad de Dios; 2) el consenso de los miembros del grupo social; 3) la tradición; 4) la necesidad histórica» (BOBBIO, 1967: 57).

concepción del poder constituyente que, incluso caracterizándolo como un simple ‘poder de hecho’, pareciera dar una solución al problema de ‘Ley de Hume’ desde una perspectiva distinta hasta las ahora revisadas.

La concepción a la que me refiero tiene como principal exponente a Riccardo GUASTINI, quien define al poder constituyente como «un poder ‘de hecho’ encaminado a la instauración de un nuevo orden constitucional»²⁶⁶. Que el poder constituyente sea un poder ‘de hecho’ significa que es lo opuesto a un poder ‘jurídico’, y ello en un doble sentido (siguiendo asimismo a GUASTINI): primero, porque no es un poder ‘constituido’ (pues no está previsto ni disciplinado por normas positivas vigentes); y segundo, porque la propia actividad del poder constituyente, por definición, desborda el marco de la legalidad existente (con lo cual se puede decir que su manifestación es siempre ilegal o, en cualquier caso, no-legal)²⁶⁷.

Más concretamente, GUASTINI define al poder constituyente como «el poder que instaure una ‘primera’ constitución»²⁶⁸, esto es, toda constitución emanada *extra ordinem*, fruto de una ‘revolución’ –en sentido amplio– y, por tanto, privada de un fundamento dinámico de validez respecto del ordenamiento jurídico que le precede²⁶⁹. En síntesis, y en palabras del mismo autor, el poder constituyente es «banalmente el hecho por el cual la (primera) constitución nace»²⁷⁰. Conectando esto último con otro concepto que GUASTINI ha desarrollado frecuentemente, podría decirse que, para el citado autor, el poder constituyente es un hecho o, más bien, un *conjunto* de ‘hechos normativos’ que dan origen a la ‘primera constitución’ de un nuevo ordenamiento jurídico²⁷¹.

Hasta aquí, se podría decir que GUASTINI, al definir el poder constituyente como un simple poder ‘de hecho’, presupone que es conceptualmente posible derivar el derecho a partir de ciertos hechos, lo que abriría la puerta para la misma crítica que es posible

²⁶⁶ GUASTINI, 2010: 190; GUASTINI, 2011c: 172.

²⁶⁷ GUASTINI, 2010: 193; GUASTINI, 2011c: 173.

²⁶⁸ GUASTINI, 1998a: 317; GUASTINI, 2010: 189; GUASTINI, 2011c: 171; GUASTINI, 2017: 390 [51].

²⁶⁹ GUASTINI, 1998a: 317; GUASTINI, 2010: 190; GUASTINI, 2011c: 172; GUASTINI, 2017: 390 [51]. Como el propio autor lo indica, el concepto de ‘primera constitución’ es tomado de la obra de Hans KELSEN (*vid.* KELSEN, 1945: 115; KELSEN, 1960: 207-208).

²⁷⁰ GUASTINI, 1998a: 317 [21]; GUASTINI, 2010: 190; GUASTINI, 2011c: 172; GUASTINI, 2017: 390 [51]. *Cursivas en el original.*

²⁷¹ *Vid.* GUASTINI, 2011c: 130, 134-135.

dirigir al ‘segundo’ BOBBIO: la infracción de la ‘Ley de Hume’. Sin embargo, a diferencia de BOBBIO, GUASTINI elimina el análisis acerca de la ‘legitimidad’ del poder constituyente y, además, da un importante paso respecto a la caracterización de las normas producidas por dicho poder. Me detendré, sobre todo, en esta última cuestión.

Para empezar, GUASTINI toma como premisa la distinción entre *existencia* y *validez* y señala que la validez es una propiedad contingente y no una característica definitoria de las normas jurídicas; por ello mismo, agrega, en el discurso de los juristas no es una redundancia decir que existe una ‘norma válida’, ni tampoco es auto-contradictorio decir que existe una ‘norma inválida’²⁷². Bajo esta premisa, GUASTINI sostiene que la ‘primera’ constitución de un nuevo ordenamiento jurídico, pese a tener existencia como un conjunto de normas, no es susceptible de ser analizada en términos de ‘validez’. Esta imposibilidad obedece a que, en sentido estricto, analizar la validez de la ‘primera’ constitución –de acuerdo con GUASTINI– implicaría compararla con alguna otra norma o normas jerárquicamente superiores que regulen su producción, lo que no es conceptualmente posible porque esas normas no existen: por una parte, porque el anterior ordenamiento jurídico ha desaparecido (precisamente por la manifestación efectiva y *extra ordinem* del poder constituyente); y, por otra parte, porque dentro del nuevo ordenamiento jurídico la constitución es –*por definición*– la fuente suprema, tanto desde el punto de vista jerárquico como desde el punto de vista lógico²⁷³.

Por ende, si la ‘primera’ constitución no puede hallar un fundamento dinámico de validez en normas sobre la producción jurídica, entonces –siguiendo al autor citado– es posible inferir como corolario que la ‘primera constitución’ «no es ni válida ni inválida,

²⁷² GUASTINI, 2013b: 69 [37]. En el mismo sentido, ALCHOURRÓN Y BULYGIN explican que, si bien es cierto que los juristas usualmente están interesados en aquellas normas que existen y son válidas, en algunos contextos también se interesan por las normas que, aunque existen, son inválidas: «El caso típico es el de una ley inconstitucional, esto es, una ley dictada por el legislador (y, por lo tanto, existente), pero cuya creación está prohibida por la constitución. Una ley tal es inválida, pero ningún jurista diría que no existe. Es precisamente porque esta ley existe que estamos interesados en su anulación [...] Una norma inexistente no es una norma, pero una norma inválida ciertamente es una norma» (ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1973: 79). Según los mismos autores citados, esta distinción es crucial; no distinguir entre ‘existencia’ y ‘validez’ «es un serio error lógico, pues conduce a un regreso al infinito» (ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1973: 78); además, según los mencionados autores, si la validez fuera una condición necesaria para la existencia de una norma «entonces ni normas inválidas ni normas soberanas podrían existir» (ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1973: 79).

²⁷³ GUASTINI, 1994b: 222; GUASTINI, 1996b: 317; GUASTINI, 1998a: 127; GUASTINI, 2011c: 255-256.

en el ámbito del ordenamiento en el que aquella es la constitución»²⁷⁴. En otras palabras, si se concibe que la constitución es la *unidad de medida* de la validez de todas las demás normas del ordenamiento jurídico, debe concluirse, según GUASTINI, que ella misma no puede ser *medida* en su validez²⁷⁵.

GUASTINI subraya que no hay nada sorprendente en concebir que la ‘primera constitución’ no sea *ni válida ni inválida*²⁷⁶, pues lógicamente resulta imposible que todas las normas de un ordenamiento jurídico sean válidas²⁷⁷; de hecho, afirma que en *todo* ordenamiento existen (y no pueden no existir) este tipo de normas ni válidas, ni inválidas: se trata de las «normas supremas, originarias, o independientes», o sea, «las normas constitucionales»²⁷⁸. En otras palabras –y siempre siguiendo al referido autor–, dado que las normas de la ‘primera constitución’ no pueden ser calificadas como ‘válidas’ ni como ‘inválidas’ desde la perspectiva del ordenamiento jurídico al que pertenecen, puede afirmarse que dichas normas son ‘existentes’, pero que en cambio «no tienen ningún fundamento de validez»²⁷⁹.

Se aprecia aquí nítidamente la antes aludida distinción entre *existencia* y *validez*: para GUASTINI, las normas de la ‘primera constitución’ se consideran jurídicamente existentes y, por tanto, pertenecientes a un determinado ordenamiento jurídico, no porque respondan a ciertos criterios de validez sino porque, *de hecho*, reciben aceptación y observancia por parte de sus destinatarios (es decir, por el ‘principio de efectividad’)²⁸⁰. Así, la ‘primera’ constitución, en palabras de GUASTINI, «‘existe’ jurídicamente –en el sentido de que pertenece al sistema jurídico– sin ser válida»²⁸¹. De

²⁷⁴ GUASTINI, 1998a: 127, 317 [23]; GUASTINI, 2010: 190; GUASTINI, 2011c: 172; GUASTINI, 2017: 390 [51]. Esta tesis se advierte por lo menos desde GUASTINI, 1994b: 222.

²⁷⁵ GUASTINI, 1994b: 222.

²⁷⁶ La misma idea, por ejemplo, se encuentra expresada en VON WRIGHT, 1963: 199; y en ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1973: 100 (*vid.* también, ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1979: 64).

²⁷⁷ GUASTINI, 2013b: 70. Si acaso hubiera un modo de predicar validez a la ‘primera’ constitución, entonces tendría que haber una norma incluso anterior de la que se pudieran extraer los criterios de validez que permitan afirmar que aquella es ‘válida’; pero, si ello fuere así, este mismo hecho demostraría que la ‘primera’ constitución no sería genuinamente la ‘norma última’ dentro del ordenamiento jurídico. Así, pues, si se quiere evitar un regreso al infinito, la cadena de validez de un orden jurídico tiene que terminar con una norma no-válida (*vid.* VON WRIGHT, 1963: 197-199).

²⁷⁸ GUASTINI, 2004b: 254; GUASTINI, 2006: 10; GUASTINI, 2011c: 255, 273. Véase, también, GUASTINI, 1996b: 282 y 315; y GUASTINI, 2010: 61 y 257.

²⁷⁹ GUASTINI, 1996b: 315.

²⁸⁰ GUASTINI, 1998a: 96; GUASTINI, 2010: 64 y 257; GUASTINI, 2011c: 125, 130, 135-136, 172.

²⁸¹ GUASTINI, 2005: 207.

ahí que el citado autor concluya que la ‘validez de la constitución’ es un *nonsense*²⁸² o, en otros términos, que no es sensato preguntarse acerca de la validez (o invalidez) de las normas de la ‘primera constitución’ producidas por el poder constituyente²⁸³.

Estas ideas de GUASTINI, sin embargo, no están exentas de crítica; en lo que sigue, se podrá ver cómo aquellas tesis son susceptibles de problematización.

2.5.1. La crítica sobre la imposibilidad de normas ‘ni válidas ni inválidas’

Una recurrente crítica que se ha dirigido contra las ideas antes expuestas proviene del pensamiento de María Cristina REDONDO. En algunos de sus trabajos, después de asumir que *necesariamente* tiene que haber algún criterio externo o extra-sistemático para predicar ‘validez’ a las normas jurídicas independientes o no derivadas del orden jurídico²⁸⁴, REDONDO sostiene que la ‘primera’ constitución también puede ser ‘medida’ en su validez utilizando tales criterios extra-sistemáticos; por ende, rechaza explícitamente la tesis según la cual las normas constitucionales no son válidas ni inválidas (idea a la que califica como ‘políticamente muy controvertida’ y ‘auto-contradictoria’)²⁸⁵. En este sentido, se puede leer a la citada autora decir lo siguiente:

²⁸² GUASTINI, 1994b: 222.

²⁸³ GUASTINI, 1994b: 222; GUASTINI, 2013b: 71. Según el mismo autor, si se acepta que no tiene sentido buscar un fundamento de validez a la ‘primera constitución’, se elimina con ello la necesidad de presuponer una ‘norma fundamental’ para fundamentar la validez de aquella; la estipulación de la *Grundnorm*, en este sentido, «se revela del todo superflua» (GUASTINI, 2004b: 261; GUASTINI, 2006: 14-15; GUASTINI, 2011c: 278. Véase, también, GUASTINI, 2005: 206-207; GUASTINI, 2013b: 71).

²⁸⁴ Este presupuesto conceptual es tomado de la obra de Ricardo CARACCILO: «según Caracciolo, si un conjunto de normas constituye un sistema, este necesariamente tendrá algún criterio interno (o intra-sistemático) y algún criterio externo (o extra-sistemático) de validez [...] esos criterios externos no pertenecen propiamente al sistema jurídico [...] [y] establecen las condiciones básicas para la identificación de las normas jurídicas independientes o no derivadas del orden jurídico» (REDONDO, 2016: 34-35. *Vid.* CARACCILO, 1987: 51). Dicho presupuesto es asumido expresamente por REDONDO: «Esta tesis no puede ser discutida aquí con detalle, así que será asumida como correcta» (REDONDO, 2016: 34).

²⁸⁵ REDONDO, 2014: 173; REDONDO, 2015: 259; REDONDO, 2016: 54. La ‘auto-contradicción’ a la que se refiere la citada autora consistiría en que si la ‘primera’ constitución no puede ser ‘medida’ en su validez porque ella misma es la ‘unidad de medida’ de las normas válidas, entonces tendría que estar, en tal hipótesis, *fuera* del ordenamiento respecto del cual ejerce su función; en otras palabras, para REDONDO, si las normas de aquella constitución no fuesen válidas ni inválidas, entonces «serían normas extrasistemáticas». Pero, por otra parte, las normas constitucionales –siempre según la referida autora– son «normas legisladas» y, por tanto, no pueden existir aisladamente sino sólo en relación con otra norma o conjunto de normas: sólo podrían existir *dentro* de un sistema de normas. De lo anterior se seguiría, de acuerdo con REDONDO, que la ‘primera constitución’ sería algo así como una ‘norma legislada extra-sistemática’, pero ello sería «conceptualmente imposible» (REDONDO, 2014: 157; REDONDO, 2015: 243; REDONDO, 2016: 36): «la idea de una norma legislada extrasistemática es una contradicción en sus propios términos» (REDONDO, 2015: 259. *Vid.*, también, REDONDO, 2014: 173; REDONDO, 2016: 54).

[...] [D]ebe haber una ulterior norma (por hipótesis, una norma externa) que constituye a la autoridad que establece esa primera constitución. De otro modo, no consideraríamos a la primera constitución como una norma *válida*. Bajo esta óptica, en resumen, tendríamos que aceptar que las normas constitucionales necesariamente presuponen algunas normas extra-sistemáticas últimas [...]²⁸⁶.

Como se puede intuir, si se concibe que también se puede predicar validez a las normas constitucionales originarias, entonces todas las normas que pertenecen a un ordenamiento jurídico sólo podrían ser ‘válidas’ o ‘inválidas’ (*tertium non datur*). En esto parece desembocar la argumentación de REDONDO: dentro de un sistema jurídico no hay espacio para normas jurídicas *ni válidas ni inválidas*. En este punto, el desacuerdo entre REDONDO y GUASTINI parece ser absoluto. Y no podría ser de otra manera, dado que los presupuestos conceptuales que respectivamente asumen ambos autores serían (no solamente diversos sino) directamente opuestos.

De todos modos, a pesar de que este desacuerdo parece insuperable, expresaré una intuición que podría servir para disolver (al menos en parte) tal discordancia. Mi intuición es que, en esta controversia, parecería que GUASTINI y REDONDO asumen distintos conceptos de ‘validez’. Para GUASTINI, ‘validez’ designa una doble relación de una norma (o disposición, o fuente) con otras normas: por un lado, con las normas que le están estructural o formalmente supraordenadas y que disciplinan su creación; y, por otro lado, con las normas que le están materialmente supraordenadas y que limitan o predeterminan su posible contenido²⁸⁷. En cambio, los criterios externos o ‘extra-sistemáticos’ de *validez*, tal como REDONDO lo expresa, no son necesariamente normas y, además, no tienen como función preestablecer requisitos formales o predeterminar condiciones sustantivas para la producción jurídica de ciertas normas; su función, más bien, es establecer «las condiciones básicas para la identificación de las normas jurídicas independientes o no derivadas del orden jurídico»²⁸⁸.

Como es posible advertir, los criterios externos o ‘extra-sistemáticos’ de validez (a los que se refiere REDONDO) no parecen propiamente criterios de *validez* desde la

²⁸⁶ REDONDO, 2016: 38 (cursivas en el texto original).

²⁸⁷ GUASTINI, 2011c: 254.

²⁸⁸ REDONDO, 2016: 35.

perspectiva de la teoría del derecho de GUASTINI; serían, más bien, y desde esta misma perspectiva, criterios de pertenencia o *existencia jurídica*, pues a través de ellos se determinarían las condiciones bajo las cuales una ‘primera constitución’ *pertenece* a un ordenamiento jurídico o *existe* dentro de él²⁸⁹. Esta intuición se refuerza al constatar que Ricardo CARACCILO –en cuyas ideas se fundamenta la crítica de REDONDO– no sólo utiliza como sinónimos a los dos vocablos (‘validez’ y ‘pertenencia’), sino que además justifica tal indistinto uso en este preciso contexto²⁹⁰ y, sobre esta misma base, identifica «criterios de pertenencia (‘validez’)» para las normas ‘independientes’, a las que define como aquellas normas cuya *pertenencia* a un sistema jurídico «no está condicionada por la previa pertenencia de otras normas»²⁹¹.

En consecuencia, si REDONDO estuviera presuponiendo un concepto de validez equivalente al concepto de ‘pertenencia’ o ‘existencia jurídica’ asumido por GUASTINI (como parece ocurrir)²⁹², entonces los dos referidos autores estarían utilizando distintos conceptos de ‘validez’ y, por ende, la crítica antes expuesta se disolvería ante el desacuerdo verbal así identificado: aquellos criterios externos o ‘extra-sistemáticos’ referidos por REDONDO no podrían ser utilizados para establecer que una ‘primera’ constitución sea *válida* de acuerdo con el concepto de ‘validez’ definido por GUASTINI.

Esta intuición llevaría a concluir que, en cierto sentido, ambos autores tienen razón. Por un lado, si se sigue el concepto de ‘validez’ asumido por GUASTINI, tiene que admitirse que dentro de un ordenamiento jurídico necesariamente han de existir normas *ni válidas ni inválidas*: las normas constitucionales originarias puestas por el poder constituyente, cuya producción no puede estar condicionada por otras normas porque aquellas son ya las normas ‘últimas’. Pero, por otro lado, lo anterior no impide admitir que, si se sigue el concepto de ‘validez’ presupuesto por REDONDO, también las normas

²⁸⁹ GUASTINI, 2011c: 254-255. Para GUASTINI, el concepto de ‘existencia’ «designa la relación de *pertenencia* de una norma a un ordenamiento: se dice ‘existente’ en un determinado ordenamiento a toda norma que pertenezca a aquel» (GUASTINI, 2011c: 255. Cursivas en el texto original).

²⁹⁰ «[U]saré el término ‘validez’ como sinónimo de ‘pertenencia’, porque pretendo uniformar el lenguaje. Como es sabido, esa identificación no es viable cuando ‘validez’ apunta a una relación entre normas [...] porque entonces no se aplica a las normas independientes. Pero nada obsta para que esa expresión designe genéricamente pertenencia a un sistema, esto es, una relación entre una norma y un conjunto» (CARACCILO, 1988: 34).

²⁹¹ CARACCILO, 1987: 51; CARACCILO, 1988: 31.

²⁹² Lo que no sería nada extraño: según GUASTINI, en la teoría del derecho a partir de Kelsen es usual que se identifique ‘validez’ con ‘existencia’ (entendida como ‘pertenencia’). Esta sería «la opinión más difundida entre los teóricos del derecho» (GUASTINI, 2011c: 254, 255 [4]).

de la ‘primera constitución’ requieren de un criterio externo o extra-sistemático para determinar su ‘validez’ (entendida en el específico sentido de ‘pertenencia’ o existencia jurídica dentro de un ordenamiento); de lo contrario, «no seríamos capaces de conocer qué normas pertenecen al sistema, o no sin caer en un círculo vicioso o en un regreso al infinito»²⁹³. Esto último es algo que GUASTINI no podría rechazar –y sin duda no rechazaría, más allá de la terminología empleada–, pues él mismo señala que el ‘principio de efectividad’, en virtud del cual la primera constitución debe considerarse jurídicamente existente «toda vez que sea generalmente aceptada y observada por sus destinatarios»²⁹⁴, «es una norma ‘externa’» al ordenamiento jurídico: «una norma de derecho internacional consuetudinario»²⁹⁵.

2.5.2. La crítica sobre el fundamento de la existencia ‘jurídica’ de la constitución

Como se puede notar, si cabe descartar a la anterior crítica porque provoca un desacuerdo verbal y no un genuino desacuerdo, queda intacta la caracterización de la ‘primera constitución’ como un conjunto de normas *ni válidas ni inválidas*. Sin embargo, de esa caracterización de GUASTINI también se desprende que las normas constitucionales originarias sencillamente *existen* en virtud de su efectividad. En este punto se podría pensar que las ideas del citado autor permiten reconstruir la producción originaria del derecho dentro de un esquema de explicación donde se pasa de *lo fáctico a lo fáctico*: de un poder ‘de hecho’ (el poder constituyente) a un conjunto de normas cuya existencia, en definitiva, sería también ‘de hecho’ (las normas de la ‘primera constitución’). Y ello supondría, aparentemente, una diversa salida al problema planteado por la ‘Ley de Hume’.

Pero GUASTINI nunca ha sostenido aquello: una y otra vez ha señalado, de forma expresa, que las normas de la ‘primera constitución’ no tienen una existencia meramente fáctica sino *jurídica*²⁹⁶. Literalmente:

²⁹³ REDONDO, 2016: 34. En sentido similar, *vid.* RODRÍGUEZ, 2016: 113.

²⁹⁴ GUASTINI, 2011c: 135, 256 [7]; GUASTINI, 2016: 408.

²⁹⁵ GUASTINI, 2011c: 125; GUASTINI, 2016: 408.

²⁹⁶ GUASTINI, 2005: 207.

[A]quí de lo que se está hablando es de la existencia *jurídica* de las normas. La existencia jurídica de una norma no debe ser confundida con su existencia *fáctica*. Las normas son entidades del lenguaje, de modo que adquieren existencia fáctica simplemente cuando son *formuladas*. Pero, naturalmente, una cosa es formular una norma y otra cosa es introducirla en un ordenamiento (basta pensar en la diferencia que hay entre una ley en vigor y un proyecto de ley a la espera de su aprobación)²⁹⁷.

Pues bien, es precisamente en esta distinción entre existencia *fáctica* y existencia *jurídica* de las normas donde se puede ver que hay una parte del relato sobre el poder constituyente que requiere de una mayor precisión. Y es respecto de este punto donde me permitiré formular una crítica propia.

Un punto de partida para estructurar mi crítica es la comparación entre el tipo de hechos que determinan que la existencia de las normas originarias (puestas por el poder constituyente) sea fáctica o, más bien, jurídica. En este sentido, entre el hecho lingüístico de la formulación de las normas originarias (que otorga a éstas una existencia fáctica) y el hecho de la aceptación y observancia generalizada de aquellas (que les otorga una existencia jurídica), claramente debe haber ‘algo’ que por necesidad los distinga. Si no fuere así –es decir, si entre ambos tipos de hechos no hubiera ninguna diferencia–, entonces la existencia de las normas constitucionales originarias sería siempre una cuestión ‘de hecho’, sin más agregados. Pero sería extraño decir que las normas de la ‘primera constitución’ meramente *existen* o tienen una existencia ‘de hecho’; llevado hasta sus últimas consecuencias, esto implicaría afirmar que la ‘primera constitución’ *no pertenece* al ordenamiento jurídico en el cual funciona como constitución (lo que sería, ciertamente, un absurdo)²⁹⁸.

Por el contrario, es ampliamente convenido que las normas constitucionales originarias existen *jurídicamente* y que, en tales circunstancias, *pertenecen* al ordenamiento jurídico que han originado (tal como GUASTINI lo señala reiteradamente). Pero, para sostener esto de forma consistente, habría que admitir que el hecho de la aceptación y observancia generalizada de las normas originarias no puede corresponder a la misma clase específica a la que corresponde el hecho de la formulación lingüística

²⁹⁷ GUASTINI, 2011c: 255 [5]. ‘Existencia fáctica’ equivale a ‘existencia formal’ en BULYGIN, 1987.

²⁹⁸ Riccardo GUASTINI critica esta idea en GUASTINI, 1996b: 282-283, 332.

de dichas normas. Por ello es necesario distinguirlos, y una manera clara de lograr esto sería estipulando que el primer tipo de hechos cuente como un tipo de ‘*hechos jurídicos*’: no porque sean hechos calificados por normas jurídicas, sino porque desempeñan en efecto «una función constitutiva del orden jurídico»²⁹⁹.

Me parece que este paso es necesario si se quiere dar cuenta de por qué las normas de la ‘primera constitución’ son jurídicas. La respuesta, como se ve, es que alguna *juridicidad* se le concede al hecho de que aquellas normas sean aceptadas y obedecidas de modo generalizado; ese hecho es, en cierto sentido, *jurídico*. Este planteamiento desemboca en la crítica que antes había anunciado, que puede ser presentada al modo de una encrucijada: o se acepta que los hechos de la aceptación y seguimiento generalizado de las normas originarias son (en cierto sentido) *hechos jurídicos*, pero entonces el poder constituyente no es un simple ‘poder de hecho’ porque algo de ‘juridicidad’ tendría; o bien se rechaza que esos hechos sean *jurídicos* (o se rechaza calificarlos de algún modo), pero entonces quedaría sin explicar cómo es que el poder constituyente efectivamente manifestado determina la existencia *jurídica* de tales normas originarias.

Una posible estrategia para salir de esta encrucijada sería considerar que el denominado ‘principio de efectividad’ no forma parte del concepto de ‘poder constituyente’. Así, se podría aducir que, reconstructivamente, se pueden describir de modo separado el origen de la existencia fáctica de la ‘primera constitución’ (atribuible al poder constituyente) y el origen de la existencia jurídica de aquella (atribuible al ‘principio de efectividad’, entendido como la suma de la aceptación y el seguimiento generalizado). Con ello, el poder constituyente podría seguir siendo concebido como un simple ‘poder de hecho’ que establece una ‘primera constitución’ en términos puramente fácticos. No obstante, como traté de explicar anteriormente (*supra*, sección 2.2.2.), el poder constituyente sólo es reconocible *ex post*, y sin el componente de la efectividad no se podría hacer una referencia (con sentido) al conjunto de hechos estables que ha determinado la instauración de un nuevo orden constitucional.

²⁹⁹ Como se dejó anotado en una nota al pie anterior, CARNELUTTI incluía dentro de la clase ‘hechos jurídicos unilaterales’ a ciertos hechos dotados de un ‘carácter jurídico’; así, calificaba a la revolución como un *hecho jurídico* unilateral con ‘función constitutiva’, no en la «situación inicial» del fenómeno sino sólo en la «situación final» (CARNELUTTI, 1951: 204-205).

Pero incluso si (por virtud del argumento) fuere admisible tal separación, ocurriría que el poder constituyente ya no podría ser comprendido como un poder creador de un nuevo orden jurídico –que es como se lo concibe, en líneas generales, en nuestra cultura jurídica–, sino que tendría que ser redefinido más modestamente como un conjunto de hechos que *contribuiría* a establecer las condiciones fácticas necesarias para el surgimiento de tal orden. Dicha redefinición, sin embargo, dejaría mutilado el concepto de ‘poder constituyente’, al quedar caracterizado como un accesorio de lo que sería (en su caso) el principal fenómeno ‘constituyente’ de un nuevo orden jurídico: el principio de efectividad³⁰⁰.

Pero, en todo caso, me parece que GUASTINI rechazaría la existencia del dilema antes expuesto sobre la base un argumento distinto: negando que el poder constituyente sea el fundamento último de un orden jurídico. En sus palabras, si se admite que la ‘primera constitución’ es «*la norma básica y suprema del sistema*»³⁰¹, entonces el problema del fundamento *normativo* último de un orden jurídico se revela como un «falso problema»: «La base de un ordenamiento jurídico es simplemente su (históricamente primera) constitución. Ningún ulterior ‘fundamento’ es requerido»³⁰². Con ello, claro está, la pregunta acerca de la fuente de la ‘juridicidad’ de las normas constitucionales originarias pasa a ser irrelevante, dado que tal juridicidad sería asumida como un presupuesto axiomático (con lo cual, el dilema se disuelve): la constitución existiría jurídicamente *por definición* y no por ser el fruto de ningún ‘poder’³⁰³. Bajo este modelo, además, se evita la infracción a la ‘Ley de Hume’, dado que el carácter jurídico de la ‘primera constitución’ no es ninguna conclusión normativa inferida a partir de premisas fácticas, sino directamente una asunción teórica.

Este modo de presentación es sumamente interesante, pero con importantes consecuencias para el concepto de ‘poder constituyente’: no queda espacio para éste, porque está de más. Si el poder constituyente no es el fundamento de la validez ni

³⁰⁰ En esta tesis, como se vio con antelación (*supra*, sección 2.3.), la definición de ‘poder constituyente’ no prescinde del componente de la efectividad; es más, la definición adoptada consiste precisamente en la ‘manifestación efectiva’ de los denominados ‘hechos normativos originarios’.

³⁰¹ GUASTINI, 2013b: 71 (cursivas en el texto original).

³⁰² GUASTINI, 2013b: 72.

³⁰³ En este mismo sentido, *vid.* BULYGIN, 1990: 248. *Cfr.* RODRÍGUEZ, 2016: 114, donde se argumenta que, si la primera constitución histórica pertenece al sistema ‘por definición’, entonces debe haber una regla definitoria presupuesta que permita interpretar al primer acto de prescribir como la creación de una norma válida (‘válida’, en el sentido de perteneciente o existente jurídicamente).

tampoco de la existencia jurídica de la ‘primera constitución’, entonces habría que admitir directamente que no se trata de un concepto relevante dentro de la teoría del derecho. Dicho de otro modo, si recurrir a este concepto sirviese únicamente para describir cómo es que, *de hecho*, una ‘primera constitución’ ha sido impuesta por quien pudo hacerlo, entonces claramente el concepto de ‘poder constituyente’ sería de interés para la sociología o para la historia del derecho, pero no para la ciencia jurídica.

Desde luego, esto no es algo necesariamente criticable; por el contrario, hasta podría decirse que el modelo analizado ofrece la ventaja de proveer una explicación más simple acerca del ‘vértice’ de los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, no parece que el concepto de poder constituyente al que se refiere una buena parte de la teoría del derecho (y con el que operan a veces los jueces constitucionales) esté despojado de toda relevancia jurídica.

Por el contrario, el poder constituyente suele ser comprendido como un poder *originador* de un nuevo orden jurídico. Luego, desde la óptica de *este* concepto tradicional de ‘poder constituyente’, la existencia jurídica de las normas constitucionales originarias no se observa como un axioma sino como el resultado de la manifestación efectiva de los hechos que en su conjunto son comprendidos como dicho ‘poder’. Pero si esto es así –si el poder constituyente es lo que fundamenta la existencia *jurídica* de la ‘primera constitución’–, entonces no puede concebirse que *sólo* sea un ‘poder de hecho’; desde cierto punto de vista, sería también un poder ‘jurídico’. En esta misma clave, además, cabe presentar una razonable solución al problema aparejado por la ‘Ley de Hume’. Esto es lo que trataré de desarrollar en la parte final de este capítulo.

3. EL SENTIDO ‘JURÍDICO’ DEL PODER CONSTITUYENTE

En el presente capítulo se ha definido que el poder constituyente es la manifestación efectiva de ‘hechos normativos originarios’ (*supra*, sección 2.3.). Ahora bien, como se vio en la sección anterior, no todos los hechos involucrados en la producción de normas originarias producen el mismo efecto; así, algunos de ellos determinan la existencia *jurídica* de las normas de la ‘primera constitución’. De esto se sigue que el poder constituyente, entendido como la plena realización de todos aquellos hechos, no sólo es

un poder ‘de hecho’ sino que, desde una diversa perspectiva, también es un poder *jurídico*. Pero ello requiere efectuar algunas aclaraciones tendientes a modelar este concepto de ‘poder constituyente’³⁰⁴.

- i) En primer lugar, la caracterización del poder constituyente como un poder que desde cierta perspectiva es ‘jurídico’ no implica descartar su correlativa identificación como un ‘poder de hecho’ desde otra perspectiva igualmente relevante (tal como se concluyó anteriormente, en las secciones 2.2. y 2.3. de este capítulo). Las dos perspectivas que aquí se tienen en cuenta corresponden, respectivamente, con la *manifestación* y con los *resultados* del poder constituyente.

Desde el punto de vista de su *manifestación*, parece indiscutible que el poder constituyente es un ‘poder de hecho’. Y no podría ser concebido de otra manera, dado que: a) respecto del ordenamiento jurídico abolido, no se trata de un poder ‘constituido’ (previsto o disciplinado por normas jurídicas de ese orden), ni tampoco se trata de un poder cuyo ejercicio sea ‘legal’ (sino, más bien, ‘ilegal’ o ‘alegal’); y, b) respecto del nuevo ordenamiento jurídico producido, tal ‘poder’ ni siquiera existe: una vez creado el nuevo ordenamiento, pasa a ser historia (como se explicó en la sección 2.2.2.).

En cambio, desde el punto de vista de los *resultados*, el poder constituyente sí que puede ser visto como un ‘poder jurídico’ dado que, precisamente por su manifestación efectiva: a) un ordenamiento *jurídico* anterior deja de existir; y, b) un nuevo ordenamiento *jurídico* es producido. Como ya se dijo antes, si la existencia *jurídica* de la ‘primera constitución’ es atribuible al poder constituyente –o, con más precisión, a cierto tipo de hechos que forman parte de las propiedades que componen su concepto–, entonces no podría concebirse que dicho poder sea (en este sentido) un mero poder ‘de hecho’, pues de este modo no habría cómo explicar satisfactoriamente el origen de la ‘juridicidad’ de esa

³⁰⁴ Varias de las ideas que siguen a continuación han sido tomadas de BAQUERIZO MINUCHE y RAPETTI, 2020 (aunque sólo de modo parcial y, en cualquier caso, luego de su correspondiente reformulación). Agradezco enormemente a Pablo A. Rapetti por el fructífero intercambio de ideas que derivó en el citado trabajo conjunto y que ha contribuido, sobre todo, a perfilar esta parte de mi tesis (aunque mis conclusiones en esta parte, por cierto, no son del todo compartidas por él).

constitución y del orden normativo resultante. La misma idea es aplicable al fenómeno del abatimiento del orden jurídico precedente: si el ‘viejo’ derecho desaparece, es porque un ‘nuevo’ derecho lo ha reemplazado (lo que no podría ser explicado en términos puramente fácticos).

Así, pues, el modelo de comprensión del poder constituyente que aquí se presenta exhibe una doble caracterización: como ‘poder de hecho’ desde el punto de vista del modo en que se manifiesta; y como poder *jurídico* desde la perspectiva de los resultados que produce, es decir, en el importante y específico sentido de ser la fuente de la ‘juridicidad’ de un ordenamiento dado³⁰⁵.

- ii) En segundo lugar, la identificación de estas dos perspectivas de análisis, y las distintas caracterizaciones a las que conducen cada una de aquellas, no implica atribuirle al poder constituyente algo así como una «naturaleza híbrida»³⁰⁶, ni tampoco implica que su concepto sea «un concepto híbrido, mestizo; un concepto Jekyll-Hyde» (que es lo que Genaro CARRIÓ le criticaba a Georges BURDEAU en torno a su concepción del poder constituyente)³⁰⁷. La razón es simple: en esta tesis, la cualificación del poder constituyente como un poder ‘de hecho’ y como un poder ‘de derecho’ no opera en el mismo plano (lo que, de ser así, ciertamente supondría una *contradictio in terminis*). Cuando se afirma que el poder constituyente puede ser comprendido como un poder ‘jurídico’ no se quiere decir, en ese contexto, que sea lo *opuesto* a un poder ‘de hecho’; se quiere decir que es ‘jurídico’ en el sentido de ser la causa (el ‘hecho generador’) del derecho que es creado por su manifestación efectiva. Como se puede advertir, en las dos perspectivas antes anotadas subyacen dos significados diversos del

³⁰⁵ En una línea de razonamiento similar, FERRAJOLI señala que el ‘acto constituyente’ puede ser visto como un «hecho extrajurídico y algunas veces antijurídico [...] desde el punto de vista del ordenamiento alterado o sustituido»; pero también como un «acto *jurídico* instituyente y normativo [...] desde el punto de vista del ordenamiento constituido» (FERRAJOLI, 2007a: 856. Cursivas añadidas). Por ello mismo, el citado autor considera que el poder constituyente, si es considerado *a posteriori* –o sea, por causa del acto del que es ejercicio y mediante el que se produce la constitución del ordenamiento–, «es una *situación jurídica*», lo que equivale a reconocer su existencia «como poder jurídico constituyente» (FERRAJOLI, 2007a: 854. Cursivas en el texto original). *Vid.*, también, ATRIA, 2013: 27; ATRIA, 2020: 54.

³⁰⁶ Así lo concebía Georges BURDEAU (BURDEAU, 1950: 171).

³⁰⁷ CARRIÓ, 1973: 50.

término ‘jurídico’ que, una vez identificados y separados, pueden dar lugar a una doble caracterización que no tiene nada de contradictoria³⁰⁸.

- iii) En tercer lugar, para comprender esta doble caracterización del poder constituyente, es necesario tener en cuenta la distinción entre cuestiones *lógicas* y cuestiones *cronológicas*. La identificación del ‘poder de hecho’ en que consiste el poder constituyente (desde el punto de vista de su manifestación) es una cuestión *cronológica*, lo que implica decir que es una cuestión empíricamente verificable que tiene como objeto a ciertos hechos sociales que efectivamente han ocurrido dentro de un tiempo y un espacio³⁰⁹. En cambio, la categorización del poder constituyente como ‘poder jurídico’ (desde el punto de vista de sus resultados) es una cuestión *lógica*: es la única manera en que se puede mostrar con sentido (o hacer inteligible) que, luego de un intervalo temporal indeterminado, ha surgido un nuevo orden *jurídico*. Dado que, en el modelo propuesto, la existencia *jurídica* de las normas constitucionales originarias no se presupone, sino que se atribuye como un resultado o producto de la manifestación del poder constituyente, este efecto sólo se podría comprender si necesariamente se concibe a este poder como un poder ‘jurídico’.

Como se puede intuir, está implícito en este modelo una asunción conceptual según la cual toda norma jurídica es una regla producida a partir de una fuente *jurídica*³¹⁰, de modo que no es concebible la existencia de normas jurídicas provenientes de fuentes no-jurídicas³¹¹. Por consiguiente, considerar dentro de

³⁰⁸ Se recordará aquí que, al analizar el ‘concepto jurídico’ de revolución, CATTANEO identificaba dos significados relevantes del término ‘jurídico’: como un predicado que indica calificación jurídica (realizada por normas jurídicas), o –en sentido más amplio y con referencia externa a un cierto ordenamiento jurídico– como algo que es ‘atinente’ o ‘referente’ al derecho (CATTANEO, 1960: 63).

³⁰⁹ Y ello sin perjuicio de que no pueda señalarse un momento específico en el que quede marcado que ‘ya hubo’ poder constituyente, o algo por el estilo. Esto sólo se puede predicar con sentido cuando ya es notorio que una comunidad posee un nuevo orden jurídico cabalmente establecido. Pero entre este punto y la anterior fase jurídica en la vida de una comunidad hay una zona de penumbra gestacional que es inútil, por imposible, pretender ajustar a fechas ciertas. En este sentido, *vid.* HART, 1961: 118.

³¹⁰ *Vid.* KELSEN, 1960: 243; FERRAJOLI, 2007a: 415.

³¹¹ Varios autores, como se sabe, aluden a la noción de fuentes ‘*extra ordinem*’ (CRISAFULLI, 1970: 192-194; PIZZORUSSO, 1977: 156-162). Sin embargo, el rasgo ‘extrajurídico’ de tales fuentes sólo se observa desde el punto de vista de su manifestación. En cambio, desde el punto de vista de sus resultados –que es la única perspectiva a partir de la cual se puede concebir a los hechos relevantes como ocupando la función de *fuentes* de producción del derecho– ya no cabe hablar de su ‘extrajuridicidad’. Como señalaba Alf ROSS, «[t]odo derecho surge de manera sistemática, pues, como hemos constatado, no es posible identificar nada como derecho en oposición al sistema o fuera del mismo. Por ello, en sentido estricto un derecho surgido extrasistemáticamente supone una *contradictio in adjecto*» (ROSS, 1929: 380).

un análisis retrospectivo que el poder que constituyó al ordenamiento del país X era un poder jurídico, es lo que permite afirmar con sentido que, en efecto, X cuenta con un ordenamiento *jurídico* (entendido *qua* fenómeno normativo); y ello con independencia de que, al momento de la manifestación de los hechos relevantes, se haya considerado (o no) la existencia de un ‘proceso’ constituyente³¹².

- iv) En cuarto y último lugar, la caracterización del poder constituyente como un poder jurídico (desde el punto de vista de los resultados producidos) no equivale, de ningún modo, a asimilarlo con una competencia jurídica disponible *dentro* del nuevo ordenamiento jurídico creado; ni tampoco supone imaginar alguna norma anterior que le haya concedido carácter ‘jurídico’. Lo primero, porque no cabe hablar de la permanencia del poder constituyente una vez que se evidencian sus resultados (*supra*, sección 2.2.2.). Y lo segundo, porque esta propuesta no altera en nada la tradicional concepción del poder constituyente como un poder *último* que da cuenta del origen de los órdenes jurídicos, lo que, para estos efectos, no exige echar mano de ningún otro recurso. El poder constituyente, así entendido, no es el fundamento de legitimidad ni el fundamento de validez, sino el fundamento último de la *existencia jurídica* de las normas que originan un nuevo ordenamiento; acudir al concepto de ‘poder constituyente’ es lo que posibilita contestar la pregunta acerca de la ‘juridicidad’ de las normas de la ‘primera constitución’.

Una vez realizadas las anteriores aclaraciones, conviene asimismo ensayar una respuesta para conciliar esta doble caracterización del poder constituyente con el problema (tantas veces comentado) de la ‘Ley de Hume’. La salida consiste en tratar de

En el mismo sentido, Josep AGUILÓ sostiene que hablar de fuentes ‘*extra ordinem*’ para referirse a una fuente que se sitúa fuera de los criterios de validez de un orden jurídico «constituye una contradicción en sus propios términos» (AGUILÓ, 2000: 43). Se podría replicar e insistir en que los hechos comprendidos dentro de las fuentes ‘*extra ordinem*’ sí que logran, *de facto*, crear normas jurídicas sin respetar los criterios de existencia propios del ordenamiento vigente; pero, de nuevo, para poder hablar de la existencia jurídica de esas normas, hay que presuponer «que el sistema que permite identificar como derecho el así surgido no equivale al anteriormente supuesto» (ROSS, 1929: 380) o, lo que es lo mismo, que ha surgido un *nuevo* sistema con distintos criterios de juridicidad. Desde esta perspectiva, ciertamente es un contrasentido hablar de fuentes ‘*extra ordinem*’.

³¹² Vid. PATBERG, 2016: 637: «According to some conceptions, the *pouvoir constituant* is nothing more than a hypothetical assumption or social construction that is generated when political communities *retrospectively* ascribe constitutional moments to themselves» (cursivas en el texto original).

circunscribir de manera más precisa el ámbito en el que dicha regla lógica se presenta como un genuino problema. Este campo no es otro que el de la estructura lógico-semántica de los enunciados lingüísticos; ello significa que dicha ‘ley’ es relativa a los procesos de razonamiento expresados por medio del lenguaje: no se deben extraer conclusiones normativas a partir de meras premisas fácticas. Los razonamientos que infringen esta regla son falaces, sus conclusiones son inválidas, y las expresiones lingüísticas que las comunican son, por ende, inadecuadas. En suma, el abismo entre el *ser* y el *deber ser* se predica respecto de la posibilidad de realizar inferencias.

Teniendo en cuenta esta demarcación, cuando en la literatura correspondiente se señala que la efectividad de los hechos normativos es lo que determina la existencia *jurídica* de las normas constitucionales originarias, se podría aducir que ello no supone una infracción a la ‘Ley de Hume’, dado que a partir de premisas fácticas no se está deduciendo ninguna conclusión normativa sino una conclusión *descriptiva*: una proposición existencial acerca de normas. Esto parece preciso, aunque de todos modos resulta insuficiente para dar por válido a tal razonamiento. Y es que, aunque se admita que no haya un salto del *ser* al *deber ser*, existe otro tipo de *non-sequitur* que se genera cuando, a partir de una premisa que señala el hecho de la formulación de ciertas normas, así como a partir de la premisa que señala el hecho de la aceptación y seguimiento generalizado de aquellas, se infiere la existencia *jurídica* de tales normas. Esta conclusión es descriptiva, sí, pero no se sigue de las premisas señaladas; dicho de otra manera, la información contenida en las premisas no permite extraer nada respecto al específico rasgo de la ‘juridicidad’ de las normas originarias que aparece expresado en la conclusión.

No obstante, el anterior razonamiento puede ser subsanado de manera muy sencilla a partir de una idea que se consignó en la sección 2.5.2.: si se concede que de los hechos de la aceptación y observancia generalizada de las normas originarias depende la existencia *jurídica* de estas, entonces tales hechos son *jurídicos* (en el específico sentido de ser constitutivos de ‘juridicidad’). A su vez, si esto es admitido, entonces en las premisas del mencionado razonamiento ya estaría implícito el rasgo de ‘lo jurídico’, y lo único que se requeriría es explicitarlo para poder transitar válidamente hacia la conclusión. En suma, la conclusión acerca de la existencia jurídica de las normas de la ‘primera constitución’, bajo una premisa así expresada, sería válidamente deducida.

El anterior análisis se reduce, como es evidente, a la validez formal del razonamiento expuesto. Pero salta a relucir, entonces, que el verdadero problema de este argumento es que una de las premisas –precisamente, la misma en la que se identifica ya el rasgo de la ‘juridicidad’– requiere de una justificación que hasta ahora no se ha desarrollado. En consecuencia, aun cuando pueda decirse que el razonamiento sea válido desde el punto de vista de su ‘justificación interna’, sucede que una de sus premisas adolecería de una insuficiente fundamentación desde el punto de vista de su ‘justificación externa’.

El núcleo del problema, pues, consiste en justificar por qué el hecho de la aceptación y el hecho de la observancia generalizada de las normas originarias les proveería a éstas una existencia jurídica. Este problema puede ser negado si se asume que esos hechos componen algo así como un principio (el ‘principio de efectividad’) que no requiere en sí mismo ser justificado porque opera al modo de un postulado de base de los sistemas jurídicos. Pero, como ya antes había criticado, con esta presentación ocurre que el concepto de ‘poder constituyente’ queda relegado a un conjunto de hechos contribuyentes que dependen finalmente del ‘principio de efectividad’ (que, en ese caso, sería el auténtico dispositivo ‘constituyente’ de un ordenamiento jurídico). Me parece, en todo caso, que existe otra forma de dar contestación a este problema.

La solución que adoptaré en esta tesis consiste precisamente en un modo de explicar, en este contexto, el paso de los hechos al derecho. El desarrollo respectivo de esta explicación, en todo caso, creo que se puede ver mucho mejor después de haber analizado cada una de las propiedades que componen la intensión del concepto de ‘poder constituyente’ que hasta ahora se ha intentado modelar (lo que realizaré en el capítulo II de esta tesis)³¹³. De todos modos, y ya para cerrar este capítulo, considero pertinente exponer muy brevemente un adelanto y una conclusión.

El adelanto es que la explicación antes anunciada es tributaria de la teoría de los ‘hechos institucionales’ de John SEARLE. Lo que se busca es extender esta teoría al ámbito de la creación originaria del derecho: asumiendo que la aceptación y el

³¹³ El análisis al que me refiero consta específicamente en el capítulo II, sección 3.2., de esta tesis.

seguimiento generalizado de las normas originarias pueden ser interpretados como constitutivos de la realidad social, es decir, como productores de unos hechos institucionales según los cuales aquellas normas originarias cuentan como normas jurídicamente existentes en un cierto contexto. Ese carácter constitutivo, fundado en un conjunto de creencias y actitudes compartidas dentro de una comunidad, es el ingrediente clave para el entendimiento del poder constituyente como poder creador de un nuevo estado de cosas *institucional*: una nueva ‘primera constitución’ y un nuevo orden jurídico.

Podría pensarse que este intento por justificar el paso de los hechos al derecho, en este específico contexto, volvería a presentar el problema aparejado por la ‘Ley de Hume’. Sin embargo, consigno aquí mi conclusión: al menos en línea de principio (y tal como habitualmente es formulado), dicho problema no se presenta en el ámbito ontológico sino, como ya se dijo, en el campo de las inferencias. Esto quiere decir que, *prima facie*, se podría afirmar la existencia del abismo entre el *ser* y el *deber ser* para efectuar inferencias, pero negarlo a la hora de fundar ontológicamente el ‘plano normativo’. Esto último está implicado, por ejemplo, cuando se sostiene que las normas *supervienen* a los hechos (no-normativos) del mundo o cuando se sostiene alternativamente –dado que la noción de ‘superveniencia’ es mayoritariamente concebida como de índole meramente modal, sin *import* metafísico– que las normas *emergen* de los hechos (no-normativos) del mundo, o que están *fundados* en los hechos (no-normativos) del mundo, etc.³¹⁴. De acuerdo con esto, si todo lo que quiere decirse en relación con un ordenamiento jurídico es que existe (que ‘existe’ a partir de la existencia jurídica de sus normas originarias), entonces tal vez la ‘Ley de Hume’ no constituya un genuino problema.

³¹⁴ Vid. PIGDEN, 2010, para un repaso contemporáneo de discusiones acerca de la ‘Ley de Hume’.

CAPÍTULO II

EL CONCEPTO DE ‘PODER CONSTITUYENTE’: ANÁLISIS DE SUS PROPIEDADES

0. INTRODUCCIÓN

En el capítulo I he propuesto una redefinición del concepto de ‘poder constituyente’ como una *manifestación efectiva* de ‘hechos normativos originarios’ que ha producido la interrupción en la continuidad del orden jurídico preexistente y el consecuente surgimiento de un nuevo orden jurídico. Además, he planteado que la plena realización de este tipo de hechos puede asimilarse a un ‘poder de hecho’ desde el punto de vista de la manifestación *per se* (y en relación con el ordenamiento jurídico preexistente); en cambio, desde el punto de vista de los resultados producidos (y en relación con el nuevo ordenamiento jurídico originado), cabe hablar en este específico sentido de un ‘poder jurídico’. El poder constituyente se presenta, así, como el fundamento último de la existencia jurídica de las normas originarias y, por tanto, del orden jurídico pertinente.

Ahora bien, es necesario avanzar con mayor rigor. Una de las precisiones que desde ya conviene realizar viene a cuenta de algo que recientemente ha señalado Pierluigi CHIASSONI: hablar de ‘hechos normativos’ –como hechos no calificados de producción jurídica– sería usar el lenguaje de manera imprecisa; y es que, para el citado autor, los hechos que se manifiestan en una revolución o en un golpe de estado (por ejemplo) no

producen normas inmediatamente; más bien, aquellos hechos operan como una condición fáctica para la ulterior producción de normas¹.

Además, CHIASSONI sostiene que no necesitamos asumir la existencia de misteriosas entidades, denominadas ‘hechos normativos’, que simultáneamente formarían parte del ámbito de lo normativo y de lo fáctico; más bien habría que asumir que existen simplemente *hechos* (comportamientos humanos y sus efectos) que, en este contexto, operan como condiciones para producir un nuevo derecho². En esta separación entre lo fáctico y lo normativo –siempre según el autor en cita–, se hallaría la clave para el claro entendimiento de los fenómenos jurídicos y de las diferentes relaciones entre los hechos y el derecho³.

Las aclaraciones antes mencionadas son de la mayor pertinencia. No obstante, no creo que sea necesario prescindir de la expresión ‘hechos normativos’ si se precisa que su uso –tal como ocurre en la presente investigación– no presupone algo así como una concepción ‘híbrida’ de tales hechos (entre lo fáctico y lo normativo), sino simplemente un modo para poner de relieve la evidente relación entre aquellos ámbitos (lo fáctico como condición de lo normativo). En cambio, sí que me parece útil y hasta imprescindible seguir las ideas de CHIASSONI respecto a la necesidad de ser más precisos en la reconstrucción acerca de cómo un cierto tipo de hechos (referenciados por el concepto de ‘poder constituyente’) producen un nuevo derecho.

Por ello, en este capítulo me concentraré en tratar de presentar, de modo organizado, un conjunto de condiciones necesarias y suficientes que permiten reconstruir ciertos fenómenos sociales y políticos como instancias del concepto de ‘poder constituyente’ (tal como fuera redefinido en el capítulo precedente). En dicha presentación, relacionaré tales condiciones con algunos conceptos ‘clave’ que frecuentemente han sido tratados por la filosofía jurídica; y, a su vez, en ese marco de relaciones, introduciré algunas discusiones teóricas de destacada importancia sobre las que tomaré partido en orden a dar una respuesta coherente con los objetivos de esta tesis.

¹ CHIASSONI, 2017: 40.

² CHIASSONI, 2017: 40-41.

³ CHIASSONI, 2017: 41.

Las condiciones que se presentarán a lo largo de este capítulo son individualmente necesarias y conjuntamente suficientes, y son el correlativo de las propiedades del concepto de ‘poder constituyente’. Esto significa que, para que un determinado evento pueda contar como instancia de dicho concepto, deben reunirse todas estas condiciones:

- (1) Intervención de un ‘sujeto constituyente’;
- (2) Producción de normas ‘originarias’;
- (3) Efectividad de los ‘hechos normativos originarios’; y,
- (4) Surgimiento de un nuevo orden jurídico.

Como se explicará posteriormente y de manera pormenorizada, los ‘hechos normativos originarios’ que se han venido mencionando en esta tesis se identifican propiamente dentro de la condición (2). La condición (1), en cambio, es el presupuesto ‘subjetivo’ para la realización de la anterior condición, mientras que las condiciones (3) y (4) tienen que ver con la efectividad y sus consecuencias. Todas estas condiciones están íntimamente relacionadas y no pueden entenderse de modo separado, salvo para una exposición didáctica como la que se pretende realizar en este capítulo. A continuación, me ocuparé, pues, del desarrollo de cada una de estas condiciones.

1. INTERVENCIÓN DE UN ‘SUJETO CONSTITUYENTE’

La primera condición que se identifica para la aplicación del concepto de ‘poder constituyente’ opera como presupuesto de los llamados ‘hechos normativos originarios’. Se presupone que estos hechos, al producir normas como resultado, sólo podrían haber sucedido si *alguien* ha intervenido en la formulación de dichas normas. Siguiendo un uso bastante extendido en la literatura sobre esta materia, ese *alguien* será denominado en esta tesis ‘sujeto constituyente’⁴.

Varias características pueden ser predicadas del ‘sujeto constituyente’; sin embargo, para los efectos que aquí interesan, se destacarán solamente tres rasgos:

⁴ Véase, por todos, FERRAJOLI, 2007a: 850.

- 1) Su propia condición ‘constituyente’ y no ‘constituida’;
- 2) La no-sujeción a deberes ni a límites jurídicos; y,
- 3) La auto-atribución de una competencia normativa ‘originaria’.

1.1. Sujeto ‘constituyente’ (‘no constituido’)

Ante todo, hay que decir que este tipo de sujeto, siendo *constituyente*, no puede consistir en un órgano o una institución ya *constituida* dentro del mismo ordenamiento. Esta verdad evidente –en puridad, una tautología– se deriva del propio significado del término ‘constituyente’ que se ha asumido en esta tesis, y que corresponde exactamente a lo opuesto de ‘constituido’ (es decir, lo opuesto a «conferido y disciplinado por normas positivas vigentes»⁵). Se sigue de estas definiciones que el o los ‘sujetos constituyentes’, conceptualmente, no pueden estar instituidos por actos jurídicos, ni tampoco sus actos pueden ser el contenido de ninguna norma del sistema jurídico⁶.

Por consiguiente, y dado que la personalidad es un estatus jurídico producido por el derecho, dichos ‘sujetos constituyentes’ sólo pueden ser seres humanos: individuos o conjuntos de individuos que están en condiciones de obrar personalmente al intervenir en la realización de los ‘hechos normativos originarios’⁷. Esta aclaración viene a cuenta de que, en muchas prácticas de diversos lugares, no es infrecuente observar que los ‘sujetos constituyentes’ son individuos que se presentan como si estuvieran exteriorizando la voluntad de un órgano aparentemente ya institucionalizado (como una ‘Asamblea Constituyente’, por ejemplo). Para desenredar esta aparente contradicción, conviene analizar sucintamente tres modalidades identificables dentro de estas circunstancias:

⁵ GUASTINI, 2011c: 171.

⁶ VON WRIGHT, 1963: 192; GARZÓN VALDÉS, 1983: 175. Me refiero aquí específicamente a los actos consistentes en dictar normas, que no pueden estar regulados en el nuevo ordenamiento porque se presupone que aquellos actos, justamente, lo generan. Esto no impide que, en el ordenamiento jurídico previo, abatido por el poder constituyente, el hecho de dictar esas normas sí que puede haber sido objeto de una eventual regulación (por ejemplo, una regulación prohibitiva a través de normas penales), lo que, por hipótesis, tendría que haber resultado ineficaz.

⁷ PÉREZ TRIVIÑO, 1998b: 196; FERRAJOLI, 2007a: 365, 386. Según uno de los postulados de la teoría del derecho que FERRAJOLI asume –postulado que en esta tesis se comparte– nunca es ‘constituyente’ lo que es causado por algo: «lo que es constituyente no tiene una causa ni es, por consiguiente, un efecto» (FERRAJOLI, 2007a: 289. *Vid.*, también, FERRAJOLI, 2007a: 93, 288-289).

- a) Órganos (*v.gr.*, ‘Asambleas Constituyentes’) constituidos de conformidad con normas del orden jurídico en vigor para reemplazar, de modo jurídicamente disciplinado, la constitución existente por una nueva.

En este caso, no se trata de un ‘sujeto constituyente’ por la simple razón de que la actividad realizada no puede ser concebida como una manifestación de ‘poder constituyente’ –según el concepto que se viene analizando desde el Capítulo I– sino, más bien, como el ejercicio de un poder *constituido*: a veces denominado poder de ‘reforma total’, otras veces llamado poder de ‘reemplazo’ constitucional⁸.

- b) ‘Órganos’ constituidos de conformidad con normas del orden jurídico preexistente que, a pesar de pertenecer a una estructura de poderes institucionalizados, pretenden actuar genuinamente como ‘sujetos constituyentes’, es decir, quebrantando el orden instituido para provocar el surgimiento de un nuevo orden⁹.

Debido a que los usos del lenguaje que se ocupan en este contexto suelen ser engañosos, en este segundo caso es necesario distinguir la perspectiva del ordenamiento jurídico abatido y la perspectiva del nuevo orden jurídico generado por el poder constituyente. Así, pues:

- b.1. Desde la primera perspectiva, debe considerarse que ningún órgano jurídico puede haber sido constituido para instaurar una nueva constitución *extra ordinem*, lo que sería una contradicción en sus propios términos. Por ende, los hechos normativos originarios –ilícitos, de acuerdo con esta perspectiva– no pueden ser atribuidos a un órgano constituido, sino únicamente a los individuos que eventualmente podrían ocupar funciones dentro de algún órgano (aunque esto es totalmente irrelevante para estos efectos). En consecuencia, la presentación ‘orgánica’ en este contexto es sólo una fachada retórica; una retórica que además resulta auto-contradictoria, pues las reglas que constituyen al órgano que supuestamente interviene en el

⁸ Este tema será desarrollado con detalle en el capítulo III, sección 1.1., de esta tesis.

⁹ Este fue el caso del pleno del Parlamento de Cataluña que, auto calificándose como «depositario de la soberanía y como expresión del poder constituyente», declaró (fallidamente) el inicio del proceso de independencia catalana el 9 de noviembre de 2015 (Resolución 1/XI del *Parlament de Catalunya*).

proceso ‘constituyente’ forman parte del ordenamiento jurídico que precisamente se quiere abatir¹⁰.

- b.2. Por otro lado, desde la segunda perspectiva, tampoco puede afirmarse con sentido que quienes han intervenido como sujetos constituyentes sean órganos ya ‘constituidos’; y ello por la simple razón de que, en este contexto, son justamente tales individuos quienes dictan las normas que, por hipótesis, contribuyen a *crear* un nuevo sistema jurídico originario. Dicho de forma más sencilla, tales sujetos no podrían ser ‘constituyentes’ y, a la vez, ‘constituidos’, del mismo modo en que una causa no puede ser simultáneamente la consecuencia de un mismo hecho¹¹.
- c) ‘Órganos’ que *no* han sido constituidos según el ordenamiento jurídico preexistente y que, sin embargo, se presentan como tales al intervenir en procesos constituyentes.

En este último caso, el análisis es exactamente el mismo que en el literal b.2. Desde cualquier perspectiva, quienes actúan son simplemente individuos.

1.2. No-sujeción a deberes ni a límites jurídicos

La segunda característica que se predica del ‘sujeto constituyente’ es una consecuencia de su propia condición de ‘no constituido’. Consiste en lo siguiente: si el o los ‘sujetos constituyentes’ no pueden estar instituidos por actos jurídicos, ni tampoco sus actos pueden ser regulados por normas jurídicas, entonces (a) no pueden estar sometidos a deberes jurídicos con respecto a otros individuos (ni pueden asumir, por lo

¹⁰ Siguiendo el mismo ejemplo de la nota al pie anterior, esta auto-contradicción pudo observarse en el 2015 cuando los individuos que pretendían iniciar un proceso constituyente en Cataluña (para lograr la secesión de España) se presentaron como el ‘*Parlament de Catalunya*’, esto es, un órgano constituido por normas pertenecientes al ordenamiento jurídico español que justamente se quería abandonar (a saber: el Estatuto de Autonomía de Cataluña, promulgado mediante una Ley Orgánica sancionada por propio el Rey de España). Quizás para evitar esta contradicción, los líderes políticos que participaron en el siguiente intento de secesión (de octubre de 2017) no volvieron a invocar una condición ‘orgánica’.

¹¹ Distinto es el caso en que los individuos que han intervenido como ‘sujetos constituyentes’ ocupan también el lugar de ‘autoridades jurídicas supremas’ en el nuevo régimen constituido. Pero incluso en este caso cabe distinguir dos momentos (aunque sea al modo de una reconstrucción hipotética): el momento de la intervención de los ‘sujetos constituyentes’ (donde no están ‘constituidos’); y el momento de asumir sus funciones como autoridades jurídicas constituidas (donde ya no son ‘sujetos constituyentes’).

mismo, que son titulares de derechos)¹²; y (b) además, por iguales razones, sus actos no pueden estar sujetos a límites jurídicos. Esta característica va de suyo, pues, como afirma Riccardo GUASTINI, una autoridad *de facto* –creadora de derecho, pero no creada por el derecho– «siendo *de facto*, puede por cierto tener límites fácticos, pero no puede lógicamente ser limitada por normas jurídicas: de otra manera, no sería *de facto*, se convertiría en autoridad jurídica»¹³. De ahí que el sujeto constituyente sea usualmente caracterizado como una ‘autoridad’ jurídicamente ilimitada, libre para crear cualquier sistema normativo posible: *lógica y empíricamente* posible, claro está¹⁴.

Las dos anteriores aserciones, no obstante, puede ser problematizadas. A continuación, revisaré muy brevemente algunas objeciones.

Respecto de la no sujeción a deberes jurídicos, se podría argumentar que hay casos en que los individuos que actúan como ‘sujetos constituyentes’ aducen ser ‘representantes populares’ y, por tanto, sujetos a ciertos *deberes* respecto de sus ‘representados’¹⁵. Pero, en mi opinión, esto sólo puede tomarse como un uso retórico del lenguaje, pues sería auto-contradictorio afirmar el ejercicio de una representación política en una determinada comunidad, articulada sobre la base de normas pertenecientes a un cierto ordenamiento jurídico y, concomitantemente, pretender abatir ese mismo ordenamiento. Además, si esto último sucediese, claramente desaparecería la representación en los términos marcados por unas normas que ya no existirían¹⁶.

Por otro lado, en lo atinente a la cualidad de ilimitación jurídica atribuible al sujeto constituyente, me parece pertinente distinguir dos tipos de críticas: la crítica a la idea de «un sujeto *jurídico* dotado de una competencia total e ilimitada»¹⁷; y la crítica propiamente dicha sobre la no sujeción a límites jurídicos.

¹² PÉREZ TRIVIÑO, 1998b: 196-197.

¹³ GUASTINI, 2007a: 119; GUASTINI, 2013a: 207.

¹⁴ ARATO, 2017: 34.

¹⁵ Esto fue lo que se observó, por ejemplo, en la fallida declaración de independencia catalana del 10 de octubre de 2017, firmada por «los legítimos representantes del pueblo de Cataluña».

¹⁶ Una estrategia para insistir en el referido argumento sería defender un concepto distinto de representación política, no ya como autorización para decidir (concepto jurídico) sino como *cuidado de intereses*: como actuación voluntaria dedicada al cuidado del interés de otros (*vid.* LAPORTA, 1989: 131). Sin embargo, si este fuese el sentido de ‘representación’ implicado, ello revelaría la inexistencia de deberes en sentido *jurídico*, que es lo que precisamente se predica aquí del ‘sujeto constituyente’.

¹⁷ CARRIÓ, 1973: 48. Cursivas añadidas.

El primer tipo de crítica, bien entendido, no afecta a la característica de ilimitación jurídica del sujeto constituyente. Se puede recordar aquí a Genaro CARRIÓ, a quien la idea de caracterizar al poder constituyente como una competencia ‘total e ilimitada’ le parecía directamente un absurdo¹⁸. Pero claro, el referido autor se refería a la imposibilidad conceptual de una competencia *jurídica* que tuviera esas características, pues las reglas legales que confieren una competencia, por necesidad, «excluyen, al mismo tiempo, aquellas cosas para las que no se otorga competencia»¹⁹. Lo que en el fondo criticaba CARRIÓ es que ciertos usos de la expresión ‘poder constituyente’, apoyándose «al máximo» en la ambigüedad de la palabra ‘poder’, confundan el sentido de este término y lo hagan pasar por una ‘competencia’ en sentido institucional que, además, fuese ‘ilimitada’²⁰; esto implicaría, en su opinión, transgredir los ‘límites externos’ del lenguaje normativo²¹. Pero esto no implica negar la idea misma de no sujeción a límites jurídicos en la actuación de un sujeto constituyente sino, más bien, negar que esa ilimitación sea –o pueda ser– atribuida al modo de una competencia institucionalizada por el derecho²².

El segundo tipo de crítica, en cambio, sí que se dirige propiamente en contra de la característica de ilimitación jurídica que aquí se analiza. En este sentido, algunos autores –constitucionalistas, sobre todo– defienden la existencia de ‘límites jurídicos’ vinculantes sobre la actividad del poder constituyente, dentro de los cuales se suele

¹⁸ CARRIÓ, 1973: 49.

¹⁹ CARRIÓ, 1973: 49. De este modo, según CARRIÓ, toda competencia funciona siempre con un ‘trasfondo de incompetencias’: si alguien es competente para hacer *algo*, necesariamente ha de ser incompetente para hacer alguna otra cosa (*Ibidem*). Carlos S. NINO calificó esta crítica de CARRIÓ como «inconcluyente», pues en su criterio no existen obstáculos –al menos *a priori*– para concebir un órgano al que ciertas normas le confieran una competencia total e ilimitada de producción normativa; para ejemplificar, menciona que esa sería la concepción subyacente respecto del Parlamento Británico, del que usualmente se afirma que no está sometido a limitaciones jurídicas (NINO, 1985: 43). En mi opinión, NINO se equivoca (*cf.*, BAQUERIZO MINUCHE, 2020, donde he desarrollado una crítica sobre este argumento y sobre el inadecuado ejemplo). Aquí simplemente me limitaré a decir que NINO, además de no tener razón en el fondo, yerra ante todo en el lugar al que dirige su crítica: lo que CARRIÓ quería discutir no es la posibilidad misma de una competencia ilimitada en contextos institucionales, sino que en contextos *preinstitucionales* (donde se manifiesta el poder constituyente) se utilice el concepto jurídico de ‘competencia’.

²⁰ CARRIÓ explicaba que el término ‘poder’ puede significar (según el contexto) ‘potestad’ (atribución, competencia) o ‘fuerza’ (potencia, poderío). *Vid.* CARRIÓ, 1973: 49-50. Esta ‘sistemática ambigüedad’, según el citado autor, es lo que explica por qué muchas veces los juristas y dogmáticos intentan superponer ambas acepciones con la pretensión de identificar «un supuesto sujeto o entidad que – se dice– tiene atribuciones supremas e ilimitadas para dictar normas» (CARRIÓ, 1973: 51).

²¹ CARRIÓ, 1973: 26, 61-63.

²² «Frente a estos desbordes del lenguaje pseudo-normativo con los que se pretende legitimar ciertos fenómenos presentándolos como el resultado del ejercicio de competencias conferidas por un orden normativo, es correcto señalar, en son de crítica, que si bien ‘todos decimos que la lluvia moja...a nadie se le ocurre decir que ‘tiene competencia’ para mojar’» (CARRIÓ, 1973: 52-53).

identificar dos grupos: un primer grupo, donde se señala a los derechos fundamentales, al principio de separación de poderes, al principio de soberanía popular, a la dignidad de la persona humana, etc., independientemente de su reconocimiento y positivización en un documento constitucional específico²³; y un segundo grupo donde se identifican ciertos ‘límites’ del poder constituyente establecidos en tratados internacionales o en normas del ‘derecho internacional general’, de los que se desprenden obligaciones voluntariamente aceptadas por los Estados (especialmente relevantes en el ámbito de los derechos humanos)²⁴.

Pues bien, me parece que ninguna de estas ideas es apta para contradecir el rasgo de ilimitación jurídica que se atribuye a los sujetos constituyentes. Conviene aclarar, ante todo, que la expresión ‘límite jurídico’ –tal como es mayoritariamente utilizada en el lenguaje de los juristas– tiene un significado compuesto básicamente por dos elementos: (i) El límite se encuentra establecido en una norma de derecho positivo, perteneciente a un ordenamiento jurídico determinado (si no, no sería un límite ‘jurídico’)²⁵; y, (ii) la norma de derecho positivo que define el límite en cuestión, asimismo, califica deónticamente ciertas acciones o estados de cosas para impedir que el límite sea vulnerado y/o establece sanciones o consecuencias jurídicas para que una eventual transgresión de *facto* de dicho límite no sea considerado como un resultado institucional de acuerdo con el derecho. El típico ejemplo de ‘límite jurídico’ sería un límite expreso a la reforma constitucional que, siendo dispuesto por la propia constitución, estableciera la prohibición de reformar ciertos contenidos y, eventualmente, la sanción de invalidez jurídica de toda reforma que excediera tal límite (controlable por parte de un tribunal o corte constitucional). En este ejemplo, el poder de reforma constitucional choca con el señalado límite de tal modo que no puede transgredirlo jurídicamente; y, si acaso pudiera transgredirlo *de hecho*, tal estado de cosas no contaría jurídicamente como ‘reforma constitucional’.

Ocurre, en cambio, que los ‘límites’ del poder constituyente identificados por la dogmática constitucional no cumplen con estos elementos. Separaré mi análisis entre el primer y el segundo grupo de ejemplos previamente señalados.

²³ *Vid.*, por ejemplo, BIDART CAMPOS, 1962: 544.

²⁴ *Vid.*, por todos, DíEZ-PICAZO, 2006: 15.

²⁵ GUASTINI, 2011b: 369.

Por una parte, el primer grupo de ejemplos de ‘límites jurídicos’ al poder constituyente no cumple con el elemento (i): no son límites extraídos de normas de derecho positivo, pertenecientes a algún ordenamiento jurídico específico. A pesar de ello son caracterizados como ‘jurídicos’ debido a varias circunstancias explicativas, dentro de las que cabe mencionar al menos tres: la presuposición de un derecho ‘suprapositivo’ «por encima de las instancias positivas», esto es, un ‘derecho natural’ del que se extraen criterios de valor que «la voluntad humana no puede, válidamente, atropellar»²⁶; la confusión entre ‘constitución’ (documento normativo) y ‘constitucionalismo’ (filosofía política axiológicamente caracterizada)²⁷; y la asunción de ciertos principios y valores como ‘universalmente aceptados’ y, sobre todo, vinculantes respecto de todas las personas²⁸.

En cualquiera de los anteriores casos, no es necesario entrar en discusiones de fondo para discernir que el sentido ‘jurídico’ que se le quiere dar a estos supuestos ‘límites’ del poder constituyente, no coincide con un sentido ‘jurídico-positivo’. Y es que, además, parece claro que tales límites «[n]o son condicionamientos jurídicos ni asumen formas de tales»²⁹, es decir, no prohíben que el límite sea vulnerado ni disponen sanciones jurídicas para una eventual transgresión, lo cual permite afirmar que estos ejemplos tampoco cumplen con el elemento (ii) antes referido. En suma, y por donde se lo mire, no son límites jurídico-positivos; se trata, más bien, de límites ‘conceptuales’ que, derivados de ciertas concepciones constitucionales previamente asumidas, determinan las condiciones bajo las cuales cabe considerar a ciertas prácticas de cambio constitucional como instancias del concepto de ‘poder constituyente’ o, alternativamente, determinan las condiciones para considerar qué tipo de resultados normativos –producidos por tales prácticas– cuentan como instancias del concepto de ‘constitución’³⁰. Pero esto revela que los mencionados ‘límites’ no pretenden limitar otra cosa que el uso de determinados conceptos (algo que en esta sección no se discute).

²⁶ BIDART CAMPOS, 1962: 544 (cursivas en el texto original). En el mismo sentido, BÖCKENFÖRDE señala que el Tribunal Constitucional Federal alemán ha sostenido que el poder constituyente se encuentra vinculado a «los principios jurídicos suprapositivos que preceden a todo derecho escrito» (BÖCKENFÖRDE, 1991: 177).

²⁷ Como se explica en PACE, 1997: 111-113.

²⁸ Lo que es descrito en PACE, 1997: 113.

²⁹ VANOSSI, 1975: 177. Por este mismo motivo, el autor citado utiliza la expresión ‘límites extrajurídicos’ (VANOSSI, 1975: 176-177).

³⁰ *Vid.*, en este sentido, BÖCKENFÖRDE, 1991: 176-177.

Por lo demás, respecto de este primer grupo, cabe recordar aquí algo que ya decía KELSEN en un pasaje que conviene transcribir por su importancia:

Luego del triunfo de la Revolución Francesa, a fines del siglo XVIII, así como luego del triunfo de la Revolución Rusa a comienzos del siglo XX, apareció en los demás Estados la tendencia natural a no interpretar el orden jurídico establecido por la revolución como un orden jurídico, a no interpretar los actos de los gobiernos llegados revolucionariamente al poder como actos jurídicos; el primero, porque lesionaba el principio monárquico de legitimidad; el segundo, porque eliminaba la propiedad privada de los medios de producción. Invocando esta razón, ha habido inclusive tribunales de los Estados Unidos de América que se negaron a reconocer, como actos jurídicos, actos del gobierno ruso establecido por la revolución, con el fundamento de que no se trataría de actos de un Estado, sino de una banda de *gangsters*. Pero tan pronto como los órdenes coactivos establecidos revolucionariamente demostraron ser duraderamente eficaces, fueron reconocidos como órdenes jurídicos; los gobiernos de las comunidades constituidas por ese orden, como gobiernos de un Estado, y sus actos, como actos del Estado, y, por lo tanto, como actos jurídicos³¹.

Por otra parte, respecto del segundo grupo de ejemplos –los ‘límites internacionales’ del poder constituyente–, el análisis es un tanto distinto. Aquí ya no puede decirse que se trata de límites conceptuales, sino de límites establecidos por normas del derecho internacional; con ello, el elemento (i) estaría acreditado. Sin embargo, de ninguna manera puede decirse que el elemento (ii) se cumple en este caso, puesto que tales normas no prohíben determinadas manifestaciones del poder constituyente con ciertas características, ni disponen su negación o falta de reconocimiento en un determinado Estado como posible sanción frente a la transgresión de los ‘límites’. La consecuencia normativa, como indican los propios autores que defienden estas ideas, es la «ilicitud internacional del comportamiento del Estado» y la eventual aplicación de las sanciones previstas para el incumplimiento de obligaciones internacionales³². Pero, evidentemente, esto no supone ningún ‘límite jurídico’ al poder constituyente, según los elementos que componen el significado de esta expresión; por el contrario, el juicio de ‘ilicitud internacional’ presupone que ya el poder constituyente se ha manifestado de

³¹ KELSEN, 1960: 62-63.

³² DÍEZ-PICAZO, 2006: 25-26.

modo efectivo. En conclusión, no es preciso afirmar que la manifestación del poder constituyente esté ‘limitada’ jurídicamente por el derecho internacional; resulta más apropiado decir que aquellos Estados donde se dan ciertas manifestaciones del poder constituyente pueden estar sujetos a *consecuencias* jurídicas dispuestas por el derecho internacional. Son dos cuestiones distintas que no conviene confundir.

Analizados estos dos grupos de ejemplos, se puede refutar entonces la crítica afianzada en la aparente existencia de ‘límites jurídicos’ al poder constituyente. Pero más allá de los fallidos ejemplos, se debe subrayar aquí que la característica analizada en todo este apartado no es la imposibilidad *empírica* de identificar ‘límites jurídicos’ al momento en que actúan los sujetos constituyentes, sino la imposibilidad *conceptual* de la sujeción del poder constituyente a cualquier eventual límite jurídico. Desde un punto de vista empírico, claro que pueden existir (incluso numerosas) disposiciones jurídicas en vigor que limiten las actividades de los sujetos constituyentes: desde regulaciones penales que sancionen conductas antijurídicas hasta cláusulas constitucionales que establezcan la imposibilidad jurídica del cambio constitucional por fuera de los cauces institucionales. Pero desde un punto de vista conceptual, ocurre que en la propia instauración normativa *de facto* que ha alcanzado efectividad –y que de modo *ex post* se denomina ‘poder constituyente’– está implicado ya el hecho de haberse obviado o contravenido los límites jurídicos preexistentes (incluso aquellos provenientes de las normas de más alta jerarquía, que habrán desaparecido con el orden jurídico abatido). En pocas palabras, en la propia definición de ‘constituyente’ –como lo equivalente a ‘no constituido’– aparece la imposibilidad conceptual de sujeción a límites jurídicos³³. En este respecto, carece de sentido hablar de ‘límites jurídicos’ del poder constituyente: o es ‘poder constituyente’, y entonces ha podido contravenir efectivamente cualquier límite jurídico; o ha habido un sometimiento a límites jurídicos, pero entonces, por definición, no habría poder *constituyente*³⁴.

³³ Como el poder constituyente está fuera del ámbito jurídico (al menos desde el punto de vista de su manifestación), «sería contradictorio pretender que al mismo tiempo estuviera comprendido en las limitaciones que nacen del derecho» (VANOSSI, 1975: 176).

³⁴ PACE, 1997: 111. Es pertinente mencionar aquí un argumento de Fernando ATRIA, según el cual el poder constituyente es tan jurídicamente ilimitado que puede elegir *cualquier forma* de manifestación (incluyendo la forma de los poderes constituidos): «‘cualquier forma’ significa cualquier forma, lo que incluye formas constituidas, por paradójico que ello suene» (ATRIA, 2020: 52). En suma, «el poder constituyente no sólo no está limitado por las formas constituidas, sino que además es libre de usarlas» (ATRIA, 2020: 52 [2]). No discutiré por ahora este argumento (lo haré en el Capítulo III, sección 2.3., de esta tesis); aquí sólo diré que, incluso si lo anterior fuese aceptado, ello no significaría una sujeción del poder constituyente a límites jurídicos preexistentes (que es lo que en esta sección se analiza).

1.3. Auto-atribución de una competencia normativa ‘originaria’

La última característica relevante que se puede predicar del ‘sujeto constituyente’ consiste en lo siguiente: si los hechos normativos originarios en los que éste participa alcanzan efectivamente el propósito deseado, entonces podría decirse que dicho sujeto, de modo retrospectivo, puede ser visto como una especie de ‘autoridad normativa’; no en el sentido de que haya sido habilitado o constituido por normas jurídicas, sino en el banal sentido de que *ha podido dictar normas* (contribuyendo, con ello, al surgimiento de un nuevo orden jurídico).

Ahora bien, si el sujeto constituyente *de hecho* ha podido dictar normas es porque, en cierto sentido, ha asumido que es *competente* para aquello. En otras palabras, puede decirse el sujeto constituyente, expresa o implícitamente, se auto-atribuye la *competencia* para dictar normas originarias. El significado de ‘competencia’ al que aquí se alude no es el que designa un poder «facultado por el orden jurídico para producir normas jurídicas»³⁵ (pues el sujeto constituyente, al carecer de cualquier habilitación jurídica para dictar normas, es indudablemente *incompetente* desde esta perspectiva³⁶). El sentido de dicha competencia, más bien, equivale al de una capacidad o aptitud que en hipótesis se tuvo que haber poseído para producir normas jurídicas originarias que dieron lugar a un nuevo ordenamiento.

A este sentido de ‘competencia’ parece referirse CHIASSONI cuando explica que los hechos en que consiste una revolución o un golpe de estado (u otras formas de usurpación) representan, propiamente hablando, una condición para que alguien –los líderes revolucionarios, el usurpador del poder, los jefes del partido golpista, el ‘soberano’, etc.– se transforme en *competente* para producir normas jurídicas, así sea por auto-habilitación; en suma, para CHIASSONI, tales hechos operan como condición fáctica para que surja una «competencia normativa» (incluso si ésta es eventualmente auto-atribuida): la «competencia jurídica para producir nuevo derecho»³⁷.

³⁵ Kelsen, 1960: 159-160.

³⁶ Guastini, 2011c: 87.

³⁷ Chiassoni, 2017: 40.

Se puede hablar, entonces, de una competencia normativa ‘originaria’ –distinta de la competencia normativa ‘derivada’ de normas jurídicas– que es asumida o auto-atribuida por el sujeto constituyente. Sobre la base de algunos elementos que Jordi FERRER BELTRÁN ha expuesto al definir la noción de ‘competencia’, puede decirse que este sentido de ‘competencia normativa’ está relacionado con la pertenencia de las normas ‘originarias’ a un sistema jurídico³⁸. Así, desde una perspectiva fijada exclusivamente en las consecuencias, una ‘competencia normativa originaria’ podría ser definida como la capacidad mostrada por un sujeto constituyente para dictar normas ‘originarias’ o ‘independientes’ (pertenecientes al nuevo ordenamiento que con ellas se origina)³⁹.

Esta capacidad, como ya se ha dicho, no puede ser atribuida por normas de competencia previas (dadas las características del sujeto ‘constituyente’): sólo puede ser auto-atribuida. Ahora bien, podría objetarse que la idea misma de una ‘auto-atribución de competencia’ carece de sentido; sería algo así como pensar en «un hijo sin padres»⁴⁰, transgrediendo con ello los ‘límites externos’ del lenguaje normativo (tal como denunciaba Genaro CARRIÓ⁴¹). Sin embargo, este cargo sólo es admisible si se presupone un concepto normativo de ‘competencia’ que incorpore como propiedad la existencia previa de reglas jurídicas constitutivas (esto es, un concepto de competencia normativa ‘derivada’). La idea que aquí se analiza, en cambio, presupone justamente un diverso concepto de ‘competencia’ que no supone la habilitación de normas jurídicas⁴² y cuya estipulación tiene sentido para dar cuenta de la pertenencia de las normas originarias o independientes a un nuevo sistema jurídico. Luego, bajo esta distinta

³⁸ El citado autor aborda el concepto de ‘competencia’ como uno de los requisitos para la producción de normas jurídicas ‘válidas’ (utilizando ‘validez’ como sinónimo de ‘pertenencia’ a un determinado sistema – *vid.* FERRER BELTRÁN, 2000: 6). Sin embargo, como el mismo autor lo expresa, sólo se refiere a la «validez como pertenencia de normas dependientes al sistema» (utilizando para ello una doble perspectiva que atiende a los ‘requisitos’ o a las ‘consecuencias’). De las normas *independientes*, en cambio, no se ocupa: «a pesar de que las normas independientes pertenecen también al sistema, de ellas no puede predicarse validez ni invalidez» (FERRER BELTRÁN, 2000: 155). Pero esto último sería admisible sólo si por ‘validez’ se entendiera algo distinto a ‘pertenencia’, lo que no es así porque el propio autor trata como sinónimos a esos dos términos. Por tanto, y de manera análoga, se podría elaborar una noción de competencia relacionada con la pertenencia de las normas jurídicas ‘originarias’ o ‘independientes’ a un determinado sistema, al menos desde el punto de vista de las *consecuencias*; noción que estaría precisamente representada con la expresión ‘competencia normativa originaria’. Agradezco al mismo autor, Jordi Ferrer Beltrán, por haberme sugerido esta idea en el transcurso de mi investigación doctoral.

³⁹ Me referiré a la producción de normas ‘originarias’ a lo largo del apartado 2 de este capítulo.

⁴⁰ CARRIÓ, 1973: 49.

⁴¹ CARRIÓ, 1973: 26, 61-63. *Cfr.* Capítulo I, sección 2.1., de esta tesis.

⁴² *Vid.* RAZ, 1972: 83-84: «Legal powers may exist even if not conferred by any norm, whether legal or non-legal»; RAZ, 1972: 85: «A legal power may exist even if it was not conferred by any norm at all».

presuposición, no parece que esté implicada ninguna transgresión lógica o lingüística; siguiendo la metáfora de CARRIÓ, pensar en un ser humano ‘sin padres’ que lo hayan engendrado es insensato, salvo que se piense en el ‘primer’ ser humano (al menos como un recurso explicativo tendiente a establecer la ‘génesis’ o punto de partida de un relato).

La auto-atribución a la que se hace referencia puede ser realizada de modo explícito⁴³, aunque lo más usual es que aquella sea implícita y no requiera de ningún acto normativo⁴⁴. En cualquier caso, cabe analizar si esta competencia normativa ‘originaria’ que se auto-atribuye el sujeto constituyente puede ser comprendida como el mismo ‘poder constituyente’ (tal como lo sostenía Carlos S. NINO, según se vio en el Capítulo I de esta tesis⁴⁵). En mi opinión, esta forma de presentación –pese a ser muy atractiva– exigiría demasiadas presuposiciones y no permitiría tener en cuenta algunos elementos de destacada importancia a la hora de revisar cómo se encuentra construido el concepto de ‘poder constituyente’ que predomina en la cultura jurídica.

Así, si se concentra la definición del concepto de ‘poder constituyente’ exclusivamente en la competencia normativa ‘originaria’, se tendrían que presuponer todas las demás propiedades que al inicio de este capítulo fueron enunciadas (las propiedades que, correlativamente, determinan las condiciones necesarias y suficientes para la aplicación del concepto). Pero –a mi modo de ver– resulta mucho más claro identificar todas estas propiedades por separado; además, si se fija la atención sólo en el aspecto de la competencia normativa, se perdería de vista la noción de poder ‘de hecho’ que permite explicar la manifestación efectiva de un conjunto de hechos sociales como generador de un resultado relevante para el derecho.

⁴³ Joseph RAZ cita un peculiar caso sucedido en Israel, en cuya independencia intervino un ‘órgano’ denominado *Moetzet HaAm* (העם מועצת): literalmente, ‘El Concejo del Pueblo’) que, en 1948, se auto-atribuyó poderes legislativos ilimitados, no conferidos por ninguna norma (RAZ, 1972: 84). Este ‘órgano’, por cierto, no sería más que un conjunto de individuos que obra como ‘sujeto constituyente’ bajo una aparente estructura orgánica (vid. literal c) del apartado 1.1. de este capítulo). Otros ejemplos pueden encontrarse en algunos golpes de estado militares del siglo pasado, donde a través de documentos escritos se expresaba la auto-atribución de competencias legislativas ‘supremas’; es lo que ocurrió varias veces en Argentina (vid. NINO, 1992: 142) y en Chile después del golpe militar del 11 de septiembre de 1973, cuando la ‘Junta de Gobierno’ liderada por Augusto Pinochet asumió un poder legislativo ilimitado.

⁴⁴ Si se entiende que un ‘acto normativo’ es un comportamiento lingüístico consistente en crear (producir o promulgar) disposiciones (vid. GUASTINI, 2011c: 266), es inusual advertir que el sujeto constituyente dicte un acto normativo al modo de: «Art. 1.- Por medio de este instrumento, declaro que soy competente para hacer x». Los sujetos constituyentes usualmente no hacen esto, debido a que no necesitan hacerlo: simplemente *hacen x* (dictar normas ‘originarias’).

⁴⁵ Vid. Capítulo I, sección 2.4.2.

Lo que parece menos discutible es la relevancia en sí de esta idea de ‘competencia normativa originaria’, debido a la cual se suele caracterizar al sujeto constituyente como «soberano», «autoridad suprema»⁴⁶ o «legislador originario del sistema»⁴⁷. No obstante, hay que tener cuidado en no confundir a esta ‘autoridad suprema’ en que consistiría el ‘sujeto constituyente’, con la autoridad ‘suprema’ o ‘última’ de un orden jurídico ya establecido⁴⁸. La principal diferencia entre ambas ‘autoridades’ es que la primera desaparece una vez que el nuevo orden jurídico ha sido en efecto instaurado; y es que el poder constituyente, siendo un poder precario desde el punto de vista temporal⁴⁹, instaure las normas constitucionales originarias que, entre otras cosas, instituyen al segundo tipo de autoridad (las autoridades *jurídicas* supremas)⁵⁰. Adicionalmente, la ‘autoridad suprema’ constituyente no puede, por definición, ser una autoridad *constituida* dentro del orden jurídico que ha contribuido a instaurar, pues «[e]s, precisamente, la autoridad que lo crea»⁵¹.

Para separar a estas dos clases de autoridades ‘supremas’, en la literatura correspondiente se ha utilizado bastante la conocida distinción entre ‘soberano₀’ y ‘soberano₁’ estipulada por Ernesto GARZÓN VALDÉS⁵². Asimismo, y tomando como base la anterior distinción (aunque con pretensiones de profundización y refinamiento), José Luis PÉREZ TRIVIÑO ha propuesto las locuciones ‘autoridad preinstitucional suprema’ (para hacer referencia a la autoridad constituyente *de facto*) y ‘autoridad jurídica suprema’ (para referirse a la autoridad ‘última’ de un sistema jurídico determinado)⁵³. Esto último parece más adecuado y, sobre todo, evita la posible

⁴⁶ VON WRIGHT, 1963: 192.

⁴⁷ GARZÓN VALDÉS, 1983: 175.

⁴⁸ Las características de esta autoridad *jurídica* suprema, según PÉREZ TRIVIÑO, son las siguientes: a) está constituida por reglas que establecen una serie de condiciones (personales, materiales y procedimentales) para la creación válida de normas; b) se predica de individuos que son designados de acuerdo con un conjunto de reglas, en el marco de un sistema normativo; c) tiene la facultad de modificar la norma suprema de la jerarquía normativa en la que se encuadra; y, d) presupone un sistema social institucionalizado (PÉREZ TRIVIÑO, 1998b: 197).

⁴⁹ Aspecto que, como se recordará, fue desarrollado en el Capítulo I, sección 2.2.2., de esta tesis.

⁵⁰ Lo cual es necesario, pues «[t]odo orden jurídico incluye un conjunto de normas o reglas últimas que instituyen a las autoridades legislativas supremas» (REDONDO, 2016: 31).

⁵¹ PÉREZ TRIVIÑO, 1998b: 196. Como ya se aclaró en una nota al pie anterior, aunque no es inconcebible que un mismo individuo pueda ser ‘sujeto constituyente’ y, después, ‘autoridad suprema’ del nuevo orden jurídico –piénsese, por ejemplo, en los golpes de Estado militares–, no cabe considerar que en el segundo momento exista todavía un ‘sujeto constituyente’ *constituido* dentro del ordenamiento.

⁵² GARZÓN VALDÉS, 1981: 54; GARZÓN VALDÉS, 1983: 175-178.

⁵³ PÉREZ TRIVIÑO, 1998a: 93-100.

confusión que sugiere el uso del término ‘soberano’ en relación con una autoridad jurídica constituida⁵⁴.

No obstante, me parece que por motivos de claridad resulta preferible seguir usando aquí la locución ‘sujeto constituyente’; no sólo para evitar confusiones con otro tipo de autoridades⁵⁵, sino porque directamente resulta más preciso utilizar el término ‘sujeto’ y no ‘autoridad’. Y es que la idea de una ‘autoridad’ normativa constituyente no tiene cabida dentro del ámbito de los ordenamientos jurídicos: ni en el ordenamiento abolido (donde cabe hablar de ‘revolucionarios’ o ‘subversivos’, pero no de ‘autoridades’ constituyentes), ni en el nuevo ordenamiento instaurado (donde sólo existen autoridades constituidas jurídicamente). La idea de una ‘autoridad constituyente’ funciona sólo como una hipótesis dentro de la reconstrucción de los hechos que conforman el concepto de ‘poder constituyente’: «únicamente permite explicar el origen de un orden jurídico», pero no es un concepto explicativo de la idea de autoridad dentro de un orden jurídico⁵⁶. Y aunque se entienda bien el sentido de ‘autoridad normativa’ al que se hace referencia, conviene evitar confusiones.

1.4. Un presupuesto políticamente no comprometido

En las páginas anteriores nada se ha dicho respecto a quién puede ser ‘sujeto constituyente’. Esto se condice con la propia definición de ‘poder constituyente’ adoptada en esta tesis, que no incluye ninguna propiedad que pueda indicar quién o quiénes están legitimados para ejercer dicho poder, ni mucho menos cómo debe ser

⁵⁴ Como señala GUASTINI, fuera de los casos donde existe una constitución flexible, usar el predicado ‘soberano’ para hacer referencia a un poder constituido «es simplemente un mal uso del lenguaje» (GUASTINI, 2007a: 120). Ello se debe a que incluso el más alto de los poderes constituidos –al menos en los regímenes de constitución rígida– está necesariamente sometido a limitaciones jurídicas; en un importante sentido, pues, no es en lo absoluto un ‘soberano’.

⁵⁵ Como el propio PÉREZ TRIVIÑO lo indica, la expresión ‘autoridad preinstitucional suprema’ también puede ser entendida al modo del ‘soberano’ descrito por John AUSTIN (AUSTIN, 1832: 16, 188, 189 [16], 212), es decir, al modo de una autoridad suprema efectiva que permanece ejerciendo el poder a través de mandatos, sin crear ninguna autoridad jurídica (PÉREZ TRIVIÑO, 1998b: 201, 204). Este tipo de autoridad es denominada, por el mismo autor, «autoridad preinstitucional suprema continua» (PÉREZ TRIVIÑO, 1998b: 198-204). Por ello mismo, se volvería necesario aclarar constantemente que, en referencia al poder constituyente, lo que existe es una «autoridad preinstitucional suprema *autocomprensiva*» (PÉREZ TRIVIÑO, 1998b: 204. *Cursivas añadidas*).

⁵⁶ PÉREZ TRIVIÑO, 1998a: 142.

ejercido⁵⁷. Tres son las razones que justifican esta ausencia: una exigencia de sujeción a los usos lexicales prevalentes; una exigencia de consistencia interna en la labor de definición; y, finalmente, una exigencia de separación entre lo que *es* y lo que *debe ser*.

Acorde a la primera exigencia, se tiene en cuenta que la expresión ‘poder constituyente’ es prevalentemente utilizada para denotar diversos eventos que carecen de una forma típica de manifestación (y que van, desde las expresiones más articuladas de civilidad democrática, hasta aquellas que son indudablemente despóticas o tiránicas)⁵⁸. Por tanto, si el poder constituyente no tiene una forma predeterminada para manifestarse, ello significa –siguiendo a Alessandro PACE– que no son apriorísticamente individualizables los sujetos identificados como sus ‘titulares’⁵⁹: el sujeto constituyente eventualmente podría ser un conjunto de sujetos naturales que actúa en nombre de ‘el pueblo’⁶⁰, aunque también podría tratarse de un monarca, una aristocracia elitista, un grupo revolucionario, o incluso sujetos externos al ordenamiento que se quiere constituir (en los casos de procesos constituyentes guiados por influencia de Estados extranjeros)⁶¹.

⁵⁷ En este mismo sentido, *vid.* FERRAJOLI, 2007a: 853.

⁵⁸ Tanto es así que incluso el ejercicio de una competencia constitucionalmente prevista podría servir como ocasión para que *de hecho* se manifieste el poder constituyente (*vid.* PACE, 1997: 120). Precisamente por esta dificultad en cuanto a la ‘tipicidad’ de las formas, en el Capítulo I (sección 1.4.) se dejó sentado que, en relación con el concepto de ‘poder constituyente’, es preferible hacer referencia, no ya a categorías específicas (como una ‘revolución’ en sentido estricto) sino, en general, a *hechos*: los ‘hechos normativos originarios’ que provocan el surgimiento de un nuevo orden jurídico.

⁵⁹ PACE, 1997: 121.

⁶⁰ Aunque PACE duda que ‘el pueblo’ pueda ser un genuino sujeto constituyente: sostiene que la función que este desempeña es, sobre todo, de *legitimación* de lo realizado y que, incluso cuando ‘el pueblo’ parece ejercitar el poder constituyente eligiendo una ‘Asamblea Constituyente’, en realidad «no hace más que girar un cheque en blanco», por más que los efectivos sujetos constituyentes proclamen actuar en su nombre (PACE, 1997: 122). Este tipo de argumento encuentra sus raíces en el pensamiento contrarrevolucionario posterior a la Revolución Francesa, donde se destaca una famosa paradoja formulada por Joseph DE MAISTRE: «El pueblo es soberano, dicen. ¿Y de quién? De sí mismo, aparentemente. El pueblo es, pues, súbdito. Aquí hay seguramente algún equívoco, si es que no hay un error, ya que el *pueblo* que manda no es el *pueblo* que obedece [...] El pueblo, se dirá, ejerce la soberanía por medio de sus representantes. Esto comienza a entenderse. El pueblo es un soberano que no puede ejercer la soberanía» (DE MAISTRE, 1794: 9). Sobre esta base, el citado autor sostiene lapidariamente que ‘el pueblo’ «no puede darse una constitución» (DE MAISTRE, 1794: 53). Con algunas variables (que resultaría excesivo detallar aquí), el argumento fue sostenido por buena parte de la doctrina alemana del derecho público durante el s. XX, lo mismo que en Francia por autores como R. CARRÉ DE MALBERG, quien expresaba que «Nadie, en el Estado, puede pretenderse soberano con anterioridad a la Constitución originaria que fija la organización estatal. La razón decisiva de ello es que la soberanía sólo se origina por efecto de esta organización. La soberanía no es un poder innato en los individuos, ni siquiera en el grupo» (CARRÉ DE MALBERG, 1920-1922: ap. 413). En el mismo sentido, KELSEN aclara que ‘el pueblo’ sólo tiene existencia jurídica a través de la constitución; por tanto, decir que ‘el pueblo’ es el creador de la constitución es algo que sólo puede tomarse en un sentido político, no jurídico (KELSEN, 1945: 261).

⁶¹ FERRAJOLI, 2007a: 386, 853. *Vid.*, en el mismo sentido, CARRÉ DE MALBERG, 1920-1922: 1172; PACE, 1997: 121-122.

De acuerdo con la segunda exigencia, se tiene también en consideración que el poder constituyente, tal como es reconstruido en este trabajo, sólo puede ser reconocido de modo *ex post*. Sobre esta base, no es conceptualmente posible especificar, *ex ante*, quiénes pueden ser sujetos constituyentes; sólo se puede decir –de modo bastante modesto, y pese al desencanto que esto pueda generar– que el sujeto constituyente es simplemente *quien ha podido serlo*⁶²: quien ha logrado «llevar a la práctica lo que quiere [...] porque es de hecho capaz de adoptar decisiones a la vez globales y concretas acerca de los modos de existencia de la comunidad política»⁶³. Luego, por razones de consistencia, la redefinición del concepto de ‘poder constituyente’ formulada en esta tesis⁶⁴ no podría indicar quiénes son los ‘titulares’ de tal poder.

La tercera exigencia, por último, pone en escena la ‘gran división’ entre el *ser* y el *deber ser*, que se expresa a su vez dentro de la distinción entre las funciones descriptivas y prescriptivas del lenguaje. Como varias veces se ha indicado (a partir de la Introducción de esta tesis), la presente investigación no plantea abordar cuestiones valorativas o normativas en la tarea de redefinir el concepto de ‘poder constituyente’; lo que se busca es reconstruir su estructura a partir de la identificación y descripción de los elementos que lo componen, desde un punto de vista axiológicamente neutral. Por ende, la preocupación acerca de cuáles deben ser las propiedades ideales para que un poder se transforme en autoridad (o, lo que es lo mismo, la cuestión de definir un concepto valorativo de ‘autoridad constituyente’), no forma parte del programa de este trabajo⁶⁵.

De más está decir que esta delimitación del ámbito de investigación no impide que otro tipo de estudios se ocupen de cuestiones evaluativas, atinentes a la legitimidad de la actuación de los sujetos constituyentes. Ello es posible justamente porque la identificación de quién haya sido ‘sujeto constituyente’, acorde a lo que hasta aquí se ha venido diciendo, es políticamente neutral: no implica ningún tipo de criterios que permitan la valoración positiva o negativa de la intervención de dichos sujetos desde el punto de vista de sus ‘credenciales’ de origen.

⁶² SÁNCHEZ AGESTA, 1943: 342.

⁶³ CARRIÓ, 1973: 43.

⁶⁴ *Vid.* Capítulo I, sección 2.3.

⁶⁵ Lo que, además, no se puede echar en falta: la literatura actual sobre el poder constituyente está más que suficientemente abocada a dichas cuestiones (*vid.*, por todos, ARATO, 2000: 151).

Así, por ejemplo, se puede decir –desde un punto de vista descriptivo– que el sujeto constituyente de un determinado proceso de instauración constitucional fue un triunvirato militar; pero, paralelamente, también se puede afirmar –desde un punto de vista valorativo– que la intervención de dicho sujeto constituyente fue *ilegítima* (según determinados criterios de legitimidad asumidos). Es decir, es perfectamente posible describir, por un lado, que se ha ejercido el poder constituyente en ciertas coordenadas de tiempo y espacio; y evaluar, por otro lado, la legitimidad de la actuación de los sujetos constituyentes⁶⁶. Esta posibilidad muestra, por cierto, que no hace falta restringir el significado de la expresión ‘sujeto constituyente’ –o de otras expresiones similares–, incorporando propiedades valorativas que afecten a su uso descriptivo y que, por consiguiente, limiten su referencia únicamente a los sujetos que actuaron de forma ‘legítima’⁶⁷; es suficiente si se distinguen, más simplemente, los dos planos de análisis⁶⁸.

2. PRODUCCIÓN DE NORMAS ‘ORIGINARIAS’

Corresponde ahora analizar la condición en la que propiamente se identifican los ‘hechos normativos originarios’ referidos en el concepto de ‘poder constituyente’. Como se dejó subrayado en la sección anterior, uno de los rasgos más destacados del sujeto constituyente es su capacidad para *dictar normas*. Lo peculiar de estas normas es que carecen de un fundamento dinámico de validez reconducible a alguna norma del sistema jurídico preexistente. Como se verá enseguida, el hecho de la producción de estas normas ‘originarias’ –equiparables en buena medida a las normas que, en la teoría del derecho, son conocidas como ‘soberanas’ o ‘independientes’– es un elemento clave dentro de esta investigación.

⁶⁶ Vid. NINO, 1985: 90.

⁶⁷ Esto es lo que hacen autores como Andreas KALYVAS: «Should a person or group appropriate the power to constitute a legal order at the exclusion of all those who will be its addressees [...] such an act would not only amount to an incorrect use of the term *to constitute*, but it would also violate the normative content of its semantic meaning. It would not be a *constituting act* at all but rather an act of imposition, whereby a part illegitimately and with no authorization decides for the whole» (KALYVAS, 2005: 239. Cursivas añadidas). En el mismo sentido, vid. BERNAL PULIDO, 2013: 355: «For a group of people acting together to count as a constituent power, they must have shared intentions to adopt a correct political system for their society». Según estos autores, pues, sólo podría existir un poder constituyente *legítimo* (‘inclusivo’ o ‘justo’); un ‘poder constituyente ilegítimo’ sería una contradicción terminológica.

⁶⁸ Este mismo enfoque, sobre una discusión análoga, se encuentra en NINO, 1985: 90.

Para empezar, me remitiré a un pasaje de *Norm and Action*, de Georg Henrik VON WRIGHT, en donde el autor propone el siguiente ejemplo. Supóngase que, dentro de un Estado, ha habido un exitoso acto de usurpación de poder: las relaciones normativas que el usurpador ha establecido se mantienen y adquieren relativa permanencia, y la autoridad que era superior al usurpador ha renunciado a los esfuerzos para recuperar la obediencia que antes gozaba. Esto significa, según VON WRIGHT, que la norma superior según la cual el acto del usurpador era inválido, ha dejado de existir (seguramente como consecuencia de un acto de derogación). A su vez, ello implica –de acuerdo con el mismo autor– que las normas que ha dictado el usurpador ya no son inválidas; ahora no son ni válidas ni inválidas en relación con cualquier otra norma: se han convertido, «por derecho propio», en *normas soberanas* de un nuevo sistema normativo⁶⁹.

Así como VON WRIGHT se ocupó de las normas ‘soberanas’, otros autores han analizado un concepto bastante similar: las normas ‘independientes’. Estas normas han sido definidas por Ricardo CARACCILO como aquellas cuya pertenencia a un sistema normativo *S* «no está condicionada por la previa pertenencia de otras normas a *S*»⁷⁰. De esto se sigue, según Eugenio BULYGIN, que «las normas independientes originarias constituyen la *base del orden jurídico*»⁷¹: todo orden jurídico *tiene que* originarse en un sistema de normas ‘independientes’, para evitar un regreso al infinito y para dar sentido a los criterios de pertenencia de las normas ‘dependientes’ (esto es, los criterios de ‘legalidad’ y ‘deducibilidad’, que en último término presuponen la existencia de aquellas normas ‘independientes’)⁷².

Como se puede observar, las dos nociones antes expuestas se refieren al mismo fenómeno de la producción ‘originaria’ de un nuevo derecho. Sin embargo, las teorías que subyacen a la formulación de estos conceptos no necesariamente se ajustan del todo

⁶⁹ VON WRIGHT, 1963: 201. Según el autor citado, todo sistema de normas se compone de una o varias ‘normas soberanas’ dictadas por una misma autoridad, y de todas las normas que, a través de cadenas de subordinación, pueden retrotraerse en su validez hasta aquellas normas ‘soberanas’ (VON WRIGHT, 1963: 199).

⁷⁰ CARACCILO, 1988: 31. Debe agregarse que la pertenencia de las normas ‘independientes’ a un sistema jurídico no depende de la pertenencia de otras normas a ese sistema, ni a ningún otro sistema anterior dentro de un determinado orden jurídico (MORESO y NAVARRO, 1993: 81).

⁷¹ BULYGIN, 1991a: 263 (cursivas en el texto original).

⁷² BULYGIN, 1991a: 262. Un sistema de normas ‘independientes’ es un ‘sistema originario’ (CARACCILO, 1988: 68).

bien con la redefinición de ‘poder constituyente’ propuesta en esta tesis. Un aspecto especialmente problemático es la idea de que las normas ‘independientes’ cumplen la función de ‘axiomas’ o ‘postulados’ de los sistemas jurídicos⁷³, lo que también se afirma de las normas ‘soberanas’: que pertenecen a los sistemas jurídicos *por definición*⁷⁴. Esta idea es el resultado de asumir que las normas ‘independientes’ no pueden ser definidas en términos de alguna propiedad o conjunto de propiedades, sino que se identifican extensionalmente o por enumeración, es decir, señalando directamente cuáles son aquellas dentro de un cierto sistema jurídico⁷⁵. De esto se desprende, según BULYGIN, que el enunciado que identifica las normas independientes de un sistema «no es un enunciado empírico, no dice nada acerca del mundo y, por ende, no es ni verdadero ni falso respecto del mundo. Es un enunciado analítico»⁷⁶.

Lo anterior, como se podrá intuir, no puede admitirse dentro de una concepción del poder constituyente como la que se suscribe en esta investigación, acorde a la cual la existencia jurídica de las normas constitucionales originarias no es un axioma sino el resultado de la manifestación efectiva de todos los hechos que en su conjunto son comprendidos como tal ‘poder’⁷⁷. Particularmente, y como se dejó anotado antes, la pertenencia de esas normas al nuevo ordenamiento que con ellas se origina es entendida como el resultado de una capacidad concretamente ejercida: la ‘competencia normativa originaria’⁷⁸. Bajo estas premisas, además, el enunciado que identifica las normas originarias de un sistema jurídico no es un enunciado analítico sino empírico. Así, pues, estas particularidades vuelven inviable la incorporación –al menos sin reservas– de las nociones antes comentadas (‘normas soberanas’ y ‘normas independientes’), cuyas teorías serían en cierto grado incompatibles con el concepto de ‘poder constituyente’ que aquí se ha asumido⁷⁹.

⁷³ CARACCILO, 1988: 31.

⁷⁴ VON WRIGHT, 1963: 199.

⁷⁵ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1979: 64; BULYGIN, 1991a: 263. Por ello mismo, CARACCILO apunta que la definición extensional de las normas ‘independientes’ «da cuenta de la posibilidad de elegir arbitrariamente los axiomas de un sistema» (CARACCILO, 1988: 32), lo que a juicio de BULYGIN no tiene nada de sorprendente pues, en toda definición recursiva, «el punto de partida resulta en cierto sentido arbitrario» (BULYGIN, 1991b: 314). Y es que, para BULYGIN, el criterio de identificación de las normas ‘independientes’ se compone por reglas conceptuales que, en su conjunto, constituyen meramente una definición recursiva de un orden jurídico determinado (BULYGIN, 1991b: 313).

⁷⁶ BULYGIN, 1991b: 313.

⁷⁷ *Vid.*, sección 2.5.2. del Capítulo I de esta tesis.

⁷⁸ *Vid.*, sección 1.3. en este mismo capítulo.

⁷⁹ Lo que puede explicarse, justamente, porque el concepto de ‘poder constituyente’ no forma parte de estas teorías, en ningún sentido.

Por consiguiente, y de cara a evitar compromisos innecesariamente problemáticos con las teorías que subyacen a la formulación de tales nociones, en esta investigación prefiero utilizar una terminología distinta: ‘normas originarias’. Esta es la expresión que prevalentemente utiliza Riccardo GUASTINI para referirse a aquellas normas que necesariamente existen en todo ordenamiento, y cuya pertenencia «no depende de la (previa) existencia de otras normas»⁸⁰. Hasta aquí, la definición de ‘normas originarias’ es totalmente equivalente a la definición de ‘normas independientes’ de CARACCILO (lo que el propio GUASTINI reconoce, porque las trata como sinónimos⁸¹); no obstante, GUASTINI también integra aquí la noción *kelseniana* de ‘primera constitución’⁸² –como la referencia por antonomasia de las ‘normas originarias’– y, asimismo, especifica que las normas de la ‘primera constitución’ son el «fruto del ejercicio del poder constituyente»⁸³. Es precisamente esta vinculación entre ‘normas originarias’ y ‘poder constituyente’, ideada por GUASTINI, lo que motiva el análisis que se desarrolla a lo largo de todo este apartado.

Pues bien, a diferencia de cuanto se ha dicho de las normas ‘soberanas’ y de las normas ‘independientes’, las normas ‘originarias’ producidas por los sujetos constituyentes sí que pueden ser definidas en términos de un conjunto de propiedades. Estas propiedades definitorias, en mi opinión, son las siguientes:

- i. Son entidades del lenguaje, esto es, han sido formuladas lingüísticamente por los sujetos constituyentes. Esto implica que las normas ‘originarias’ no son simplemente axiomas o postulados de los sistemas jurídicos, sino que, de hecho,

⁸⁰ GUASTINI, 2006: 6-7; GUASTINI, 2010: 61; GUASTINI, 2011c: 121.

⁸¹ GUASTINI utiliza, como sinónimos de ‘normas originarias’, las expresiones ‘normas independientes’, ‘normas supremas’ y ‘normas soberanas’. María Cristina REDONDO ha criticado este uso indistinto, señalando las diferencias que existen entre la noción asumida por GUASTINI respecto de estas normas, y los rasgos característicos de las ‘normas independientes’ teorizadas por CARACCILO (*vid.* REDONDO, 2016: 54 [40]). Dicha crítica, sin embargo, parece estar fundada en un desacuerdo meramente verbal ocasionado por el diverso uso del término ‘validez’ (lo que quedó señalado en el Capítulo I, sección 2.5.1., de esta tesis).

⁸² La expresión ‘primera constitución’, muy presente en la obra de KELSEN, designa aquella constitución que no se ha originado conforme a las disposiciones de una constitución estatal anterior, y cuya validez «no puede ser referida a una norma positiva implantada por una autoridad jurídica» (KELSEN, 1960: 207-208. *Vid.*, también, KELSEN, 1945: 115).

⁸³ GUASTINI, 2006: 7; GUASTINI, 2010: 61; GUASTINI, 2011c: 121.

existen: por el sólo hecho de su formulación, tienen una existencia fáctica (existencia ‘formal’ en los términos de BULYGIN)⁸⁴;

- ii. Su existencia implica un estado de cosas ‘no legal’ o ‘ilegal’, en el sentido de que su producción es realizada al margen o en contra de lo dispuesto por normas sobre la producción jurídica; y,
- iii. Su contenido se encamina a alterar la ‘identidad’ del orden jurídico preexistente.

En lo que sigue, y asumiendo que la propiedad i) no es mayormente susceptible de ser problematizada, me detendré en el análisis de las propiedades ii) y iii).

2.1. Normas originarias y producción ‘no legal’ o ‘ilegal’

La producción ‘no legal’ o ‘ilegal’ es una característica que está implicada en la misma definición de normas ‘originarias’, cuya existencia –tanto fáctica como jurídica– no depende de la existencia previa de otras normas. Ello significa que las normas ‘originarias’ se producen siempre *al margen* o *en contra* de lo previsto por eventuales normas vigentes sobre la producción jurídica, a través de un tipo de hechos que en esta tesis se ha venido denominando ‘hechos normativos originarios’⁸⁵.

Por una parte, la producción ‘no legal’ es la que se da *al margen* de normas sobre la producción jurídica. El caso más visible es el nacimiento de nuevos Estados (y, por

⁸⁴ Como señala BULYGIN, hay un sentido de ‘existencia’ de las normas que es independiente de su aceptación, eficacia, pertenencia a un sistema, u obligatoriedad; así, basta que las normas hayan sido formuladas para que tenga «perfecto sentido» decir que existen (BULYGIN, 1987: 509-510). De acuerdo con este criterio, «todo acto (serio) de promulgar una norma (= todo acto de prescribir) da lugar a la existencia de una norma. Lo único que queda excluido son los actos no serios (por ejemplo, bromas o prescripciones realizadas por un actor en el escenario, etc.)» (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1979: 28-29). La existencia ‘formal’ de las normas –o su ‘existencia fáctica’, adoptando la terminología de GUASTINI– permite un análisis desligado de otro tipo de cuestiones empíricas y normativas, que «puede ser útil para determinar su compatibilidad con otras normas del ordenamiento, o para analizar las hipotéticas consecuencias políticas, económicas y sociales que ellas podrían generar» (NAVARRO, 2017: 34-35).

⁸⁵ *Vid.* sección 1.4. del Capítulo I de esta tesis; y GUASTINI, 2011c: 130. Como se puede intuir, la existencia fáctica de las normas originarias sólo podría ser conocida a través de otros hechos (al menos, la publicidad de aquellas). Esto revela que el hecho de la formulación de estas normas y los hechos que apuntan a lograr su efectividad están íntimamente ligados, y sólo pueden separarse para fines explicativos.

ende, de nuevos órdenes jurídicos) en las secesiones acordadas, lo que será analizado con detalle en la sección 3.1. del capítulo III.

Por otra parte, la producción ‘ilegal’ de las normas ‘originarias’ puede darse de dos modos: por la inobservancia de las normas sobre la producción jurídica *en sentido estricto* (esto es, las normas de competencia y las normas de procedimiento que determinan quiénes pueden crear y derogar normas jurídicas, y a través de qué trámite de formación⁸⁶); o por la transgresión de eventuales normas ‘materiales’ que limiten o predeterminen el contenido de futuras normas (y que también pueden ser concebidas como ‘normas sobre la producción jurídica’ pero *en sentido amplio*)⁸⁷. En cualquiera de los dos casos (que podrían confluír, pues es posible la infracción de ambos tipos de normas), las normas ‘originarias’ así producidas carecerán de un fundamento dinámico de validez jurídica⁸⁸: son normas *inválidas* desde la perspectiva del ordenamiento preexistente, y *ni válidas ni inválidas* desde la perspectiva del nuevo ordenamiento.

En lo principal, esta producción normativa ‘ilegal’ es concebida como una condición necesaria (aunque no suficiente) para la instanciación del concepto de ‘poder constituyente’, dado que correlativamente se asume en esta tesis que el criterio de legalidad es una condición necesaria (aunque no suficiente) para la identificación de los órdenes jurídicos⁸⁹. Por ende, si la consecuencia última de la manifestación del poder constituyente es el surgimiento de un nuevo orden jurídico, y para identificar un orden jurídico es necesario verificar la ‘legalidad’ de los cambios normativos que suceden secuencialmente, entonces tal consecuencia se dará *sólo si* sucede un cambio normativo efectivo que sea ‘ilegal’. Luego, según las asunciones conceptuales aquí asumidas, las normas establecidas por el poder constituyente necesariamente tienen que carecer de

⁸⁶ GUASTINI, 2011c: 109-110.

⁸⁷ GUASTINI, 2011c: 109 [5]. A diferencia de las normas formales sobre la producción jurídica, cuya existencia es necesaria en todo sistema jurídico dinámico, la existencia de normas materiales que limiten o predeterminen la producción de nuevas normas es meramente contingente: algunos sistemas jurídicos las contienen, otros no. Pero si existen, entonces todo acto normativo de producción de nuevas normas jurídicas debe observar dichos límites sustantivos o debe adecuarse al contenido materialmente predeterminado según lo dispuesto por las normas en cuestión. Infringir estas eventuales normas supondría producir normas ‘inválidas’ desde un punto de vista sustantivo.

⁸⁸ Como expone GUASTINI, son normas inválidas no solo aquellas que han sido producidas en disconformidad con las normas que disciplinan los procedimientos de producción normativa (‘invalidez formal’), sino también aquellas que, si bien han sido producidas ‘correctamente’ desde una perspectiva formal, son incompatibles con normas materialmente supraordenadas (‘invalidez material’). *Vid.* GUASTINI 2011: 286; y, en el mismo sentido, GUASTINI 1994c: 212, 218.

⁸⁹ Lo que será desarrollado en la sección 4 de este capítulo.

algún fundamento de validez identificable en normas jurídicas del sistema jurídico preexistente. Y esto es lo que precisamente captura la noción de ‘normas originarias’.

Todo lo anterior implica que, de acuerdo con el concepto que se viene analizando, no es posible una manifestación ‘legal’ del poder constituyente. Claro está, es posible asumir un distinto concepto de ‘poder constituyente’ que no incluya la ruptura de la ‘legalidad’ dentro de sus propiedades, lo que permitiría concebir una manifestación de dicho ‘poder’ dentro de la continuidad legal⁹⁰. Pero la idea de un poder constituyente ‘legal’ es bastante extraña, pues –como se analizará y criticará en el capítulo III– se trataría, o bien de un poder incapaz para crear un nuevo orden jurídico, o bien de un poder absolutamente irrelevante para estos efectos.

En todo caso, puede decirse que el conjunto de las ‘normas originarias’, producidas en forma ‘no legal’ o ‘ilegal’, equivale a la ‘primera constitución’ de un ordenamiento⁹¹. Incluir el término ‘constitución’ en este contexto, para catalogar estas normas ilegalmente producidas, podría despertar críticas; pero se subraya aquí que tal uso es descriptivo y no valorativo. Como decía Carlos S. NINO, «un régimen como los que consideramos *de facto* también puede dictar una constitución, la llame así o con otra expresión, como ‘estatuto’, ‘acta’, etcétera»⁹².

2.2. Normas originarias y alteración de la identidad del orden jurídico

La propiedad iii) que atribuyo a las normas ‘originarias’ está relacionada con su contenido. Lo que aquí sostengo es que el contenido de dichas normas necesariamente contraría la ‘identidad’ del orden jurídico preexistente⁹³. Aunque soy consciente de que determinar cuál sea la ‘identidad’ de un orden jurídico es una cuestión de lo más

⁹⁰ En esto consiste la concepción del poder constituyente ‘post-soberano’, sostenida por Andrew ARATO en varios de sus trabajos. *Vid.* Capítulo III, sección 2.2., para el análisis y crítica correspondientes.

⁹¹ BULYGIN, 1991a: 263. En verdad, BULYGIN se refiere a la ‘primera constitución’ como el «conjunto de las normas independientes»; sin embargo, no creo que exista ningún problema en adoptar, *mutatis mutandis*, la misma definición para el caso de las normas ‘originarias’ analizadas en esta tesis. Ello se debe a que, según las reglas que conforman el criterio de identificación de un orden jurídico determinado (propuesto por BULYGIN), «cualquier conjunto de normas (que contenga por lo menos una norma de competencia) puede ocupar la posición de una primera constitución» (BULYGIN, 1991a: 264).

⁹² NINO, 1985: 90 (cursivas en el texto original).

⁹³ Excepto en el caso de las normas ‘originarias’ producidas en el contexto del nacimiento de nuevos Estados por secesión acordada, pues aquellas justamente definen esa ‘identidad’ original (*vid.* cap. III).

problemática, ello no elimina una consideración de base: no parece que *cualquier* cambio normativo ‘ilegal’ pueda ser asumido como manifestación del ‘poder constituyente’ ni, por tanto, como un hecho generador de un nuevo orden jurídico⁹⁴. Como apunta Josep M. VILAJOSANA, «No parece tener la misma importancia, por ejemplo, la modificación inconstitucional de una ley que regula la cría caballar en un determinado Estado, que la modificación inconstitucional del régimen de propiedad del mismo»⁹⁵. En este punto, creo que lleva razón VILAJOSANA; si se atiende al contenido de las normas, se pueden evitar resultados contraintuitivos y, además, se puede describir de mejor manera lo que los juristas habitualmente entienden por ‘cambio de orden jurídico’: la alteración de una parte ‘fundamental’ del orden, y no una leve variación relativa a materias triviales o poco importantes⁹⁶.

Lo anterior, como se podrá intuir, presupone un criterio de identidad de los órdenes jurídicos que considera relevante tanto la *forma* como el *contenido* de los cambios normativos⁹⁷. Por ello me parece que las normas ‘originarias’ que los sujetos constituyentes producen, para haber llegado a interrumpir la continuidad del orden jurídico preexistente, también tendrían que haber alterado su ‘identidad’⁹⁸; es decir, tendrían que haber alterado aquellas normas ‘identitarias’ que están presentes en todos los sistemas pertenecientes a una misma secuencia y cuya ilegal sustitución (o eliminación) provoca el consecuente surgimiento de un nuevo orden.

El problema es que no resulta nada sencillo precisar cuáles son las normas que componen exactamente esa ‘identidad’; por ende, tampoco es evidente dónde estaría fijada la línea divisoria entre los cambios normativos que mantienen dicha identidad de los órdenes jurídicos y los cambios que, por el contrario, la eliminan. De todos modos, en la literatura correspondiente se pueden encontrar algunas alternativas encaminadas a determinar cuáles son las normas ‘identitarias’ de un orden jurídico. Cinco de las opciones más visibles, en este sentido, serán analizadas a continuación.

⁹⁴ Esto me separa de la concepción de GUASTINI, para quien toda modificación *extra ordinem* de la constitución –por marginal que fuere– «constituye ejercicio del poder constituyente» (*vid.* GUASTINI, 2001: 193; GUASTINI, 2004a: 323; GUASTINI, 2006: 285; GUASTINI, 2011b: 370; GUASTINI, 2019b: 170).

⁹⁵ VILAJOSANA, 1997: 59.

⁹⁶ VILAJOSANA, 1996: 50.

⁹⁷ *Vid.* sección 4 de este capítulo.

⁹⁸ Lo que eventualmente podría suceder si se transgudiesen normas del sistema jurídico preexistente que limiten o predeterminen el contenido de futuras normas, como se explicó en la sección 2.1. Pero dado que esa circunstancia es contingente, el análisis de la propiedad ahora analizada se realiza separadamente.

2.2.1. Primera opción: las normas constitucionales

De acuerdo con Ricardo CARACCILO, lo que cuenta como un cambio de la identidad del orden jurídico –para una concepción ‘estándar’ sobre esta materia– no es la modificación ilegal de cualquier norma sino más bien la alteración ilegal de las normas de la constitución⁹⁹. En el mismo sentido, Eugenio BULYGIN expresa que

[L]a identidad del orden reposa en la continuidad de los sistemas que a él pertenecen y esto quiere decir, en última instancia, la continuidad de la constitución, lo que no implica su inmutabilidad, sino la legalidad del cambio. Todo cambio ilegal de la constitución [...] conduce a la ruptura del orden jurídico y la nueva constitución dará origen a un nuevo orden¹⁰⁰.

Para Josep Joan MORESO y Pablo NAVARRO, lo anterior supone introducir un criterio de relevancia acorde al cual las normas constitucionales constituyen un ‘núcleo básico’ cuya modificación ilegal implica un cambio de orden jurídico¹⁰¹. Pero MORESO y NAVARRO dirigen una «objeción obvia» contra esta alternativa: la dificultad de justificar intersubjetivamente aquel criterio¹⁰². Esta crítica es acertada pues, si se admite que no todas las normas constitucionales tienen la misma importancia, ocurre que el referido criterio no permite dilucidar cuáles son las normas ‘importantes’ y cuáles son las normas ‘poco importantes’ dentro de la constitución¹⁰³. En consecuencia, este criterio de relevancia es insuficiente: identificar a las normas constitucionales como las normas ‘identitarias’ de un orden jurídico (su ‘núcleo básico’) simplemente tiene el

⁹⁹ CARACCILO, 1988: 70-71.

¹⁰⁰ BULYGIN, 1991a: 265. A pesar de la literalidad de lo expresado, BULYGIN parece referirse no a cualquier constitución sino a la «constitución originaria»; ello lo colocaría dentro de los autores que suscriben la *opción 2* (como se verá en la sección 2.2.2).

¹⁰¹ MORESO y NAVARRO, 1993: 102 [115].

¹⁰² MORESO y NAVARRO, 1993: 102 [115].

¹⁰³ Es posible convenir que hay casos ‘claros’ de normas constitucionales importantes (como las normas contenidas en el Título X de la Constitución Española, que regulan la reforma constitucional); casos ‘claros’ de normas constitucionales poco importantes (*v. gr.*, la norma comprendida en el art. 4.1 de la Constitución Española, que determina el número, el color y la anchura de las franjas de la bandera de España); y un nutrido grupo de casos ‘opacos’ donde no queda claro si una norma constitucional es importante o poco importante (por ejemplo, el art. 57 de la Constitución Española, que contiene las normas relativas a la sucesión de la Corona).

efecto de trasladar la cuestión al ámbito superior de la jerarquía normativa; en otras palabras, se delimita problema, pero no se lo resuelve.

Pondré un ejemplo que, quizás, permita ilustrar de mejor modo esta crítica. En el art. 30 de la Constitución Española (CE) se prescribe, entre otras cosas, que los españoles tienen el «deber de defender a España» (art. 30.1) y que la ley fijará «las obligaciones militares de los españoles», así como las «causas de exención del servicio militar obligatorio» (art. 30.2). Supóngase ahora que el art. 30 de la CE ha sido derogado (no por una ley de reforma constitucional sino) por una ley ordinaria dictada en 1999, sobre la que nunca se presentó ningún recurso de inconstitucionalidad. Supóngase, además, que dicha ley de 1999 ha permanecido en vigor durante décadas hasta la presente fecha, materializando así la derogación del servicio militar obligatorio en España¹⁰⁴. Pues bien, ¿podría decirse entonces que dicho cambio normativo ilegal alteró la ‘identidad’ del orden jurídico español? ¿Hubo en España una manifestación del poder constituyente en 1999, y existe desde entonces un nuevo orden jurídico?

Una respuesta que exclusivamente tuviera en cuenta el criterio de las ‘normas constitucionales’ podría llevar a la conclusión de que, al haberse derogado inconstitucionalmente una de las normas de la constitución, se habría interrumpido la continuidad del orden jurídico. Pero esta conclusión sería bastante extraña, y seguramente muy pocos estarían dispuestos a suscribirla. ¿Por qué? Porque parece amplia e implícitamente convenido que la norma constitucional que establece el servicio militar obligatorio no es ‘tan importante’ como para formar parte de la ‘identidad’ del orden jurídico español. Pero ¿por qué no sería *tan* importante? No hay necesidad de responder a esta última pregunta: cualquier intento de respuesta excederá el alcance del criterio comentado e implicará la asunción de otro criterio de relevancia más preciso. Por tanto, es necesario seguir revisando otras alternativas.

¹⁰⁴ El ejemplo no es del todo inventado. La disposición adicional decimotercera de la Ley del Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas (Ley 17/1999, del 18 de mayo), dispuso que, a partir del 31 de diciembre del 2002, quede «suspendida la prestación del servicio militar». La referida ley (una ley ordinaria) ha permanecido ininterrumpidamente en vigor hasta la actualidad, y la obligación constitucional del servicio militar es, hoy en día, materialmente inexistente. Bajo cierta interpretación, podría decirse que esta suspensión indefinida equivale a una ‘reforma constitucional informal’ (siguiendo el concepto de ‘*informal constitutional amendments*’ de la cultura jurídica anglosajona, que será revisado en el Capítulo IV de esta tesis).

2.2.2. Segunda opción: las normas de la ‘primera constitución’

Según Riccardo GUASTINI, se puede convenir que «la identidad de cada ordenamiento (desde el punto de vista dinámico) reside en última instancia en la identidad de su norma suprema, *i.e.* en la identidad de su (primera) constitución»¹⁰⁵. Entendiendo por ‘primera constitución’ a toda constitución que ha sido emanada *extra ordinem*¹⁰⁶, es decir, al conjunto de las normas originarias «que constituyen la base de un orden jurídico»¹⁰⁷, GUASTINI sostiene que todo ordenamiento conserva todavía su identidad «hasta que no sean modificadas sus normas originarias»; por el contrario, esa identidad originaria de un ordenamiento se pierde –su ‘continuidad’ es interrumpida o es sustituido por un ordenamiento diverso– cuando cambia su (primera) constitución¹⁰⁸.

Ahora bien, el problema de esta opción es que las normas originarias que conforman una ‘primera constitución’ pueden cambiar –y usualmente cambian– de forma jurídicamente disciplinada; esto es lo que sucede en los regímenes de constitución rígida, donde la incorporación, derogación y sustitución de disposiciones constitucionales está permitida a través de procedimientos agravados de reforma. Como observa BULYGIN, la ‘primera constitución’ «puede, desde luego ser modificada total o parcialmente, dando lugar a nuevas constituciones (derivadas), siempre que se establezca en ella algún procedimiento de reforma»¹⁰⁹. Pues bien, si las normas originarias pueden cambiar en forma ‘legal’, entonces habría que convenir que la identidad del orden jurídico reside no solamente en la identidad de la ‘primera constitución’, sino también en la identidad de las normas constitucionales derivadas que

¹⁰⁵ GUASTINI, 2011c: 279.

¹⁰⁶ La noción de ‘primera constitución’, que ya ha sido mencionada varias veces a lo largo de esta tesis, fue introducida por KELSEN (KELSEN, 1945: 115; KELSEN, 1960: 207-208). GUASTINI la define como «toda constitución que no encuentra su fundamento de validez (y legitimidad) en una constitución precedente. Una primera constitución es, en suma, una constitución emanada *extra ordinem* –fruto de una revolución (en sentido amplio)– y, por tanto, privada de fundamento dinámico de validez en normas (las eventuales normas sobre la producción jurídica) propias del ordenamiento constitucional precedente» (GUASTINI, 2011c: 172).

¹⁰⁷ BULYGIN, 1991a: 263 (quien utiliza la expresión ‘normas independientes’).

¹⁰⁸ GUASTINI, 2011c: 279. El mismo criterio es sostenido también por Eugenio BULYGIN. *Mutatis mutandis* (respecto a la expresión ‘normas independientes’), BULYGIN señala que «la pertenencia de la constitución originaria (esto es, de las normas independientes) es definitoria del orden jurídico y, por lo tanto, es necesaria: si sustituimos la constitución originaria por otra distinta, estaremos en presencia de otro orden jurídico. [...] los órdenes jurídicos se distinguen entre sí precisamente porque sus normas independientes son diferentes, y no por su estructura» (BULYGIN, 1991b: 313).

¹⁰⁹ BULYGIN, 1991a: 263.

han surgido de conformidad con el procedimiento constitucional de reforma¹¹⁰. Pero si se acepta lo anterior, entonces la sola identificación de las normas de la ‘primera constitución’ no es suficiente para determinar la identidad de un orden jurídico. Con ello, se vuelve por necesidad a la opción 1: la identidad de un orden jurídico residiría, a secas, en las normas constitucionales (tanto las originarias como las derivadas).

Precisamente por esta observación es que el propio GUASTINI señala que el problema de la identidad de la constitución implica el problema acerca de los límites de la reforma constitucional, lo que demanda algún tipo de criterio para trazar la distinción entre los cambios constitucionales que simplemente reforman la constitución existente, de los cambios constitucionales que instauran una nueva ‘primera constitución’. En este orden de ideas, la identidad de la constitución y, por ende, la identidad de un orden jurídico, dependerían del criterio elegido para demarcar la frontera entre ‘reforma’ e ‘instauración’ constitucional¹¹¹. Pero esto ya forma parte de otro criterio distinto de identidad, que será revisado a continuación.

2.2.3. Tercera opción: las normas protegidas frente a la reforma constitucional

Una manera de trazar la línea divisoria entre ‘reforma’ e ‘instauración’ de una nueva ‘primera constitución’ –o, lo que es lo mismo, entre el ejercicio del poder de reforma constitucional y la manifestación del poder constituyente– es identificar si los cambios normativos se han realizado de conformidad con el procedimiento constitucionalmente establecido; en este respecto, CARACCILO señala que «la identidad del orden jurídico se mantiene cuando se respeta el procedimiento de generación constitucional»¹¹². Pero, si se mira bien, es palmario que acudir únicamente a la alteración ilegal de las normas de la constitución, para determinar cuándo un orden jurídico pierde su identidad, no permite establecer qué cambios normativos son ‘importantes’ o ‘poco importantes’. Se trata del mismo criterio formal de legalidad, sólo que con referencia específica al procedimiento constitucional de producción de normas; criterio que, como quedó dicho

¹¹⁰ GUASTINI parece afirmar esto cuando expresa que «parece obvio que un texto constitucional pueda ser repetidamente (y profundamente) enmendado sin por ello perder su identidad originaria» (GUASTINI, 2011c: 279).

¹¹¹ GUASTINI, 2011c: 279-280. A este tema está dedicado todo el capítulo V de esta tesis.

¹¹² CARACCILO, 1988: 71.

poco antes (en la sección 2.1.) se asume en esta tesis como una condición necesaria pero no suficiente para la identificación de los órdenes jurídicos. Justamente por la insuficiencia del criterio de legalidad, toda esta sección (2.2.) está orientada a analizar las diversas propuestas acerca de cuáles son las normas ‘identitarias’ de un orden jurídico. Por consiguiente, se tiene que acudir a criterios materiales o sustantivos; no pueden funcionar, entonces, los criterios ‘puramente formales’ para distinguir a la reforma constitucional del poder constituyente¹¹³.

Pues bien, un modo de establecer un criterio de relevancia sustantivo de la identidad constitucional –y, por tanto, de la identidad del orden jurídico–, es prestar atención a lo que el propio texto constitucional expresa¹¹⁴. Así, por ejemplo, Lawrence TRIBE sostiene que la ‘piedra de toque’ para evaluar la idoneidad sustantiva de los cambios constitucionales consiste en atender aquello que la constitución dice¹¹⁵; según TRIBE, si bien la constitución ha de ser necesariamente leída a través de los ‘lentes’ que nos ponemos para ejecutar esta tarea, lo cierto es que la constitución ‘algo’ nos dice¹¹⁶. TRIBE alude a lo siguiente: resulta bastante usual que en las constituciones rígidas se configuren diversos grados de protección para diferentes partes de su articulado; así, el establecimiento de materias vetadas a la reforma constitucional, mediante las llamadas ‘cláusulas de intangibilidad’, constituye una de las formas más visibles de este tipo de protección¹¹⁷. El punto es que –como agrega J. L. MARTÍ–, si la misma constitución declara expresamente que algunas de sus disposiciones son irreformables, entonces parece plausible asumir que las materias así protegidas constituyen sus elementos ‘esenciales’; ello preservaría la ‘identidad’ de la constitución¹¹⁸.

¹¹³ Por ejemplo, no pueden funcionar en este sentido los criterios que se extraen de una concepción ‘formal’ (*formalística*) del poder constituyente y del poder de revisión constitucional (expuestos en GUASTINI, 2011c: 176-177); perspectiva que se remonta cuando menos hasta Kelsen, quien sostenía que la constitucionalidad en la creación de las leyes es el factor decisivo para determinar si dos sistemas jurídicos momentáneos pertenecen al mismo orden jurídico (*vid.* RAZ, 1970: 188). Por otro lado, tampoco podría funcionar como criterio de identidad (en el sentido antes indicado) la ‘identidad textual’ de la constitución (llamada así en GUASTINI, 2019b:164), según la cual «el contenido de una constitución no puede cambiar sin cambiar su identidad», pues «toda eliminación y toda adición de un artículo da lugar al cambio de la constitución» (BULYGIN, 1982:180-181).

¹¹⁴ MARTÍ, 2013: 26.

¹¹⁵ TRIBE, 1983: 440-441.

¹¹⁶ TRIBE, 1983: 440. TRIBE agrega que ese ‘algo’ demuestra que la constitución «no es un simple espejo, ni tampoco un envase vacío que pueda ser llenado con lo que fuere» (*Ibidem*).

¹¹⁷ Este tema será desarrollado en el capítulo V de esta tesis.

¹¹⁸ MARTÍ, 2013: 26. Dicho autor no niega que pueda haber otras razones por las cuales se explique que los constituyentes ‘atrincheraron’ algunas cláusulas constitucionales, pero afirma que proteger la identidad constitucional ciertamente es uno de los objetivos más claros de esta estrategia.

No obstante, existen dos importantes objeciones a esta alternativa. La primera objeción es que no toda constitución rígida contiene ‘cláusulas de intangibilidad’, lo cual es meramente contingente. Así, por ejemplo, la Constitución Española (CE) carece de este tipo de disposiciones expresas, y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español tampoco se encuentra ninguna doctrina tendiente a establecer límites de contenido implícitos o conceptuales a la reforma de la constitución; por el contrario, existen varias sentencias de dicho Tribunal en las que se expresa que «no existe un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional»¹¹⁹.

La inexistencia de ‘cláusulas de intangibilidad’ en la CE ha sido relativizada en la doctrina constitucional española a través de dos vías argumentativas que identifican otro tipo de protecciones frente la reforma constitucional: i) argumentando la existencia de límites de contenido implícitos¹²⁰ o conceptuales¹²¹; y, ii) argumentando que ciertas disposiciones constitucionales sí que están expresamente atrincheradas, pero no con el objetivo de prohibir su reforma sino de volverla extremadamente difícil. En efecto, según el art. 168 de la CE, la reforma de algunas secciones de la constitución está sujeta al mismo procedimiento previsto para la ‘revisión total’, que es mucho más complejo y agravado (‘superagravado’) en comparación con el procedimiento de reforma parcial de las restantes disposiciones constitucionales. En este caso, a juicio de Javier PÉREZ ROYO «lo que se está queriendo en verdad es introducir cláusulas de intangibilidad sin introducirlas. *Lo que se pretende no es revisar la Constitución, sino impedir su revisión*»¹²². Sobre esta base, Rafael ESCUDERO ALDAY sostiene que hay buenas razones para pensar que los elementos que conformarían la «identidad, espíritu o núcleo central» de la CE son los señalados en el art. 168: «Por ello los colocó ahí el constituyente y los rodeó de una rigidez máxima como protección frente a su reforma»¹²³.

¹¹⁹ STC 31/2009, Fundamento Jurídico 13.

¹²⁰ *Vid.* capítulo V, sección 3.2.2. Por ejemplo, en FERRERES COMELLA, 2000: 42, se sostiene que los derechos reconocidos por la constitución española operan como ‘límites implícitos’ a la reforma.

¹²¹ Es un lugar común que se señale como ‘límite conceptual’, por ejemplo, al principio democrático (*vid.*, por todos, DE VEGA, 1985: 288-290). En el capítulo V, sección 3.2.2., desarrollaré este tema.

¹²² PÉREZ ROYO, 1987: 202 (Cursivas en el texto original). La misma opinión es sostenida en DE VEGA, 1985: 148: «Más que de un procedimiento de reforma se debería hablar de un procedimiento para evitar la reforma»; y en BAYÓN, 2000: 66-67: «pued[e] llegar a decirse, sin exageración, que la reforma de la constitución queda en la práctica fuera del margen de maniobra real de la comunidad política (como creo que sucede en el caso del art. 168 de la Constitución española vigente)».

¹²³ ESCUDERO ALDAY, 2017: 100.

Pero incluso relativizando la ausencia de ‘cláusulas de intangibilidad’ en una constitución (como en el caso de la CE), lo anterior no evita pensar en una segunda objeción: no parece que exista una clara conexión entre ‘identidad’ e ‘intangibilidad’ constitucional. ¿Por qué –se pregunta J. L. MARTÍ– una materia constitucional declarada o asumida como protegida debe ser considerada, por necesidad, parte inherente de la identidad constitucional¹²⁴? La pregunta es pertinente: por una parte, en algunas constituciones es posible hallar elementos protegidos frente a la reforma que, sin embargo, no son socialmente considerados tan relevantes como para atribuirles un carácter ‘identitario’¹²⁵; y, por otra parte, también se pueden encontrar elementos constitucionales no protegidos frente a una eventual reforma que, en cambio, parecería que sí forman parte de la identidad constitucional¹²⁶. Luego, el atrincheramiento de ciertas disposiciones constitucionales –sea para prohibir su reforma o para dificultarla en extremo– podría ser visto como un buen indicador acerca de cuánta importancia le dieron en su momento los autores de la constitución a determinadas materias, pero no es un criterio definitivo para determinar la identidad constitucional y la del orden jurídico¹²⁷. El asunto, pues, debe continuar abierto al análisis de posteriores argumentos¹²⁸.

2.2.4. Cuarta opción: las normas sobre la ‘identidad axiológica’ de la constitución

Según una conocida concepción constitucional, casi todas las constituciones emanadas después de la última posguerra poseen una ‘identidad axiológica’, entendida como un conjunto cohesionado de principios y valores¹²⁹. Pero ¿cuáles son las normas que contienen dicha ‘identidad axiológica’? No existe una respuesta concluyente a la anterior pregunta. Si la cuestión es abordada desde la teoría constitucional, la respuesta

¹²⁴ MARTÍ, 2013: 26.

¹²⁵ En este sentido, por ejemplo, el art. 4.2 de la CE, cuyo texto expresa que «las banderas y enseñas propias de las Comunidades Autónomas [...] se utilizarán junto a la bandera de España en sus edificios públicos y en sus actos oficiales», pertenece al Título Preliminar de esa constitución y, por tanto, es una de las secciones que sólo se pueden reformar bajo un procedimiento ‘superagravado’. Sin embargo, sería raro pensar que esta disposición protegida resulta ‘esencial’ o ‘constitutiva’ de la identidad de la CE.

¹²⁶ Por ejemplo, el modelo de organización territorial español (el denominado ‘Estado de las Autonomías’) no se encuentra protegido frente a la reforma (ni por ‘cláusulas de intangibilidad’ ni por procedimiento ‘superagravado’). No obstante, a juicio de algunos juristas, esto sí que debería ser visto como un elemento ‘esencial’ del proyecto constitucional (véase, por todos, MARTÍ, 2013: 26).

¹²⁷ MARTÍ, 2013: 26-27.

¹²⁸ MARTÍ, 2013: 27.

¹²⁹ *Id.* GUASTINI, 2019b, para una reconstrucción y un análisis crítico sobre esta noción.

dependerá de cómo se encuentre construido el concepto ‘identidad axiológica’ de la constitución u otros conceptos relacionados (como ‘principios supremos’ o ‘valores superiores’); por otro lado, si la pregunta es afrontada desde las prácticas de interpretación y aplicación del derecho relativas a ordenamientos jurídicos específicos, la determinación de las normas constitucionales que componen tal identidad ha de realizarse a través de juicios de valor comparativos mediante los que el intérprete atribuye, a una norma constitucional, un valor superior respecto al valor de otras normas¹³⁰.

En uno u otro caso, el problema que resalta respecto a esta alternativa es que la determinación de la ‘identidad axiológica’ de la constitución depende en último término de juicios de valor y no de propiedades empíricas. Con ello, la posibilidad de controvertir tal ‘identidad axiológica’ queda siempre abierta. En este sentido, GUASTINI opina que este tipo de juicios resultan «fatalmente controvertibles»¹³¹; no así Juan RUIZ MANERO, quien sostiene que «no todos los juicios de valor son, como tales, fatalmente controvertibles y ni siquiera lo son todos los juicios de valor relativos a un texto constitucional»¹³². Para mostrar su punto, RUIZ MANERO pone un ejemplo: puede convenirse que las normas que reconocen o establecen derechos fundamentales en la constitución italiana son axiológicamente más importantes que la norma constitucional que prohíbe pertenecer simultáneamente a las dos cámaras del parlamento, y esto no parece seriamente discutible. Además, RUIZ MANERO agrega que ‘controvertible’ no significa carente de valor de verdad: «significa, solamente, que su pretensión de verdad necesita argumentos a favor y es susceptible de recibir argumentos en contra»¹³³.

A pesar de que suscribo el argumento de RUIZ MANERO, creo que es insuficiente para contrarrestar la mencionada crítica sobre la construcción de la ‘identidad axiológica’ constitucional. Al igual que este último autor, me parece que el carácter controvertible de un juicio de valor no implica que deba ser descartado sin más, sino simplemente que hay una ‘carga de la argumentación’ que pesa sobre quien lo formula;

¹³⁰ Vid. GUASTINI, 2011c: 242-245, sobre la noción de ‘jerarquías axiológicas’. Así, por ejemplo, según la Corte Constitucional de Colombia, el principio de igualdad «es *fundamental* a la *identidad axiológica del Estado y de la Constitución Colombiana*» (vid. Sentencia C-034/06. Cursivas en el texto original).

¹³¹ GUASTINI, 1996a: 258 [31]; GUASTINI, 1996b: 320.

¹³² RUIZ MANERO, 2018: 255.

¹³³ RUIZ MANERO, 2018: 255.

y, de igual modo, también opino que no todos los juicios de valor presentan una dificultad ‘fatal’ para generar un acuerdo. Sin embargo, aunque se descarte que todos los juicios de valor acerca de la constitución sean ‘fatalmente controvertibles’, esto no elimina la existencia de ‘casos difíciles’, ni tampoco elimina que los acuerdos en este ámbito sean siempre susceptibles de ser controvertidos (es decir, *controvertibles*). Las valoraciones acerca de las normas constitucionales serían, al igual que las interpretaciones jurídicas, *sincrónicamente conflictivas* y *diacrónicamente mutables*.

Desde el punto de vista sincrónico, la cuestión está en que existen casos que –a diferencia del ejemplo de RUIZ MANERO– no evidencian qué normas son axiológicamente superiores a otras. Por ejemplo, dentro del contexto estadounidense, TRIBE señala que no es inusual que existan desacuerdos respecto a cuáles sean los ‘valores fundamentales’ que deben predominar al momento de evaluar una propuesta de enmienda constitucional, pues es posible identificar distintos valores constitucionales que orientan en direcciones opuestas: unos para el lado de la justificación y aprobación de la enmienda, y otros para el lado de la ausencia de justificación y consecuente rechazo de la propuesta¹³⁴. El ejemplo elegido por TRIBE consiste en imaginar una eventual propuesta de enmienda constitucional que autorice a los Estados a prohibir el aborto en sus respectivas legislaciones. Según algunas opiniones, esta hipotética enmienda se justificaría en virtud de los principios de equidad y respeto por la vida humana; según las opiniones adversas, en cambio, tal enmienda enervaría los valores fundamentales concernientes a la intimidad, autonomía individual e igualdad¹³⁵. Este tipo de desacuerdos sobre el ajuste de una propuesta de enmienda constitucional dentro del marco sustantivo de la constitución, así como los desacuerdos acerca del propio contenido de ese marco, nos indican –de acuerdo con TRIBE– que las respuestas fáciles en este ámbito no están disponibles¹³⁶.

De otro lado, desde una perspectiva diacrónica, el problema consiste en que, incluso si en un momento determinado pudiera existir un acuerdo general acerca de la mayor importancia de unas normas constitucionales respecto de otras, nada garantizaría que ese acuerdo no pueda ser sustituido o abandonado en un momento posterior. De esto se

¹³⁴ TRIBE, 1983: 440.

¹³⁵ TRIBE, 1983: 440.

¹³⁶ TRIBE, 1983: 440.

sigue que, incluso si en algunos casos fuese posible lograr un acuerdo respecto al carácter ‘identitario’ de una norma constitucional, esto no sería extensible ni a todos los casos ni durante todo el tiempo de vigencia de una constitución. Ello provocaría una situación algo extraña: la ‘identidad axiológica’ de la constitución, que en principio tendría que dar cuenta de aquello que permanece a pesar de los cambios, en sí misma no sería inmune al cambio; sería ella misma cambiante¹³⁷.

Posiblemente debido a estos problemas, y a la falta de plausibilidad que supondría referirse a la ‘identidad axiológica’ de la constitución como el resultado de un acuerdo social completo o permanente, tanto la jurisprudencia como la dogmática constitucional de diversos lugares usualmente evitan presentar de modo exhaustivo al conjunto de normas que componen tal identidad, y más bien se decantan por definiciones ostensivas a partir de análisis concretos. En suma, el criterio de identidad que ofrece esta opción, para definir el ‘núcleo básico’ constitucional (y del orden jurídico), termina siendo una herramienta bastante endeble.

2.2.5. *Quinta opción: las normas sobre la ‘identidad política’ de la constitución*

Otra alternativa para hallar la ‘identidad’ constitucional –y, por ende, la identidad de los órdenes jurídicos– supone asumir un concepto de ‘constitución necesaria’. Desde esta perspectiva se podría decir que, por definición, toda constitución contiene un conjunto de normas sobre la ‘forma de Estado’, entendida como el diseño acerca de la organización –horizontal y vertical– de los poderes públicos¹³⁸. Luego, si todas las constituciones contienen esas normas, y no podrían *no* tenerlas (pues caso contrario no

¹³⁷ Esta crítica es imputable a una determinación, digamos, ‘constructivista’ de la ‘identidad axiológica’ de la constitución, basada en el acuerdo intersubjetivo de un grupo social considerable, y que bien podría extraerse de una concepción deliberativa o ‘dialogante’ de la democracia como la sostenida por Carlos S. NINO. Para esta concepción, la determinación de soluciones válidas en materia de moral intersubjetiva se apoya en el valor epistémico de los procedimientos: los de discusión entre todos los interesados en una solución, los de justificación recíproca de sus posiciones, y los de decisión mayoritaria (NINO, 1994: 186). Sin embargo, acudir a esta idea de justificación intersubjetiva no es necesario si se suscribe alguna forma de objetivismo moral ‘robusto’ como base para una teoría del derecho; en este caso, bastaría asumir que cualquier persona *razonable* –que se guía por las reglas del discurso racional– suscribiría los juicios de valor que determinan aquella ‘identidad axiológica’. Sostener esto último, en todo caso, conlleva una serie de complejos problemas atinentes a la justificación de entidades morales objetivas, de los que se han ocupado incontables autores (*vid.*, por todos, CHIASSONI, 2011: 154-165).

¹³⁸ GUASTINI, 2019b: 165.

podría hablarse de ‘constitución’¹³⁹), entonces podría decirse que todas las constituciones son susceptibles de ser identificadas por el modo en que diseñan la organización de los poderes públicos, es decir, por la ‘forma de Estado’ que instituyen¹⁴⁰. Ello conformaría la ‘identidad política’ de cada constitución¹⁴¹.

Pero ¿qué normas específicas son las que modelan la ‘forma de Estado’? Aquí la respuesta tampoco es clara, y la lista podría incluir a normas tan diversas como las relativas al carácter representativo del poder legislativo, a la tutela de los derechos sociales, a la garantía de los derechos de libertad, a la temporalidad del jefe de Estado o al control de legitimidad constitucional de las leyes, por citar algunos ejemplos¹⁴². Una posible salida a este problema sería especificar *clases* de normas típicamente modeladoras de la ‘forma de Estado’; por ejemplo, podría convenirse que las clases de normas relevantes son las que se refieren al modo de conformación de los órganos supremos constitucionales, las que distribuyen las funciones jurídicas fundamentales, y las que disciplinan las relaciones recíprocas entre aquellos órganos¹⁴³. Sin embargo, un ulterior problema sería cómo identificar si ciertos cambios provocan (o no) una alteración de la ‘forma de Estado’ diseñada por las normas constitucionales (seleccionadas según aquellas clases), tarea que –como observa GUASTINI– se topa con los lábiles confines que hay entre los distintos tipos de organización política. Así, pues,

Introducir, o respectivamente suprimir, el control de constitucionalidad de las leyes ¿altera o no la identidad política de la constitución? Introducir, o respectivamente suprimir, la relación de confianza entre el gobierno y el parlamento ¿altera o no la identidad política de la constitución? Introducir, o respectivamente suprimir, el sufragio universal en la designación del jefe de Estado ¿altera o no la identidad política de la constitución? Introducir, o respectivamente suprimir, la temporalidad del mandato del jefe de Estado ¿altera o no la identidad política de la constitución?¹⁴⁴

¹³⁹ GUASTINI, 2019b: 165. Por definición, todo Estado tiene necesariamente una constitución propia: «Puede tratarse de una constitución unitaria o federal, monárquica o republicana, democrática o autocrática, liberal o iliberal, etc. Puede tratarse de un conjunto de normas escritas o consuetudinarias. Estas normas, si están escritas, pueden estar, o no estar, recogidas (‘codificadas’) en un único documento. Pero, en todo caso, todos los Estados tienen una ‘forma’ en este sentido y, por lo tanto, todos están provistos de una constitución de algún tipo» (GUASTINI, 2011c: 158).

¹⁴⁰ *Vid.* GUASTINI, 2017: 391 (donde simplemente se expone este punto de vista, sin asumirlo).

¹⁴¹ La expresión ‘identidad política’ es tomada de Riccardo GUASTINI, quien dentro de un reciente trabajo ha distinguido las múltiples ‘identidades’ de las constituciones (GUASTINI, 2019b: 165-166).

¹⁴² Estos ejemplos constan en GUASTINI, 1994a: 253.

¹⁴³ GUASTINI, 2017: 391.

¹⁴⁴ GUASTINI, 2019b: 166.

Es bastante evidente –concluye GUASTINI– que cualquier respuesta a preguntas de este tipo supone una valoración, *lato sensu*, política¹⁴⁵. Ello mostraría el carácter inasible de la ‘identidad política’ constitucional, dependiente en último término de juicios de valor fatalmente controvertibles (tal como ocurría en el caso de la ‘identidad axiológica’, pero expresados aquí respecto a las frágiles fronteras que existen entre los diversos modelos de ‘forma de Estado’)¹⁴⁶.

Con todo, la identidad ‘política’ de una constitución (y del correspondiente orden jurídico) sí que parece hallarse sin controversia al menos dentro de un tipo de normas cuya pertenencia es necesaria en todo sistema jurídico dinámico: las reglas constitutivas de la autoridad o autoridades jurídicas supremas. Como destaca María Cristina REDONDO, todo ordenamiento incluye un conjunto de normas o reglas últimas que instituyen a las autoridades legislativas supremas¹⁴⁷; la existencia de al menos una norma de competencia que faculte a una autoridad a promulgar nuevas normas y, eventualmente, a derogar normas existentes –según Eugenio BULYGIN– es necesaria para que haya una serie temporal de sistemas normativos, es decir, un orden jurídico¹⁴⁸. De hecho, hay autores como José Luis PÉREZ TRIVIÑO que consideran que «estas reglas son las normas soberanas, independientes u originarias del nuevo orden jurídico»¹⁴⁹.

Pues bien, estas normas podrían ser calificadas como ‘identitarias’ de un orden jurídico en el sentido de que éstas determinan, por el *modo* de constituir a las autoridades jurídicas supremas, el respectivo ‘modelo’ de orden jurídico. Así, siguiendo a REDONDO, existen al menos cuatro tipos o modelos de órdenes jurídicos, caracterizados por el modo en que las autoridades legislativas supremas han sido constituidas¹⁵⁰: el modelo de ‘autoridad absoluta’ (en el que la autoridad suprema no está sujeta a reglas regulativas); el modelo de ‘autoridad moral’ (en el que la autoridad suprema está sujeta a límites permanentes de moralidad o justicia); el modelo de

¹⁴⁵ GUASTINI, 2017: 391.

¹⁴⁶ GUASTINI, 2019b: 166.

¹⁴⁷ REDONDO, 2016: 31.

¹⁴⁸ BULYGIN, 1991a: 263. Según este autor, «Las normas contenidas en la primera constitución y todas sus consecuencias lógicas forman un sistema normativo, el primero de una serie temporal de sistemas [...] El segundo sistema de la serie surge en el momento cuando una autoridad competente de acuerdo al primer sistema promulgue una nueva norma y/o cuando derogue alguna norma» (*Ibidem*).

¹⁴⁹ PÉREZ TRIVIÑO, 1998b: 202.

¹⁵⁰ REDONDO, 2016: 48. Estos modelos, como la propia autora lo aclara, no son exhaustivos.

autoridad del Estado de Derecho (en el que la autoridad suprema está sujeta a condiciones positivas y negativas que limitan su poder); y el modelo de autoridad del Estado Constitucional (en el que la autoridad suprema está sujeta tanto a condiciones limitantes de su poder como a derechos fundamentales respecto de sus destinatarios)¹⁵¹. La conexión entre el modo de constitución de las autoridades supremas y el correspondiente modelo de orden jurídico obedece, según REDONDO, a que las normas que constituyen a tales autoridades expresan la concepción política dominante dentro de una determinada sociedad¹⁵².

Se sigue de lo anterior que una modificación ilegal de las reglas últimas que han instituido a las autoridades legislativas supremas del ordenamiento preexistente, por otras reglas que instituyan de diverso modo a las nuevas autoridades supremas –al modo de «un acto revolucionario que *de hecho* cambie el modelo»¹⁵³–, altera la identidad ‘política’ del orden y comporta una manifestación del poder constituyente.

2.2.6. Problemas y perspectivas para los criterios de identidad

Las cinco anteriores alternativas constituyen una muestra no exhaustiva de la diversidad de criterios ofrecidos para determinar la identidad de la constitución y del orden jurídico¹⁵⁴. Como se puede haber advertido en el recorrido de las distintas opciones precedentes, la determinación de cuál sea esa identidad es un asunto complejo que no puede ser resuelto unívocamente. Ello es así por dos razones bastante evidentes.

La primera razón es la vaguedad del concepto de ‘identidad’ y de los conceptos relacionados. Cada una de estas alternativas ofrece casos ‘claros’ de normas que en principio parecen buenas candidatas para representar el carácter ‘identitario’ de la

¹⁵¹ REDONDO, 2016: 48-53.

¹⁵² REDONDO, 2016: 48.

¹⁵³ REDONDO, 2016: 51. Cursivas en el texto original.

¹⁵⁴ No he analizado, por ejemplo, de la denominada ‘identidad jurídica’ de la constitución (llamada así en GUASTINI, 2019b: 166-167), que se extrae de las ideas de Alf ROSS sobre la imposibilidad de reformar válidamente las reglas de reforma constitucional (ROSS, 1958a: 78-81; ROSS, 1969: 3-7). Con ideas parecidas, Adolf Merkl consideraba que la permanencia de la disposición constitucional sobre la reforma (*Derogationsnorm*) garantiza la identidad del ordenamiento normativo (*vid.* MORESO, 1991: 218). Este problema ha sido sobradamente analizado en la literatura correspondiente, hasta llegar a considerarse un problema superado; por ello mismo, no me ocuparé del tema en esta tesis.

constitución y del orden jurídico; pero, excluidos los casos claros –tanto los positivos como los negativos–, la utilidad de estas opciones tiende a desaparecer en la zona de penumbra, es decir, frente a casos intersticiales o limítrofes en los que no es posible hallar una respuesta concluyente. Todo criterio sustantivo de identidad constitucional es deficitario en este sentido y, por ende, ninguno de ellos podría servir para una determinación agotadora sino meramente aproximada, poco útil ante la característica opacidad de la ‘materia’ constitucional¹⁵⁵.

La segunda razón es que todos los criterios de identidad constitucional son el reflejo de las concepciones constitucionales subyacentes a las que están necesariamente vinculados¹⁵⁶. En último término, lo que está en la base del problema es una serie de inevitables tensiones entre distintas concepciones constitucionales que corren en sentidos diversos, a modo de ‘pares opuestos’¹⁵⁷, y respecto de los cuales «resulta realmente difícil (si no imposible) optar por uno de ellos»¹⁵⁸. No es de extrañar, pues, que no exista una respuesta unívoca ni definitiva respecto a la pregunta de qué normas conforman el ‘núcleo’ de una constitución.

¿Significa entonces que no hay más alternativa que abandonar la noción de ‘identidad constitucional’? Algunos autores así lo sugieren¹⁵⁹. El problema es que, como se dejó anotado al inicio de esta sección (2.2.), sostener que las normas originarias

¹⁵⁵ De todos modos, la utilidad de estos criterios podría ampliarse en ciertos casos en los que no resulten mutuamente excluyentes; y es que, en línea de principio, nada evitaría el uso conjunto de varios de aquellos criterios, bajo circunstancias de complementariedad.

¹⁵⁶ Así, por ejemplo: si la constitución es concebida como un conjunto de principios y valores superiores reflejados en un texto, el criterio de identidad constitucional será notoriamente axiológico; si la constitución es concebida como el conjunto de normas que organizan a los poderes públicos y le dan forma al Estado, con seguridad se le atribuirá una identidad política; si se concibe a la constitución como un código de la materia constitucional, que codifica las normas materialmente constitucionales, el criterio de identidad será netamente jurídico-positivo, descifrable en las disposiciones acerca de la reforma constitucional; y si, entre otras tantas concepciones, la constitución es simplemente concebida como un conjunto cualquiera, no debe sorprender que el criterio de identidad escogido sea uno meramente extensional, donde los elementos constitucionales sean definibles por simple enumeración.

¹⁵⁷ Josep AGUILÓ ha explicado muy bien este fenómeno: «la literatura del constitucionalismo se halla plagada de concepciones internamente coherentes pero enfrentadas dicotómicamente con un par opuesto [...]: gobierno de los muertos frente a gobierno de los vivos, procedimentalismo frente a sustantivismo, democracia frente a coto vedado, mecanicismo frente a normativismo, Constitución política frente a Constitución jurídica, constituyente frente a soberano, monismo democrático frente a dualismo democrático, originalismo frente a interpretativismo, etc.» (AGUILÓ REGLA, 2003: 291).

¹⁵⁸ AGUILÓ REGLA, 2003: 292. En este sentido, gran parte de la literatura constitucional «es una contribución que permite entender mejor los problemas a los que se enfrenta el constitucionalismo, pero que en realidad no consigue en absoluto resolverlos» (AGUILÓ REGLA, 2003: 292).

¹⁵⁹ La identidad de la constitución «*non c'entra un bel niente*», ha dicho recientemente Riccardo GUASTINI a propósito de enfatizar que este concepto no juega ningún rol para distinguir el ejercicio del poder de reforma constitucional y la manifestación del poder constituyente (GUASTINI, 2019b: 171).

dictadas por los sujetos constituyentes se caracterizan sólo por su forma de producción y no por su contenido, contraría el modo de entendimiento que el concepto de ‘poder constituyente’ tiene en la cultura jurídica, el que no parece capturar cualquier cambio constitucional (incluyendo los cambios mínimos o marginales) sino los cambios constitucionales que tienen tanta transcendencia como para atribuirles la consecuencia del surgimiento de un nuevo orden jurídico.

Insistiré, entonces, en afirmar la propiedad sustantiva de las normas originarias que se ha venido analizando a lo largo de esta sección 2.2.: la peculiaridad de su contenido, que altera la ‘identidad’ del orden jurídico preexistente. Para ello recurriré a una consideración elemental, que es la delimitación de la actividad teórica en el análisis de los conceptos jurídicos. Y es que esta tarea se agota en determinar cuáles son las propiedades de un determinado concepto, es decir, aquellas que componen su intensión (en este caso, las propiedades del concepto ‘normas originarias’). Sobre esta base, se podría decir que lo que aquí interesa es explorar la noción de ‘identidad constitucional’ y no, en cambio, mostrar los casos que usualmente se consideran como instancias de esa noción.

Determinar, entonces, cuáles serían concretamente las normas que componen la ‘identidad’ de la constitución y del orden jurídico (esto es, los casos específicos que constituyen el campo de referencia del concepto) no sólo no es necesario, sino que implicaría incurrir en decisiones ideológicamente comprometidas, puesto que –como quedó dicho recientemente– la elección de un determinado criterio de identidad constitucional supone también la elección de la respectiva concepción constitucional que le sirve de base. Por tanto, aunque no existe –y quizás no pueda existir– una respuesta unitaria o exenta de controversia a la hora de especificar cuáles son las clases de normas que conforman la ‘identidad’ de una constitución y del respectivo orden jurídico, puede concluirse que este problema: i) no es de carácter teórico, sino ideológico; y, ii) de modo alguno impide atribuir, como propiedad de las normas originarias, un contenido normativo que necesariamente ha de ser incompatible con el ordenamiento jurídico preexistente (lo que puede ser estipulado simplemente por razones de plausibilidad y consistencia teórica dentro del modelo ofrecido).

3. EFECTIVIDAD DE LOS ‘HECHOS NORMATIVOS ORIGINARIOS’

La tercera condición necesaria para la aplicación del concepto de ‘poder constituyente’ consiste en la efectividad de los hechos que producen las normas ‘originarias’ previamente analizadas. Ya la propia redefinición de ‘poder constituyente’ realizada en el capítulo I ofrece una forma de comprensión de dicho concepto al modo de una manifestación *efectiva* de ‘hechos normativos originarios’; por ello mismo, el solo hecho de la formulación de las normas originarias –por más que éstas sean ilegalmente producidas y su contenido colisione con la ‘identidad’ del ordenamiento jurídico preexistente– no es suficiente para asumir las consecuencias normativas pretendidas por los sujetos constituyentes: es necesario, además, que lo anterior adquiera ‘efectividad’. Como ya lo expresaba Luis SÁNCHEZ AGESTA,

La mera formulación de un nuevo orden, o el propósito revolucionario de realizarlo que no entre en vías eficaces de cumplimiento, o el intento frustrado de cumplir esa transformación, aun cuando la revolución haya sido dueña por un espacio más o menos prolongado de un poder efectivo, no son suficiente para que un poder pueda considerarse como efectivo poder constituyente. Es preciso la plena consumación del hecho, la plena consecución de su objeto¹⁶⁰.

La efectividad de los hechos normativos es usualmente presentada como una condición necesaria para el surgimiento de un nuevo orden jurídico porque, de no ser así, la reconstrucción de muchos cambios normativos ‘ilegales’ –según la perspectiva del ordenamiento jurídico preexistente– sería directamente desencaminada. Y es que un cambio normativo ilegal podría ser perfectamente repelido por los cauces institucionales de los que depende el control de la validez de las normas o el control de constitucionalidad de las leyes (instituciones que existen en casi todos los ordenamientos jurídicos)¹⁶¹; e independientemente de la existencia y activación de tales

¹⁶⁰ SÁNCHEZ AGESTA, 1943: 340-341. Este pasaje recuerda a ciertas ideas expresadas en KELSEN, 1934: 59, y KELSEN, 1945: 118, sobre la efectividad de las acciones de una banda de revolucionarios.

¹⁶¹ MORESO y NAVARRO, 1993: 102. Sostener lo contrario «deformaría seriamente nuestra representación intuitiva del derecho que admite, en muchos casos, a instituciones específicas para resolver problemas de constitucionalidad de las normas» (MORESO y NAVARRO, 1993: 82). En estos casos, la ilegalidad de un cambio normativo ocasiona que la norma ilegalmente promulgada simplemente no pase a integrar ninguno de los sistemas del orden jurídico de que se trate (MORESO y NAVARRO, 1993: 102; FERRER BELTRÁN y RODRÍGUEZ, 2011: 93).

mecanismos de control, un cambio de ese tipo podría ser sencillamente ineficaz al no alcanzar las consecuencias deseadas¹⁶².

Pero, además, la efectividad de los hechos normativos ‘originarios’ es una condición necesaria dentro del esquema de análisis del concepto de ‘poder constituyente’ presentado en esta tesis, porque de ello depende la ‘existencia jurídica’ de las normas originarias y, en consecuencia, el surgimiento de un nuevo orden jurídico (tal como se esbozó en el capítulo I). No obstante, para avanzar con mayor precisión, es necesario dar cuenta de dos cuestiones de destacada importancia:

1) ¿En qué consiste la ‘efectividad’ de los hechos normativos originarios?; y,

2) ¿Por qué la ‘efectividad’ de los hechos normativos originarios produce la existencia *jurídica* de las normas originarias?

En lo que sigue, me ocuparé de ensayar una posible respuesta para estas cuestiones.

3.1. El contenido de la ‘efectividad’

Como se dejó mencionado en varias partes del capítulo I, el concepto de ‘efectividad’ que resulta relevante para este análisis está compuesto por dos propiedades: la *aceptación* y la *observancia*¹⁶³. Dedicaré los apartados 3.1.1. y 3.1.2. al análisis de cada una de estas propiedades.

3.1.1. Aceptación de las normas ‘originarias’

La idea de ‘aceptación’ es usualmente asumida como una condición necesaria para la existencia de un caso claro o paradigmático de ‘sistema jurídico’, al menos desde que

¹⁶² Baste pensar, por ejemplo, en los intentos de ‘golpe de Estado’ que no logran reunir la cantidad de apoyo requerido y que, por ello mismo, quedan reducidos a tentativas.

¹⁶³ Según GUASTINI, el ‘principio de efectividad’ es aquella regla en virtud de la cual «una norma debe considerarse jurídicamente existente –aunque no responda a los criterios de validez del ordenamiento vigente– toda vez que sea generalmente *aceptada* y *observada* por sus destinatarios» (GUASTINI, 2011c: 135. *Cursivas añadidas*).

así lo propusiera H.L.A. HART¹⁶⁴. El objetivo de HART fue mostrar que el mero hábito de obediencia general a ciertas órdenes no sólo no consigue reproducir adecuadamente los hechos complejos que constituyen las condiciones mínimas para que una sociedad tenga un sistema jurídico, sino que los desfigura¹⁶⁵; por ello mismo, según HART, se vuelve necesario prestar atención a la aceptación o el compromiso con ciertas reglas¹⁶⁶.

Sin embargo, como han mostrado María Cristina REDONDO y Pablo NAVARRO, no existe un único sentido –sino, más bien, varios sentidos– de ‘aceptación’ de normas¹⁶⁷. Así, los referidos autores señalan que con este término se puede designar: a) la disposición o consentimiento para evaluar la conducta humana desde una «perspectiva normativa»; b) la aprobación del contenido normativo de determinadas prescripciones (es decir, la creencia de que ese contenido normativo «es una pauta de comportamiento correcta o útil»); o, c) la aprobación de la «existencia institucional de las normas»¹⁶⁸. Además, en un trabajo ulterior, REDONDO ha señalado –y asumido– un sentido adicional de ‘aceptación’: la decisión de adoptar ciertas pautas normativas como razones justificativas para la acción¹⁶⁹.

Por otro lado, tampoco es claro quiénes pueden ser identificados como sujetos ‘aceptantes’. Por ejemplo, HART sostenía que el hecho de la aceptación –que él vinculaba a las reglas secundarias, incluyendo la ‘regla de reconocimiento’– no necesita ser evidenciado por todos los ciudadanos sino únicamente por los funcionarios del sistema (*officials*)¹⁷⁰; ello en virtud de que la noción de aceptación «presupone elementos epistémicos y volitivos difíciles de atribuir a la ciudadanía en su conjunto»¹⁷¹. Sin embargo, existen otros autores que critican esta restricción e identifican también en los ciudadanos una actitud de ‘aceptación’ frente a las normas, aunque en un sentido distinto y más generalizado: como una expresión que se presenta

¹⁶⁴ En un conocido pasaje de ‘*The Concept of Law*’, HART expresó que hay dos «condiciones mínimas», necesarias y suficientes, para la existencia de un sistema jurídico: por un lado, la obediencia generalizada de las reglas de conducta válidas (según el criterio de validez último del sistema); y, por otro lado, la *aceptación* efectiva de las reglas secundarias (de reconocimiento, de cambio y de adjudicación) por parte de los funcionarios públicos (HART, 1961: 116).

¹⁶⁵ HART, 1961: 112-113. *Vid.*, en este mismo sentido, VILAJOSANA, 2007: 33.

¹⁶⁶ REDONDO, 1996: 211; HART, 1961: 116-117.

¹⁶⁷ REDONDO y NAVARRO, 1991: 231-233.

¹⁶⁸ REDONDO y NAVARRO, 1991: 231. Volveré unas líneas más adelante sobre este sentido.

¹⁶⁹ REDONDO, 1996: 204. Asimismo, volveré sobre este sentido unos párrafos más adelante.

¹⁷⁰ HART, 1961: 117.

¹⁷¹ Según la lectura de HART que consta en REDONDO, 1996: 207.

cada vez que los ciudadanos ejercen facultades o dirigen pretensiones jurídicas¹⁷². E incluso hay autores como María Cristina REDONDO, para quien la aceptación –que, en su criterio, condiciona la existencia de las ‘reglas últimas’ en un orden jurídico¹⁷³– no debería limitarse a un grupo específico. En este sentido, REDONDO expresa que dicha actitud

no necesariamente radica en la aceptación de las reglas de reconocimiento por parte de los órganos de aplicación, como Hart habría señalado; quizás la actitud relevante provenga de un grupo más o menos restringido (por ejemplo, de los jueces y ciudadanos, o de un tipo especial de jueces, como los que integran una corte constitucional). Podría ser también que la aceptación crucial necesitada para el reconocimiento de estas reglas últimas como reglas aplicables, sea la de un grupo totalmente diferente – la comunidad internacional, las fuerzas armadas, una clase social dominante, o las mismas autoridades legislativas constituidas por aquellas reglas¹⁷⁴.

Pues bien, en mi opinión, una razonable forma de clarificar las anteriores cuestiones en relación con el concepto de ‘poder constituyente’ aquí analizado, es enlazar dos sentidos de ‘aceptación’ –relevantes y no excluyentes entre sí– con dos tipos de sujetos ‘aceptantes’ de normas en este contexto. De este modo:

- a. El sentido de ‘aceptación’ como decisión para incorporar razones justificativas para la acción es el sentido relevante relacionado con los órganos de aplicación de normas del nuevo sistema que se constituye; y,
- b. El sentido de ‘aceptación’ como aprobación de la ‘existencia institucional’ de las normas es el sentido relevante relacionado con los destinatarios de las normas regulativas dentro de ese mismo sistema.

Respecto de (a), este sentido de ‘aceptación’, que permite calificar como aceptante de una norma a quien ha decidido adoptarla como razón justificativa para la acción, es relevante en relación con los funcionarios y, sobre todo, con los órganos de aplicación

¹⁷² Uno de estos autores es Roger Shiner, cuya teoría es reconstruida en REDONDO, 1996: 207-208.

¹⁷³ Estas ‘reglas últimas’, para la citada autora, son normas consuetudinarias que no coinciden con la descripción de las normas ‘originarias’ realizada en este trabajo. Sin embargo, me parece que la cita es pertinente por la confluencia que se mostrará más adelante (sección 3.2.4. de este capítulo).

¹⁷⁴ REDONDO, 2016: 39-40.

de normas del nuevo sistema (u órganos ‘primarios’)¹⁷⁵. Aquí se puede mostrar por qué no es suficiente la mera obediencia a normas: dado que el contexto de manifestación del poder constituyente viene marcado por la pretensión de crear un nuevo orden de competencias y reglas primarias¹⁷⁶, y dado que ello no podría suceder sin el dictado de normas originarias de competencia¹⁷⁷, entonces es necesario –no ya que dichas normas de competencia sean ‘obedecidas’, lo que estaría privado de sentido¹⁷⁸, sino– que dichas normas sean ‘aceptadas’, en el sentido de adoptar respecto de ellas un compromiso deliberado para utilizarlas dentro de razonamientos prácticos, o sea, para justificar decisiones¹⁷⁹. Por lo demás, esta forma de ‘aceptación’ –como aclara REDONDO– no presupone ni implica la creencia en la corrección moral de las normas aceptadas; dado que la aceptación puede obedecer a distintos tipos de razones (razones prudenciales, por ejemplo), tal creencia no es parte de este concepto de ‘aceptación’¹⁸⁰.

Respecto de (b), este sentido de ‘aceptación’ como aprobación de la ‘existencia institucional’ de las normas se manifiesta en una mera «disposición a obedecer», esto es, en tener una disposición a hacer lo que las normas jurídicas indican¹⁸¹. Este sentido

¹⁷⁵ Los órganos ‘primarios’ son «aquellos órganos facultados a adoptar decisiones con fuerza obligatoria» (NINO, 1973: 127). Sin embargo, en contextos como el referido, donde todavía está por verse la efectividad de los hechos que pretenden conformar el ‘poder constituyente’, estos órganos no se considerarían ‘facultados’ (desde el punto de vista del ordenamiento jurídico preexistente). Debido a ello, mientras no haya efectividad, sería más adecuado caracterizar a dichos órganos como «los que *de hecho pueden* (en el sentido táctico y no normativo de la palabra ‘poder’) determinar el ejercicio del monopolio coactivo estatal en casos particulares, o sea, quienes están efectivamente en condiciones de disponer que se ponga en movimiento el aparato coactivo del Estado» (NINO, 1973: 128. Cursivas en el texto original).

¹⁷⁶ BOUVIER, 2014: 24. Por ello mismo, se insiste, las normas ‘originarias’ se caracterizan también por su contenido y no solamente por la forma de su producción. En este sentido, BOUVIER subraya que una característica de los contextos en que se manifiesta el poder constituyente es que «existe un sistema de normas positivo que establece quién y bajo qué procedimiento está autorizado a dictar y aplicar normas, y estas normas son desatendidas por quien pretende poder constituyente. En los casos de golpes de Estado (pero también en algunas revoluciones) preexisten normas positivas de competencia, sólo que son desatendidas. Los casos de la revolución francesa y rusa, y los golpes de Estado en Argentina parecen ser de este tipo pues existía un sistema normativo con competencias en ambos casos y fueron reemplazados con algún éxito» (BOUVIER, 2014: 23-24).

¹⁷⁷ BULYGIN, 1991a: 263.

¹⁷⁸ Pues las normas de competencia, al ser normas constitutivas y no regulativas, no califican deónticamente ninguna acción como obligatoria o prohibida; por tanto, no pueden ser ‘obedecidas’ (*vid.* la definición de ‘normas de competencia’ en FERRER BELTRÁN, 2000: 125-127, 147 y ss.).

¹⁷⁹ REDONDO, 1996: 204. Bajo este sentido de ‘aceptación’, llevaba razón HART: son los funcionarios (y no los ciudadanos) quienes deben aceptar las reglas secundarias del sistema que se origina.

¹⁸⁰ REDONDO, 1996: 204, 205. La citada autora rechaza aquellas tesis según las cuales toda aceptación depende necesariamente de la creencia en la corrección moral de las normas aceptadas; al efecto, expresa que «Reducir la noción de aceptación de normas a algo que sólo puede predicarse de los creyentes en la corrección moral de ciertas pautas, es colocar el tema fuera de toda discusión racional y convertirlo en una cuestión de fe [...] Por el contrario, la aceptación, en tanto producto de un acto intencional, es decidible sobre la base de razones» (REDONDO, 1996: 210-211).

¹⁸¹ REDONDO y NAVARRO, 1991: 233; REDONDO, 1996: 203.

es relevante, en cambio, respecto de los destinatarios de las reglas primarias del nuevo sistema que se constituye (el sistema ‘originario’ del nuevo orden jurídico, articulado a partir de las normas ‘originarias’)¹⁸². De acuerdo con REDONDO y NAVARRO, esta disposición de obediencia es, asimismo, independiente de una eventual aceptación del contenido normativo¹⁸³. Esto significa que los sujetos aceptantes pueden tener razones que entren en conflicto con su disposición a obedecer («puede ser que no estén satisfechos o discrepen acerca del contenido específico» de las normas); pero, a pesar de ello, «reconocen la necesidad y aprueban la existencia» de aquellas¹⁸⁴. La independencia de los dos dominios –la separación entre aceptar la obediencia a normas y aceptar su contenido– se justifica en la medida en que una disposición a la acción no necesariamente implica una «actitud positiva» hacia la norma de que se trate¹⁸⁵: «el sujeto puede tener una opinión negativa respecto del contenido de la norma y, pese a ello, sentirse inclinado a realizar la acción en razón de su disposición a seguir la norma»¹⁸⁶.

3.1.2. *Observancia generalizada de las prescripciones derivadas*

El segundo componente de la efectividad es la observancia generalizada de ciertas normas o, si se quiere, su ‘eficacia’. Ante todo, entiendo por ‘observancia’ al grado de cumplimiento de una prescripción¹⁸⁷. La observancia puede ser voluntaria, que es lo que ocurre cuando los destinatarios ajustan espontáneamente su comportamiento a lo prescrito (y entonces se dice que hay ‘obediencia’¹⁸⁸); o puede ser coactivamente

¹⁸² En este sentido, se podría también decir que estos sujetos «aceptan las normas superiores del sistema y en virtud de ello, admiten que deben comportarse de acuerdo a las normas derivadas del sistema y de acuerdo con las normas creadas por las autoridades a las que las normas superiores otorgan competencia» (REDONDO y NAVARRO, 1991: 231). Para Scott J. SHAPIRO, este sentido de aceptación es necesario para calificar como ‘jurídica’ a una actividad normativa: si una actividad no produjese una disposición general a obedecer dentro de una comunidad determinada, entonces no sería una actividad jurídica (SHAPIRO, 2011: 202).

¹⁸³ REDONDO y NAVARRO, 1991: 233.

¹⁸⁴ REDONDO y NAVARRO, 1991: 231.

¹⁸⁵ REDONDO y NAVARRO, 1991: 233.

¹⁸⁶ REDONDO y NAVARRO, 1991: 233. En un sentido similar, SHAPIRO expresa que la eficacia general de los sistemas jurídicos no requiere que los miembros de la comunidad acepten la legitimidad del derecho; puede que cumplan por temor al castigo, por hábito o por presión de sus semejantes (SHAPIRO, 2011: 202).

¹⁸⁷ *Vid.* HERNÁNDEZ MARÍN, 1988: 285.

¹⁸⁸ HERNÁNDEZ MARÍN, 1988: 288. Una forma distinta de concebir la relación entre ‘observancia’ y ‘obediencia’ es la que resulta de estipular que ‘observancia’, propiamente, es la obediencia a una prohibición (mientras que la obediencia a una orden sería una ‘ejecución’). *Vid.* GUASTINI, 2011c: 43.

lograda mediante sanciones (es decir, mediante cumplimiento forzoso, a falta de un cumplimiento voluntario)¹⁸⁹. El fenómeno de la observancia, además, es gradual; ello significa que hay un grado de cumplimiento o incumplimiento de las prescripciones que depende de la recepción que éstas tengan dentro de ciertas prácticas sociales¹⁹⁰. Por ello, siguiendo a Norberto BOBBIO, puede decirse que hay normas prescriptivas que son generalmente observadas de modo espontáneo; otras que, por lo general, sólo son cumplidas porque vienen acompañadas de coacción; otras que no se cumplen, a pesar de la coacción; e incluso hay prescripciones que son inobservadas sin que ello provoque que se aplique siquiera la sanción prevista¹⁹¹.

Ahora bien, la observancia requerida para la efectividad de los ‘hechos normativos originarios’ (que componen el ‘poder constituyente’), equivale a un grado de cumplimiento o acatamiento generalizado¹⁹²; es decir, se requiere que las prescripciones de que se trate sean *eficaces*¹⁹³. A decir de HART, una norma prescriptiva es eficaz cuando es más frecuentemente obedecida que desobedecida¹⁹⁴. Si se asume, entonces, que la eficacia de las prescripciones no es incompatible con la desobediencia esporádica, entonces puede decirse –adoptando la definición de Pablo NAVARRO– que una norma general es eficaz *si y solo si* una subclase de sujetos normativos relevantes no la infringen en la mayoría de las ocasiones¹⁹⁵.

Este tipo de eficacia u observancia generalizada es lo que permite, según KELSEN, el abatimiento del ‘viejo orden’ y el paso a un nuevo orden jurídico en contextos ‘revolucionarios’; si, en la generalidad de los casos, los individuos realmente se comportan de conformidad con las regulaciones del nuevo orden, entonces –según

¹⁸⁹ BOBBIO, 1958: 25. Como subraya Luis PRIETO SANCHÍS, tan eficaz es que una norma se cumpla por voluntad propia del destinatario –y que esa voluntad obedezca a convicciones morales, al temor por una sanción o a la mera comodidad–, como igualmente eficaz es que los jueces (en sentido amplio) hagan cumplir las consecuencias previstas por la norma mediante la coacción (PRIETO SANCHÍS, 2005: 86).

¹⁹⁰ Por eso Norberto BOBBIO expresaba que la investigación para determinar la eficacia o ineficacia de una norma «es una investigación histórico-sociológica, que recurre al estudio del comportamiento de los miembros de un determinado grupo social» (BOBBIO 1958: 25).

¹⁹¹ BOBBIO, 1958: 25.

¹⁹² De hecho, de esto depende la identificación de los sujetos constituyentes como ‘autoridades’ normativas; ello requiere necesariamente «que sus normas sean obedecidas de una manera generalizada por los sujetos normativos» (PÉREZ TRIVIÑO, 1998a: 94). *Vid.*, también, VILAJOSANA, 2010: 158.

¹⁹³ Según Rafael HERNÁNDEZ MARÍN, de la relación entre una prescripción y el cumplimiento por parte de sus destinatarios depende la *eficacia* de aquella; así, ‘cumplimiento’ y ‘eficacia’ son dos caras de una misma moneda (HERNÁNDEZ MARÍN, 1988: 285).

¹⁹⁴ HART, 1961: 103. Más recientemente, *vid.* SHAPIRO, 2011: 202.

¹⁹⁵ NAVARRO, 1990: 23.

KELSEN– «este orden es considerado como un orden válido. Es ahora, de acuerdo con este nuevo orden, que el comportamiento de los individuos es interpretado como legal o ilegal»¹⁹⁶. En el mismo sentido, VON WRIGHT señalaba que, si las órdenes de quienes usurpan el poder llegan a ser generalmente obedecidas por aquellos a quienes se dirigen, ello implica que las normas válidas preexistentes dejan de ser generalmente obedecidas por los ciudadanos¹⁹⁷; si esto es así –si la usurpación revolucionaria de poder normativo tiene éxito–, ello provocará necesariamente el abatimiento del orden jurídico existente (o de una parte de éste) y la instauración de un nuevo orden en su lugar¹⁹⁸.

Expuesto lo anterior, es necesario determinar qué normas son las que deben recibir una observancia generalizada como condición de la efectividad de los ‘hechos normativos originarios’. Intuitivamente, se podría decir que son las propias ‘normas originarias’ las que deben ser objeto de un acatamiento eficaz; sin embargo, existen circunstancias en las que dichas normas podrían reducirse a unas pocas normas de competencia que –como se dijo en la sección anterior– no pueden ser objeto de observancia (al no regular ninguna conducta). Así, pues, y sin dejar de considerar la posibilidad de que existan ‘normas originarias’ regulativas (susceptibles de ser observadas), me parece que es necesario identificar un criterio de eficacia para circunstancias como la anteriormente mencionada. En este respecto, seguiré algunas ideas desarrolladas por NAVARRO respecto a los criterios de eficacia de las normas constitucionales, criterios que resultan pertinentes para este análisis en la medida en que el conjunto de las ‘normas originarias’, como se indicó en la sección 2 de este capítulo, usualmente es concebido como una ‘primera constitución’¹⁹⁹.

De este modo, utilizaré un ‘criterio interno’ y un ‘criterio externo’ de eficacia. El ‘criterio interno’ será asignado a la observancia de las normas prescriptivas que eventualmente han sido formuladas por los sujetos constituyentes como parte de las llamadas ‘normas originarias’; según este criterio, la eficacia de tales prescripciones depende únicamente de si se producen o no las conductas exigidas por aquellas:

¹⁹⁶ KELSEN, 1945: 118.

¹⁹⁷ El citado autor admite que dos órdenes en conflicto pueden coexistir y ‘competir’ entre sí, al menos por algún tiempo, pero señala que es «lógicamente imposible» que ambas puedan llegar a ser generalmente obedecidas por sus destinatarios (VON WRIGHT, 1963: 202).

¹⁹⁸ VON WRIGHT, 1963: 202.

¹⁹⁹ BULYGIN, 1991a: 263.

«ningún otro hecho adicional a la obediencia es necesario para garantizar la eficacia»²⁰⁰. Por otra parte, dado que las ‘normas originarias’ no pueden consistir únicamente en prescripciones (o incluso pueden no consistir en prescripciones, en lo absoluto), se requiere de un ‘criterio externo’ de eficacia. Este criterio condiciona la eficacia de las ‘normas originarias’ a la observancia de las prescripciones ‘derivadas’ que han sido producidas de conformidad con el nuevo sistema de competencias implementado por las primeras²⁰¹. Parafraseando a KELSEN, una ‘primera constitución’ (el conjunto de las ‘normas originarias’) es eficaz en este contexto «cuando las normas establecidas conforme a ella son acatadas y aplicadas en términos generales»²⁰².

La suma de los dos criterios antes expuestos permite establecer si existe (o no) una observancia general de las normas ‘originarias’ y/o de las normas derivadas creadas de conformidad con ellas. Lo importante es evidenciar si, *de hecho*, los sujetos que pretenden actuar como constituyentes han tenido (o no) la capacidad para imponer un nuevo sistema de reglas primarias y secundarias, por la razón que fuere (el uso de la fuerza, la intimidación, la adhesión a liderazgos carismáticos, la habilidad para canalizar pretensiones de cambio constitucional de forma organizada mediante el diálogo y la deliberación, etc.). En cualquier caso, se trata de una condición que resulta imprescindible para predicar ‘efectividad’ a los hechos normativos originarios: el poder constituyente, como tantas veces se ha dicho, existe en la medida en que haya sido concretado de manera exitosa²⁰³.

²⁰⁰ NAVARRO, 2017: 84.

²⁰¹ Como se dijo en el apartado anterior, en todo sistema originario tiene que existir al menos una norma de competencia que faculte a alguien a promulgar nuevas normas y, eventualmente, a derogar normas existentes.

²⁰² KELSEN, 1960: 219. *Vid.* NAVARRO, 2017: 87-90, para una problematización de este criterio dentro de los presupuestos de la teoría del derecho *kelseniana*.

²⁰³ Por supuesto, cabe problematizar si en cierto caso la concreción del poder constituyente ha sido (o no) exitosa. Pero, como señalaba HART, el punto a partir del cual se puede afirmar que un sistema jurídico finalmente ha dejado de existir «no es susceptible de ninguna determinación exacta» (HART, 1961: 118). El mismo autor agrega que, si existe alguna posibilidad considerable de restauración, o si la perturbación del sistema establecido es un incidente aún incierto, ninguna afirmación sobre la desaparición del sistema jurídico estaría justificada. Esto es así porque la afirmación de que un sistema jurídico ‘existe’ es lo suficientemente amplia y general como para permitir interrupciones; por ende, en espacios cortos de tiempo no es posible determinar la verdad o la falsedad de enunciados de este tipo (HART, 1961: 118). En todo caso, y como subrayaba Sergio COTTA (refiriéndose a la revolución), «el hecho de que permanezca en vigor por un mes o por un siglo no tiene importancia para el jurista [...] la valoración acerca de la precariedad del derecho es un juicio acerca de la *vida* del derecho, no sobre su *esencia* y, como tal, ello es competencia de los historiadores del derecho y no de los juristas (COTTA, 1953: 478-479. Cursivas en el texto original).

3.2. Existencia jurídica como hecho institucional

Se ha dicho ya varias veces en esta tesis que la efectividad de los ‘hechos normativos originarios’ –o sea, el ‘poder constituyente’ tal como ha sido redefinido– produce la existencia *jurídica* de las normas ‘originarias’. Como varios autores han insistido, se podrán «elevar al cielo las más altas protestas» contra aquellos hechos, pero si estos consiguen efectivamente su objetivo entonces existirá un nuevo derecho²⁰⁴. No obstante, corresponde ahora explicar por qué el hecho de la aceptación y el hecho de la observancia generalizada proveen existencia jurídica a las normas ‘originarias’; en otras palabras, es necesario detallar por qué esos hechos son *hechos jurídicos*²⁰⁵.

En el fondo, la cuestión consiste en dar cuenta de «cómo es que los resultados de ciertos actos de prescribir por parte de determinados órganos son asumidos como normas vinculantes»²⁰⁶. En opinión de Juan RUIZ MANERO, esto «sólo puede explicarse» aludiendo a la aceptación general de una ‘norma jurídicamente última’ por parte de los órganos de aplicación; una norma que, por razones lógicas, ya no puede ser el resultado de un acto de prescribir²⁰⁷. Según el autor citado, sólo suponiendo la existencia de una norma como aquella es que se puede derivar el deber de asumir como *normas jurídicas* vinculantes a determinadas prescripciones que reúnan ciertos requisitos y provengan de ciertos órganos, y a utilizarlas como fundamento para sus

²⁰⁴ *Vid.*, por todos, CONDORELLI, 1931: 264.

²⁰⁵ Como se podrá recordar, este desarrollo fue anunciado al final del capítulo I (sección 3).

²⁰⁶ RUIZ MANERO, 2010: 102.

²⁰⁷ RUIZ MANERO, 2010: 102. Esta idea, según el mismo autor, está presente tanto en la doctrina *kelseniana* de la ‘norma básica’, como en la doctrina *hartiana* de la ‘regla de reconocimiento’ y en el correspondiente desarrollo teórico realizado por Alf ROSS (RUIZ MANERO, 2010: 103). Como es bastante conocido, la teoría de la *Grundnorm* trata de evitar un regreso al infinito en la búsqueda del fundamento de validez de las normas, y lo hace presuponiendo como norma ‘última’ a la ‘norma fundante básica’ (KELSEN, 1960: 202); su presuposición, según KELSEN, es lo que permite interpretar «el sentido subjetivo de los actos constituyentes, y de los actos realizados conforme con la constitución, como su sentido objetivo», es decir, como normas jurídicas «objetivamente válidas» (KELSEN, 1960: 209). Este mismo propósito busca la teoría de la ‘regla de reconocimiento’ de HART (HART, 1961: 100-110) quien, a criterio de algunos autores, pone el punto final a una cadena normativa sin caer en un regreso al infinito, dando en este sentido «el paso decisivo para su resolución»: indicando la necesidad de una regla de la que se puedan extraer los criterios de validez del resto de normas de un sistema, pero respecto a la cual no tenga sentido predicar validez (VILAJOSANA, 2007: 40). Finalmente, en la teoría de Alf ROSS sobre las normas ‘más altas’ de competencia –que constituyen a las autoridades supremas– se asume que éstas no pueden ser promulgadas por otra autoridad; para evitar un regreso al infinito, dichas normas tienen que ser *presupuestas* (ROSS, 1958a: 78). Ello equivale a asumir que estas normas constitutivas existen al modo de una ideología, la que constituye, según ROSS, el fundamento de un orden jurídico (ROSS, 1958a: 79, 74-75).

resoluciones; en consecuencia, según RUIZ MANERO, una «norma última aceptada» es necesaria para explicar en qué consiste «la efectividad del derecho legislado»²⁰⁸.

Pues bien, como quedó explicitado en el capítulo I, en la redefinición del concepto de ‘poder constituyente’ presentada en esta tesis no hay cabida para ninguna ‘norma jurídicamente última’²⁰⁹: es el propio poder constituyente el poder ‘jurídicamente último’ del que depende la existencia jurídica de una ‘primera constitución’, así como la existencia del sistema jurídico originario que con ella inicia y la del nuevo orden jurídico correspondiente. Por tanto, la cuestión identificada por RUIZ MANERO –explicar por qué ciertos actos de prescribir que no están autorizados son, en último término, considerados como normas jurídicas– sí que es relevante para este trabajo, pero en su solución se utilizará una idea distinta a la de una ‘norma última’.

La idea a la que me refiero está afincada en la teoría de los ‘hechos institucionales’ formulada por John SEARLE²¹⁰. Como es bastante conocido, SEARLE estipuló la existencia de un tipo de hechos que son considerados como tales únicamente por el acuerdo entre los seres humanos; es decir, existen sólo porque creemos que existen. Pero son «porciones del mundo real» o «hechos objetivos», en el sentido de que no dependen de nuestras preferencias, valoraciones o actitudes morales: «son completamente independientes de cualquier opinión humana»²¹¹. El citado autor los denomina ‘hechos institucionales’ porque, para su existencia, requieren de instituciones humanas (lo que los distingue de los hechos no institucionales o hechos ‘brutos’). El ejemplo ya clásico de SEARLE es el uso de papel moneda como medio de intercambio: el hecho de que un pedazo de papel con ciertas características (sujeto emisor, colores, hologramas, marcas, etc.) cuente como un billete de 5 euros, obedece a un conjunto de creencias, intenciones y prácticas alrededor de la institución humana del dinero²¹².

²⁰⁸ RUIZ MANERO, 2010: 102-103.

²⁰⁹ *Vid.* Capítulo I, sección 2.4.

²¹⁰ Vale destacar de antemano que, según este autor, un típico evento que crea y pone en marcha ‘hechos institucionales’ es la adopción de las constituciones (SEARLE, 1995: 115).

²¹¹ SEARLE, 1995: 1-2. Como explica Carlos BERNAL, estas entidades sociales son «epistemológicamente ‘objetivas’ pero ontológicamente ‘subjetivas’». Esto significa, por una parte, que «no son menos cognoscibles objetivamente que los objetos naturales y físicos»; así, por ejemplo, el hecho de que la Ley Fundamental de 1949 sea la actual constitución alemana es tan cognoscible objetivamente como el hecho de que haya árboles en la Selva Negra. Pero, por otra parte, la existencia de dichas entidades «depende de la subjetividad de las mentes humanas y de ciertas actitudes subjetivas (como las intenciones) de los agentes que participan en prácticas en las que se basan» (BERNAL PULIDO, 2018: 83).

²¹² SEARLE, 1995: 2; SEARLE, 2010: 10.

Siguiendo también a SEARLE, la creación de estos ‘hechos institucionales’ puede describirse recurriendo a tres elementos que conforman el ‘aparato’ conceptual que permite dar cuenta de la realidad social: 1) la intencionalidad colectiva; 2) la asignación de función; y, 3) un lenguaje apto para la creación de status²¹³. En lo que sigue, realizaré una breve exposición de cada uno de estos elementos y los confrontaré con lo que se ha dicho hasta aquí sobre la efectividad de los ‘hechos normativos originarios’.

3.2.1. *Intencionalidad colectiva*

La ‘intencionalidad colectiva’, de acuerdo con SEARLE, puede adoptar básicamente dos formas: la ‘cooperación’ y el ‘reconocimiento colectivo o aceptación’²¹⁴. Ambas formas remiten a la capacidad de los seres humanos para compartir estados tales como creencias, deseos e intenciones, pero se diferencian en cuanto a la exigencia de un compromiso para adoptar ciertas conductas cooperativas²¹⁵. Así, la ‘cooperación’ (como su propio nombre lo indica) implica una intención colectiva de *cooperar*; en cambio, el ‘reconocimiento colectivo o aceptación’ no implica tal compromiso²¹⁶.

En el núcleo de la noción de ‘cooperación’ está, pues, la idea de ‘compromiso’, entendida –siempre según SEARLE– como una decisión consciente, adoptada entre los participantes de una práctica, de asumir como vinculantes a ciertas actitudes y comportamientos bajo un sentido de ‘colectividad’, esto es, bajo un sentido de hacer (querer, creer, etc.) algo *juntos*²¹⁷. Por tanto, de acuerdo con el autor citado, la ‘cooperación’ no puede reducirse a meras intenciones individuales para lograr un objetivo común²¹⁸. Esta intencionalidad colectiva cooperativa, según el mismo autor, a menudo es necesaria para la creación de una institución; el ejemplo que ofrece SEARLE al respecto es la creación de los Estados Unidos de América en el momento de la Declaración de Independencia²¹⁹. En este caso, claramente no había ninguna estructura

²¹³ SEARLE, 1995: 13; SEARLE, 2010: 100-101.

²¹⁴ SEARLE, 2010: 60.

²¹⁵ SEARLE, 1995: 23.

²¹⁶ SEARLE, 2010: 58.

²¹⁷ SEARLE, 1995: 24-25; SEARLE, 2010: 48-49.

²¹⁸ SEARLE, 2010: 49.

²¹⁹ SEARLE, 2010: 57.

institucional acorde a la cual un grupo de sujetos dentro de una colonia británica pudiera crear su independencia mediante actos de habla performativos; sin embargo, los ‘Padres Fundadores’ actuaron *como si* su reunión en Filadelfia les proveyera de un contexto tal que, mediante la ejecución de aquella clase de actos, se creara un hecho institucional. Así, según SEARLE, los ‘Padres Fundadores’ cooperaron entre sí (aportaron una intención colectiva cooperativa) para crear ese hecho institucional de independencia²²⁰.

Sin embargo, el referido autor también admite que existen formas de intencionalidad colectiva menos ‘fuertes’, que son reducibles a un agregado de intenciones individuales más creencias mutuas y que, por tanto, no requieren el compromiso que hay en la ‘cooperación’²²¹. Este es el ‘reconocimiento colectivo o aceptación’. Tomando el mismo ejemplo anterior, SEARLE se refiere al mantenimiento o existencia continuada de la independencia de los Estados Unidos: este hecho institucional se mantuvo gracias a la aceptación, expresada tanto por el apoyo de la comunidad local como por la fuerza militar empleada²²².

No obstante, en la teoría de SEARLE el reconocimiento colectivo no implica aprobación; en este respecto, el mencionado autor expresa que es posible reconocer una institución y actuar ‘institucionalmente’ incluso en los casos en que haya una actitud desaprobatoria respecto de aquella; y es que, en su criterio, el ‘reconocimiento colectivo’ supone un *continuum* que va desde la simple tolerancia con la estructura institucional hasta la aprobación entusiasta. En la época del régimen Nazi –cita SEARLE como ejemplo– los miembros del Partido Nazi aprobaron con entusiasmo la estructura institucional del Tercer Reich; no obstante, en aquella época hubo mucha gente en Alemania que, sin aprobar dicha estructura institucional, simplemente la aceptaba por otros motivos: nacionalismo, indiferencia, prudencia, o incluso mera apatía²²³. Así, según SEARLE, el odio, la apatía e incluso la desesperación son compatibles con el reconocimiento (de lo que uno odia, de lo que genera una conducta apática, o de lo que uno se desespera por cambiar)²²⁴.

²²⁰ SEARLE, 1995: 118-119.

²²¹ SEARLE, 2010: 58.

²²² SEARLE, 1995: 118-119.

²²³ SEARLE, 2010: 57.

²²⁴ SEARLE, 2010: 8.

De este modo, siguiendo a SEARLE, la ‘cooperación’ es necesaria para la creación de hechos institucionales y para la realización de ciertos actos particulares dentro de una institución ya creada; en cambio, para la existencia continuada o mantenimiento de ciertas instituciones no necesariamente se requiere ‘cooperación’ sino simplemente ‘reconocimiento colectivo o aceptación’²²⁵. De hecho, señala SEARLE, para que tenga lugar la cooperación dentro de una estructura institucional ya existente, tiene que haber un ‘reconocimiento colectivo’ generalizado de la institución²²⁶.

Expuestas las anteriores ideas, me parece que se puede trazar plausiblemente una correspondencia entre las dos formas de intencionalidad colectiva recién mencionadas y los dos sentidos relevantes de ‘aceptación’ de normas que previamente fueron indicados en este capítulo²²⁷. De este modo, creo que es razonable sostener que la aceptación de normas, entendida como la decisión de incorporar razones justificativas para la acción (sentido *a* de aceptación), puede ser comprendida como una forma de ‘cooperación’; mientras que la aceptación entendida como la mera aprobación de la ‘existencia institucional’ de las normas (sentido *b* de aceptación), puede ser comprendida como una forma de ‘reconocimiento colectivo o aceptación’ en los términos de SEARLE.

La correspondencia que se intuye en este trabajo está basada en la equivalencia de las propiedades que componen cada par de conceptos. Así, la aceptación de normas en el sentido *a* incluye el tipo de decisión deliberada que compone el compromiso esencial de toda ‘cooperación’ colectiva. Como se dijo en la sección correspondiente, los órganos primarios –del nuevo sistema que se constituye– adoptan un compromiso para fundar sus razonamientos y para justificar sus decisiones sobre la base de las nuevas normas originarias de competencia; pero estas normas son aceptadas, en este específico sentido, no por el mero agregado de intenciones individuales, sino por una intención

²²⁵ SEARLE, 2010: 58. El mismo autor vuelve a recurrir al ejemplo del dinero; así, expresa que el reconocimiento colectivo del dinero puede estar constituido (no ya por ninguna cooperación sino) simplemente por el hecho de que cada persona reconoce el dinero, así como por el conocimiento mutuo (entre los participantes de una práctica) de que todos lo reconocen como tal (*Ibidem*). Este reconocimiento está relacionado estrictamente con la ‘existencia’ en el sentido de mantenimiento o continuidad; y es que, según SEARLE, dentro de una institución se deben distinguir tres elementos: «la *creación* inicial del hecho institucional, su *existencia* continuada y su *representación* oficial (usualmente lingüística) en forma de indicadores de status» (SEARLE, 1995: 115).

²²⁶ SEARLE, 2010: 57. Por ejemplo, una pareja que planea casarse acepta previamente la institución del matrimonio (antes de casarse efectivamente). Este no es un caso de ‘cooperación’ como forma de comportamiento; es simplemente reconocer o aceptar una institución (*Ibidem*).

²²⁷ *Supra*, sección 3.1.1. de este capítulo.

colectiva o de grupo: la intención de crear, conjuntamente, una nueva estructura institucional operando como sus autoridades. Precisamente por esta equivalencia es que SEARLE cita, en este contexto, el ejemplo de la creación de nuevos Estados (el caso del nacimiento de los Estados Unidos de América) y el ejemplo de la creación de nuevos órdenes jurídicos (el caso del nacimiento del orden nacionalsocialista en Alemania). Este compromiso de asumir determinadas actitudes y comportamientos bajo un sentido de ‘colectividad’, además, no implica la necesaria creencia en su corrección moral²²⁸.

Por otro lado, la aceptación de normas en el sentido *b* coincide con las propiedades del concepto de ‘reconocimiento colectivo o aceptación’: únicamente se necesita que los destinatarios de las reglas primarias (del nuevo sistema que se constituye) reconozcan o acepten su ‘existencia institucional’ y accedan a tener, en consecuencia, una disposición general de obediencia respecto de aquellas normas. Como se ve, esta forma de aceptación no requiere de ninguna cooperación ni, por tanto, de que se asuman compromisos colectivos específicos; basta con que se evidencie la implícita anuencia generalizada a obedecer por parte de los individuos destinatarios de las normas primarias. La evidencia, claro está, se cifra en el hecho de la obediencia general de las normas creadas acorde al nuevo sistema jurídico que se pretende constituir (tal como se explicó al final de la sección anterior)²²⁹. Además, esta aceptación de normas al modo de un ‘reconocimiento colectivo’ también es independiente de la aceptación de la moralidad de su contenido normativo; y, sin embargo, es necesaria en el sentido de proveer existencia continuada a la estructura institucional que se quiere establecer.

En conclusión, los dos sentidos relevantes de aceptación de normas que se han explicado en este capítulo coinciden con las dos formas de intencionalidad colectiva que, siguiendo la teoría de SEARLE, son necesarias para la creación de hechos institucionales y para su existencia continuada, respectivamente. Ahora bien, como señala el mismo autor, es tentador pensar que estructuras institucionales como la

²²⁸ Baste pensar en el famoso caso de Adolf Eichmann, alto funcionario del ‘Tercer Reich’ en Alemania, quien durante su enjuiciamiento criminal en Israel declaró que su compromiso con dicho régimen estuvo basado estrictamente en razones de subordinación hacia sus superiores. Este caso, como se sabe, inspiró a la filósofa Hannah Arendt a formular una tesis acerca de la ‘banalidad del mal’, acorde a la cual los seres humanos pueden llegar a realizar actos extremadamente crueles bajo la irreflexiva creencia de que ello forma parte de su ‘trabajo’ (y no necesariamente porque suscriban esa inmoralidad).

²²⁹ *Supra*, sección 3.1.2. de este capítulo. De esto se sigue que la referida anuencia generalizada no podría afirmarse, por ejemplo, si la mayoría de la población, en la mayoría de las ocasiones, exhibe actitudes y comportamientos tendientes a desobedecer las normas primarias del nuevo sistema.

propiedad o el Estado –o, vale agregar, el orden jurídico dentro de un Estado– se mantienen, no por ninguna intencionalidad colectiva (ya sea cooperación, reconocimiento o aceptación) sino simple y llanamente por la imposición coactiva obtenida mediante el monopolio de la fuerza (en manos de la policía armada y del poder militar del Estado)²³⁰. En otras palabras, la tentación consiste en pensar que, a fin de cuentas, los hechos brutos siempre prevalecerán sobre los hechos institucionales y que todo dependerá de quién esté «mejor armado»²³¹. SEARLE rechaza esta idea utilizando una mezcla de dos argumentos.

El primer argumento es que la fuerza policial de un Estado es necesariamente limitada, de modo que, una vez que el número de infractores de la ley alcanza una masa crítica, lo típico es que la policía se refugie en sus cuarteles o que empiece a actuar como en un *show* (fingiendo que ejerce sus funciones, pero sabiendo que no lo logrará)²³². Entiendo que el punto al que se dirige SEARLE con este argumento es que, en los hechos, el uso de la fuerza no siempre garantiza un resultado exitoso, y bien puede conducir a un fracaso (dadas ciertas circunstancias); por tanto, la amenaza de la coacción no puede ser la única razón por la que se establecen determinadas estructuras institucionales.

El segundo argumento de SEARLE es que el poder armado del Estado depende precisamente de la aceptación como forma de intencionalidad colectiva y no de la pura fuerza; en este sentido, expresa que «el sistema de fuerza, en sí mismo, es un sistema de aceptación»²³³. Esto quiere decir, según el referido autor, que el poder no sale «de la boca de un fusil»; los fusiles son inútiles, excepto para quienes están preparados para usarlos en cooperación con otros y dentro de estructuras que, por informales que fueren, poseen líneas reconocidas de autoridad y mando. El poder real, en consecuencia, emana

²³⁰ SEARLE, 1995: 90. En este sentido, *vid.* SARDO, 2015: 275: «empíricamente entendida, la tesis de la aceptación colectiva de normas últimas de competencia es falsa: a lo largo de la historia, ha pasado muchas veces que el derecho ha sido el resultado de una imposición, y no de una aceptación colectiva».

²³¹ SEARLE, 1995: 117.

²³² SEARLE, 1995: 90-91. El autor menciona como ejemplo a unas revueltas callejeras ocurridas en Los Angeles, en 1992, ocasionadas por la indignación popular respecto a la falta de condena penal de los policías que aparecían en un vídeo dando una paliza al ciudadano Rodney King; en esas revueltas hubo tal cantidad de saqueos de comercios que la policía sencillamente se vio incapaz de poner orden. En una escala todavía mucho mayor, y ya a nivel nacional, múltiples protestas con las mismas características se repitieron recientemente, entre mayo y junio de 2020, después de que se conociera públicamente la muerte del ciudadano George Floyd en manos de la policía de Minneapolis (Minnesota).

²³³ SEARLE, 1995: 91.

de las organizaciones –esto es, de estructuras institucionales– y reside en las personas que se sientan frente a un escritorio y hacen «ruidos con sus bocas y marcas sobre un papel»²³⁴. Tener el poder, pues, –concluye SEARLE– requiere siempre intencionalidad colectiva y hechos institucionales²³⁵.

3.2.2. Asignación de función y poderes deónticos

Una importante aplicación de la intencionalidad colectiva, siguiendo la obra de John SEARLE, es la asignación o imposición colectiva de funciones a objetos y fenómenos²³⁶. Estas funciones, según el referido autor, nunca son intrínsecas a fenómeno alguno, sino que son externamente asignadas por observadores y usuarios conscientes²³⁷. Sin embargo, no todas las funciones tienen iguales características; por sus diferencias, SEARLE distingue básicamente dos tipos de funciones: ‘agentivas’ y ‘no agentivas’. Las funciones ‘agentivas’ son aquellas que se asignan en relación con los intereses prácticos de agentes conscientes y tienen que ver con el uso que éstos dan a determinadas entidades; las funciones ‘no agentivas’, en cambio, son asignadas como parte de la explicación teórica de un determinado proceso causal natural que es independiente de las intenciones prácticas y de las actividades de los agentes²³⁸.

Ahora bien, SEARLE se ha concentrado sobre todo en una categoría especial de funciones ‘agentivas’: las que imponen *status* a ciertos objetos, personas o fenómenos (‘funciones de *status*’)²³⁹. Como todas las funciones, las ‘funciones de *status*’ son intencionalmente asignadas; sin embargo, de acuerdo con el citado autor, estas «no pueden ser ejecutadas solamente en virtud de los atributos físicos intrínsecos del fenómeno en cuestión»²⁴⁰ sino que, por el contrario, requieren de la asignación de un

²³⁴ SEARLE, 1995: 118. «Tales personas normalmente no tienen más armas que (a lo sumo) una pistola para ceremonias y una espada para ocasiones de etiqueta» (*Ibidem*).

²³⁵ SEARLE, 1995: 117-118.

²³⁶ SEARLE, 1995: 13-23; SEARLE, 2010: 43, 58-60.

²³⁷ SEARLE, 1995: 14.

²³⁸ SEARLE, 1995: 20, 23. Además, para su mantenimiento como tales, generalmente –aunque no siempre– las funciones ‘agentivas’ requieren de una continuada intencionalidad por parte de los usuarios; no ocurre así con las funciones ‘no agentivas’, que pueden mantenerse a lo largo del tiempo sin que se requiera el menor esfuerzo (SEARLE, 1995: 20-21, 23).

²³⁹ SEARLE, 1995: 41, 44; SEARLE, 2010: 59-60.

²⁴⁰ SEARLE, 1995: 46.

nuevo *status* que previamente no era poseído²⁴¹. Además, estas ‘funciones de status’ se caracterizan por dos rasgos distintivos: a) requieren intencionalidad colectiva tanto para su asignación inicial como para su existencia continuada²⁴²; y, b) se predicán de determinadas entidades en virtud de la asignación (o imposición) de un status y, además, del reconocimiento colectivo de éste²⁴³.

La conjunción de estas dos propiedades es lo que permite, a la entidad de que se trate, ejecutar su ‘función de status’²⁴⁴. Uno de los ejemplos que menciona SEARLE, relacionado con el derecho, es la imposición de un nuevo status a las personas que infringen las leyes: así, bajo ciertas circunstancias determinadas por las normas penales, quien es hallado judicialmente culpable de matar a otro recibe el status de ‘asesino convicto’, y es bajo este nuevo status que se establecen las penas correspondientes²⁴⁵.

Ahora bien, aunque estas ‘funciones de status’ son de la más variada especie, SEARLE identifica *a priori* cuatro grandes categorías: simbólicas, deónticas, honoríficas y procedimentales²⁴⁶. De entre ellas, la categoría deóntica tiene una especial importancia porque, según el citado autor, toda ‘función de status’ conlleva siempre y sin excepción un ‘poder deóntico’²⁴⁷. Los poderes deónticos son definidos por SEARLE como habilidades o capacidades que confieren *razones para la acción*. Así, una obligación de carácter económico (que ejemplifica un poder deóntico ‘negativo’) provee una razón para ambas partes de la relación: una razón para pagar y una razón para esperar dicho pago, correspondientemente; de igual forma, una autorización (que

²⁴¹ SEARLE, 1995: 51.

²⁴² SEARLE subraya que el único modo de existencia de estas ‘funciones de status’ es mediante el acuerdo colectivo; es decir, el status existe «sólo si la gente cree que existe» y las razones para la acción provistas por el status al ser creado «sólo funcionan si la gente las acepta» (SEARLE, 1995: 69). Así, para el citado autor, todas las ‘funciones de status’ son asuntos de poder convencional, distinguibles del poder físico o bruto (aunque, a menudo, conferir poder convencional sirve para autorizar el uso del poder físico bruto; el poder policial sería «un obvio ejemplo» de ello). *Vid.* SEARLE, 1995: 100.

²⁴³ Según SEARLE, el ‘secreto’ para comprender la persistencia o existencia continuada de los hechos institucionales radica precisamente en que los individuos directamente implicados, así como un número suficiente de miembros de la comunidad relevante, siguen reconociendo y aceptando la existencia de tales hechos. Así, dado que el status es constituido mediante aceptación colectiva, y dado que la función requiere del status para poder ser cumplida, es imprescindible –según el referido autor– que haya una aceptación continuada de dicho status (SEARLE, 1995: 117).

²⁴⁴ SEARLE, 2010: 59.

²⁴⁵ SEARLE, 1995: 50.

²⁴⁶ SEARLE, 1995: 99.

²⁴⁷ SEARLE, 2010: 8, 23-24.

ejemplifica un poder deóntico ‘positivo’) provee una razón para ejecutar los actos autorizados y, correlativamente, una razón para no interferir en esa acción²⁴⁸.

Tener ‘poderes deónticos’, de acuerdo con SEARLE, es lo que sirve para regular las relaciones entre la gente; es lo que provee el ‘pegamento’ que mantiene unida a la civilización humana, puesto que nos provee de razones para actuar que son independientes de nuestras inclinaciones y deseos²⁴⁹. Dentro de esta categoría, por ejemplo, se encuentran los derechos, responsabilidades, obligaciones, deberes, privilegios, habilitaciones, castigos, autorizaciones, permisos y otros fenómenos del estilo²⁵⁰. De hecho, para el autor en mención, el poder político es un ejemplo visible de un poder deóntico.

Para SEARLE, todo poder político deriva del reconocimiento de ‘funciones de status’, lo que implica que «todo poder político es un poder deóntico»²⁵¹. Por esta misma razón, y dado que las ‘funciones de status’ requieren siempre reconocimiento colectivo o aceptación, ocurre que todo poder político, a pesar de ejercerse ‘desde arriba’, se fundamenta siempre ‘desde abajo’; y ello –según SEARLE– no sólo es predicable del poder político en las democracias, sino también en las dictaduras: el poder político de Hitler o Stalin –cita SEARLE como ejemplos– era constantemente mantenido por la aceptación generalizada de la población, sostenida sobre la base de un masivo sistema de recompensas y castigos²⁵². Así, pues, ninguna organización política o realidad institucional, según el autor citado, pueden existir sin ese reconocimiento colectivo²⁵³.

Pues bien, todo lo que previamente se ha expuesto respecto de la asignación de funciones en la creación y mantenimiento de hechos institucionales me parece que es perfectamente adaptable al contexto en que se manifiestan los ‘hechos normativos originarios’ cuya efectividad permite identificar al poder constituyente. De manera específica, podría decirse que en el hecho de la aceptación de las normas ‘originarias’ (aceptación como forma de ‘cooperación’) claramente va de suyo la asignación de un

²⁴⁸ SEARLE, 2010: 148.

²⁴⁹ SEARLE, 2010: 9, 23, 123.

²⁵⁰ SEARLE, 1995: 100; SEARLE, 2010: 123, 164.

²⁵¹ SEARLE, 2010: 164.

²⁵² SEARLE, 2010: 165. Téngase en cuenta que, como se indicó en la sección anterior, el ‘reconocimiento colectivo o aceptación’ no implica aprobación.

²⁵³ SEARLE, 2010: 167.

nuevo status a dichas entidades: en esa aceptación como forma de expresión de una intencionalidad colectiva cooperativa, dichas normas ya no se consideran simples entidades lingüísticas (existentes fácticamente) sino que pasan a considerarse como normas de derecho (existentes jurídicamente)²⁵⁴. Claro que esto todavía es insuficiente para afirmar que dichas normas son normas *jurídicas*, puesto que las ‘funciones de status’ se predicen de entidades a las que, además, se ha reconocido colectivamente su nuevo status; pero este elemento es aportado precisamente por la aceptación (como ‘reconocimiento colectivo’) de la existencia institucional de dichas normas.

De este modo, se puede advertir que en la aceptación de las normas ‘originarias’ –en los dos sentidos relevantes de ‘aceptación’ que coinciden con las dos formas básicas de intencionalidad colectiva– se entiende incluida la imposición o asignación de un nuevo status (el status de normas jurídicas, creadoras de un nuevo sistema jurídico ‘originario’). Este status, por lo demás, sólo podrá existir y mantenerse como tal si un número suficiente de miembros de la comunidad pertinente siguen reconociendo su existencia²⁵⁵. En suma, la creación de estos hechos institucionales –particularmente, el hecho institucional consistente en la adopción de nuevo orden jurídico– presupone un conjunto de acciones deliberadas tendientes a imponer explícita y conscientemente ‘funciones de status’ a los fenómenos relevantes²⁵⁶.

Finalmente, cabe identificar también una diáfana correspondencia entre la existencia de ‘poderes deónticos’, como implicación de toda ‘función de status’ (acorde a la teoría de SEARLE), y las consecuencias de la aceptación de las ‘normas originarias’. En este orden de ideas, ‘aceptar’ dichas normas en sentido cooperativo –como equivalente de la adopción de un compromiso para utilizarlas dentro de razonamientos prácticos– conlleva la existencia de ciertos poderes deónticos ‘positivos’ (competencias) y provee determinadas razones para la acción a los órganos ‘primarios’ que asumen dichos poderes. Asimismo, ‘aceptar’ dichas normas al modo de un ‘reconocimiento colectivo’ conlleva la existencia de otros poderes deónticos ‘negativos’ (*v.gr.* relaciones de sujeción), con las correspondientes razones para la acción que vinculan a sus aceptantes.

²⁵⁴ Y ello, aunque todavía quede pendiente el reconocimiento colectivo posterior de estas normas. Como destaca el mismo SEARLE, una forma de crear hechos institucionales en situaciones donde la institución aún no existe es simplemente actuar como si en efecto existieran (SEARLE, 1995: 118).

²⁵⁵ SEARLE, 1995: 117.

²⁵⁶ SEARLE, 1995: 125-126.

3.2.3. Un lenguaje apto para la creación de status

El tercer elemento indicado por SEARLE para dar cuenta de la realidad social es de carácter lingüístico, y va de la mano con uno de los principales puntos de la obra de dicho autor en este ámbito: que toda la realidad institucional es creada a partir de representaciones lingüísticas²⁵⁷. Según SEARLE, todos los hechos institucionales –y, por tanto, todas las ‘funciones de status’– son creados por específicos actos de habla que tienen la misma forma lógica que aquello que el citado autor denomina ‘declaraciones’²⁵⁸. Se trata de actos de habla que, de acuerdo con el referido autor, poseen simultáneamente una dirección de ajuste *palabra-a-mundo y mundo-a-palabra*; este tipo de actos cambian la realidad para adecuarla a su contenido proposicional, pero lo hacen justamente representando la realidad como siendo ya transformada, es decir, cambian el mundo declarando que un estado de cosas existe y, con ello, traen a la existencia dicho estado de cosas²⁵⁹.

Siguiendo a SEARLE, la forma más general de creación de un hecho institucional se da cuando, mediante una ‘declaración’, se establece que cierta ‘función de estatus’ existe²⁶⁰. A este tipo de ‘declaraciones’, el citado autor las denomina ‘declaraciones de función de status’²⁶¹. Claro está, el contenido semántico de un acto de habla, por sí mismo, no crea un hecho institucional²⁶²; sin embargo, la existencia de un lenguaje apto

²⁵⁷ SEARLE, 1995: 59; SEARLE, 2010: 14, 109.

²⁵⁸ SEARLE, 1975: 358-361; SEARLE, 2010: 11-13. Anteriormente (en SEARLE, 1995), el mencionado autor sostenía que este tercer elemento (para la creación y existencia continuada de hechos institucionales) equivalía simplemente a la existencia de reglas constitutivas que típicamente tienen la estructura ‘X cuenta como Y en C’. Pero, posteriormente, el mismo autor ha reconocido que no todas las imposiciones de ‘funciones de status’ tienen esta forma; es por ello que este tercer elemento aparece reformulado: lo que se requiere es un lenguaje «suficientemente rico» para admitir la creación de ‘declaraciones de función de status’, incluyendo a las reglas constitutivas como una de las posibilidades (SEARLE, 2010: 101).

²⁵⁹ SEARLE, 1975: 358; SEARLE, 2010: 12.

²⁶⁰ SEARLE, 2010: 13, 93. Según el mismo autor, las ‘funciones de status’ sólo pueden existir en la medida en que sean representadas como existiendo, y ello requiere algunos medios de representación típicamente lingüísticos (SEARLE, 2010: 170).

²⁶¹ SEARLE, 2010: 13. El mismo autor aclara que no siempre la realidad institucional es creada o continuada por ‘declaraciones’ en sentido estricto (porque puede que no exista siquiera un acto de habla ‘declarativo’); sin embargo, todas las representaciones lingüísticas que operan en tal sentido tienen la misma estructura lógica que las ‘declaraciones de función de status’ (SEARLE, 2010: 13, 96).

²⁶² Por ejemplo, los hechos institucionales que SEARLE denomina ‘no-lingüísticos’ o ‘extralingüísticos’ requieren, además, convenciones extralingüísticas, ciertas acciones adicionales, y que los agentes se encuentren en una especial posición o condición (SEARLE, 2010: 113).

para la creación de status es lo que permite –según SEARLE– pasar de simples estados intencionales prelingüísticos (como los deseos o las creencias) a la modificación de la realidad institucional²⁶³.

De este modo, los enunciados que expresan ese tipo de actos de habla ‘declarativos’ pueden originar razones para la acción independientes de nuestros deseos si las ‘funciones de status’ que pretenden crear son reconocidas por otros miembros de una comunidad²⁶⁴. Además, si el reconocimiento es generalizado, ocurre que el acto de habla de que se trate se convierte –en palabras de SEARLE– en una especie de acto de habla ‘permanente’, fijado a un objeto o fenómeno²⁶⁵. En suma, de acuerdo con el autor en mención, toda la realidad institucional es creada a partir de ‘declaraciones’ y es mantenida en su existencia continuada por representaciones –pensamientos y actos de habla– que funcionan como ‘declaraciones’²⁶⁶.

Pues bien, me parece que este tercer elemento de la teoría de SEARLE sobre los hechos institucionales, asimismo, se puede extender sin problemas al contexto de la manifestación de los ‘hechos normativos originarios’ que conforman el poder constituyente. Independientemente de la forma de manifestación de tales hechos, lo cierto es que la imposición o asignación de un nuevo status, implicada en la aceptación de las normas ‘originarias’ –en sus dos sentidos relevantes– sólo puede realizarse a través de actos de habla performativos que adoptan la estructura de lo que SEARLE denomina ‘declaraciones de función de status’. Estos actos ‘cambian’ el mundo preexistente declarando un nuevo estado de cosas –la adopción de nuevo orden jurídico– pero su constitución y mantenimiento como hecho institucional depende de un conjunto de actitudes y prácticas de reconocimiento colectivo y aceptación que, de igual forma, pueden ser representadas con la misma estructura lingüística de las ‘declaraciones’.

²⁶³ SEARLE, 2010: 95.

²⁶⁴ SEARLE, 2010: 86.

²⁶⁵ SEARLE, 2010: 86. De este modo se observa, según SEARLE, que el lenguaje no sólo sirve para representar la realidad, sino también para crear una nueva realidad (representándola como ya existente). Un buen ejemplo de esto, según el citado autor, son las reglas de los juegos y ciertas reglas de las constituciones de los Estados, que funcionan como ‘declaraciones’ estables (SEARLE, 2010: 13).

²⁶⁶ SEARLE, 2010: 110, 122.

3.2.4. Recapitulación

A lo largo de toda esta sección 3.2. he tratado de encajar la teoría de los hechos institucionales de John SEARLE al ámbito de la creación originaria del derecho. El objetivo no ha sido otro que tratar de aprovechar las simetrías –en mi opinión, evidentes– entre las prácticas de aceptación y seguimiento generalizado de normas que componen el ingrediente de la efectividad en el concepto de ‘poder constituyente’, y las nociones de intencionalidad colectiva, asignación de función y representación lingüística declarativa que, en su conjunto, articulan la mencionada teoría; ello, con el objetivo de proveer una forma de comprensión más refinada respecto a la cuestión de por qué las normas ‘originarias’, bajo ciertas condiciones, constituyen genuino *derecho*.

La explicación, como se ha visto en las páginas anteriores, se centra en la existencia jurídica de las normas ‘originarias’ como un hecho institucional, creado a partir de ciertas creencias y compromisos, y mantenido en virtud del reconocimiento colectivo o aceptación entre la generalidad de los individuos de una determinada comunidad. En el fondo, como sucede con todos los hechos institucionales, está la capacidad de los seres humanos para representar estados de cosas que creen que existen, que desean que existan y que pretenden traer a la existencia mediante procedimientos convencionales (esto es, marcados por convenciones sociales: intenciones y expectativas colectivas)²⁶⁷.

La existencia de ese hecho institucional, en conclusión, es lo que determina metafísicamente al derecho: son ciertos comportamientos y actitudes de los seres humanos en una determinada sociedad lo que da lugar a los sistemas jurídicos²⁶⁸. Ese hecho es, además, el elemento clave para la comprensión del poder constituyente como ‘poder’ creador de un nuevo estado de cosas institucional, puesto que permite explicar el salto de lo fáctico a lo normativo como un fenómeno que se genera a partir de un esquema de asignación de funciones y nuevos status con sus respectivos correlatos deónticos (y razones para la acción implicadas). Este resguardo dentro de la racionalidad humana es lo que caracteriza a la realidad institucional; para decirlo en palabras de SEARLE, es lo que le confiere su «poder constitutivo»²⁶⁹.

²⁶⁷ SEARLE, 2010: 87.

²⁶⁸ *Vid.* VILAJOSANA, 2007: 30 y ss., para un desarrollo al respecto.

²⁶⁹ SEARLE, 2010: 128.

De todos modos, la adaptación de la teoría de los hechos institucionales a esta parte de la tesis debe verse propiamente como un intento bastante modesto para refinar el concepto de ‘poder constituyente’. Ello es así por dos razones complementarias. La primera razón es que el refinamiento únicamente se muestra en comparación con los modelos explicativos más simples acerca de la existencia del derecho: aquellos donde las normas jurídicas ‘originarias’ son asumidas simplemente como el resultado de determinados actos de un poder ‘soberano’, respecto de los cuales se ha generado un hábito de obediencia²⁷⁰. Por otro lado, la segunda razón es que este intento de refinamiento sólo ha tomado como base una pequeña parte de la obra de SEARLE, sin tener en cuenta otros importantes desarrollos de la ontología social que se pueden advertir en este sentido²⁷¹. Mi excusa, quizás, es demasiado simple: creo que la superficial exploración que he realizado en las páginas precedentes me evita ser absorbido por el vórtice de un tema que requeriría de otra tesis para dar abasto –al menos decentemente– con toda su complejidad; pero, sobre todo, me es suficiente para cumplir con el objetivo explicitado al inicio de esta sección. De este modo, creo se ha podido mostrar –y sin recurrir a la idea de una ‘norma última’– por qué ciertos actos de prescribir que no son ejecutados por ninguna autoridad jurídica (al momento de su formulación) resultan, en último término, originarios de un nuevo derecho: por un conjunto de hechos sociales e institucionales cuya manifestación efectiva se denomina ‘poder constituyente’²⁷².

²⁷⁰ Vid. VILAJOSANA, 2007: 31-33 y VILAJOSANA, 2010: 75-82, para un análisis crítico de tal modelo.

²⁷¹ No se han tenido en cuenta aquí varios trabajos relevantes de filósofos como David Lewis, Edna Ullmann-Margalit, Eerik Lagerspetz, Margaret Gilbert o Michael Bratman; ni tampoco los trabajos de filósofos del derecho como Gerald Postema, Andrei Marmor, Jules Coleman y, en lengua castellana, Juan Carlos Bayón o Maribel Narváez, entre muchos otros, que han incorporado las discusiones de la ontología social para el análisis de los fenómenos jurídicos. En todo caso, para una consulta panorámica de dichos trabajos y discusiones, acompañada de algunos planteamientos originales y sugerentes, remito a VILAJOSANA, 2007 y VILAJOSANA, 2010. Véase, también, RAPETTI, 2020, donde se reconstruye críticamente el debate sobre el rol de los hechos sociales como fundamento ontológico de la práctica jurídica y se sugieren algunas vías para continuar y profundizar tal discusión. Finalmente, en relación específica con el concepto de ‘poder constituyente’, vid. LINDAHL, 2015 y BERNAL PULIDO, 2018.

²⁷² Con todo, debe admitirse que el rasgo convencional de los procedimientos por los que se crean y mantienen hechos sociales puede ser expresado al modo de *normas* convencionales que funcionarían como ‘normas últimas’. Con diferentes aproximaciones, esta es la idea de base en algunos trabajos recientes en la teoría del derecho: *v.gr.*, REDONDO, 2016: 36-39, 47 (donde se refiere a la necesaria existencia de normas sociales o consuetudinarias como normas ‘últimas’); VILAJOSANA, 2016 (donde se refiere a la ‘normatividad’ de la regla de reconocimiento); y RODRÍGUEZ, 2016 (donde se refiere a la regla de reconocimiento como una ‘convención constitutiva’). Esta tesis comparte muchos de los presupuestos de tales trabajos, pero no la identificación del fundamento último de los órdenes jurídicos en *normas* sino en un *poder normativo* (el poder constituyente, visto desde el punto de vista de sus consecuencias). Aunque, como decía BOBBIO, quizás se trate de una cuestión de perspectiva (BOBBIO, 1964: 71-72).

4. SURGIMIENTO DE UN NUEVO ORDEN JURÍDICO

La última de las propiedades que componen el concepto de ‘poder constituyente’ analizado en esta tesis consiste en el surgimiento de un nuevo orden jurídico, lo que es una consecuencia lógica (o conceptual) de la noción de efectividad antes desarrollada. Se parte de la premisa de que, si las normas originarias llegan a tener ‘existencia jurídica’ en virtud de su efectividad, entonces –dado el concepto de ‘normas originarias’ que se ha asumido en esta tesis– aquellas no podrían pertenecer a ninguno de los sistemas normativos del orden jurídico preexistente; el hecho de carecer de un fundamento dinámico de validez en normas jurídicas anteriores, impide que las normas originarias satisfagan los criterios de pertenencia de los sistemas jurídicos, esto es, los criterios de ‘legalidad’ y ‘deducibilidad’ que son predicables únicamente de las normas ‘dependientes’²⁷³.

Por tanto, dado este entramado conceptual, las normas originarias que llegan a existir jurídicamente –por causa del ‘poder constituyente’– sólo pueden pertenecer a sistemas jurídicos ‘originarios’ (más precisamente, a su ‘base’)²⁷⁴. Y los sistemas jurídicos ‘originarios’, al dar lugar a una nueva secuencia de sistemas normativos, generan por definición un nuevo *orden jurídico*²⁷⁵. En este sentido, Pablo NAVARRO cita como ejemplo el caso de un golpe de estado acorde al cual «las relaciones de legalidad se interrumpen, los usurpadores formulan normas incompatibles con el ordenamiento previamente existente y, si el golpe es exitoso, se produce un cambio de ordenamiento jurídico»²⁷⁶. Ello quiere decir, en palabras de NAVARRO, que la efectividad de las normas ‘revolucionarias’ determina como consecuencia «el inicio de un nuevo orden normativo», al transformarse en las normas ‘independientes’ (u ‘originarias’) «de la base del primer sistema de una nueva secuencia»²⁷⁷.

²⁷³ CARACCILO, 1988: 57 y ss.; ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1979: 66.

²⁷⁴ CARACCILO, 1988: 68, 70; BULYGIN, 1991a: 262-263; MORESO y NAVARRO, 1993: 82.

²⁷⁵ Se asume aquí que un ‘orden jurídico’ es una secuencia de sistemas normativos, es decir, una secuencia de conjuntos de normas relacionados por los mismos criterios de identificación (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1976: 397).

²⁷⁶ NAVARRO, 2017: 37-38.

²⁷⁷ NAVARRO, 2017: 43.

Ahora bien, en una parte de este capítulo (sección 2.2.) se mencionó que en esta tesis se presupone un criterio de identidad de los órdenes jurídicos que considera relevante tanto la forma como el contenido de los cambios normativos; por ello es que las normas ‘originarias’ han sido caracterizadas no sólo por su producción ‘ilegal’ (desde el punto de vista del ordenamiento jurídico preexistente), sino también por poseer un contenido peculiar que colisiona con la ‘identidad’ del orden jurídico. Esto me lleva a decir algo sobre los criterios de identidad de un orden jurídico, es decir, los criterios que se utilizan para identificar a los conjuntos normativos que le pertenecen²⁷⁸.

En términos muy generales, la identidad de un orden jurídico puede establecerse sobre la base de criterios formales o de criterios materiales²⁷⁹. El criterio formal por excelencia es el ‘criterio de legalidad’²⁸⁰. Según este criterio, la conformidad legal del cambio (de un sistema a otro) opera como condición necesaria y suficiente de identidad y es lo que permite dar cuenta de cuáles son los conjuntos normativos que pertenecen a un orden jurídico²⁸¹. Ricardo CARACCILO formula este criterio del siguiente modo:

[U]n sistema normativo S , pertenece al orden jurídico Oj si, y solo si: *a*) las normas inéditas de S_t , con respecto al contenido del sistema anterior S_{t-1} que pertenece a Oj , han sido emitidas mediante actos autorizados por normas que pertenecen a S_{t-1} ; *b*) las normas de S_{t-1} que no pertenecen a S_t han sido derogadas por actos autorizados por normas de S_{t-1} . La aplicación de ambos requisitos asegura, entonces, la legalidad del cambio temporal de sistemas pertenecientes al orden jurídico²⁸².

Con este mismo criterio, la pertenencia de S_{t-1} se mide en relación con un anterior sistema S_{t-2} y así sucesivamente, hasta llegar al sistema ‘originario’ cuya pertenencia al orden «no puede establecerse mediante el mismo criterio de legalidad»²⁸³.

²⁷⁸ Como explican ALCHOURRÓN y BULYGIN, si por ‘orden jurídico’ se entiende a una secuencia de conjuntos, «La unidad de esta secuencia y con ello la identidad del orden jurídico estaría dada por la identidad de los criterios usados para la identificación de los conjuntos normativos pertenecientes a la secuencia [...] sólo si se modifican los criterios de identificación, es decir, son reemplazados por otros (como ocurre, por ejemplo, en el caso de una revolución o una declaración de independencia) pierde el orden jurídico su identidad y es sustituido por otro orden nuevo» (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1976: 397).

²⁷⁹ CARACCILO, 1988: 71.

²⁸⁰ Otros criterios formales, como los que se refieren exclusivamente a los actos de creación (y no a los actos de aplicación) o los que únicamente toman en cuenta consideraciones jurídicas (y no sociológicas o políticas), son expuestos en VILAJOSANA, 1996: 47.

²⁸¹ CARACCILO, 1988: 71.

²⁸² CARACCILO, 1988: 68.

²⁸³ CARACCILO, 1988: 68.

Pues bien, si se asume un criterio puramente formal de identidad de los órdenes jurídicos, tal como el ‘criterio de legalidad’, ocurre que el contenido de los cambios normativos es irrelevante para determinar la existencia de un nuevo orden²⁸⁴. Si se conecta lo anterior con el análisis del concepto de ‘poder constituyente’, bastaría entonces que los sujetos constituyentes contraríen la forma legal de producción normativa, prevista en el sistema jurídico preexistente, para que las normas producidas cuenten como normas ‘originarias’, esto es, normas aptas para generar un nuevo orden jurídico (en la medida en que pueda existir efectividad, y sin que importe su contenido).

No obstante, el uso del ‘criterio de legalidad’ (como condición necesaria y suficiente de identidad de los órdenes jurídicos) podría conducir a algunos resultados contraintuitivos. Por ejemplo, como señala Josep M. VILAJOSANA, la modificación de todas las normas de un sistema jurídico, si es efectuada de forma legal, no contaría como un cambio de orden jurídico; pero un cambio ilegal en cualquier materia «sin importancia» sí que bastaría para dar lugar a esa consecuencia²⁸⁵. Las perplejidades que pueden causar estos casos han llevado a varios autores a expresar que la ‘continuidad constitucional’ de las leyes es sólo un factor, y no el más importante, para determinar si dos o más sistemas pertenecen al mismo orden jurídico²⁸⁶. Sobre esta base, además, se ha cuestionado la suficiencia e incluso hasta la necesidad del ‘criterio de legalidad’: según algunos autores, se trata de una condición necesaria pero no suficiente para determinar el cambio de orden jurídico²⁸⁷; según otros autores, no es una condición necesaria ni tampoco suficiente para tales efectos. En este último grupo se destacan Joseph RAZ²⁸⁸, John FINNIS²⁸⁹ y, en nuestro entorno, el mismo Josep M. VILAJOSANA²⁹⁰.

²⁸⁴ CARACCILO, 1988: 68; BULYGIN, 1991a: 262-263.

²⁸⁵ *Vid.* VILAJOSANA, 1996: 50. Ricardo CARACCILO, por su parte, señala que es dudoso que un criterio formal pueda reproducir las no siempre consistentes prácticas de identificación (*vid.*, en el mismo sentido, ZULETA, 2015: 226). Al efecto, el mismo autor se pregunta si es posible asegurar que un orden jurídico permanezca idéntico si, mediante un cambio constitucional, se reemplaza el régimen de propiedad privada por un régimen de propiedad colectiva: «si la respuesta es negativa, entonces se incluyen también criterios que pueden denominarse *materiales*» (CARACCILO, 1988: 71. *Cursivas en el texto original*).

²⁸⁶ RAZ, 1970: 188.

²⁸⁷ CARACCILO, 1988: 71-73.

²⁸⁸ «[N]either the ‘constitutional continuity’ of the new laws nor their content are necessary or sufficient conditions for establishing the continuity or lack of continuity of legal systems» (RAZ, 1970: 187).

Descartado el criterio de legalidad, VILAJOSANA ofrece un criterio *puramente* material de identidad de los órdenes jurídicos, centrado únicamente en la importancia del contenido de las normas que son modificadas²⁹¹. Acorde a este criterio, «[e]l orden jurídico se mantiene si y sólo si se mantiene el régimen político. O, dicho de otro modo, el orden jurídico cambia si y sólo si cambia el régimen político»²⁹². Por su parte, un régimen político mantiene su identidad, de acuerdo con el mismo autor, hasta que no haya sufrido modificaciones ‘fundamentales’, es decir, aquellas cuya presencia «obliga a inscribir al régimen en cuestión en otro tipo dentro de una clasificación dada»²⁹³.

Como se puede advertir, se trata de un criterio puramente material de identidad porque, según la formulación del referido autor, el cambio de régimen político opera como condición necesaria y suficiente para el cambio de orden jurídico²⁹⁴. Esto implica reducir el concepto de ‘identidad del orden jurídico’ al de ‘identidad del régimen político’²⁹⁵, lo que a criterio de VILAJOSANA resulta justificado porque los juristas usualmente asocian ambos fenómenos²⁹⁶. Sin embargo, este criterio tampoco parece convincente porque, al igual que los criterios puramente formales de identidad de los órdenes jurídicos, también podría conducir a resultados contraintuitivos. Veamos.

Por una parte, existen casos en los cuales no parece aceptable decir que el cambio de orden jurídico presupone *necesariamente* un cambio de régimen político. Por ejemplo, existen casos en los que, a través de un proceso constituyente no previsto ni regulado por la constitución anterior (que es reemplazada), se instaura una nueva constitución que mantiene exactamente el mismo régimen político. Este es el caso de Colombia,

²⁸⁹ «A revolution is neither a necessary nor a sufficient condition for anything that should be described as a change in the identity of the state or the legal system» (FINNIS, 1971: 434).

²⁹⁰ VILAJOSANA, 1995: 338; VILAJOSANA, 1996: 52-53; VILAJOSANA, 1997: 58-61.

²⁹¹ VILAJOSANA, 1996: 61.

²⁹² VILAJOSANA, 1997: 137-138.

²⁹³ VILAJOSANA, 1997: 201. Esto exige, según el autor citado, que ante todo haya que partir «de una tipología precisa de regímenes, en la que se establezcan las propiedades características de cada régimen. A partir de ahí, hay que constatar si el cambio en cuestión ha supuesto una variación en alguna de estas características hasta el punto de que se ha pasado de una propiedad definitoria de un régimen a otra definitoria de otro régimen» (VILAJOSANA, 1997: 202).

²⁹⁴ Si el cambio de régimen político es condición necesaria y suficiente para el cambio de orden jurídico ($p \leftrightarrow q$), ello equivale a decir, lógicamente, que: i) todo cambio de orden jurídico presupone un cambio de régimen político ($q \rightarrow p$); y, ii) basta que haya un cambio de régimen político para que haya un cambio de orden jurídico ($p \rightarrow q$).

²⁹⁵ VILAJOSANA, 1997: 201.

²⁹⁶ VILAJOSANA, 1996: 52.

donde en 1991 se dio un proceso constituyente que instauró una nueva constitución (producida sin la habilitación de normas jurídicas preexistentes) que, sin embargo, mantuvo el mismo régimen republicano y presidencialista que ya se encontraba en vigor. En estas circunstancias, no puede decirse que se ha generado un nuevo régimen político (que, como es evidente, se mantiene de forma expresa) pero sí un nuevo orden jurídico; de hecho, en Colombia está ampliamente aceptado que la Constitución Política de 1991 marcó el inicio de un nuevo orden jurídico, lo que ha sido reconocido incluso por la Corte Constitucional colombiana en varias sentencias²⁹⁷.

Sería casi una extravagancia, pues, decir que el actual orden jurídico colombiano no cambió después del proceso constituyente de 1991 (y que, en consecuencia, sigue siendo el mismo orden jurídico al que correspondía el sistema establecido por la anterior constitución de 1886). Salvo que se asuma el criterio puramente material de identidad que propone VILAJOSANA: bajo esta perspectiva no se habría generado ni un nuevo régimen político, ni un nuevo orden jurídico. Como se puede ver, esta conclusión puede ser igual de contraintuitiva, y más aún si se tiene en cuenta «la actitud de la población y de los tribunales», que para el mismo VILAJOSANA son «de la mayor importancia para decidir la identidad y unidad de un orden jurídico»²⁹⁸.

Por otra parte, también existen casos en los que no parece plausible decir que el cambio de un régimen político es condición *suficiente* para provocar un cambio de orden jurídico. Piénsese, por ejemplo, en una reforma constitucional que válidamente sustituya un régimen de monarquía parlamentaria, con funciones meramente protocolarias o simbólicas asignadas a un monarca (como ocurre, por ejemplo, en Suecia o en Noruega), por un régimen republicano y parlamentario. En este contexto existiría un cambio de régimen político, pero sería por lo menos dudoso concluir que ello implica la desaparición del orden jurídico y el surgimiento de uno nuevo²⁹⁹. Esta extraña conclusión, además, sería inaceptable desde cualquier criterio que considere la legalidad de los cambios normativos al menos como condición necesaria para la

²⁹⁷ *Vid.*, por todas, la sentencia C-559/92 del 20 de octubre de 1992.

²⁹⁸ VILAJOSANA, 1997: 61.

²⁹⁹ Claro está que, desde una perspectiva material, podría refutarse la existencia de un genuino cambio del régimen político; se podría argumentar, por ejemplo, que la ‘monarquía’ parlamentaria en dicho ejemplo era simplemente aparente y que (de hecho) lo que existía era un régimen sustantivamente republicano (atendiendo a la estructura y división de poderes ya existente).

identidad de los órdenes jurídicos. La absoluta exclusión de las formas legales como criterio relevante puede explicar parte de tal extrañeza.

En fin, aunque se debe reconocer que existen cuestiones abiertas que podrían problematizar la adopción de cualquier criterio de identidad de los órdenes jurídicos³⁰⁰, me parece que los dos extremos –un criterio puramente formal o un criterio puramente material– acarrear mayores dificultades. Por ello creo que es razonable adoptar un criterio de identidad *mixto*, lo que supone ubicarse en un punto intermedio entre los dos criterios ‘puros’ de identidad de los órdenes jurídicos. De este modo, se consideraría relevante tanto la *forma* legal de producción de los cambios normativos como el *contenido* relevante de las normas producidas; pero, por otra parte, ni esa forma ni ese contenido son considerados como condiciones suficientes, sino simplemente como condiciones individualmente necesarias para acarrear la consecuencia de generar un sistema ‘originario’ de un nuevo orden jurídico.

En suma, bajo este criterio mixto de identidad de los órdenes jurídicos, el cambio de un orden jurídico sólo puede considerarse si se da la conjunción de las dos mencionadas condiciones, esto es:

a) Un cambio normativo ‘ilegal’, producido por la inobservancia de las normas sobre la producción jurídica, tanto en sentido amplio como en sentido estricto³⁰¹;

y

b) Con un contenido normativo especialmente importante, que implique una afectación de la ‘identidad’ del orden jurídico preexistente³⁰².

Dicho otro modo, no pueden considerarse como casos de manifestación del poder constituyente –ni, por ende, como instancias de cambio de un orden jurídico– ni un cambio normativo ‘ilegal’ con contenido insignificante, ni una afectación trascendente desde el punto de vista material pero llevada a cabo mediante reformas estrictamente legales. Asumir este criterio mixto de identidad de los órdenes jurídicos, en mi opinión,

³⁰⁰ RAZ, por ejemplo, sostiene que los criterios de identidad de los sistemas jurídicos están determinados por consideraciones que exceden lo ‘jurídico’ y que remiten a otras ciencias sociales (RAZ, 1970: 189).

³⁰¹ Según se especificó en la sección 2.1. de este capítulo.

³⁰² Tal como se concluyó en la sección 2.2.6. de este capítulo.

reporta una mayor capacidad explicativa y, por ende, una ventaja frente a los criterios previamente analizados. Esto se podrá ver con mayor detalle en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO III

LOS DESAFÍOS DEL ‘PODER CONSTITUYENTE LEGAL’

0. INTRODUCCIÓN

En los dos capítulos precedentes se ha analizado el concepto de ‘poder constituyente’ según su tradicional forma de comprensión dentro de la cultura jurídica. El análisis realizado hasta aquí ha pretendido tanto la reconstrucción como la depuración conceptual, aunque siempre tomando como objeto de estudio la versión ‘clásica’ de dicha noción; por ello mismo, y al menos desde el punto de vista de su origen, el poder constituyente es caracterizado en esta tesis como un poder *de facto* –o, más precisamente, como un conjunto de hechos sociales que por su manifestación efectiva determina ciertos resultados normativos–, y que se destaca, además, no sólo por no estar autorizado o habilitado jurídicamente sino también por carecer de limitaciones jurídicas.

Sin embargo, podría criticarse que todo este análisis se encuentra excesivamente concentrado en un contexto ‘revolucionario’, y que el concepto de ‘poder constituyente’ que se ha tratado de refinar –hasta ahora– podría formar parte de una «teoría jurídica de los golpes de Estado, de la revolución y de sus efectos», lo que Raymond CARRÉ DE

MALBERG famosamente impugnó en su día como posible objeto de la ciencia jurídica¹. La respuesta a esta posible objeción creo que se puede intuir a partir de algunos elementos que han quedado consignados en los dos capítulos anteriores: dado que no existen formas predeterminadas de manifestación de los hechos que conforman la referencia del ‘poder constituyente’, su identificación sí que puede hallarse más visiblemente en algunos procesos revolucionarios (no en todos), pero nada impide que ello también se pueda advertir en otro tipo de contextos; por ejemplo, a propósito del ejercicio de una competencia constitucionalmente prevista que termine siendo irregularmente actuada². Como se vio en el capítulo II, lo verdaderamente relevante en este sentido es la existencia de un cambio normativo ‘ilegal’ que altere la identidad del orden jurídico preexistente.

De todos modos, esta respuesta también podría ser objeto de críticas tendientes a rechazar que el concepto de ‘poder constituyente’ se restrinja a captar cierto tipo de cambios ‘ilegales’. Así, se podría señalar que en algunos ordenamientos jurídicos se han previsto procesos disciplinados de reemplazo constitucional cuyo diseño no supone ni exige una ruptura de la legalidad y que, según algunas concepciones y prácticas constitucionales, forman parte de los denominados ‘procesos constituyentes’. Además, se podría señalar que, en la teoría constitucional contemporánea, existen algunas corrientes de pensamiento que modulan el concepto de ‘poder constituyente’ para ajustarlo a varias posibilidades ‘legales’ de su manifestación. Estos dos frentes implican, en alguna medida, ciertos desafíos para el modelo explicativo ofrecido en esta tesis.

Pues bien, el presente capítulo está dedicado a enfrentar estos posibles desafíos. Para ello, he dividido este capítulo en tres partes.

En la primera parte, efectuaré una revisión de las características de aquellos procesos (comúnmente clasificados como ‘procesos constituyentes’) que tienen como objetivo la elaboración, aprobación e implementación de una nueva constitución sobre la base de las previsiones ya existentes en el propio sistema normativo de que se trate.

¹ CARRÉ DE MALBERG, 1920-1922: 1173.

² PACE, 1997: 120. Por esta razón es que, en el capítulo I, se prefirió vincular el concepto de ‘poder constituyente’ a la noción de ‘hechos normativos originarios’ y no al concepto de ‘revolución’.

Luego de ello, examinaré los tres principales argumentos que se han aducido en la teoría y en la práctica constitucional para asumir que el ejercicio de dicha competencia de reemplazo de la constitución es una forma de ‘poder constituyente’; y mostraré, en cada caso, que tales razones no sólo no son plausibles, sino que están basadas en diversas confusiones.

En la segunda parte, por su lado, me concentraré en analizar tres concepciones que se pueden encontrar en la teoría constitucional, que se caracterizan por guardar un espacio para la posibilidad de una manifestación jurídicamente regulada y limitada del ‘poder constituyente’. La primera de ellas lo intenta simplemente quitando la forma de manifestación *extra ordinem* como propiedad relevante; la segunda concepción, en cambio, recurre a la idea de un ‘nuevo paradigma’ (*post-soberano*) en la creación constitucional, caracterizado por el sometimiento a la legalidad; y la tercera de ellas sostiene que el poder constituyente es libre para elegir las formas que desee (incluyendo las formas legales). Como espero mostrar después de la respectiva revisión, estas tres concepciones aparejan una serie de inconvenientes que vuelven cuestionable su utilidad.

En la tercera parte, finalmente, me dedicaré a analizar dos escenarios de cambios normativos que han sido señalados, en algunos trabajos de teoría del derecho, como ejemplos del surgimiento de nuevos órdenes jurídicos sin ruptura de la legalidad: el caso de las secesiones ‘acordadas’ y el caso de las transiciones jurídicamente disciplinadas entre diversos regímenes políticos. Aunque los autores de dichos trabajos no se refieren específicamente al concepto de ‘poder constituyente’, la presentación de esos escenarios prácticos es lo suficientemente interesante como para poner a prueba el esquema conceptual que he presentado en esta tesis. Sobre la base de todo lo anterior, cerraré el capítulo con las respectivas conclusiones.

1. ‘PROCESOS CONSTITUYENTES’ CONSTITUCIONALMENTE PREVISTOS

Banalmente, puede entenderse que un ‘proceso constituyente’ es «un conjunto de actos que conducen a la aprobación de una nueva Constitución»³. Pero no todos los

³ PISARELLO, 2014: 11.

procesos constituyentes tienen las mismas características; específicamente, no todos presentan las mismas condiciones regulativas para el ejercicio del poder de instaurar una nueva constitución. Tener en cuenta estas diferencias ha motivado a algunos autores a proponer clasificaciones respecto de los tipos de procesos constituyentes. Una de estas clasificaciones –a la que resulta conveniente recurrir, por utilidad y simplicidad– es la que separa a los procesos constituyentes en tres clases: extra-constitucionales e ilegales; extra-constitucionales pero legales (a través de instrumentos del propio sistema jurídico vigente); y (simplemente) constitucionales⁴. En esta primera parte me referiré únicamente a los procesos ‘constituyentes’ constitucionales, bajo el entendido –por demás, evidente– de que sólo esta clase de procesos podría plantear alguna dificultad para caracterizar al poder constituyente como un poder *de facto* (desde el punto de vista de su manifestación).

El tipo de proceso constituyente al que me refiero es el que se encuentra constitucionalmente previsto para encaminar reguladamente la ‘sucesión’ entre constituciones: entre la constitución en vigor que regula el proceso constituyente y la (futura) nueva constitución que se produzca como el resultado institucional consiguiente a la realización de tal proceso. Se trata de un tipo de proceso constituyente cuya previsión está contemplada únicamente en un discreto grupo de constituciones alrededor del mundo, y cuyo aparente propósito es prefijar una respuesta jurídica para aquellas crisis institucionales que demandan un eventual reemplazo de la constitución⁵.

Las previsiones constitucionales de este tipo descansan en la idea de que no es necesario proceder por la vía ‘revolucionaria’ para producir una nueva constitución: «basta con hacer intervenir a aquellos órganos que la Constitución misma, la Constitución que ha de revisarse o reemplazarse, dispuso por anticipado»⁶. Se parte

⁴ NEGRETTO, 2018: 43. Aunque el citado autor se refiere a una clasificación de las ‘convenciones constituyentes’ (y no de los ‘procesos constituyentes’), en su mismo trabajo se aclara que el uso de aquella expresión sólo tiene como referencia «la naturaleza de la tarea» constituyente (NEGRETTO, 2018: 32 [2]).

⁵ Las circunstancias que propician las crisis constitucionales y las pretensiones de reemplazo constitucional son muy variadas (*vid.* NEGRETTO, 2012: 749-750 y NEGRETTO, 2015: 201, para una exposición al respecto). Sin embargo, como señala también NEGRETTO, la mayor parte de las constituciones de los estados nacionales raramente se refieren a estas circunstancias, y por lo general excluyen la posibilidad de su propio reemplazo total (NEGRETTO, 2015: 201).

⁶ CARRÉ DE MALBERG, 1920-1922: 1174. Con una formulación distinta, Ernst FORSTHOFF se refería al mismo fenómeno bajo la idea de «legalidad de la revolución» o, lo que es lo mismo, de una «revolución legal»: una revolución llevada a cabo «en formas legales» (FORSTHOFF, 1938: 51-53).

de la consideración de que, en sistemas democráticos y consolidados que se fundamentan en el principio de limitación de los poderes, resultaría contradictorio admitir un poder constituyente «que todo lo puede»; en estos sistemas, «lo lógico sería reconducir el cambio constitucional a la continuidad institucional del estado de derecho, sin rupturas»⁷. Esta idea la formuló CARRÉ DE MALBERG hace ya casi un siglo, en los siguientes términos:

[D]esde el momento en que se hace abstracción de la revolución y de los golpes de Estado, que son procedimientos constituyentes de orden extrajurídico, hay que reconocer que el principio de derecho que se impone en una nación organizada es que la creación de la nueva Constitución sólo puede ser regida por la Constitución antigua, la cual, en espera de su derogación, permanece aún vigente; de tal modo que la Constitución nueva nace en cierto modo de la antigua y la sucede, encadenándose con ella⁸.

Este tipo de proceso ‘constituyente’ constitucional –o constitucionalmente previsto– se puede advertir claramente en dos tipos de casos: los relativos a la ‘reforma total’ de la constitución⁹ y aquellos en los que la misma constitución atribuye la competencia para producir su reemplazo a una Convención o ‘Asamblea Constituyente’¹⁰. Aunque ambos mecanismos pueden diferir en torno a cuestiones de diseño institucional (tipos de órganos competentes, procedimientos, requerimientos de legitimidad política para su instalación, etc.), lo cierto es que, en ambos casos, se instituye un proceso constituyente orientado al reemplazo pacífico y ordenado de una constitución por otra. Ello supone que, dentro un marco de estabilidad y bajo los límites preestablecidos por el ordenamiento jurídico, la constitución existente es derogada como consecuencia de la promulgación de una nueva constitución que entra en vigor¹¹.

Ahora bien, como se dejó apuntado en la introducción de este capítulo, este tipo de proceso ‘constituyente’ constitucional también se suele asociar a la actividad de un

⁷ CRIADO DE DIEGO, 2014: 123.

⁸ CARRÉ DE MALBERG, 1920-1922: 1173.

⁹ Lo que se encuentra actualmente previsto, por ejemplo, en la Constitución Española (art. 168), en la Constitución Federal de Suiza (art. 192.1), y en la Constitución Política del Perú (art. 32.1).

¹⁰ Lo que se evidencia, por ejemplo, en la Constitución de Colombia (art. 374); en la Constitución de Venezuela (arts. 347 y 348); en la Constitución de Ecuador (art. 444); y en la Constitución de Bolivia (art. 411).

¹¹ BERNAL PULIDO, 2018: 68-69.

‘poder constituyente’. Explicativamente, esta vinculación necesaria es la conclusión que se extrae a partir de tres argumentos diversos que pueden encontrarse al respecto¹²:

- i) El argumento que identifica al poder constituyente por el simple uso del término ‘constituyente’ en la denominación del procedimiento o del órgano competente para efectuar el reemplazo constitucional;
- ii) El argumento que clasifica al poder de reforma constitucional como un tipo de ‘poder constituyente’; y,
- iii) El argumento que señala la equivalencia entre la reforma total de la constitución sin límites materiales expresos y el ‘poder constituyente’

A continuación, realizaré la correspondiente exposición y crítica de cada uno de estos tres argumentos. El objetivo será discernir si las razones aducidas son suficientes para admitir la plausibilidad de esta pretendida vinculación necesaria.

1.1. La vinculación por el simple uso del término ‘constituyente’

El primer argumento es muy sencillo y se puede expresar del siguiente modo: si en la constitución está prevista la existencia de un órgano o de un procedimiento al que se califica de ‘constituyente’ (como cuando se prevé la posibilidad de una ‘Convención Constituyente’, una ‘Asamblea Constituyente’, u otras denominaciones similares), entonces será porque la propia constitución está autorizando el ejercicio del ‘poder constituyente’. De otro modo –y siguiendo esta línea de razonamiento– ¿qué otra razón habría para utilizar el adjetivo ‘constituyente’, que no sea el propio reconocimiento del poder *constituyente* en cabeza del respectivo órgano?

Pues bien, el problema de este primer argumento es que no permite concluir absolutamente nada; el mero uso de una palabra dentro de un cierto texto constitucional (el uso del término ‘constituyente’, en este caso), no es un elemento suficiente para identificar una competencia o poder normativo, ni para comprender la propiedad

¹² Y nada impide que estos argumentos puedan ser utilizados de forma conjunta.

institucional en que aquella consiste¹³. Esto sólo puede verificarse mediante el análisis de la estructura y del contenido de las normas que atribuyen tal competencia¹⁴ (y, claro está, de la pertenencia de tales normas de competencia a un determinado sistema jurídico)¹⁵. Por lo demás, atender solamente al adjetivo con el que nominalmente se caracteriza a una competencia puede provocar más de una confusión. Veamos un ejemplo.

El caso se desprende de la vigente constitución de Venezuela de 1999 que, en el art. 347, prevé la posibilidad de convocar a una ‘Asamblea Nacional Constituyente’. Lo llamativo de esta disposición constitucional es que, a pesar de que está inserta dentro del Título IX de dicha constitución (bajo la sección ‘De la Reforma Constitucional’), está formulada de tal manera en que se puede entender –de modo literal– que el poder atribuido a tal Asamblea es el ‘poder constituyente originario’. El texto es el siguiente:

Artículo 347. El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar a una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución.

Pues bien, a pesar de la claridad lingüística con la que está redactada la referida disposición constitucional, me parece que existen buenas razones para sostener que la expresión ‘poder constituyente originario’ no representa de forma adecuada el tipo de poder normativo constitucionalmente atribuido, ni tampoco sus alcances. Y es que dicha expresión, al conectarse con la tradicional concepción del poder constituyente, refiere a

¹³ Según Jordi FERRER BELTRÁN, la competencia es una *propiedad disposicional institucional*, esto es, una propiedad que depende en última instancia de la existencia de determinadas reglas: las normas de competencia (FERRER BELTRÁN, 2000: 135). Así, la propiedad disposicional institucional de *ser competente* se adquiere por un sujeto a partir de la entrada en vigor de la respectiva norma de competencia (FERRER BELTRÁN, 2000: 147-148).

¹⁴ Las normas de competencia, según FERRER BELTRÁN, son exclusivamente aquellas reglas «que atribuyen a un determinado sujeto *s* la propiedad de ‘ser competente’ para realizar un determinado acto jurídico *a* sobre una materia *m*» (FERRER BELTRÁN, 2000: 127). Ahora bien, como es obvio, conocer cuáles son los alcances de una competencia (es decir, conocer en qué consiste aquello que ha sido atribuido por una norma de competencia a un determinado sujeto u órgano) es algo que sólo se puede lograr mediante el análisis del contenido de la norma de competencia relevante (especialmente en lo tocante al resultado institucional dispuesto por dicha norma).

¹⁵ «Un sujeto *s* es competente en un sistema *Sj* para realizar un determinado acto jurídico *a* sobre una materia *m* si, y sólo si, pertenece al *Sj* una regla que atribuya a *s* tal competencia» (FERRER BELTRÁN, 2000: 137).

un poder que «no se encuentra sometido a una Constitución previa» (SIEYÈS)¹⁶ y que «no puede constituirse nunca con arreglo a la Constitución» (SCHMITT)¹⁷. Sin embargo, ocurre que el poder al que se refiere el art. 347 de la constitución venezolana, como se verá enseguida, no sólo está *constituido* por la propia constitución, sino que, además, está jurídicamente *limitado* por cláusulas constitucionales expresas, tanto de orden formal como de orden material.

Respecto de lo primero: parece obvio que la Asamblea Nacional Constituyente regulada por la constitución venezolana posee un carácter *constituido* y no constituyente, y ello es así por el simple hecho de que este órgano ha sido instituido por normas jurídicas que le atribuyen una competencia o poder normativo. Se trata, claramente, de una autoridad creada por el derecho; y sin perjuicio de que se pueda estimar que la competencia que le ha sido atribuida sea de altísima importancia o trascendencia, en suma, no es más que un poder *constituido*¹⁸. Consecuencia de ello es que, si esta Asamblea Nacional Constituyente llegase a producir una nueva constitución para Venezuela, el nuevo documento constitucional no sería una ‘primera constitución’ en sentido *kelseniano*¹⁹; por el contrario, sí que tendría un fundamento de validez reconducible a la constitución precedente, esto es, a la constitución de 1999 que le otorgó competencia al órgano que (bajo esta hipótesis) la habría producido. Y ante la inexistencia de una solución de continuidad, además, el orden jurídico venezolano seguiría siendo el mismo²⁰.

¹⁶ SIEYÈS, 1789c: 257.

¹⁷ SCHMITT, 1928: 97.

¹⁸ Con todo, es posible una interpretación del art. 437 de la constitución de Venezuela según la cual este no expresa ninguna norma de competencia sino, simplemente, una *descripción* acerca de quién es el depositario del ‘poder constituyente originario’ (‘El pueblo’) y acerca de qué puede hacer con tal poder (en un sentido fáctico, no jurídico). Esta interpretación, en mi opinión, no sería persuasiva por lo siguiente: i) los enunciados constitucionales raramente se limitan a describir acciones o estados de cosas; por el contrario, los regulan a través de prescripciones o crean las condiciones necesarias para su realización a través de normas constitutivas; ii) si el art. 437 de la constitución venezolana sólo describiese algo así como una propiedad del mundo social externo, entonces no se ve cuál sería la razón por la que el mismo artículo establece una serie de resultados institucionales (por ejemplo, la aprobación de una nueva constitución); y, iii) todas las normas expresadas por los artículos sucesivos al art. 437 (dentro del capítulo pertinente) se refieren a la Asamblea Nacional Constituyente y al resultado de su actividad, y todas parecen contener prescripciones que no se podrían comprender sin haber entendido, en primer lugar, que se ha atribuido un poder normativo a un determinado órgano constituido por la constitución.

¹⁹ Es decir, no sería una constitución cuya validez no puede ser referida a una norma positiva implantada por una autoridad jurídica; en otras palabras, no sería una constitución «implantada revolucionariamente, mediante ruptura con la constitución estatal preexistente» (KELSEN, 1960: 208).

²⁰ «[T]he State and its legal order remain the same only as long as the constitution is intact or changed according to its own provisions» (KELSEN, 1945: 368-369).

Respecto de lo segundo: la misma Asamblea referida en este ejemplo tiene también un carácter *limitado*, puesto que se encuentra condicionada por restricciones formales y sustantivas que constan dentro del mismo capítulo de la constitución que la regula. Así, por una parte, el art. 348 de la constitución venezolana establece las condiciones necesarias bajo las cuales se puede gestar la iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, imponiendo con ello límites *formales* para el ejercicio del poder; tanto es así que, si estas condiciones no son observadas, la mencionada Asamblea no puede ser jurídicamente convocada²¹. Por otra parte, el art. 350 *ibídem* – que también consta dentro del Capítulo III del Título IX: «De la Asamblea Nacional Constituyente»– dispone que ni el régimen democrático puede ser contrariado, ni los derechos humanos pueden ser menoscabados; y ello significa, ni más ni menos, que sobre la actividad de la referida Asamblea pesan expresamente unos límites *materiales* o de contenido que no pueden ser jurídicamente desconocidos²². En consecuencia, esta Asamblea Nacional Constituyente, al estar formal y materialmente limitada por la constitución de Venezuela, claramente no puede equivaler a un ‘sujeto constituyente’ (según la caracterización realizada en esta tesis)²³.

En conclusión: por más que la constitución venezolana exprese que la Asamblea Nacional Constituyente se activa mediante el ejercicio del ‘poder constituyente originario’, su funcionamiento y sus resultados, paradójicamente, no pueden entenderse sensatamente de este modo; y es que no se trata de ningún ‘poder constituyente’, sino de una competencia constitucionalmente atribuida, jurídicamente limitada, y propia de un

²¹ «Artículo 348. La iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente podrá hacerla el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; los Consejos Municipales en cabildos, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos; y el quince por ciento de los electores inscritos y electoras en el Registro Civil y Electoral».

²² «Artículo 350. El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos».

²³ *Vid.* capítulo II, sección 1.2. Por supuesto, no se puede negar la posibilidad de que las autoridades de la Asamblea Nacional Constituyente, una vez instalada, desconozcan las disposiciones de la constitución venezolana de 1999 y actúen distorsionando el ejercicio del poder normativo confiado; en ese evento, claro está, se convertirían en autoridades *de facto* (*vid.* capítulo II, sección 1.1., literal b). Sin embargo, este escenario no se correspondería ya con el de un proceso ‘constituyente’ constitucional, sino con el de un proceso constituyente extra-constitucional e ilegal (lo que, según una opinión ampliamente difundida, es lo que se identifica en el actual proceso constituyente iniciado en el 2017 por Nicolás Maduro en Venezuela).

poder *constituido*²⁴. Este ejemplo permite mostrar que el simple empleo de una palabra no sólo es insuficiente para caracterizar una competencia, sino que puede ser engañoso en orden a elucidar cuál es la propiedad institucional que compone al poder normativo atribuido.

1.2. La vinculación por la concepción del poder de reforma como un tipo de ‘poder constituyente’

El segundo argumento es algo más elaborado y se puede resumir así: si a través de este específico proceso se puede «modificar la norma fundamental y, en su caso, dotar al Estado de una nueva Constitución», entonces se puede decir que el poder que se está utilizando es el mismo el ‘poder constituyente’; la prueba de ello es que este poder puede modificar a la constitución «incluso en su integridad», lo que evidencia su posición de «supraordenación» frente a ella²⁵. No obstante, dentro de este argumento también se reconoce que el poder analizado se encuentra *simultáneamente* bajo «subordinación» de la misma constitución que es objeto de reforma, pues, paradójicamente, para alcanzar aquellos objetivos «debe someterse a las reglas procedimentales (o incluso, en su caso, materiales, según algunas opiniones) establecidas en la propia Constitución»²⁶. Como se puede advertir, este argumento se basa en una concepción del poder de reforma constitucional como un poder

²⁴ Cfr. VICIANO PASTOR, 2012, donde se propone una reforma de la constitución española de 1978 «para regular la convocatoria y funcionamiento básico de un proceso constituyente mediante Asamblea Constituyente» (VICIANO PASTOR, 2012: 142) y, además, para incorporar una declaración en la que se exprese que «la Asamblea Constituyente representa al poder constituyente y, por tanto, no está vinculada por el Derecho preexistente, incluida la anterior Constitución que seguirá produciendo efectos en los demás órdenes del poder público pero no frente a la Asamblea Constituyente» (VICIANO PASTOR, 2012: 144-145). En suma, VICIANO PASTOR aboga por la constitucionalización de una autoridad ‘constituyente’ no sometida al derecho (*legibus solutus*). Esta propuesta resulta absurda e indeseable. Es una propuesta absurda desde un punto de vista conceptual, porque carece de sentido ‘constitucionalizar’ un poder que, por definición, no puede ser *constituido* (ni por la constitución, ni por ningún otro cuerpo jurídico); de llegar a realizarse una reforma constitucional en esos términos, el único resultado que se provocaría es que la constitucionalizada Asamblea ‘Constituyente’ no tenga la propiedad de ser ‘constituyente’. Además, es una propuesta indeseable desde un punto de vista político, pues la existencia de una autoridad no vinculada al derecho volvería imposible la operatividad de un modelo de Estado caracterizado por el principio de legalidad (donde toda facultad o competencia se encuentra jurídicamente limitada); y es que instituir una autoridad no gobernada por las leyes, aun cuando sea concebida para un periodo transitorio, indudablemente pondría en riesgo el ‘Estado de Derecho’.

²⁵ DÍAZ REVORIO, 2005: 98-99.

²⁶ DÍAZ REVORIO, 2005: 99.

«constituyente-constituido» (o poder «constituyente derivado»), tema al que estará dedicado todo el capítulo IV de esta tesis.

Con este segundo argumento, como se ve, sí que se considera el contenido del poder normativo atribuido a los órganos encargados del reemplazo constitucional regulado, y se lo hace para concluir que esta peculiar competencia jurídica puede ser vista, en cierto sentido, como ‘constituyente’ (de las disposiciones constitucionales); ello, sin perjuicio de reconocer que tal poder, por otro lado, también es ‘constituido’ (en el sentido de estar sometido al derecho existente). De ahí la vinculación entre este tipo de proceso constituyente y el ‘poder constituyente’: por la idea de que existe algo así como un poder «constituyente-constituido» que caracterizaría al poder para reemplazar disciplinadamente una constitución por otra.

Ahora bien, como se verá con detalle en el capítulo IV, es claro que en este contexto el término ‘constituyente’ se utiliza en un sentido diverso al que se ha venido considerando en los dos primeros capítulos de esta tesis: ‘constituyente’ no en el sentido de ser lo opuesto a lo ‘constituido’ (es decir, aquello que no es conferido ni disciplinado por normas positivas vigentes²⁷), sino ‘constituyente’ como sinónimo de ‘instituyente’ (o ‘productor’) de nuevas disposiciones constitucionales que integrarán una nueva constitución. El argumento que aquí se analiza, pues, sí que permite entender una cierta vinculación conceptual, sólo que con otra noción de ‘constituyente’ y no con el concepto de ‘poder constituyente’ que atañe a la posible crítica abordada en todo este capítulo. Se sigue de esto que el señalamiento de procesos ‘constituyentes’ constitucionales, al menos bajo este argumento analizado, no altera en lo absoluto la postulación de un cambio normativo ‘ilegal’ como condición necesaria para la instanciación del concepto de ‘poder constituyente’.

Por lo demás, la vinculación que se ha identificado con mayor precisión –entre el proceso ‘constituyente’ constitucional y un sentido de ‘constituyente’ como ‘instituyente’ o productor de nuevas disposiciones constitucionales– no parece necesaria ni tampoco útil. No es necesaria porque, para resaltar la importancia de la competencia constitutiva o ‘instituyente’ de las normas constitucionales en este tipo de procesos, no

²⁷ GUASTINI, 2011c: 171.

hace falta acudir al concepto de ‘poder constituyente’: basta con señalar que se trata de un poder constituido de especial importancia o, quizás, «el más alto de los poderes constituidos»²⁸. Y no es útil porque, antes que beneficios, reporta excesivas cargas; sobre todo cuando se trata de aclarar continuamente que este tipo de proceso no implica la manifestación del poder constituyente sino el ejercicio de un poder constituido al que se califica simultáneamente como ‘constituyente’ pero en un sentido diverso.

1.3. La vinculación por la equivalencia entre la reforma total de la constitución sin límites materiales expresos y el ‘poder constituyente’

El tercer argumento se solapa parcialmente con el argumento anterior, pero se distingue por su peculiar referencia: se toma como referente no ya cualquier tipo de proceso ‘constituyente’ constitucionalmente previsto, sino uno en el que específicamente se ejerce la atribución constitucional para efectuar una ‘reforma total’ – o, lo que es lo mismo, un reemplazo de todo el documento constitucional– pero sin que se haya dispuesto en la constitución ningún tipo de limitaciones de contenido o ‘límites materiales’ explícitos que condicionen sustantivamente tal ejercicio²⁹. Lo que se argumenta en este contexto es que una competencia materialmente ilimitada de creación constitucional, por su magnitud, no puede equivaler a un simple poder de reforma constitucional; en la medida en que los límites materiales de este poder de ‘reforma total’ «son los mismos que los del poder constituyente» (es decir, inexistentes)³⁰ se aduce, entonces, que «no son en realidad dos poderes diferentes, sino el mismo poder en momentos distintos»³¹. Así, pues, un poder de ‘reforma total’ (con estas características) no sería sino otra denominación del poder constituyente.

²⁸ Al menos dentro de un régimen de constitución rígida (GUASTINI, 2007a: 120).

²⁹ Como ocurre, por ejemplo, en el régimen constitucional español (donde se prevé la ‘revisión total’ de la constitución sin especificar expresamente ningún tipo de límites materiales para esta operación).

³⁰ GONZÁLEZ ENCINAR, 1986: 369. El autor citado agrega que, si acaso se afirma la existencia de algo así como un ‘núcleo constitucional indisponible’, «puesto que la Constitución no ha identificado ese núcleo, el poder de reforma puede, teóricamente, entrar en ese terreno» (GONZÁLEZ ENCINAR, 1986: 370).

³¹ GONZÁLEZ ENCINAR, 1986: 369. El mismo autor, sin embargo, especifica un matiz: sí que existiría una diferencia entre ambos poderes, y es que «mientras el poder constituyente puede hacerlo todo menos dejar de hacer una Constitución, el poder de reforma puede hacerlo todo menos lo que ya está hecho: constituir un Estado» (*Ibidem*).

A mi modo de ver, este argumento confunde la eventual ausencia de límites materiales sobre el poder de ‘reforma total’ (en ciertos ordenamientos jurídicos), con la ausencia de cualquier tipo de límites. En la base de esta confusión está el olvido respecto de los *límites formales* que, por definición, condicionan todo poder de reforma constitucional. Y es que en todo sistema de constitución rígida –que es el único sistema donde puede existir un poder de reforma constitucional, distinto del poder legislativo ordinario³²– «necesariamente existen límites formales a las leyes constitucionales o de revisión constitucional, en el sentido de que la constitución (por ser rígida) establece reglas sobre el procedimiento de revisión: si no fuese así, no sería rígida»³³.

De lo anterior se sigue, analíticamente, que no es posible identificar un poder de reforma constitucional jurídicamente ilimitado; su necesaria limitación al menos ha de provenir de las propias normas constitucionales que lo establecen y le dan forma, «aunque sea con mayorías cualificadas y/o con procedimientos más complejos que el procedimiento legislativo ordinario»³⁴. El olvido de los límites formales sobre el poder de reforma constitucional, que necesariamente han de existir incluso para el poder de ‘reforma total’, determina, pues, que el argumento criticado en esta sección incurra en un flagrante *non-sequitur*: de la inexistencia de límites materiales para reformar totalmente la constitución (y cambiarla por otra), no se sigue que exista una competencia *ilimitada* de creación constitucional equivalente al poder constituyente.

Se podría insistir en que la semejanza en torno a la ausencia de límites materiales ya justifica hablar del poder de ‘reforma total’ como ‘materialmente’ equivalente al poder constituyente; sin embargo, dicha equivalencia no elimina el carácter claramente *constituido* de dicho poder reformador (regulado y limitado al menos formalmente por la propia constitución). Por ello mismo, tal equiparación no justifica que se identifique a

³² Pues en un sistema de constitución flexible, como se sabe, no tiene sentido hablar de un poder de reforma constitucional (o no como algo distinto del mismo poder legislativo ordinario).

³³ GUASTINI, 1999: 113.

³⁴ GUASTINI, 2011c: 359 [12]. Esto se confirma siguiendo el mismo ejemplo de la ‘revisión total’ en España, pues el propio art. 168 de la constitución española determina cuáles son los requerimientos formales para proceder a dicho reemplazo: 1. La aprobación del ‘principio por mayoría’ de dos tercios de cada cámara y la disolución inmediata de las Cortes; 2. La ratificación de la decisión por las cámaras elegidas y el posterior estudio y aprobación del nuevo texto constitucional por mayoría de dos tercios de ambas cámaras; y, 3. El sometimiento del nuevo texto constitucional a un referéndum para su ratificación.

esta extraordinaria competencia de ‘reforma total’ como el mismo poder constituyente³⁵.

1.4. Conclusiones sobre la inadecuada identificación del poder constituyente en los procesos ‘constituyentes’ constitucionalmente previstos

En las tres secciones anteriores se ha podido examinar la falta de plausibilidad de los argumentos que más visiblemente se han expuesto para justificar la identificación del poder constituyente en los procesos ‘constituyentes’ constitucionales (o constitucionalmente previstos). Asimismo, se ha podido detectar que en la base de cada uno de estos tres argumentos subyace algún tipo de confusión: i) la confusión entre la simple denominación y las propiedades definitorias de un poder normativo (en el primer argumento); ii) la confusión entre dos sentidos del término ‘constituyente’ (en el segundo argumento); y, iii) la confusión entre la ausencia de límites materiales y la ausencia de cualquier tipo de límites (en el tercer argumento). Estas confusiones, respectivamente, llevan a sostener en todos los casos la misma conclusión inadmisible que se ha criticado en toda esta primera parte del capítulo.

Pero, más allá de estas confusiones, se debe señalar un problema central que aqueja a toda argumentación tendiente a equiparar, con el poder constituyente, las competencias ejercidas durante un proceso ‘constituyente’ constitucionalmente previsto. El problema es muy básico, y es la falta de distinción entre un poder ‘de hecho’ y un poder ‘de derecho’ (desde el punto de vista de su origen). Como se analizó con detalle en los dos primeros capítulos, el poder ‘de hecho’ en que consiste el poder constituyente no es más que un conjunto de hechos sociales que pueden ser identificados como

³⁵ En la dogmática constitucional española son varios los autores que suscriben la distinción entre estos dos ‘poderes’. Así, por ejemplo, Ignacio DE OTTO señalaba que, aunque en ambos casos el resultado es una nueva constitución, el poder constituyente y la ‘reforma total’ «son dos fenómenos distintos, tanto desde el punto de vista político como desde el jurídico» (DE OTTO, 1977: 54); además, señalaba que «existe entre ambos procedimientos una importante diferencia. En la reforma total, la nueva constitución se crea con arreglo a las normas de actuación que establecía la anterior», mientras que en el caso del poder constituyente «por el contrario, la nueva constitución es creada a partir de la nada constitucional, es decir, porque no hay constitución o como si no hubiera constitución alguna» (DE OTTO, 1977: 58). Asimismo, y para citar un autor contemporáneo, Francisco Javier DÍAZ REVORIO sostiene que «El poder de revisión total *ex art. 168* [...] no puede equipararse al poder constituyente originario, pues aunque carezca de límites materiales explícitos, su mismo sometimiento a las previsiones constitucionales lo convierte [...] en un poder de reforma, si bien sometido en tales casos a un procedimiento especialmente rígido» (DÍAZ REVORIO, 2009: 598-599).

generadores de una nueva ‘primera constitución’ –y de un nuevo orden jurídico– sólo si su manifestación es efectiva; y ello implica que sólo se puede conocer si *hubo* poder constituyente de modo *ex post*, luego de tal efectividad fácticamente manifestada³⁶. No se trata, pues, de un poder ‘disponible’ en algún cuerpo jurídico, atribuido a algún sujeto, ni con determinadas formas de actuación. En cambio, todo proceso ‘constituyente’ constitucional involucra algún tipo de poder ‘de derecho’, jurídicamente establecido y, por tanto, ‘disponible’ en un cierto cuerpo jurídico; un poder cognoscible de modo *ex ante* –independientemente de su eventual ejercicio³⁷–, atribuido a ciertos órganos específicos y limitado necesariamente al menos desde el punto de vista formal.

En suma, los procesos ‘constituyentes’ constitucionalmente previstos, si son desarrollados conforme las regulaciones y limitaciones dispuestas por la constitución de que se trate, nunca podrían implicar la manifestación del poder constituyente³⁸. La distinción básica antes señalada, entre un poder ‘de hecho’ y un poder ‘de derecho’, disuelve del todo la vinculación que usualmente se traza entre aquel tipo de procesos ‘constituyentes’, a los que se ha hecho referencia en esta sección, y el concepto de ‘poder constituyente’. En conclusión, aludir a este tipo de procesos ‘constituyentes’ no supone verdaderamente un desafío para el esquema explicativo según el cual la existencia de un cambio normativo ‘ilegal’ es una condición necesaria para la identificación del poder constituyente.

2. LAS CONCEPCIONES ‘INCLUYENTES’ DEL PODER CONSTITUYENTE

La conclusión recién mencionada, que dio cierre a la primera parte de este capítulo, tiene sentido siempre que se adopte el concepto tradicional de ‘poder constituyente’ que

³⁶ *Vid.* Capítulo I, sección 2.2.2.

³⁷ Lo que equivale a decir que se puede tener una competencia jurídica sin necesidad de ejercerla. Como explica Torben SPAAK, los predicados «tener competencia» y «ejercer competencia» son separables (SPAAK, 1994: capítulos 4 y 5). Esto no ocurre con un ‘poder de hecho’, respecto del cual sí que es necesario que ocurran los sucesos o eventos que permiten afirmar su realización (su ‘ejercicio’) para poder identificarlo como tal.

³⁸ Claro está que, si no se cumple la indicada condición, nada impide que en este contexto también puedan observarse los hechos que componen la manifestación del poder constituyente. Como señala Alessandro PACE «el ejercicio de una competencia constitucionalmente prevista podría constituir ejercicio fáctico de poder constituyente cuando, en el desarrollo de aquella competencia, fuesen intencionalmente violadas las normas procedimentales o sustanciales que la regulan, con el objetivo preciso de instaurar estable y definitivamente un nuevo orden constitucional» (PACE, 1997: 120).

en esta tesis se busca afinar. No obstante, existen otras concepciones del poder constituyente que sí permiten albergar la posibilidad de una manifestación ‘legal’ aparentemente atribuible a aquel poder. En esta segunda parte del capítulo examinaré tres concepciones que orientan a ese sentido. En cada una de las secciones que siguen consignaré las críticas correspondientes y, al final, ofreceré unas breves conclusiones sobre el desafío que aquellas representan.

2.1. Una concepción ‘amplia’ del poder constituyente

La primera de las mencionadas concepciones del poder constituyente se caracteriza por su ‘amplitud’, lo que es el resultado de eliminar una de las propiedades que tradicionalmente componen el concepto de ‘poder constituyente’: su forma de manifestación *extra ordinem* (al margen o en contra de lo prescrito por las normas jurídicas preexistentes)³⁹. Así, centrándose únicamente en el resultado y no en las formas, esta concepción define el poder constituyente como «el poder de crear una constitución» o el poder «que se da una nueva constitución»⁴⁰. De este modo, no es que se niegue la posibilidad de realización de un poder constituyente ‘revolucionario’; lo que se niega es que esta sea la *única* posibilidad⁴¹.

Comprendido de esta manera, pues, el poder constituyente es identificado cada vez que se ha producido una nueva constitución, sin importar si este es el resultado de un reemplazo jurídicamente regulado o de una revolución. El poder constituyente, así entendido, está implicado en todo tipo de proceso que desemboque en la producción de un nuevo documento constitucional; no sólo en los procesos constituyentes extra-constitucionales (independientemente de si son ‘legales’ o ‘ilegales’), sino también en los procesos ‘constituyentes’ constitucionalmente previstos.

La base sobre la que se construye esta concepción es la constatación de una tendencia que se advertiría en las constituciones contemporáneas cada vez con mayor

³⁹ Exclusión que, como se verá más adelante, vacía el concepto tradicional de ‘poder constituyente’.

⁴⁰ CRIADO DE DIEGO, 2014: 123.

⁴¹ CRIADO DE DIEGO, 2014: 130-131.

frecuencia: la corriente actual de «constitucionalizar el poder constituyente»⁴². A decir de Marcos CRIADO DE DIEGO, se trata de la tendencia «a incorporar en su articulado todos los supuestos de cambio constitucional, incluida la revisión total de la constitución, la admisión de la iniciativa popular o la elaboración de una nueva constitución por una asamblea constituyente»⁴³; es decir, los supuestos que justamente antes se habían indicado como modalidades generadoras de procesos ‘constituyentes’ constitucionalmente previstos. Estas nuevas realidades, según Peter HÄBERLE, permiten expresar que el poder constituyente «tendencialmente se ha normalizado, normativizado y constitucionalizado en el tipo del Estado constitucional en la etapa evolutiva actual»⁴⁴. En sintonía con la misma idea, el uso de procedimientos de reemplazo total de la constitución representaría –para quienes suscriben esta concepción– la ejecución del «poder constituyente supremo»⁴⁵.

En suma, según estos autores, si la teoría clásica del poder constituyente lo colocaba prácticamente «arrinconado en la revolución», el fenómeno de la «normalización» del poder constituyente en los estados constitucionales contemporáneos provocaría «[l]a superación del concepto revolucionario de poder constituyente»⁴⁶. Pero esto no significa, de acuerdo con HÄBERLE, que sea necesario suprimir ni ‘despedirse’ del concepto de ‘poder constituyente’ en los textos constitucionales ni en la teoría constitucional; lo que sí tendría que imponerse –agrega el citado autor– es el reconocimiento de que el poder constituyente y el poder de ‘revisión total’ «son idénticos entre sí»⁴⁷.

Pues bien, aunque HÄBERLE afirme esto último –que no hace falta prescindir o ‘despedirse’ del concepto tradicional de ‘poder constituyente’–, no estoy seguro de que esto sea evitable bajo esta concepción. Porque, si la forma de manifestación *extra ordinem* no es necesaria, entonces tampoco es necesaria ninguna de las demás

⁴² ALBERT, 2017: 6. Hablar de la ‘constitucionalización del poder constituyente’, como se puede intuir, es un contrasentido para la concepción tradicional acorde a la cual el poder constituyente, por definición, es un poder no-constituido. En este sentido se pronunciaba Carl SCHMITT cuando decía que «Ninguna ley constitucional, ni tampoco una Constitución, puede señalar un poder constituyente y prescribir la forma de su actividad» (SCHMITT, 1928: 101).

⁴³ CRIADO DE DIEGO, 2014: 129.

⁴⁴ HÄBERLE, 2003: 137.

⁴⁵ ALBERT, 2017: 6. *Vid.*, también, HÄBERLE, 2003: 135-137.

⁴⁶ CRIADO DE DIEGO, 2014: 128.

⁴⁷ HÄBERLE, 2003: 137.

propiedades del concepto ‘clásico’ de poder constituyente. Recuérdese que todas estas propiedades, como se aclaró al inicio del capítulo II, están estrechamente conectadas; luego, si no es necesaria la manifestación *extra ordinem*, ninguna de las propiedades que componen este concepto pueden ser entendidas como condiciones necesarias para su instanciación: ni la existencia de un ‘sujeto constituyente’ (un sujeto, por definición, no-constituido por normas jurídicas), ni la producción de normas ‘originarias’ (carentes de un fundamento dinámico de validez jurídica), ni la efectividad de los ‘hechos normativos originarios’, etc. Así las cosas, el propio concepto de ‘poder constituyente’ que se ha venido examinando hasta aquí quedaría vaciado de contenido. En todo caso, y más allá de esta cuestión, la concepción analizada es susceptible de al menos tres críticas.

La primera crítica es que la tendencia contemporánea en las prácticas de creación constitucional disciplinada, que se señala como la base de esta concepción, no justifica ninguna modulación del concepto tradicional de ‘poder constituyente’. No sólo porque no son plausibles ninguno de los argumentos que usualmente se ofrecen para sustentar esta pretensión (como ya se mostró en la primera parte del capítulo), sino porque el tipo de poder normativo ejercido en esos procesos se explica perfectamente mediante el concepto de poder constituido y no de poder constituyente. Que se trate de un poder constituido –por normas jurídicas de la propia constitución que lo incorpora– parece algo claramente innegable⁴⁸. En este sentido, y contrario a lo que sostiene HÄBERLE, el poder constituyente y el poder de ‘revisión total’ *no* son ‘idénticos entre sí’; que sean equiparables desde un punto de vista material no significa que sean del todo equiparables, y más aún si aquellos poderes de creación normativa establecidos por la constitución están jurídicamente limitados al menos desde el punto de vista formal.

La segunda crítica se refiere a la posibilidad de cambiar el fundamento de la concepción bajo análisis (con lo cual se evitaría la crítica anterior). En este respecto, CRIADO DE DIEGO expresa que la ‘regularización’ del poder constituyente «no sería tanto la causa de la pérdida de su carácter revolucionario, como la *consecuencia*:

⁴⁸ Pues, como se verá con detalle en el capítulo IV de esta tesis, el sentido del término ‘constituyente’ que se suele emplear en este contexto (para hacer referencia al poder de ‘reforma total’ o al poder de creación constitucional previsto en las constituciones) no es de ningún modo oponible al término ‘constituido’. Es más, los autores admiten siempre que se trata de poderes constituidos, pero con una característica especial a la que se suele denominar ‘constituyente’ (en un sentido diverso y no oponible).

precisamente porque el poder constituyente ya no es un poder revolucionario [...] es por lo que puede integrarse en las constituciones contemporáneas»⁴⁹. Con este argumento se sugeriría, entonces, que el cambio de concepción no obedece directamente a ciertas prácticas de creación de nuevas constituciones, sino a un cambio de ideología constitucional⁵⁰. Pero incluso si esto último fuese cierto, y en la ideología del constitucionalismo contemporáneo se hubiese dejado de considerar al poder constituyente como un poder ‘revolucionario’ –lo que ya de por sí es dudoso⁵¹–, de esto no se seguiría la estipulación de un concepto ‘amplio’ de poder constituyente que sea extensible tanto a su manifestación *extra ordinem* como a su ejercicio constitucionalmente disciplinado; de aquello se seguiría, propiamente, el abandono de la noción de ‘poder constituyente’ o, al menos, la estipulación de un concepto ‘restringido’ acorde con el cual *sólo* fuese ‘poder constituyente’ el ejercido de conformidad con la constitución que lo ha previsto.

Por lo demás, si se sigue el desarrollo de esta segunda crítica, ocurriría que todos los escenarios que de hecho y efectivamente suceden en el mundo, que caen dentro del concepto tradicional de ‘poder constituyente’, quedarían desprovistos de una categoría apropiada para su representación. Claro que se podría replicar a esta crítica y aducir que la expresión «ya no es un poder revolucionario» significa algo menos ‘fuerte’; por ejemplo, que el poder constituyente ya no es *exclusivamente* un poder revolucionario, o que lo es cada vez menos en el mundo actual. Esto es lo que motivaría la estipulación de un concepto ‘amplio’, siguiendo la posible réplica. Pero con ello volvemos a la primera crítica: no es adecuado, y parece claramente desaconsejable, poner en una misma categoría a un poder ‘de hecho’ y a un poder ‘de derecho’.

La tercera crítica, finalmente, es que no parece nada razonable catalogar a toda producción de una nueva constitución como el resultado del poder constituyente, pues de esta forma se pierde de vista que no todos esos cambios responden al mismo origen ni acarrear las mismas consecuencias y, sobre todo, no siempre involucran el mismo

⁴⁹ CRIADO DE DIEGO, 2014: 129-130 (cursivas en el texto original).

⁵⁰ En este orden de ideas, por ejemplo, Maurizio FIORAVANTI también apunta a que la ‘legalidad constitucional’ –que «ya no permite una subversión integral de la constitución en nombre del poder constituyente»– se emancipa del dominio de este y «opone al mito democrático revolucionario del poder constituyente los valores de estabilidad, del equilibrio, del límite» (FIORAVANTI, 1999: 162-163).

⁵¹ En este sentido, Andrew ARATO reconoce que la idea de un poder constituyente ‘soberano’ (o ‘revolucionario’) todavía se encuentra en la actualidad «bastante viva» (ARATO, 2017: 1).

tipo de poder normativo. Precisamente porque los cambios de constitución son variados, un análisis sobre este ámbito requeriría de una mayor precisión a la hora de dar cuenta de los fenómenos relevantes. Sin embargo, esta primera concepción analizada supone lo contrario: en lugar de distinguir, *confunde*⁵². Por estas razones, no es una concepción persuasiva y su utilidad –visto lo visto– es más que dudosa.

2.2. La concepción del poder constituyente ‘post-soberano’

La segunda concepción a la que me referiré puede verse como un refinado desarrollo de la concepción anterior, realizado dentro del ámbito de la teoría política y mediante instrumentos del derecho comparado. Debido a sus peculiaridades, y al hecho de que ha sido profusamente desarrollada a lo largo de los últimos veinte años, esta variable merece un análisis por separado (que, además, me ocupará mucho más que el análisis anterior).

El principal autor de esta concepción es Andrew ARATO, quien ha dedicado algunos libros al estudio de lo que él denomina el paradigma ‘post-soberano’ o ‘post-revolucionario’ de la creación constitucional⁵³. Se trata de un paradigma que habría surgido a finales del siglo XX por una suerte de ‘globalización’ de las ideas constitucionales y de sus principios de legitimidad, y que estaría presente en el mundo contemporáneo incluso en aquellos lugares en los que no se permite o no se requiere su adopción⁵⁴.

La ‘idea fundamental’ que subyace a este paradigma, según ARATO, es la aplicación de los principios constitucionales no sólo al resultado sino también al proceso de creación de nuevas constituciones⁵⁵. Esto implica, según el citado autor, una nueva

⁵² Utilizo el verbo ‘confundir’ en su primera acepción en castellano: ‘mezclar cosas diversas de manera que no puedan reconocerse o distinguirse’.

⁵³ Vid. ‘*Civil Society, Constitution, and Legitimacy*’ (ARATO, 2000); ‘*Constitution Making Under Occupation*’ (ARATO, 2009); ‘*Post Sovereign Constitutional Making. Learning and Legitimacy*’ (ARATO, 2016); y ‘*The Adventures of the Constituent Power. Beyond Revolutions?*’ (ARATO, 2017).

⁵⁴ ARATO, 2016: 10. Este paradigma tendría como antecedentes a la transición democrática española de finales de los años 70; la transición democrática de algunos países de Europa Central después de la caída de los regímenes soviéticos a finales de los años 80; y, finalmente, la transición *post-apartheid* en Sudáfrica a inicios de la década de los años 90 (ARATO, 2017: 185-186).

⁵⁵ ARATO, 2017: 186, 365.

concepción del poder constituyente: un poder constituyente *post soberano*, más fiel a los valores tanto de la democracia como del constitucionalismo⁵⁶, y siempre «bajo la ley»⁵⁷. Según este modo de entendimiento, expuesto por ARATO, todos los órganos involucrados en el proceso de creación constitucional están sometidos a reglas jurídicas⁵⁸; de este modo, se comprende que el poder constituyente sobrevive encarnado en las constituciones como un poder siempre limitado, con una autoridad debida tanto a su legitimidad como a su legalidad⁵⁹. Además, según esta concepción, el poder constituyente adopta una forma institucional que no es ocupada por un solo individuo o institución, y es ejercido de conformidad con reglas predeterminadas que persiguen el objetivo último que le da sentido a este poder así concebido⁶⁰: la creación y re-creación del régimen constitucional⁶¹.

En realidad, como el mismo ARATO reconoce, estas ideas son el resultado de una labor de reconceptualización de la tradicional noción de ‘poder constituyente’ con la que entra directamente en conflicto⁶². De hecho, el citado autor utiliza la expresión ‘post-soberano’ precisamente porque este paradigma busca superar la tradicional teoría del poder constituyente entendido como un poder *soberano* (en el doble sentido de estar representado por un solo órgano, institución o individuo con plenos poderes⁶³ y, además, en «estado de naturaleza»⁶⁴, esto es, jurídicamente ilimitado y apto para crear cualquier sistema jurídico «lógica y empíricamente posible»⁶⁵). Particularmente, lo que se busca superar es la idea de que el mantenimiento de la legalidad es imposible en el proceso constituyente⁶⁶; lo que se explica, según ARATO, porque históricamente el poder constituyente ha estado íntimamente vinculado con las revoluciones políticas modernas mediante la idea de ‘ruptura legal’⁶⁷.

⁵⁶ ARATO, 2017: 1, 411.

⁵⁷ ARATO, 2016: 10; ARATO, 2000: xiv.

⁵⁸ ARATO, 2009: vii.

⁵⁹ ARATO, 2016: 10.

⁶⁰ ROZNAI, 2018: 313.

⁶¹ COLÓN-RÍOS, 2010: 206 [16].

⁶² «[T]he idea of post sovereign constituent power I derived from their parallel and complementary reconceptualization of the old notion of the *pouvoir constituant*» (ARATO, 2016: 77).

⁶³ ARATO, 2017: ix; ARATO, 2016: 10; ARATO, 2009: vii.

⁶⁴ ARATO, 2016: 1.

⁶⁵ ARATO, 2017: 34. La teoría tradicional del poder constituyente es asociada por el mismo autor a un paradigma ‘soberano’ de creación constitucional (*vid.* ARATO, 2017: 31-41).

⁶⁶ ARATO, 2017: 20.

⁶⁷ ARATO, 2017: 105. Esto conlleva, según ARATO, a una forma de ‘dictadura’ (en el sentido de ser, al menos temporalmente, una imposición autoritaria de reglas por parte de una persona o de un grupo, en la que se suspenden las divisiones y separaciones de los poderes). *Vid.* ARATO, 2017: 35.

Pero la creación constitucional bajo el viejo paradigma ‘soberano’, alega ARATO, es sólo una posibilidad que, por lo demás, no resulta necesaria ni tampoco deseable⁶⁸. Aunque el mismo autor admite que la idea de un poder constituyente ‘soberano’ se encuentra «bastante viva»⁶⁹, añade que la experiencia que arrojan algunos procesos constituyentes mostraría la posibilidad práctica de un poder constituyente siempre limitado desde el punto de vista jurídico⁷⁰, dentro de un marco en el que los cambios constitucionales incluso radicales pueden ser logrados superando «la vieja antinomia entre revolución o reforma»⁷¹ y, especialmente, sin la necesidad de incurrir en las ‘aventuras’ a las que conlleva la «revolucionaria y populista idea de un poder constituyente soberano»⁷².

Como se puede advertir, una noción central dentro de este nuevo paradigma es la idea de *continuidad jurídica*⁷³. Esto se traduce en afirmar que las ‘energías políticas’ a cargo de producir la constitución están sujetas a límites jurídicos durante todo el proceso⁷⁴. En otras palabras, ARATO defiende que el proceso de creación de nuevas constituciones puede ser liberado de la carga que implica una ‘ruptura legal’: «lo nuevo puede ser construido sin una ruptura total con el pasado»⁷⁵. Pero ¿cómo puede lograrse esto? La respuesta remite a los ‘elementos esenciales’ del modelo post-soberano, que consiste en un proceso de creación constitucional dotado de dos (o más) etapas⁷⁶. Estos elementos son los siguientes:

1. Negociaciones a través de mesas redondas (foros de negociación) cuyo objetivo es involucrar a las mayores fuerzas políticas de un país en el proceso de producción

⁶⁸ ARATO, 2017: 40-41. El referido autor subraya que la creación constitucional ‘soberana’ tiene una afinidad con las dictaduras en un sentido amplio (ARATO, 2017: 36), puesto que el reemplazo constitucional revolucionario muy raramente conduce a las democracias constitucionales (ARATO, 2017: 408).

⁶⁹ ARATO, 2017: 1.

⁷⁰ ARATO, 2016: 10.

⁷¹ ARATO, 2017: ix; ARATO, 2016: 10.

⁷² ARATO, 2017: 1.

⁷³ En palabras de ARATO, el paradigma post-soberano ‘generalmente’ opera mediante la continuidad jurídica (ARATO, 2017: 382). Sin embargo, el mismo autor matiza esta idea y la expresa en términos de un ‘énfasis’ en la continuidad jurídica, «incluso si en algunos casos es violada» (ARATO, 2017: 186).

⁷⁴ ARATO, 2017: 382.

⁷⁵ ARATO, 2000: xiv.

⁷⁶ La existencia de dos o más etapas en el proceso de creación constitucional es de tanta importancia para el modelo, que el propio autor utiliza la expresión ‘multi-stage paradigm’ como uno de los sinónimos de ‘post-sovereign paradigm’ (ARATO, 2017: x).

constitucional y, sobre todo, en el proceso de creación de las reglas que regularán aquel proceso⁷⁷;

2. Intervención de las instituciones parlamentarias del régimen existente para producir, de conformidad con las reglas de reforma constitucional existentes, una constitución interina que garantice los principios de inclusión, publicidad y legalidad en la subsiguiente fase del proceso de creación constitucional⁷⁸;
3. Elecciones democráticas para conformar una nueva asamblea u órgano legislativo, que tendrá el rol central de redactar la segunda (y definitiva) constitución;
4. Redacción de la constitución definitiva a cargo de la nueva asamblea u órgano legislativo, basada en las regulaciones y limitaciones previstas en la constitución interina; y,
5. Finalmente, el significativo rol de control constitucional ejercido por un tribunal o corte (creados por la constitución anterior), cuyo encargo es vigilar que las limitaciones estipuladas por la constitución interina sean cumplidas⁷⁹.

Estos son los ‘elementos esenciales’ del modelo⁸⁰. Por supuesto, ARATO reconoce que este modelo ‘post-soberano’ de creación constitucional es un ideal regulativo, es decir, una construcción intelectual; por tanto, agrega que el seguimiento del modelo no garantiza *per se* «un final feliz en un país determinado»⁸¹. De todos modos, en opinión de ARATO, el referido modelo representa una ‘interpretación normativa’ de diversos casos reales que confirman su relevancia⁸², de lo cual se sigue (en su criterio) un ‘patrón empírico’ marcado por la ‘continuidad jurídica’ durante toda la transición de una vieja

⁷⁷ ARATO, 2017: 41.

⁷⁸ En este sentido, según ARATO, la constitución interina introduce el constitucionalismo al propio proceso de creación constitucional (ARATO, 2017: 377). Sin embargo, cuando ya existe una ‘constitución constitucionalista’, añade el mismo autor, no habría razones para producir una constitución interina (ARATO, 2017: 382).

⁷⁹ Sin un control constitucional fuerte, expresa ARATO, la estructura ‘multi-fase’ (*multi-track*) juega un rol meramente simbólico antes que un rol jurídico (ARATO, 2017: 397).

⁸⁰ Por cierto, el orden de los elementos antes presentados no coincide exactamente con el orden expuesto por ARATO (ARATO, 2017: 186). Sin embargo, por razones didácticas, he preferido este orden.

⁸¹ ARATO, 2017: 186-187.

⁸² ARATO, 2017: 186.

constitución a una nueva constitución⁸³. Sobre la base de estos elementos, una de las principales tesis de ARATO es que existiría evidencia empírica suficiente para sostener que los procesos de creación constitucional ‘post-soberanos’ tienden a producir resultados acordes al constitucionalismo, dada la afinidad entre el paradigma descrito y el constitucionalismo democrático⁸⁴.

Una vez realizada la anterior exposición, en los apartados que siguen me ocuparé de discutir tres problemas que afectan a la noción ‘continuidad jurídica’ dentro del paradigma ‘post-soberano’ presentado por ARATO. Me dedicaré únicamente a estos problemas, dejando de lado muchas otras cuestiones sugerentes que se desprenden del trabajo del mencionado autor, porque entiendo que la posibilidad misma de una ‘continuidad jurídica’ en los procesos de creación de nuevas constituciones supone un desafío para el modelo explicativo del poder constituyente que he expuesto en los dos primeros capítulos de esta tesis. Los tres problemas a los que me voy a referir son los siguientes:

1. Eventuales obstáculos legales para la identificación de una ‘continuidad jurídica’ en sentido *fuerte*;
2. Eventuales dudas conceptuales respecto al alcance del poder de reforma constitucional como instrumento para sustituir una constitución; y,
3. Una tensión interna en el modelo post-soberano, que se demuestra con la incompatibilidad entre la existencia de una ‘continuidad jurídica’ durante un periodo de transición, por un lado, y el efectivo surgimiento de un nuevo orden jurídico, por otro lado.

Como se verá en las páginas siguientes, los dos primeros problemas restringen (aunque no de modo inevitable) la viabilidad del modelo de creación constitucional

⁸³ Este ‘patrón empírico’, siguiendo a ARATO, presenta algunas características distintivas: *i*) un modelo parlamentario de cambio inicial; *ii*) limitaciones jurídicas sobre el poder de reforma interino; *iii*) limitaciones sobre el poder de creación constitucional definitivo; *iv*) garantía de sujeción de los límites, en cabeza de una corte constitucional; *v*) nuevas elecciones para incrementar la legitimidad en la parte final del proceso; y *vi*) enriquecimiento simbólico y procedimental en la fase final del proceso, a partir de la unión de dos cámaras y/o mediante referéndums (ARATO, 2017: 385).

⁸⁴ ARATO, 2017: 365, 408, 417-418.

expuesto por ARATO. El tercer problema, en cambio, necesariamente implica una inconsistencia conceptual dentro del referido modelo y, por tanto, pone en serias dudas la utilidad del concepto de ‘poder constituyente post-soberano’. Empezaré, pues, con la revisión de estos problemas.

2.2.1. Eventuales obstáculos jurídicos para una continuidad jurídica en sentido ‘fuerte’

Ante todo, entiendo que existe una ‘continuidad jurídica’ en sentido *fuerte* cuando las normas jurídicas producidas para una específica transición satisfacen todos los criterios de identificación de normas válidas dentro de un determinado sistema jurídico. De acuerdo con este sentido, las normas jurídicas producidas para una transición tendrían que estar absolutamente libres de cualquier clase de ‘vicio’ posible⁸⁵, esto es, no sólo de vicios *formales* –que son el efecto de la inobservancia de normas de competencia, o de la transgresión de reglas procedimentales sobre la producción normativa– sino también de vicios *materiales*, que son el efecto de la incompatibilidad entre ciertas normas y otras normas jerárquicamente superiores que eventualmente pueden limitar o predeterminar su contenido⁸⁶.

Asimismo, entiendo que es necesario asumir este sentido *fuerte* de ‘continuidad jurídica’ porque, como el mismo ARATO reconoce, la idea de una continuidad jurídica durante las transiciones en muchos casos está «basada en ficciones» y esconde «serias rupturas legales»⁸⁷. Luego, si por ‘continuidad jurídica’ se entiende solamente a una de sus perspectivas –por ejemplo, la perspectiva formal–, entonces siempre tendrá perfecto sentido identificar una ruptura legal desde otra perspectiva (por ejemplo, desde el punto de vista material o sustantivo). Así, pues, si la idea de ‘continuidad jurídica’ es un elemento definitorio del modelo ‘post-soberano’ de creación constitucional, tendría que ser considerado integralmente por razones de consistencia teórica.

Pues bien, bajo este sentido *fuerte* de ‘continuidad jurídica’, la identificación de escenarios apropiados para las transiciones ‘legales’ se dificulta. Ello es así porque las

⁸⁵ GUASTINI, 1994c: 224.

⁸⁶ GUASTINI, 2011c: 263; GUASTINI, 1994c: 215.

⁸⁷ ARATO, 2017: 263.

normas constitucionales vigentes en un determinado sistema jurídico –o las normas de la misma jerarquía suprema, equivalentes en regímenes no-constitucionales– podrían impedir ciertos cambios normativos desde el punto de vista de su contenido. En los sistemas constitucionales, estas normas limitadoras pueden ser *expresas* (como las ‘cláusulas de intangibilidad’ dispuestas por la propia constitución⁸⁸) o *inexpresas* (límites materiales ‘implícitos’ y/o ‘conceptuales’ para la reforma constitucional, desarrollados por las cortes y tribunales constitucionales mediante técnicas de interpretación o de ‘construcción’ jurídica)⁸⁹. Evidentemente, es contingente que dentro de un determinado sistema jurídico existan normas constitucionales que limiten el contenido de futuros cambios normativos; pero, si existiesen, entonces todo intento de ejercicio del poder de reforma constitucional deberá observar aquellos límites materiales para poder ser calificado como ‘jurídico’. En estas circunstancias, los aspectos formales de los respectivos actos normativos de reforma no son suficientes; su contenido también es determinante para tales efectos.

Siguiendo con el desarrollo de esta dificultad, cabe preguntarse cómo es que una ‘constitución interina’ –elemento ‘esencial’ del modelo ‘post-soberano’– podría ser promulgada allí donde existieran normas jurídicas en vigor que prohibiesen ciertos cambios materiales o sustantivos dentro del sistema jurídico de que se trate. En este caso, me parece, una transición hacia un sistema jurídico sustantivamente diverso no podría ser lograda dentro de la continuidad jurídica; esta continuidad tendría que romperse desde un punto de vista material para lograr efectivamente dicha transición. Por consiguiente, una transición sin ruptura legal, en el contexto descrito, parece claramente inconcebible.

Ilustraré este punto con un ejemplo que es usado por ARATO para mostrar lo que aparentemente sería el primer antecedente del paradigma ‘post-soberano’: la Transición Española a la democracia (1975-1978)⁹⁰. La pieza jurídica ‘clave’ de esta transición, como es conocido, fue la Ley para la Reforma Política de 1976, que abolió las estructuras de poder del régimen dictatorial franquista e instituyó un nuevo sistema

⁸⁸ Por ejemplo, el art. 139 de la constitución de Italia prohíbe expresamente que se reforme la ‘forma republicana’ del Estado.

⁸⁹ GUASTINI, 1998a: 371. Este tema será desarrollado ampliamente en el capítulo V de esta tesis.

⁹⁰ *Vid.* ARATO, 2017: ix, 193, 233. El ejemplo será ampliado con detalle en la sección 3.2.2. de este mismo capítulo.

político identificado con la democracia constitucional⁹¹. Lo peculiar de este instrumento legal es que fue aprobado por los órganos competentes del anterior régimen, siguiendo el procedimiento para la formación de las leyes establecido por el propio sistema; por esta misma razón, ARATO considera que la Transición Española, al haberse enmarcado en la continuidad jurídica, determinó un patrón y unos resultados que conforman «el comienzo de un nuevo paradigma que puede ser imitado y mejorado donde fuere»⁹²: el paradigma post-soberano de creación constitucional.

Sin embargo, esta ‘perfecta’ continuidad jurídica –concluyente desde un punto de vista formal– resulta por lo menos dudosa desde una perspectiva material. Como se revisará con detalle en la tercera parte de este capítulo (al tratar el tema de las transiciones jurídicamente disciplinadas entre regímenes políticos), en el sistema jurídico franquista existían ‘Leyes Fundamentales’ que, por una parte, prohibían cualquier sistema de representación política democrática (lo que, además, era el contenido de uno de los –así llamados– ‘principios’ del régimen); y, por otra parte, prohibían a todo tipo de acto legislativo vulnerar tales ‘principios’, especificando las respectivas consecuencias legales para tal evento. Así, pues, se podría interpretar que la Ley para la Reforma Política fue producida válidamente sólo desde el punto de vista formal, pero no desde el punto de vista material (justamente, por haber contravenido los ‘principios’ del régimen franquista que predeterminaban el contenido de las leyes en ese sistema). Bajo esta interpretación, el ejemplo analizado no serviría para mostrar cómo una transición hacia un sistema constitucional puede ser lograda dentro de la ‘continuidad jurídica’; por el contrario, esa consecuencia habría sido causada precisamente por la efectiva ruptura legal, en sentido sustantivo, de las ‘Leyes Fundamentales’ del franquismo. Y esto parece perfectamente explicable mediante la teoría clásica del poder constituyente.

⁹¹ Siguiendo la estructura del modelo ‘post-soberano’, podría decirse que la Ley para la Reforma Política funcionó como la ‘constitución interina’ de la transición a la democracia. Esto se puede ver no solo en su primer artículo, donde se declara que «La democracia, en el Estado español, se basa en la supremacía de la Ley, expresión de la voluntad soberana del pueblo» (art. 1.1), sino en el resto de artículos en los que se dispuso, entre otras cosas: el establecimiento del Congreso de los Diputados y del Senado como los nuevos órganos legislativos del sistema (art. 2.1); la elección de los Diputados del Congreso por sufragio universal, directo y secreto (art. 2.2.); y el procedimiento formal requerido para las iniciativas de reforma constitucional (art. 3). Adicionalmente, la misma ley (en su Disposición Transitoria Primera) fijó las bases para la convocatoria a las primeras elecciones libres en España desde 1936, con el objetivo de constituir el Senado y el Congreso de los Diputados.

⁹² ARATO, 2017: 193. *Vid.*, además, ARATO, 2017: ix, 233.

Claro está que lo anterior depende de una cierta interpretación. Pero este es el punto: la viabilidad de la ‘continuidad jurídica’ dentro del modelo ‘post-soberano’ requiere que, en este contexto, se interprete que *no* existan límites materiales en vigor que prohíban la producción jurídica de normas con un cierto contenido tendiente a implementar cambios sustantivos para la transición. Este estado de cosas sería más sencillo de asumir, por ejemplo, en sistemas jurídicos en los que no existen límites materiales expresos para la reforma constitucional (como en el sistema jurídico español), y en los que jurisprudencialmente no se hayan desarrollado límites materiales ‘implícitos’ o ‘conceptuales’ para el ejercicio del mismo poder reformador⁹³. En cualquier caso, es evidente que la viabilidad del modelo post-soberano, caracterizado por la idea de ‘continuidad jurídica’, puede verse restringida a estos contextos relativamente marginales⁹⁴.

2.2.2. *Dudas conceptuales sobre la relación entre ‘reforma’ y ‘sustitución’ constitucional*

A pesar del anterior obstáculo, su carácter contingente permite asumir que podrían existir las circunstancias apropiadas para afirmar la continuidad jurídica de una transición mediante el uso del modelo ‘post-soberano’. Sin embargo, existe otro posible inconveniente: las eventuales dudas que pudieran existir, entre los operadores jurídicos, respecto a si las reglas de reforma constitucional existentes pueden ser usadas (no ya para *reformular* nada sino) para *sustituir* la constitución hasta entonces vigente por una ‘constitución interina’. El tipo de duda que se presenta aquí es de orden conceptual: ¿son equivalentes los conceptos de ‘reforma’ y ‘sustitución’ constitucional? Al afirmar la posibilidad misma de este paso dentro de los procesos orientados por el paradigma ‘post-soberano’, ARATO presupone una respuesta positiva⁹⁵. Pero esto no deja de ser susceptible de problematización, como se verá enseguida.

⁹³ Aunque igual en esos casos se podría acudir a otro tipo de argumentos para problematizar el punto.

⁹⁴ El propio ARATO reconoce las limitaciones del modelo ‘post-soberano’: «Of course I do recognize that the maintenance of legality within change may not be strictly possible in the case of authoritarian regimes or even democratic ones with extremely rigid constitutions» (ARATO, 2000: xiv).

⁹⁵ Y, dicho sea de paso, ARATO también presupone la existencia misma de ciertas reglas de reforma constitucional acorde a las cuales se podría producir una constitución interina. Es verdad que casi todas las constituciones actuales contienen algunas reglas acerca de su propia reforma, pero no es inconcebible que una determinada constitución pueda carecer de estas reglas o que, incluso, pueda prohibir cualquier clase de reformas a su texto (como ocurrió históricamente con las constituciones ‘pétreas’).

Desde una primera aproximación, parece intuitivo afirmar que alguna diferencia tendría que haber entre ‘reformar’ y ‘sustituir’ un cierto objeto. Cuando usamos el verbo ‘reformar’ en el lenguaje coloquial, asumimos que alguna parte de aquello que es reformado permanecerá a pesar de los cambios⁹⁶. En cambio, cuando usamos el verbo ‘sustituir’, en el mismo contexto coloquial, asumimos exactamente lo opuesto: que aquello que es sustituido no permanece en lo absoluto. Esta intuición se encuentra en la base de algunas distinciones entre estos dos conceptos, que pueden ser encontradas tanto en la teoría como en la práctica constitucional.

En esta línea de razonamiento, una de las ‘proposiciones principales’ que definen la ‘teoría convencional de los cambios constitucionales’ es que las modificaciones que han sido producidas mediante las reglas de reforma constitucional, pero que producen algo distinto a una reforma propiamente dicha, «son ilegítimas de acuerdo con la constitución existente»⁹⁷. En sentido similar, Richard ALBERT considera que las reformas constitucionales solo pueden buscar corregir, elaborar, reformar o restaurar alguna parte del texto constitucional, adecuándose de esta manera a lo que el mismo autor denomina ‘cambio constitucional *continuo*’⁹⁸; por el contrario, según ALBERT, un reemplazo que al final produzca la adopción de una nueva constitución cuenta como un ‘cambio constitucional *discontinuo*’⁹⁹. Jason MAZZONE, asimismo, considera que algunos cambios que van más allá de la simple reforma (y que, en su lugar, crean algo nuevo) no son *reformas* –pues no forman ‘parte de la constitución’ que supuestamente ha sido reformada– sino que representan otra constitución que ha reemplazado a la que existía previamente¹⁰⁰. En síntesis, y en palabras de Yaniv ROZNAI, «el poder de reforma constitucional no puede ser usado para destruir la constitución»¹⁰¹.

⁹⁶ No ocurre así con el lenguaje técnico que se ocupa en ciertas teorías (por ejemplo, la teoría de conjuntos). En este sentido, Eugenio BULYGIN señala que, si por ‘constitución’ se entiende simplemente un conjunto de artículos (desde el primero hasta el último), entonces cada reforma –cada eliminación, cada adición y cada sustitución– daría lugar al cambio de constitución, pues el conjunto resultante sería diferente del conjunto dado por la constitución original (BULYGIN, 1982: 180-181). Sin embargo, sería bastante extraño considerar que cada reforma constitucional (incluso mínima o marginal) implique el establecimiento de una nueva constitución (*vid.* GUASTINI, 2019b: 164). Para otras críticas, relacionadas con la imposibilidad de discernir la importancia de los cambios constitucionales, *vid.* ALBERT, 2019: 77.

⁹⁷ Como se explica en ALBERT, 2019: 71.

⁹⁸ ALBERT, 2019: 79-82.

⁹⁹ ALBERT, 2019: 150.

¹⁰⁰ MAZZONE, 2005: 1755.

¹⁰¹ ROZNAI, 2017: 141. Esta idea parece claramente influenciada por Carl SCHMITT: «*Reforma constitucional no es, pues, destrucción de la Constitución*» (SCHMITT, 1928: 119. Cursivas en el original).

De modo similar, en la práctica constitucional existen algunos ejemplos de esta distinción; así, la Corte Constitucional de Colombia, en varios fallos jurisprudenciales, ha desarrollado la doctrina de la ‘sustitución de la constitución’, acorde a la cual «el poder para reformar la constitución comprende el poder de introducir cambios en cualquier artículo del texto constitucional» siempre que estos cambios «no impliquen una derogación de la constitución ni su sustitución por una diferente»¹⁰².

Ahora bien, debe contrastarse lo anterior considerando que una de las típicas formas en las que una reforma constitucional puede ser ejecutada es, precisamente, mediante la *sustitución* de un elemento por otro (siendo la sustitución una combinación de dos acciones: suprimir un elemento y añadir otro en su lugar)¹⁰³. Una sustitución puede ser vista, entonces, como un tipo de ‘reforma’. Así, pues, si una determinada constitución permite la reforma de cualquier artículo de su texto, sin prohibir expresamente ningún cambio material –como ocurre, por ejemplo, con la constitución española–, entonces la sustitución total en este contexto podría ser simplemente entendida como una de las posibilidades lógicamente implicadas en el poder de reforma constitucional. Esta conclusión puede ser suscrita, entre otras, por una concepción puramente ‘formal’ o ‘procedimental’ en este ámbito: si el procedimiento de reforma constitucional dispuesto por la constitución ha sido rigurosamente observado, entonces –sin importar el alcance– será simplemente una reforma constitucional¹⁰⁴.

De todos modos, la tendencia actual en la teoría constitucional parece ir por el lado de considerar que una reforma a la constitución no puede llegar hasta el extremo de reemplazarla completamente porque, en ese caso, la ‘identidad’ de la constitución se pondría en riesgo¹⁰⁵. En este respecto, ALBERT sostiene que si una reforma produce

¹⁰² BERNAL PULIDO, 2013: 341 (citando el fallo C-551/2003 de la Corte Constitucional de Colombia).

¹⁰³ BULYGIN, 1982: 180.

¹⁰⁴ GUASTINI, 2011c: 176. La misma conclusión se suscribe en ELKINS, GINSBURG y MELTON, 2009: 55, quienes sí distinguen los conceptos de ‘reforma’ y ‘reemplazo’, pero consideran al segundo como un tipo de cambio constitucional que inobserva el procedimiento de reforma (Cfr. ALBERT, 2019: 77).

¹⁰⁵ Este enfoque se remonta por lo menos hasta el pensamiento de Carl SCHMITT, quien defendía que un cambio en el texto constitucional equivale a una genuina reforma «sólo bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo» (SCHMITT, 1928: 119). La influencia de SCHMITT en este sentido es aún notoria; *vid.*, por ejemplo, ALBERT, 2019: 150, quien considera que un cambio constitucional que altere la ‘identidad’ de la constitución (su ‘espíritu’ o sus principios) debe ser propiamente definido como ‘cambio constitucional discontinuo’. Cfr. GUASTINI, 2019b, para un análisis crítico de cuatro diversos sentidos de ‘identidad’ de la constitución.

como resultado una constitución que es incompatible con la constitución existente, ya sea en su estructura, propósitos o presupuestos fundamentales, entonces es «más que una reforma»¹⁰⁶: es un «desmembramiento constitucional»¹⁰⁷. En la misma dirección, pero con un diferente razonamiento, ROZNAI sostiene que el poder de reforma constitucional es «el mecanismo interno que la constitución provee para su auto-preservación»; por ende, destruir la constitución subvertiría la propia *raison d'être* de este poder delegado¹⁰⁸. Teniendo esto en consideración, ROZNAI concluye que el órgano a quien se confía el poder de reforma constitucional «no puede usar este poder para destruir el mismo instrumento del que emana su autoridad y sobre el cual está construido»¹⁰⁹.

De cualquier manera, no existe una respuesta ‘correcta’ para esta cuestión conceptual. La respuesta dependerá de cómo se construyan los conceptos de ‘constitución’ y de ‘reforma constitucional’¹¹⁰; esto es, dependerá de las propiedades escogidas para componer dichos conceptos. De ahí que se puedan encontrar diversas concepciones en torno a la relación entre ‘reforma’ y ‘sustitución’:

- (i) Son conceptos equivalentes (indistinguibles);
- (ii) Son conceptos formalmente distinguibles;
- (iii) Son conceptos materialmente distinguibles; y,
- (iv) Son conceptos formal y materialmente distinguibles.

Sobre la base de algunas de estas concepciones, las cortes constitucionales pueden construir –y, de hecho, construyen– límites materiales ‘implícitos’ al poder de reforma constitucional¹¹¹. Por ejemplo, bajo la concepción (iii), ciertas cortes podrían rechazar una reforma que sustituya la constitución por considerar que es una operación inválida. Pero otros tribunales también podrían considerar, asumiendo la concepción (i), que tal

¹⁰⁶ ALBERT, 2019: 91.

¹⁰⁷ ALBERT, 2019: 85. Y según el mismo autor, esto podría ocurrir no sólo para debilitar las democracias liberales sino también, eventualmente, para mejorarlas (*Ibidem*).

¹⁰⁸ ROZNAI, 2017: 141. En similar sentido, Fernando ATRIA señala que «las formas y procedimientos constitucionales existen para proteger la constitución [...] El ejercicio regular de los poderes constituidos está, por definición, sujeto a relativizaciones y condiciones» (ATRIA, 2020: 52).

¹⁰⁹ ROZNAI, 2017: 141.

¹¹⁰ GUASTINI, 2011c: 173-174.

¹¹¹ *Vid.* capítulo V, sección 3.2.2.2., de esta tesis, donde se detalla cómo los límites ‘conceptuales’ de la reforma constitucional pueden ser mejor comprendidos como una variable de los límites ‘implícitos’.

operación sí que es admisible y no conlleva ninguna «objeción sostenible para su validez»¹¹².

En todo caso, el punto que he tratado de mostrar en esta sección es que la continuidad jurídica en el modelo ‘post-soberano’ depende de que se admita, a través del ejercicio del poder de reforma, la sustitución de la constitución preexistente por una nueva constitución interina; pero esto, a su vez, depende de que se admita la posibilidad misma de una reforma constitucional de tales alcances (lo que, en puridad, es una cuestión estrictamente conceptual). Como se ha visto, las concepciones en este respecto no son uniformes y algunas de ellas pueden generar limitaciones prácticas con consecuencias jurídicas¹¹³. Y ello, sin duda, restringe aún más las opciones de viabilidad del modelo de creación constitucional presentado por ARATO.

2.2.3. *La tensión interna del modelo post-soberano*

El último problema que expondré, respecto al modelo ‘post-soberano’, está relacionado con los criterios para considerar el surgimiento de un nuevo orden jurídico. Siguiendo una distinción bastante conocida en la teoría del derecho, puede comprenderse que un *sistema jurídico* es un conjunto de normas existentes en un territorio y en un tiempo determinados, mientras que un *orden jurídico* es una secuencia de sistemas jurídicos¹¹⁴. Ahora bien, si se sigue la definición de ‘sistema jurídico’ como un conjunto de normas jurídicas en un cierto ámbito espacial y temporal, esto significa que cada vez que una nueva norma jurídica es creada dentro de ese ámbito, o cada vez que una norma dentro de ese ámbito es derogada, «obtenemos un nuevo conjunto,

¹¹² ALBERT, 2019: 150-151 (en un contexto descriptivo). Con todo, existen dos circunstancias en las que una sustitución de la constitución, lograda por medio de una reforma constitucional, podría ser menos problemática (en mi opinión): a) cuando la propia constitución expresamente prevé esta posibilidad (como en el caso ya antes comentado de la *revisión total* prevista en la constitución española); y, b) cuando las reglas de reforma constitucional son utilizadas para su propia reforma, con la finalidad de generar una regulación constitucional idéntica al caso anterior. Esto es lo que recientemente ocurrió en Chile, donde una reforma constitucional –introducida por la *Ley 21.200*, vigente desde el 24 de diciembre de 2019– modificó el capítulo sobre la reforma constitucional en la constitución chilena (capítulo XV) disponiendo expresamente un procedimiento específico para la eventual promulgación de una nueva constitución. *Pace* Alf ROSS, quien consideraba que, como «[u]na proposición no puede referirse a sí misma», entonces «[c]ualquier reforma» de las reglas de reforma constitucional es «un hecho a-jurídico, y no creación del derecho por medio de un procedimiento que haya sido instituido» (ROSS, 1958a: 79-80).

¹¹³ Sobre la forma en que se imbrican los ‘límites conceptuales’ de la reforma constitucional en el razonamiento jurídico, véase el capítulo V, sección 3.2.2.2., de esta tesis.

¹¹⁴ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1976: 397.

distinto del conjunto originario. La identidad del conjunto está dada precisamente por la identidad de sus elementos»¹¹⁵. Precisamente para permitir la referencia a un determinado derecho que ‘permanece’ a pesar de los múltiples cambios normativos que se dan con el tiempo, Joseph RAZ introdujo la distinción entre ‘sistema jurídico momentáneo’ y ‘sistema jurídico’ (‘no-momentáneo’)¹¹⁶, que posteriormente sería refinada con la correlativa distinción entre ‘sistema jurídico’ y ‘orden jurídico’. Ambos conceptos permiten capturar, respectivamente, los aspectos estáticos y dinámicos del derecho objetivo.

Dicho esto, uno de los típicos problemas de los que se ha ocupado la teoría jurídica es determinar los criterios que suministran las condiciones necesarias y/o suficientes para la identificación de un orden jurídico, es decir, los criterios utilizados para identificar qué sistemas jurídicos pertenecen a una cierta secuencia normativa. En términos generales, estos criterios pueden ser formales o materiales¹¹⁷; de hecho, la continuidad jurídica, que se predica del modelo de creación constitucional ‘post-soberano’, es precisamente uno de aquellos criterios formales. Es en este punto donde aparece el problema al que me quiero referir, que está relacionado con la adopción del criterio de continuidad jurídica en el modelo post-soberano.

De acuerdo con este criterio –y como se vio al final del capítulo II– la conformidad legal de los cambios normativos (de un sistema a otro) opera como condición de identificación de un orden jurídico. Más precisamente, si las nuevas normas de un sistema han sido producidas mediante actos autorizados por el sistema jurídico anterior, y las normas previas que ya no pertenecen al nuevo sistema jurídico han sido derogadas mediante actos asimismo autorizados por el anterior sistema jurídico, entonces queda garantizada la legalidad entre los cambios temporales de sistemas, y todos ellos pueden ser considerados como pertenecientes a un mismo orden jurídico¹¹⁸. Este criterio puede ser asumido como condición necesaria y suficiente de identificación o, incluso, sólo como condición necesaria. Pues bien, si el modelo ‘post-soberano’ es caracterizado por la continuidad jurídica en las transiciones (aunque sea como condición necesaria pero no suficiente), entonces debe aceptarse que una transición exitosa, bajo este criterio

¹¹⁵ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1976: 396.

¹¹⁶ RAZ, 1970: 34.

¹¹⁷ VILAJOSANA, 1996: 47.

¹¹⁸ CARACCILO, 1988: 68.

formal, mantendrá al nuevo sistema jurídico resultante dentro del mismo orden jurídico preexistente.

Pero sería bastante extraño afirmar esto. Piénsese, por ejemplo, en la transición hacia el sistema constitucional *post-apartheid* llevada a cabo en Sudáfrica (1993-1997), que es considerada por ARATO como «la versión paradigmática o arquetípica» de una transición perfectamente ejecutada «a través de la continuidad jurídica»¹¹⁹ (dado que las reglas de reforma constitucional del anterior régimen «fueron utilizadas hasta ser jurídicamente reemplazadas»¹²⁰). Dadas las características de esta transición constitucional, y si fuera cierto que allí se mantuvo la continuidad jurídica (como ampliamente se afirma), ¿significa entonces que el orden jurídico sudafricano siguió siendo el mismo?

Una respuesta positiva a esta pregunta, en opinión de algunos autores, sería contraintuitiva y poco consonante con la noción de ‘cambio de orden jurídico’ que usualmente utilizan los juristas¹²¹. La única forma de evadir esta conclusión –salvo que se admita que sí hubo algún tipo de ruptura legal durante la transición– es asumir un diverso criterio de identificación de los órdenes jurídicos: uno que no incluya la ‘continuidad jurídica’, ni como condición necesaria ni como condición suficiente para tal identificación¹²². Este podría ser el caso de un criterio que sólo tenga en cuenta la importancia del contenido de las normas que son modificadas (sea que la modificación haya sido efectuada de conformidad con el procedimiento establecido o no)¹²³; esto es, un criterio *puramente material* de identificación de los órdenes jurídicos¹²⁴. Pero el problema de esta estrategia, claro está, es que implica la directa irrelevancia del concepto de ‘continuidad jurídica’: el nuevo orden jurídico al que pertenecería el sistema de normas resultante de la transición, de ningún modo podría ser identificado atendiendo a la continuidad entre este sistema y el anterior.

¹¹⁹ ARATO, 2017: 233.

¹²⁰ ARATO, 2017: 239.

¹²¹ *Vid.* VILAJOSANA, 1996: 50 (opinión, sin embargo, no relacionada con el caso sudafricano).

¹²² Téngase en cuenta que, incluso si fuese asumido sólo como condición necesaria (aunque no suficiente) para la identificación de un orden jurídico, el criterio de continuidad jurídica no permitiría identificar ningún nuevo orden jurídico sin que haya mediado una ruptura efectiva de la legalidad.

¹²³ VILAJOSANA, 1996: 50.

¹²⁴ *Vid.* capítulo II, sección 4, de esta tesis. Como se expuso allí, un criterio de estas características sería, por ejemplo, uno según el cual el cambio de régimen político opere como condición necesaria y suficiente para el cambio de orden jurídico (*vid.* VILAJOSANA, 1996: 61).

Así, pues, como ninguna de las anteriores conclusiones podrían ser aceptadas en razón de la viabilidad del modelo ‘post-soberano’ de creación constitucional, el sencillo análisis contenido en los párrafos precedentes orienta a mostrar una tensión o inconsistencia interna en el propio modelo presentado por ARATO. Esto puede verse del modo siguiente:

- Por una parte, si la continuidad jurídica es incluida como elemento definitorio del referido modelo, entonces el nuevo sistema constitucional resultante de un proceso constituyente ‘post-soberano’ (exitosamente ejecutado) pertenecería siempre al *mismo* orden jurídico preexistente antes de la transición. Por tanto, el poder constituyente ‘post-soberano’ sería un poder incapaz o inapto para generar la consecuencia de un nuevo orden jurídico;
- Por otra parte, si el surgimiento de un nuevo orden jurídico es incluido en el comentado modelo como un resultado necesario de los procesos constituyentes ‘post-soberanos’, entonces los criterios para la identificación de aquel orden no pueden incluir a la continuidad jurídica, ni como condición necesaria ni como condición suficiente. Por ende, el concepto de ‘continuidad jurídica’ sería simplemente irrelevante para el modelo.

Esta inconsistencia muestra, por consiguiente, que el modelo de creación constitucional ‘post-soberano’ solo podría incluir como característica, o bien la continuidad jurídica durante las transiciones, o bien el efectivo surgimiento de un nuevo orden jurídico (como consecuencia de la aplicación exitosa del modelo), pero no los dos rasgos conjuntamente. La conjunción de estos dos rasgos implicaría incurrir en una contradicción, pues un nuevo orden jurídico –una nueva secuencia– no puede emerger de la continuidad con la secuencia existente; salvo que se adopte otra definición de ‘orden jurídico’ que, paradójicamente, considere a la continuidad jurídica del todo irrelevante.

Por este mismo motivo, puede concluirse que la posibilidad de una continuidad jurídica en los procesos de creación de nuevas constituciones no plantea, a fin de cuentas, ningún desafío para el modelo explicativo del poder constituyente según su

concepto tradicional. Dicha continuidad, como se ha visto, o es del todo irrelevante, o es únicamente relevante para caracterizar un poder que es ejercido de conformidad con reglas preexistentes, que no provoca ninguna ruptura legal, y que mantiene la permanencia dentro del mismo orden jurídico: o sea, un poder *constituido*. Por supuesto que se podría estipular que este tipo de poder constituido, creador de una nueva constitución mediante un procedimiento jurídicamente disciplinado, es un ‘poder constituyente’ peculiar: un poder constituyente ‘post-soberano’ (distinto del clásico poder constituyente ‘soberano’). Esto es lo que, en síntesis, realiza ARATO. Pero sería pertinente decir aquí algo análogo a aquello que ya fue criticado al final de la sección 1.2 de este capítulo: añadir a dicho poder la etiqueta ‘constituyente post-soberano’, ni lo hace ‘constituyente’ en el sentido tradicional, ni le quita su condición de poder constituido (por reglas preexistentes)¹²⁵. Así, pues, esta concepción del poder constituyente –como ocurría también con la anterior concepción analizada– no sólo no ofrece ninguna ventaja, sino que acarrea la desventaja de generar posibles confusiones.

2.3. La concepción ‘política’ del poder constituyente libre para escoger su *forma*

La tercera y última de las concepciones del poder constituyente que analizaré en esta segunda parte es la que se desprende de un argumento empleado por Fernando ATRIA en un reciente trabajo. Según ATRIA, dado que el poder constituyente no está atado por decisiones o normas constituidas, esto significa que puede manifestarse eligiendo el uso de cualquier forma; pero ‘cualquier forma’ –destaca el citado autor– «significa cualquier forma, incluyendo formas constituidas, por paradójico que pueda sonar»¹²⁶. Dicho en otras palabras, «el poder constituyente no sólo no está limitado por las formas constituidas, sino que además es libre de usarlas»¹²⁷. Y es que, de acuerdo con ATRIA, si el poder constituyente sólo pudiera manifestarse fuera de la legalidad, entonces ya no sería ‘libre’: estaría ‘fijado’ o sujeto a la condición de *no* manifestarse a través de los procedimientos legalmente constituidos¹²⁸. Este modo de comprensión del poder constituyente, pues, implica la posibilidad de que su irrupción sí que pueda ser

¹²⁵ Es bastante difícil imaginar un argumento que permita refutar la condición constituida del poder constituyente ‘post-soberano’ (visto desde el ordenamiento con el que se mantiene la continuidad jurídica).

¹²⁶ ATRIA, 2020: 52.

¹²⁷ ATRIA, 2020: 52 [2].

¹²⁸ ATRIA, 2020: 52 [4].

canalizada a través de las formas legales en las que típicamente se ejercen los poderes constituidos.

Por otro lado, ATRIA sostiene que un momento constituyente supone la inversión de la relación entre hechos y normas¹²⁹. En los momentos constituidos, las normas (decisiones institucionales) son la medida de los hechos; en cambio, cuando el poder constituyente aparece, «los hechos se convierten en la medida de las normas»¹³⁰. Pero que el poder constituyente elija expresarse a través de las formas de los poderes constituidos, insiste ATRIA, «no significa que la relación entre normas y hechos no esté invertida»¹³¹. Para justificar este punto, el mencionado autor propone un entendimiento no-literal de lo que significa ‘partir de cero’ en un momento constituyente: ‘partir de cero’ significa, en opinión de ATRIA, que la decisión constituyente no está atada o limitada por reglas que le son anteriores, lo que no impide que pueda *apropiarse* de reglas, instituciones o prácticas anteriores concediéndoles un nuevo fundamento de validez¹³²; si lo hace, «no es porque esté obligada por ellas, sino porque considera que son suficientemente adecuadas»¹³³.

En la base de esta concepción de ATRIA está la idea de que el poder constituyente es una ‘magnitud política’ real¹³⁴, que puede asumir cualquier forma «porque es pura substancia»¹³⁵. Así, pues, «todo procedimiento concebible» está disponible para el poder constituyente, que puede darse de cualquier manera¹³⁶. En este respecto, añade ATRIA, es irrelevante que la acción del poder constituyente sea etiquetada como ‘legal’ o ‘ilegal’¹³⁷:

[E]s tan absurdo decir que el poder constituyente debe ser ejercido a través de formas institucionalmente validadas como decir que debe ejercerse contra ellas. Es tan absurdo decir que es una potestad institucional como decir que es una potestad extrainstitucional. Es tan absurdo decir que debe ejercerse mediante procedimientos legalmente válidos como

¹²⁹ ATRIA, 2020: 51.

¹³⁰ ATRIA, 2020: 51-52.

¹³¹ ATRIA, 2020: 52-53.

¹³² Las normas anteriores que la decisión constituyente ‘hace suyas’ «ahora valen fundadas en la nueva decisión. En ese sentido nada anterior a esa decisión tiene normatividad» (ATRIA, 2013: 69).

¹³³ ATRIA, 2013: 72.

¹³⁴ ATRIA, 2020: 52.

¹³⁵ ATRIA, 2013: 91-92.

¹³⁶ ATRIA, 2013: 78.

¹³⁷ ATRIA, 2020: 52.

decir que debe ser ejercido a través de procedimientos legalmente inválidos. Es tan absurdo decir que es ilegal como decir que es legal. Es un poder al que la distinción legal/ilegal no se le aplica, porque la funda. Esto quiere decir que las formas de acumulación de poder no se restringen a las formalmente reconocidas, pero también que no necesitan ser ilegales¹³⁸.

Pues bien, esta concepción de ATRIA sobre el poder constituyente, que indudablemente resulta interesante y original¹³⁹, apareja de todos modos un gran problema: ¿cómo se distingue, entonces, la manifestación del poder constituyente y el ejercicio de un poder constituido? Y más aún, si se tiene en cuenta que el único poder constituido capaz de crear normas constitucionales es el poder de reforma constitucional, ¿cómo distinguir, pues, el poder constituyente que ‘elige’ libremente manifestarse por intermedio del poder de reforma constitucional, por una parte, y el ejercicio –digamos– ‘regular’ de dicho poder reformador en momentos ‘no constituyentes’?

La respuesta que da ATRIA en varios trabajos es la siguiente: para canalizar el poder constituyente, los poderes constituidos tienen que dar un ‘giro radical en el tiempo’ y abandonar la usual perspectiva de elaborar normas adecuadas a los intereses relevantes que existen en los procedimientos de creación jurídica, así como abandonar la asunción de que los hechos se adecuarán a las normas; en su lugar, los poderes constituidos tienen que asumir la perspectiva de crear normas que se ajusten al poder constituyente para que éste pueda expresarse¹⁴⁰. Este ‘giro radical’, agrega ATRIA, depende de la capacidad de los poderes constituidos para reconocer un momento constituyente y pasar, en consecuencia, de las usuales estrategias y negociaciones de la política ordinaria, a la autonegación de ellos mismos para convertirse en los portavoces del poder constituyente¹⁴¹.

¹³⁸ ATRIA, 2013: 91.

¹³⁹ Por tratarse de una concepción estrictamente material, se podría pensar que estas ideas sobre el poder constituyente, en realidad, son tributarias del pensamiento de Carl SCHMITT (influencia que, en general, parece más que evidente en los trabajos de ATRIA). No obstante, como se expuso en el Capítulo I, SCHMITT consideraba que el poder constituyente no puede apoyarse «en ningún título jurídico» (SCHMITT, 1928: 108) y, además, que «[n]o puede darse un procedimiento regulado al cual se encuentre vinculada la actividad del poder constituyente» (SCHMITT, 1928: 99).

¹⁴⁰ ATRIA, 2020: 53.

¹⁴¹ ATRIA, 2020: 54.

La anterior explicación, me parece, no es lo suficientemente clara como para permitir una adecuada comprensión sobre la propuesta del citado autor. Además, la cuestión previamente anotada sigue irresuelta: si el elemento que serviría para trazar una distinción entre la manifestación del poder constituyente y el ejercicio de los poderes constituidos es, en suma, el ‘giro radical’ al que se refiere ATRIA, ¿cómo puede esto ser evidenciado? La respuesta del referido autor a esta nueva cuestión, como se verá enseguida, no tiene nada que ver con los aspectos formales.

La respuesta de ATRIA no está en la forma; la forma puede ser la que sea, lo cual es consecuente con su postulado de que «la forma es la substancia»¹⁴². De ahí que el mismo autor renuncie a cualquier posible distinción entre ‘decisión’ y ‘procedimiento’: «la idea de que decisión y procedimiento pueden ser distinguidos debe ser rechazada»¹⁴³. Para ATRIA, todo radica en la substancia: como el poder constituyente es ‘pura substancia’, la pregunta misma acerca de los procedimientos para tomar la decisión constituyente no puede ser contestada (ni siquiera en cuanto a su legalidad o ilegalidad), puesto que «la única perspectiva que permite responder (esa pregunta) es la de la decisión misma»¹⁴⁴.

Luego, según esta manera de ver las cosas, sólo es posible preguntar «qué modo de tomar la decisión corresponde plenamente al tipo de decisión que es»¹⁴⁵. Según el mismo autor en cita, dicho modo de adoptar la decisión constituyente se conecta con elementos sustantivos como la participación más amplia posible, la representación de los intereses de todos, el reconocimiento de los derechos de participación política a todos los ciudadanos, etc.¹⁴⁶. En estos componentes, pues, se hallaría la sustantividad identificatoria del antes mencionado ‘giro radical’ y, en consecuencia, de una manifestación apropiada para el poder constituyente, cuyo producto sólo puede ser «una forma de existencia política que permita el autogobierno del pueblo»¹⁴⁷.

Con estas indicaciones, se pueden comprender de mejor manera los fundamentos y los rasgos que definen la concepción de ATRIA sobre el poder constituyente. Como es

¹⁴² ATRIA, 2013: 63-64.

¹⁴³ ATRIA, 2013: 70.

¹⁴⁴ ATRIA, 2013: 69.

¹⁴⁵ ATRIA, 2013: 69.

¹⁴⁶ ATRIA, 2013: 70.

¹⁴⁷ ATRIA, 2013: 81.

notorio, se trata de una concepción estrictamente material (política, no jurídica¹⁴⁸) que, tras la senda del pensamiento de Carl SCHMITT, identifica al poder constituyente como una voluntad política acerca del modo y forma del ser político¹⁴⁹ y que sirve de fundamento a la constitución en sentido ‘positivo’¹⁵⁰, esto es, a la «decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta *por sí misma y se da a sí misma*»¹⁵¹. La peculiaridad de la concepción de ATRIA radica, en todo caso, en extraer todas las consecuencias que se siguen de no considerar como relevante a la forma de manifestación de dicho poder, lo que ciertamente permite concluir que el poder constituyente pueda ser canalizado a través de una forma típicamente ‘legal’ (aunque carezca propiamente de sentido calificar a esa forma de ‘legal’ o ‘ilegal’, siguiendo el razonamiento del mismo autor).

Con todo, la adopción de la concepción ‘política’ del poder constituyente expresada por ATRIA supone, en mi opinión, dos inconvenientes no menores.

El primer inconveniente es que dicha concepción, al entender al poder constituyente exclusivamente como una voluntad política o como una cuestión de ‘sentido político’¹⁵², pierde totalmente de vista el aspecto fáctico de la noción bajo análisis; en este sentido, opina ATRIA que la afirmación de que el poder constituyente se ha manifestado «no es una afirmación de hecho determinable por referencia a la evidencia empírica o a la investigación historiográfica [...] [e]s una afirmación sobre cómo nos comprendemos, no sobre los hechos que ocurrieron o no en un momento preciso del pasado»¹⁵³. Pero, claro, con ello también queda marginado el análisis de todos los hechos relevantes que permiten justamente formular afirmaciones como aquellas, lo que no resulta nada razonable: la idea misma de una voluntad política que funda una decisión y un modo de ‘autocomprensión’ (siguiendo la terminología *schmittiana* adoptada por ATRIA) ha de tener alguna referencia fáctica para que tenga sentido emplear de este modo el lenguaje. Por lo demás, esta exclusión del aspecto fáctico provoca también que, al no tener como referencia la realización de ciertos hechos

¹⁴⁸ ATRIA, 2013: 26-28. Para un desarrollo acerca de cuál es el significado de un concepto político de ‘poder constituyente’, con referencias centrales a SCHMITT y a ATRIA, *vid.* IOSA, 2017: 416-432.

¹⁴⁹ SCHMITT, 1928: 93-94.

¹⁵⁰ SCHMITT, 1928: 45, 94.

¹⁵¹ SCHMITT, 1928: 46 (cursivas en el texto original).

¹⁵² ATRIA, 2013: 26.

¹⁵³ ATRIA, 2013: 26.

sociales e institucionales, se utilice el sintagma ‘poder constituyente’ para hacer alusión a una entidad o un *ser* que es libre para ‘elegir’ la forma de su manifestación, lo que en cierto sentido resulta bastante extraño.

El segundo inconveniente, por su parte, es todavía mayor. Consiste en que una distinción puramente material entre la manifestación del poder constituyente y el ejercicio de un poder constituido –que, como se dijo antes, no puede ser otro que el poder de reforma constitucional– provocaría que ciertos resultados institucionales, ampliamente identificados como tales (dentro y fuera de la cultura jurídica de un determinado país), no sean considerados como manifestación ni como producto del poder constituyente. Y es que, si el ‘giro radical’ al que se refiere ATRIA no tiene lugar, entonces, según el mismo autor, habría que entender que «el procedimiento no fue considerado apto por el poder constituyente»¹⁵⁴. Pero ¿qué sucede si el procedimiento continúa su recorrido? En ese caso, concluye ATRIA, el llamado ‘proceso constituyente’ lo será sólo *pro forma*, como un procedimiento constituido, y «no conducirá a una nueva Constitución, ni será el medio elegido por el poder constituyente para expresarse»¹⁵⁵.

De lo anterior se sigue que ciertos procesos constituyentes y ciertas constituciones, bajo esta concepción, no cuentan genuinamente como procesos constituyentes ni como constituciones. Siguiendo esta línea de razonamiento, por ejemplo, Chile carecería de una constitución, y el documento que desde hace 40 años ha recibido ese nombre no sería el producto del poder constituyente; en palabras del propio ATRIA, «la llamada Constitución de 1980 no es una constitución», pues no es una decisión «que pueda ser entendida por el pueblo como propia, en lo que respecta a su forma y modo de existencia»¹⁵⁶.

El gran inconveniente de esta forma de ver las cosas es que, más allá de las conclusiones contraintuitivas a las que pueda conducir¹⁵⁷, la labor de identificación del poder constituyente –su manifestación y su producto: una ‘primera’ constitución– sólo

¹⁵⁴ ATRIA, 2020: 57. Nótese, por cierto, como aquí también se presupone la existencia de una entidad que ‘no considera apto’ un cierto procedimiento.

¹⁵⁵ ATRIA, 2020: 57.

¹⁵⁶ ATRIA, 2013: 63, 70.

¹⁵⁷ Piénsese, por ejemplo, cuántas constituciones en el mundo podrían ser entendidas por ‘el pueblo’ como propias, en lo tocante a su forma y modo de existencia.

puede recurrir a valoraciones esencialmente políticas: a actos de ‘afirmación política’ que, según el mismo ATRIA, no son susceptibles de ser refutados por apelación a la evidencia empírica¹⁵⁸. Pero si esto es así, y si se tiene en consideración que esas valoraciones políticas dependen evidentemente del criterio de quienes las efectúan, entonces nada impide concluir que la identificación del poder constituyente y de su resultado normativo, bajo esta concepción, está siempre sujeta a la posibilidad de la controversia, es decir, sujeta a conflictivas y cambiantes determinaciones¹⁵⁹.

2.4. Conclusiones sobre las concepciones ‘incluyentes’ del poder constituyente

Como se ha visto en las secciones precedentes, las tres concepciones examinadas albergan la posibilidad de una manifestación del poder constituyente bajo formas ‘legales’; no obstante, debido a los inconvenientes causados precisamente para contemplar dicha posibilidad, todas ellas dejan un saldo negativo en el balance final sobre distintos aspectos que atañen a su utilidad teórica.

Así, con la primera concepción se pretende dar un espacio al ‘poder constituyente’ constitucionalizado, estipulando que es ‘constituyente’ todo poder mediante el que se haya producido una constitución. Pero con ello se confunden dos tipos de poderes normativos que, a lo sumo, pueden ser semejantes desde una perspectiva material, pero que de ningún modo lo son desde el punto de vista de su manifestación: por un lado, un poder ‘de hecho’, reconocible únicamente *ex post*, luego de su jurídicamente ilimitada manifestación; y, por otro lado, un poder ‘de derecho’, disponible *ex ante*, como competencia constitucional siempre limitada (al menos procedimentalmente). Además, esta ampliación de la noción de ‘poder constituyente’ parece del todo innecesaria, pues, si se trata de destacar con ello la tendencia de muchas constituciones contemporáneas en regular los procesos de sustitución o reemplazo constitucional disciplinado, basta con refinar el concepto de reforma constitucional, manteniendo (y no disolviendo) la distinción subyacente entre dicho poder constituido y el poder constituyente.

¹⁵⁸ ATRIA, 2013: 28.

¹⁵⁹ Lo que, por cierto, no parece ser ningún inconveniente para el propio autor mencionado. Esto sería, para ATRIA, un problema epistémico y no propiamente conceptual.

Con la segunda concepción, en cambio, se pretende dar cuenta del paradigma ‘post-soberano’ de creación constitucional, proponiendo una nueva clasificación entre poderes constituidos, poder constituyente ‘soberano’ y poder constituyente ‘post-soberano’ (este último enmarcado en la idea de continuidad jurídica). Sin embargo, como se mostró en la sección correspondiente, más allá de eventuales obstáculos jurídicos y de dificultades de orden conceptual que restrinjan la posibilidad de una continuidad jurídica para la viabilidad del modelo de creación constitucional ‘post-soberano’, en último término esta concepción adolece de una tensión interna: o bien expresa un poder constituyente incapaz de desencadenar el surgimiento de un nuevo orden jurídico (precisamente porque pretende la continuidad); o bien expresa el surgimiento de un nuevo orden jurídico pero sólo desde una perspectiva en la que ninguna relevancia puede tener la continuidad jurídica, que paradójicamente es lo que distinguiría al paradigma ‘post-soberano’.

Finalmente, la tercera y última de las concepciones analizadas también permite la posibilidad de una manifestación del poder constituyente por intermedio de las formas típicas de los poderes constituidos (del poder de reforma constitucional, específicamente), pero sólo porque la forma es irrelevante para esta concepción puramente material. Como se vio hace poco, además, la única manera de distinguir la manifestación del poder constituyente de un ejercicio regular del poder de reforma constitucional en periodos ordinarios (o no-constituyentes) es acudiendo a valoraciones esencialmente políticas, sin resquicio alguno para recurrir a la evidencia fáctica. Como el propio autor de esta concepción lo expresa, el ‘poder constituyente’ es un concepto «político, no teórico», y el asunto ‘conceptual’ de la posibilidad del poder constituyente no se toma como premisa; la premisa es siempre aquí «un acto de afirmación política»¹⁶⁰.

En conclusión: sobre la base del análisis y de la crítica que he desarrollado a lo largo de toda esta segunda parte del capítulo, he intentado mostrar que las tres concepciones del poder constituyente antes examinadas poseen, respectivamente, una menor claridad y rendimiento explicativo, problemas de consistencia interna, o directamente una finalidad no teórica. Por estas razones me parece, pues, que no resultan persuasivas de

¹⁶⁰ ATRIA, 2013: 28.

cara a funcionar como esquemas para una mejor representación del fenómeno de la creación originaria del derecho.

3. ¿SURGIMIENTO DE NUEVOS ÓRDENES JURÍDICOS SIN RUPTURA?

En esta tercera parte del capítulo analizaré la posibilidad del surgimiento de nuevos órdenes jurídicos sin ruptura de la legalidad. Esta posibilidad ha sido identificada, a modo ejemplificativo, en dos tipos de circunstancias: en las secesiones acordadas y en las transiciones pactadas hacia un nuevo régimen político. Aunque los autores que señalan estos ejemplos no se refieren concretamente al poder constituyente, creo que es necesario examinar estos escenarios para determinar qué tan plausible resulta atribuir, a ciertos cambios normativos producidos de conformidad con reglas jurídicas predeterminadas, la consecuencia de generar un nuevo orden jurídico¹⁶¹. La utilidad de este análisis radica en que, si tal conexión es plausible, entonces podría desafiarse la idea de que la ruptura de la legalidad sea condición necesaria para el surgimiento de nuevos órdenes jurídicos y, por tanto, podría desafiarse el propio concepto tradicional de poder constituyente desgranado en los dos primeros capítulos de esta tesis. Los dos casos antes enunciados serán tratados por separado, a continuación.

3.1. El caso de las secesiones ‘acordadas’

El primer caso se presenta en aquellos procesos de secesión donde el Estado de origen (o Estado ‘matriz’) admite la separación de una parte de su población y territorio, creando las condiciones jurídicas requeridas para que éstos formen un nuevo Estado a través de una transición pacífica y disciplinada. Joseph RAZ, en este contexto, propone el siguiente ejemplo: el país *A* tiene una colonia *B*, regida por el mismo orden jurídico de *A*. Posteriormente, *A* otorga la independencia a *B* mediante una norma jurídica que confiere poderes legislativos, exclusivos e ilimitados, sobre *B*, a un parlamento electo por los habitantes de *B*. Finalmente, ese parlamento adopta una constitución que es

¹⁶¹ Esta es la tesis de Josep M. VILAJOSANA, quien afirma que existen casos en los que es posible hablar del surgimiento de un nuevo orden jurídico sin que haya sido necesario incurrir en ilegalidad o inconstitucionalidad (VILAJOSANA, 1995: 338; VILAJOSANA, 1996: 52-53; VILAJOSANA, 1997: 58-61).

reconocida por los habitantes de *B*, bajo cuyas normas se realizan elecciones y se crean ulteriores normas jurídicas. El gobierno, los tribunales y la población de *B* se consideran a sí mismos como un estado independiente con un orden jurídico independiente, e incluso son reconocidos como tales por todas las naciones, incluyendo a *A*¹⁶².

Tomando este mismo ejemplo, Josep M. VILAJOSANA aduce que, si se tiene en cuenta la actitud de la población y de los tribunales, elementos de suma importancia para determinar la identidad y unidad de un orden¹⁶³, en este escenario se habría originado un nuevo orden jurídico (y, a la par, un nuevo ‘orden estatal’¹⁶⁴), sin necesidad de que se hayan dictado normas no autorizadas jurídicamente. De no ser así, agrega el mismo autor, habría que concluir extrañamente que la constitución y demás normas jurídicas de *B* formarían parte del orden jurídico de *A*, puesto que «fueron autorizadas por la norma de *A* que otorga la independencia y, por tanto, pertenecen a la misma cadena de validez y al mismo orden jurídico»¹⁶⁵. Luego, teniendo en cuenta este ejemplo (aunque no sólo), VILAJOSANA concluye que «la ilegalidad de un cambio normativo no es condición necesaria para el cambio de un orden jurídico»¹⁶⁶.

Pues bien, empezaré con mi propio análisis respecto de este escenario. Ante todo, me parece importante señalar que cada experiencia histórica de secesión acordada muestra una serie de detalles complejos que no pueden obviarse dentro de un análisis particular, por la cantidad de matices relevantes que habría que tener en cuenta; por ello mismo, me parece que el ejemplo de RAZ es demasiado general y simplificador del contexto en que suceden las secesiones acordadas. Me explico.

¹⁶² RAZ, 1970: 102-103. Este ejemplo parece inspirado en HART, 1961: 120-121. VILAJOSANA ocupa este mismo ejemplo en VILAJOSANA, 1997: 60-61.

¹⁶³ VILAJOSANA, 1997: 61.

¹⁶⁴ VILAJOSANA, 1997: 60. El citado autor distingue los conceptos de ‘orden jurídico’ y de ‘orden estatal’. Por ‘orden estatal’, VILAJOSANA entiende «una secuencia de órdenes jurídicos (tercer nivel)» (VILAJOSANA, 1996: 46). Esta noción se encuentra ampliada en VILAJOSANA, 1997: 22-24. Una crítica de esta disociación entre el Estado y el orden jurídico puede verse en ZULETA, 2015: 223.

¹⁶⁵ VILAJOSANA, 1997: 61.

¹⁶⁶ VILAJOSANA, 1996: 53. Soy consciente de que este ejemplo de la secesión acordada tiene que ver *directamente* con la identidad del orden estatal (y no con la identidad del orden jurídico). Sin embargo, como expresa VILAJOSANA, el ejemplo muestra un cambio de orden estatal que, por las conexiones entre niveles, *implica* un cambio de orden jurídico (VILAJOSANA, 1997: 60). Dicho de otro modo, se trata de un ejemplo de cambio de orden jurídico por implicación: porque ha habido un cambio de orden estatal. De hecho, el mismo autor utiliza expresamente este ejemplo para intentar mostrar cómo un cambio de orden jurídico puede verificarse sin ‘ilegalidad’ de por medio. Y es precisamente esta idea la que se discute en esta sección.

Para empezar, existen sistemas jurídicos de constitución rígida en los que sencillamente sería inconstitucional que una norma concediera ‘poderes legislativos, exclusivos e ilimitados’ a un parlamento electo por los habitantes de una parte del territorio de un Estado¹⁶⁷. De hecho, podría asumirse que la gran mayoría de sistemas jurídicos no permitirían esa ‘transferencia de poderes’ ni, además, la consecuente cesión de una porción del territorio y de la población del propio Estado en favor de nuevos Estados. En estos casos, la norma del ejemplo en cuestión no podría ser promulgada de forma válida dentro del ordenamiento jurídico de A; por el contrario, su producción significaría un estado de cosas inconstitucional, sólo que pacíficamente consentido por las autoridades y por los habitantes de A. En otras palabras, bajo estas circunstancias, se podría inferir que la eventual producción de una norma como la referida podría darse pacíficamente pero no *legalmente*¹⁶⁸.

Claro está, el ejemplo hipotético de RAZ no llega tan lejos como para detallar si existen las condiciones de su propia realización dentro de un régimen de constitución rígida¹⁶⁹. Y, sobre todo, se puede refutar la anterior observación señalando que la existencia de normas jerárquicas superiores, que impidan jurídicamente aquella transferencia de poderes a un nuevo Estado, depende de una mera contingencia; este problema no se presentaría, por caso, cuando las propias normas constitucionales contemplan expresamente aquella posibilidad (sea que tales normas se deriven del texto constitucional originario o de posteriores reformas constitucionales introducidas)¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Por ejemplo, el art. 1 de la constitución francesa declara que «Francia es una república indivisible»; el art. 5 de la constitución de Italia expresa que la República es «una e indivisible»; y el art. 2 de la constitución española enfatiza que «La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles».

¹⁶⁸ Asumo aquí que una ruptura ‘ilegal’ podría ser perfectamente pacífica y consentida. Dicho de otro modo, asumo que no existe una relación conceptual o necesaria entre ‘ruptura ilegal’ y ‘ruptura violenta’.

¹⁶⁹ Además, si se tiene en cuenta la época en que este ejemplo fue formulado (1970), podría pensarse que RAZ estaba haciendo referencia a los procesos de descolonización atinentes al Reino Unido, donde evidentemente no existe un régimen de constitución rígida (sino flexible).

¹⁷⁰ Hasta donde he podido investigar, este supuesto de hecho se presenta con claridad solamente en una constitución (de entre todas las constituciones vigentes alrededor del mundo): la constitución de Etiopía, que en su artículo 39 no solo reconoce el «incondicional derecho a la autodeterminación, incluyendo el derecho a la secesión» atribuido a «cada Nación, Nacionalidad y Pueblo en Etiopía» (art. 39.1); sino que también dispone todo un procedimiento jurídico para la entrada en vigor de la secesión (art. 39.4), lo que incluye, entre otras cosas, la celebración de un referéndum y la «transferencia de poderes» que el Gobierno Federal tendría que realizar en favor del Parlamento de la «Nación, Nacionalidad o Pueblo» que haya logrado una votación favorable a la secesión (art. 39.4.d). Existe otro caso digno de mención, aunque no es del todo coincidente: el art. 4.2 de la constitución del Principado de Liechtenstein dispone que los municipios tienen el derecho de secesión para separarse del Estado, y que tal secesión «debe ser regulada por una ley o, si fuere el caso, por un tratado». Mi investigación se ha basado en la información que consta en la base de datos *Constitute Project* (www.constituteproject.org).

En cualquier caso, y más allá de posibles contingencias, el ejemplo analizado me parece criticable por lo siguiente: una secesión acordada –entendida como la consensuada separación de una parte del territorio y de la población de un Estado, realizada con la finalidad de retirarse de la jurisdicción de este último¹⁷¹– no se materializa por ninguna ‘transferencia de poderes’ a favor del nuevo Estado. La secesión acordada se concreta simplemente cuando la parte del territorio del Estado ‘matriz’ utiliza efectivamente el procedimiento que consensualmente se haya determinado para hacer efectiva la separación. Pero el acto de la secesión –el acto de ‘salir’– no debe ser confundido con el acto lógicamente posterior de *autodeterminación*, mediante el cual los habitantes del territorio separado deciden su futuro como comunidad política (lo que, la mayoría de las veces, aunque no necesariamente, conducirá a la constitución de un nuevo Estado)¹⁷². Y es que, aunque ambos puedan ser simultáneamente expresados desde un punto de vista cronológico, se trata de dos actos conceptualmente separables. Para discernir esto con claridad, conviene tener en cuenta la siguiente distinción entre:

- El acto propiamente dicho de la secesión, que puede estar supeditado a las normas y procedimientos jurídicos del Estado ‘matriz’ (dependiendo de si se lo ha regulado y de cómo se lo haya regulado) y que, por ende, puede ser ejecutado mediante un cumplimiento perfectamente ‘legal’ de aquellas normas; y,
- El acto de autodeterminación mediante el cual los habitantes del territorio ya separado deciden su futuro como comunidad política (y que, en la mayoría de las ocasiones, consistirá en el acto de constituir un autogobierno colectivo a través de órganos y legislación propios, como un nuevo Estado soberano).

¹⁷¹ Utilizo aquí varias ideas acerca de la secesión contenidas en la ya clásica obra de Allen BUCHANAN (BUCHANAN, 1991: 9-12). Según este autor, aunque la mayoría de los casos de secesión busquen como objetivo último la adquisición de completa independencia política, esto no siempre es así; en ciertos casos, también se podría pretender la secesión para permitir la anexión del territorio a otro Estado ya existente (lo que, por ejemplo, sucedió en la península de Crimea cuando ésta se separó de Ucrania para anexarse a Rusia en el 2014). Por ello mismo, BUCHANAN señala que sería un error definir a la secesión como la separación de un Estado existente para constituir un nuevo Estado soberano (BUCHANAN, 1991: 10).

¹⁷² Entiendo por ‘autodeterminación’ a la facultad de escoger «*por quién ser gobernados*», y de no hacer depender al gobierno de «*una voluntad diversa a la de los propios gobernados* sobre un territorio determinado» (MARGIOTTA, 2005: 10. *Cursivas en el texto original*).

Con la anterior distinción se pueden extraer dos importantes corolarios relacionados con la secesión acordada: por una parte, que el acto de secesión no implica la constitución de un nuevo Estado (que es un acto diverso, que no necesariamente se sigue de la secesión, y que, en caso de darse, es lógicamente posterior a la secesión, en el sentido de que la presupone); y, por otra parte, que nada tiene que ver –ni en la secesión, ni en el posterior acto de autodeterminación– la imaginada transferencia de «poderes legislativos, exclusivos e ilimitados» a favor del parlamento del nuevo Estado independiente. No hay conexión alguna con el acto propiamente dicho de secesión acordada, dado que este no es un ejercicio de competencias; y tampoco hay ninguna relación con el acto de autodeterminación precisamente porque, por definición, éste sólo puede ser determinado de manera autónoma (y no por una suerte de ‘habilitación jurídica’ dada por otro Estado).

Así, pues, la idea de que se pueda ‘otorgar la independencia’ a un territorio, mediante una norma jurídica que confiera «poderes legislativos, exclusivos e ilimitados», refleja en el ejemplo hipotético de RAZ una desencaminada reconstrucción de lo que ocurre en las secesiones acordadas. Con todo, si existiese una norma con ese contenido en el contexto de una secesión acordada, tal norma sólo podría tener: *ad extra*, un significado meramente simbólico, claramente no jurídico, y en ningún caso equiparable a una auténtica autorización¹⁷³; y *ad intra*, un significado jurídico limitado estrictamente al propio Estado ‘matriz’, con la finalidad de establecer los respectivos reajustes en su extensión geográfica y en su ámbito de intervención política y jurídica una vez asumida la secesión¹⁷⁴.

Dejando atrás el ejemplo hipotético antes comentado, existen casos reales de secesiones acordadas que fueron ejecutadas de conformidad con los procedimientos

¹⁷³ El mismo RAZ acepta esto al indicar que el hecho de la producción normativa de una ley que confiera ‘poderes legislativos ilimitados’, sería considerado dentro del nuevo Estado como un hecho de «gran significado político, pero no jurídico»; algo que el mismo autor estima como una opinión «completamente justificada» (RAZ, 1970: 103).

¹⁷⁴ Como se indicó en una nota al pie anterior, este sería el caso de Etiopía. La constitución de ese país (art. 39.4.d) dispone literalmente que, en caso de secesión, se deba realizar una «transferencia de poderes» a favor del Parlamento de la «Nación, Nacionalidad o Pueblo» que haya logrado un resultado favorable en el respectivo referéndum secesionista. Pero esto no parece ser más que un uso equívoco del lenguaje, dado que ni la secesión ni el acto de autodeterminación posterior –como se mostró hace poco– requieren de alguna ‘transferencia de poderes’ para poder realizarse. Esto se muestra claramente en todos los ejemplos históricos de secesión acordada que posteriormente fueron seguidos por el nacimiento de nuevos Estados soberanos: en ningún caso se requirió de esa transferencia de poderes, sencillamente porque no había nada que el Estado matriz debiera ‘transferir’ para que tales actos se concretaran.

legalmente establecidos –previstos, algunas veces, en las propias constituciones de los Estados de origen– y que antecedieron al nacimiento de nuevos Estados¹⁷⁵. En estas circunstancias, en las que aparentemente no habría existido ninguna ruptura *extra ordinem*, es usual que se describa a tales secesiones como casos exitosos de surgimiento de nuevos órdenes jurídico-estatales. Sin embargo, esto sería bastante impreciso: como ya se ha visto, un acto de secesión no necesariamente implica la constitución de un nuevo Estado; por ello mismo, de la ejecución perfectamente ‘legal’ de una secesión acordada, no se sigue absolutamente nada respecto al eventual y lógicamente posterior surgimiento de un nuevo orden jurídico-estatal¹⁷⁶.

Es aquí donde sostendré que el nacimiento de un nuevo Estado soberano y de su correspondiente orden jurídico-estatal, incluso teniendo como antecedente una secesión acordada que haya sido obtenida desde parámetros nítidamente jurídicos, sólo puede concretarse por la manifestación del poder constituyente; esto es, por la realización efectiva de un conjunto de hechos sociales que incluyen la promulgación y aceptación de normas ‘originarias’ y el consecuente reconocimiento de un orden jurídico propio¹⁷⁷. Esto resulta inevitable en la medida en que, para poder tener una forma determinada, la nueva estructura estatal necesitará producir determinadas normas básicas de organización social y política que, dado el contexto, no pueden estar dotadas de un fundamento de validez identificable en normas jurídicas¹⁷⁸. Dicho de otro modo, todo nuevo Estado independiente requiere de un grupo de normas básicas que puedan operar

¹⁷⁵ Un ejemplo paradigmático es la secesión de Montenegro, que culminó el 3 de junio de 2006 con la declaración de independencia de ese país (respecto de la desaparecida ‘Unión Estatal de Serbia y Montenegro’). Se trata de un caso paradigmático porque la secesión fue perfectamente ejecutada desde los parámetros legales y constitucionales; y es que, tanto el referéndum para la secesión de Montenegro, así como la ley que dispuso su convocatoria y realización, estaban constitucionalmente previstos como instrumentos jurídicos para viabilizar una eventual secesión. En efecto, el art. 60 de la Carta Constitucional de la Unión Estatal de Serbia y Montenegro, promulgada en el año 2003, articulaba un procedimiento jurídico de cambio de *status* para salir de la Unión que podía ser utilizado por cualquiera de los Estados miembros, opción que en efecto fue escogida por las autoridades de Montenegro. He analizado a profundidad este caso en BAQUERIZO MINUCHE, 2019a: 100-107. Otro caso destacable es el de Sudán del Sur, que logró su independencia en el 2011 a través de un referéndum de ‘autodeterminación’ que también estaba previsto con detalle, incluso en lo tocante a su época de celebración, en la constitución del país al que pertenecía, es decir, en la constitución de la República del Sudán (Título XVI, Arts. 219 a 222).

¹⁷⁶ Digo ‘eventual’ porque, aunque sean ampliamente mayoritarios los casos en que ello así suceda, no puede dejar de concebirse la posibilidad de la anexión del territorio separado a otro Estado ya existente; con ello, ningún nuevo orden jurídico surgiría de forma posterior a la secesión acordada.

¹⁷⁷ Algunas ideas parecidas pueden encontrarse en HART, 1961: 121.

¹⁷⁸ Estas normas no pueden estar ‘autorizadas’ por otras normas jurídicas: ni de otros Estados, dada la inviabilidad de que una ‘transferencia de poderes’ pueda generar efectos jurídicos *ad extra*, como ya antes se ha argumentado; ni del mismo Estado naciente, puesto que se supone que el contexto de referencia es un contexto primigenio.

como *su* primera constitución –entendida en el sentido más elemental: como un conjunto de normas que le *dan forma* al Estado¹⁷⁹–, lo cual es una necesidad allí donde se afirme que existe un Estado y un orden jurídico vinculado a la tal organización estatal¹⁸⁰.

En conclusión, el escenario político de las secesiones acordadas no es un buen caso para mostrar la posibilidad del surgimiento de nuevos órdenes jurídicos dentro de la ‘legalidad’. Aunque técnicamente la producción de las normas ‘originarias’, en este caso, no se da por contravenir o inobservar las normas sobre la producción jurídica del Estado de origen –sino sencillamente porque, por hipótesis, no hay normas anteriores–, de todos modos, se trata de normas privadas de cualquier fundamento jurídico de validez: son, por igual, normas no autorizadas jurídicamente –a las que no puede calificarse ni como ‘válidas’ ni como ‘inválidas’ desde el punto de vista de su origen– pero cuya producción es una condición necesaria para la conformación del nuevo sistema jurídico originario y para el surgimiento del nuevo orden jurídico estatal.

3.2. El caso de las transiciones jurídicamente disciplinadas entre regímenes políticos

Paso ahora a analizar el segundo escenario. El supuesto caso es que existirían transiciones entre regímenes políticos, dentro de un mismo Estado, en las que no sólo se habría respetado la legalidad existente, sino que las propias normas jurídicas en vigor habrían articulado el paso ‘legal’ de un sistema político a otro. De antemano diré que los ejemplos que usualmente se ofrecen al respecto son engañosos o, al menos, poco claros. En este sentido, creo que es necesario identificar la existencia de:

1. Transiciones aparentemente ‘legales’ pero encubiertamente ‘ilegales’ (desde el punto de vista formal y material);

¹⁷⁹ «[T]odos los Estados tienen una ‘forma’ en este sentido y, por lo tanto, todos están provistos de una constitución de algún tipo» (GUASTINI, 2011c: 158).

¹⁸⁰ Todo Estado tiene, por definición, una constitución propia en este específico sentido. Como expresaba John GARDNER, «A constitution is a conceptual necessity of every legal system. In every legal system there are rules that specify the major institutions and officials of government, and determine which of them is to do what, and how they are to interact, and how their membership or succession is to be determined, and so forth. [...] These rules without which there would be no legal system [...] make up the constitution of that system» (GARDNER, 2011: 89).

2. Transiciones ‘legales’ únicamente desde un punto de vista formal, pero no desde una perspectiva material; y,
3. Transiciones ‘legales’ tanto desde un punto de vista formal como material.

A continuación, empleando algunos ejemplos que a menudo se indican como referencia de transiciones jurídicamente disciplinadas (pero que dejan, como mínimo, algunas serias dudas), realizaré un breve análisis por separado de cada uno de estos casos. Posteriormente, expondré de modo razonado por qué –incluso si el caso 3 fuese empíricamente viable– no resulta convincente sostener la idea del surgimiento de un nuevo orden jurídico por causa de una transición legalmente ejecutada.

3.2.1. Transiciones aparentemente ‘legales’ pero encubiertamente ‘ilegales’

El primer caso está dado por transiciones entre regímenes políticos que han sido caracterizadas como ‘legales’ porque, aparentemente, no hubo dentro de ellas ninguna ruptura jurídica; sin embargo, una revisión más profunda de estos casos muestra que dichas caracterizaciones suelen ocultar importantes hechos que guían hacia conclusiones opuestas respecto del mantenimiento de la legalidad durante la respectiva transición. En síntesis, se trata de transiciones ‘legales’ sólo en apariencia; lo que subyace es precisamente su ‘ilegalidad’ tanto desde un punto de vista formal como sustantivo.

Uno de los ejemplos más visibles de este caso es el tránsito de la República de Weimar al Tercer Reich en Alemania, que –de acuerdo con un lugar común en la narrativa sobre el advenimiento del nazismo– es caracterizado como una transición «constitucionalmente» ejecutada, desde un régimen democrático a un régimen político autoritario¹⁸¹. Básicamente, el caso se centra en un hecho que ha sido históricamente considerado como el ‘punto final’ de la democracia constitucional de aquel entonces: la

¹⁸¹ *Vid.*, por ejemplo, VILAJOSANA, 1995: 338; VILAJOSANA, 1996: 52; VILAJOSANA, 1997: 61. Cabe resaltar que el mencionado autor coloca siempre la palabra «constitucionalmente» entre comillas, con lo cual se da a entender que su caracterización –o la adhesión a tal caracterización– es simplemente *a priori*.

aprobación de la denominada ‘Ley Habilitante’ (*Ermächtigungsgesetz*) del 24 de marzo de 1933, que reformó la constitución de Weimar de 1919 concediendo al gobierno –esto es, al Canciller (Adolf Hitler) y a su gabinete– plenos poderes para dictar leyes sin intervención alguna del Parlamento, y cuyo contenido podía incluso prevalecer frente a la constitución en caso de oposición¹⁸². Pues bien, a partir de la consideración de que dicha reforma constitucional se enmarcó perfectamente dentro de la legalidad vigente – lo que originalmente fue defendido por Carl SCHMITT¹⁸³–, se formó el tópico de que jamás hubo en la Alemania de 1933 una ruptura formal de la legalidad concerniente al ordenamiento jurídico encabezado por la constitución en vigor.

Sin embargo, existen buenas razones para dudar de aquello. Por una parte, hay una buena cantidad de objeciones de orden sustantivo, relacionadas, sobre todo, con la disolución del principio de separación de poderes y la degradación de la constitución como norma jerárquicamente suprema¹⁸⁴. Por otra parte, diversos estudiosos del derecho constitucional alemán han argumentado que aquella ley reformativa también era *formalmente* inconstitucional, puesto que habría sido producida violando el procedimiento prescrito por la constitución de ese entonces¹⁸⁵. Esto derrumbaría el mito de la supuesta ‘legalidad’ de la transición hacia el nacionalsocialismo y, más bien, colocaría al ejemplo como demostrativo de lo opuesto: la ‘Ley Habilitante’ de 1933

¹⁸² Siempre que no afectase la institucionalidad de las cámaras legislativas (esta fue la única excepción). Todo esto fue dispuesto en los arts. 1 y 2 de la «Ley para remediar las dificultades del Pueblo y del Reich» (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*). Esta reforma provocó que, entre 1933 y 1945, se dictasen más de 4500 ‘leyes del gobierno’ (frente a apenas 9 leyes dictadas por el Parlamento alemán durante ese mismo periodo). *Vid.* GARCÍA AMADO, 1991: 348 [15].

¹⁸³ SCHMITT, 1933: 5-7. «The German revolution was legal, that is to say, formally correct in keeping with the former constitution [...] In rest, its legality is meaningful only in terms of the legality of the former Weimar Constitution, that is of a system that has been *superseded*» (SCHMITT, 1933: 7. Cursivas en el texto original). Como se puede apreciar, SCHMITT sólo sostenía la legalidad formal de esta reforma.

¹⁸⁴ Estos efectos permitirían decir que, incluso si no se aceptasen los argumentos de la ‘ilegalidad’ formal, existirían otros argumentos para sostener la ‘ilegalidad’ de esta transición desde un punto de vista material (caso 2 en la taxonomía aquí utilizada).

¹⁸⁵ El principal argumento consiste en señalar que la Constitución de Weimar prescribía, en su artículo 76, que cualquier modificación constitucional sería aprobada en sede legislativa con la mayoría calificada de dos tercios de los parlamentarios; sin embargo, en el mismo día de la votación, el presidente del *Reichstag* (Hermann Göring) modificó unilateralmente y sin ninguna base legal el cálculo de dicho quórum, para que no se tuviera en cuenta a 81 diputados del Partido Comunista (a quienes previamente se había detenido y acusado por actos de traición). Ello ocasionó que se disminuyera la cantidad de votos necesarios para aprobar la reforma. Entre otras estrategias ideadas por el Partido Nacionalsocialista para obtener la aprobación de esta reforma, además, se ha identificado: la disposición *ad hoc*, del mismo Göring, para que los parlamentarios ausentes sin causa contasen como si hubieran estado presentes a efectos de considerar el quórum de instalación; y la presencia de las milicias SA, en el propio recinto de la votación, para intimidar y amenazar a los parlamentarios que estaban en desacuerdo con la propuesta. *Vid.*, al respecto, LOEWENSTEIN, 1937: 543-545. Sobre la inconstitucionalidad formal de la ‘Ley Habilitante’ también se han ocupado, entre otros, K. REVERMANN, H. SCHNEIDER, G. DANNEMANN y D. MAJER, todos ellos referidos en GARCÍA AMADO, 1991: 348 [15].

podría ser vista como una ‘primera constitución’ *de facto*, esto es, como el resultado de unos hechos normativos efectivamente impuestos que ocasionaron el surgimiento de un nuevo orden jurídico¹⁸⁶.

3.2.2. Transiciones formalmente ‘legales’ pero materialmente ‘ilegales’

El segundo caso también se centra en las transiciones políticas que, de modo aparente, habrían sido ejecutadas dentro de la legalidad. La diferencia con el caso anterior es que aquí no parece cuestionable que haya existido una adecuación a la legalidad formal o procedimental; lo que resulta dudoso, en cambio, es que ello se haya podido lograr sin ruptura de la legalidad desde una perspectiva material o sustantiva.

El ejemplo que viene al caso es la Transición Española de finales de los años 70, que significó el paso del régimen dictatorial franquista a la democracia constitucional en España y que, de acuerdo con una opinión ampliamente compartida, se considera un ejemplo paradigmático de una transición ‘legal’. Como ya se reseñó brevemente en la segunda parte de este capítulo¹⁸⁷, uno de los hechos determinantes de esta transición fue la aprobación, casi un año después de la muerte de Franco, de la Ley para la Reforma Política de 1977¹⁸⁸, que eliminó el andamiaje de los poderes del régimen hasta entonces en vigor mediante una serie de disposiciones que viabilizaron el establecimiento de un nuevo sistema político: uno democrático-constitucional¹⁸⁹.

Lo trascendente de este caso es que la Ley para la Reforma Política estuvo marcada por los siguientes hechos:

¹⁸⁶ Vid. SCHMITT, 1933: 6, donde se describe a la ‘Ley Habilitante’ como una «constitución provisional».

¹⁸⁷ *Supra*, sección 2.2.1.

¹⁸⁸ Francisco Franco Bahamonde falleció el 20 de noviembre de 1975. La Ley para la Reforma Política fue aprobada en sede legislativa el 18 de noviembre de 1976; luego, fue masivamente ratificada mediante un referéndum celebrado el 15 de diciembre de 1976; y, finalmente, fue promulgada el 4 de enero de 1977 por el entonces Rey de España, Juan Carlos I.

¹⁸⁹ Esta ley instituyó a los órganos legislativos de la democracia (el Congreso de los Diputados y el Senado), y estableció los pasos para la realización de unas elecciones generales y libres con la finalidad de conformar aquellos órganos. Constituidos conforme al voto popular, fueron estos órganos legislativos los encargados de redactar y aprobar el texto de la Constitución de 1978, conforme a las disposiciones sobre la competencia y el procedimiento formal requerido para la reforma constitucional (que la misma Ley para la Reforma Política también había previsto).

- Fue aprobada por las ‘Cortes Españolas’ (institución de la dictadura que funcionaba como una asamblea unicameral con funciones cuasi-legislativas, dependiente de la iniciativa y de la sanción del Jefe de Estado);
- Su aprobación se realizó según el procedimiento especificado en la Ley Constitutiva de las Cortes de 1942 (una de las denominadas ‘Leyes Fundamentales’ del franquismo¹⁹⁰);
- Posteriormente a su aprobación por las Cortes, fue sometida a un referéndum, en observancia de lo dispuesto por la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado de 1947 (otra de las ‘Leyes Fundamentales’)¹⁹¹; y,
- Finalmente, fue sancionada y promulgada el 4 de enero de 1977 como la octava ‘Ley Fundamental’ (asimismo, de conformidad con las disposiciones de las precitadas ‘Leyes Fundamentales’¹⁹²).

Sobre la base de todo lo anterior, es también un lugar común afirmar que la Transición Española estuvo enmarcada en la ‘perfecta’ legalidad: los propios órganos de la dictadura franquista habrían liquidado el régimen siguiendo un procedimiento «de la ley a la ley, a través de la ley»¹⁹³; dicho metafóricamente, dichos órganos habrían ejecutado un *harakiri* que tuvo como efecto la «voladura controlada del Régimen»¹⁹⁴.

No obstante, aunque parece indudable que la Ley para la Reforma Política tuvo un fundamento dinámico de validez identificable en normas sobre la producción jurídica pertenecientes al ordenamiento del régimen franquista, no es del todo estéril preguntarse

¹⁹⁰ Las ‘Leyes Fundamentales’ –en total fueron ocho– conformaban un conjunto de disposiciones acerca de los aspectos básicos del sistema político dictatorial, al modo de una ‘constitución’ del régimen (entendido este término en su sentido más amplio). De hecho, la misma Ley para la Reforma Política fue aprobada por las Cortes como la octava (y a la postre, última) ‘Ley Fundamental’.

¹⁹¹ Los resultados del referéndum arrojaron más del 94% de aceptación popular.

¹⁹² La sanción y promulgación de las leyes correspondía al Jefe de Estado, según lo dispuesto por el art. 16 de la Ley Constitutiva de las Cortes de 1942. El Jefe de Estado en ese momento era ya Juan Carlos de Borbón, quien fue proclamado como tal el 22 de noviembre de 1975, en su condición de Rey de España y de acuerdo con lo regulado en la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado de 1947.

¹⁹³ Frase adjudicada a Torcuato Fernández-Miranda y Hevia, último presidente de las ‘Cortes Españolas’ y figura clave de la Transición Española. A él se le atribuye la estrategia de desmontar la dictadura franquista a través de los propios instrumentos legales del régimen, así como la redacción del borrador de la Ley para la Reforma Política (cuya presentación, oficialmente, le correspondía al Gobierno presidido por Adolfo Suárez).

¹⁹⁴ PÉREZ ROYO y CARRASCO DURÁN, 2018: 91.

si aquellas normas eran las *únicas* que condicionaban su emisión; dicho más claramente, cabe preguntar si el ordenamiento jurídico de ese entonces no incluía otro tipo de normas que hubieran limitado la actividad legislativa más allá de los aspectos estrictamente formales que, como se ha visto, fueron sobradamente cumplidos. La respuesta parece ser afirmativa si se atiende a lo dispuesto en otras dos ‘Leyes Fundamentales’ del franquismo:

- Por un lado, la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958, que establecía a la ‘representación orgánica’ (no democrática) como uno de los *Principios* que definían al orden político vigente¹⁹⁵, y que disponía que «Toda organización política de cualquier índole, al margen de este sistema representativo, será considerada ilegal» (art. VIII); y,
- Por otro lado, la Ley Orgánica del Estado de 1967, que calificaba como un ‘contrafuero’ (un acto prohibido) a todo acto legislativo que vulnerase los ‘Principios del Movimiento Nacional’ o las ‘Leyes Fundamentales’ (art. 59. I).

A partir de aquí caben dos interpretaciones.

Según la primera interpretación, las dos disposiciones jurídicas citadas incluían normas relativas al contenido de futuras regulaciones y, en este sentido, limitaban la producción normativa sobre un aspecto sustantivo. Técnicamente, podría decirse que la Ley Orgánica del Estado estableció una jerarquía material acorde a la cual todos los actos legislativos del franquismo estaban subordinados a la Ley de Principios del Movimiento Nacional y, en general, a las demás ‘Leyes Fundamentales’ de ese sistema jurídico¹⁹⁶. De este modo, por más que haya intervenido una autoridad competente, y se

¹⁹⁵ Con las expresiones ‘representación orgánica’ o ‘democracia orgánica’ se designaba a un sistema de representación política implantado en España durante la dictadura de Franco, según el cual los ciudadanos participaban en la toma de decisiones públicas, no a través del sufragio universal ni de los representantes políticos, (sino) mediante las denominadas ‘unidades naturales’ de la sociedad: la familia (donde se nace), el municipio (donde se vive) y el sindicato (donde se trabaja). *Vid.* SOLÉ TURA, 1971: 79-85.

¹⁹⁶ Las ‘jerarquías materiales’ se relacionan con el contenido de las normas jurídicas. Una jerarquía material existe entre dos normas (N1 y N2) cuando una tercera norma (N3) establece que N2 es inválida si es incompatible con el contenido de N1 (así, N1 es ‘materialmente superior’ a N2). Por otro lado, N3 puede establecer esta clase de jerarquía de diversos modos; por ejemplo, prohibiendo que una determinada fuente S1 produzca normas en contradicción con otra fuente S2 (*vid.* GUASTINI, 1994c: 217-218; GUASTINI, 2011c: 240).

hayan observado todos los pasos del procedimiento legislativo en vigor, ninguna ley del régimen franquista podría haber creado ‘legalmente’ una estructura política para representar a los ciudadanos bajo un sistema de democracia liberal, pues esto era un ‘contrafuero’, esto es, un acto prohibido que había sido dispuesto por normas jerárquicamente superiores, y cuya violación implicaba una ruptura legal (desde un punto de vista material).

Por consiguiente, bajo el razonamiento anterior, se puede concluir que la Ley para la Reforma Política fue producida válidamente sólo desde el punto de vista formal pero no desde el punto de vista material. En otras palabras, según esta primera interpretación, tal ley era materialmente inválida¹⁹⁷. El ejemplo de la Transición Española, entonces, no podría servir para acreditar la posibilidad del surgimiento de nuevos órdenes jurídicos sin ruptura *extra ordinem*; al contrario, bajo el análisis antes indicado se podría concluir que lo que provocó el surgimiento de un nuevo orden jurídico en España fue precisamente la ruptura efectiva (en sentido material) de las ‘Leyes Fundamentales’ de Franco, explicable mediante la clásica noción de ‘poder constituyente’.

Según la segunda interpretación, en cambio, la anterior conclusión puede ser rebatida argumentando que ninguna de las ‘Leyes Fundamentales’ tenía una jerarquía material superior a otras ‘Leyes Fundamentales’: todas estaban ‘sobre el mismo nivel’ en el ordenamiento al que pertenecían. De hecho, la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado de 1947 (que también tenía el rango de ‘Ley Fundamental’) disponía un procedimiento para derogar o modificar las ‘Leyes Fundamentales’ acorde al cual era necesario, «además del acuerdo de las Cortes, el referéndum de la nación» (artículo décimo, segundo inciso). Esto es lo que explica que la Ley para la Reforma Política haya sido sometida a un referéndum aprobatorio: porque con su entrada en vigor se iban a modificar algunas (o acaso todas las) ‘Leyes Fundamentales’ del régimen¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Dentro de un sistema jurídico son inválidas –entre otros casos– aquellas normas que, a pesar de haber sido producidas ‘correctamente’ desde un punto de vista formal, resultan de todos modos incompatibles con normas materialmente superiores. A esto se denomina ‘invalidez material’ (GUASTINI, 1994c: 212, 218; GUASTINI, 2011c: 286).

¹⁹⁸ Esto es lo que explícitamente consta en el preámbulo del Real Decreto 2.635/1976, por el que se sometió a referéndum el proyecto de Ley para la Reforma Política (BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1976).

Significa esto que, admitiéndose el efecto derogatorio de la Ley para la Reforma Política, su aprobación fue sometida al procedimiento jurídico correspondiente para la derogación de las ‘Leyes Fundamentales’; y ello presupone justamente que tales leyes sí podían ser derogadas (aunque bajo un procedimiento más agravado). De acuerdo con esta interpretación, pues, la Ley para la Reforma Política –que también era una ‘Ley Fundamental’– no estaba subordinada materialmente a ninguna de las ‘Leyes Fundamentales’ precedentes; de este modo, la derogación de todo el andamiaje jurídico del franquismo habría operado por simple efecto de la entrada en vigencia de la ley posterior (*lex posterior*), y sin ruptura *extra ordinem*.

Los dos anteriores argumentos me parecen, a su vez, susceptibles de ser discutidos ulteriormente. Sin embargo, el único propósito de explicitarlos aquí es mostrar precisamente que la Transición Española no es un caso tan claro de transición ‘legal’ como se suele pensar.

3.2.3. Transiciones ‘legales’ tanto desde un punto de vista formal como material

El tercer y definitivo caso supone ya, y no sólo en apariencia, un evento de transición ‘legal’ entre regímenes políticos, tanto en los aspectos formales como en los aspectos materiales. Sin embargo, en el transcurso de esta investigación no ha sido posible encontrar ningún ejemplo claro de una transición con esas características; de hecho, ni siquiera el caso que se señala como ‘paradigmático’ de una transición enteramente lograda mediante la continuidad jurídica parece que sea del todo claro en este sentido. Me refiero a la transición sudafricana hacia el sistema constitucional *post-apartheid*, de mediados de la década de los años 90 del siglo pasado¹⁹⁹.

Respecto de este señalado ejemplo ‘arquetípico’, la literatura correspondiente coincide largamente en destacar a la transición sudafricana como un radical cambio socio-político implementado «sin rupturas legales o constitucionales»²⁰⁰. En esta línea de pensamiento, es ampliamente aceptado que todos los instrumentos jurídicos, a través

¹⁹⁹ Que, como se vio en la sección 2.2.3. de este capítulo, es señalado por Andrew ARATO como el arquetipo de una transición realizada a través de la continuidad jurídica (ARATO, 2017: 233).

²⁰⁰ *Vid.*, por todos, CORDER, 1994: 522-523.

de los cuales se implementó la transición, fueron formalmente adoptados por el Parlamento Sudafricano de conformidad con lo prescrito por las leyes vigentes²⁰¹.

A primera vista, lo anterior parecería preciso en la medida en que, por una parte, se habrían utilizado las propias reglas de reforma constitucional del anterior régimen para poder producir los cambios necesarios (esto es, la promulgación de una constitución interina que, a su vez, determinó el procedimiento para la instauración del nuevo sistema constitucional)²⁰²; y, por otra parte, porque tales cambios no estaban jurídicamente prohibidos: la anterior constitución de Sudáfrica de 1983 no contenía ninguna ‘cláusula de intangibilidad’ que prohibiera la introducción de cambios sustantivos a su texto²⁰³.

Sin embargo, es bastante llamativo que en el preámbulo de la constitución interina nunca se haya mencionado a las cláusulas de reforma constitucional –de la constitución anterior– como las normas jurídicas habilitantes que permitían efectuar dicho cambio de constitución. Es más, en ninguna parte de esa constitución interina se mencionó –ni directa ni indirectamente– que el documento constitucional producido era el resultado del ejercicio del poder de reforma constitucional. En este sentido, una lectura del texto completo de la constitución interina de 1993 deja la impresión de que ésta hubiese sido más bien el producto de una instauración y no de una reforma constitucional.

En este respecto coincide que, según una tradicional opinión anterior a la transición, el Parlamento Sudafricano era concebido como un órgano ‘supremo’; y esta supremacía parlamentaria conducía a admitir que, a efectos prácticos, el Parlamento «podía aprobar cualquier ley que quisiera»²⁰⁴. De hecho, en un sentido importante, la transición sudafricana es vista como «el triunfo del constitucionalismo sobre la soberanía parlamentaria»²⁰⁵. Luego, no parece descabellado imaginar una interpretación acorde a la cual la constitución interina fue producida (no por la habilitación de la constitución

²⁰¹ CORDER, 1994: 522.

²⁰² Según la reconstrucción especificada en ARATO, 2017: 239. La constitución interina (‘Constitution of the Republic of South Africa - Act 200-1993), a su vez, sustituyó completamente a la constitución anterior de 1983 (Republic of South Africa Constitution - Act 110-1983).

²⁰³ Esta constitución declaraba, en su art. 99 (1), que el Parlamento podía derogar o reformar cualquier artículo de su texto, siempre que se sujete a los procedimientos agravados que para tal efecto se especificaban en el mismo artículo.

²⁰⁴ Opinión del ex *Chief Justice* de Sudáfrica, Michael McGregor Corbett (citado en KLUG, 2000: 46).

²⁰⁵ KLUG, 2000: 115.

anterior sino) porque el Parlamento Sudafricano –al igual que sucede con el Parlamento Inglés– era tradicionalmente concebido como el órgano ‘soberano’ de ese sistema. Y si esto era así, entonces no parecería tan adecuado concluir que la constitución interina haya sido válidamente producida; su producción por parte de un Parlamento dotado de ese rasgo de la soberanía parlamentaria parecería describirse de mejor modo afirmando que aquella constitución interina no era *ni válida ni inválida*²⁰⁶. El poder constituyente en Sudáfrica, siguiendo este argumento, habría sido efectivamente manifestado cuando ese nuevo conjunto de normas supremas sustituyó a la constitución anterior, por decisión del ‘soberano’ –el Parlamento– y no por uso de la delegación para hacer reformas a la constitución preexistente²⁰⁷.

Claro está, siempre es posible interpretar que casos como el anterior son en realidad demostrativos de transiciones ‘legales’ en todo sentido. Pero incluso si esto fuera admitido –es decir, incluso si se aceptase que una transición entre regímenes políticos pudiera darse de modo perfectamente ‘legal’ y dentro de la continuidad jurídica– creo que no resulta persuasivo extraer, de estas premisas, la conclusión de que ha surgido un nuevo orden jurídico (o que ha surgido por causa del mantenimiento de esa ‘legalidad’).

Las razones ya fueron ofrecidas en la segunda parte de este capítulo, al criticar la tensión interna del modelo ‘post-soberano’ de creación constitucional. Lo que sostengo en esta tesis es que, como fuere que se entienda el concepto de ‘orden jurídico’, la posible existencia de un caso 3 (una transición ‘legal’ desde todo punto de vista), o no constituiría una instancia de ese concepto; o sí lo haría, pero no por el rasgo de la ‘legalidad’. Para el efecto, insistiré en que:

- Si se sigue un concepto de ‘orden jurídico’ entendido como una secuencia de sistemas normativos relacionados por el principio de legalidad como criterio de

²⁰⁶ Característica predicable de las ‘normas soberanas’ (VON WRIGHT, 1963: 201).

²⁰⁷ Debo admitir que ningún autor consultado sostiene esta interpretación. La explicación que ampliamente se conviene es que la constitución interina fue el producto de una inteligente negociación entre las principales fuerzas políticas sudafricanas, que acordaron una serie de principios y procedimientos para articular una transición hacia la democracia (*vid.* KLUG, 2000: 105). Sin embargo, esta explicación no es contradictoria con el argumento aquí enunciado: el contexto de negociación política antes indicado puede ser visto como aquello que antecedió y motivó la decisión del Parlamento, integrado justamente por representantes de esas fuerzas políticas. Pero dicha decisión, *per se*, no parece haber sido el producto del ejercicio de un poder constituido de reforma constitucional, sino (mucho más plausiblemente) el producto de la manifestación del poder constituyente.

identificación (sea como condición necesaria y/o suficiente), entonces la continuidad jurídica, que se afirma en estos casos de transición ‘legal’, determinaría asimismo la continuidad (del nuevo sistema generado) dentro del mismo orden jurídico preexistente. En síntesis, dado que la continuidad legal no rompe la secuencia bajo el criterio de identificación escogido, la secuencia por definición seguirá siendo la misma.

- Si se sigue, en cambio, un concepto de ‘orden jurídico’ entendido como una secuencia de sistemas normativos relacionados –no ya por el principio de legalidad (ni como condición necesaria, ni como condición suficiente) sino– por criterios puramente materiales (por ejemplo, el cambio de régimen político), entonces las transiciones como las descritas sí podrían ocasionar como resultado la generación de un nuevo orden jurídico, pero no porque hayan sido ejecutadas de modo perfectamente ‘legal’ sino, simplemente, por la corroboración de esos otros criterios materiales. Por ejemplo, siguiendo el criterio de identificación de los órdenes jurídicos propuesto por Josep M. VILAJOSANA (analizado en el capítulo II), cualquier transición entre regímenes políticos ocasionará el surgimiento de un nuevo orden jurídico, pero en ello nada tendría que ver que los cambios normativos hayan sido legales o ilegales.

Asimismo, sobre la base de lo anterior, puede concluirse lo siguiente:

- Si se sigue el primero de los conceptos de ‘orden jurídico’, una transición enteramente ‘legal’ no puede nunca implicar el poder constituyente (según el concepto tradicional asumido en esta tesis). Se puede estipular otro concepto de ‘poder constituyente’ (por ejemplo, un ‘poder constituyente constitucionalizado’ o un ‘poder constituyente post-soberano’), pero en cualquier caso sería, evidentemente, un ‘poder constituyente’ incapaz o inapto para generar un nuevo orden jurídico.
- Si se sigue el segundo de los conceptos de ‘orden jurídico’, en cambio, cualquier concepto de poder constituyente caracterizado por la forma de su manifestación (sea el concepto tradicional u otros conceptos alternativos) sería sencillamente irrelevante. El único modo de insertar en esta explicación al ‘poder constituyente’

sería caracterizarlo únicamente desde el punto de vista de su resultado (al modo en que lo hacen la concepción ‘amplia’ y la concepción ‘política’ del poder constituyente, revisadas respectivamente en las secciones 2.1. y 2.3. de este capítulo). Lo que remite, en ese caso, a las críticas que ya se dejaron consignadas en la segunda parte.

4. CONCLUSIONES

En este capítulo me he concentrado en atender los aparentes desafíos que supone la idea de un poder constituyente ‘legal’, identificable tanto en la teoría constitucional como en las prácticas de creación constitucional de los Estados. Como se puede evidenciar a lo largo de este texto, mi criterio es que tales desafíos son, como he dicho, aparentes.

De este modo, en la primera parte del capítulo he mostrado las serias confusiones en que se basan los tres argumentos que equiparan a la competencia de reemplazo constitucional regulado con el ‘poder constituyente’ (razones que han llevado a señalar la existencia de ‘procesos constituyentes’ constitucionalmente previstos); en la segunda parte, a su vez, he criticado tres concepciones de ‘poder constituyente’ que, así como permiten introducir la posibilidad de una manifestación ‘legal’ de dicho ‘poder’, generan a cambio diversos inconvenientes de carácter teórico que no presenta el concepto tradicional asumido en esta tesis; y, finalmente, en la tercera parte, me he ocupado de clarificar que, eliminados los casos dudosos, la adecuación a las reglas jurídicas predeterminadas, en los escenarios de transición entre regímenes políticos, no provoca el surgimiento de un nuevo orden jurídico (o lo provoca pero no por la continuidad jurídica), lo cual no puede implicar el concepto tradicional de ‘poder constituyente’ sino, a lo sumo, otro tipo de concepto cuya referencia será, o bien un poder inapto para crear un orden jurídico, o bien diversos poderes (*de iure* o *de facto*) innecesariamente mezclados en virtud de una definición centrada exclusivamente en las consecuencias.

Con todo, se podría cuestionar que esta inflexibilidad para admitir una modulación del concepto de ‘poder constituyente’ estaría perdiendo de vista aquello que todos estos

argumentos, concepciones y prácticas constitucionales, en el fondo, están tratando de captar: la existencia de un nuevo ‘paradigma’ *post-revolucionario* de creación constitucional, de acuerdo con los tiempos actuales y a la forma de conducirse de las sociedades contemporáneas (ARATO *dixit*). Mi respuesta en ese caso es bastante sencilla: la mejor manera de captar ese ‘giro’ no es modelando el concepto de ‘poder constituyente’ sino, más bien, el concepto de reforma constitucional. Y esto es precisamente lo que haré en los dos siguientes capítulos.

CAPÍTULO IV

EL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL COMO ‘PODER CONSTITUYENTE’: UNA CONCEPCIÓN PROBLEMÁTICA

0. INTRODUCCIÓN

A lo largo de todo el capítulo anterior se criticó la idea de que los procesos de creación de nuevas constituciones, que se ejecutan de conformidad con las propias reglas constitucionales dispuestas para el efecto, impliquen el ejercicio de algo así como un poder constituyente ‘legal’. Una de las principales fuentes de esta confusión es la concepción del poder de reforma constitucional como ‘poder constituyente’, que fue revisada someramente en el capítulo anterior (sección 1.2.) y cuyo análisis exhaustivo será abarcado en todo el presente capítulo.

La referida concepción se puede identificar en los movimientos doctrinarios que postularon, desde inicios del siglo pasado –aunque con bases que se remontan a finales del s. XVIII– que la facultad de reformar una constitución rígida es una *especie o etapa* del mismo poder constituyente. A pesar de su relativa antigüedad, y con independencia de las variantes terminológicas, esta tesis del poder de reforma como ‘poder constituyente’ sigue teniendo una importante presencia en la dogmática constitucional española, donde ha sido acogida por varias generaciones de constitucionalistas. De igual

manera, la recepción de esta doctrina es ampliamente visible en muchos países de Latinoamérica.

Las razones por las que considero que es necesario dedicar todo un capítulo a esta concepción son dos: en primer lugar, por su dilatada permanencia en la cultura jurídica; y, en segundo lugar, por los efectos perniciosos que provoca en las prácticas de creación constitucional, que van mucho más allá de cuestiones meramente terminológicas. Además, una crítica integral de los variados argumentos que se han ideado para fundamentar la mencionada concepción es necesaria en orden a afianzar la distinción entre el poder de reforma constitucional y el poder constituyente; distinción que, a su vez, es un presupuesto necesario tanto para el análisis de los límites divisorios entre el ejercicio de uno y otro poder, cuanto para una propuesta de refinamiento del concepto de ‘reforma constitucional’ (propósitos que serán ulteriormente abordados en el capítulo V de esta tesis).

En este capítulo, entonces, procederé de la siguiente manera:

Primero, comenzaré haciendo un breve repaso por los orígenes históricos del poder de reforma constitucional y su influencia en la formación de las primeras concepciones doctrinarias que lo abordaron como objeto de estudio. Esta revisión es interesante porque permite mostrar cómo se originaron las distintas denominaciones que se refieren al poder de reforma constitucional en términos asociados al poder constituyente.

En segundo lugar, analizaré críticamente los cuatro principales argumentos que se han ofrecido para justificar la concepción del poder de reforma constitucional como ‘poder constituyente’. Este análisis me llevará a descartar cada uno de esos argumentos y a sostener, en lo principal, que esta concepción es teóricamente implausible; no sólo porque oscurece innecesariamente la distinción entre dos fenómenos separables por sus diferencias, sino también porque su confusa terminología genera un eventual impacto nocivo relacionado con la comprensión de los límites jurídicos del poder de reforma en las prácticas de los Estados constitucionales.

Finalmente, al cierre del capítulo, expondré de modo sumario las conclusiones que pueden inferirse a partir del análisis realizado.

1. EL ORIGEN HISTÓRICO DE LA CONCEPCIÓN CRITICADA

1.1. Un poco de historia sobre los orígenes del poder de reforma constitucional

La idea de que una constitución pueda ser reformada por vías regulares es tan antigua como el constitucionalismo moderno, y aparece plasmada en los textos constitucionales que fueron producidos como consecuencia de las revoluciones norteamericana y francesa, a finales del s. XVIII.

En efecto, la constitución de los Estados Unidos de América, elaborada en la Convención de Philadelphia de 1787, fue históricamente la primera del mundo en contener una cláusula de reforma¹. Así, el artículo V de dicha constitución dispone la posibilidad de que se puedan introducir ‘enmiendas’ (*amendments*) al texto constitucional, las que, una vez ratificadas según los respectivos procedimientos legislativos agravados, serán válidas para todos los efectos como parte de la constitución.

De igual forma, en el artículo 1 del Título VII de la constitución de Francia de 1791 –la primera constitución escrita de la historia francesa– se declaraba que «la Nación tiene el derecho imprescriptible de cambiar su Constitución», aunque inmediatamente se agregaba que resultaría «más conforme al interés nacional» que se use solamente, a través de los medios señalados en la misma constitución, el *derecho* de reformar los artículos respecto de los cuales la experiencia «hubiera hecho sentir sus inconvenientes».

Así, pues, tanto los *framers* que suscribieron la constitución de los EE.UU., como los *députés* de la Asamblea Constituyente que promulgaron la primera constitución de Francia, no llegaron al extremo de proclamar la inmutabilidad permanente de aquellas

¹ «[E]l reconocimiento claro y la deliberada organización del poder de enmienda fue un logro de la Revolución Americana. Esto lo *inventó* la Convención de Filadelfia» (FRIEDRICH, 1941: 282. Cursivas en el texto original). Esta innovadora idea fue puesta en vigor en una época en donde la mayor parte del mundo consideraba una ‘herejía’ sugerir la posibilidad de cambio en gobiernos establecidos y asegurados (SCHEIPS, 1950: 48).

constituciones², sino que optaron por estipular expresamente la susceptibilidad de su reforma, eso sí, bajo procedimientos especiales y agravados que dispusieron en los mismos textos constitucionales. De este modo fue que los primeros padres constituyentes de uno y otro lado del Atlántico zanjaron la ‘tensión intergeneracional’ entre el constitucionalismo y la democracia (entendida como un choque entre el poder de las generaciones presentes y la libertad de las generaciones futuras³): ni encadenando a todas las futuras generaciones con una constitución perpetua⁴, ni tampoco permitiendo que cada generación pudiera modificar la constitución libremente, cada cierto tiempo⁵.

Evitando aquellos dos extremos, y tornando dificultosa la reforma constitucional, se lograba un avance fundamental en la historia del constitucionalismo⁶. Sin embargo, esta parte de la historia apenas comenzaría.

² Aunque sí que declararon la inmutabilidad *temporal* de algunos de sus preceptos (en el caso norteamericano), y la inmutabilidad *temporal* de todo el texto constitucional (en el caso francés).

³ RUBIO LLORENTE, 2009: 21. Se debe agregar que esto no significó una resolución definitiva de la tensión entre el constitucionalismo y la democracia, sino su reconversión «como tensión entre los propios poderes constituidos y más específicamente entre legislativo y judicial, que [...] se disputan la condición de supremo intérprete de la Constitución» (RUBIO LLORENTE, 2009: 25).

⁴ Esta fue la consigna de John LOCKE cuando ayudó a redactar las *Constituciones Fundamentales de Carolina* (1669), cuyo artículo final declaraba: «These fundamental constitutions [...] shall be and remain the sacred and unalterable form and rule of government of Carolina forever» (vid. LEVINSON, 1995: 3-4). No fue este el camino que siguió la Convención de Philadelphia de 1787; allí prevaleció la idea de que redefinir las reglas de la constitución era un derecho que correspondía al Pueblo (ACKERMAN, 1995: 69). Una fundamentación similar se observó en la Asamblea Constituyente francesa de 1789, en cuyo seno tuvo un singular protagonismo el abate Emmanuel J. SIEYÈS quien, en una célebre intervención como diputado, expresó: «Cuando sea preciso revisar y reformar [la Constitución], la Nación decretará los cambios que le parezca conveniente introducir en el texto constitucional» (SIEYÈS, 1789d: 277).

⁵ El pionero en defender esta idea, como se sabe, fue Thomas JEFFERSON: «Each generation is as independent as the one preceding, as that was of all which had gone before. It has then, like them, a right to choose for itself the form of government it believes most promotive of its own happiness; consequently, to accommodate to the circumstances in which it finds itself, that received from its predecessors» (JEFFERSON, 1816: 216). Siendo coherente con lo anterior, JEFFERSON postuló que ninguna sociedad puede producir una constitución perpetua, y que cada constitución debía expirar naturalmente al término de 19 años (lapso en el que debía renovarse cada generación, según cálculos que el propio JEFFERSON realizó tomando como referencia a las tablas europeas de mortalidad de la época): «Every constitution, then, and every law, naturally expires at the end of 19 years. If it be enforced longer, it is an act of force and not of right» (JEFFERSON, 1789: 596). Sin embargo, fueron las ideas de MADISON –y no las de JEFFERSON– las que sobre este punto prevalecieron en Philadelphia, a saber: que, en gran medida, recurrir frecuentemente al Pueblo privaría al gobierno de la necesaria estabilidad política (MADISON, 1788: 246); y que la idea misma de sociedad civil conlleva la posibilidad de atribuir a las generaciones futuras un consentimiento tácito de la constitución allí donde no exista un disenso positivamente expresado (MADISON, 1790: 608). Esto no significa que MADISON haya abogado por una constitución inalterable; quiso simplemente que el proceso de enmienda fuese complejo y dilatado y que, en consecuencia, la constitución tenga una permanencia relativa y no absoluta (HOLMES, 1988: 218). En igual sentido pensaron los primeros constituyentes franceses, quienes en su mayoría se adhirieron a las palabras del diputado LE CHAPELIER: «toda Constitución sabia debe contener en ella misma la voluntad y el medio de llegar a la más alta perfección: pero este medio debe, tanto en su principio como en su consecuencia, ser empleado con circunspección» (citado por BLANCO VALDÉS, 1994: 288).

⁶ LEVINSON, 1995: 4.

La intención detrás de este diseño *rígido*⁷, en las primeras constituciones de EE.UU. y de Francia, era tratar de conjurar hasta el máximo posible los peligros que podían amenazar la estabilidad de la constitución, pero sin llegar a petrificarla⁸. Frente a tales peligros, no obstante, la suerte de estas dos experiencias constitucionales precursoras fue bastante distinta: mientras la constitución norteamericana de 1787, con sólo 27 enmiendas a cuestas, permanece vigente después de más de 228 años⁹, la constitución francesa de 1791 apenas se mantuvo en vigor durante 11 meses¹⁰.

Abundar en detalles cronológicos acerca de la historia constitucional norteamericana y francesa excede a los propósitos de este trabajo; bastará con mencionar que fue mucho más tarde –casi un siglo después de la instauración de aquellas constituciones– que se dispararon en mayor medida los peligros que la implementación de la rigidez constitucional buscaba evitar¹¹. Así, a fines del s. XIX se afirmó el principio democrático frente al monárquico en Europa, y se estabilizó el federalismo en los Estados Unidos de América¹². Bajo este trasfondo político, la vigencia de constituciones escritas fundadas en el principio democrático ofreció una base empírica novedosa de la que se empezaron a encargar los estudiosos del derecho constitucional¹³.

Se produjo así, entre otras cosas, una naciente dogmática del poder de reforma constitucional con marcadas diferencias según su origen geográfico: por un lado, la

⁷ Adviértase que el término «rigidez», que designa una cualidad del texto constitucional frente a su reforma, recién se empezó a utilizar en los trabajos de James BRYCE (1884) y de A.V. DICEY (1885).

⁸ «En Francia, la amenaza viene del principio monárquico; en Norteamérica de una concepción distinta del propio principio democrático, de un entendimiento distinto de la soberanía popular o más precisamente de la comunidad política titular de ese poder» (RUBIO LLORENTE, 2009: 24).

⁹ Aunque fue suscrita el 17 de septiembre de 1787 (*Constitution Day*), y completada en su ratificación el 21 de junio de 1788, la constitución de los EE.UU. recién pudo entrar en vigencia el 4 de marzo de 1789 con la primera sesión del Congreso (LAWSON y SEIDMAN, 2001: 1).

¹⁰ Como relata RUBIO LLORENTE, se suponía que, debido a una mezcla de complejidades procedimentales y de prohibiciones temporales de reforma, esta constitución debía mantenerse inmutable por lo menos hasta diez años después de su promulgación, es decir, hasta 1801 (RUBIO LLORENTE, 2009: 23). Sin embargo, la insurrección del 10 de agosto de 1792 –llamada también ‘Segunda Revolución’, en la que se defenestró a Luis XVI y se convocó a elecciones generales para instalar una Convención Nacional que redactara una nueva constitución– supuso el fin de la monarquía constitucional instaurada hacía menos de un año y, por ende, el final de la efímera constitución de 1791. Luego de ello, Francia sufrió una larga e inestable sucesión de constituciones que llegan, al menos, hasta quince en la actualidad.

¹¹ Evidentemente, la desaparición de aquellos peligros en Francia no obedeció en lo absoluto a la dificultad de la reforma constitucional; y es que, desde la Revolución de 1789 hasta 1870 (cuando se instauró la Tercera República), en dicho Estado hubo siete regímenes políticos y once constituciones.

¹² RUBIO LLORENTE, 2009: 24.

¹³ RUBIO LLORENTE, 2009: 27.

doctrina estadounidense, que concibe al poder de enmienda constitucional como un poder derivado de la propia *naturaleza* de la constitución como una obra imperfecta¹⁴, y que provee las actualizaciones necesarias para dar cuenta de los cambios importantes que operan dentro del sistema político¹⁵; y, por otro lado, la doctrina francesa, que concibe al poder de reforma como parte del mismo ‘poder constituyente’. Revisaré sucintamente cada una de estas doctrinas.

1.2. La doctrina americana y la doctrina francesa sobre la reforma constitucional

Lo primero que hay que decir sobre las investigaciones acerca del poder de reforma constitucional en EE.UU., es que, hasta hace poco, han sido relativamente escasas¹⁶. Dada la extrema dificultad del procedimiento para reformar la constitución¹⁷, las enmiendas formales a su texto han sido inmensamente menos frecuentes que otros mecanismos usualmente empleados para adaptarla a los procesos evolutivos propios de la dinámica social (entre los cuales se destaca la interpretación judicial de la constitución¹⁸). La frecuencia de las enmiendas al texto constitucional, además, está en franco desplome: en los últimos cincuenta años, ello sólo ha ocurrido dos veces¹⁹. A tal punto llega la falta de uso del poder de enmienda en los EE.UU., que en la doctrina se cuestiona hoy en día si el art. V de la constitución –que regula tal poder– no habrá caído o estará por caer en *desuetudo*²⁰. Por todos estos antecedentes, el poder de reforma

¹⁴ El reconocimiento de la inevitable imperfección de la constitución, fundada en el pensamiento de George WASHINGTON y de George MASON, es central para esta doctrina (LEVINSON, 1995: 3-5). Como señala Donald S. LUTZ, «Because fallibility was part of human nature, provision had to be made for altering institutions after experience revealed their flaws and unintended consequences. Originally, therefore, the amendment process was predicated not only on the need to adapt to changing circumstances but also on the need to compensate for the limits of human understanding and virtue. In a sense, the entire idea of a constitution rests on an assumption of human fallibility» (LUTZ, 2006: 151).

¹⁵ LUTZ, 1994: 357.

¹⁶ ALBERT, 2017: 2.

¹⁷ «Article V constitutes what may be the most important bars of our constitutional iron cage precisely because it works to make practically impossible needed changes» (LEVINSON, 2006: 160).

¹⁸ DIXON, 2009: 319. Que la constitución tenga que ser actualizada por la interpretación de los jueces para estar a tono con el presente es, por cierto, uno de los corolarios de la noción de *living constitution* (GERKEN, 2007: 930). Sobre la relación necesaria entre la idea de ‘constitución viviente’ y el cambio constitucional informal, *vid.* STRAUSS, 2010: 115-116.

¹⁹ La última vez que ocurrió aquello fue en 1992, cuando se ratificó (después de casi 203 años) una enmienda constitucional propuesta en 1789.

²⁰ ALBERT, 2014: 1072.

constitucional (el poder de enmienda) ha sido considerado según ciertos autores como de menor importancia²¹ e incluso «irrelevante»²².

Así, pues, la dogmática constitucional estadounidense, antes que interesarse en las ‘enmiendas constitucionales formales’ que suponen la introducción de cambios al texto constitucional, se ha interesado de manera central en el estudio de las ‘enmiendas constitucionales informales’ (*informal amendments*)²³ que ocurren cuando se altera el significado constitucional en ausencia de un cambio textual a la constitución²⁴. Ello ocurre principalmente con la interpretación judicial de la constitución, pero también a través de otros medios alternativos que han sido identificados por los constitucionalistas²⁵.

Tanta importancia se da a las *enmiendas constitucionales informales* en los EE.UU., que algunos autores opinan que, en general, la constitución ya no se puede comprender sin analizar este fenómeno que se ha convertido en «una forma ordinaria de cambio constitucional»²⁶. Como se puede intuir fácilmente, esta doctrina está enfocada en las interpretaciones y construcciones jurídicas que generalmente se aceptan en torno al nivel de los cambiantes significados constitucionales²⁷, y no –o no tanto– en las modificaciones formales que históricamente se han efectuado al texto constitucional.

²¹ «The most important changes to the Constitution –many of them, at least– have not come about through changes to the text. They have come about either through changes in judicial decisions, or through deeper changes in politics or in society» (STRAUSS, 1996: 905). Véase también, en el mismo sentido, STRAUSS, 2010: 117.

²² STRAUSS, 2001: 1459. En contra, LEVINSON (LEVINSON, 2001: 274-275).

²³ Vid. GERKEN, 2007: 930-932 para un amplio repertorio de bibliografía sobre el tema.

²⁴ GERKEN, 2007: 929. Como ha señalado Donald S. LUTZ, el uso de medios alternativos de cambio constitucional es mucho más probable en estados con un bajo promedio de reforma constitucional y una larga duración de la constitución (LUTZ, 2006: 155-156).

²⁵ Por ejemplo: la ratificación de un tratado internacional (ALBERT, 2016: 427); la interpretación constitucional en sede parlamentaria o ejecutiva; la producción legislativa de disposiciones «cuasi-constitucionales»; la adopción de ciertas decisiones del poder ejecutivo; el reemplazo «por implicación» de una cláusula constitucional por otra; la convención y adopción de una práctica política; y la derogación implícita de cláusulas constitucionales por efectos de la *desuetudo* (ALBERT, 2014: 1060-1077). Para un recorrido histórico de los cambios constitucionales informales en EE.UU., vid. STRAUSS, 2010: 120-139.

²⁶ ALBERT, 2016: 425-426. Este estado de cosas ha llevado a LEVINSON a decir que sólo la persona más *ateórica* posible podría afirmar con convicción que la constitución norteamericana tiene únicamente veintisiete enmiendas (LEVINSON, 2001: 274).

²⁷ «[T]here is more to the Constitution, in practice, than just the text alone: the Constitution has more resources, besides Article V, to renew and adapt itself, resources that include the precedents and traditions of the living Constitution» (STRAUSS, 2010: 116).

Del otro lado del Atlántico no ha ocurrido lo mismo: la concepción de los cambios constitucionales en la tradición continental europea se ha enfocado mayoritariamente en las modificaciones *al texto* de la constitución; en consecuencia, las investigaciones acerca de los cambios constitucionales informales –aquello que Georg JELLINEK bautizó como «mutaciones constitucionales»²⁸– por lo general ocupan un lugar menor en la literatura producida por los constitucionalistas europeos²⁹.

Parece plausible explicar esta notoria diferencia a partir de las distintas concepciones que, acerca de la creación y aplicación del derecho, han predominado en las correspondientes culturas jurídicas³⁰. Pero, en cualquier caso, la principal diferencia que merece destacarse aquí es la diversa fundamentación del poder de reforma constitucional según el origen de la respectiva doctrina: mientras la dogmática fabricada por el históricamente influyente derecho constitucional francés acude al propio concepto de ‘poder constituyente’ para justificar tal poder, la doctrina norteamericana, en cambio, ha ocupado una justificación bastante distinta (salvo muy recientes excepciones)³¹.

Como se dejó anotado anteriormente, el poder para enmendar la constitución de los EE.UU. ha sido tradicionalmente fundamentado en la necesaria imperfección del texto constitucional (obra imperfecta en razón de la propia falibilidad humana). Esta premisa se vincula con el principio de soberanía popular y con la distinción entre ‘asuntos ordinarios’ y ‘asuntos constitucionales’. De este modo, si la imperfección de la carta

²⁸ JELLINEK, 1906: 7. Véase, también, HSÜ, 1932: 45.

²⁹ Los principales esfuerzos en este ámbito se atribuyen a la denominada Escuela de Derecho Público alemán de fines del s. XIX y principios del s. XX., a partir de los pioneros trabajos de Paul LABAND (1895) y de Georg JELLINEK (1906), y de los subsecuentes desarrollos en las obras de Rudolf SMEND, Dau-Lin HSÜ y Hermann HELLER (*vid.* SÁNCHEZ URRUTIA, 2000: 107-135). Sin embargo, el tradicional predominio formal del texto escrito en la cultura jurídica europea ha opacado este tipo de investigaciones que, incluso en la actualidad, parecen esporádicas. Es más, existe una literatura europea clásica que considera a las denominadas ‘mutaciones constitucionales’ como «falseamientos a la constitución» (*faussemens de la constitution*): «[L]as disposiciones de una ley escrita no pueden ser derogadas ni por la falta de uso, ni por los usos contrarios [...] las prácticas constitucionales no pueden prevalecer sobre el derecho legal» (HAURIOU, 1925: 75). En el mismo sentido, pero más recientemente, se ha dicho además que «La mutación constitucional no tiene cabida en la Teoría de la Constitución como categoría alternativa a la reforma [...] sino como mera descripción de un fenómeno siempre patológico» (ROLLNERT LIERN, 2014: 152).

³⁰ A grandes rasgos, en el *civil law*, la concepción del derecho más común (que Mauro BARBERIS denomina «creacionismo jurídico») reduce el derecho a la legislación y reduce la interpretación a la exégesis de la ley (BARBERIS, 2015: 68); en el *common law*, por el contrario, el derecho es visto como un conjunto de decisiones judiciales concretas (*case law*) sumado a la costumbre de seguirlo (*customary law*). *Vid.* BARBERIS, 2015: 71.

³¹ Stephen GRIFFIN, *v. gr.*, opina que ‘el poder constituyente del pueblo’ juega un rol importante en el proceso de enmiendas constitucionales (tanto formales como informales). *Vid.* GRIFFIN, 2007: 65-66.

constitucional demanda la previsión de algún mecanismo para modificarla (es decir, para mejorarla), el principio de soberanía popular implica que tal mecanismo involucre alguna forma de consentimiento del pueblo³²; a su vez, la distinción entre ‘asuntos ordinarios’ y ‘asuntos constitucionales’ exige la interposición de un procedimiento distintivo para enmendar la constitución, más deliberativo o más dificultoso que el procedimiento para reformar la legislación ordinaria³³.

En Francia, por su parte, el poder de reforma constitucional se concibió originalmente a la luz de la distinción entre el ‘poder constituyente’ y el ‘poder constituido’, famosamente atribuida al abate Emmanuel-Joseph SIEYÈS³⁴. Sin embargo, los desarrollos doctrinarios que aquí interesan se remontan recién a la primera mitad del siglo XX.

Ya en 1920, el prominente jurista estrasburgués Raymond CARRÉ DE MALBERG había distinguido, por un lado, a la «voluntad constituyente», que se manifiesta en la formación inicial del Estado³⁵ o en los escenarios de solución de continuidad estatal provocada por las revoluciones³⁶; y, por otro lado, al «poder constituyente», que se ejerce a través de ciertos órganos dentro de la comunidad estatal para reformar eventualmente su organización³⁷. Así, para el citado autor, la ‘voluntad constituyente’ se manifiesta en la producción de una constitución originaria; el ‘poder constituyente’, en cambio, se manifiesta en «la reforma pacífica, regular, jurídica, en una palabra, de la

³² Lo que implica, a su vez, un procedimiento público y formal para enmendar el texto de la constitución (LUTZ, 2006: 151).

³³ LUTZ, 2006: 151.

³⁴ «En cada una de sus partes la Constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente. Ninguna suerte de poder delegado puede modificar en lo más mínimo las condiciones de su delegación» (SIEYÈS, 1789a: 106). Cabe mencionar que SIEYÈS ya había utilizado esta distinción en un manuscrito de 1788 que versaba sobre el alcance de los futuros ‘Estados Generales’ de 1789 (asamblea general extraordinaria en cuyo desarrollo se produjo el inicio de la Revolución Francesa). En aquel trabajo previo, SIEYÈS mencionó expresamente que «el poder constituyente y el poder constituido no deben confundirse en absoluto» (SIEYÈS, 1789b: 58). Sin embargo, dicho manuscrito no aparecería publicado sino hasta mayo de 1789, esto es, cuatro meses después de «¿*Qué es el Tercer Estado?*» (vid. SONENSCHER, 2003: xxii; MÁIZ, 2007: XXV). Esta aclaración permite entender por qué SIEYÈS dijo, años después, que: «En efecto, una idea fundamental fue establecida *en 1788*: la división del Poder Constituyente y los poderes constituidos. Descubrimiento, debido a los franceses, que se contará entre los hitos que hacen avanzar a las ciencias» (SIEYÈS, 1795: 407. *Cursivas añadidas*). Sobre la exitosa recepción de esta distinción conceptual en el marco de la Revolución Francesa, que llegó al punto de convertirse en «patrimonio ideológico común» de los constituyentes liberales en Francia, véase, por todos, BLANCO VALDÉS, 1994: 285-287.

³⁵ CARRE DE MALBERG, 1920-1922: 1162.

³⁶ CARRE DE MALBERG, 1920-1922: 1172-1173.

³⁷ CARRE DE MALBERG, 1920-1922: 1169.

Constitución vigente»³⁸. Esta potestad de reforma, al estar jurídicamente regulada, es el único caso de ‘poder constituyente’ que puede tener lugar dentro de la ciencia del derecho público, según CARRÉ DE MALBERG³⁹. Como se puede apreciar, el mencionado autor rehusó llamar ‘poder constituyente’ a aquello que no sea propiamente un *poder* en el sentido jurídico-positivo. Ello explica perfectamente su caracterización del poder constituyente como «un poder de derecho»; y es que, a su juicio, la formación inicial del Estado, así como su primera organización jurídica «no pueden considerarse sino como un puro hecho, no susceptible de clasificarse en ninguna categoría jurídica»⁴⁰.

Posteriormente, en 1930, Georges BURDEAU –discípulo de CARRÉ DE MALBERG– continuó con la misma propuesta distintiva, aunque cambiando bastante la terminología: dividió así el «poder constituyente *stricto sensu*» del «poder de revisión». El primero es, para BURDEAU, un poder de hecho que establece la primera constitución, y que se muestra en todos los movimientos revolucionarios; por el contrario, el segundo consiste en el poder de un órgano estatutariamente investido para modificar o reemplazar la regla fundamental que está en la cumbre del sistema de normas estatales, y cuya competencia deriva del orden jurídico vigente y, en primer lugar, de la constitución⁴¹.

Es recién en 1942, durante el régimen de Vichy, cuando Roger BONNARD formuló la misma distinción, pero con una presentación terminológica novedosa⁴². Así, BONNARD, influenciado por las aportaciones de los anteriores constitucionalistas, identifica por primera vez dos ‘tipos’ de ‘poder constituyente’: el «poder constituyente *originario*» y el «poder constituyente *instituido*». La referida distinción apareció, en aquella ocasión, bajo los siguientes términos:

Un poder constituyente puede estar dispuesto por la constitución precisamente para reformarla: es el llamado poder constituyente «instituido». Pero en ocasiones puede suceder también que un poder constituyente deba intervenir para hacer una constitución [...] porque no existe o porque dejó de existir una constitución en vigor. Ello es lo que ocurre en el

³⁸ CARRE DE MALBERG, 1920-1922: 1173.

³⁹ CARRE DE MALBERG, 1920-1922: 1173.

⁴⁰ CARRE DE MALBERG, 1920-1922: 1167. Pese a ello, queda clara en su obra la separación conceptual entre la instauración primigenia de la constitución y las sucesivas reformas a esta.

⁴¹ BURDEAU, 1930: 78-83.

⁴² Que la terminología haya sido novedosa, por cierto, no significa que haya reportado mayor utilidad al entendimiento de la distinción. De hecho, como se verá más adelante, la volvió más confusa.

momento de creación de un nuevo Estado o después de una revolución que derrocó la constitución existente. Se dice entonces que este poder constituyente es «originario»⁴³.

Finalmente, en 1949, y sin alterar en nada el sentido de la distinción de BONNARD, Georges VEDEL utilizó la expresión «poder constituyente *derivado*» en lugar de «poder constituyente *instituido*». De esta forma, VEDEL secundó la idea de que, si se trata de establecer una constitución al momento de crear un Estado, o tras una revolución, el poder constituyente es incondicional: «por definición, no está sujeto a ninguna norma previa; es realmente un poder *originario*». Al contrario –añade VEDEL– cuando es ejercido en materia de reforma, la misma constitución establece las condiciones en las que ese poder constituyente se ejerce; en este caso, «el poder constituyente de reforma ya no es incondicional. Es un poder *derivado*»⁴⁴.

Aunque no quedan claros los motivos, este ligero cambio terminológico introducido por VEDEL ocasionó que su formulación de la distinción (entre «poder constituyente originario» y «poder constituyente derivado»), haya sido la preferida desde entonces por los juristas y doctrinarios franceses⁴⁵, convirtiéndose en una referencia clásica dentro de los estudios del derecho constitucional francés del s. XX y, como se verá enseguida, también dentro de las doctrinas heredadas construidas sobre la base de su influencia.

1.3. La recepción de la doctrina en España y Latinoamérica

Es bastante conocido que, además de las ya mencionadas locuciones (‘poder constituyente instituido’ y ‘poder constituyente derivado’), existen otras expresiones denominativas del poder de reforma constitucional que, desde mediados del siglo pasado, han ido apareciendo en las doctrinas constitucionales heredadas en buena medida de la dogmática francesa; así, se habla de dicha potestad en términos de un

⁴³ BONNARD, 1942: 6-7.

⁴⁴ VEDEL, 1949: 115-116.

⁴⁵ Como reseña Kemal GÖZLER, la referida distinción, con esta terminología acuñada por VEDEL, ha sido utilizada posteriormente en Francia por autores como Ardant; Burdeau, Hamon y Troper; Cadart; Gicquel; Avril y Gicquel; Baguenard; Fabre; Jeanneau; Rousseau; y Arné. No obstante, la distinción formulada con la terminología original de BONNARD ha seguido siendo utilizada (aunque en menor proporción) por constitucionalistas franceses tales como el propio Burdeau; Lavroff; Chantebout; Turpin; y Koubi y Romi. La preferencia por una u otra terminología no obsta a que haya juristas franceses que las utilicen de manera indistinta. *Vid.* GÖZLER, 1997: 15 [48].

«poder constituyente constituido»⁴⁶; poder constituyente «en etapa de continuidad»⁴⁷; «poder constituyente derivativo»⁴⁸; «poder constituyente delegado»⁴⁹; «poder constituyente de reforma»⁵⁰; etc.⁵¹.

Como se puede ver, todas las anteriores denominaciones del poder de reforma comparten un rasgo común: se refieren a la modificación regular de un texto constitucional en términos asociados al ‘poder constituyente’. Los autores que utilizan estas expresiones, asimismo, utilizan otras tantas etiquetas para diferenciar al ‘poder constituyente derivado’ (o ‘constituido’), del *poder* de creación constitucional no sometido a reglas; así, a este último denominan «poder constituyente *stricto sensu*»⁵²; «poder constituyente originario»⁵³; «poder constituyente genuino»⁵⁴; poder constituyente «en etapa de primigeneidad»⁵⁵; poder constituyente «fundacional» o «revolucionario»⁵⁶; «poder constituyente inicial» o «propriadamente dicho», etc.

Detrás del uso de esta terminología subyace –a veces de modo implícito– una particular concepción: aquella según la cual el poder de reforma constitucional sería una especie, una faceta o una etapa del mismo ‘poder constituyente’. La difusión de esta doctrina, como se ha podido comprobar en esta investigación, es ampliamente visible en España⁵⁷ y en muchos países de Latinoamérica⁵⁸. En lo que sigue, me ocuparé de revisar los fundamentos de esta particular concepción.

⁴⁶ SÁNCHEZ AGESTA, 1943: 343.

⁴⁷ SÁNCHEZ VIAMONTE, 1945: 594-597.

⁴⁸ PÉREZ SERRANO, 1947: 264.

⁴⁹ SPOTA, 1970: 29.

⁵⁰ VANOSSI, 1975: 124.

⁵¹ Existen más denominaciones del poder de reforma (*v. gr.*, «poder constituyente permanente») que ocasionalmente aparecen en el léxico de jueces y juristas que operan en este ámbito.

⁵² Como se vio antes, el autor de esta denominación fue Georges BURDEAU (BURDEAU, 1930: 79).

⁵³ El autor de esta denominación, como se dijo antes, fue Roger BONNARD (BONNARD, 1942: 6-7).

⁵⁴ SÁNCHEZ AGESTA, 1943: 343.

⁵⁵ SÁNCHEZ VIAMONTE, 1945: 594-597.

⁵⁶ VANOSSI, 1975: 124.

⁵⁷ Véanse, entre otros trabajos: SÁNCHEZ AGESTA, 1943: 343-344; SÁNCHEZ AGESTA, 1966: 333-334; LUCAS VERDÚ, 1981: 588-589; CRUZ VILLALÓN, 1983: 201; PEREIRA MENAUT, 1986: 53; DE OTTO, 1987: 63-64; ÁLVAREZ CONDE, 1992: 178; ESPÍN TEMPLADO, 1994: 97; ALZAGA VILLAAMIL, 1996: 175; TORRES DEL MORAL, 1996: 113-114; REQUEJO PAGÉS, 1998: 101-104; CARRILLO y FERRERES COMELLA, 2002: 84; DÍAZ REVORIO, 2005: 98-99; REQUEJO PAGÉS, 2008: 2753; DÍAZ REVORIO, 2009: 606.

⁵⁸ Véase, por ejemplo: SÁNCHEZ VIAMONTE, 1945: 594-597; LINARES QUINTANA, 1953: 129-130; BIDART CAMPOS, 1962: 542; SILVA BASCUÑÁN, 1963: 101-102; SPOTA, 1970: 29; QUIROGA LAVIÉ, BENEDETTI y CENICACELAYA, 2001: 38-41; SAGÜÉS, 2007: 65-66. También a nivel jurisprudencial se advierte la influencia de esta doctrina; *vid.*, como muestra, las sentencias C-544/92, C-339/98, C-551/03, C-1200/03, C-970/04, C-1040/2005, C-588/2009 y C-141/2010 de la Corte Constitucional de Colombia.

2. ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS DE LA CONCEPCIÓN CRITICADA

Los fundamentos de la antes referida concepción, pocas veces discutidos y muchas veces asumidos de forma acrítica, están lejos de ser homogéneos; y es que una serie de argumentos de distinta índole han sido propuestos para justificar la identificación del poder de reforma con el ‘poder constituyente’. A continuación, expondré de modo detallado los argumentos más representativos de esta forma de comprensión del poder de reforma constitucional, especificando en cada apartado su correspondiente crítica.

2.1. El argumento original: un poder superior y distinto del legislativo

El constitucionalista francés Roger BONNARD, como se ha dicho, fue el precursor en estipular el uso de una denominación del poder de reforma constitucional en términos asociados al ‘poder constituyente’: el ‘poder constituyente instituido’. Pero ¿cuál fue el fundamento original empleado por BONNARD para adoptar esta nueva terminología? La respuesta puede ocasionar un poco de perplejidad: BONNARD proponía la identificación de un ‘poder constituyente instituido’ para fundamentar la idea de la ‘rigidez’ constitucional (entendida como una propiedad gradual asociada al nivel de dificultad o complejidad de los mecanismos previstos para la modificación formal de una constitución escrita)⁵⁹.

En palabras del mismo autor, el ‘poder constituyente instituido’ es un poder distinto y superior al poder legislativo ordinario⁶⁰; su propia existencia «procede de la idea de hacer la revisión de las leyes constitucionales más difícil que la modificación de las leyes ordinarias, para garantizar así una mayor estabilidad a la constitución»⁶¹. Según BONNARD, distinguir claramente el ‘poder constituyente instituido’, por una parte, y el poder legislativo ordinario, por otra, permitiría destacar la superioridad de la ley constitucional sobre la ley ordinaria, e imponer las consecuentes limitaciones a los

⁵⁹ *Vid.* BONNARD, 1942: 17-20.

⁶⁰ Esta idea se remonta cuando menos hasta James BRYCE quien, refiriéndose a las disposiciones articuladas dentro de las constituciones ‘rígidas’, expresaba lo siguiente: «such rules are placed above and out of the reach of the legislature, having been enacted and being changeable only by some superior authority» (BRYCE, 1888: 261).

⁶¹ BONNARD, 1942: 20. *Vid.*, en igual sentido, VEDEL, 1949: 115-116.

legisladores ordinarios⁶². Así, las mayores dificultades exigidas para la producción de una ley de reforma constitucional se explicarían en función de vetar de tal labor al poder legislativo ordinario, y de reservarla al ‘poder constituyente instituido’.

Con lo anterior BONNARD no quiso decir, por cierto, que en todos los sistemas jurídicos dotados de constituciones rígidas exista necesariamente un órgano distinto a la autoridad legislativa ordinaria, al que se confiera la potestad de reforma constitucional. De hecho, el mismo autor señala que esta potestad puede estar confiada a un órgano constitucional especial o simplemente al mismo legislador ordinario (pero condicionada a un procedimiento especial)⁶³. En suma, el punto de BONNARD es que, en regímenes de constitución rígida, la reforma constitucional presupone necesariamente un poder distinto y superior al poder legislativo ordinario (aunque el órgano encargado de ejercer dicho poder sea el mismo que produzca las leyes ordinarias). A este poder BONNARD lo denomina ‘poder constituyente instituido’.

Pues bien, según entiendo, el argumento de BONNARD está compuesto por los siguientes tres enunciados que lo sintetizan:

- La reforma constitucional presupone un poder *distinto* al poder legislativo ordinario;
- La reforma constitucional presupone un poder *superior* al poder legislativo ordinario; y,
- El poder *distinto* y *superior* al poder legislativo ordinario, presupuesto en las reformas constitucionales, es el ‘poder constituyente instituido’.

A continuación, procederé a analizar por separado cada uno de estos enunciados.

1. La reforma constitucional presupone un poder distinto al poder legislativo ordinario

Esta primera parte del argumento es plausible, aunque trivial. Y es que toda constitución rígida, por definición, sólo puede ser válidamente modificada por ‘leyes constitucionales’ (o ‘leyes de reforma constitucional’) cuya producción exige un procedimiento más complejo. Se sigue de esto que ninguna constitución rígida puede

⁶² BONNARD, 1942: 17.

⁶³ BONNARD, 1942: 22.

ser válidamente reformada por la legislación ordinaria, sino únicamente por la ‘legislación constitucional’⁶⁴. Luego, si la propiedad de ser inmodificable frente al poder legislativo ordinario forma parte del concepto mismo de constitución rígida, es analíticamente verdadero que tiene que haber un poder *distinto* que sí esté habilitado para modificar la constitución (pues, si éste no existiera, no podría hablarse entonces de una constitución ‘rígida’⁶⁵). Así, pues, resulta obvio que el poder de reforma constitucional, en los sistemas jurídicos encabezados por constituciones rígidas, es un poder *distinto* al poder legislativo ordinario. Esto no merece discusión, y en ninguna parte de esta tesis se argumentará lo contrario.

2. *La reforma constitucional presupone un poder superior al poder legislativo ordinario*

Lo que expresa este segundo enunciado también puede ser admitido sin problemas, aunque es necesario hacer la siguiente precisión. Al estar constituidos y regulados por una misma constitución rígida, tanto el poder de reforma constitucional como el poder legislativo ordinario son poderes que se extraen de normas igualmente constitucionales, es decir, igualmente ‘supremas’⁶⁶; así, pues, dado que ambos poderes se remiten a fuentes situadas ‘sobre el mismo nivel’ de la estructura de un ordenamiento jurídico, uno y otro tendrían, por así decirlo, la misma ‘jerarquía’. En este sentido, el poder de reforma constitucional no sería un poder *superior* al poder legislativo ordinario.

⁶⁴ Como señala Riccardo GUASTINI, si, y solo si, la constitución es rígida –y, por tanto, supraordenada a la legislación ordinaria–, se hace posible distinguir entre dos niveles jerárquicos de legislación: la legislación ordinaria y la legislación constitucional (o de revisión constitucional) (GUASTINI, 2011c: 198). Esto no ocurre con las constituciones ‘flexibles’ que, por definición, pueden ser modificadas, derogadas o abrogadas válidamente por el común órgano legislativo mediante el procedimiento ordinario de formación de las leyes (GUASTINI, 1998a: 324).

⁶⁵ Se hablaría, entonces, de una constitución ‘flexible’ o de una constitución ‘petrificada’, dependiendo del contexto y de la interpretación que se dé a cada caso. Una constitución que no estableciera ninguna jerarquía material de sus propias disposiciones respecto de la legislación ordinaria y que, además, no dispusiera nada respecto a su reforma, sería plausiblemente considerada como una constitución ‘flexible’. En cambio, una constitución que dispusiera su supremacía material sobre el resto de fuentes jurídicas, pero sin prever ningún procedimiento de reforma, sería plausiblemente considerada como una constitución totalmente inmodificable (o ‘petrificada’). Para una revisión de los diversos argumentos que se podrían ofrecer en este sentido, *vid.* GUASTINI, 2011c: 184-186.

⁶⁶ Salvo que se considere que las disposiciones constitucionales que establecen el poder de reforma tengan una jerarquía superior a las disposiciones constitucionales que establecen el poder legislativo. Pero dicha jerarquía sólo podría ser de tipo *axiológico*, esto es, fruto de la construcción jurídica de quien estima que las disposiciones de reforma constitucional tienen un ‘valor superior’ al resto de disposiciones de la constitución (*vid.* GUASTINI, 2011c: 242-245).

Sin embargo, en otro sentido muy importante, es evidente que ambos poderes no tienen el mismo alcance ni los mismos efectos. Como se sabe, el poder de reforma constitucional exitosamente ejercido produce leyes materialmente constitucionales que introducen, reemplazan o eliminan disposiciones del texto constitucional. Ello obedece a que estas ‘leyes constitucionales’, pese a estar formalmente subordinadas a las normas constitucionales que disciplinan la reforma⁶⁷, están *materialmente* situadas en el mismo plano jerárquico que las normas de la constitución⁶⁸. Como sostiene Riccardo GUASTINI, si no fuera así, una ley de reforma que dispusiera algo diverso respecto de la constitución –como sucede con todas las leyes de reforma constitucional–, lejos de modificar la propia constitución, sería sencillamente inconstitucional⁶⁹.

En cambio, las leyes ordinarias producidas por el poder legislativo están formal y materialmente subordinadas a las normas de la constitución. Se sigue de esto que las leyes respectivamente producidas por uno y otro poder ocupan una posición jerárquica distinta dentro del ordenamiento jurídico: las leyes de reforma constitucional están materialmente supraordenadas a las leyes ordinarias (y, en general, a todas las demás fuentes del ordenamiento)⁷⁰.

En consecuencia, si se atiende a los efectos provocados por cada uno de estos poderes, y no a la fuente jurídica que los constituye, el poder de reforma constitucional claramente es un poder *superior* al poder legislativo ordinario⁷¹. Esto tampoco será discutido en esta tesis.

⁶⁷ Lo que significa que la producción de las leyes de reforma constitucional está supeditada tanto a las normas constitucionales que establecen el procedimiento de reforma, como a las normas constitucionales que prohíben determinadas reformas (GUASTINI, 2011c: 250).

⁶⁸ GUASTINI, 1998a: 358; GUASTINI, 2011c: 250. Por supuesto, esto sucede con excepción de las disposiciones constitucionales ‘protegidas’ por prohibiciones de reforma (GUASTINI, 2011c: 250).

⁶⁹ GUASTINI, 1998a: 367 [25]; GUASTINI, 2011c: 250 [37].

⁷⁰ GUASTINI, 1998a: 367. Esta superioridad material implica la invalidez jurídica de toda otra fuente del derecho que contradiga el contenido de las leyes de reforma constitucional (GUASTINI, 1998a: 367).

⁷¹ En algunos ordenamientos jurídicos puede decirse, incluso, que el poder de reforma constitucional es el ‘más superior’ de todos los poderes. Como señala GUASTINI, si nos circunscribimos al horizonte de las normas positivas y de los poderes constituidos, el poder normativo ‘más alto’ en los ordenamientos con una constitución rígida es el poder de reforma constitucional (GUASTINI, 1996b: 314). Sin embargo, esto no puede predicarse de los ordenamientos jurídicos donde el poder de reforma está sujeto al control de la jurisdicción constitucional; siguiendo también a GUASTINI, allí donde las leyes de reforma constitucional puedan ser juzgadas en su constitucionalidad, la jurisdicción constitucional se convierte en un ‘poder supremo’ que ningún otro poder puede frenar (GUASTINI, 2013a: 247-248).

3. *El poder distinto y superior al poder legislativo ordinario, presupuesto en las reformas constitucionales, es el ‘poder constituyente instituido’*

Este tercer y último enunciado, en cambio, sí que merece ser criticado. Y es que, de las anteriores observaciones –por lo demás, ampliamente compartidas–, no se puede inferir (no se sigue, lógicamente) que el poder de reforma constitucional sea un ‘tipo’ de poder constituyente. BONNARD no ofrece ningún argumento adicional que permita esclarecer por qué esto es así; simplemente se limita a afirmar que en los derechos públicos modernos «se ha establecido un proceso legislativo especial, distinto del proceso legislativo ordinario, que ha recibido el nombre de poder constituyente y que se ha impuesto al poder legislativo ordinario por ser él superior»⁷².

Como es obvio, lo anterior no es suficiente para deducir que el poder de reformar una constitución rígida sea una ‘especie’ o un ‘tipo’ de poder constituyente. Se necesitan otras razones para apoyar esta conclusión: básicamente, razones que acrediten la identificación de la propiedad ‘constituyente’ dentro de la definición del poder de reforma constitucional; y, a la par, razones que hagan desvanecer lo que intuitivamente también se puede pensar: que el poder de reforma constitucional no solamente es distinto del poder legislativo ordinario, sino distinto también del propio poder constituyente. BONNARD, sin embargo, no argumenta nada al respecto.

Sobre esta base, entonces, es posible concluir que la fundamentación de la rigidez constitucional, en el trabajo de BONNARD, se limita simplemente a señalar la existencia de un poder superior y distinto del poder legislativo ordinario que es capaz de modificar la constitución⁷³. Luego, que a ese poder BONNARD le denomine ‘poder constituyente instituido’ es un paso que nunca justifica y que, por tanto, no puede ser tomado como una genuina concepción del poder de reforma constitucional como ‘poder constituyente’. Antes que una concepción, diríase que lo que formula el mencionado autor es simplemente una nueva denominación del poder de reforma, sin que exista ningún tipo de razones para considerar su plausibilidad.

⁷² BONNARD, 1942: 6.

⁷³ Y, dicho sea de paso, esto no constituye una explicación del fundamento de la rigidez constitucional, sino simplemente una explicación de *cómo funciona* dicha propiedad en algunas constituciones. Una cosa es especificar cuáles son las razones que justifican el diseño constitucional rígido, y otra cosa bien distinta es señalar el mecanismo mediante el cual se opera dentro de ese diseño constitucional.

2.2. El argumento de la exclusividad: sólo el mismo poder puede reformar su obra

Este argumento encuentra sus raíces en la célebre frase de Emmanuel-Joseph SIEYÈS: «en cada una de sus partes la Constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente»⁷⁴. A partir de este axioma se ha edificado un argumento que, con algunas variables dependientes del respectivo autor, viene a sostener que la única forma de explicar que el poder de reforma produzca leyes tan constitucionales como las disposiciones constitucionales originarias, es porque aquel poder en realidad es el *mismo* poder constituyente. Bajo este argumento, pues, se descarta que el poder de reforma constitucional sea un poder distinto al poder constituyente que estableció la constitución en vigor; se trataría del mismo poder constituyente (único legitimado para modificar su propia obra: la constitución) sólo que ejercido en otro momento o ‘etapa’.

Esto fue lo que sostuvo Georges BURDEAU, quien opinaba que el poder constituyente –cuya tarea general es «hacer la constitución del Estado»– puede aparecer en dos momentos: cuando no hay o deja de haber constitución vigente (y entonces se lo califica como «poder constituyente *originario*»); o cuando la propia constitución vigente regula su organización y funcionamiento (en cuyo caso se trata de un «poder constituyente *constituido*»); así, para BURDEAU, el poder de reformar la constitución es un ‘poder constituyente constituido’, pues «dada la especial importancia que se concede a las disposiciones constitucionales, se considera que deben ser obra de un órgano que goce de una autoridad política especial: el poder constituyente»⁷⁵.

La herencia de esta construcción se puede observar en la dogmática constitucional de distintas latitudes. En Argentina, por ejemplo, se destaca el desarrollo doctrinario que sobre esta idea efectuó Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE, quien similarmente consideraba que la única respuesta posible en torno a *quién* puede ejercer la facultad de reformar la constitución consiste en identificar al poder constituyente⁷⁶. Para este autor «[n]o basta

⁷⁴ SIEYÈS, 1789a: 106.

⁷⁵ BURDEAU, 1977: 108-109. Las cursivas en las citas corresponden al texto original.

⁷⁶ «Si la facultad de reformar la constitución no incumbe al poder constituyente, ¿qué otro poder puede ejercerla? ¿Qué otro poder puede crear, instituir o constituir el derecho que el gobierno ordinario debe acatar [...] en lo que respecta a su existencia y funcionamiento?» (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1957: 577).

reconocer que la reforma constitucional tiene carácter extraordinario, es indispensable reconocer que es función constituyente y que sólo el poder constituyente puede ejercerla como titular»⁷⁷. Así, de acuerdo con SÁNCHEZ VIAMONTE, el poder de reforma constitucional es el mismo poder constituyente, pero en «etapa de continuidad» (que, según el referido autor, es posterior a la «etapa de primogeneidad»)⁷⁸.

Esta alusión a ‘etapas’ del poder constituyente supone la atribución de una cualidad de permanencia; el poder constituyente sería algo así como una entidad inagotable y omnipresente. El mismo SÁNCHEZ VIAMONTE lo explica en estos términos:

Una vez dictada la Constitución, el poder constituyente, como función, entra en reposo, pero permanece vivo y operante en las disposiciones constitucionales, en las cuales adquiere permanencia o, por lo menos, estabilidad. Su ejercicio no se agota. Permanece en estado virtual o de latencia, apto para ponerse de nuevo en movimiento cada vez que sea necesaria la revisión de la Constitución o la reforma parcial de ella⁷⁹.

Como se desprende de la anterior explicación, este argumento –llevado hasta sus últimas consecuencias– disuelve la distinción entre el poder constituyente y el poder constituido de reforma constitucional. Es lo que opina, por ejemplo, José Juan GONZÁLEZ ENCINAR: «poder constituyente y poder de reforma no son en realidad dos poderes diferentes, sino el mismo poder operando en momentos distintos»⁸⁰. QUIROGA LAVIÉ, BENEDETTI y CENICACELAYA sostienen la misma conclusión, y la expresan en términos tan tajantes que, por utilidad, vale la pena transcribirla:

[N]o hay para nosotros diferencia entre el poder constituyente originario y el derivado, en el sentido de que uno sea supremo y el otro no. Más allá de cualquier valoración, la diferencia sólo existe de hecho: si el poder constituyente cumple con las disposiciones constitucionales que regulan su acción, se lo denomina derivado (procesalmente); si no lo hace, se lo denomina originario [...] En suma, para nosotros el poder constituyente es único e indivisible, porque –se ejerza como se ejerza– es el mismo poder constituyente; no cabe distinguir entre poder constituyente originario y derivado⁸¹.

⁷⁷ SÁNCHEZ VIAMONTE, 1957: 577.

⁷⁸ SÁNCHEZ VIAMONTE, 1957: 575-577.

⁷⁹ SÁNCHEZ VIAMONTE, 1957: 576.

⁸⁰ GONZÁLEZ ENCINAR, 1986: 369-370 [83]. La cita consta en el texto citado como pregunta retórica.

⁸¹ QUIROGA LAVIÉ, BENEDETTI y CENICACELAYA, 2001: 40-41.

Pues bien, el argumento hasta aquí expuesto puede ser sintetizado de este modo: las reformas efectuadas a la constitución sólo podrían ser obra del poder que originalmente la instauró; no de otro poder, sino del *mismo* poder (sólo que visto desde una perspectiva temporal diversa). En suma, el argumento examinado puede resumirse en el siguiente enunciado: ‘sólo el poder constituyente *puede* reformar su propia obra’.

Este argumento podría ser criticado desde distintas perspectivas. Sin embargo, hay una tarea previa que parece imprescindible: determinar cuál es el significado del término ‘puede’ dentro del anterior enunciado. Esta labor es necesaria, habida cuenta de la importante ambigüedad que presenta y, además, de las implicaciones que la falta de clarificación de este punto pudiera ocasionar al momento de realizar las posteriores críticas. En este orden de ideas, es posible identificar por lo menos tres distintos niveles donde se muestra la ambigüedad que recae sobre el término ‘puede’. Estos niveles son:

- a) ‘Poder’ como deber o ‘poder’ como capacidad. De este primer nivel de ambigüedad se desprenden dos tesis distintas:
 - i. Sólo el poder constituyente *debe* reformar la constitución; o,
 - ii. Sólo el poder constituyente *tiene la capacidad* de reformar la constitución.

- b) ‘Poder’ como capacidad de hecho o ‘poder’ como capacidad de derecho⁸². Asimismo, de este segundo nivel de ambigüedad se extraen otras dos tesis diversas:
 - iii. Sólo el poder constituyente puede, *de hecho*, reformar la constitución; o,
 - iv. Sólo el poder constituyente puede, *jurídicamente*, reformar la constitución;

- c) ‘Poder’ como órgano investido de una capacidad de derecho o ‘poder’ como función que expresa aquella capacidad jurídica⁸³. De este último nivel de ambigüedad, igualmente, se desprenden otras dos tesis diferentes entre sí:

⁸² Como señalaba Genaro R. CARRIÓ, a veces la palabra ‘poder’ quiere decir ‘potestad’ (atribución, competencia, facultad, capacidad, jurisdicción, autorización, etc.) y, otras veces, según el contexto, quiere decir ‘fuerza’ (potencia, poderío, dominio, dominación, etcétera (CARRIÓ, 1973: 49-50).

⁸³ Desde este otro nivel, «[L]a palabra ‘poder’ designa, unas veces, un conjunto de competencias o atribuciones; y otras veces, según el contexto, al órgano titular de aquellas» (CARRIÓ, 1973: 34).

- v. Sólo un *órgano* constituyente puede, jurídicamente, reformar la constitución; o,
- vi. Sólo la *función* constituyente puede, jurídicamente, reformar la constitución.

Analizaré ahora cada una de las seis tesis que subyacen detrás de estos distintos niveles de ambigüedad. Veamos.

La tesis *i* ('sólo el poder constituyente *debe* reformar la constitución') vendría a ser una variante de aquel viejo aforismo jurídico según el cual 'las cosas se deshacen de la misma manera en que se hacen', cuya traducción al lenguaje de los deberes sería algo así como 'las cosas se *deben* deshacer de la misma manera en que se han hecho'. Pero esta tesis, al situarse en un nivel prescriptivo del lenguaje, es una tesis normativa que no tiene como propósito ofrecer razones para explicar por qué el poder de reforma constitucional es el mismo poder constituyente; lo que hace, en cambio, es prescribir que toda reforma constitucional *debe ser* operada por el mismo poder constituyente⁸⁴. Como es evidente, pues, esta tesis *i* no tiene conexión con la cuestión aquí tratada⁸⁵.

La tesis *ii* ('sólo el poder constituyente *tiene la capacidad* de reformar la constitución') sí es, en cambio, una tesis descriptiva. Sin embargo, su formulación es ambigua, dado que la 'capacidad' para hacer algo puede ser entendida como un 'poder' tanto en sentido fáctico como en sentido jurídico. Y ello da lugar a las tesis *iii* y *iv*.

La tesis *iii* ('sólo el poder constituyente puede, *de hecho*, reformar la constitución') expresa el significado usual y tradicionalmente atribuido al 'poder constituyente': un poder que se manifiesta *de facto* para instaurar una 'primera constitución' y que, en último término, provoca un cambio de orden jurídico. Esta tesis es innegable si lo que se quiere decir es que, a propósito del ejercicio del poder de reforma constitucional, «fuesen intencionalmente violadas las normas procedimentales o sustanciales que lo regulan, con el objetivo preciso de instaurar estable y definitivamente un nuevo orden

⁸⁴ Si se mira bien, esta tesis normativa puede ser entendida, a su vez, de dos modos: a) 'sólo un órgano constituyente debe reformar la constitución'; o, b) 'sólo la función constituyente debe reformar la constitución'. De cualquier manera, ambas tesis carecen de conexión con la pregunta que en esta parte del capítulo se intenta analizar: ¿Por qué el poder de reforma constitucional es el *mismo* poder constituyente (o una especie de su género)?

⁸⁵ Lo que no significa que carezca de interés para otro tipo de análisis (v. gr., aquellos que postulan criterios de legitimidad para el ejercicio de los poderes normativos).

constitucional»⁸⁶. Sin embargo, la cuestión que aquí resulta relevante no es si el poder constituyente puede fácticamente cambiar la constitución, sino por qué al poder de reformar *jurídicamente* la constitución se le atribuye la cualidad de ser ‘constituyente’. Esta tesis, entonces, no dice nada pertinente acerca de la cuestión analizada.

La tesis *iv* (‘sólo el poder constituyente puede, *jurídicamente*, reformar la constitución’) sí que se acerca a la cuestión aquí tratada; pero, al igual que la tesis *ii*, también está expresada en términos ambiguos, pues es posible que se refiera tanto al *órgano* al que se atribuye la actuación de ese ‘poder’ constituyente, cuanto a la *función* que este poder ejercería. Esta nueva ambigüedad genera, a su vez, las tesis *v* y *vi*.

La tesis *v* (‘sólo un *órgano* constituyente puede, jurídicamente, reformar la constitución’), se refiere a *quién* está autorizado para modificar el texto constitucional dentro de un régimen de constitución rígida. Pero ¿qué debe entenderse por ‘órgano constituyente’? Como se verá enseguida, esta locución es bastante problemática si se conviene –aunque sea como punto de partida– que los términos ‘constituyente’ y ‘constituido’ no son sinónimos, pues designan respectivamente propiedades divergentes: la manifestación de un poder *fáctico* en el caso del ‘poder constituyente’ y el ejercicio de un poder *jurídico* en el caso de los ‘poderes constituidos’⁸⁷.

Así, pues, en sentido estricto, la locución ‘órgano constituyente’ es auto-contradictoria. Ello obedece a que los sistemas jurídicos caracterizados por el principio de legalidad (que corresponden al modelo del ‘Estado de Derecho’ y su evolución, el ‘Estado Constitucional’), en los que toda facultad o competencia se encuentra jurídicamente limitada, no son compatibles con la existencia de autoridades u órganos ‘constituyentes’ que detenten poderes fácticos (*legibus solutus*). Por tanto, si la reforma constitucional es una facultad o competencia jurídica, en el sentido de que se encuentra prevista, disciplinada y limitada por normas jurídicas vigentes (lo que incluye, necesariamente, la atribución de tal competencia a un determinado órgano), entonces jamás podría ser ejercida por un órgano ‘constituyente’ sino sólo por autoridades u órganos ‘constituidos’. Y esto es exactamente lo opuesto a lo que enuncia la tesis *v*.

⁸⁶ PACE, 1997: 120. Es decir, el poder de reforma constitucional podría degenerar en la manifestación del poder constituyente si es ejercitado *contra constitutionem* (PACE, 1997: IX).

⁸⁷ GUASTINI, 1998a: 316-317; GUASTINI, 2011c: 171-172.

Se podría controvertir lo anteriormente dicho señalando que existen sistemas jurídicos donde la propia constitución determina que su reforma sea operada –entre otras posibilidades– por un órgano denominado «Convención Constituyente»⁸⁸ o «Asamblea Constituyente»⁸⁹. Pero –como ya fue criticado en el Capítulo III– esta denominación es engañosa; basta que esos órganos se encuentren previstos por la propia constitución vigente y que su activación esté jurídicamente condicionada para que, por definición, sean órganos constituidos y no ‘constituyentes’⁹⁰. De nuevo –y así como se subrayó a propósito de la tesis *iii*–, no se puede negar la posibilidad de que estos órganos denominados ‘constituyentes’ (siendo constituidos), terminen excediendo los límites jurídicos existentes y, en tales circunstancias, logren imponer con efectividad sus actuaciones (todo lo cual podría ser interpretado como la actuación de genuinos ‘órganos constituyentes’); no obstante, ha de convenirse que en tal caso no habría existido un ejercicio *jurídico* de la facultad de reforma constitucional (que es lo que afirma la tesis *v*) sino, más bien, una manifestación *de facto* del poder constituyente.

En conclusión: o bien hay autoridades propiamente ‘constituyentes’, pero lo que hacen no puede contar como ejercicio jurídico del poder de reforma; o bien hay ejercicio jurídico del poder de reforma, pero las autoridades que lo operan sólo pueden ser constituidas. Esto último muestra que, si se acepta la distinción entre ‘constituyente’ y ‘constituido’, la tesis *v* es analíticamente falsa y debe ser deseada.

La tesis *vi*, finalmente, expresa: ‘sólo la *función* constituyente puede, jurídicamente, reformar la constitución’. Dado el importante giro que toma el argumento desde esta perspectiva, me parece adecuado efectuar una exposición y análisis por cuerda separada (como un argumento independiente). Esto se verá en la siguiente sección. Pero antes, es

⁸⁸ Entre otros casos, esto es lo que dispone el art. 30 de la Constitución de la Nación Argentina; y el art. 331 la Constitución de la República Oriental del Uruguay.

⁸⁹ Como ya se indicó en una previa nota al pie (en el capítulo III), esto es lo que dispone el art. 374 de la Constitución de Colombia; los arts. 347 y 348 de la Constitución de Venezuela; el art. 444 de la Constitución de Ecuador; y el art. 411 de la Constitución de Bolivia, entre otros ejemplos.

⁹⁰ Por ejemplo, si bien el art. 374 de la Constitución Política de Colombia dispone que «La Constitución Política podrá ser reformada [...] por una Asamblea Constituyente [...]», el art. 376 de la misma carta constitucional establece que «Mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra Cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente *con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine*» (cursivas añadidas). Se puede advertir, entonces, que esta «Asamblea Constituyente» no es más que otro *poder constituido* (constituido por la ley que determina su competencia, período y composición), aún si llegare a ejercer una facultad tan importante como la preparación de un nuevo texto constitucional.

pertinente concluir que ninguna de las variantes argumentativas expuestas y criticadas precedentemente resulta persuasiva para concebir al poder de reforma constitucional como ‘poder constituyente’. Ello es así porque, como se ha visto:

- Se trata de tesis normativas acerca de quién *debe ser* la autoridad que reforme la constitución (tesis *i*);
- Se trata de tesis expresadas en términos ambiguos que requieren de una mayor precisión (tesis *ii* y *iv*) y que, por tanto, conllevan el paso a otras tesis;
- Se trata de tesis sobre una cuestión diversa (quién puede, *de hecho*, reformar la constitución: tesis *iii*); o,
- Se trata de tesis analíticamente falsas sobre quién puede, *jurídicamente*, reformar la constitución (tesis *v*).

Resta por ver, entonces, la plausibilidad de la tesis *vi*: el argumento de la ‘hibridez’.

2.3. El argumento de la ‘hibridez’: el poder ‘constituyente-constituido’

La variante que aquí adopta el argumento previamente criticado (y que se identifica con la antes mencionada tesis *vi*) es la siguiente: ya no se sostiene que el poder de reforma sólo pueda ser jurídicamente ejercido por una ‘autoridad constituyente’, sino que la función que ejercen los órganos ‘constituidos’, cuando se reforma el texto constitucional, sólo podría ser *la misma función* que cumple también el ‘poder constituyente’⁹¹. Esto supone asumir que el poder de reforma constitucional, por un lado, es *constituido* porque ha sido jurídicamente establecido y disciplinado por la propia constitución; pero, por otro lado, sería también *constituyente* porque tendría la función de *constituir* nuevas disposiciones en el texto constitucional (o incluso de *constituir* un texto constitucional diverso, al eliminar disposiciones constitucionales ya existentes). Debido a este supuesto carácter ‘híbrido’, muchos autores consideran justificado identificar al poder de reforma constitucional como un ‘poder constituyente-constituido’.

⁹¹ Se encuentra inmiscuido aquí un sentido de ‘poder’ que se refiere a las *funciones* del Estado (y no a los órganos del Estado que ejercen esas funciones). El vocablo ‘poder’, en este contexto, simplemente denota una ‘actividad’, esto es, una clase de actos (*vid.* GUASTINI, 2011c: 339).

Puesto de este modo, y como explica Luis SÁNCHEZ AGESTA –quien acuñó esta denominación en 1943–, el ‘poder constituyente-constituido’ se encontraría en una «curiosa posición de supraordinación [sic] y subordinación respecto al derecho establecido»; así, según el citado autor, del ‘poder constituyente-constituido’ «[n]o puede decirse que sea anterior a todo Derecho, puesto que se funda en la Constitución; pero por otra parte la domina en cuanto puede reformarla o sustituirla incluso en aquellos preceptos que establecen su competencia constituyente»⁹².

Esta observación de SÁNCHEZ AGESTA sobre la aparente paradoja del ‘poder constituyente constituido’ –como afirma, *subordinado* y, a la vez, *supraordenado* a la constitución–, ha sido heredada sin reservas por buena parte de la dogmática constitucional en España. Así, por ejemplo, Francisco Javier DÍAZ REVORIO sostiene que el poder de reforma constitucional, respecto de la constitución, se encuentra «en la paradójica doble situación de supraordenación (porque la puede modificar, incluso en su integridad) y subordinación (porque para ello debe someterse a las reglas previstas en la propia Norma Fundamental)»⁹³; debido a esta «doble condición», el citado autor sostiene que este poder puede ser considerado como un «poder constituyente-constituido»: «constituyente» por su rasgo de supraordenación sobre la constitución; y «constituido» por su rasgo de subordinación a la constitución⁹⁴.

Marc CARRILLO y Víctor FERRERES COMELLA, asimismo, adjudican al poder de reforma constitucional el mismo carácter ‘bifronte’, y explican que, si bien se trata de un poder constituido o derivado, «ya que existe por voluntad del poder constituyente y tiene los límites procedimentales (y eventualmente materiales) que éste haya establecido», ocurre que, desde un punto de vista material, también «es poder constituyente» porque puede «determinar el contenido de la Constitución», esto es, porque «decide qué contenido debe tener la Constitución». Y agregan: «Por ello, por el hecho de ser a la vez constituido o derivado (por su origen) y constituyente (por su función), el poder de reforma se considera «poder constituyente constituido»»⁹⁵.

⁹² SÁNCHEZ AGESTA, 1943: 344.

⁹³ DÍAZ REVORIO, 2005: 99.

⁹⁴ DÍAZ REVORIO, 2005: 98.

⁹⁵ CARRILLO y FERRERES COMELLA, 2002: 84.

De igual manera, Juan Luis REQUEJO PAGÉS adscribe al poder de reforma constitucional una condición de «híbrido entre el constituyente y los constituidos»⁹⁶. En su opinión, se trata de un poder ‘constituyente’ por dos razones: porque puede «modificar legítimamente los enunciados constitucionales, esto es, contradecirlos sin incurrir en su infracción»⁹⁷, y porque «de él han de resultar normas de forma y rango constitucionales, fundamentadoras de la validez de las normas posteriores del sistema»⁹⁸. No obstante, según este autor, se trata también de un poder *constituido*, por cuanto sólo puede hacer lo anterior «en las condiciones, con los límites y por los procedimientos establecidos por el constituyente originario»⁹⁹; aunque subraya, por cierto, que este ‘poder constituyente-constituido’ sólo es *constituido* «mientras no entre en vigor la norma por él elaborada» pues, a partir de ese momento, es únicamente «poder constituyente» y con el mismo título que el «constituyente originario»¹⁰⁰.

En suma, afirmando que con el poder de reforma constitucional se ejerce una *función constituyente*, la dogmática lo ha caracterizado como un ‘poder constituyente-constituido’. Pues bien, a mi modo de ver, estas construcciones doctrinarias son tremendamente confusas y provocan más de un problema. La confusión que inmediatamente provoca el uso de la locución ‘poder constituyente-constituido’ consiste en asumir un concepto del poder de reforma constitucional que, *prima facie*, estaría dotado de una ‘doble condición’, un carácter ‘bifronte’ o una ‘naturaleza híbrida’ y que, siguiendo una metáfora usada por Genaro CARRIÓ, operaría al modo *Dr. Jekyll and Mr. Hyde*¹⁰¹; es decir, un poder normativo con propiedades contradictorias: ‘constituyente’ y ‘constituido’, ‘supraordenado’ y ‘subordinado’, ‘autorizador’ y ‘autorizado’, etc.

Si se sigue esta intuición, provocada por la confusa expresión ‘poder constituyente-constituido’, se podría pensar que el poder de reforma constitucional en efecto tiene una paradójica composición –una ‘personalidad múltiple’, siguiendo la anterior metáfora–, lo que genera un potencial impacto negativo dentro de la cultura y la práctica jurídica (como se verá en la sección 3 de este capítulo). De otro lado, si se asume que

⁹⁶ REQUEJO PAGÉS, 2008: 2753.

⁹⁷ REQUEJO PAGÉS, 2008: 2753.

⁹⁸ REQUEJO PAGÉS, 1998: 101.

⁹⁹ REQUEJO PAGÉS, 2008: 2753. *Vid.* también, REQUEJO PAGÉS, 1998: 101-102.

¹⁰⁰ REQUEJO PAGÉS, 1998: 103-104.

¹⁰¹ Esta metáfora es utilizada en CARRIÓ, 1973: 50, aunque para aludir al ‘poder constituyente originario’. Su uso análogo, para el ‘poder constituyente-constituido’ me parece pertinente.

‘constituyente’ y ‘constituido’ son conceptos *contradictorios*¹⁰² –donde ‘constituyente’ equivale a ‘no-constituido’¹⁰³–, entonces ningún poder (en el sentido de ‘potestad’) puede ser simultáneamente ‘constituyente’ y ‘constituido’. Bajo este razonamiento se podría concluir simplemente que las expresiones ‘poder constituyente-constituido’, y otras similares, sólo son muestras de un mismo *oxímoron*: un absurdo lingüístico por contradicción en sus propios términos.

A pesar de todo lo anterior, estas confusiones pueden ser evitadas mediante un sencillo análisis tendiente a descubrir el error central en que incurren los autores que suscriben el argumento de la ‘hibridez’ del poder de reforma constitucional (razón por la cual lo presentan como un ‘poder constituyente-constituido’). Dicho error consiste en no advertir los diversos sentidos relevantes del término ‘constituyente’. En este contexto, la confusión se evidencia entre los dos siguientes sentidos:

- ‘Constituyente’ (desde el punto de vista de la *manifestación* de un poder normativo): designa una propiedad que consiste en la ausencia de habilitación y de límites jurídicos¹⁰⁴. Este sentido, en lo posterior, será denominado ‘constituyente₁’; y,
- ‘Constituyente’ (desde el punto de vista de las *consecuencias* evidenciables por el ejercicio de un poder normativo): designa una propiedad consistente en la capacidad para producir nuevas disposiciones constitucionales o incluso un nuevo conjunto de disposiciones constitucionales. En adelante, a este sentido se denominará ‘constituyente₂’.

Como se puede advertir fácilmente, ‘constituyente₁’ y ‘constituyente₂’ no son equiparables. Utilizando la misma doble perspectiva de análisis entre la *manifestación* y

¹⁰² Como es conocido, los conceptos contradictorios son aquellos que representan ideas mutuamente excluyentes que no admiten términos medios (*tertium non datur*). Un típico ejemplo es la oposición entre ‘vivo’ y ‘muerto’. La afirmación de una de las ideas implica la negación de la otra idea; por ende, las dos ideas en oposición no pueden ser simultáneamente afirmadas ni negadas.

¹⁰³ En este sentido, por ejemplo, Riccardo GUASTINI afirma que la noción de poder constituyente se define, banalmente, por oposición a la noción de poder constituido (GUASTINI, 2011c: 171). En el mismo sentido, *vid.* FERRAJOLI, 2007a: 852.

¹⁰⁴ En este sentido se dice, por ejemplo, que «El poder constituyente, siendo no constituido, por definición, no tiene limitaciones jurídicas: como no ha sido otorgado por ninguna norma jurídica, ninguna norma jurídica puede reglarlo» (GUASTINI, 2007a:120).

las *consecuencias* de los poderes normativos, que fue empleada en el capítulo I de esta tesis¹⁰⁵, es evidente concluir que ambos sentidos del término ‘constituyente’ se refieren a diversas propiedades. Así, sólo el primer sentido –pero no el segundo– representa lo opuesto a ‘constituido’¹⁰⁶. De esto se sigue que el poder constituyente, según el concepto tradicional asumido y modelado en esta tesis, es ‘constituyente’ en los dos sentidos del término; en cambio, el poder de reforma constitucional sólo podría ser ‘constituyente₂’ dado que, al ser un poder constituido, no podría ser al mismo tiempo ‘constituyente₁’ (lo que claramente sería una *contradictio in terminis*).

Ahora bien, teniendo en cuenta la anterior distinción, se puede notar que los diversos autores que caracterizan al poder de reforma constitucional como un ‘poder constituyente-constituido’ no sostienen que éste sea ‘constituyente₁’; es más, admiten que se trata de un poder jurídicamente limitado, esto es, *constituido* (o no ‘constituyente₁’). El problema es que, sin negar lo anterior, le adjudican al poder de reforma una función que, confusamente, también es denominada ‘constituyente’: se refieren a que es ‘constituyente₂’, o sea, ‘constituyente’ *de nuevas disposiciones constitucionales* (o de un nuevo conjunto de ellas)¹⁰⁷. Es en este sentido que se afirma que ‘sólo la *función* constituyente puede, jurídicamente, reformar la constitución’¹⁰⁸.

Con la anterior clarificación se puede ver que las expresiones ‘poder constituyente-constituido’, y otras similares, no necesariamente incurren en contradicción de términos y, en cierto sentido, pueden ser entendidas significativamente. De este modo, se puede entender sin problemas que el poder de reforma constitucional tiene una función ‘constituyente₂’, habida cuenta de su capacidad para *constituir* disposiciones tan constitucionales como las que le preceden y para *constituir*, en consecuencia, una nueva configuración del conjunto de disposiciones escritas llamado ‘constitución’.

¹⁰⁵ Vid. Capítulo I, sección 3.

¹⁰⁶ El sentido de ‘constituyente₂’, al traducirse como ‘constituyente de disposiciones constitucionales’, sólo podría oponerse de modo contradictorio con ‘no-constituyente de disposiciones constitucionales’.

¹⁰⁷ Lo que no implica, por cierto, que el poder de reforma constitucional esté *supraordenado* a las normas constitucionales existentes, como pensaba SÁNCHEZ AGESTA y como sostiene más recientemente DÍAZ REVORIO. Las leyes de reforma constitucional, para decirlo con precisión, están materialmente ubicadas *en el mismo nivel* que las disposiciones constitucionales susceptibles de ser reformadas. Ello, con excepción de las disposiciones constitucionales cuya reforma está prohibida; en este caso, las leyes de reforma constitucional están materialmente *subordinadas* a aquellas (vid. GUASTINI, 2011c: 250-252).

¹⁰⁸ Tesis *vi* de la sección anterior, que en este apartado se analiza como el argumento de la ‘hibridez’.

No obstante, nada de lo anterior permite inferir que el poder de reforma constitucional sea el *mismo* ‘poder constituyente’ ejercido en otro *momento* o *etapa*, como lo intuyó BONNARD, lo afirmó BURDEAU y lo desarrollaron posteriormente diversos autores de la dogmática constitucional española y latinoamericana. Aunque es entendible que se señale una cierta similitud material entre el resultado del poder constituyente y el resultado del poder de reforma constitucional –en el sentido de que ambos pueden determinar nuevos contenidos constitucionales–, lo que no se puede admitir es que, sobre esa base, se afirme que ambos poderes sean (no ya similares, sino) *el mismo poder*.

En este orden de ideas, se puede sostener que ambos poderes tienen una función similar (la función ‘constituyente₂’), pero no más que eso. Y es que denominar ‘constituyente₂’ a esta función, no altera en absoluto dos diferencias fundamentales que se encuentran entre los dos poderes en cuestión. Para resaltar estas diferencias, me serviré nuevamente de la doble perspectiva de análisis que toma en cuenta la *manifestación* y las *consecuencias* de tales poderes normativos. De este modo:

- Desde el punto de vista de su *manifestación*, como ya se ha dicho, el poder constituyente es ‘constituyente₁’; en cambio, el poder de reforma constitucional, siendo un poder jurídicamente instituido y limitado por normas constitucionales, es lo opuesto a ‘constituyente₁’, es decir, un poder ‘constituido’ (razón por la que, precisamente, algunos autores lo denominan ‘constituyente-constituido’); y,
- Desde el punto de vista de las *consecuencias* evidenciables por el ejercicio de aquellos poderes, si bien el poder de reforma constitucional puede determinar el contenido de la constitución –incluso completamente, en aquellos ordenamientos jurídicos donde se permite la reforma o ‘revisión total’– el resultado no puede ser equiparado al del poder constituyente; ello es así porque el nuevo conjunto de disposiciones constitucionales, producido por el ejercicio del poder de reforma, tendrá un fundamento dinámico de validez identificable en las normas constitucionales precedentes que habilitaron jurídicamente tal reforma; en cambio, el resultado de la manifestación del poder constituyente, por definición, es una

‘primera constitución’ en sentido *kelseniano*, es decir, un conjunto de disposiciones constitucionales carente de tal fundamento de validez jurídica¹⁰⁹.

En definitiva, aunque pueda ser perfectamente comprensible el significado de expresiones como ‘poder constituyente-constituido’ (en el sentido acorde a ‘poder constituyente₂-constituido’), ello no impide concluir que sea del todo implausible identificar al poder de reforma constitucional con el mismo poder al que se denomina ‘poder constituyente originario’ (o ‘poder constituyente’ a secas, entendido acorde al sentido de ‘constituyente₁’). Una equiparación entre los dos poderes pasaría por alto, de modo irrazonable, las evidentes diferencias que existen entre aquellos, tanto en su manifestación como en sus consecuencias; es decir, tal equivalencia obviaría las diferencias básicas entre un poder *de hecho* y un poder *de derecho*.

Por supuesto, se podría rechazar esta crítica indicando que el concepto de ‘poder constituyente’ presupuesto en el argumento que se critica, adopta una definición *sensu largissimo* (al modo en que lo definía Georges VEDEL): «es el poder de establecer o de modificar la Constitución»¹¹⁰. A partir de una definición tan amplia, claro que se sigue todo lo que señala aquel argumento. Pero si se admite que los tipos de cambios constitucionales son variados, y que no todos responden al mismo origen ni tienen las mismas características o consecuencias, ha de admitirse también que su análisis requiere de una mayor precisión conceptual al momento de agrupar el campo de relaciones y fenómenos relevantes. Su mejor comprensión no se logra mezclando conceptos en una sola categoría general; de hecho, no se ve qué utilidad podría reportar esto. Por ello, no parece nada plausible mezclar el poder de reforma con el poder constituyente.

2.4. El argumento de la ‘dimensión desconocida’: un poder ‘intermedio’

El último de los argumentos que se analizará en esta parte del capítulo tiene grandes semejanzas con el anterior, pero es distinto en la forma de su presentación: ya no se sostiene que el poder de reforma constitucional sea ‘constituyente’ y ‘constituido’, sino que *ni es constituyente, ni es constituido*. Se trataría de un poder que –según los propios

¹⁰⁹ Vid. KELSEN, 1945: 115; KELSEN, 1960: 207-208.

¹¹⁰ VEDEL, 1949: 114.

términos ocupados por sus autores– ‘habitaría’ dentro de una ‘dimensión desconocida’, es decir, en una ‘zona gris’ entre el poder constituyente y los poderes constituidos. A primera vista, este argumento pretendería estipular una tercera categoría intermedia entre lo ‘constituyente’ y lo ‘constituido’, lo que implicaría un intento de superar la tradicional distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos según su formulación inicial¹¹¹.

Lo anterior ha sido sostenido por autores como Stephen HOLMES y Cass SUNSTEIN, quienes en un trabajo conjunto expresan lo siguiente:

[B]etween the framing power –*le pouvoir constituant*– and the three established branches of government –*les pouvoirs constitués* [...] [t]he amending power does not fit comfortably into either category. It inhabits a twilight zone between authorizing and authorized powers¹¹².

En el mismo sentido, pero más recientemente, Yaniv ROZNAI también ha dicho algo bastante similar:

[T]he amendment power has to be regarded as *sui generis*, a unique power situated in a grey area between the two powers. The amendment power can be distinguished from constituent power [...], but it is also a distinctive form of a constituted power¹¹³.

Como se ve, los autores que adoptan esta perspectiva, antes que afirmar que el poder de reforma constitucional tiene una ‘naturaleza híbrida’, sostienen más bien que tal poder se sitúa dentro de una zona ‘intersticial’ en medio del poder constituyente y los poderes constituidos, habida cuenta de que –en su opinión– no puede ajustarse cómodamente a ninguna de esas dos categorías. En este sentido, agrega ROZNAI, ni puede considerarse que el poder de reforma constitucional sea otro más de los poderes constituidos, ni tampoco puede equiparárselo, sin más, con el poder constituyente: se trata, en su criterio, de un poder *sui generis*¹¹⁴.

¹¹¹ Me refiero a la formulación de SIEYÈS (SIEYÈS, 1789a: 106).

¹¹² HOLMES y SUNSTEIN, 1995: 276.

¹¹³ ROZNAI, 2017: 105.

¹¹⁴ ROZNAI, 2017: 112-113.

El argumento que utiliza ROZNAI para fundamentar su concepción del poder de reforma constitucional, como ‘poder intermedio’, es uno que el propio autor denomina ‘consecuencialista’ (y que ya fue analizado en la sección anterior, aunque sin esa denominación¹¹⁵). En opinión del autor citado, si se atiende a las consecuencias del ejercicio del poder de reforma constitucional, se puede ver que este constituye el mismo producto que es creado mediante el poder constituyente ‘originario’, es decir, disposiciones jurídicas que conforman el texto de la constitución; por lo tanto, según ROZNAI, la acción de reformar una constitución es una acción *constitutiva* que revela el ejercicio de un poder similar al que creó aquella constitución originalmente¹¹⁶.

Este argumento es usado por ROZNAI como engranaje para construir su propia teoría acerca de la «enigmática naturaleza» del poder de reforma constitucional: la ‘teoría de la delegación’ como fundamento del «poder constituyente secundario»¹¹⁷. De acuerdo con esta teoría, el ‘pueblo’ (*the people*), a través de las cláusulas constitucionales que prevén el poder de reforma, permite que un órgano constitucional ejerza una autoridad ‘constituyente’: la autoridad para *constituir* disposiciones constitucionales¹¹⁸. Así, añade ROZNAI, cuando el poder de reforma constitucional modifica la constitución, está ejerciendo una competencia jurídica que le ha sido delegada por el poder constituyente¹¹⁹; en este esquema, el poder constituyente sería el ‘sujeto principal’ que delega parte de su autoridad, mientras que el poder de reforma representa al ‘agente’ que recibe la delegación¹²⁰.

¹¹⁵ Y, además, formulado por otros autores.

¹¹⁶ ROZNAI, 2017: 112.

¹¹⁷ ROZNAI, 2017: 112-113; 121-122.

¹¹⁸ ROZNAI, 2017: 118. El mismo autor detalla que, si al ‘pueblo’ le está permitido *re-formar* su constitución, entonces tanto la creación como la modificación constitucional forman parte del poder constituyente del ‘pueblo’; visto de este modo, el proceso de reforma constitucional serviría como un mecanismo ocupado por los ‘padres’ de la constitución para delegar o compartir su autoridad con las futuras generaciones, es decir, para que cada una de ellas pueda tener una porción del poder constituyente (ROZNAI, 2017: 111). Según ROZNAI, esta es la concepción que prevalece en el constitucionalismo estadounidense, en donde se asume que el artículo V de la Constitución de los EE.UU., que permite y regula la posibilidad de enmiendas constitucionales, «contiene» un poder constituyente (ROZNAI, 2017: 111). En este mismo sentido se pronuncia Stephen M. GRIFFIN: «[T]he conventional meaning of constituent power within American constitutionalism is the power of the people to change the Constitution through amendment or a constitutional convention» (GRIFFIN, 2007: 50).

¹¹⁹ Esta idea ya había sido expresada en 1958 por Alf ROSS, quien sostenía que la competencia del poder constituyente, siendo totalmente ilimitada, incluye también la competencia para delegar sus poderes al legislador, autorizándolo bajo ciertas condiciones a expedir leyes reformativas de las disposiciones constitucionales (ROSS, 1958b: 20). De ahí que el mismo autor también haya sostenido que las normas constitucionales que regulan el procedimiento especial para la reforma de la constitución «establecen una autoridad constituyente distinta de la legislativa» (ROSS, 1958a: 79).

¹²⁰ ROZNAI, 2017: 118. En el mismo sentido, *vid.* TUSHNET, 2018: 326.

En otras palabras, según esta teoría, el poder de reforma constitucional es un poder ‘fiduciario’ para actuar de conformidad con ciertos fines¹²¹: un poder delegado que actúa *per procurationem* (por procuración) del pueblo para modificar su constitución. De este modo, y teniendo como trasfondo una relación de tipo ‘principal-agente’, el poder de reforma estaría subordinado al poder constituyente, del cual recibiría su competencia¹²².

Además, siguiendo la misma teoría, dado que toda delegación es siempre condicional, el encargo ‘fiduciario’ para reformar la constitución comprende necesariamente ciertos límites; luego, el poder de reforma constitucional –según ROZNAI– debe ejercer su competencia condicionado por su obligación ‘fiduciaria’ de cumplir con los términos del encargo (requerimientos procedimentales o requerimientos sustantivos que explícita o implícitamente se hayan dispuesto para ejercer la competencia reformadora)¹²³. En consecuencia, afirma ROZNAI, contrario a lo que sucede con el poder constituyente –que no se encuentra limitado por disposiciones ni por procedimientos constitucionales previos– el poder de reforma posee ‘inherentemente’ ciertas limitaciones¹²⁴: está ‘intrínsecamente’ limitado «por naturaleza»¹²⁵.

Ahora bien, de acuerdo con la comentada teoría, de lo anterior no se sigue que el poder de reforma constitucional sea simplemente un poder constituido. ROZNAI señala que esto no sería preciso, pues el poder de reforma tiene también una ‘naturaleza constitutiva’: *constituye* reglas constitucionales al igual que el poder constituyente¹²⁶. Aquí se puede notar cómo ROZNAI utiliza el ‘argumento consecuencialista’ para dar cuerpo a su teoría de la delegación. A partir de esta integración, el mismo autor citado define al poder de reforma constitucional como un «poder constituyente secundario»: *constituyente*, porque el resultado o consecuencia de su ejercicio es el mismo que provoca el poder constituyente (que ROZNAI, en este punto, pasa a denominar «poder

¹²¹ En este punto, ROZNAI se remite a una antigua caracterización de John LOCKE acerca del poder legislativo (*vid.* LOCKE, 1690: 77).

¹²² ROZNAI, 2017: 118-119.

¹²³ ROZNAI, 2017: 119.

¹²⁴ ROZNAI, 2017: 119.

¹²⁵ ROZNAI, 2017: 133.

¹²⁶ ROZNAI, 2017: 121.

constituyente primario»); y *secundario*, no sólo porque desde un punto de vista cronológico es implementado posteriormente a la labor de instauración constitucional, sino también por las condiciones de inferioridad y subordinación que el mismo autor le adjudica al poder de reforma frente al «poder constituyente primario»¹²⁷. A partir de estas ideas, ROZNAI propone una nueva clasificación tripartita entre: (i) poder constituyente «primario»; (ii) poder constituyente «secundario» (o poder de reforma constitucional); y, (iii) poderes «constituidos»¹²⁸.

Corresponde ahora criticar el argumento ofrecido por Yaniv ROZNAI. Había comenzado esta sección expresando que el argumento antes expuesto es distinto al analizado en la sección 2.3. Sin embargo, si se analiza con detenimiento, puede que la única diferencia entre ambos radique exclusivamente en la forma de presentación, sin que esto suponga diferencias de fondo. Aunque parece notorio que asumir la pertenencia simultánea de una entidad a dos categorías no es lo mismo que asumir la pertenencia de esa misma entidad a una tercera categoría intermedia, quizás en este contexto solamente se trate de dos modos distintos, aunque equívocos, de enunciar una misma idea, a saber: que el poder de reforma constitucional tiene *algo* de ‘constituyente’ y *algo* de ‘constituido’. Esto podría expresarse diciendo que el poder de reforma es simultáneamente ‘constituyente’ y ‘constituido’ (aunque no totalmente reconducible a cada una de esas categorías, por supuesto); o que pertenece a una categoría intermedia entre lo ‘constituyente’ y lo ‘constituido’; o incluso se puede llegar a decir las dos cosas de manera intercambiable¹²⁹.

De todos modos, incluso si se toma en serio la propuesta de estipular genuinamente una tercera categoría intermedia entre el poder constituyente y los poderes constituidos, la desambiguación antes detallada en la sección 2.3. –respecto de los dos sentidos

¹²⁷ ROZNAI, 2017: 122.

¹²⁸ ROZNAI, 2017: 120-122. Entre ambos ‘poderes constituyentes’ –el «primario» y el «secundario»– existiría una separación vertical, según el autor citado (ROZNAI, 2017: 134).

¹²⁹ Un ejemplo claro de cómo pueden decirse ambas cosas, sin que por ello se asuma una concepción distinta, se puede ver en el mismo trabajo de HOLMES y SUNSTEIN citado al comienzo de esta sección, donde estos autores adicionalmente expresan lo siguiente: «The amending power is simultaneously framing and framed, licensing and licensed, original and derived, superior and inferior to the constitution» (HOLMES y SUNSTEIN, 1995: 276). Otros dos ejemplos, tomados de la dogmática constitucional española, pueden verse en TORRES DEL MORAL, 1996: 114 («El poder constituyente constituido [...] ocupa una posición intermedia entre el poder constituyente originario y el poder legislativo»); y REQUEJO PAGÉS, 2008: 2753 («[...] el llamado ‘poder constituyente constituido’, verdadero *tertium genus* que hace posible la reforma de los enunciados constitucionales»).

relevantes del término ‘constituyente’– muestra que el sentido de ‘constituyente’ que ROZNAI atribuye al poder de reforma constitucional sólo puede ser ‘constituyente₂’ (constituyente de reglas constitucionales); y ello, lejos de generar la necesidad de replantear la clasificación y volverla tripartita, mantiene intacta la clasificación binaria entre lo ‘constituyente’ y lo ‘constituido’. Esto es así porque aquella ‘naturaleza constitutiva’ del poder de reforma, a la que se refiere ROZNAI, está fuera del ámbito de la clasificación entre ‘constituyente₁’ y ‘constituido’, que se centra exclusivamente en la perspectiva de la *manifestación* o ejercicio de un poder normativo, y que considera únicamente relevante la existencia o inexistencia de habilitación jurídica para actuar. En este orden de ideas –y contrario a lo que señalan HOLMES y SUNSTEIN– el poder de reforma constitucional sí puede ser ‘cómodamente’ ubicado dentro de una de esas dos categorías captadas por la tradicional clasificación: la de poder constituido.

Otra cosa es que ese poder constituido de reforma tenga la peculiaridad de constituir disposiciones constitucionales materialmente similares a las producidas por el poder constituyente (lo que, por cierto, no significa que el producto de ambos poderes sea *el mismo*¹³⁰). Pero, se insiste, esto no configura al poder de reforma constitucional como un ‘poder constituyente₁’, sino –por así decirlo– como un ‘poder constituyente₂’; y esa cualidad ‘constitutiva’, no siendo opuesta a la categoría de ‘poder constituido’, no genera propiamente una contradicción de términos, pero tampoco muestra ninguna ‘enigmática naturaleza’, como cree ROZNAI. El ‘enigma’ que éste y otros autores divisan no es más que el fruto de no advertir –y de no distinguir– dos diversas perspectivas de análisis: nuevamente, la perspectiva de la *manifestación* y la perspectiva de las *consecuencias* de esa manifestación. De hecho, la introducción de una categoría intermedia para clasificar al poder de reforma (como un ‘poder constituyente secundario’) es justamente el resultado de mezclar esos dos puntos de vista. Por ende, la clasificación tripartita propuesta por ROZNAI no sólo no persuade en orden a captar la ‘naturaleza única’ de estos poderes¹³¹, sino que resulta directamente confundente.

¹³⁰ «Amending a constitutional provision creates the same legal product as writing a new article» (ROZNAI, 2017: 112). Esto no es exacto, como se argumentó en la sección 2.3.: aunque materialmente se puedan ver como el mismo producto, las normas producidas por el poder constituyente son normas ‘originarias’, cuyo conjunto se comprende como una ‘primera constitución’; en cambio, las normas producidas por el ejercicio regular del poder de reforma constitucional son normas ‘derivadas’. Entre unas y otras hay una diferencia fundamental relacionada con su fundamento de validez jurídica: mientras las segundas son válidas en la medida en que hayan sido regularmente producidas, las primeras no son *ni válidas ni inválidas*.

¹³¹ ROZNAI, 2017: 122.

Por lo demás, parece evidente que ROZNAI no necesita del argumento ‘consecuencialista’, ni caracterizar al poder de reforma constitucional como un poder ‘intermedio’ o un ‘poder constituyente secundario’, para defender su teoría de la delegación. Aunque considero que hay razones para estar en desacuerdo con esta teoría –que no será criticada en esta tesis, pues excedería sus límites– ello no es obstáculo alguno para señalar que su objetivo (que es dar cuenta de la condición jurídicamente limitada del poder de reforma constitucional) puede ser logrado, *a fortiori*, simplemente mediante la distinción de los diversos sentidos relevantes del término ‘constituyente’ y el discernimiento de que la propiedad ‘constitutiva’ del poder de reforma en nada altera su condición de poder constituido y limitado por el derecho.

3. EL NEGATIVO IMPACTO DE LA CONCEPCIÓN ANALIZADA

A lo largo del apartado 2 de este capítulo se ha mostrado que la concepción del poder de reforma constitucional como ‘poder constituyente’ puede originar una serie de despropósitos (confusiones de diversos sentidos de los términos, confusiones de perspectivas de análisis, consideraciones acerca de naturalezas ‘híbridas’ o ‘enigmáticas’, propuestas desencaminadas de nuevas clasificaciones, etc.), todo lo cual, en último término, supone que se modifique o que incluso hasta se disuelva –en cualquier caso, irrazonablemente– la distinción entre el poder constituyente y el poder constituido de reforma.

Ahora bien, también en el mismo apartado anterior se ha mostrado que la mayoría de las variantes de la concepción analizada no deja de reconocer que el poder de reforma constitucional es un poder constituido y limitado jurídicamente. Asimismo, de todo lo analizado antes, se podría extraer que las confusas expresiones generadas bajo esta concepción parecen simplemente destacar la especial capacidad de creación normativa que tiene la competencia jurídica de reforma constitucional¹³². Si esto es así, se podría pensar que al final del día los problemas mostrados en este capítulo serían meramente terminológicos, es decir, *seudo* problemas (dado que las respectivas

¹³² Lo que, de por sí, ya parece algo excesivo si se tiene en cuenta que no se necesita hacer aquello para explicar tal trascendencia.

discusiones versarían simplemente sobre palabras). Del mismo modo, también se podría decir que enzarzarse en disputas acerca de clasificaciones es algo estéril, como ya lo advirtiera en su momento Genaro CARRIÓ¹³³.

No obstante, es necesario puntualizar que lo que se ha analizado y criticado en el apartado 2 de este capítulo no son solamente cuestiones verbales o disputas sobre clasificaciones, sino también problemas de orden conceptual que pueden llegar a tener un impacto en las prácticas constitucionales.

Así, por ejemplo, cuando se señala que el uso de la locución ‘poder constituyente-constituido’ debe ser continua y cuidadosamente acompañado de aclaraciones para enfatizar que el poder de reforma constitucional es un ‘poder constituyente₂ constituido’ (evitando así posibles malentendidos, puesto que ‘constituyente’ es un vocablo que en el lenguaje jurídico usual casi siempre significa ‘constituyente₁’), lo que está de por medio es una cuestión meramente terminológica. En cambio, cuando se critica a las corrientes doctrinarias que caracterizan al poder de reforma constitucional como un poder ‘híbrido’ (con propiedades en principio contradictorias, que aparecen simultáneamente¹³⁴), o como un poder ‘intermedio’ (entre el ‘poder constituyente originario’ y los ‘poderes constituidos’) o, directamente, como *el mismo* poder constituyente en otro momento o ‘etapa’, el problema ya no es simplemente de usos del lenguaje sino de conceptos jurídicos. Y claro, la forma en que estos conceptos están contruidos determina, muchas veces, el curso de las prácticas jurídicas.

Un ejemplo bastante visible de lo que quiero decir se advierte en la discusión acerca de los límites jurídicos del poder de reforma constitucional, que se concreta en la pregunta acerca de qué valor (absoluto o relativo) tienen aquellas limitaciones que se imponen sobre el así llamado ‘poder constituyente-constituido’. Al respecto, no tiene desperdicio transcribir el siguiente fragmento escrito por los constitucionalistas argentinos QUIROGA LAVIÉ, BENEDETTI y CENICACELAYA:

¹³³ CARRIÓ, 1965: 98-100.

¹³⁴ «To classify [the amendment power] [...] French constitutionalists resort to farfetched terms, such as *le pouvoir constituant institué* and *le pouvoir constituant dérivé*. They might as well have confessed their embarrassment and called it *le pouvoir constituant constitué*» (HOLMES y SUNSTEIN, 1995: 276).

Si el llamado poder constituyente derivado se sujeta a normas y limitaciones cuando reforma la constitución, lo hará porque le resulta conveniente o porque por razones de oportunidad política no juzga beneficioso apartarse de ellas, pero no porque la constitución se lo imponga, pues, si fuera así, los desvíos del constituyente derivado deberían ser declarados inconstitucionales por otro poder que pasaría a ser, automáticamente, el poder constituyente [...] en tal sentido, el poder constituyente derivado puede hacer una revolución como la puede hacer el originario, siempre dependiendo de su efectividad¹³⁵.

Como se puede ver, si se lleva al extremo la comprensión del poder de reforma constitucional como ‘poder constituyente’, una de las consecuencias será postular que los límites jurídicos dispuestos sobre tal poder son simplemente relativos: se asumen únicamente por conveniencia o por oportunidad política, como expresamente sostienen los autores citados. De aquí, me parece, hay un solo paso para afirmar la tesis de que el poder de reforma es un poder que, aunque pueda estar jurídicamente limitado, es, de hecho, *ilimitable*. Se trata de una forma extrema de mezclar contextos, perspectivas y fenómenos, justamente por la presuposición un poder constituyente ‘único e indivisible’ identificable también en la reforma constitucional¹³⁶.

Estos riesgos, además, se pueden advertir en algunas prácticas constitucionales; particularmente, en los escenarios de creación de nuevas constituciones a través de lo que, en esta tesis, se ha identificado como ‘procesos constituyentes constitucionalmente previstos’¹³⁷. En este contexto, aunque parecería claro que todos los órganos previstos por una constitución han de estar jurídicamente limitados y que, particularmente, los órganos habilitados para ejecutar reformas al texto constitucional son órganos constituidos –porque están instituidos, regulados y, además, sometidos a límites impuestos por normas constitucionales (al menos límites formales¹³⁸)– ocurre que en algunos países se sigue discutiendo, cada tanto, si las Asambleas ‘Constituyentes’ constitucionalmente previstas para ejercer la competencia de sustitución constitucional –llamada a veces reforma o ‘revisión total’ de la constitución– están sometidas (o no) a límites jurídicos.

¹³⁵ QUIROGA LAVIÉ, BENEDETTI y CENICACELAYA, 2001: 40.

¹³⁶ QUIROGA LAVIÉ, BENEDETTI y CENICACELAYA, 2001: 40-41.

¹³⁷ *Vid.* Capítulo III, apartado 1.

¹³⁸ *Vid.* Capítulo III, apartado 1, sección 1.3.

Claro está, en sociedades con escasa estabilidad constitucional y cierta fijación por las reformas y cambios permanentes de constitución, las discusiones se inclinan por el lado de la respuesta negativa y la correspondiente asunción de ‘plenos poderes’¹³⁹. Este salto, me parece, refleja bastante bien cómo un término ambiguo (‘constituyente’) es en diversas ocasiones aprovechado en el terreno de la política para conectarlo con el significado más fuerte (‘constituyente₁’), aunque las propias características del poder designado con ese término se relacionen con otro significado distinto (en este caso, la reforma constitucional total llevada a cabo de forma jurídicamente disciplinada).

En suma, no se trata solamente de resaltar las dificultades de comprensión que una cierta terminología genera respecto del poder de reforma constitucional (a cuenta de utilizar el término ‘constituyente’ con un sentido diverso al que usualmente se le atribuye, y de utilizarlo –para mayor confusión– junto con el término ‘constituido’); se trata también de destacar que la concepción analizada en este capítulo, a través de todas sus variantes, provoca graves confusiones conceptuales que tienen eventuales reflejos tanto en la teoría como en la práctica constitucional, y que pueden llegar al extremo de emparentar al poder de reforma con la peligrosa característica de ilimitación jurídica, propia de los poderes *de facto*.

4. CONCLUSIONES

Como se ha visto a lo largo de este capítulo, concebir al poder de reforma constitucional como si fuera el *mismo* poder constituyente, o en términos asociados al poder constituyente:

- i. Genera innecesariamente una confusa terminología que remite a artificiosas categorías ‘híbridas’ o ‘intermedias’, lo que dificulta la distinción entre las dos referidas instancias de producción constitucional;

¹³⁹ Este es exactamente el caso de la ‘Asamblea Constituyente’ convocada en mayo de 2017 por Nicolás Maduro en Venezuela, sobre la base de los artículos 347, 348 y 349 de la constitución venezolana en vigor. Pese a que dichos artículos prevén y regulan la forma de activación de la ‘Asamblea Constituyente’, el término ‘constituyente’ es inequívocamente interpretado como sinónimo de ‘plenos poderes’. *Vid.*, Capítulo III, sección 1.1., para una exposición y crítica de la vinculación con el poder constituyente por el simple uso del término ‘constituyente’.

- ii. Supone una ‘impurificación’ conceptual, al incurrirse en una serie de confusiones entre sentidos (‘constituyente₁’ y ‘constituyente₂’); perspectivas (los puntos de vista correspondientes a la *manifestación* y a las *consecuencias* de la manifestación o ejercicio de un poder); tipos de poderes (poder ‘de hecho’ y poder ‘de derecho’); resultados (‘constitución’ derivada de otra constitución y ‘primera constitución’); límites (límites jurídicos y límites fácticos), etc.; y,
- iii. Provoca, en último término, potenciales distorsiones en las prácticas constitucionales, relacionadas sobre todo con la relativización o negación de los límites jurídicos a la actividad de reforma total o parcial de una constitución.

En las críticas que he efectuado a los argumentos que han tratado de encontrar una conexión necesaria entre el poder de reforma constitucional y el poder constituyente, he tomado mano del análisis conceptual para mostrar que, detrás de las correspondientes variantes de la concepción criticada (utilizadas por varios sectores de la dogmática constitucional), existen importantes distinciones que no son advertidas o son pasadas por alto. Una vez efectuadas las correspondientes distinciones, he tratado también de mostrar que los intentos de justificar tal concepción quedan disueltos.

Por todo lo antes dicho, considero que existen razones de conveniencia teórica por las que resulta preferible abandonar la concepción del poder de reforma como ‘poder constituyente’, así como las confusas expresiones que de ella se derivan. En su lugar, debe distinguirse claramente que el poder de reforma constitucional, pese a su enorme trascendencia, «no es un poder originario: es algo diferente respecto del poder constituyente»¹⁴⁰; es decir, un poder limitado por el derecho: un *poder constituido*.

¹⁴⁰ GUASTINI, 2011c: 250. *Vid.* también, GUASTINI, 2017: 390 [51].

CAPÍTULO V

LA DELIMITACIÓN ENTRE EL PODER DE REFORMA Y EL PODER CONSTITUYENTE: PROBLEMAS CONCEPTUALES

0. INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior se concluyó que ninguna de las variables de la concepción que intenta fundamentar el poder de reforma constitucional como ‘poder constituyente’ resulta plausible y que, debido a todas sus desventajas, es preferible mantener su tradicional comprensión como un poder constituido. Sobre estas bases, y partiendo de la consideración de que se trata de dos poderes distintos, en el presente capítulo me ocuparé, en cambio, del problema de la determinación de los ‘límites divisorios’ entre uno y otro poder, en el contexto de sistemas jurídicos dotados de constituciones rígidas¹. Me explico.

Distintas circunstancias, de las más variadas características, provocan el surgimiento de diversas pretensiones de cambio constitucional. Lo peculiar de muchos de esos intentos de cambio es que despiertan fuertes incógnitas acerca de la posibilidad jurídica de concretarlos; conocer si determinada reforma constitucional es (o no) jurídicamente

¹ Como se sabe, la casi totalidad de constituciones escritas contemporáneas son rígidas, siendo su rigidez una propiedad cuantitativa o *graduable*: dependiendo del grado de dificultad que específicamente se haya dispuesto para la reforma, «una constitución puede ser *más o menos* rígida, más o menos flexible» (GUASTINI, 2011c: 186. Cursivas en el texto original).

posible de ejecutar, constituye una cuestión de notable importancia². Pero para conocer esto, evidentemente, se requiere identificar primero cuáles son los límites del poder de reforma constitucional.

Esta identificación, lejos de lo que pudiera pensarse, es una actividad de lo más controvertida. Pero, independientemente de dónde sean trazados, lo cierto es que aquellos límites marcan la frontera entre los cambios constitucionales ‘según el derecho’ (provocados por el ejercicio disciplinado del poder de reforma) y los cambios constitucionales ‘contrarios al derecho’ (que, si son efectivamente logrados, equivalen a una manifestación de *facto* calificable como poder constituyente)³. Por lo demás, esta ‘vecindad’ limítrofe entre la reforma constitucional y el poder constituyente es relevante tanto para la teoría como para la práctica jurídica.

Para la teoría jurídica, la identificación de los límites del poder de reforma constitucional es importante porque ello permite distinguir los cambios *a* la constitución (realizados dentro de los límites) y los cambios *de* constitución (realizados fuera de esos límites)⁴. Asimismo, lo anterior permite reconstruir las transformaciones jurídicas sufridas dentro de una determinada comunidad, e identificar qué cambios constitucionales implican –según sea el caso– la generación de un nuevo ‘sistema jurídico’, de un nuevo ‘orden jurídico’ o de un nuevo ‘orden estatal’⁵.

Para la práctica constitucional, por otro lado, también es relevante identificar los referidos límites al poder de reforma. Desde una perspectiva *ex ante*, conocer dónde están estas fronteras entre la reforma constitucional y el poder constituyente tiene un impacto en distintos niveles, que van desde lo formal (la elección del tipo de iniciativa y

² Tanta importancia se le da a esta cuestión que puede llegar a rayar en lo absurdo. En este punto resulta inevitable acordarse del ejemplo imaginario propuesto por Genaro CARRIÓ, sobre la ‘extraña consulta’ que los señores ‘X, Y y Z’ le hicieran al ‘Doctor K’ respecto a si tenían competencia o atribuciones para reformar la constitución vigente por vía de un golpe de estado (CARRIÓ, 1973: 28-33).

³ A lo largo de todo este capítulo, para mayor facilidad y fluidez expositiva, dejaré de aclarar a cada momento que sólo los cambios constitucionales ‘contrarios al derecho’ que sean *efectivos* suponen la manifestación del poder constituyente. En este sentido, cada vez que me refiera a ese tipo de cambios ‘ilegales’ voy a asumir que han logrado efectividad; y sólo al final del capítulo, en la sección 3.2., diré algo acerca de la posibilidad de que los cambios constitucionales ‘contrarios al derecho’ sean repelidos por los cauces regulares dentro de un determinado sistema jurídico.

⁴ MARTÍ, 2013: 22.

⁵ Siguiendo las ideas que se encuentran en ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1976: 397, todas las modificaciones constitucionales implican que se genere un nuevo ‘sistema jurídico’, pero sólo algunas de ellas implican el surgimiento de un nuevo ‘orden jurídico’ o, en ocasiones, de un nuevo ‘orden estatal’ (VILAJOSANA, 1995: 332-335).

del procedimiento que ha de seguirse para impulsar y lograr el cambio constitucional deseado), hasta lo material (el conocimiento de qué contenidos se pueden –o no– cambiar en la constitución y, por ende, qué pretensiones de cambio son admisibles), pasando por lo estratégico (por ejemplo, cómo debe modularse el discurso político para lograr la adhesión necesaria en el impulso del cambio pretendido). Y desde una perspectiva *ex post*, la relevancia en la identificación de los mencionados límites radica centralmente en que ello permite ejercer el control de constitucionalidad de las reformas efectuadas al texto constitucional, allí donde tal mecanismo haya sido previsto⁶.

Pero la identificación de tales límites no está exenta de problemas. Determinar si un cambio constitucional opera dentro de los límites del poder de reforma –o si los excede– es una actividad que provoca frecuentes desacuerdos (y quizás hasta pseudo-desacuerdos⁷) entre los juristas. Muestra de ello es que ciertos cambios a la constitución que se consideran perfectamente permitidos según un cierto criterio, para otros criterios estarían claramente prohibidos⁸. Aunque en buena medida estas discrepancias son interpretativas, lo que me interesa analizar en este capítulo son, sobre todo, las controversias *conceptuales* que tienen lugar en esa labor de identificación de los límites del poder de reforma constitucional (que, a su vez, lo separan del poder constituyente).

Las mencionadas controversias conceptuales se explican, en buena medida, por los distintos conceptos de ‘constitución’ asumidos previamente. Como es de sobra conocido, el vocablo ‘constitución’ se emplea en el ámbito jurídico con más de un significado; dicho de otro modo, no hay *uno* sino *varios* conceptos de ‘constitución’⁹. Estos diversos conceptos condicionan, cada uno a su manera, la identificación de los límites que demarcan la frontera entre el cambio constitucional jurídicamente disciplinado y el cambio constitucional *extra ordinem*. Ello es una consecuencia

⁶ Téngase en cuenta que algunos sistemas jurídicos también prevén un control de constitucionalidad ‘preventivo’ sobre los proyectos de reforma constitucional.

⁷ *Vid.* CARRIÓ, 1965: 98-100.

⁸ Tómese como ejemplo lo que sucedió en Italia respecto del referéndum constitucional del 4 de diciembre de 2016: una ley constitucional que reformaba 47 artículos de la constitución italiana (y que fue sometida a referéndum para su aprobación), según la opinión de un considerable número de profesores de derecho constitucional, modificaba varios artículos de la constitución pero ‘sin distorsionarla’; en cambio, para un importante grupo de profesores de filosofía del derecho, el parlamento italiano se había atribuido impropriamente un ‘rol constituyente’ que ponía en riesgo ‘el patrimonio del constitucionalismo contemporáneo’.

⁹ Sobre la identificación de una pluralidad de conceptos diversos de la constitución –tema que viene ocupando un lugar fijo en la teoría constitucional, al menos desde SCHMITT, 1928: 29-65–, véase, por todos, GUASTINI, 1998a: 307-321 y COMANDUCCI, 1998: 98.

necesaria: los parámetros para determinar qué se puede cambiar en la constitución –en sentido jurídico– dependen de las propiedades que se entiendan comprendidas en el concepto de ‘constitución’. Por consiguiente, las prácticas que tienen como objeto reformar la constitución son accesorias –y por ello mismo dependen– del significado de ‘constitución’ presupuesto¹⁰.

De esos diversos conceptos de ‘constitución’ se siguen, pues, diversos criterios para discernir qué tipo de cambios están permitidos o prohibidos para el poder de reforma constitucional¹¹. A su vez, cada uno de esos criterios contiene orientaciones distintas respecto de dónde situar los límites divisorios entre el poder de reforma y el poder constituyente, de manera que, en muchas ocasiones, conducen a conclusiones incompatibles entre sí. Este capítulo versa precisamente sobre esta problemática. Pero mi propósito en esta parte final de la tesis no se limita a la exposición de estos problemas; también es mi objetivo tratar de suministrar criterios para una mejor identificación y comprensión de aquellos límites. En este sentido, el presente capítulo tiene la siguiente estructura:

En la primera parte identificaré tres distintos conceptos de ‘constitución’: un concepto ‘extensional’, un concepto ‘formal’ y un concepto ‘material’. El propósito en esta parte del capítulo es mostrar que del concepto ‘extensional’ no se sigue ningún criterio para trazar la delimitación entre el poder de reforma constitucional y el poder constituyente; en cambio, tanto del concepto ‘formal’ como del concepto ‘material’ se extraen, respectivamente, divergentes criterios para efectuar esa delimitación. Sin embargo, como se verá luego de la correspondiente exposición de cada uno de estos criterios, todos ellos presentan algún tipo de problema que convendría evitar.

¹⁰ Un buen ejemplo de esta misma ‘dependencia’ es ofrecido por Paolo COMANDUCCI: «según qué cosa se entienda por ‘constitución’, habrá diferentes modos de entender la interpretación de la constitución» (COMANDUCCI, 1998: 98). Uno de los pioneros en señalar la relación conceptual existente entre los límites a la reforma constitucional y el propio concepto de ‘constitución’ fue Carl SCHMITT; de hecho, para este autor, ‘reforma constitucional’ es uno de los conceptos derivados del concepto de ‘constitución’ (SCHMITT, 1928: 115 y ss.). En la teoría del derecho contemporánea, quien más ha insistido sobre esta relación ha sido Riccardo GUASTINI; véase, entre otros trabajos: GUASTINI, 1996b: 247; GUASTINI, 1998a: 317; GUASTINI, 1998b: 28-29; GUASTINI, 2001: 19; GUASTINI, 2004a: 320-321; GUASTINI, 2006: 16; GUASTINI, 2010: 191; GUASTINI, 2011b: 370; GUASTINI, 2011c: 173-174; y GUASTINI, 2017: 390 [51].

¹¹ Sólo quien asuma que hay *un* solo concepto (o un solo concepto ‘verdadero’ o ‘vigente’) de ‘constitución’, podría sostener –explícita o implícitamente– que hay *un* solo modo de especificar los límites entre el poder de reforma constitucional y el poder constituyente.

Posteriormente, en la segunda parte, propondré un análisis del concepto de ‘constitución’ que en cierto modo se ubica de manera equidistante respecto de las anteriores concepciones. La propuesta –modesta, sin lugar a dudas– consiste en un análisis de la constitución en dos niveles: en el nivel de las *disposiciones* constitucionales y en el nivel de las *normas* constitucionales. Como producto de lo anterior, y sobre la base de algunas ideas provenientes de la tradición del realismo jurídico, formularé un modo alternativo de delimitación entre el poder constituyente y el poder de reforma constitucional que ofrezca la bondad de eludir algunas de las desventajas atribuibles a los criterios antes mencionados.

En la tercera parte, finalmente, haré una exposición acerca de los tipos de límites del poder de reforma constitucional que se extraen de la propuesta consignada en la segunda parte. La especificación de estos límites dará cuenta del propio concepto del poder de reforma que se ofreció modelar al final del capítulo III de esta tesis, de cara a evitar la confusión de las reformas o revisiones totales como manifestación del poder constituyente.

Al final del capítulo, por su lado, ofreceré unas breves conclusiones.

1. TRES CONCEPTOS DE ‘CONSTITUCIÓN’ Y SU ROL DELIMITADOR

En el constitucionalismo contemporáneo son tantos los significados que le han sido adscritos al término ‘constitución’, que sería interminable dar cuenta de todos ellos¹². La incombustible literatura que se produce sobre este tema usualmente señala la existencia de múltiples *sentidos* de ‘constitución’¹³, *conceptos* de ‘constitución’¹⁴,

¹² Al respecto, Josep AGUILÓ opina que «el catálogo de conceptos de constitución y de concepciones constitucionales es prácticamente infinito» (AGUILÓ REGLA, 2001: 435). Por esta misma razón, GUASTINI opina que la literatura producida sobre esta materia «está obviamente agotada» (GUASTINI, 1998a: 307 [1]).

¹³ Sólo por mencionar un ejemplo clásico, es conocido que KELSEN distinguía dos sentidos de ‘constitución’: la constitución en el sentido *lógico-jurídico* y la constitución en el sentido *jurídico-positivo* (dentro del cual distinguía, a su vez, a la constitución en sentido *material* y a la constitución en sentido *formal*). Vid. KELSEN, 1925: 414-422.

¹⁴ Por ejemplo, en su clásica *Verfassungslehre*, Carl SCHMITT recopiló cuatro conceptos de ‘constitución’ (cada uno con sus distintas variables): el concepto *absoluto*, el concepto *relativo*, el concepto *positivo* y el concepto *ideal* de constitución (SCHMITT, 1928: 29-62).

concepciones de la constitución¹⁵, *modelos* de constitución¹⁶, *acepciones* (o *usos*) del término ‘constitución’¹⁷, etc. Sin embargo, para efectos demostrativos de la relación necesaria que existe entre los límites a la reforma constitucional y el concepto de ‘constitución’, en esta primera parte utilizaré solo 3 conceptos: un concepto ‘extensional’, un concepto ‘formal’ y un concepto ‘material’.

1.1. El concepto *extensional* de ‘constitución’

El primer concepto por analizar es el que se desprende de una definición de ‘constitución’ formulada por Eugenio BULYGIN. Según esta definición, por ‘constitución’ puede entenderse simplemente «un conjunto de normas»: «el conjunto de los artículos que la integran, desde el primero hasta el último»¹⁸. Como es notorio, se trata de una definición extensional –que consiste sencillamente en enumerar todos los elementos de un conjunto¹⁹– y su utilidad está acotada a objetivos teóricos específicos²⁰. Resultante de esta definición es un concepto de ‘constitución’ que sólo puede ser comprendido, banalmente, a través de la enumeración completa de las disposiciones que la componen; una constitución, entonces, no sería más que un conjunto finito²¹.

¹⁵ Por citar una aproximación más reciente, AGUILÓ ha mostrado cuatro pares de concepciones opuestas acerca de la constitución, dentro de las cuales puede destacarse la oposición entre la *concepción política* («la constitución como fuente de las fuentes del Derecho») y la *concepción jurídica* («la Constitución como fuente del Derecho»). Vid. AGUILÓ REGLA, 2007: 51-58. El mismo autor aclara que «Las disputas entre concepciones de la Constitución no versan sobre las propiedades que caracterizan una Constitución, sino sobre la preeminencia de unas sobre otras» (AGUILÓ REGLA, 2007: 23).

¹⁶ Así, por ejemplo, se identifica el modelo *mecanicista* y el modelo *normativo* de la constitución (TROPER, 1999: 332-340); el modelo *axiológico* de la constitución *como orden*, el modelo *descriptivo* de la constitución *como orden*, el modelo *descriptivo* de la constitución *como norma*, y el modelo *axiológico* de la constitución *como norma* (COMANDUCCI, 1998: 98-109); y, similarmente, el modelo preceptivo de la constitución *como orden*, el modelo *descriptivo* de la constitución *como orden artificial*, el modelo *descriptivo* de la constitución *como norma* y el modelo preceptivo de la constitución *como norma* (POZZOLO, 2001: 39-50).

¹⁷ GUASTINI, en este respecto, describe cuatro acepciones básicas del término ‘constitución’: la constitución como «régimen político»; como conjunto de normas sobre la «forma del estado»; como «código» de la materia constitucional; y como límite al poder político (GUASTINI, 2011c: 153-162).

¹⁸ BULYGIN, 1982: 180.

¹⁹ Y que, como se sabe, es lo opuesto a una definición *intensional*, que determina las condiciones necesarias y suficientes de pertenencia de una entidad a un conjunto (GUASTINI, 2011b: 369 [7]).

²⁰ BULYGIN utilizó esta definición con el propósito específico de disolver el llamado *puzzle* constitucional señalado por Alf ROSS, sobre la aparente contradicción lógica que supondría la reforma constitucional de la propia cláusula que prevé la reforma constitucional (BULYGIN, 1982: 178-183).

²¹ Este concepto ha sido constantemente referido por Riccardo GUASTINI como el concepto de ‘constitución’ presupuesto dentro de una concepción formal (*formalistica*) del poder constituyente y del poder de reforma (vid. GUASTINI, 1996a: 256; GUASTINI, 2011c: 173-174). Sin embargo, como he tratado

Pues bien, si se utiliza este concepto, es claro que «toda eliminación y toda adición de un artículo da lugar al cambio de la constitución; la constitución resultante es *diferente* de la original»²². Según BULYGIN, el hecho de que cambie tan sólo un artículo de ese conjunto es irrelevante para el criterio de identidad adoptado (que, en su opinión, coincide con el criterio que utilizan la mayoría de juristas): «Dos constituciones que contienen diferentes disposiciones (cualquiera que sea su número) son dos constituciones diferentes; el contenido de una constitución no puede cambiar sin cambiar su identidad»²³.

Luego, si es considerada como un simple conjunto de disposiciones, una constitución –señala Riccardo GUASTINI– «se comporta como cualquier otro conjunto»; por tanto, «pierde su identidad y se transforma en un conjunto distinto, cada vez que un nuevo elemento sea introducido», o cada vez que «un elemento preexistente sea eliminado o sustituido»²⁴. Ello es así porque, según nociones elementales de la teoría de conjuntos, toda modificación de un conjunto da lugar a un conjunto distinto (porque distintos son los elementos que lo componen)²⁵. En otras palabras, la constitución –así entendida– se convierte en una constitución distinta de la anterior cada vez que sea objeto de cualquier tipo de reforma constitucional²⁶, independientemente de lo marginal o importante que pueda resultar el cambio desde el punto de vista axiológico²⁷.

1.1.1. La imposibilidad de delimitación bajo el concepto extensional

de mostrar en BAQUERIZO MINUCHE, 2019b: 601-604, la concepción formal expuesta por GUASTINI no presupone este concepto de ‘constitución’ sino un concepto diverso (*vid.* sección 1.2. de este capítulo).

²² BULYGIN, 1982: 180-181 (cursivas en el texto original).

²³ BULYGIN, 1982: 181.

²⁴ GUASTINI, 2011c: 174.

²⁵ GUASTINI, 2011c: 176.

²⁶ GUASTINI, 2011c: 174. Siguiendo a BULYGIN (BULYGIN, 1982: 180), GUASTINI señala tres posibles tipos de reforma constitucional: (a) la introducción de una nueva disposición; (b) la supresión de una disposición preexistente; y (c) la sustitución de una disposición preexistente, esto es, la combinación de (b) y (a). *Vid.* GUASTINI, 2011b: 369. Esta tipología está emparentada con ciertas ideas expuestas por Carlos E. ALCHOURRÓN sobre el cambio de los sistemas normativos, a saber: la *expansión* (adición de una norma al conjunto); la *contracción* (eliminación de una norma del conjunto) y la *revisión* (eliminación y posterior adición de normas en el conjunto). *Vid.* ALCHOURRÓN, 1988: 301.

²⁷ GUASTINI, 2011c: 176.

Lo peculiar de la definición extensional de ‘constitución’ es que, al no especificar ninguna propiedad o atributo del concepto, y al implicar que cada mínima modificación del conjunto de disposiciones constitucionales origina un nuevo conjunto, vuelve imposible determinar cuál sea la «identidad originaria» constitucional, esto es, aquella identidad que permite que un texto constitucional pueda ser continuamente reformado sin que por ello se transforme en una ‘nueva’ constitución²⁸. Luego, si se adopta una definición extensional de ‘constitución’, no es posible predicar de la constitución ninguna identidad (salvo una identidad ‘textual’, es decir, una identidad sincrónica o pasajera²⁹); por tanto, los conceptos de ‘reforma constitucional’ y de ‘instauración constitucional’ (o instauración de una ‘primera constitución’) se superponen en su totalidad y se muestran «simplemente, indistinguibles»³⁰. En otras palabras, con este concepto de ‘constitución’ no es posible establecer ninguna diferencia entre el poder de reforma constitucional y el poder constituyente.

1.1.2. Crítica

Richard ALBERT, refiriéndose a la aproximación meramente textual de los cambios constitucionales en la experiencia de los EE.UU., señala que ello impide discernir la diversa importancia que pueden llegar a tener las distintas clases de cambio constitucional; en este sentido, opina que no puede dar lo mismo un mero ajuste a la constitución, un cambio revolucionario, o una modificación en un punto intermedio³¹.

²⁸ GUASTINI, 2011c: 279. Esta imposibilidad no debe sorprender, pues toda definición extensional simplemente determina la clase de objetos a los que un término es aplicable (sin especificar, por otra parte, cuáles son las propiedades que deben reunir tales objetos para que se les pueda aplicar el término).

²⁹ *Vid.* GUASTINI, 2019b: 164, sobre la noción de ‘identidad textual’ de la constitución. Como el mismo autor admite, la identidad textual de una constitución «siendo intrínsecamente sincrónica, no permite distinguir diacrónicamente entre una mera reforma de la constitución existente y la instauración de una nueva constitución» (GUASTINI, 2019b: 164 [6]). Ello se explica porque el único punto de vista desde el cual se puede articular un concepto de reforma constitucional es el punto de vista diacrónico (no sincrónico). Como se apuntó ya en el Capítulo III de esta tesis (sección 2.2.2.), toda reforma presupone – incluso intuitivamente – que alguna parte de aquello que es reformado permanecerá a pesar de los cambios; y para conocer si algo ‘permanece’ en el tiempo, naturalmente es necesario adoptar una perspectiva diacrónica.

³⁰ GUASTINI, 2011b: 370.

³¹ ALBERT, 2019: 77-78.

Pero, en lo principal, la definición extensional de ‘constitución’ –cuya utilidad reside en destacar una perspectiva sincrónica de cambio constitucional³²–, carece de toda utilidad para los efectos de la delimitación que se intenta analizar en este capítulo. Como reconoce GUASTINI, sería bastante extraño considerar que toda reforma constitucional (incluso mínima o marginal) implica el establecimiento de una nueva constitución; si así fuere, para establecer límites a la reforma constitucional habría simplemente que prohibirla en cuanto tal³³. Dicho todo lo anterior, es evidente que cualquier intento para especificar los límites de la reforma constitucional, así como para delimitar el poder de reforma respecto del poder constituyente, será absolutamente estéril bajo un concepto extensional de ‘constitución’. Para estos efectos, pues, es necesario adoptar otro concepto.

1.2. El concepto formal de constitución

El segundo concepto de ‘constitución’ que analizaré es el que se puede inferir de la ‘concepción formal’ del poder constituyente, expuesta y defendida por Riccardo GUASTINI en algunos de sus trabajos³⁴. Aunque GUASTINI indica expresamente, por un lado, que el concepto de ‘constitución’ que subyace a esta concepción es el que se extrae de la definición extensional formulada por BULYGIN, niega, por otro lado, que los conceptos de ‘poder de reforma’ y de ‘poder constituyente’ sean indistinguibles. Al respecto, GUASTINI señala que la distinción entre los dos conceptos debe buscarse, con «sano formalismo», en las *formas* de ejercicio del poder y no en el contenido de las normas respectivamente producidas³⁵; en sus palabras, «no resta más que distinguir reforma e instauración sobre la base de elementos puramente formales»³⁶.

Ahora bien, si GUASTINI propone una distinción entre reforma e instauración constitucional, es porque considera que no todo cambio en la constitución implica que estemos ante una nueva constitución (como se sigue de la definición extensional antes

³² Por este mismo motivo, BULYGIN utilizó esta definición para mostrar que, en un mismo momento, dos diversos actos (uno de derogación y otro de promulgación) determinan que una constitución preexistente deja de existir y una nueva constitución empieza a regir (*vid.* BULYGIN, 1982: 181).

³³ GUASTINI, 2019b: 164.

³⁴ Véase, especialmente, GUASTINI, 2006: 285; GUASTINI, 2011b: 370; y GUASTINI, 2019b: 170.

³⁵ GUASTINI, 1996a: 257; GUASTINI, 2017: 392.

³⁶ GUASTINI, 1998a: 319; GUASTINI, 2010: 192; GUASTINI, 2011c: 176.

analizada)³⁷. Por ende, cuando GUASTINI señala el criterio de las ‘formas legales’ para distinguir los cambios provocados por una reforma constitucional o por el poder constituyente, introduce un criterio de identidad de la constitución distinto al de la identidad textual o sincrónica. Esto se muestra cuando GUASTINI señala que «desde una perspectiva dinámica, parece obvio que un texto constitucional puede ser, incluso repetidamente (y profundamente), enmendado sin que por ello pierda su identidad originaria»³⁸. Se sigue de lo anterior que GUASTINI, siendo que sostiene la existencia de alguna ‘identidad’ de la constitución³⁹, no podría asumir –y, de hecho, no asume– una definición extensional de ‘constitución’, sino una definición diversa.

Me parece, entonces, que el concepto de ‘constitución’ presupuesto en esta concepción formal es uno que podría definirse del siguiente modo: por ‘constitución’ se entiende ‘un conjunto de disposiciones jurídicas caracterizado por regular su propio cambio a través de la previsión de un mecanismo de reforma’. Claramente esta no es una definición completa que sirva para dar cuenta de todas las propiedades de una constitución; pero debe entenderse que esta definición está enfocada exclusivamente en el contexto de los cambios constitucionales. Además, este concepto puede ser ampliado si se tiene en cuenta que la previsión constitucional del mecanismo de reforma ha de incluir necesariamente, entre otras cosas: el establecimiento expreso de la potestad de reforma constitucional; la atribución de la competencia de reforma a un órgano específico; y la determinación de un procedimiento mediante el cual se pueda canalizar el ejercicio de tal potestad en formas ‘legales’⁴⁰.

Como se puede advertir, con esta definición se identifican ciertas propiedades que conforman la intensión o designación de este concepto; ya no se trata, pues, de una definición extensional sino intensional. Además, el concepto de ‘constitución’ así

³⁷ Vid. GUASTINI, 2017: 392: «[lo anterior] no quiere decir que toda reforma constitucional constituya, de por sí, ‘instauración de una nueva constitución’, lo que sería un modo demasiado enfático de describir».

³⁸ GUASTINI, 2011c: 279.

³⁹ Identidad que, además, juega un papel muy importante en su reconstrucción del ordenamiento jurídico: «la identidad de cada ordenamiento (desde el punto de vista dinámico) reposa en última instancia en la identidad de sus normas supremas, *i.e.* en la identidad de su (primera) constitución» (GUASTINI, 2011c: 279). Sin embargo, en un reciente trabajo, el mismo autor ha concluido que la identidad de la constitución –salvo, quizás, la ‘identidad política’– no juega ningún rol para distinguir el ejercicio del poder de reforma constitucional y la manifestación del poder constituyente (GUASTINI, 2019b: 171).

⁴⁰ Habría que tener en cuenta, también, que lo anterior presupone necesariamente la existencia de otras disposiciones; por ejemplo, la que determina la existencia de al menos otra potestad pública distinta al poder de reforma constitucional (que no podría ser el único poder del Estado).

definido incorpora una identidad que, asimismo, sería puramente formal. Este criterio de identidad puede ser expresado del siguiente modo: forman parte de una misma constitución (i) todas las disposiciones originalmente dictadas (bajo la condición de que no sean eliminadas o sustituidas por el ejercicio ‘legal’ del poder de reforma constitucional); y (ii) todas las demás disposiciones que se incorporen posteriormente (bajo la condición de que sean añadidas de igual forma, es decir, como consecuencia de una reforma constitucional ‘legalmente’ ejecutada). Por consiguiente, este concepto de ‘constitución’ podría ser caracterizado como un concepto *formal* (aunque en un modo diverso al sentido *formalistico* que GUASTINI atribuye a la definición extensional de BULYGIN).

1.2.1. La delimitación puramente formal del poder de reforma

Del concepto formal de constitución definido anteriormente se deduce que aquello que delimita el poder de reforma y el poder constituyente es, simplemente, el sometimiento a las normas que articulan el procedimiento para la modificación constitucional. De este modo, basta que un cambio a la constitución sea producido por una autoridad competente y «realizado según un procedimiento de producción jurídica previsto y disciplinado por la misma constitución» para que dicho cambio constituya mera reforma constitucional (y ello «del todo independiente a su contenido»⁴¹).

En este sentido, GUASTINI formula las dos tesis centrales de la concepción formal:

- Cualquier modificación constitucional, por más que pueda incidir profundamente sobre el texto de la constitución vigente, si se realiza en formas ‘legales’⁴² (las formas previstas y disciplinadas que la misma constitución prevé), constituye ejercicio del poder de reforma⁴³; y, simétricamente,

⁴¹ GUASTINI, 1996a: 257. Claro está, salvo que en la propia constitución existan límites materiales expresos a la reforma constitucional (GUASTINI, 2019b: 170).

⁴² GUASTINI, 2011c: 176.

⁴³ GUASTINI, 1998b: 28-29; GUASTINI, 2019b: 170-171.

- Cualquier modificación constitucional llevada a cabo en formas ‘ilegales’ (*extra ordinem*), por muy marginal que pueda ser la modificación –por más que sea políticamente banal– es manifestación del poder constituyente⁴⁴.

En síntesis, para esta concepción formal, la modificación ‘legal’ de la constitución es ejercicio del *poder constituido* de reforma constitucional⁴⁵, mientras que su cambio ‘ilegal’ implica la manifestación del *poder constituyente*⁴⁶. De esto se extraen, según GUASTINI, dos conclusiones: que no existen límites lógicos o conceptuales a la reforma constitucional (sólo existen límites jurídico-positivos)⁴⁷; y que la constitución puede ser cambiada en formas legales incluso profundamente, sin que ocurran revoluciones o guerras civiles⁴⁸.

1.2.2. Crítica de la delimitación formal

En esta sección formularé, de manera muy sucinta, tres críticas a la delimitación puramente formal antes expuesta.

- a. La primera crítica es que el concepto de ‘constitución’ realmente presupuesto en la concepción formal, incluso si es apreciado contextualmente –es decir, en el contexto de la constitución frente a sus cambios– muestra una carencia importante; y es que una constitución, cualquier constitución, ha de tener un contenido mínimo que la distinga de otros cuerpos jurídicos y que no se reduzca únicamente a la previsión de un mecanismo de reforma. En este sentido, no es inconcebible que dentro de un cierto sistema jurídico existan otro tipo de conjuntos de disposiciones jurídicas que

⁴⁴ GUASTINI, 1996a: 257; GUASTINI, 2019b: 170.

⁴⁵ Poder que se define por el solo hecho de ejercerse en los modos previstos y disciplinados por la constitución (GUASTINI, 1998b: 28-29; GUASTINI, 2011c: 176).

⁴⁶ GUASTINI, 1998a: 319; GUASTINI, 2011c: 177. Naturalmente, agrega GUASTINI, pueden darse casos ‘difíciles’ en relación con los cuales es discutible concluir si una cierta reforma ha sido realizada según las ‘formas’ debidas o, más bien, de modo *extra ordinem* (GUASTINI, 2017: 393).

⁴⁷ Sobre este tipo de límites me ocuparé en la sección 3.2.2.2. de este capítulo.

⁴⁸ GUASTINI, 1998b: 29; GUASTINI, 2011c: 177. Se puede observar que esta concepción formal tiene una inspiración *kelseniana*; al menos de un *primer* KELSEN, quien, en su *Teoría General del Estado*, sostenía que «El Estado es el mismo, aun cuando varíe su constitución jurídica, es decir, si varía en la forma prevista por la misma. La reforma constitucional puede ser tan radical como se quiera, pero si se verifica por los medios legales, no hay ningún fundamento para afirmar que con la constitución reformada ha nacido un nuevo Estado. Únicamente podría hablarse de nuevo Estado si la reforma constituyese una verdadera violación de la constitución» (KELSEN, 1925: 415). GUASTINI realiza esta cita, entre otros trabajos, en GUASTINI, 2017: 392 [56].

también prevean mecanismos para su propio cambio (y que no por ello serán considerados una ‘constitución’). Pero incluso si se afina más la definición antes ofrecida, y se aclara que el mecanismo de reforma constitucional tiene una peculiaridad que no se puede encontrar en otros cuerpos normativos, parece de todos modos insuficiente caracterizar a una constitución únicamente sobre la base de esa cláusula de reforma. De hecho, es evidente que este particular concepto no se identifica con ninguno de los conceptos de ‘constitución’ que usualmente se encuentran en la teoría constitucional.

Se podría aducir que la definición que en esta misma parte del capítulo se ha inferido de la concepción formal del poder constituyente no es adecuada. Pero ¿qué otro concepto de ‘constitución’ podría ser el presupuesto por los criterios estrictamente formales de delimitación entre el poder de reforma y el poder constituyente? A mi modo de ver, ninguno otro. Basta que se agregue una propiedad adicional al concepto formal de ‘constitución’, tal como ha sido definido, para que se modifiquen esos criterios; por ejemplo, si se añade que, dentro del conjunto de disposiciones caracterizadas por una cláusula de reforma constitucional, existen también otras disposiciones acerca de la ‘forma de Estado’, entonces la identidad de la constitución ya no residiría simplemente en que sus normas sólo pueden ser cambiadas en formas ‘legales’, sino también en la existencia misma de aquellas disposiciones.

- b. La segunda crítica es la siguiente: si el concepto formal de ‘constitución’ no supone una definición extensional, como ya se ha mostrado, entonces el propio concepto analizado está compuesto por propiedades que operan como condiciones necesarias y/o suficientes para poder aplicar el término ‘constitución’. Así, pues, del concepto formal de ‘constitución’ también se siguen ‘límites’ lógicos o conceptuales a la reforma constitucional. Por ejemplo: si una improbable reforma constitucional, perfectamente ejecutada desde el punto de vista formal, decidiera eliminar todos los artículos de una constitución y reemplazarlos por ‘La Metamorfosis’ de Ovidio⁴⁹, el producto resultante no podría contar como ‘constitución’ bajo este mismo concepto

⁴⁹ El ejemplo es de Jeremy BENTHAM: «What is a law? What the parts of a law? [...] whatever is given for law by the person or persons recognized as possessing the power of making laws, is *law*. The *Metamorphoses of Ovid*, if thus given, would be law» (BENTHAM, 1780: 301. Cursivas en el texto original).

formal (pues dicho texto literario, evidentemente, ni contiene disposiciones jurídicas, ni su contenido podría ser sensatamente articulado como un conjunto de disposiciones); la modificación, en este caso, daría lugar a un objeto distinto que no puede formar parte de la extensión del concepto ‘constitución’, tal como ha sido definido. Por lo demás (como se verá en la sección 3.2.2.2. de este capítulo), si bien estos límites conceptuales no están contenidos en normas jurídico-positivas, sí que pueden integrar el razonamiento de los jueces y operar, bajo ciertas circunstancias, como límites *jurídicos* del poder de reforma.

- c. La tercera y última crítica viene a cuenta de algunos componentes del concepto de ‘poder constituyente’ que fueron desgranados en el capítulo II de esta tesis. Como se recordará, allí se sostuvo que, para considerar un caso como manifestación del poder constituyente, es necesario no sólo que haya existido un cambio normativo ‘ilegal’, sino también que su contenido sea de tal importancia que implique una afectación a la ‘identidad’ del orden jurídico preexistente⁵⁰. En otras palabras, se ha asumido en esta tesis que un cambio normativo ‘ilegal’ con un contenido insignificante no puede considerarse como manifestación del poder constituyente ni como instancia de cambio de un orden jurídico⁵¹. Por ejemplo, si una reforma constitucional contraviene el procedimiento debido y modifica irregularmente el art. 4.1 de la constitución española⁵² para disponer que, a partir del 2021, la franja amarilla en la bandera de España tendrá el 75% más de anchura que las franjas rojas, uno no diría razonablemente que ese cambio ha involucrado la manifestación del poder constituyente, o que el orden jurídico español se ha visto interrumpido en su continuidad. Por otro lado, determinar que este es un cambio insignificante no parece ser un juicio «fatalmente controvertible»; se puede admitir que los juicios de valor acerca de la importancia de los cambios constitucionales (desde el punto de vista de su contenido) son susceptibles de ser controvertidos, pero no que *todos* sean controvertibles de manera fatal o inevitable⁵³. En conclusión, con esta tercera crítica se quiere decir que no *toda* modificación constitucional realizada en formas

⁵⁰ Vid. Capítulo II, sección 2.2.6.

⁵¹ Vid. Capítulo II, sección 4.

⁵² «La bandera de España está formada por tres franjas horizontales, roja, amarilla y roja, siendo la amarilla de doble anchura que cada una de las rojas».

⁵³ Me remito aquí a lo que ya se dijo en el Capítulo II, sección 2.2.4., de esta misma tesis.

‘ilegales’ puede ser plausiblemente considerada como manifestación del poder constituyente.

1.3. El concepto material de constitución

Finalmente, el tercero de los conceptos por revisar corresponde en realidad a una ‘familia’ de conceptos *materiales* acerca de la constitución. Una de las tradiciones más importantes en este sentido es la que surgió durante la primera mitad del siglo pasado, a partir de los trabajos de destacados estudiosos del derecho público del siglo XX. Así, Carl SCHMITT, Rudolf SMEND, Hermann HELLER y Costantino MORTATI –por nombrar unos cuantos autores– construyeron por aquella época una variedad de conceptos de ‘constitución material’ que todavía resuenan en el ámbito de la dogmática constitucional y de la filosofía política.

A pesar de que todos estos conceptos son caracterizados como ‘materiales’⁵⁴, cada uno de ellos tiene sus particularidades distintivas. Por ejemplo, SCHMITT efectuaba una distinción entre el ‘concepto positivo’ de constitución (la decisión de conjunto sobre el modo y forma particular de existencia de la unidad política) y el ‘concepto relativo’ de constitución (el conjunto de prescripciones legal-constitucionales escritas, que el mismo autor denomina ‘ley constitucional’)⁵⁵. Sobre esta base, SCHMITT sostuvo que «la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma»⁵⁶, pues su valor reside en «la voluntad política existencial de aquel que la da»⁵⁷; por tanto, según el referido autor, no es admisible disolver la constitución «en una pluralidad de leyes constitucionales concretas»⁵⁸. Por su parte, SMEND distinguió la constitución «en sentido material» y «en sentido formal», definiendo la primera como un sistema de normas que, con independencia del contenido más o menos casual de los artículos legales (constitución formal) ordena la «dinámica vital» en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir, su «proceso de integración»⁵⁹. Algo similar sostuvo años después HELLER, quien distinguía la «constitución formal» (es decir, «la totalidad de los

⁵⁴ *Vid.*, por ejemplo, ALÁEZ CORRAL, 2000: 59-96.

⁵⁵ SCHMITT, 1928: 37 y ss.; 45.

⁵⁶ SCHMITT, 1928: 47.

⁵⁷ SCHMITT, 1928: 46.

⁵⁸ SCHMITT, 1928: 45.

⁵⁹ SMEND, 1928: 132; 196.

preceptos jurídicos fijados por escrito en el texto constitucional») de la «constitución material en sentido estricto»: un contenido que se extrae de la «ordenación jurídica total» del Estado, y que es valorado como una «ordenación fundamental»⁶⁰. Finalmente, MORTATI también diferenció a la «constitución formal» de la «constitución material»; a esta última la definió como aquella cuya ‘esencia’ es «el fin político concreto del Estado» que deviene en la primera fuente del derecho⁶¹, y le adjudicó la función de ser la fuente de validez o de positivación de la constitución formal⁶². Según MORTATI, entre ambos tipos de constitución estriba una relación de medio a fin: la constitución formal, al asegurar la estabilidad y la seguridad de las relaciones sociales, es un medio para llegar a la concreción del fin contenido en la constitución material⁶³.

Pese a sus diferencias, todos estos conceptos ‘materiales’ de constitución apuntan a destacar la falta de correspondencia biunívoca entre el documento escrito constitucional y las normas constitucionales ‘fundamentales’. En este sentido, por ejemplo, HELLER sostenía que «ningún texto constitucional escrito contiene todas las normas fundamentales»; por otra parte, añadía que «toda Constitución (escrita) incluye algunos preceptos jurídicos que, desde el punto de vista de una sistemática política, no pueden valer como fundamentales»⁶⁴. De lo anterior se sigue, de acuerdo con HELLER, la imposibilidad de identificar a la constitución con el texto constitucional. Esta idea fue expresada por el referido autor en los siguientes términos:

La Constitución normada jurídicamente no consiste nunca de modo exclusivo en preceptos jurídicos autorizados por el Estado sino que, para su validez, precisa siempre ser complementada por los elementos constitucionales no normados y por aquellos otros normados pero no jurídicos. El contenido y modo de validez de una norma no se determina nunca solamente por su letra [...] la Constitución, como mera formación normativa de sentido, dice siempre muy poco. La mayoría de sus preceptos jurídicos y, sobre todo, los más importantes, cobran únicamente un sentido practicable cuando se ponen en relación con los principios jurídicos que son expresión de la estructura social⁶⁵.

⁶⁰ HELLER, 1934: 294-295.

⁶¹ MORTATI, 1940: 110.

⁶² MORTATI, 1940: 124).

⁶³ MORTATI, 1940: 115-117.

⁶⁴ HELLER, 1934: 294-295. En sentido similar, *vid.* BACHOF, 1951: 59.

⁶⁵ HELLER, 1934: 274-276. Estas ideas habían sido sugeridas mucho antes por Ferdinand LASSALLE, quien calificaba a la constitución escrita como una simple «hoja de papel» (LASSALLE, 1862: 99).

Posteriormente, sobre todo después de que finalizara la II Guerra Mundial, y a partir del advenimiento de nuevas cartas constitucionales europeas que exhibieron una gran amplitud en el reconocimiento de derechos y en la incorporación de principios sustantivos, tanto la jurisprudencia como la dogmática constitucional empezaron a redefinir el concepto de ‘constitución’ introduciendo una fuerte carga de elementos axiológicos. Uno de los ejemplos más vistosos de este tipo de actividad jurisprudencial y doctrinaria es el que corresponde al concepto de ‘constitución’ como ‘orden objetivo de valores’, que se invoca en Alemania como fundamento de las disposiciones de derechos fundamentales⁶⁶. Ello produjo como resultado otro grupo de conceptos ‘materiales’. A diferencia de los conceptos ‘materiales’ más antiguos (los de la primera mitad del s. XX), que representan la constitución *como orden* –es decir, como «un ordenamiento o una estructura de la sociedad y/o del Estado»–, los conceptos materiales de ‘constitución’ que se elaboraron en la posguerra representan la constitución *como norma*, esto es, como un conjunto de reglas jurídicas fundamentales dotadas de un ‘valor intrínseco’⁶⁷.

Según esta nueva ‘generación’ de conceptos materiales, la constitución es una cohesión integral de valores y principios ‘supremos’, ‘superiores’ o ‘fundamentales’ cuya existencia es anterior e independiente del texto constitucional⁶⁸. Siguiendo esta idea, esto significa que el documento escrito constitucional –la ‘constitución formal’– se encuentra en una posición axiológicamente subordinada a la ‘constitución material’ o metapositiva. En este sentido, Otto BACHOF, uno de los precursores de esta doctrina,

⁶⁶ Fue el Tribunal Constitucional Federal de Alemania el que, desde 1952, empezó a utilizar expresiones como ‘orden fundamental libre y democrático’, ‘valores fundamentales intangibles’, ‘orden valorativamente orientado’ u ‘orden objetivo axiológico’ para caracterizar al sistema de normas constitucionales. El apogeo de estas construcciones pretorianas está dado por la sentencia del 15 de enero de 1958 [BVerfGE 7, 198] que decidió el famoso caso *Lüth*. Paralelamente, la dogmática constitucional alemana de la época se movió en similar sentido: también en 1958, el constitucionalista Günter Dürig defendió un concepto de constitución como sistema de valores, al comentar los artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental de Bonn en los comienzos de lo que sería un famoso tratado de derecho constitucional alemán (*Kommentar zum Grundgesetz*, de Maunz-Dürig). Un año después, Otto BACHOF, al posesionarse como rector de la Universidad de Tübingen en 1959, emitió un célebre discurso (posteriormente publicado y traducido a varios idiomas) en el que asimismo defendió el carácter axiológico de la constitución y la posición del Tribunal Constitucional como su principal guardián (BACHOF, 1959: 54-55). Una reconstrucción detallada de este movimiento puede consultarse en CRUZ, 2005: 9-39, de donde he extraído en forma resumida algunas de las principales ideas.

⁶⁷ COMANDUCCI, 1998: 99-100.

⁶⁸ Uno de los antecedentes de este concepto puede rastrearse en Francia, en la década de los años 20 del siglo pasado, cuando Maurice HAURIU sostenía que los «principios fundamentales» –que, en su criterio, no necesitan una previsión textual– constituyen una «legitimidad constitucional» situada por encima de la constitución escrita y, *a fortiori*, por encima de las leyes ordinarias (HAURIU, 1925: 81).

sostuvo que «el *concepto material de Constitución exige una consideración del derecho metapositivo*»⁶⁹, esto es, exige la subordinación axiológica de la constitución a un «derecho constitucional material no escrito»⁷⁰. Como resulta notorio, este concepto de ‘constitución’ proviene de un molde claramente inspirado en el derecho natural⁷¹, lo que se explica porque, justo en aquella época, en el mundo occidental se advertía el renacimiento del iusnaturalismo⁷².

En todas estas construcciones dogmáticas, y al igual que sucedía con la anterior ‘generación’ de conceptos materiales, se afirma que el texto constitucional «no agota el contenido del derecho metapositivo»; es más, según BACHOF, que exista un documento escrito llamado ‘constitución’ no prueba que «todas las concretas normas del derecho formalmente constitucional se encuentren en consonancia con el derecho metapositivo»⁷³. Se trata de una corriente de pensamiento que se mantiene hasta la actualidad, y que se puede mostrar en trabajos de autores contemporáneos como Francesco VIOLA, cuya explicación al respecto merece la pena transcribir:

Cuando consideramos una constitución como texto escrito debemos tener presente toda la parte sumergida de la que ella es expresión externa. En esta parte oculta, pero presente, existen muchas cosas. [...] Ponerse delante del texto escrito y considerarlo fuera de todo este contexto, es no tomar en serio una constitución⁷⁴.

Con esta metáfora –la parte visible y la parte ‘sumergida’ u oculta de la constitución– VIOLA transmite la idea de que el documento escrito constitucional no es

⁶⁹ BACHOF, 1951: 66. Cursivas en el texto original.

⁷⁰ BACHOF, 1951: 85.

⁷¹ Vid. BOBBIO, 1962: 110-111.

⁷² «Después de Auschwitz renació el *iusnaturalismo*» (BARBERIS, 2011: 3. Cursivas en el original). Este renacimiento se encarnó en el *neoiusnaturalismo*, generado en un contexto de choque cultural (por los horrores de la posguerra) y edificado por construcciones dogmáticas (como la ‘Fórmula de Radbruch’) y jurisprudenciales (como las sentencias del Tribunal Constitucional alemán que, distinguiendo la *ley* y el *derecho*, postuló «una suerte de derecho suprapositivo y supraconstitucional»). Vid. BARBERIS, 2011: 3-5.

⁷³ BACHOF, 1951: 60-61. La distinción entre constitución ‘en sentido formal’ y ‘en sentido material’ también genera, según este autor, la distinción entre la inconstitucionalidad por la infracción de la constitución escrita (o formal) y la inconstitucionalidad por la contradicción del «derecho constitucional material no escrito» (BACHOF, 1951: 69). Esto dio lugar a la noción doctrinaria de ‘normas constitucionales *inconstitucionales*’, que se pueden generar –según BACHOF– «por la lesión de los principios constitutivos no escritos del texto constitucional»; «por la contradicción del derecho constitucional consuetudinario»; y «por la contradicción del derecho metapositivo no positivado» (BACHOF, 1951: 85-88). Más de sesenta y cinco años después, esta doctrina ha tenido también un cierto renacimiento con la explosión de estudios en torno a la idea de ‘unconstitutional constitutional amendments’ en el mundo anglosajón (vid., por todos, ROZNAI, 2017).

⁷⁴ VIOLA, 1999: 94.

la única y exclusiva referencia dentro del concepto de ‘constitución’; una constitución puede estar formulada en un texto, pero no puede ser *solamente* un texto: según VIOLA, hay *algo más*⁷⁵.

Ahora bien, existe una última ‘generación’ de conceptos materiales de ‘constitución’, que surge desde finales de la década de los años 70 hasta la actualidad. La reflexión jurídica en torno a la antes mencionada ‘materialización’ de las constituciones escritas de la posguerra parece haber producido un cierto refinamiento argumentativo sobre el concepto material de ‘constitución’; en este sentido, como señala Luigi FERRAJOLI, la defensa de este concepto ya no necesita de «una duplicación del derecho, esto es, de la asunción de un derecho natural supraordenado al derecho positivo»⁷⁶, sino que acude a otras estrategias tales como atribuirle, a la misma constitución escrita, una ‘dimensión valorativa’, una ‘identidad axiológica’, o una composición estructural a partir de reglas y principios (concebidos, algunos de ellos, como una forma de ‘moral positivizada’). Muy brevemente, me referiré aquí a las dos primeras opciones⁷⁷.

Sobre la primera opción, Josep AGUILÓ señala que, además de una ‘dimensión constitutiva’, las constituciones poseen también una ‘dimensión valorativa’: no sólo crean órganos y procedimientos, sino que también reconocen estados de cosas como valiosos, merecedores de ser protegidos y/o promocionados⁷⁸. En sus propias palabras:

La soberanía popular, la independencia de la nación, la libertad, la igualdad, la dignidad y la seguridad de las personas, el pluralismo político, la diversidad cultural, la educación, la salud pública, etc., etc. no son cosas creadas por la constitución (constituidas como valiosas por la constitución), sino reconocidas como valiosas por la constitución [...] En definitiva,

⁷⁵ Para VIOLA, ese *algo más* está dado por la historia, las tradiciones, los acontecimientos fundacionales, las elecciones de fondo, los valores rectores, una praxis aplicativa que sostiene las reglas y «una interpretación que un pueblo da de su propia identidad, de su propio camino y de su propio futuro» (VIOLA, 1999: 94).

⁷⁶ FERRAJOLI, 2011: XIII.

⁷⁷ La distinción en sentido ‘fuerte’ entre principios y reglas, planteada primero por Ronald Dworkin, y retomada posteriormente por Robert Alexy, ha sido objeto de interminables análisis y discusiones en la filosofía del derecho contemporánea. Por esta razón, evitaré entrar en este tema. Remito, en todo caso, a la caracterización y a las críticas expuestas en COMANDUCCI, 1998: 82-91 y POZZOLO, 2001: 108-117.

⁷⁸ AGUILÓ REGLA, 2001: 446-447.

las constituciones reconocen valores y fines que dotan de sentido a las formas de acción política (órganos y procedimientos) creadas por ellas mismas⁷⁹.

Pues bien, de acuerdo con AGUILÓ, si la constitución reconoce fines y valores en su texto, ello supone que éstos son, respectivamente, ‘externos’ y ‘anteriores’ al documento constitucional⁸⁰. Y agrega:

Soy perfectamente consciente de las resonancias iusnaturalistas que muchos atribuirán a la expresión ‘reconocimiento’ de valores y fines [...] he recurrido a ella con la pretensión de establecer una prioridad interpretativa de éstos frente a las formas de acción (poder normativo) creadas por la constitución, pero no para abrir una brecha de suprapositividad frente a la constitución formal⁸¹.

En suma, según AGUILÓ, el reconocimiento de fines ‘externos’ y valores ‘anteriores’ al documento constitucional permite adscribirle una ‘dimensión valorativa’ o axiológica que impediría considerar a la constitución únicamente como un texto jurídico; sería imprescindible, pues, que se la conciba también en un sentido material (y ello sin necesidad de idear una entidad metapositiva o suprapositiva que la fundamente).

La segunda estrategia a la que sucintamente me referiré es la que adopta José Luis MARTÍ cuando analiza el significado de ‘identidad de la constitución’. MARTÍ expresa que es «bastante obvio» que la constitución no es simplemente un texto jurídico, pues «cualquier abogado constitucionalista» sabe que ese texto –que tan solo es «una colección de palabras»– necesita ser interpretado para generar las normas que encarnan la «esencia de la constitución» y que constituyen su «identidad»⁸². Luego, de acuerdo con el citado autor, la constitución es un texto *más* una serie de prácticas: diferentes interpretaciones de ese texto, jurisprudencia producida por las cortes respecto a cómo interpretar ese texto, asunciones básicas interpretativas que son compartidas por la comunidad jurídica (incluyendo algunos valores y principios normativos básicos), etc.⁸³. Por consiguiente, en opinión de MARTÍ, definir ‘constitución’ sólo como un conjunto de

⁷⁹ AGUILÓ REGLA, 2001: 446-447.

⁸⁰ AGUILÓ REGLA, 2001: 447-448.

⁸¹ AGUILÓ REGLA, 2001: 447 [22].

⁸² MARTÍ, 2013: 24.

⁸³ MARTÍ, 2013: 24.

cláusulas o disposiciones escritas sería incurrir en una «concepción ingenua». Debido a su importancia, reproduzco literalmente esta parte de su análisis:

Thus, if we abandon this naïve conception, and conceive the constitution not just as a text, but as a *constitutional norm*, as a complex set of values, principles and rules, then the essential features of the constitution that constitute its identity will be a subgroup of such elements, and not merely of clauses or written dispositions. In other words, the constitutional identity would be constituted by a set of core values, principles and rules. Before identifying these core elements, though, it is necessary to interpret the constitution, that is, to determine the whole set of values, principles and rules which form the constitutional norm⁸⁴.

Expuesto lo anterior, puede decirse que el argumento de MARTÍ se compone de dos partes: primero, que la constitución no puede ser un simple texto jurídico porque el documento constitucional ‘necesita’ interpretación (para poder identificar sus normas); y segundo, que una vez interpretado el texto constitucional –en el sentido de determinar el conjunto completo de valores, principios y reglas allí contenidos– entonces ya se estará en condiciones de extraer, en un siguiente paso⁸⁵, el subconjunto que contiene los ‘valores fundamentales’, así como los principios y reglas que caracterizan ‘esencialmente’ a una constitución, esto es, todo aquello que conforma su ‘identidad axiológica’.

Como se puede ver, este argumento también conduce a un concepto material de ‘constitución’, sólo que en lugar de estar construido sobre la base de elementos ‘anteriores’ al texto constitucional (los valores y fines preexistentes a los que se refiere AGUILÓ), se edifica más bien a partir de elementos ‘posteriores’ a dicho texto: las normas sustantivas que, siendo obtenidas a través de la interpretación del documento constitucional, son consideradas ‘esenciales’ y, por tanto, axiológicamente ‘identitarias’.

En fin, aunque volveré más adelante para identificar las correspondientes críticas a estos conceptos materiales de ‘constitución’ (*infra*, sección 1.3.2.), es momento de

⁸⁴ MARTÍ, 2013: 24.

⁸⁵ Ese paso ulterior consiste, según MARTÍ, en efectuar un «juicio autoritativo» acerca de qué partes son *esenciales* en la «norma constitucional»; es decir, consiste en trazar una «línea demarcadora» entre sus elementos «esenciales» y «no-esenciales» (MARTÍ, 2013: 25). Las pautas que indica este autor, para realizar tal labor, pueden consultarse en MARTÍ, 2013: 25-28.

hacer una breve síntesis sobre sus elementos comunes. Así, de todos los conceptos revisados en este apartado se puede predicar –en forma esquemática y resumida– lo siguiente:

- a) Todos estos conceptos ‘materiales’ suponen que la constitución sea caracterizada por su *contenido* y no por su *forma*;
- b) Ese contenido puede (o no) estar expresado en un documento escrito denominado ‘constitución’; pero, incluso si así fuera, no existe una relación de correspondencia biunívoca entre el texto constitucional y el contenido de la constitución material;
- c) Por consiguiente, el texto constitucional *per se* es insuficiente para dar cuenta del contenido de la constitución material (o de la ‘materia constitucional’);
- d) Para dar cuenta del contenido que define a la constitución ‘material’, hay que acudir a elementos sustantivos externos al texto constitucional, que pueden consistir en:
 - i. Entidades ‘supraordenadas’ al derecho positivo (como el ‘orden objetivo de valores’ de la jurisprudencia constitucional alemana, o el ‘derecho metapositivo’ señalado por BACHOF);
 - ii. La ‘moral objetiva’ o crítica, que otorga fundamentación a los principios constitucionales (siguiendo el pensamiento de autores como DWORKIN o ALEXY);
 - iii. Fines ‘externos’ y/o valores ‘anteriores’, que permiten adscribir a la constitución una ‘dimensión valorativa’ (según AGUILÓ); y,
 - iv. Normas sustantivas (valores, principios y reglas) que, si bien son extraídas del texto constitucional mediante la interpretación, tienen una ontología propia dentro de la cual están incorporadas las características ‘esenciales’ que conforman la ‘identidad axiológica’ de la constitución (siguiendo a MARTÍ).

Finalizada esta reconstrucción, avanzaré ahora hacia las orientaciones que estos conceptos materiales despliegan sobre los límites del poder de reforma constitucional.

1.3.1. La delimitación material del poder de reforma

De la exposición antes realizada se puede intuir fácilmente que todo concepto material de ‘constitución’ determina una comprensión ‘sustancialista’ del poder de reforma constitucional: la propia noción de ‘constitución’ –expresa FERRAJOLI– permite trazar «un criterio meta-jurídico, limpio y riguroso, para distinguir lo que de una constitución es modificable [...] y aquello que, en cambio, no lo es»⁸⁶. En consecuencia, bajo este entendido, la constitución sólo puede ser reformada «sectorialmente y marginalmente»⁸⁷. En este mismo sentido, los autores que adoptan esta perspectiva material sostienen que por ‘reforma constitucional’ debe entenderse «algo más bien limitado y referido a elementos ininfluyentes para con la *estructura* de valores»; asimismo, señalan que por ‘pretensiones de reforma’ deben comprenderse únicamente aquellas que son «reducidas y atinentes a un perfeccionamiento de la indiscutida *ratio* del sistema organizativo y axiológico de la constitución»⁸⁸.

Uno de los precursores de esta concepción fue Carl SCHMITT. El siguiente fragmento de su *Verfassungslehre* (‘Teoría de la Constitución’) no tiene desperdicio:

Una facultad de ‘reformar la Constitución’, atribuida por una normación legal-constitucional, significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo. 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; no la facultad de dar una nueva Constitución⁸⁹.

⁸⁶ FERRAJOLI, 1994: 239.

⁸⁷ FERRAJOLI, 1994: 237. En sentido similar, *vid.* VIOLA, 1999: 95.

⁸⁸ PALOMBELLA, 1997: 23 [15].

⁸⁹ SCHMITT, 1928: 119. Para este autor, la expresión ‘reforma constitucional’ es inexacta, porque «no se trata de reformas de la Constitución misma, sino tan sólo de las determinaciones *legal-constitucionales*» (SCHMITT, 1928: 115. *Cursivas* en el texto original).

Se sigue de esta misma concepción que, si la constitución fuese alterada hasta el punto de cambiar su ‘identidad’ o ‘esencia’, dicho cambio ya no podría ser atribuido al ejercicio del poder constituido de reforma sino a la manifestación del poder constituyente⁹⁰. En esta línea de pensamiento, Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE diferenciaba las ‘reformas ordinarias’ de la constitución, realizadas a través del poder de reforma constitucional, y las ‘reformas fundamentales’ que alteran (o incluso derogan) «el núcleo esencial de la Constitución» y que –en opinión de este autor– están reservadas «solo al legislador constituyente (al *pouvoir constituant*)»⁹¹. En otras palabras, se sostiene bajo esta concepción que el poder de reforma no podría expandirse tanto como para sustituir al poder constituyente que instauró la constitución que se quiere reformar⁹²: «el poder de reformar la constitución, un poder constituido, no incluye el poder de producir el tipo de cambios profundos que son propios del ejercicio del poder constituyente»⁹³.

En síntesis, de los conceptos materiales de ‘constitución’ se extrae una delimitación entre el poder de reforma y el poder constituyente que ya no radica en el sometimiento a las formas ‘legales’ predeterminadas para producir un cambio constitucional⁹⁴; la demarcación entre los dos poderes se sitúa, respectivamente, en el mantenimiento o en la alteración de la identidad axiológica constitucional. Por tanto, según esta perspectiva:

- Cualquier modificación constitucional marginal que no altere la ‘identidad axiológica’ de la constitución, constituye ejercicio del poder de reforma; y,

⁹⁰ «La reforma, para que merezca la calificación de tal y no caiga bajo el concepto de otra *alteración* totalmente distinta, no puede llegar a cambiar la esencia de la Constitución [...] tal alteración no puede ser [el] contenido de una reforma, sino que requiere un acto primario del Poder constituyente» (RECASÉNS SICHES, 1931: 62. Cursivas en el texto original). Como observa GUASTINI, según esta perspectiva material, parece natural usar el vocablo ‘reforma’ para denotar la modificación de un texto constitucional que conserva todavía su identidad originaria (GUASTINI, 2011c: 174-175); luego, si una sedicente ‘reforma’ alterase la identidad material de la constitución, «se transmutaría, por ello mismo, en instauración constitucional: por definición, no podría llamarse ‘reforma constitucional’» (GUASTINI, 2011c: 280 [20]).

⁹¹ BÖCKENFÖRDE, 1991: 161 (Cursivas en el texto original).

⁹² DE VEGA, 1985: 235 y ss.

⁹³ *Vid.* COLÓN-RÍOS, 2010: 224 (reconstruyendo la teoría de SCHMITT sobre el poder de reforma).

⁹⁴ No importa si la alteración de la identidad axiológica de la constitución es ejecutada a través de formas ‘legales’ (v. gr., bajo el ropaje de una sedicente revisión constitucional formalmente ejecutada); según esta perspectiva, ello sólo sería un modo enmascarado de poder constituyente (*vid.*, a modo expositivo, GUASTINI, 1994a: 255 y GUASTINI, 2011b: 368).

- Cualquier modificación a la constitución que altere su identidad material o axiológica (o que pervierta su ‘espíritu’, esto es, sus principios superiores o sus valores ético-políticos), aun cuando sea ejecutada en formas ‘legales’, es manifestación del poder constituyente⁹⁵.

1.3.2. Crítica de la delimitación material

Las críticas a la delimitación material del poder de reforma constitucional son numerosísimas⁹⁶; sin embargo, me concentraré solamente en tres de ellas que me parecen especialmente pertinentes para los efectos de esta investigación.

- a. La primera crítica consiste en que la ‘identidad axiológica’ de la constitución –que, según esta perspectiva sustancialista, es la ‘piedra de toque’ para valorar a un cambio constitucional como genuina reforma (o como otra cosa)– depende en última instancia de juicios de valor y no de propiedades empíricas; así, aunque se sostenga que no todos los juicios de valor acerca de la importancia de las normas constitucionales sean ‘fatalmente controvertibles’, lo cierto es que tal identidad es susceptible de ser controvertida desde diversas perspectivas⁹⁷. Por consiguiente, la ‘identidad axiológica’ de la constitución no proporciona una imagen clara ni definitiva respecto de dónde situar la división entre el poder de reforma constitucional y el poder constituyente.
- b. Con la segunda crítica, por su lado, se intenta señalar que la imposibilidad de reformar la ‘identidad axiológica’ de la constitución a través de cauces jurídicos,

⁹⁵ GUASTINI, 2011c: 175-176. Esta segunda conclusión no es necesariamente compartida por ciertos autores que, además de suscribir una concepción material del poder de reforma, también identifican criterios de legitimidad política como propiedad del concepto de ‘poder constituyente’. En este sentido, la vulneración de la identidad axiológica de la constitución podría ser asumida como un resultado ilegítimo que ni siquiera cuenta como ‘poder constituyente’ (vid. KALYVAS, 2005: 239).

⁹⁶ Riccardo GUASTINI es seguramente quien más se ha ocupado de estas críticas; dentro de ellas, se destacan: la crítica a la ‘identidad axiológica’ como construcción doctrinal superpuesta al propio texto constitucional (GUASTINI, 1994a: 254 y GUASTINI, 2007b: 1382); la crítica relativa a hacer pasar una jerarquía axiológica como si fuese una jerarquía formal, a efectos de declarar inválida una reforma constitucional que colisione con los ‘principios fundamentales’ valorados como inmodificables (GUASTINI, 1993: 43-44); la crítica al carácter *inaprensible* de los predicados de los que opera la identidad axiológica, que dependen de opinables juicios de valor (GUASTINI, 1996a: 258 [31]); y la crítica a los lábiles confines que, desde la perspectiva material, se divisan entre reforma e instauración constitucional (GUASTINI, 1994a: 255).

⁹⁷ Me remito a lo desarrollado en el Capítulo II, sección 2.2.4., de esta misma tesis.

conduce a una exagerada inmovilidad del sistema jurídico de que se trate. La idea de que existan límites materiales intrínsecos, absolutamente infranqueables al cambio constitucional regular, equivale a sostener que en la constitución deben pervivir estructuras normativas ‘petrificadas’. Por ello mismo, la única forma de modificar esa ‘identidad axiológica’ protegida sería yendo al extremo de cambiarla «sólo en formas ilegales, revolucionarias»⁹⁸.

- c. Finalmente, la tercera crítica va dirigida contra la idea misma de que la alteración o el mantenimiento de la ‘identidad axiológica’ de la constitución sea lo que determine la manifestación del poder constituyente o el ejercicio del poder de reforma constitucional. Por un lado, si los componentes de esa ‘identidad axiológica’ constitucional están protegidos por normas constitucionales en vigor, lo que determina que exista uno u otro poder será directamente la conformidad o la disconformidad de un determinado cambio normativo respecto a aquellas normas; por otro lado, si alguno de los componentes de tal ‘identidad’ no está protegido frente a la reforma por ninguna norma constitucional vigente, entonces sencillamente ahí no hay límite alguno para el poder de reforma constitucional: estaríamos ante «la típica metonimia que cambia el derecho (o uno de sus específicos sectores: por ejemplo, el derecho constitucional) con la ciencia del derecho (o con una de sus partes: por ejemplo, la ciencia del derecho constitucional)»⁹⁹. Con esto se quiere decir que, desde una perspectiva jurídica que tenga en cuenta los aspectos materiales de la constitución y su impacto en las reformas constitucionales, la delimitación con el poder constituyente no está dada por ninguna ‘identidad axiológica’ de enigmática composición; está marcada por las normas constitucionales vigentes que también pueden establecer límites de contenido al poder de reforma.

⁹⁸ GUASTINI, 1998b: 28; GUASTINI, 2011c: 176. Como se puede intuir, esta crítica se contextualiza dentro de las conocidas discusiones acerca de una forma de tensión entre el *constitucionalismo*, que tiende a atrincherar ciertas partes del programa constitucional (marginándolo de la deliberación pública para poder preservarlo) y el *principio democrático*, que rechaza las clausuras definitivas a la deliberación pública, en especial si las mayorías parlamentarias del presente consideran que determinada decisión política del pasado es errónea, inadecuada o insuficiente. La literatura sobre este tema es especialmente profusa; *vid.*, por todos, BAYÓN, 2004: 71, acerca de los grados de rigidez constitucional y su relación con el carácter contramayoritario.

⁹⁹ GUASTINI, 2007b: 1382.

Dicho esto, pasaré a la segunda parte del capítulo donde, mediante la integración de aspectos formales y materiales, se formulará un diverso modo de delimitación entre el poder constituyente y el poder de reforma constitucional.

2. UNA PROPUESTA INTEGRADORA DE LA DELIMITACIÓN

Si se parte de la premisa de que no todo cambio a una constitución ‘rígida’ puede estar jurídicamente permitido –pues, caso contrario, no sería una constitución ‘rígida’ sino ‘flexible’–, es innegable que se requiere un criterio delimitador para poder distinguir qué cuenta como reforma constitucional y qué no. En esta segunda parte del capítulo, y habida cuenta de las propias condiciones formales y materiales que se han indicado en esta tesis para caracterizar a las normas ‘originarias’ atribuidas al poder constituyente¹⁰⁰, se propondrá un criterio de delimitación que trata de integrar esos dos aspectos: forma y contenido. Como se puede advertir de las críticas realizadas en la primera parte del capítulo (tanto a la delimitación puramente formal como a la delimitación material), la escisión tajante de aquellas dos perspectivas es problemática y provoca inconvenientes que pueden ser superados, precisamente, con la integración que propondré a continuación.

2.1. Dos perspectivas de análisis relevantes sobre la constitución

Un presupuesto para formular el criterio de delimitación entre el poder de reforma constitucional y el poder constituyente es la conocida distinción entre los conceptos de ‘disposición’ y ‘norma’, esto es, la distinción entre enunciados y significados normativos¹⁰¹. Esta distinción es útil porque permite caracterizar con mayor exactitud las diversas funciones que ocupa una constitución en el contexto de las modificaciones constitucionales: como *conjunto de disposiciones* o como *conjunto de normas*.

¹⁰⁰ En la sección 2 del Capítulo II, como se recordará, se especificó que las normas ‘originarias’ se caracterizan por ser producidas ‘ilegalmente’ y por alterar la identidad del orden jurídico preexistente.

¹⁰¹ Como se sabe, la distinción entre ‘disposición’ y ‘norma’ fue formulada originalmente –al menos con esos términos– por Vezio CRISAFULLI (CRISAFULLI, 1964: 196). Esta distinción ha sido utilizada por Riccardo GUASTINI al menos desde 1984 (GUASTINI, 1984: 259-260). *Vid.*, también, GUASTINI, 2011b: 63.

Entendida como un *conjunto de disposiciones*, una constitución es el *objeto* de una reforma constitucional: cuando el poder de reforma es ejercido, lo que se modifica siempre es el conjunto de enunciados normativos contenidos en una constitución escrita. Las razones son las siguientes:

- a. Los actos de producción normativa que disponen una reforma constitucional se refieren siempre al texto de la constitución (al modo de: ‘Introdúzcase el siguiente artículo a continuación del art. X’ o ‘Elimínese el art. Y’, o ‘Sustitúyase el art. Z por el siguiente artículo’)¹⁰²;
- b. Cuando la constitución disciplina su propia reforma, afecta a los actos de producción normativa que introducen, eliminan o sustituyen disposiciones en el texto constitucional (y no a las sentencias u otro tipo de actos mediante los que se modifica interpretativamente el conjunto de significados que a aquel texto se le atribuyen); y,
- c. El cambio de las *normas* constitucionales, esto es, la modificación de los significados atribuidos a las disposiciones constitucionales sin que medie ninguna alteración al texto, es un fenómeno distinto a la reforma constitucional para el que tradicionalmente se ha reservado la expresión ‘mutación constitucional’¹⁰³. Como expresa GUASTINI, «cuando se habla de reforma constitucional, la mutación de la constitución por vía de interpretación no es relevante, pues una reforma constitucional consiste en enmendar el *texto*»¹⁰⁴.

De las anteriores consideraciones se concluye sin dificultad que el documento escrito denominado ‘constitución’, entendido como un conjunto de disposiciones, es el único objeto del poder de reforma constitucional. Esto no se podría negar ni siquiera bajo las concepciones materiales de ‘constitución’ revisadas en la primera parte del capítulo¹⁰⁵. Ahora bien, ese mismo conjunto de disposiciones no es suficiente para

¹⁰² Por definición, un acto de producción normativa (un ‘acto normativo’) es un acto lingüístico que crea (produce o promulga) disposiciones (GUASTINI, 2011c: 266).

¹⁰³ Vid. JELLINEK, 1906: 7; HSÜ, 1932: 45. Estos cambios usualmente ocurren a partir de ‘sentencias interpretativas estimatorias’ de la jurisdicción constitucional (vid. GUASTINI, 2011b: 70-74).

¹⁰⁴ GUASTINI, 2017: 392 [52] (cursivas en el texto original).

¹⁰⁵ Vid. KELSEN, 1925: 420: «Sólo las normas jurídico-positivas, no las hipotéticas, pueden ser ‘reformadas’ en sentido jurídico»; SCHMITT, 1928: 115: (concepto de reforma constitucional) «Reforma

determinar cuáles son los límites de la reforma constitucional; para esta función, es necesario identificar cuál es el contenido de significado de tales disposiciones constitucionales (específicamente, aquellas que disciplinan la reforma). Es aquí donde tiene relevancia la segunda perspectiva: ‘constitución’ como *conjunto de normas*.

La insuficiencia antes anotada se debe al fenómeno de la indeterminación de los textos normativos¹⁰⁶, que cobra especial notoriedad en el caso de los textos constitucionales porque «naturalmente, tales disposiciones están sujetas a interpretaciones conflictivas y cambiantes en el tiempo»¹⁰⁷. Luego, si a las disposiciones de una constitución se les puede atribuir frecuentemente significados diversos, debido a que su peculiar indeterminación produce interpretaciones incompatibles entre sí, entonces claramente el texto constitucional *per se* no alcanza para determinar cuáles son los límites de la reforma constitucional¹⁰⁸.

Si se tiene en cuenta, pues, que las disposiciones que disciplinan la reforma constitucional generan, en no pocas ocasiones, diversas e incompatibles interpretaciones, se sigue que la identificación de los límites a la reforma constitucional depende, en último término, de cuál sea la interpretación de aquellas disposiciones constitucionales que formulan la regulación específica de la reforma; depende, en suma, de las *normas constitucionales* vigentes que disciplinan el cambio de la constitución, inferidas, a su vez, de tales disposiciones.

En consecuencia, para proceder a una delimitación entre reforma constitucional y poder constituyente, existen dos perspectivas de análisis relevantes:

- i. Un nivel de análisis *superficial*, donde la constitución es entendida como un *conjunto de disposiciones*, y en el que funciona: a) *en abstracto*, como fuente jurídica que formula normativamente las condiciones de su propia reforma; y b)

del texto de las leyes constitucionales vigentes hasta el momento»; LOEWENSTEIN, 1969: 175: «Técnicamente, una reforma constitucional solamente puede efectuarse cuando se añade algo al texto existente en el momento de realizar la modificación –suplemento–, o bien se suprime algo –supresión– o bien se sustituye el texto existente por otro –cambio–».

¹⁰⁶ GUASTINI, 2011a: 145-147 y 158-159.

¹⁰⁷ GUASTINI, 2017: 391 [52].

¹⁰⁸ Esta insuficiencia se presenta, *a fortiori*, en una teoría de la interpretación como atribución de significado a textos normativos, acorde a la cual no puede existir significado sin interpretación (*vid.* GUASTINI, 2011b: 400-403).

en concreto, como objeto a ser alterado por una reforma efectivamente ejecutada; y,

- ii. Un nivel de análisis *profundo*, donde la constitución es entendida como un *conjunto de normas efectivamente vigentes* (esto es, de normas que efectivamente se han aplicado y que previsiblemente se aplicarán para decidir casos)¹⁰⁹– y en el que funciona: a) *en abstracto*, como cúmulo de significados que determinan cuáles son los límites a la reforma constitucional; y, b) *en concreto*, como parámetro de calificación jurídica de un específico acto normativo de reforma a la constitución.

Bajo la perspectiva de este nivel de análisis *profundo*¹¹⁰, la constitución puede ser vista como un *conjunto de normas* inferidas o derivadas a partir del texto constitucional que opera como fuente jurídica, donde el modo de obtención de esas normas es, típicamente, la interpretación jurídica de las disposiciones constitucionales. Lo anterior guarda respectiva congruencia con dos tesis ontológicas del derecho de corte empírico: aquella según la cual «no hay derecho sin textos que interpretar»; y aquella que afirma que «tampoco hay derecho sin interpretación»¹¹¹.

Como se puede advertir, introducir esta segunda perspectiva de análisis de la constitución –como conjunto de normas vigentes– permite identificar de manera más precisa cuáles son los límites a la reforma constitucional y cuál es su contenido de significado; y permite hacerlo tanto en abstracto como en concreto¹¹², lo que a su vez ofrece la posibilidad de presentar la distinción entre reforma e instauración constitucional de un modo más articulado.

¹⁰⁹ GUASTINI, 2015: 50. Este es, notoriamente, un concepto de ‘vigencia’ de matriz realista. Como apunta ROSS, «Todas las teorías realistas están de acuerdo en interpretar la vigencia del derecho en términos de efectividad social de las normas jurídicas» (ROSS, 1958a: 69). Dicho en palabras de BULYGIN, «Una norma es vigente cuando el juez la *usa* para justificar su decisión» (BULYGIN, 1963: 348).

¹¹⁰ *Vid.* GUASTINI, 2015: 48-51, para un desarrollo de los distintos niveles de análisis del derecho según una ontología jurídica empirista.

¹¹¹ GUASTINI, 2015: 49.

¹¹² Es decir, no sólo en sede de la interpretación «text-oriented» sino también en sede de la interpretación «fact-oriented» (GUASTINI, 2011a: 139).

Por otra parte, dado que, de acuerdo con esta perspectiva de análisis, los límites a la reforma constitucional son identificados en sede interpretativa a través de normas constitucionales, aquellos pueden consistir no solamente en limitaciones formales, sino también en limitaciones materiales o de contenido (como se mostrará, con detalle, en la tercera parte de este capítulo). Frente a esta posibilidad, que es bastante frecuente en los estados constitucionales, es necesario formular una delimitación entre reforma e instauración constitucional que abra espacio a ambos tipos de límites. Esto se verá en la siguiente sección.

2.2. Una reformulación de la distinción entre el poder de reforma constitucional y el poder constituyente

La reformulación a la que me refiero implica reconsiderar qué cuenta como un límite a la reforma de la constitución. Como se ha anticipado, en esta tesis se considera que dichos límites no se reducen a cuestiones estrictamente formales (como la competencia de la autoridad normativa o el procedimiento para la expedición del acto normativo de reforma), sino que se pueden extender también a cuestiones de contenido (si es que ello es contemplado por las normas constitucionales vigentes)¹¹³. En otras palabras, una reforma constitucional consistiría en una modificación del conjunto de disposiciones constitucionales que ha observado *todas* las condiciones (formales y materiales) previstas para estos efectos por el conjunto de normas constitucionales en vigor.

Siguiendo lo antes dicho, y teniendo en cuenta que es posible –e incluso no infrecuente– que los vicios que afectan a un proyecto de reforma constitucional sólo sean de un tipo (es decir, o bien formales, o bien materiales), es necesario especificar una propuesta de reformulación que pueda dar cuenta también de estas posibilidades disyuntivas. De este modo, en esta tesis se sostiene que:

¹¹³ Como se explicará en el apartado 3 de este capítulo, mientras que la existencia de los límites formales a la reforma constitucional es necesaria, la existencia de los límites materiales es meramente contingente.

- a. Cualquier modificación constitucional, si se realiza observando todas las condiciones formales y materiales dispuestas por las normas constitucionales vigentes, constituye ejercicio del poder de reforma constitucional;
- b. Una modificación constitucional ‘legal’ en la forma, pero ‘ilegal’ en el fondo (en el específico sentido de que ha quebrantado un límite material de la reforma constitucional, dispuesto por normas constitucionales en vigor), no constituye ejercicio del poder de reforma constitucional sino:
 - b.1. Un acto inconstitucional, cuando la modificación no sea efectiva y, por el contrario, sea repelida por los cauces regulares¹¹⁴; o,
 - b.2. Manifestación del poder constituyente, cuando la modificación sea efectiva y suponga, de cualquier modo, la instauración de nuevas normas ‘originarias’¹¹⁵.
- c. La mayor dificultad dentro de esta propuesta es cómo calificar una modificación constitucional ‘legal’ desde una perspectiva material, en el específico sentido de que no ha quebrantado ningún límite material de la reforma constitucional dispuesto por normas constitucionales en vigor, pero ‘ilegal’ en la forma (por irregularidades observadas en cuestiones competenciales o procedimentales).

La solución, en consistencia con lo que se dijo en la sección 2.2. del capítulo II, respecto a la necesidad de que las normas ‘originarias’ sean caracterizadas también por contrariar la identidad del orden jurídico, no podría ser lisa y llanamente la calificación del acto modificadorio como manifestación del poder constituyente. Pero tampoco podría calificarse a tal modificación constitucional como ejercicio del poder de reforma, puesto que –según lo dicho anteriormente en el literal (a)– sólo

¹¹⁴ Vid. KELSEN, 1945: 118; y *vid.* Capítulo II, sección 3, sobre los componentes de la efectividad.

¹¹⁵ Se debe recordar en este punto una cita ya realizada en esta tesis: «El mismo procedimiento de reforma constitucional, si es ejercitado *contra constitutionem*, puede constituir la ocasión para el ejercicio del poder constituyente» (PACE, 1997: IX). Nótese que, en este caso, el quebrantamiento de las normas constitucionales ya no puede referirse a la constitución vigente sino a la constitución precedente que se ha quebrantado. Esta ruptura provoca el surgimiento de una ‘primera’ constitución, promulgada *extra ordinem*, que carece de un fundamento de validez en la constitución precedente.

pueden contar como reformas constitucionales aquellas modificaciones que hayan observado *todas* las condiciones para su realización, incluyendo las formales.

En este punto, y al igual que en el literal (b) de esta propuesta, utilizaré nuevamente el recurso a la condición de efectividad. Así, pues:

c.1. Si la modificación no ha sido efectiva y, por el contrario, ha sido repelida por los cauces regulares, es un acto inconstitucional; pero,

c.2. Si la modificación ha sido efectiva, en cambio, se presenta una peculiar situación, dado que la efectividad en este contexto implica que la pretensión de reformar la constitución habría sido lograda. Cabe discernir, en este punto, dos perspectivas de análisis:

c.2.1. Desde una perspectiva ‘autoritativa’, exclusivamente afincada en las decisiones de los poderes públicos, la modificación cuenta como ejercicio del poder de reforma constitucional, en vista de haber sido efectivamente conseguida bajo ese título; y,

c.2.2. Desde una perspectiva ‘no autoritativa’, que tenga en cuenta el criterio de no sólo de los órganos decisorios sino también de los ciudadanos, la modificación contará como manifestación del poder constituyente en la medida en que se considere que el cambio producido afecta también la identidad de la constitución y, por tanto, la identidad del orden jurídico.

Bajo esta propuesta de reformulación, como es obvio, la delimitación entre reforma e instauración constitucional no está basada en elementos puramente formales, pero tampoco ello implica la suscripción de una concepción ‘sustancialista’ de la constitución y del poder de reforma. Identificar cuáles son las normas constitucionales vigentes que disciplinan la reforma de la constitución es una actividad que no requiere ningún compromiso con aquellas tesis; se trata simplemente de describir los distintos

tipos de normas efectivamente utilizadas en sede de aplicación jurídica, esto es, describir las interpretaciones vigentes (una labor que puede ser vista en diáfana congruencia con los presupuestos de una ciencia jurídica realista)¹¹⁶.

Así, pues, identificar eventuales límites de contenido a la reforma constitucional, dispuestos en normas constitucionales vigentes, es una actividad perfectamente compatible con el propio concepto de ‘constitución’ analizado en forma profunda desde una ontología del derecho empirista y realista¹¹⁷. Sobre la base de este concepto de ‘constitución’, por tanto, no es necesario acudir exclusivamente a las *formas* para estipular un criterio delimitador entre lo que es (y no es) una modificación producida por una reforma constitucional.

Esta propuesta tiene una pretensión modesta, que es dar cuenta del hecho de que, en el funcionamiento de la mayoría de los sistemas jurídicos actuales dotados de constituciones rígidas y garantizadas, los órganos que detentan el control constitucional (como los Tribunales o Cortes Constitucionales) tienen la última palabra en torno a la juridicidad de las modificaciones constitucionales; lo que significa que, al expedir decisiones de única o última instancia (que no admiten ser revocadas), tales órganos pueden atribuir al texto constitucional cualquier significado que deseen¹¹⁸, y eso incluye la construcción de límites de todo tipo a la reforma constitucional¹¹⁹.

3. LOS LÍMITES DEL PODER DE REFORMA EN EL CRITERIO INTEGRADOR

En esta tercera y última parte del capítulo me concentraré en realizar una exposición acerca de los límites del poder de reforma constitucional que se extraen de la propuesta de delimitación recién señalada. Una taxonomía de estos límites, como ya ha quedado

¹¹⁶ ROSS, 1958a: 10, 106.

¹¹⁷ También un positivista metodológico puede admitir sin dificultad «que hoy, en la praxis de los tribunales, especialmente de los constitucionales, se recurre a principios morales»; a fin de cuentas, «es la teoría la que debe ser pura, no el Derecho, que de hecho puede tener y tiene muchas conexiones con la moral» (COMANDUCCI, 1998: 86).

¹¹⁸ GUASTINI, 2011a: 156.

¹¹⁹ «En efecto, los grandes tribunales supremos, constitucionales e internacionales, se auto-atribuyen también el poder de elegir las fuentes. En particular, estos elevan, al rango de fuentes supremas, a materiales normativos antes no considerados formalmente jurídicos, y re-determinan las relaciones jerárquicas entre éstos y las fuentes formales» (BARBERIS, 2016: 21).

dicho, debe incluir (necesarios) límites formales y (eventuales) límites materiales que se hayan dispuesto para disciplinar las reformas a la constitución. Dentro de los eventuales límites materiales, además, cabe distinguir límites materiales ‘explícitos’ e ‘implícitos’; y, a su vez, dentro de estos últimos, límites materiales ‘implícitos’ obtenidos mediante interpretación jurídica, y límites materiales ‘implícitos’ obtenidos mediante construcción jurídica (o ‘límites conceptuales’)¹²⁰. Veamos.

3.1. Sobre los límites formales de la reforma constitucional

Los límites formales del poder de reforma constitucional son aquellos que se refieren a la producción jurídica *en sentido estricto*¹²¹: son los que determinan la competencia y el procedimiento para ejecutar reformas a la constitución y, por tanto, determinan que exista propiamente un poder de reforma. Como se dijo antes en esta tesis, estos límites son necesarios en toda constitución rígida: si no existieran, entonces no se podría decir que existe un poder de reforma constitucional distinto del poder legislativo ordinario¹²². De hecho, la necesaria existencia de los límites formales a la reforma constitucional es el rasgo que, en último término, permite caracterizar al poder de reforma como un poder jurídicamente limitado; incluso si no existiesen más límites que estos, la limitación a este poder tendría que provenir (al menos) por la exigencia de una mayoría cualificada¹²³.

Ahora bien, las disposiciones constitucionales que establecen estos límites formales son usualmente portadoras de un significado complejo y, por ende, son susceptibles de

¹²⁰ Sigo, básicamente, la misma taxonomía especificada en GUASTINI, 1998a: 371. Sin embargo, en varias ocasiones el propio autor citado ha dejado claro que, en su criterio, la reforma constitucional «no puede estar sujeta más que a límites *jurídicos*»; y un ‘límite jurídico’, según GUASTINI, «sólo puede derivar de una norma de derecho positivo que lo establezca»: si no hay una norma de derecho positivo, «el límite jurídico simplemente no existe» (GUASTINI, 2011b: 369).

¹²¹ GUASTINI, 2011c: 109-110.

¹²² *Vid.* capítulo III, sección 1.3.

¹²³ Por ejemplo, el art. 30 de la constitución de Argentina, si bien permite que el texto constitucional pueda ser reformado «en el todo o en cualquiera de sus partes», añade que la necesidad de reforma «debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros»; asimismo, dispone que la reforma sólo se podrá efectuar «por una Convención convocada al efecto».

múltiples interpretaciones que pueden generar distintas normas¹²⁴. Presentaré tres ejemplos para mostrar esto¹²⁵.

Primer ejemplo: el art. 168.2 de la constitución española (CE), que regula la posibilidad de una ‘revisión total’ de la constitución, dispone que el proyecto de nuevo texto constitucional debe ser aprobado por las cámaras legislativas. Ello ha ocasionado dudas respecto a qué significa ‘aprobado’ en este contexto. Una posibilidad interpretativa es considerar que existe tal aprobación cuando la votación favorable de las cámaras se haya realizado sobre el proyecto considerado *como un todo*; la otra interpretación es que sólo se considere ‘aprobado’ el proyecto que haya sido sometido a discusión y votación *artículo por artículo*.

Segundo ejemplo: en el mismo art. 168.2 de la CE, se prescribe que la eventual aprobación del proyecto de nueva constitución deberá ser realizada «por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras». Esta expresión también ha ocasionado dudas interpretativas respecto a si esa mayoría se logra con dos tercios de los votos efectivos (esto es, de los parlamentarios que participan en la votación), o con dos tercios del número total de parlamentarios que conforman las cámaras (hayan o no votado).

Tercer ejemplo: aunque no es ocasionado por diversas interpretaciones de una misma disposición, este ejemplo viene a cuenta de una interpretación que determina la existencia de una laguna normativa en la CE; así, se dice que en ninguna parte del texto constitucional español se prevé cuál sería el procedimiento aplicable en caso de desacuerdo entre las cámaras durante la votación de un proyecto de nueva constitución (elaborado dentro del ejercicio de una ‘revisión total’). Una posibilidad, defendida por cierto sector de la doctrina constitucional española, es utilizar el argumento analógico para habilitar de forma extensiva la conformación de una Comisión Mixta, prevista para otro supuesto distinto (el de ‘reforma parcial’ de la constitución, regulado por el artículo 167 de la CE); la otra posibilidad interpretativa, ante el desacuerdo definitivo entre las cámaras, es considerar que el proyecto debe ser simplemente archivado para poder mantener el ‘bicameralismo perfecto’ dispuesto por la constitución.

¹²⁴ Vid. GUASTINI, 1996b: 269 (en referencia a las ‘normas de procedimiento’).

¹²⁵ Los tres siguientes ejemplos han sido tomados de las sinopsis elaboradas sobre los artículos de la constitución española, en el portal temático del Congreso de los Diputados (<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>).

Como se ve, los anteriores ejemplos tienen que ver con cuestiones procedimentales que, dependiendo de la interpretación que se les provea, generarán diversas normas y, por consiguiente, diversos límites formales a la reforma constitucional¹²⁶.

Así, pues, determinar si un cambio constitucional cuenta (o no) como una reforma a la constitución ejecutada dentro de los límites formales, también requiere interpretación de las disposiciones preexistentes que regulan la competencia y el procedimiento para producir de ese tipo de actos normativos de reforma. En este sentido, como muestra la casuística, las posibles interpretaciones de tales disposiciones constitucionales pueden llegar a ser tan ‘creativas’ como las que se advierten en la construcción de límites materiales. En suma, la identificación de los límites formales a la reforma de la constitución desemboca en una cuestión de interpretación constitucional que exige, a su vez, acudir al nivel de las normas constitucionales en vigor: a las interpretaciones que los jueces constitucionales usan para tales efectos.

3.2. Sobre los límites materiales de la reforma constitucional

A diferencia de los límites formales, los límites materiales no determinan propiamente la existencia del poder de reforma constitucional; lo que determinan estos límites es el ámbito de incidencia de dicho poder desde el punto de vista del contenido. Pero esta configuración es meramente contingente. Así, mientras resulta inconcebible la existencia de un poder de reforma constitucional sin la propia atribución de la competencia reformativa a un determinado órgano, y sin un procedimiento específico para ejecutar las reformas, no sucede lo mismo con los límites materiales: sí que es posible concebir (y, de hecho, es posible observar en algunas constituciones) la existencia de un poder de reforma constitucional que no está sujeto a ningún tipo de límite de contenido (como ocurre en España, por ejemplo)¹²⁷.

¹²⁶ GUASTINI ofrece otro ejemplo, extraído del art. 11 de la constitución francesa. Esta disposición ha sido objeto de dos interpretaciones opuestas respecto a la acción de someter a referéndum un proyecto de reforma constitucional; según una interpretación, esto es permitido; según otra interpretación, es prohibido. Pero si un proyecto de reforma se tramita y aprueba efectivamente por ese medio ¿qué sería esto? «¿Simple reforma o genuino ejercicio del poder constituyente?» (GUASTINI, 2017: 393).

¹²⁷ Esta afirmación puede ser negada por cualquiera de las variantes de la concepción material o sustancialista del poder de reforma constitucional, desde las cuales se podría sostener la necesaria

Los límites materiales, en todo caso, pueden presentarse de modos muy diversos. A continuación, se especificará una primera distinción entre límites materiales ‘explícitos’ e ‘implícitos’.

3.2.1. Límites materiales explícitos: ‘cláusulas de intangibilidad’

Muchos textos constitucionales prevén, de manera expresa, ciertos límites de contenido a la reforma constitucional¹²⁸. Las disposiciones constitucionales que establecen este tipo de límites son conocidas doctrinariamente como ‘cláusulas pétreas’ o ‘cláusulas de intangibilidad’. Sin embargo, surge la duda de si estas ‘cláusulas de intangibilidad’ expresan límites *absolutos* a la reforma constitucional, es decir, límites insuperables que resultan, ellos mismos, inmunes a cualquier modificación o derogación¹²⁹.

Una respuesta intuitiva afirma que estos límites, en efecto, serían ‘absolutos’. En Italia, por ejemplo, la Corte Constitucional ha dicho que el art. 139 de la constitución italiana, que prohíbe expresamente la ‘revisión’ de la forma republicana, en sí mismo no es susceptible de reforma¹³⁰. Por lo tanto, si no es jurídicamente posible la reforma de una determinada materia declarada ‘intangible’, ni tampoco la reforma de la ‘cláusula de intangibilidad’ que la protege, se podría concluir que hay una imposibilidad absoluta

existencia de límites conceptuales relativos al contenido. En esta tesis, en cambio, se considera que la existencia de esos límites es contingente y depende de su formulación en normas constitucionales que se encuentren en vigor; si esto último no ocurre, sencillamente no existen.

¹²⁸ Por ejemplo, en el art. 139 de la Constitución de la República Italiana y en el art. 89 *in fine* de la constitución francesa, se prohíbe expresamente la ‘revisión’ de la forma republicana; en el art. 79.3 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania se prohíbe expresamente toda modificación que afecte, entre otras cosas, los principios enunciados en los arts. 1 y 20 (relativos a la dignidad humana, al reconocimiento de los derechos humanos, a la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales, a los fundamentos del orden estatal y al derecho de resistencia); y en el art. 288 de la Constitución de la República Portuguesa se establece que las leyes de reforma constitucional «tendrán que respetar» una serie de principios y derechos expresados en 14 literales.

¹²⁹ Me remito a la distinción entre límites ‘absolutos’ y ‘relativos’ de la reforma constitucional, expuesta en CICCONE, 1972: 219-220. Para este autor, los límites a la reforma son absolutos o relativos dependiendo de si pueden (o no) ser superados o removidos de forma ‘legal’, según el ordenamiento jurídico vigente. Así, un límite ‘relativo’ subsiste mientras no sea derogada la disposición constitucional que lo expresa; mientras que un límite ‘absoluto’, al estar expresado en una disposición constitucional que no resulta susceptible de ser derogada, subsiste en la medida en que no sea removido de manera ilegal o *extra ordinem* (GUASTINI, 1998a: 371).

¹³⁰ *Vid.* sentencia 1146/1988 de la *Corte Costituzionale*.

para reformar aquella materia. No obstante, esto conduce a otra pregunta: ¿por qué una ‘cláusula de intangibilidad’ sería en sí misma *irreformable*?

La anterior pregunta obedece a que las ‘cláusulas de intangibilidad’ prohíben expresamente la reforma de una determinada materia, pero no prohíben expresamente la reforma de ellas mismas. Por ende, la ‘intangibilidad’ de una determinada ‘cláusula de intangibilidad’ (CI₁) sólo podría ser sostenida, o bien señalando la existencia de otra ‘cláusula de intangibilidad’ (CI₂) que expresamente proteja a la CI₁; o bien argumentando que, sobre la CI₁, existe una prohibición *implícita* para reformarla.

La primera alternativa, aunque poco probable, permite defender válidamente la intangibilidad de la CI₁. Sin embargo, ocasiona un problema de *regressus ad infinitum*, pues la CI₂ necesitaría, a su vez, de una CI₃ que la proteja; y, si ésta acaso existiese, haría falta una CI₄ que también la proteja, y así sucesivamente. Pero dado que ningún texto constitucional es infinito, es inevitable que esta imaginaria secuencia termine con una última ‘cláusula de intangibilidad’ que en sí misma se encuentre desprotegida frente a la reforma y sea, por tanto, susceptible de ser válidamente derogada o sustituida (al igual que la materia constitucional que, en último término, se intenta proteger).

La segunda alternativa, en cambio, supone construir una argumentación (*lato sensu*) política, para justificar la prohibición ‘implícita’ que afectaría a la reforma de una ‘cláusula de intangibilidad’¹³¹. Como señala Riccardo GUASTINI, determinar tal prohibición ‘implícita’ no es una cuestión interpretativa sino dogmática: aquí no está en discusión cuál sea el significado de una específica disposición constitucional, sino más bien cuál es su «valor jurídico»¹³². Pero independientemente de cómo se califique a esta actividad, lo que se puede advertir es que la efectividad de los límites expresos a la reforma de un determinado contenido constitucional, marcados por las ‘cláusulas de intangibilidad’, depende de que se hayan construido límites ‘implícitos’ para garantizar

¹³¹ Riccardo GUASTINI señala que este tipo de construcciones jurídicas se encuentran, por ejemplo, en el argumento según el cual «la violación de la prohibición de reforma (o el hecho de eludirla) tendría como resultado un cambio de la identidad del Estado, una fractura en la continuidad del Estado»; o en el argumento acorde al cual «si la disposición que establece tal prohibición pudiese ser derogada, entonces carecería prácticamente de cualquier efecto (lo que no puede haber sido la voluntad de los padres constituyentes)» (GUASTINI, 2011b: 373). Un ejemplo de este tipo de argumentos lo ofrece Yaniv Roznai, quien aduce que, si la cláusula de intangibilidad pudiera ser derogada, el límite material carecería en último término de cualquier efectividad (ROZNAI, 2017: 140).

¹³² GUASTINI, 2011b: 374.

su propia intangibilidad. Y esto tampoco parece algo concluyente: dentro del cambiante mundo de las interpretaciones y construcciones jurídicas, nada garantiza que existan –o que se mantengan vigentes– tales prohibiciones ‘implícitas’.

Una posibilidad residual para defender –al menos en algún caso– el carácter ‘absoluto’ de los límites materiales expresos a la reforma de la constitución, es plantear la posibilidad de una ‘cláusula de intangibilidad’ que no sólo prohíba la reforma de una determinada materia constitucional, sino que, además, prohíba la reforma de su propio texto. Me serviré de una paráfrasis del artículo 139 de la constitución italiana para formular esta hipotética ‘cláusula de intangibilidad’:

Art. 139’

La forma republicana del Estado no puede ser objeto de revisión constitucional.

Esta disposición no podrá ser derogada ni sustituida.

Con la formulación antes transcrita, parecería que el artículo 139’ resulta absolutamente irreformable, y ello sin necesidad de otra ‘cláusula de intangibilidad’ o de la construcción de algún límite ‘implícito’. Sin embargo, esta formulación es engañosa: si se toma a la oración «*Esta disposición no podrá ser derogada ni sustituida*» como un enunciado plenamente significativo, y no como un enunciado auto-referencial¹³³, parece claro que su referencia sólo podría ser la prohibición de reformar la forma republicana del Estado, que consta en la primera oración. Reconstruyendo el enunciado, éste no diría otra cosa que «*La anterior prohibición no podrá ser derogada ni sustituida*». Desde esta perspectiva, pues, la primera oración expresa una CI₁, mientras que la segunda oración expresa una CI₂ que protege a la CI₁ pero que, en sí misma, está desprotegida frente a la reforma.

Ni aún con esta formulación compleja, entonces, se puede evitar que válidamente se proceda a la reforma constitucional de las ‘cláusulas de intangibilidad’, lo que en este caso se lograría: en primer lugar, a través de la derogación de la CI₂ («*La anterior prohibición no podrá ser derogada ni sustituida*»); y, en segundo lugar, mediante la derogación de la CI₁ («*La forma republicana del Estado no puede ser objeto de revisión*

¹³³ Si fuera un enunciado que se refiere a sí mismo, no sólo expresaría una prescripción incompleta (dada la ausencia de otro *contenido* que no sea su auto-referencia) sino que, además, no podría servir como ‘cláusula de intangibilidad’ para proteger a la prohibición formulada en la primera oración.

constitucional»). Puesto que en ninguno de los dos momentos existe una prohibición constitucional explícita para derogar a cada una de las respectivas cláusulas¹³⁴, tales actos de derogación estarían *prima facie* permitidos por el sistema jurídico. La única manera en que esta conclusión no se siga de lo anterior es que exista, por otra parte, una prohibición *implícita* vigente que impida la reforma de aquellas cláusulas; pero ello demostraría nuevamente la insuficiencia de los límites materiales expresos como barreras absolutas para la protección de un cierto contenido constitucional.

Aun así, se podría pensar que la reconstrucción que antecede es errónea, porque con la expresión «*Esta disposición*» se estaría haciendo referencia a *todo* el art. 139' (y no sólo a la primera oración o a la segunda). Con ello, tanto la CI₁ como la propia CI₂ estarían incluidas en la prohibición de reforma¹³⁵. Bajo esta nueva reformulación de términos, la 'cláusula de intangibilidad' de la hipótesis comentada podría leerse así:

Art. 139''

La forma republicana del Estado no puede ser objeto de revisión constitucional.

Este artículo no podrá ser derogado o sustituido.

Pues bien, a mi modo de ver, esta nueva versión hipotética incurre en un tipo de auto-referencialidad implausible¹³⁶. Para demostrar este punto, me serviré de la objeción utilizada por Alf ROSS para desvirtuar las oraciones auto-referenciales¹³⁷. En este sentido, cabe preguntar a qué se refiere la expresión «*Este artículo*», constante en la

¹³⁴ Considérese que, sobre la CI₂, no existe ninguna prohibición de reforma; y derogada la CI₂, ya no existiría la prohibición para derogar la CI₁.

¹³⁵ H.L.A. HART dio cuenta de este tipo de estrategias en HART, 1964: 173-174.

¹³⁶ Una versión similar podría lograrse, por ejemplo, insertando un hipotético artículo 140 en la constitución italiana, en el que se prohíba reformar cualquier parte de la sección II del Título VI (referente a la reforma de la constitución), donde estaría ubicado el mismo artículo. HART señaló en su día un ejemplo real de esta configuración compleja: la *sección* 152 de la *South Africa Act*, promulgada por el Parlamento Británico en 1909 para crear la Unión Sudafricana. En esa sección (titulada «Amendment of Act») se establecía que, en principio, no sería válida ninguna derogación o alteración de los artículos contenidos en esa misma sección (*vid.* HART, 1964: 174).

¹³⁷ Como se sabe, Alf ROSS sostenía que los enunciados auto-referenciales están *siempre* privados de sentido (ROSS, 1958a: 79-80; ROSS, 1969: 7-17). Como el propio ROSS admite (ROSS, 1969: 8), su planteamiento desarrolla algunas ideas previamente expuestas por Jorgen JØRGENSEN para demostrar que la famosa 'paradoja del mentiroso' («*Esta oración es falsa*») no constituye verdaderamente una paradoja (JØRGENSEN, 1953: 290). Sin embargo, la generalización de ROSS actualmente es cuestionable, debido a que algunos enunciados auto-referenciales parecen ser perfectamente plausibles (*Vid.* RATTI, 2013: 307). Ello no obsta a que la argumentación de ROSS sea útil para acreditar la falta de sentido de *algunos* enunciados auto-referenciales, como pienso que ocurre en este ejercicio hipotético que ahora me ocupa.

segunda parte del art. 139'. Si la respuesta es: «*todo el artículo 139'*», entonces una transcripción de la referencia descrita por aquella expresión daría el siguiente resultado:

Este artículo [es decir: «*La forma republicana del Estado no puede ser objeto de revisión constitucional. Este artículo no podrá ser derogado o sustituido*»] no podrá ser derogado o sustituido.

Pero como la transcripción en sí misma reproduce la expresión auto-referencial («*Este artículo*»), es necesario realizar una nueva transcripción: la transcripción de la parte de la transcripción que resulta auto-referencial. Esto se leería más o menos así:

Este artículo [es decir: «*La forma republicana del Estado no puede ser objeto de revisión constitucional. Este artículo* (es decir: «*La forma republicana del Estado no puede ser objeto de revisión constitucional. Este artículo no podrá ser derogado o sustituido*») *no podrá ser derogado o sustituido*»] no podrá ser derogado o sustituido.

Como se puede ver, la anterior reconstrucción es ininteligible y no tiene ningún sentido. Y no lo tiene debido a que la auto-referencial expresión «*Este artículo*» provoca un frustrante regreso al infinito, bajo el que nunca se podrá saber precisamente a qué proposición le es atribuible el predicado «*no podrá ser derogado o sustituido*»¹³⁸.

De lo dicho hasta aquí se puede extraer la siguiente conclusión: a pesar de las opiniones doctrinales sobre el tema, no existen buenos argumentos para sostener que los límites materiales expresos, dispuestos por la propia constitución para la reforma de una parte de su contenido, sean 'absolutos'. Ninguna de las alternativas analizadas previamente permite afirmar que una 'cláusula de intangibilidad' constituya una barrera absoluta a la reforma constitucional. Como se ha visto, el refuerzo de una 'cláusula de intangibilidad' con otra 'cláusula de intangibilidad' provoca un regreso al infinito; la construcción de un límite 'implícito' para prohibir la reforma de una 'cláusula de intangibilidad' demuestra precisamente la insuficiencia de ésta como límite 'absoluto'; y la auto-inclusión de la 'cláusula de intangibilidad' dentro de la prohibición de reforma

¹³⁸ ROSS, 1969: 9.

que ella misma dispone, provoca un problema de auto-referencialidad que se evidencia en reconstrucciones donde queda demostrada su falta de sentido.

Por tales razones, resulta mucho más plausible caracterizar las ‘cláusulas de intangibilidad’ como límites *relativos* a la reforma constitucional. Son relativos porque, dado que este tipo cláusulas no prohíben la reforma de sí mismas (o, si lo hicieran, serían implausiblemente auto-referenciales), en principio siempre es posible derogar válidamente una ‘cláusula de intangibilidad’¹³⁹. Ello remite al así llamado ‘argumento VEDEL’ o de la reforma constitucional en dos tiempos¹⁴⁰: en un primer paso, se deroga el límite material expreso (que prohíbe la reforma de ciertas disposiciones, pero no la reforma de la propia disposición que lo contiene); y en un segundo paso, eliminada ya la protección, se reforma la materia constitucional anteriormente irreformable¹⁴¹.

Ahora bien, ¿significa lo anterior que los límites materiales expresos, por ser ‘relativos’, no cuentan a la hora de evaluar la ‘legalidad’ de una reforma constitucional? Evidentemente no. Si este tipo de límites se han formulado explícitamente dentro de un texto constitucional, en la medida en que los intérpretes autorizados de la constitución traduzcan tales disposiciones en normas constitucionales que prohíban revisar cierta parte de su contenido, el efecto es que existirán límites materiales para la reforma que no habría cómo soslayar jurídicamente¹⁴².

Incluso admitiendo la posibilidad de que se pueda derogar una ‘cláusula de intangibilidad’ –dejando el camino libre para una posterior reforma antes prohibida– esto no elimina el hecho de que *antes* de la hipotética derogación existe una prohibición expresa para reformar un cierto contenido constitucional. Dicho de otro modo: que se pueda eliminar el límite material a la reforma *en el futuro*, no implica que ese límite no exista *en el presente*. Como cualquier otra disposición constitucional, una ‘cláusula de

¹³⁹ Salvo que se encuentre vigente una norma que exprese la prohibición implícita para reformar una ‘cláusula de intangibilidad’; pero, de nuevo, entonces la intangibilidad dependería en último término de esa prohibición implícita.

¹⁴⁰ El argumento ha recibido ese nombre entre los constitucionalistas franceses, puesto que fue originalmente expuesto por Georges VEDEL (VEDEL, 1949: 117).

¹⁴¹ GUASTINI señala que este es un argumento «de estricto derecho positivo», que permite considerar a este tipo de cláusulas constitucionales como límites *relativos* a la reforma constitucional (GUASTINI, 2011b: 372-374).

¹⁴² «As it is well-known, the German constitution declares some clauses as unamendable. That is basically the case of the principle of dignity, democracy, rule of law and federalism. And they turn out to be precisely what German jurisprudence identifies as German constitutional identity» (MARTÍ, 2013: 26).

intangibilidad' puede ser efectivamente invocada y aplicada por los órganos constitucionales competentes; si ello efectivamente ocurre, durante todo el tiempo en que permanezca vigente, este límite material expreso condicionará el contenido de una reforma constitucional. Bajo estas condiciones puede concluirse, entonces, que los límites materiales expresos rigen durante todo el tiempo en que se encuentren vigentes, a efectos de evaluar la viabilidad de una pretensión de reforma constitucional o de controlar la 'legalidad' de una reforma ya realizada.

3.2.2. Límites materiales implícitos

Según una tendencia doctrinal bastante extendida, la reforma de la constitución estaría sujeta no sólo a los límites que expresamente se hayan dispuesto en su texto, sino también a otro tipo de límites que no están formulados en las disposiciones constitucionales. Sobre la base de esta idea, muchas jurisdicciones constitucionales alrededor del mundo, mediante labores de interpretación o construcción jurídica, edifican –a partir de disposiciones constitucionales explícitas, de asunciones dogmáticas o tesis doctrinarias, o de una mezcla de lo anterior– normas *implícitas* o «no expresadas» positivamente, esto es, normas que «ninguna autoridad normativa ha formulado jamás»¹⁴³, y que establecen límites de contenido a la reforma constitucional.

En las secciones subsiguientes me ocuparé de dos tipos de límites materiales implícitos a los que se les atribuye un valor igualmente constitucional: los obtenidos mediante interpretación jurídica y los obtenidos mediante 'construcción jurídica'¹⁴⁴.

3.2.2.1. Límites materiales implícitos obtenidos mediante interpretación jurídica

Este primer tipo de límites materiales implícitos dependen de la interpretación específica de las disposiciones constitucionales acerca de la reforma constitucional. Por tanto, son expresados en normas que se deducen a partir de una variedad de técnicas

¹⁴³ GUASTINI, 2011b: 33 y 155-161.

¹⁴⁴ Con todo, debe considerarse que los confines entre 'interpretación' y 'construcción' jurídica son bastante frágiles (*vid.* GUASTINI, 2011b: 162-163); su separación, aquí, tiene fines meramente didácticos.

interpretativas (como la interpretación extensiva, teleológica, sistemática, analógica, etc.), no siempre exentas de ser controvertidas¹⁴⁵. Por ejemplo, en Italia, un buen sector de la doctrina constitucional interpreta que, de la prohibición constitucional expresa que impide reformar la forma republicana del Estado (art. 139), se extrae una prohibición constitucional *implícita* para reformar la forma democrática. Esta norma implícita es el fruto de la interpretación sistemática de la constitución italiana, aunque también lo podría ser de la interpretación extensiva de la expresión ‘forma republicana’¹⁴⁶.

En sede judicial, el *Conseil constitutionnel* francés y el Tribunal Constitucional peruano, entre muchos otros casos, han estipulado este tipo de límites materiales implícitos¹⁴⁷. Sin embargo, su estipulación es contingente: según de qué jurisdicción constitucional estemos hablando, y según qué tipo de operaciones se utilicen para atribuir significado específico a las disposiciones de la constitución, es posible encontrar (o no) este tipo de construcciones jurisprudenciales¹⁴⁸.

Una recurrente crítica contra este tipo de labores consiste en cuestionar la absoluta discrecionalidad con la que se identifican los límites materiales implícitos. En esta línea de pensamiento, Lucio PEGORARO, expresa que

La teoría de los límites implícitos [...] se presta a toda acrobacia interpretativa y, al privilegiar la interpretación sistemática, también se presta a arriesgadas incursiones en el campo de la política: de hecho, alejándose del dato textual, las palabras vagas o imprecisas de las Constituciones pueden ser completadas por los intérpretes de acuerdo con el significado que ellos consideren correcto, sobre todo si tales palabras, mediante las cuales los textos sustraen a la revisión cierto aspecto de la Constitución, son la ‘democracia’ o peor aún, el ‘espíritu’¹⁴⁹.

¹⁴⁵ GUASTINI, 1998a: 371.

¹⁴⁶ GUASTINI, 2011b: 366.

¹⁴⁷ PEGORARO, 2008: 912.

¹⁴⁸ Como se mencionó en el capítulo II, el Tribunal Constitucional español, por ejemplo, no ha desarrollado ninguna doctrina para establecer límites materiales implícitos a la reforma de la constitución; por el contrario, varias sentencias de dicho Tribunal expresan que «no existe un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional» (STC 31/2009, Fundamento Jurídico 13).

¹⁴⁹ PEGORARO, 2008: 912. En este sentido, PEGORARO pone un ejemplo hipotético para seguir su crítica: tratándose del plazo de la prisión provisional o preventiva, «una Corte podría decir que ampliar [mediante una reforma] el plazo constitucional de 72 horas a una semana es lícito, pero atentaría contra el ‘espíritu’ del Estado de derecho, mientras que para otra Corte, el ‘espíritu’ podría también estar a salvo con un mes» (Ibídem).

Lo anterior es innegable. Y, sin embargo, como quiera que los intérpretes autorizados de una constitución hayan estipulado estos límites materiales implícitos, el efecto es que existirán igualmente prohibiciones de reforma que tampoco habría cómo obviar desde una perspectiva jurídica. En este contexto, da igual que sea controvertible la determinación de estos límites de contenido; si estos límites materiales forman parte de las interpretaciones jurídicas aceptadas y dominantes, entonces forman parte del derecho vigente¹⁵⁰ y no pueden ser obviados a la hora de calificar la ‘legalidad’ de un acto normativo de reforma.

3.2.2.2. Límites materiales implícitos *construidos* jurídicamente (‘límites conceptuales’)

Los denominados límites ‘conceptuales’ se derivan del concepto de ‘reforma constitucional’ y/o del concepto mismo de ‘constitución’. Estos límites, por ende, se predicen respecto de la reforma de *cualquier* constitución, independientemente de su contenido y de sus posibles interpretaciones¹⁵¹.

Por ejemplo, si se sigue el concepto de ‘constitución’ especificado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano («*Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución*»), se puede decir que el principio de división de los poderes públicos y las garantías constitucionales de los derechos de las personas obran como límites ‘conceptuales’. Otro ejemplo: según la Corte Constitucional de Colombia, del propio concepto de ‘reforma constitucional’ se desprende que, en virtud de la competencia para reformar la constitución, no se puede *sustituir* la constitución por otra integralmente distinta, con una diversa ‘identidad’¹⁵².

La identificación de los límites ‘conceptuales’ suele asociarse –por ser el caso más visible– con una concepción material o ‘sustancialista’ de la constitución y del poder de reforma. Así, por ejemplo, bajo esta perspectiva, los ‘principios supremos’ o ‘valores

¹⁵⁰ GUASTINI, 2015: 50.

¹⁵¹ Esta caracterización consta en GUASTINI, 2010: 226.

¹⁵² *Vid.* sentencia C-551/2003 de la Corte Constitucional de Colombia. Un análisis detallado y crítico de esta doctrina jurisprudencial (que comenzó a partir de la citada sentencia), puede consultarse en BERNAL PULIDO, 2013: 341-346; y en GUASTINI, 2017: 374-391.

superiores' que se señalan dentro de la 'identidad material' de la constitución, operarían como 'límites conceptuales' de la reforma constitucional¹⁵³. O sea que, por razones conceptuales (por los propios conceptos asumidos), existirían ciertas partes de una constitución cuya modificación no puede ser clasificada dentro de la categoría 'reforma constitucional' sino dentro de otras categorías (*v.gr.*, 'sustitución de la constitución', 'destrucción de la constitución', 'poder constituyente', etc.¹⁵⁴).

Sin embargo, la determinación de límites 'conceptuales' no es una actividad que se realice exclusivamente desde una concepción material o 'sustancialista' de la constitución y del poder de reforma. Si este es un problema de teoría constitucional, es decir, un problema en el que «están en discusión los conceptos dogmáticos de constitución y de reforma constitucional»¹⁵⁵, entonces todo concepto de constitución conlleva forzosamente a estipular algún tipo de propiedades necesarias para poder hablar de 'constitución' o de 'reforma constitucional' (y no de otra cosa). Esto ocurre con cualquier concepto de 'constitución', incluso con los más formales posibles (pues todos están compuestos por 'algo' que se les ha «puesto dentro» al definirlos¹⁵⁶).

Por ejemplo, si por 'constitución' se entiende 'un conjunto de normas que dan forma al Estado' –es decir, las normas que determinan la organización política y territorial del Estado y que disciplinan las relaciones de los poderes públicos con los ciudadanos–¹⁵⁷, se puede decir que la supresión de las disposiciones relativas a la 'forma del Estado' no puede contar como 'reforma constitucional'; aunque algún texto constitucional concreto no lo formule expresamente, el resultado de derogar aquellas disposiciones sería, de nuevo, un objeto al que no podría calificarse como 'constitución' si se tiene en cuenta

¹⁵³ GUASTINI, 1998a: 318. Un ejemplo típico de límites 'conceptuales' a la reforma es ofrecido por Luigi FERRAJOLI, quien considera que los derechos fundamentales deben estar marginados de la reforma constitucional, salvo que sea para su ampliación (FERRAJOLI, 2008: 84).

¹⁵⁴ *V. gr.*, Fernando ATRIA, basado en una concepción sustantiva de la constitución, señala a modo ejemplificativo que la derogación del artículo 86, inciso 3° de la constitución de Chile «sería solo una reforma constitucional, mientras que la derogación del artículo 4° sería la destrucción de la constitución» (ATRIA, 2013: 33-34).

¹⁵⁵ GUASTINI, 2011b: 370. No se trata en absoluto de un problema de interpretación constitucional pues, como ya se ha dicho, estos límites no se derivan del significado atribuible a un cierto texto constitucional, sino de los propios conceptos utilizados.

¹⁵⁶ La expresión entre comillas consta en GUASTINI, 2010: 226. Remito aquí al ejemplo de 'La Metamorfosis' de Ovidio, usado en la segunda crítica a la concepción puramente formal (*supra*, sección 1.2.2.)

¹⁵⁷ Bajo este concepto 'necesario' de constitución, característico del positivismo jurídico moderno, todo Estado tiene necesariamente su propia constitución, pues todos los Estados tienen una «forma» en este sentido (GUASTINI, 2011c: 157-158).

este concepto¹⁵⁸. Y esto no parece que implique, en lo absoluto, suscribir una concepción ‘sustancialista’ de la constitución¹⁵⁹.

Los anteriores ejemplos permiten mostrar que todo concepto de ‘constitución’, por muy mínimo o formal que fuere, incluye alguna propiedad de la que se pueden inferir condiciones, tanto para poder calificar como ‘reforma constitucional’ a una determinada modificación al texto constitucional, como para seguir llamando ‘constitución’ al producto modificado. Admitir esto, por supuesto, presupone aceptar que todo concepto de ‘constitución’ ha de tener por lo menos una propiedad definitoria que funcione en aquel sentido delimitador. Así, pues, a menos que se propugne de manera irrazonable que una constitución puede ser cualquier cosa u objeto del mundo, no parece posible eludir este tipo de límites ‘conceptuales’.

No obstante, decir que la reforma constitucional está sujeta siempre a límites ‘lógicos’ o ‘conceptuales’ es una afirmación que no está exenta de críticas; así, Riccardo GUASTINI critica esta idea expresando que la reforma de la constitución es una operación jurídica que sólo puede estar sujeta a límites *jurídicos*, esto es, a límites derivados de normas de derecho positivo; fuera de estas normas, los límites jurídicos a la reforma constitucional simplemente no existen¹⁶⁰.

Esta crítica, en mi opinión, resulta incontestable sólo si es que a los límites ‘conceptuales’ se les predicase la capacidad de ordenar, permitir o prohibir acciones o estados de cosas a quienes ejercen el poder de reforma, o si la transgresión de aquellos límites fuese calificada como ejercicio ‘ilegal’ del mismo poder; ciertamente, sería absurdo pensar que los *conceptos* puedan imponer límites para el ejercicio de una potestad pública, como si fueran normas jurídicas. Pero no parece que así funcionen aquellos límites, como se ha venido explicando. Me explico.

¹⁵⁸ Claro está, pueden existir controversias y desacuerdos en torno a cuándo se considera que han sido derogadas una o varias disposiciones que ‘dan forma al Estado’. Pero esta es una cuestión distinta.

¹⁵⁹ Sí que es verdad que el uso de la expresión ‘forma de Estado’ refiere a aspectos del ordenamiento jurídico que atañen al contenido normativo (GUASTINI, 2019b: 165 [8]). Pero ello no implica comprometerse con una concepción ‘sustancialista’ (según los rasgos indicados en la sección 1.3. de este capítulo). Además, fuera de una definición extensional, no parece que ningún concepto de ‘constitución’ pueda prescindir absolutamente de aspectos de contenido.

¹⁶⁰ GUASTINI, 2010: 228.

Ante todo, hay que decir que no resulta insensato pensar que en las instancias de aplicación del derecho –por ejemplo, cuando se evalúa la procedencia jurídica de un proyecto de reformas constitucionales¹⁶¹–, los órganos decisorios puedan tener en cuenta los parámetros derivados de sus propias definiciones de ‘constitución’ y/o de ‘reforma’ que forman parte del andamiaje conceptual con el que operan. Lo que hay que ver es cómo funciona esa aparente incidencia que tienen los conceptos definidos por los operadores jurídicos, al momento de determinar cuáles son los límites de una reforma.

Esta cuestión puede abordarse a partir del análisis más profundo de algunos elementos que ya han quedado anteriormente bosquejados. Así, se ha dicho que las propiedades o atributos con los que se conforman los conceptos de ‘constitución’ y/o de ‘reforma’, condicionan la determinación de qué cuenta (o no) como ‘reforma constitucional’. Esto es así porque, por una parte, las operaciones interpretativas de subsunción deciden la extensión o referencia semántica de un concepto¹⁶², es decir, deciden a qué clase de objetos resulta extensible o aplicable; y, por otra parte, porque la extensión de un concepto –de cualquier concepto– depende siempre de su intensión o designación¹⁶³, o sea, depende de cómo se encuentre construido: de aquello que se le haya ‘puesto dentro’, como antes se dijo.

También se ha dicho que los autores de estos conceptos son los jueces y, en general, las autoridades que aplican el derecho. Esto se explica debido a que tales autoridades decisorias están continuamente definiendo y delimitando conceptos jurídicos, y sus definiciones pueden llegar a formar parte del derecho. Es más, puede decirse que la definición o delimitación de conceptos jurídicos es una realidad tan presente en sede decisoria que, como dice Eugenio BULYGIN, se trata de una importante «contribución de los jueces a la creación del derecho»¹⁶⁴. En sus palabras,

La más de las veces lo que crean los jueces no son normas, sino enunciados definatorios, es decir, enunciados que determinan la extensión de un concepto [...] Cuando el juez decide qué ha de entenderse por ‘locatario pudiente’ o ‘interés usurario’, no dicta normas, sino

¹⁶¹ La intervención de órganos de aplicación del derecho que juzguen la ‘legalidad’ de las reformas constitucionales, depende –claro está– de que se hayan previsto mecanismos de control constitucional en ese sentido, dentro del sistema jurídico que se tome como referencia.

¹⁶² GUASTINI, 2011b: 17.

¹⁶³ GUASTINI, 2011b: 17 [17].

¹⁶⁴ BULYGIN, 1966: 368.

define conceptos. Cuando estas definiciones llegan a adquirir vigencia [...] pasan a integrar el orden jurídico. Esto pone de manifiesto la insuficiencia de la definición tradicional de orden jurídico como conjunto de normas: tanto las normas, como las definiciones forman parte del derecho. La jurisprudencia es fuente de derecho en el sentido de que los jueces contribuyen a la creación de normas jurídicas y a la definición de los conceptos jurídicos¹⁶⁵.

De lo dicho hasta aquí se desprende que las propiedades intensionales de los conceptos jurídicos, definidos por los órganos decisorios, operan al modo de condiciones necesarias bajo las cuales se puede calificar un caso concreto como instancia de un concepto o categoría jurídica. Por ejemplo, si se define ‘alternancia’ como ‘cualidad de la representación política, según la cual los representantes elegidos por votación popular están sujetos a un límite de periodos en sus funciones para evitar que se perennicen en el poder’, de la intensión del concepto definido se extrae la siguiente condición necesaria: sólo si la representación política se encuentra limitada periódicamente, entonces cuenta como representación ‘alternativa’ (lo que no sucede, por caso, con la llamada ‘reelección indefinida’ que, por definición, no sería clasificable dentro de esta categoría).

Ahora bien, si se mira con detenimiento, puede notarse que este tipo de condiciones necesarias, derivadas de las propiedades que se atribuyen a los conceptos subyacentes con los que operan los aplicadores del derecho, en sí mismas no funcionan como límites ‘conceptuales’ (v. gr., del poder de reforma), sino como parámetros para definir la extensión de aquellos conceptos (v. gr., del concepto ‘reforma’). Muestra fehaciente de ello es que estas condiciones –a diferencia de los límites jurídicos– no prohíben nada, ni tampoco permiten calificar de ‘ilegales’ a los casos concretos que no se puedan incluir en la referencia semántica del concepto de que se trate; la consecuencia de esto último no es la ‘ilegalidad’ sino, simplemente, la identificación de un objeto distinto. Este análisis sugiere que aquello que se denomina ‘límites conceptuales’ de la reforma constitucional, en puridad, no son genuinos límites jurídicos, sino más bien piezas o engranajes a partir de los cuales se crean ‘normas implícitas’ utilizadas, éstas sí, para condicionar las operaciones de reforma constitucional.

Lo anterior se puede visualizar en el siguiente ejemplo:

¹⁶⁵ BULYGIN, 1966: 369.

Definiciones de conceptos:

- ‘Constitución’: conjunto de normas supremas enlazadas con las propiedades x, y, z...
- ‘Reforma constitucional’: modificación del texto de la constitución, cuyo resultado no altera la existencia de un conjunto de normas supremas enlazadas con las propiedades intensionales x, y, z...

Condición necesaria (para la clasificación):

- Sólo las modificaciones al texto de la constitución, cuyo resultado no altere la existencia de un conjunto de normas supremas enlazadas con las propiedades x, y, z... cuentan como ‘reforma constitucional’.

Norma implícita:

- *Se prohíbe* toda modificación al texto de la constitución que no cuente como ‘reforma constitucional’.

Sobre la base de este ejemplo, se puede imaginar el siguiente esquema de *justificación interna* en un determinado razonamiento jurídico¹⁶⁶:

(I) Regla:

Se prohíbe toda modificación al texto de la constitución que no cuente como ‘reforma constitucional’, es decir, cuyo resultado altere la existencia de un conjunto de normas supremas enlazadas con las propiedades x, y, z...

(II) Proposición fáctica:

El proyecto de reformas P busca instituir la reelección indefinida del presidente.

(III) Enunciado genérico de subsunción:

¹⁶⁶ Seguiré aquí el esquema de una ‘justificación interna’ mostrado en GUASTINI, 2011b: 257-258.

La reelección indefinida del presidente está enlazada con una propiedad opuesta a las propiedades x, y, z...

(IV) Enunciado individual de subsunción:

El proyecto de reformas P, al alterar la existencia de un conjunto de normas supremas enlazadas con las propiedades x, y, z..., no cuenta como 'reforma constitucional'.

(V) Precepto singular y concreto:

El proyecto de reformas P es 'ilegal'.

Como se ve, lo que aparece como límite de la reforma constitucional no es ninguna definición, ni tampoco la condición o condiciones necesarias para la clasificación dentro de alguno de los conceptos definidos, sino más bien una 'norma implícita' construida exclusivamente a partir de las anteriores asunciones dogmáticas o tesis doctrinarias sostenidas por los órganos de aplicación del derecho¹⁶⁷. De este modo, mientras lo único que permiten las definiciones y las condiciones necesarias clasificatorias es la formulación de los enunciados de subsunción, la 'norma implícita' encabeza el razonamiento jurídico y permite calificar como 'legal' o 'ilegal' a una determinada pretensión de reforma constitucional.

Nótese, además, que esta 'norma implícita' no es el resultado de la interpretación de ninguna disposición constitucional, sino un ejemplo visible de legislación 'apócrifa' construida por los intérpretes¹⁶⁸; norma que, pese a todo, expresa un límite material oponible a la reforma. Se debe concluir, entonces, que los límites inexpresos a la reforma constitucional sólo pueden ser *límites implícitos*: o bien derivados de la interpretación de disposiciones constitucionales, o bien derivados de la construcción jurídica de normas implícitas a partir de definiciones de conceptos.

Sobre la base de todo lo antes dicho, puede concluirse que esta peculiaridad en el razonamiento jurídico, expresada mediante la confusa expresión 'límites conceptuales',

¹⁶⁷ GUASTINI, 2011b: 158; RATTI, 2008: 325-327.

¹⁶⁸ GUASTINI, 2011b: 161.

no está privada de sentido; aunque su modo de construcción sea política o moralmente cargado, se trata al fin y al cabo de una decisión jurídica.

4. CONCLUSIONES

La idea central que se ha tratado de defender a lo largo de este capítulo es que la segmentación entre las cuestiones formales y materiales, en el contexto de una reforma constitucional, provoca algunos inconvenientes que pueden superarse mediante una intuitiva integración de los dos ámbitos. Esto supone descartar los modelos de delimitación entre el poder de reforma constitucional y el poder constituyente que estén exclusivamente centrados en lo formal o en lo material.

En este sentido, se ha mostrado que, si un límite sustantivo a la reforma de la constitución forma parte de los significados constitucionales en vigor, ello es suficiente para que quede inutilizable la distinción ‘puramente formal’ entre reforma e instauración de la constitución. Cualquiera que sea el tipo de norma limitativa del contenido de una reforma constitucional, bastaría que esté siendo efectivamente aplicada por las autoridades competentes para afirmar que forma parte del derecho vigente y que, en consecuencia, toda pretensión de reforma constitucional tendría que observarla si quisiera ser calificada de ‘legal’.

Evidentemente, en estas circunstancias, no bastaría con examinar la *forma* del acto normativo de reforma; habría que examinar también su *contenido* a efectos de dilucidar si se altera o no el límite material dispuesto por las normas vigentes. Y si efectivamente se altera el contenido vetado a la reforma constitucional, entonces tal modificación, por más que haya sido efectuada en las formas dispuestas por la propia constitución, no podría ser calificada jurídicamente como ejercicio del poder de reforma constitucional.

De otro lado, la propuesta integradora que consta en este capítulo permite asimismo superar la idea de ‘identidad axiológica’ constitucional (y de todos los oscuros predicados asociados con tal noción), y sustituirla con la referencia específica a normas constitucionales en vigor que establezcan límites (de cualquier tipo) a la reforma de la constitución. La identificación de tales normas, al no depender de juicios de valor sino

de una propiedad empírica (su uso en los casos de aplicación del derecho), se plantea, entonces, como un adecuado criterio delimitador entre reforma constitucional y poder constituyente.

CONCLUSIONES GENERALES

Al iniciar este trabajo de investigación se especificó que tres labores serían asumidas: i) una labor de desambiguación del significado de la expresión ‘poder constituyente’; ii) una labor de clarificación respecto de cómo reconstruir de modo más plausible el concepto de ‘poder constituyente’ relevante para el derecho; y, iii) una labor conectiva, encaminada a relacionar o conectar el concepto de ‘poder constituyente’ con otros conceptos jurídicos. A continuación, procederé a sintetizar cómo se han efectuado estas tareas.

i) Desambiguación semántica

A lo largo de esta tesis, como se ha visto, se han podido identificar varios significados atribuidos a la expresión ‘poder constituyente’. Así, por ejemplo, por ‘poder constituyente’ se entiende:

- El poder que tiene toda Nación para instaurar positivamente sus instituciones políticas (SIEYÈS);
- La voluntad política que decide concretamente el modo y la forma de la existencia política de una comunidad (SCHMITT);
- Un poder de revolución permanente (NEGRI);
- La facultad moral para formular e imponer una constitución vinculante (MESSINEO);
- Una competencia jurídica originaria para dictar normas constitucionales, adquirida en última instancia por el reconocimiento social generalizado (NINO);
- El poder ‘último’, ‘supremo’ y ‘originario’ de un ordenamiento jurídico (BOBBIO);

- El poder por el que todo ordenamiento originario ha sido constituido (FERRAJOLI);
- El hecho por el cual la ‘primera constitución’ nace (GUASTINI);
- El poder de establecer o de modificar la constitución (VEDEL);
- Un poder que, en la actualidad, puede ser institucionalizado y ejercido dentro de la continuidad legal para crear un nuevo régimen constitucional (ARATO);
- Una magnitud política real que puede adoptar cualquier forma, y que funda una decisión acerca del modo y forma del ‘ser’ político (ATRIA);
- Etc.

De todos los anteriores significados –unos parcialmente coincidentes, otros directamente contradictorios–, se ha adoptado, para su respectivo análisis, el significado de ‘poder constituyente’ que resulta relevante para la teoría del derecho: un poder ‘último’ que determina el surgimiento de un nuevo orden jurídico. Sin embargo, dado que –incluso en este específico sentido– la expresión ‘poder constituyente’ se encuentra compuesta por términos que en sí mismos son ambiguos, en distintas partes de esta tesis también me he detenido a analizar cuáles son los sentidos de ‘poder’ y de ‘constituyente’ en este contexto.

Así, en el capítulo I he identificado dos sentidos relevantes de ‘poder’ en el sintagma ‘poder constituyente’:

- ‘Poder’ como ‘poder de hecho’: desde el punto de vista de su *manifestación*, el poder constituyente es un ‘poder de hecho’; más concretamente, un conjunto de hechos sociales interpretados retrospectivamente, de los que sólo puede rendirse cuenta de modo *ex post* (cuando ya han sucedido efectivamente). Esta identificación del ‘poder de hecho’ en que consiste el poder constituyente (desde el punto de vista de su manifestación) es una cuestión *cronológica*; ello implica afirmar que se trata de una cuestión empíricamente verificable que tiene como objeto a ciertos hechos sociales que efectivamente han ocurrido dentro de un tiempo y un espacio;
- ‘Poder’ como ‘poder jurídico’: desde el punto de vista de los *resultados*, en cambio, el poder constituyente puede ser visto como un ‘poder jurídico’, no porque esté habilitado por ninguna norma, sino porque en virtud de su manifestación efectiva un

nuevo ordenamiento *jurídico* es producido. Esta categorización del poder constituyente como ‘poder jurídico’ (desde el punto de vista de sus resultados) es una cuestión *lógica*: es la única manera en que se puede mostrar con sentido (o hacer inteligible) que, luego de un intervalo temporal indeterminado, ha surgido un nuevo orden *jurídico*. Sólo de este modo se explica satisfactoriamente el origen de la ‘juridicidad’ de las normas originarias y del ordenamiento normativo resultante. En este importante y específico sentido, pues, el poder constituyente es la fuente de la ‘juridicidad’ de un ordenamiento determinado.

Por otro lado, en esta tesis se han identificado –aunque no en el mismo lugar– tres posibilidades de significado del término ‘constituyente’:

- ‘Constituyente’ como el efecto de constituir o instaurar un nuevo *orden jurídico* (lo que fue asumido en el capítulo I, y posteriormente desarrollado en el capítulo II, como una de las condiciones individualmente necesarias para la instanciación del concepto de ‘poder constituyente’);
- ‘Constituyente’ como el efecto de constituir un nuevo *sistema* constitucional, aunque sin ruptura de la continuidad dentro del orden jurídico preexistente (lo que fue analizado y criticado en el capítulo III, al revisar la concepción del poder constituyente ‘post-soberano’); y,
- ‘Constituyente’ como el efecto de constituir o implementar, más simplemente, una nueva constitución o, en su caso, nuevas disposiciones constitucionales (lo que fue objeto de análisis y crítica a lo largo de todo el capítulo IV, dedicado a la concepción del poder de reforma como ‘poder constituyente-constituido’).

Esta labor de desambiguación, en el desarrollo de esta tesis, ha permitido estipular una redefinición del concepto de ‘poder constituyente’ de tal modo que:

- Los dos sentidos del término ‘poder’ (antes indicados) se asumen como relevantes dependiendo de la perspectiva que se adopte, lo que no quiere decir que el poder constituyente, así concebido, tenga una ‘naturaleza híbrida’; su cualificación como

un poder ‘de hecho’ y como un poder ‘de derecho’ no opera en el mismo plano. Cuando se afirma que el poder constituyente puede ser comprendido como un poder ‘jurídico’ no se quiere decir, en ese contexto, que sea lo *opuesto* a un poder ‘de hecho’; se quiere decir que es ‘jurídico’ en el sentido de ser la causa (el ‘hecho generador’) del derecho que es creado por su manifestación efectiva. En las dos perspectivas señaladas subyacen dos significados diversos del término ‘jurídico’ que, una vez identificados y separados, pueden dar lugar a esta doble caracterización sin incurrir en autocontradicción;

- En cambio, en lo que respecta al término ‘constituyente’, en la redefinición propuesta en esta tesis se ha adoptado únicamente su primer sentido (descartando los otros dos). Ello, en virtud de evitar las posibles confusiones a las que conducen cada uno de los otros dos sentidos de ‘constituyente’, puesto que la concepción del poder constituyente ‘post-soberano’ y la concepción del poder ‘constituyente-constituido’ –como se vio, respectivamente, en los capítulos III y IV– se refieren al ejercicio de competencias jurídicas institucionalizadas por el derecho, esto es, se refieren a poderes constituidos.

Por lo demás, aunque es posible identificar otros tantos sentidos de ‘poder’ y de ‘constituyente’, son estos significados relevantes los que –en mi opinión– convenía identificar y analizar de cara a la respectiva clarificación del concepto estudiado.

ii) Clarificación conceptual

Según la redefinición propuesta en esta tesis, el concepto de ‘poder constituyente’ relevante para la teoría del derecho está conformado por la suma de cuatro propiedades que fueron examinadas –a lo largo de todo el capítulo II– al modo de condiciones individualmente necesarias y conjuntamente suficientes para la aplicación de dicho concepto. Tales condiciones son: 1) intervención de un ‘sujeto constituyente’; 2) producción de normas ‘originarias’; 3) efectividad de los ‘hechos normativos originarios’; y, 4) surgimiento de un nuevo orden jurídico.

La condición 1, como se dejó anotado en su momento, es el presupuesto ‘subjetivo’ para la realización de los hechos que conforman la referencia del concepto analizado: se

presupone la existencia de un ‘sujeto constituyente’ que ha intervenido en la formulación de normas originarias, y que se caracteriza básicamente por tres rasgos principales: a) su propia condición ‘constituyente’ y no ‘constituida’; b) la no-sujeción a deberes ni a límites jurídicos; y, c) la auto-atribución de una competencia normativa ‘originaria’, entendida como la capacidad o aptitud para haber dictado normas pertenecientes al nuevo ordenamiento jurídico que con ellas se origina. Este presupuesto ‘subjetivo’, dentro del esquema explicativo ofrecido en esta tesis, no está ideológicamente comprometido: no incluye ninguna propiedad que pueda indicar quién o quiénes están legitimados para ‘ejercer’ el poder constituyente.

La condición 2, por su parte, se identifica propiamente con los ‘hechos normativos originarios’: la producción de normas ‘originarias’. Estas normas, como se subrayó, no son axiomas o postulados de los sistemas jurídicos (a diferencia de cuanto se ha teorizado sobre las normas ‘independientes’ o ‘soberanas’); de hecho, *existen* y pueden ser definidas en términos de un conjunto de propiedades:

a) Son entidades del lenguaje, esto es, han sido formuladas lingüísticamente por los sujetos constituyentes (lo que implica que, por el sólo hecho de su formulación, tienen una existencia fáctica);

b) Su existencia implica un estado de cosas ‘ilegal’, en el sentido de que su producción es realizada al margen o en contra de lo dispuesto por las normas sobre la producción jurídica (tanto formales como materiales); por tanto, son *inválidas* desde la perspectiva del ordenamiento que es abatido o superado, aunque *ni válidas ni inválidas* desde la perspectiva del nuevo ordenamiento instaurado; y,

c) El contenido de las ‘normas originarias’ se dirige a alterar la ‘identidad’ del orden jurídico preexistente. Ello significa que no cualquier tipo de cambio normativo cuenta como manifestación del ‘poder constituyente’, sino sólo los cambios que tienen tanta transcendencia como para atribuirles la consecuencia del surgimiento de un nuevo orden jurídico (y ello, pese a las dificultades que supone la vaguedad del referido concepto de ‘identidad’).

La condición 3, por su lado, consiste en la efectividad de los hechos que producen las normas ‘originarias’. El concepto de ‘efectividad’ asumido en esta tesis se compone por dos propiedades: la *aceptación* y la *observancia*. Respecto de la aceptación, se tienen en cuenta dos sentidos relevantes: a) ‘aceptación’ como decisión para incorporar razones justificativas para la acción, que se predica de los órganos de aplicación de normas del nuevo sistema que se constituye; y, b) ‘aceptación’ como aprobación de la ‘existencia institucional’ de las normas (como mera disposición a obedecer), que se predica de los destinatarios de las normas regulativas dentro de ese mismo sistema. En este sentido, la observancia requerida para la efectividad de los ‘hechos normativos originarios’ equivale a un grado de cumplimiento o acatamiento generalizado; es decir, se requiere que las prescripciones de que se trate sean eficaces, esto es, que no sean infringidas en la mayoría de las ocasiones por una subclase de sujetos normativos relevantes. La eficacia en este contexto se mide según un ‘criterio interno’ y un ‘criterio externo’. El ‘criterio interno’ se asigna a la observancia de las normas prescriptivas que eventualmente han sido formuladas por los sujetos constituyentes como parte de las llamadas ‘normas originarias’, y su eficacia depende únicamente de si se producen o no las conductas exigidas por aquellas. Por otra parte, el ‘criterio externo’ se asigna a la observancia de las prescripciones ‘derivadas’ que han sido producidas de conformidad con el nuevo sistema de competencias implementado por las normas ‘originarias’. La suma de los dos criterios permite establecer si existe (o no) una observancia general de las normas ‘originarias’ y de las normas derivadas creadas de conformidad con ellas.

La efectividad de los ‘hechos normativos originarios’, como se defiende en esta tesis, determina la existencia *jurídica* de las normas ‘originarias’. La explicación de por qué ciertos actos de prescribir no autorizados son, en último término, considerados como normas jurídicas, remite a la teoría de los ‘hechos institucionales’. Se ha recurrido a esta teoría dadas las evidentes simetrías entre las prácticas de aceptación y seguimiento generalizado de normas (que componen el ingrediente de la efectividad en el concepto de ‘poder constituyente’) y las nociones de intencionalidad colectiva, asignación de función y representación lingüística declarativa que, en su conjunto, articulan la mencionada teoría. La explicación, en síntesis, se centra en la existencia jurídica de las normas ‘originarias’ como un hecho institucional, creado a partir de ciertas creencias y compromisos, y mantenido en virtud del reconocimiento colectivo o aceptación entre la generalidad de los individuos de una determinada comunidad. En

suma, son ciertos comportamientos y actitudes de los seres humanos en una determinada sociedad lo que da lugar a los sistemas jurídicos.

Ese hecho institucional, además, es el elemento clave para la comprensión del poder constituyente como ‘poder’ creador de un nuevo estado de cosas, puesto que permite explicar el salto de lo fáctico a lo normativo como un fenómeno que se genera a partir de un esquema de asignación de funciones y nuevos *status* con sus respectivos correlatos deónticos (y razones para la acción implicadas). Este resguardo dentro de la racionalidad humana es lo que caracteriza a la realidad institucional; es lo que le confiere su ‘poder constitutivo’.

Finalmente, la condición 4 consiste en el surgimiento de un nuevo orden jurídico, lo que es una consecuencia lógica (o conceptual) de la anterior condición de efectividad. Se parte de la premisa de que, si las normas originarias llegan a tener ‘existencia jurídica’ en virtud de su efectividad, entonces –dado el concepto de ‘normas originarias’ asumido en esta tesis– aquellas no podrían pertenecer a ninguno de los sistemas normativos del orden jurídico preexistente; el hecho de carecer de un fundamento dinámico de validez en normas jurídicas anteriores, impide que las normas originarias satisfagan los criterios de pertenencia de los sistemas jurídicos. Dado este entramado conceptual, las normas ‘originarias’ que llegan a existir jurídicamente –por causa del ‘poder constituyente’– sólo pueden pertenecer a sistemas jurídicos ‘originarios’ (más precisamente, a su ‘base’). Y los sistemas jurídicos ‘originarios’, al dar lugar a una nueva secuencia de sistemas normativos, generan por definición un nuevo *orden jurídico*.

iii) Relación con otros conceptos

En la presente tesis se han trazado algunas conexiones entre el concepto de ‘poder constituyente’ y otros conceptos utilizados dentro de la teoría jurídica; así, por ejemplo, con los conceptos de ‘primera constitución’, ‘normas independientes’, ‘orden jurídico’, etc. Sin embargo, quisiera destacar aquí la relación entre ‘poder constituyente’ y dos conceptos continuamente aludidos en este trabajo: el concepto de ‘revolución’ y el concepto de ‘reforma constitucional’.

Entre los conceptos de ‘revolución’ y ‘poder constituyente’ existe una relación que depende del significado atribuido al primer vocablo. Así, si se asume un significado restringido de ‘revolución’ –como cuando se propugna un concepto jurídico de ‘revolución’ o cuando se propone concebir la revolución como un conjunto de ‘hechos normativos’– la relación entre los dos conceptos es necesaria: el poder constituyente *es* la revolución (en sentido jurídico). Sin embargo, dadas las inconveniencias de adoptar un significado restringido de ‘revolución’, que se señalaron en el capítulo I (ciertos usos del lenguaje que resultarían extraños, o las dificultades para clasificar todos los hechos comprendidos dentro de una revolución como ‘hechos normativos’), la alternativa es asumir un significado de ‘revolución’ más amplio; de este modo, no habría relación conceptual entre ‘revolución’ y ‘poder constituyente’, sino más bien entre ‘poder constituyente’ y ‘hechos normativos originarios’ (concepto que designa los hechos a través de los cuales se provoca la interrupción del orden jurídico preexistente y el consecuente surgimiento de un nuevo orden jurídico).

En cualquier caso, y como resulta sencillo advertir, la redefinición del concepto de ‘poder constituyente’ efectuada en esta tesis es gran medida tributaria del *concepto jurídico* de ‘revolución’. De ahí la importancia que aquí se ha dado a los desarrollos teóricos relacionados con ese significado restringido de ‘revolución’, de los que se ha tomado tanto la noción de ‘hechos normativos’ cuanto el análisis de las consecuencias que el fenómeno revolucionario apareja para el derecho. Por lo demás, aunque en este trabajo se haya preferido adoptar un significado más amplio de aquel vocablo, ello no impide que otra forma de reconstrucción explicativa de estos fenómenos pueda echar mano de los dos sentidos (amplio y restringido) de ‘revolución’, en relación con el concepto de ‘poder constituyente’. Así, bien podría decirse que el trasfondo del poder constituyente viene dado por acontecimientos políticos y sociales que pretenden la ruptura con el orden establecido (‘revoluciones’ en sentido amplio) y que, además, la manifestación efectiva del poder constituyente, que determina el surgimiento de un nuevo orden es, desde un cierto punto de vista bastante específico, una ‘revolución’ para el derecho: una ‘revolución jurídica’.

El concepto de ‘reforma constitucional’, por otra parte, es usualmente vinculado en la literatura jurídica con el concepto de ‘poder constituyente’, al punto en que muchas veces se propugna la identidad entre ambos. Como se vio en el capítulo III, diversas

concepciones sostienen que estos conceptos: a) están relacionados al modo ‘género-especie’ (siendo el poder constituyente el género y el poder de reforma la especie); b) representan dos facetas o etapas del mismo poder; c) representan dos poderes que confluyen dentro del paradigma ‘post-soberano’ de creación constitucional (el poder constituyente es ‘domesticado’ y ejercido como un poder de reforma); y, d) representan dos poderes que pueden ocupar, ambos, las mismas formas legales institucionalizadas. En esta tesis, por el contrario, no se ha escatimado espacio para proponer siempre lo opuesto a aquellas concepciones.

Las razones para seguir esta constante orientación contraria fueron expuestas en los capítulos III y IV. Y es que la mayoría de estas concepciones incurren en una serie de confusiones que se ha tratado de poner de relieve. Una de las más graves confusiones, en mi opinión, es la ausencia de distinción entre dos tipos de poderes normativos: el poder ‘de hecho’ en que consiste el poder constituyente, reconocible únicamente *ex post* (luego de su manifestación jurídicamente ilimitada); y el poder ‘de derecho’ en que consiste el poder de reforma constitucional, disponible *ex ante* como una competencia constitucional jurídicamente limitada (al menos procedimentalmente). No tener en cuenta esta distinción central, bajo el entendido de que en cualquier caso el resultado es la producción de nuevas disposiciones constitucionales, provoca a su vez otro tanto de confusiones y problemas derivados.

Derivan de la anterior confusión, por ejemplo, la idea de que el poder constituyente es una competencia jurídica disponible para ser ejercida; la idea de que los límites del poder de reforma constitucional se asumen únicamente por conveniencia política; y la idea de que los resultados evidenciables por ambos poderes son iguales, lo que por cierto impide discernir los diversos tipos de cambios constitucionales en relación con las transformaciones de un orden jurídico. Así, se vuelve inviable distinguir una constitución cuyo fundamento de validez deriva de otra constitución (dentro de un mismo orden jurídico) y una ‘primera constitución’ (dentro de un nuevo orden jurídico).

Con todo, que no exista identidad o superposición entre los dos conceptos mencionados no elimina la ‘vecindad’ entre éstos. Esta peculiaridad, ocasionada por la semejanza –que no equivalencia– entre los resultados producidos por ambos poderes (únicamente desde una perspectiva material), se revela claramente al identificar que el

ejercicio extralimitado del poder de reforma constitucional puede, eventualmente, contar como manifestación del poder constituyente. Esto ocurrirá bajo ciertas condiciones: las mismas condiciones necesarias cuya concurrencia permite considerar un evento determinado como instancia del concepto de ‘poder constituyente’ (como se indicó en el capítulo II). En tal caso, lo que inicialmente pudo haber sido una pretensión de reforma constitucional disciplinada termina siendo la concreción *de facto* de una nueva instauración de normas constitucionales. En este sentido, especificar cuáles son los límites del poder de reforma constitucional supone también trazar su demarcación respecto del poder constituyente.

A esta última cuestión, como se recordará, estuvo dedicado todo el capítulo V, en el que se desarrolló la idea de cómo las distintas concepciones constitucionales condicionan la especificación de los límites del poder de reforma que, a su vez, operan como límites divisorios con el poder constituyente. Los problemas tratados en el capítulo final de esta tesis son algunos, pero no quisiera cerrar estas conclusiones sin dejar de mencionar que, en mi criterio, la regulación de los procesos de sustitución o reemplazo constitucional disciplinado –asumida cada vez con mayor frecuencia en las constituciones contemporáneas– exige un refinamiento del concepto de reforma constitucional; más concretamente, del concepto de ‘reforma total’. Ello permite mantener la identificación del poder de reforma como un poder constituido, incluso cuando el resultado consiste en la producción de un nuevo documento constitucional, sin necesidad de confundirlo –como muchas veces ocurre– dentro de la noción poder constituyente.

iv) Colofón

En conclusión, la presente tesis doctoral intenta ser una contribución al esclarecimiento del concepto de ‘poder constituyente’ a través de diversas labores que se pueden realizar de la mano del análisis conceptual en sede teórico-jurídica. En este sentido, tales labores han permitido modelar el referido concepto mediante su respectiva redefinición. Sobre esta base, además, se ha tratado de determinar cuál es el lugar que podría corresponder al concepto ‘poder constituyente’ dentro de un modelo explicativo acerca del origen y del fundamento de los ordenamientos jurídicos.

Quizás esta contribución pueda ser vista con extrañeza si se la compara con la vasta cantidad de estudios sobre el poder constituyente que, en su mayoría, están orientados a solucionar problemas concretos de la práctica constitucional. Sin embargo, la motivación que ha conducido esta investigación ha radicado precisamente, desde el inicio, en tratar de arrojar algo de luz sobre la comprensión misma del concepto de ‘poder constituyente’. Seguramente esto no alcanzará para resolver problemas específicos, pero puede que sirva para presentarlos de mejor modo. Después de todo, organizar el conocimiento es lo mejor que puede ofrecer alguien que, modestamente, intenta dedicarse a la teoría del derecho.

CONCLUDING REMARKS

At the beginning of this work, it was specified that three tasks would be assumed: i) a semantic disambiguation of the expression ‘constituent power’; ii) a clarification effort regarding how to reconstruct more plausibly way the concept of ‘constituent power’ relevant to the law; and, iii) a connecting task, aimed at relating or connecting the concept of ‘constituent power’ with other legal concepts. In the following pages, I will proceed to summarize how these tasks have been carried out.

i) Semantic disambiguation

Throughout this thesis, as we have seen, several meanings attributed to the expression ‘constituent power’ have been identified. For instance:

- The power that every Nation has to positively establish its political institutions (SIEYÈS);
- The political will whose authority is capable of making the concrete decision over the type and form of its own political existence (SCHMITT);
- The power that takes the form of a permanent revolution (NEGRI);
- The moral power to formulate and impose a binding constitution (MESSINEO);
- The originary legal competence to dictate constitutional norms, ultimately acquired by generalized social recognition (NINO);
- The ‘ultimate’, ‘supreme’ and ‘originary’ power of a legal system (BOBBIO);

- The power by which every legal system has been constituted (FERRAJOLI);
- The fact by which the ‘first constitution’ is born (GUASTINI);
- The power to establish or modify the constitution (VEDEL);
- A power that nowadays can be institutionalized and exercised within the legal continuity to create a new constitutional regime (ARATO);
- A real political magnitude that can take any form, and that establishes a decision about the type and form of the political ‘being’ (ATRIA);
- Etc.

Of all the previous meanings,—some partially coincident, some others directly in contradiction—it has been adopted for the respective analysis a meaning of ‘constituent power’ that is relevant to the theory of law: an ‘ultimate’ power that determines the emergence of a new legal order. However, given that—even in this specific sense—the expression ‘constituent power’ is composed of terms that are themselves ambiguous, in different parts of this thesis I have also analyzed the different meanings of ‘power’ and ‘constituent’ in this context.

Thus, I have identified (in chapter I) two relevant senses of ‘power’ in the expression ‘constituent power’:

- From the point of view of its *manifestation*, the constituent power is a ‘*de facto* power’; more specifically, is a set of social facts retrospectively considered which can only be accounted *ex post* (when they have actually happened). This identification of a ‘*de facto* power’ is a chronological matter; this implies that it is an empirically verifiable enterprise whose object is composed by certain social events that have actually occurred within a given time and space.
- From the point of view of the *consequences*, on the other hand, the constituent power can be seen as a ‘legal power,’ not because it is enabled by any legal norm, but because its effective manifestation determines that a new *legal* order is produced. This categorization of constituent power as a ‘legal power’ is a logical matter: it is the only way in which it can be meaningfully shown that, after an indeterminate period of time, a new *legal* order has emerged. Only in this way is possible to satisfactorily explain the ‘legality’ of the original norms and the resulting

legal order. Then, in this important and specific sense, the constituent power is the source of the ‘legality’ of a given legal order.

Additionally, in this thesis—although not in a single section—three different meanings of the term ‘constituent’ have been identified:

- ‘Constituent’ as the effect of constituting or establishing a new *legal order* (this was assumed in chapter I, and later developed in chapter II as one of the necessary conditions that allow the application of the concept of ‘constituent power’);
- ‘Constituent’ as the effect of constituting a new constitutional *system*, although without breaking the continuity within the pre-existing legal order (this was analyzed and criticized in chapter III when reviewing the conception of the ‘post-sovereign’ constituent power); and,
- ‘Constituent’ as the effect of constituting or implementing, more simply, a new constitution or a set of new constitutional provisions (this was the object of analysis and criticism throughout the entire chapter IV, dedicated to the conception of the constitutional amendment power as a ‘constituent-constituted’ power).

This disambiguation task, in the development of this thesis, has allowed to stipulate a redefinition of the concept of ‘constituent power’ in such a way that:

- The two aforementioned meanings of the term ‘power’ are assumed to be relevant depending on the perspective adopted, which does not mean that the constituent power, thus conceived, has a ‘hybrid nature’; its qualification as a ‘*de facto* power’ and as a ‘legal power’ does not operate on the same level. When it is stated that the constituent power can be understood as a ‘legal’ power, it is not meant in this context that it is the opposite of a ‘*de facto*’ power; it is meant that it is ‘legal’ in the sense of being the *cause* of the new legal order emerged by its effective manifestation. Two different meanings of the term ‘legal’ underlie the two perspectives above mentioned, which, once identified and separated, can give rise to this double characterization without incurring in self-contradiction;

- Regarding the term ‘constituent,’ on the other hand, in the redefinition proposed in this thesis, only its first meaning has been adopted (discarding the other two). This is so by virtue of avoiding the possible confusion to which each of the other two senses of ‘constituent’ lead, since the ‘post-sovereign’ conception and the ‘constituent-constituted’ conception—as it was analyzed in chapters III and IV, respectively, refer to the exercise of legal and institutionalized powers, that is, they refer to constituted powers.

Hence, although it is possible to identify other meanings of ‘power’ and ‘constituent,’ it is these relevant meanings that—in my opinion—should be identified and analyzed in order to clarify the studied concept.

ii) Conceptual clarification

According to the redefinition proposed in this thesis, the concept of ‘constituent power’ relevant to the theory of law is made up of the sum of four properties that were examined—throughout the entire chapter II—as individually necessary (and jointly sufficient) conditions for the application of the concept. These conditions are: 1) intervention of a ‘constituent agent’; 2) production of ‘originary’ norms; 3) effectiveness of the ‘originary normative facts’; and 4) emergence of a new legal order.

Condition 1, as it was noted, is the ‘subjective’ presupposition for the realization of the facts that make up the reference of the analyzed concept. The existence of a ‘constituent agent’ who has intervened in the formulation of originary norms is basically characterized by three main features: a) its own ‘constituent’ and not ‘constituted’ nature; b) the absence of duties or legal limits that can bound this agent; and, c) the self-attribution of an ‘originary’ normative competence, understood as the capacity or aptitude to issue norms that belong to the new legal system that is originated with them. This ‘subjective’ assumption, within the explanatory scheme offered in this thesis, is not ideologically compromised: it does not include any property that could indicate who is/are entitled to ‘exercise’ the constituent power.

Condition 2, for its part, is properly identified with the ‘originary normative facts’: the production of ‘originary’ norms. These norms, as it was emphasized, are not axioms

or postulates of legal systems (unlike what has been theorized about ‘independent’ or ‘sovereign’ norms); in fact, they *exist* and can be defined in terms of a set of properties:

a) They are entities of language, that is, they have been formulated linguistically by the constituent agents (which implies that, by the mere fact of their formulation, they have a factual existence);

b) Its existence implies an ‘illegal’ state of affairs, in the sense that its production is carried out outside or contrary to the provisions of the rules on legal production (both formal and material). This means that they are *invalid* from the perspective of the legal order that is overthrown or surpassed, although *neither valid nor invalid* from the perspective of the newly established order; and,

c) The content of the ‘originary norms’ is aimed at altering the ‘identity’ of the pre-existing legal order. This means that not any type of normative change counts as a manifestation of the constituent power, but only the changes that are so far-reaching as to attribute to them the consequence of the emergence of a new legal order (despite the difficulties posed by the vagueness of the referred concept of ‘identity’).

Condition 3 consists of the effectiveness of the facts that produce the ‘originary’ norms. The concept of ‘effectiveness’ assumed in this thesis is made up of two properties: *acceptance* and *obedience*. Regarding acceptance, two relevant meanings are taken into account: a) ‘acceptance’ as a decision to incorporate justifying reasons for action, which is predicated to the enforcement bodies of the new system that is being constituted; and, b) ‘acceptance’ as the approval of the ‘institutional existence’ of norms (as a mere willingness to comply with), which is predicated to the recipients of the regulatory norms within the same system. In this sense, the obedience required for the effectiveness of the ‘originary normative facts’ is of a general degree; in other words, it is required that the prescriptions in question be effective, that is, that they are not infringed in most cases by a subclass of relevant normative subjects.

Efficacy in this context is measured according to an ‘internal criterion’ and an ‘external criterion’. The ‘internal criterion’ is assigned to the obedience of the prescriptive norms that have eventually been formulated by the constituent agents as

part of the so-called ‘originary norms’, and its effectiveness depends solely on whether the behaviors required by them are observed or not. On the other hand, the ‘external criterion’ is assigned to the observance of the ‘derived’ prescriptions that have been produced in accordance with the new system of competences implemented by the ‘originary’ norms. The sum of the two criteria makes it possible to establish whether there is (or not) general obedience of the ‘originary’ norms and the derived norms created in accordance with them.

The effectiveness of the ‘original normative facts’, as defended in this thesis, determines the *legal* existence of the ‘originary’ norms. The explanation of why certain unauthorized prescribing acts are ultimately considered as legal norms refers to the theory of ‘institutional facts’. This theory has been resorted given the evident symmetries between the practices of acceptance and general compliance with norms (which make up the ingredient of effectiveness in the concept of ‘constituent power’) and the notions of collective intentionality, function assignment, and declarative linguistic representation that, as a whole, articulate the aforementioned theory. The explanation, in synthesis, focuses on the legal existence of the ‘originary’ norms as an institutional fact, created from certain beliefs and commitments, and maintained by virtue of the collective recognition or acceptance among the generality of individuals of a certain community.

In sum, it is certain behaviors and attitudes of human beings in a given society that give rise to legal systems. Furthermore, this institutional fact is the key element for the understanding of the constituent power as a creative power of new states of affairs, since it allows us to explain the leap from the factual to the normative as a phenomenon that is generated from a function assignment scheme and new *statutes* with their respective deontic correlates (and reasons for action involved). This safeguard within human rationality is what characterizes the institutional reality; it is what gives it its ‘constituting power’.

Finally, condition 4 consists of the emergence of a new legal order, which is a logical (or conceptual) consequence of the previous condition of effectiveness. It starts from the premise that, if the originary norms have ‘legal existence’ by virtue of their effectiveness, then—given the concept of ‘originary norms’ assumed in this thesis—they

could not belong to any of the normative systems of the pre-existing legal order. The fact of lacking a dynamic basis of validity in previous legal norms prevents the originary norms from satisfying the criteria for belonging to previous legal systems. Given this conceptual framework, the ‘originary’ norms that come into legal existence—because of the ‘constituent power’—can only belong to ‘originary’ legal systems (and more precisely, to their ‘base’). And ‘originary’ legal systems, by giving rise to a new sequence of normative systems, generate (by definition) a new *legal order*.

iii) Connection with other concepts

In this thesis, some connections have been drawn between the concept of ‘constituent power’ and other concepts used within the theory of law, for example, with the concepts of ‘first constitution,’ ‘independent norms,’ ‘legal order,’ etc. However, I would like to highlight here the relationship between ‘constituent power’ and two concepts frequently mentioned in this work: the concept of ‘revolution’ and the concept of ‘constitutional amendment power’.

Between the concepts of ‘revolution’ and ‘constituent power,’ there is a relationship that depends on the meaning attributed to the first term. Thus, if a restricted meaning of ‘revolution’ is assumed—as when a legal concept of ‘revolution’ is advocated or when it is proposed to conceive the revolution as a set of ‘normative facts’—the relationship between the two concepts is necessary: the constituent power *is* the revolution (in a legal sense). However, given the inconveniences of adopting a restricted meaning of ‘revolution,’ which were pointed out in Chapter I (certain uses of language that would be strange, or the difficulties in classifying all the facts within a revolution as ‘normative facts’), the alternative is to assume a broader meaning of ‘revolution’. In this way, there would be no conceptual relationship between ‘revolution’ and ‘constituent power,’ but rather between ‘constituent power’ and ‘originary normative facts’ (a concept that designates the facts through which the pre-existing legal order is interrupted, causing the consequent emergence of a new legal order).

In any case, as it can be easily seen, the redefinition of the concept of ‘constituent power’ carried out in this thesis is largely influenced by the legal concept of ‘revolution’. Hence the importance that has been given in this work to the theoretical

developments related to this restricted meaning of ‘revolution,’ from which both the notion of ‘normative facts’ and the analysis of the consequences that the revolutionary phenomenon brings to the law, have been taken. Besides, although in this thesis a broader meaning of ‘revolution’ has been adopted, another explanatory reconstruction of these phenomena could use both meanings of ‘revolution’ concerning the concept of ‘constituent power’. Thus, it could also be said that the background of the constituent power is given by political and social events that seek to break with the established order (‘revolutions’ in the broad sense) and that, furthermore, the effective manifestation of the constituent power, which determines the emergence of a new legal order is, from a specific point of view, a ‘revolution’ for the law: a ‘legal’ revolution.

The concept of ‘constitutional amendment power,’ on the other hand, is usually linked in the legal literature with the concept of ‘constituent power’ to the extreme of pointing out the identity between the two of them. As seen in Chapter III, various conceptions hold that these concepts: a) are related in a ‘genus-species’ mode (the constituent power being the gender and the constitutional amendment power the species); b) they represent two faces or stages of the same power; c) they represent two powers that converge within the ‘post-sovereign’ paradigm of constitution-making (the constituent power is ‘domesticated’ and exercised as a constitutional amendment power); and, d) they represent two powers that can both occupy the same institutionalized legal forms. In this thesis, on the contrary, no space has been spared to always propose the opposite of those conceptions.

The reasons for this constant opposition were set out in Chapters III and IV: most of these conceptions incur in a series of confusions that have been highlighted. One of the most serious confusions, in my opinion, is the absence of distinction between two types of normative powers: the ‘*de facto*’ power that is recognizable only *ex post*, after its legally unlimited manifestation (that is, the constituent power); and the legal power that is available *ex ante* as a limited competence to amend the constitution (that is, the constitutional amendment power). Not taking into account this central distinction, under the misunderstanding that in any case the result of those powers is the production of new constitutional provisions, causes as much confusion and derived problems.

Derived from the previous confusion is, for instance, the idea that the constituent power is a legal competence available for being exercised; the idea that the limits of the constitutional amendment power are assumed solely for political convenience; and the idea that the results of both powers are the same, which by the way prevents discerning the various types of constitutional changes concerning the transformations of a legal order. Thus, for example, it becomes unfeasible to distinguish a constitution whose validity derives from a previous constitution (within the same legal order) and a ‘first constitution’ (which gives rise to a new legal order).

However, the lack of identity between the two mentioned concepts does not eliminate the ‘neighborhood’ between them. This peculiarity, caused by the similarity—not the equivalence—between the results produced by both powers (only from a material perspective), is clearly revealed by identifying that the illegal exercise of the constitutional amendment power may eventually count as a manifestation of the constituent power. This will occur under certain conditions: the same necessary conditions whose concurrence allows to consider a certain event as a case of constituent power (as indicated in Chapter II). In such a case, what initially could have been a claim for disciplined constitutional amendments ends up being the *de facto* production of new constitutional norms. In this sense, specifying what are the limits of the constitutional amendment power also implies drawing its demarcation with respect to the constituent power.

The entire chapter V was devoted to this last topic, as it can be recalled. It was shown how the different constitutional conceptions determine the specification of the limits of the constitutional amendment power, which, in turn, operate as dividing limits with the constituent power. The problems dealt with in the final chapter of this thesis are various, but I would like to close these conclusions mentioning that, in my opinion, the regulation of constitutional substitution or replacement—which is more and more frequently in contemporary constitutions—demands a refinement of the concept of constitutional amendment power (and, more specifically, of the concept of ‘total reform’). This would make it possible to maintain the identification of the constitutional amendment power as a constituted power, even when the result consists of the production of a new constitutional document and without the risk of confusing it—as it often happens—with the notion of constituent power.

iv) Colophon

In conclusion, this doctoral thesis tries to be a contribution to the clarification of the concept of 'constituent power' through various tasks that can be carried out hand in hand with a conceptual analysis in a legal-theoretical setting. In this sense, such work has made it possible to model the referred concept through its respective redefinition. On this basis, in addition, an attempt has been made to determine what is the place that could correspond to the concept of 'constituent power' within an explanatory model about the origin and the foundations of the legal systems.

Perhaps this contribution can be viewed with surprise if it is compared with the vast amount of studies on constituent power, most of which are aimed at solving concrete problems of constitutional practice. However, the motivation that has led this research has been, from the beginning, to shed some light on the very understanding of the concept of 'constituent power'. This will surely not be enough to solve specific problems, but it may serve to present them in a more precise way. After all, organizing our knowledge is the best that someone who modestly tries to work in the field of the legal theory can do.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, B., 1995: «Higher lawmaking», en S. LEVINSON (ed.), *Responding to imperfection. The theory and practice of constitutional amendment*, Princeton (NJ): Princeton University Press: 63-87.
- AGUILÓ REGLA, J., 2000: *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona: Ariel.
- 2001: «Sobre la constitución del estado constitucional», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 24: 429-457.
 - 2003: «Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26: 289-317.
 - 2007: «Cuatro pares de concepciones opuestas de la Constitución», en J. AGUILÓ REGLA, M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Madrid: Iustel: 21-62.
- ALÁEZ CORRAL, B., 2000: *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALBERT, R., 2014: «Constitutional disuse or desuetude: the case of Article V», *Boston University Law Review*, 94 (3): 1029-1081.
- 2016: «Conclusión: la reivindicación de las tradiciones democráticas del cambio constitucional» (trad. R. CAMARENA GONZÁLEZ), en R. ALBERT y C. BERNAL PULIDO (eds.), *Cambio constitucional informal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia: 421-436.
 - 2017: «Introduction: The State of the Art in Constitutional Amendment», en R. ALBERT, X. CONTIADES y A. FOTIADOU (eds.), *The foundations and traditions of constitutional amendment*, Oxford - Portland: Hart Publishing: 1-19.
 - 2019: *Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing Constitutions*, New York: Oxford University Press.
- ALCHOURRÓN, C. E., 1988: «Conflicts of norms and revision of normative systems». Citado por la traducción al castellano de BULYGIN, E., «Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos», en ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E., 1991: *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales: 291-301.
- ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E., 1973: «Von Wright on Deontic Logic and the Philosophy of Law». Citado por la traducción al castellano de BULYGIN, E., «Von

- Wright y la Filosofía del Derecho», en ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E., 1991: *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales: 69-102.
- 1976: «Sobre el concepto de orden jurídico», *Crítica*, VIII (23): 3-21. Ahora en ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., 1991: *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales: 393-407.
 - 1979: *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia (Venezuela): Universidad de Carabobo. Citado por la reimpresión de la 1ª ed. mexicana, México D.F.: Fontamara, 2002.
- ÁLVAREZ CONDE, E., 1992: *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I, 3ª ed., Madrid: Tecnos, 1999.
- ALZAGA VILLAAMIL, O., 1996: «El Poder Constituyente», en ALZAGA VILLAAMIL, O., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. y RODRÍGUEZ ZAPATA, J., 1996: *Derecho Político Español - Según la constitución de 1978*, Tomo I (*Constitución y Fuentes del Derecho*), 3ª ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2001: 163-181.
- ANGIOLINI, V., 1995: *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova: Cedam.
- ARATO, A., 2000: *Civil Society, Constitution, and Legitimacy*, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers.
- 2009: *Constitution Making Under Occupation. The Politics of Imposed Revolution in Iraq*, New York: Columbia University Press.
 - 2016: *Post Sovereign Constitution Making. Learning and Legitimacy*, Oxford: Oxford University Press.
 - 2017: *The Adventures of the Constituent Power. Beyond Revolutions?* Cambridge: Cambridge University Press.
- ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., 1996: *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona: Ariel.
- ATRIA, F., 2013: *La constitución tramposa*, Santiago de Chile: LOM Ediciones.
- 2020: «Constituent Moment, Constituted Powers in Chile», *Law and Critique*, 31: 51-58.
- AUSTIN, J., 1832: *The province of Jurisprudence determined*, 1ra. reimpresión de la edición de 1995 (W. E. RUMBLE, ed.), New York: Cambridge University Press, 2001.

- BACHOF, O., 1951: «Verfassungswidrige Verfassungsnormen?», *Recht und Staat*, 163/164. Ahora en BACHOF, O., 1979: *Wege zum Rechtsstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht*, Königstein im Taunus: Athenäum Verlag. Citado por la traducción al castellano de ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., 2008: *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, 2ª. ed., Lima: Palestra, 2010.
- 1959: *Grundgesetz und Richtermacht*, Tübingen: J.C.B. Mohr (P. Siebeck). Citado por la traducción al castellano de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 1985: *Jueces y Constitución*, Madrid: Civitas.
- BAQUERIZO MINUCHE, J., 2019a: «¿Surgimiento de órdenes jurídicos sin normas independientes? El caso de las secesiones acordadas», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 16: 94-108.
- 2019b: «Las dos caras de la constitución en la revisión constitucional. Sobre la distinción entre poder constituyente y poder de revisión en Riccardo Guastini», en P. CHIASSONI, P. COMANDUCCI, G. B. RATTI (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, vol. II, Madrid: Marcial Pons: 593-614.
 - 2020: «Carlos S. Nino sobre el concepto de 'poder constituyente'. Un estudio crítico», en D. SIERRA SOROCKINAS (ed.), *Estudios en homenaje a Carlos Nino*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia (próxima publicación).
- BAQUERIZO MINUCHE, J. y RAPETTI, P. A., 2020: «El poder constituyente, ¿fáctico o normativo? Otra vuelta de tuerca», en J. GAJARDO FALCÓN (ed.), *Constitucionalismo y procesos constituyentes*, vol. 3., Santiago de Chile: Thomson Reuters (en prensa).
- BARBERIS, M., 2011: *Manuale di filosofia del diritto*, Torino: Giappichelli.
- 2015: «Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 44 (1): 67-101.
 - 2016: «Para una teoría realmente realista del derecho» (trad. J. BAQUERIZO MINUCHE), *Revus – Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 29: 15-23.
- BAYÓN, J. C., 2000: «Derechos, democracia y constitución», *Discusiones*, 1 (Derechos y Justicia Constitucional): 65-94.
- 2004: «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en J. BETEGÓN, F. LAPORTA, J. R. DE PÁRAMO, L. PRIETO SANCHÍS (comps.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: 67-138.

- BENTHAM, J., 1780: *An introduction to the principles of morals and legislation* (J. H. BURNS, H.L.A. HART, eds.), London: The Athlone Press, 1970.
- BERNAL PULIDO, C., 2013: «Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine», *International Journal of Constitutional Law*, 11 (2): 339-357.
- 2018: «Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional. Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una constitución», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 22: 59-99.
- BIDART CAMPOS, G. J., 1962: *Derecho Político*, Buenos Aires: Aguilar.
- BLANCO VALDÉS, R.L., 1994: *El valor de la constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, 3ª ed., Madrid: Alianza Editorial, 2006.
- BOBBIO, N., 1958: *Teoria della norma giuridica*, Torino: Giappichelli. Ahora en BOBBIO, N., 1993: *Teoria generale del diritto*, Torino: Giappichelli: 1-155.
- 1960: *Teoria dell' ordinamento giuridico*, Torino: Giappichelli.
 - 1961: *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. Nello Morra*, 2ª. ed., Milano: Giuffrè, 1996.
 - 1962: «Giusnaturalismo e positivismo giuridico», *Rivista di diritto civile*, VIII: 503-515. Ahora en BOBBIO, N., 1965: *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (nueva edición con prefacio de L. FERRAJOLI), Lecce: Gius. Laterza & Figli, 2011: 107-124.
 - 1964: «Sul principio di legittimità», en AA.VV., *Scritti in memoria di Antonio Falchi*, Università degli studi di Genova, Annali della Facoltà di Giurisprudenza, Anno III, 1: 51-61. Ahora en BOBBIO, N., 1970: *Studi per una teoria generale del diritto* (nueva edición a cargo de T. GRECO), Torino: Giappichelli, 2012: 65-77.
 - 1967: «Fatto normativo», en AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano: Giuffrè: 988-995. Citado por la versión posterior del mismo autor, 1994: «Consuetudine e fatto normativo», en N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino: Giappichelli: 17-57.
 - 1981: «Kelsen e il problema del potere», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 58: 549-570. Ahora en BOBBIO, N., 1992: *Diritto e potere. Saggi su Kelsen* (nueva edición a cargo de T. GRECO), Torino: Giappichelli, 2014: 123-147.

- BÖCKENFÖRDE, E.W., 1991: *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag. Citado por la traducción al castellano de DE AGAPITO SERRANO, R., 2000: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid: Trotta.
- BONNARD, R., 1942: *Les Actes Constitutionnels de 1940*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- BOUVIER, H., 2014: «Garantismo y proceso a los militares: una categoría difícil para el par constituyente/constituido», en H. BOUVIER, *et.al.* (eds.), *El juzgamiento de los delitos de lesa humanidad en la Argentina postdictatorial*, Córdoba: Ferreyra Editor: 13-51.
- BRYCE, J., 1884: «Flexible and rigid constitutions», en BRYCE, J., 1901: *Studies in History and Jurisprudence*, vol. I, New York: Oxford University Press: 124-213.
- 1888: *The American Commonwealth*, vol. I. (4ª ed.), Indianapolis: Liberty Fund, 1995.
- BUCHANAN, A., 1991: *Secession. The Morality of Political Divorce from Fort Sumter to Lithuania and Quebec*, Boulder: Westview Press.
- BULYGIN, E., 1963: «El concepto de vigencia en Alf Ross», *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, 1963: 1-16. Ahora en ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., 1991: *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales: 339-353.
- 1966: «Sentencia judicial y creación de derecho», *La Ley*, 124: 1307-1315. Ahora en ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., 1991: *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales: 355-369.
- 1976: «Sobre la regla de reconocimiento», en AA.VV., *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires: Astrea: 31-39.
- 1982: «Time and Validity», en A. A. MARTINO (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, Amsterdam-New York-Oxford: North Holland Publishing Company: 51-63. Ahora en BULYGIN, E., 2015: *Essays in Legal Philosophy*, New York: Oxford University Press: 171-187.
- 1987: «Validez y positivismo», en AA.VV., *Comunicaciones al Segundo Congreso Internacional del Filosofía del Derecho*, vol. I, La Plata: Asociación Argentina de Filosofía del Derecho: 241 y ss. Ahora en ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., 1991: *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales: 499-519.

- 1990: «An Antinomy in Kelsen's Theory of Law», *Ratio Juris*, 3: 29-45. Ahora en BULYGIN, E., 2015: *Essays in Legal Philosophy*, New York: Oxford University Press: 235-251.
 - 1991a: «Algunas consideraciones acerca de los sistemas jurídicos», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 9: 257-279.
 - 1991b: «Regla de reconocimiento: ¿norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 9: 311-318.
- BURDEAU, G., 1930: *Essai d'une théorie de la revision des lois constitutionnelles en droit positif français* (Thèse pour le doctorat en droit - Faculté de droit, Université de Paris), Paris: Mâcon - J. Buguet-Comptour.
- 1950: *Traité de science politique*, tomo IV: *Le statut du pouvoir dans l'État*, 3a. ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983.
 - 1977: *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Citado por la traducción al castellano de FALCÓN TELLO, R., 1981: *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Madrid: Editora Nacional.
- CARACCILO, R. A., 1987: «Rechtsordnung, System und Voraussagen des Rechts», en E. BULYGIN y E. GARZÓN VALDÉS (eds.), *Argentinische Rechtstheorie und Rechtsphilosophie heute*, Berlin: Duncker & Humblot: 117-132. Citado por la versión en castellano: «Orden jurídico, sistema y predicción», en CARACCILO, R., 1994: *La noción de sistema en la teoría del derecho* (2ª. reimp.), México D.F.: Fontamara, 2008: 47-64.
- 1988: *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- CARNELUTTI, F., 1951: *Teoria generale del diritto*, 3ª ed., Roma: Società Editrice del «Foro Italiano».
- CARRE DE MALBERG, R., 1920-1922: *Contribution à la Théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Paris: Société du Recueil Sirey. Citado por la traducción al castellano de LIÓN DEPETRE, J., 1948: *Teoría General del Estado*, 2ª. ed. (1ª reimp.), México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- CARRILLO, M. y FERRERES COMELLA, V., 2002: *Teoría general de la Constitución*, Barcelona: UOC.

- CARRIÓ, G., 1965: *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 5ª ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006.
- 1973: *Sobre los límites del lenguaje normativo*, 1ª reimpresión, Buenos Aires: Astrea, 2001.
- CASTELLANO, D., 2012: «Constitución y poder constituyente», en M. AYUSO (ed.), *El problema del poder constituyente. Constitución, soberanía y representación en la época de las transiciones*, Madrid: Marcial Pons: 15-34.
- CATTANEO, M. A., 1960: *Il concetto di rivoluzione nella scienza del diritto*, Milano: Istituto Editoriale Cisalpino.
- CHIASSONI, P., 2011: «Tres ejercicios para una crítica del objetivismo moral. Con una premisa sobre la *Grundphilosophie*», en J. FERRER BELTRÁN y G. B. RATTI (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid: Marcial Pons: 147-185.
- 2017: «Do jurists need pre-conventions?», *Revus – Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 33: 37-43.
- CICCONETTI, S. M., 1972: *La revisione della costituzione*, Padova: Cedam.
- COLÓN-RÍOS, J. I., 2010: «The Legitimacy of the Juridical: Constituent Power, Democracy, and the Limits of Constitutional Reform», *Osgoode Hall Law Journal*, 48 (2): 199-245.
- 2011: «Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia», *Constellations: An International Journal of Critical and Democratic Theory*, 18 (3): 365-388.
 - 2012: *Weak Constitutionalism. Democratic legitimacy and the question of constituent power*, London: Routledge.
 - 2014: «Five conceptions of Constituent Power», *The Law Quarterly Review*, 130: 306-336.
- COMANDUCCI, P., 1998: *Asaggi di metaetica due*, Torino: Giappichelli.
- CONDORELLI, O., 1931: «Ex Facto Oritur Jus», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, a. XI, fasc. VI: 585-603. Ahora en CONDORELLI, O., 1970: *Scritti sul Diritto e sullo Stato*, Milano: Giuffrè: 257-275.
- CORDER, H., 1994: «Towards a South African Constitution», *The Modern Law Review*, 57 (4): 491-533.
- COSSIO, C., 1936: *El concepto puro de revolución*, Barcelona: Bosch.

- COTTA, S., 1953: «Per un concetto giuridico di rivoluzione», en AA.VV., *Scritti di Sociologia e Politica in onore di Luigi Sturzo*, vol. I, Bologna: Nicola Zanichelli Editore: 469-494.
- CRIADO DE DIEGO, M., 2014: «Algunas consideraciones sobre el poder constituyente en el Estado constitucional contemporáneo», en R. MARTÍNEZ DALMAU (ed.), *Teoría y Práctica del Poder Constituyente*, Valencia: Tirant Lo Blanch: 121-157.
- CRISAFULLI, V., 1964: «Disposizione (e norma)» (voz), en AA.VV., *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIII (Dis-Dopp), Milano: Giuffrè: 195-209.
- 1970: *Lezioni di diritto costituzionale*, 6ª ed., vol. II, I: *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, Padova: Cedam, 1993.
- CRISTI, R., 1998: «Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power», en D. DYZENHAUS (ed.), *Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, London: Duke University Press: 179-195.
- CRUZ, L. M., 2005: *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granada: Comares.
- CRUZ VILLALÓN, P., 1983: «¿Reserva de Constitución? (Comentario al Fundamento Jurídico cuarto de la sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto, sobre la LOAPA)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9: 185-208.
- DE MAISTRE, J., 1794: *Étude sur la souveraineté*. Citado por la traducción al castellano de RAFFAELLI, R. H., 1978: *Estudio sobre la Soberanía*, Buenos Aires: Ediciones Dicio.
- DE OTTO, I., 1977: *(Qué son) La constitución y el proceso constituyente*, Barcelona: La Gaya Ciencia.
- 1987: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª. ed., (1ra. reimpresión), Barcelona: Ariel Derecho, 1989.
- DE VEGA, P., 1985: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid: Tecnos.
- DÍAZ REVORIO, F. J., 2005: «¿Puede ser inconstitucional la Constitución?», *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, 1: 93-105.
- 2009: «Consideraciones sobre la reforma de la constitución española desde la teoría de la constitución», en J. M. VERA SANTOS y F. J. DÍAZ REVORIO (coords.), *La reforma estatutaria y constitucional*, Madrid: La Ley: 587-621.
- DICEY, A. V., 1885: *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8ª ed. (revisada), Indianapolis: Liberty Fund, 1982.

- DÍEZ-PICAZO, L. M., 2006: «Límites internacionales al poder constituyente», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 76: 9-32.
- DIXON, R., 2009: «Updating constitutional rules», *The Supreme Court Review*, 2009 (1): 319-346.
- DOGLIANI, M., 1986: *Potere costituente*, Torino: Giappichelli.
- 1995: «Potere costituente e revisione costituzionale», *Quaderni costituzionali: Rivista italiana di diritto costituzionale*, 1995 (1): 7-32.
- DONOSO CORTÉS, J., 1837: «De la soberanía absoluta y de la soberanía limitada» (Lección pronunciada el 10 de enero de 1837). Ahora en J. DONOSO CORTÉS, *Lecciones de Derecho Político*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984: 61-73.
- DYZENHAUS, D., 2007: «The politics of the Question of Constituent Power», en M. LOUGHLIN y N. WALKER (eds.), *The paradox of constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, New York: Oxford University Press: 129-145.
- ELKINS, Z., GINSBURG, T. y MELTON, J., 2009: *The Endurance of National Constitutions*, New York: Cambridge University Press.
- ESCUADERO ALDAY, R., 2017: «Cuestiones sobre la reforma constitucional», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Edición Especial en homenaje a Francisco Laporta y Liborio L. Hierro: 97-102.
- ESPÍN TEMPLADO, E., 1994: *Lecciones de Derecho Político*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- FERRAJOLI, L., 1994: «Democrazia e costituzione», *Ragion pratica*, 3: 227-244.
- 2007a: *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1 (*Teoria del diritto*), Roma – Bari: Gius. Laterza & Figli.
- 2007b: *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 2 (*Teoria della democrazia*), Roma – Bari: Gius. Laterza & Figli.
- 2008: *Democrazia y garantismo*, Madrid: Trotta.
- 2011: «Prefazione», en N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (nueva edición), Lecce: Gius. Laterza & Figli: V-XVIII.
- FERRATER MORA, J., 1965: *Diccionario de Filosofía*, 5ª ed., Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- FERRER BELTRÁN, J., 2000: *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FERRER BELTRÁN, J., y RODRÍGUEZ, J. L., 2011: *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid: Marcial Pons.

- FERRERES COMELLA, V., 2000: «Una defensa de la rigidez constitucional», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 23: 29-47.
- FINNIS, J., 1971: «Revolutions and Continuity of Law», en A.W.B. SIMPSON (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence: Second Series*, Oxford: Clarendon Press: 44-76. Ahora en FINNIS, J., 2011: *Philosophy of Law. Collected Essays: Vol. IV*, Oxford: Oxford University Press: 407-435.
- FIORAVANTI, M., 1999: *Costituzione*, Bologna: Il Mulino. Citado por la traducción al castellano de MARTÍNEZ NEIRA, M., 2001: *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Madrid: Trotta.
- FORSTHOFF, E., 1938: «Die Verwaltung als Leistungsträger». Citado por la traducción al castellano de FERNÁNDEZ DE LA VEGA, C., 1967: «La procura existencial como tarea de la moderna administración», en FORSTHOFF, E., *Sociedad Industrial y Administración Pública*, Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública: 39-58.
- FRIEDRICH, C. J., 1941: *Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America*, Boston: Little, Brown & Co. Citado por la traducción al castellano de GIL LASIERRA, A., 1975: *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, vol. I, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- GARCÍA AMADO, J.A., 1991: «Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII: 341-364.
- GARDNER, J., 2008: «Some Types of Law», en D. E. EDLIN (ed.), *Common Law Theory*, New York: Cambridge University Press: 51-77.
- 2011: «Can There be a Written Constitution?», en L. GREEN, B. LEITER (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1, Oxford: Oxford University Press: 162-194. Ahora en GARDNER, J., 2012: *Law as a Leap of Faith. Essays on Law in General*, Oxford: Oxford University Press: 89-124.
- GARZÓN VALDÉS, E., 1981: «Acerca de las limitaciones legales al soberano legal», *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, 43-44: 43-56.
- 1983: «Acerca de las limitaciones jurídicas del soberano», en E. BULYGIN, M. D. FARRELL, C. S. NINO y E. A. RABOSI (compiladores), *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires: Abeledo Perrot: 157-180.
- GERKEN, H. K., 2007: «The hydraulics of constitutional reform: a skeptical response to Our Undemocratic Constitution», *Drake Law Review*, 55 (4): 925-943.

- GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., 1986: «La constitución y su reforma», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 17: 345-391.
- GÖZLER, K., 1997: *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq: Presses universitaires du Septentrion.
- GRIFFIN, S., 2007: «Constituent power and constitutional change in American constitutionalism», en M. LOUGHLIN y N. WALKER (eds.), *The paradox of constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, New York: Oxford University Press: 49-66.
- GUASTINI, R., 1984: «I discorsi dei giuristi. Problemi e proposte», en G. ALPA (ed.), *Lo spirito del diritto civile*, vol. I, Genova: ECIG: 257-269.
- 1993: *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano: Giuffrè.
 - 1994a: «Revisione costituzionale: problemi di forma e di sostanza», *Ragion pratica*, 3: 245-255.
 - 1994b: «Sur la validité de la constitution du point de vue du positivisme juridique», en M. TROPER y L. JAUME (eds.), *1789 et l'invention de la constitution*, Quetigny: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence – Bruylant: 216-225.
 - 1994c: «Invalidity», *Ratio Juris*, 7 (2): 212-226.
 - 1996a: «Norme supreme», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino: Giappichelli: 243-258.
 - 1996b: *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino: Giappichelli.
 - 1998a: *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano: Giuffrè.
 - 1998b: «Separazione dei poteri o divisione del potere?», *Teoria politica*, XIV, n. 3: 25-42.
 - 1999: «La costituzione come limite alla legislazione», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino: Giappichelli: 107-114.
 - 2001: *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino: Giappichelli.
 - 2004a: *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano: Giuffrè.
 - 2004b: «Proyecto para la voz 'ordenamiento jurídico' de un diccionario», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27: 247-282.
 - 2005: «Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento», *Analisi e Diritto 2005*: 203-207.
 - 2006: *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Torino: Giappichelli.

- 2007a: «Ernesto Garzón Valdés sobre la soberanía. Un comentario», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30: 117-121.
 - 2007b: «Sostiene Baldassarre», *Giurisprudenza costituzionale*, 52 (2): 1373-1383.
 - 2010: *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano: Giuffrè.
 - 2011a: «Rule-Scepticism Restated», en L. GREEN, B. LEITER (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1, Oxford: Oxford University Press: 138-161.
 - 2011b: *Interpretare e argomentare*, Milano: Giuffrè.
 - 2011c: *La sintassi del diritto*, 2ª. ed., Torino: Giappichelli, 2014.
 - 2012: «Introduzione», en N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto* (nueva edición a cargo de T. GRECO), Torino: Giappichelli: IX-XXV.
 - 2013a: *Distinguendo ancora*, Madrid: Marcial Pons.
 - 2013b: «The Basic Norm Revisited», en L. DUARTE D'ALMEIDA, J. GARDNER, L. GREEN (eds.), *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford: Hart Publishing: 63-74.
 - 2013c: «Il realismo giuridico ridefinito», *Revus – Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 19: 97-111.
 - 2015: «A realistic view on law and legal cognition», *Revus – Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 27: 45-54.
 - 2016: «Kelsen on Validity (once more)», *Ratio Juris*, 29 (3): 402–409.
 - 2017: *Discussendo*, Madrid: Marcial Pons.
 - 2019a: «Riconoscimento», *Analisi e Diritto*, 1/2019: 9-20.
 - 2019b: «La molteplice identità delle costituzioni», *Analisi e Diritto*, 2/2019: 161-172.
- GURVITCH, G., 1932: *L'idée du Droit Social: Notion et système du Droit Social. Histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, Paris: Librairie du Recueil Sirey. Citado por la traducción al castellano de MONEREO PÉREZ, J. L., 2005: *La idea del Derecho Social: Noción y sistema del Derecho Social. Historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX*, Granada: Comares.
- 1947: *Sociology of Law*, London: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Ltd.
- HÄBERLE, P., 2003: *El Estado Constitucional* (trad. H. FIX-FIERRO), México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

- HART, H.L.A., 1961: *The Concept of Law*, 3ª. ed., Oxford: Oxford University Press, 2012.
- 1964: «Self-referring laws», en *Festschrift tillägnad Karl Olivecrona*, Stockholm: Norstedts Förlag: 307-316. Ahora en HART, H.L.A., 1983: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press: 170-178.
- HAURIOU, M., 1923: *Précis de droit constitutionnel*, Paris: Librairie du Recueil Sirey. Citado por la traducción al castellano de RUIZ DEL CASTILLO, C., 1927: *Principios de Derecho Público y Constitucional* (sin número de edición), Granada: Comares, 2003.
- 1925: *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2ª. ed., Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1930.
- HELLER, H., 1934: *Staatslehre*, Leiden: A. W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij. Citado por la traducción al castellano de TOBIO, L., 1942: *Teoría del Estado* (9ª reimpresión), México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1983.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R., 1988: *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2ª. ed., Madrid: Marcial Pons, 2002.
- HOLMES, S., 1988: «Precommitment and the paradox of democracy», en J. ELSTER y R. SLAGSTAD (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press: 195-240.
- HOLMES, S. y SUNSTEIN, C. R., 1995: «The politics of constitutional revision in Eastern Europe», en S. LEVINSON (ed.), *Responding to imperfection. The theory and practice of constitutional amendment*, Princeton (NJ): Princeton University Press: 275-306.
- HSÜ, D-L., 1932: *Die Verfassungswandlung*, Berlin – Leipzig: Walter de Gruyter & Co. Citado por la traducción al castellano de LUCAS VERDÚ, P., y FÖRSTER, C., 1988: *Mutación de la constitución*, Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.
- HUME, D., 1740: *A Treatise of Human Nature*, vol. III: *Of Morals*. Citado por la traducción al castellano de DUQUE, F., 1984: *Tratado de la naturaleza humana*, tomo III, Barcelona: Orbis.
- IOSA, J., 2017: «Tres conceptos de poder constituyente originario», en S. ROLDÁN (comp.), *Homenaje a Genaro R. Carrió*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia: 395-433.

- JEFFERSON, T., 1789: «Letter to James Madison (Paris, September 6, 1789)», en J. APPLEBY y T. BALL (eds.), *Jefferson: Political Writings*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004: 593-598.
- 1816: «Letter to Samuel Kercheval (Monticello, July 12, 1816)», en J. APPLEBY, T. BALL (eds.), *Jefferson: Political Writings*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004: 210-217.
- JELLINEK, G., 1906: *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlin: Verlag von O. Häring. Citado por la traducción al castellano de FÖRSTER, C., 1991: *Reforma y mutación de la constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., 1980: «Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución», *Revista del Departamento de Derecho Político (UNED)*, 7: 81-103.
- JØRGENSEN, J., 1953: «Some Reflections on Reflexivity», *Mind*, vol. LXII, 247: 289-300.
- KALYVAS, A., 2005: «Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power», *Constellations: An International Journal of Critical and Democratic Theory*, 12 (2): 223-244.
- KELLY, D., 2016: «Carl Schmitt's Political Theory of Dictatorship», en J. ENSMEIERHENRICH, O. SIMONS (eds.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, New York: Oxford University Press: 217-244.
- KELSEN, H., 1922-1923: «Gott und Staat», *Logos*, XI: 261-284. Citado por la traducción al castellano de HENNEQUIN, J., 1989: «Dios y Estado», en O. CORREAS (comp.), *El otro Kelsen*, México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México: 243-266.
- 1925: «Allgemeine Staatslehre», en E. KOHLRAUSCH, E. KASKEL (eds.), *Enzyklopädie der Rechts und Staatswissenschaft*, Berlin: Springer. Citado por la traducción al castellano de LEGAZ LACAMBRA, L., 1934: *Teoría General del Estado*, (edición sin especificar), Granada: Comares, 2002.
- 1934: *Reine Rechtslehre*, 1ª ed., Wien: Franz Deuticke. Citado por la traducción al inglés de LITSCHESKI PAULSON, B. y PAULSON, S. L., 1992: *Introduction to the Problems of Legal Theory*, New York: Oxford University Press.
- 1945: *General Theory of Law and State*, 3ª ed., Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1949.

- 1960: *Reine Rechtslehre*, 2ª. ed., Wien: Franz Deuticke. Citado por la traducción al castellano de VERNENGO, R. J., 1979: *Teoría Pura del Derecho* (2ª. reimpresión), México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.
 - 1964: «Die Funktion der Verfassung», *Verhandlungen des zweiten Österreichischen Juristentages Wien 1964*, II, 7: 65-76. Citado por la traducción al inglés de STEWART, I., 1986: *The Function of a Constitution*, en R. TUR, W. TWINING (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford: Clarendon Press – Oxford: 109-119.
 - 1979: *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien: Manzsche Verlag. Citado por la traducción al inglés de HARTNEY, M., 1991: *General Theory of Norms*, Oxford: Clarendon Press.
- KLUG, H., 2000: *Constituting Democracy. Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction*, Cambridge: Cambridge University Press.
- LAPORTA, F. J., 1989: «Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para debate», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 6: 121-141.
- 2007: *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta.
- LASSALLE, F., 1862: *Über Verfassungswesen* (conferencia pronunciada en Berlín, el 16 de abril de 1862). Citado por la traducción al castellano de ROCES, W., 1931: *¿Qué es una constitución?* (3ª ed.), Barcelona: Ariel, 1989.
- LAWSON, G., 1660: *Politica Sacra et Civilis* (editado por C. CONDREN), Cambridge: Cambridge University Press, 1992.
- LAWSON, G. y SEIDMAN, G., 2001: «When did the Constitution become Law?», *Notre Dame Law Review*, 77 (1): 1-37.
- LEVINSON, S., 1995: «Introduction: Imperfection and Amendability», en S. LEVINSON (ed.), *Responding to imperfection. The theory and practice of constitutional amendment*, Princeton (NJ): Princeton University Press: 3-11.
- 2001: «Designing an amendment process», en J. FERREJOHN, J. N. RAKOVE y J. RILEY (eds.), *Constitutional culture and democratic rule*, Cambridge: Cambridge University Press: 271-287.
 - 2006: *Our undemocratic Constitution. Where the Constitution goes wrong (and how the People can correct it)*, New York: Oxford University Press.
- LINARES QUINTANA, S. V., 1953: *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Tomo II, Buenos Aires: Alfa.

- LINDAHL, H., 2015: «Possibility, Actuality, Rupture. Constituent Power and the Ontology of Change», *Constellations: An International Journal of Critical and Democratic Theory*, 22 (2): 163-174.
- LOCKE, J., 1690: *Second Treatise of Government* (edición de C. B. MACPHERSON), Indianapolis: Hackett Publishing, 1980.
- LOEWENSTEIN, K., 1937: «Dictatorship and the German Constitution: 1933-1937», *The University of Chicago Law Review*, 4 (4): 537-574.
- 1969: *Verfassungslehre*, 2ª. ed., Tübingen: J.C.B. Mohr. Citado por la traducción al castellano de GALLEGO ANABITARTE, A., 1976: *Teoría de la constitución*, 2ª. ed., Barcelona: Ariel.
- LÓPEZ GUERRA, L., 1994: *Introducción al Derecho Constitucional*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- LOUGHLIN, M., 2007: «Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice», en M. LOUGHLIN y N. WALKER (eds.), *The paradox of constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, New York: Oxford University Press: 27-48.
- 2010: *Foundations of Public Law*, Oxford – New York: Oxford University Press.
- 2014: «The Concept of Constituent Power», *European Journal of Political Theory*, 13 (2): 218–237.
- LUCAS VERDÚ, P., 1981: *Curso de Derecho Político*, vol. II, 3ª ed. (reimpresión), Madrid: Tecnos: 1983.
- LUTZ, D. S., 1994: «Toward a theory of constitutional amendment», *The American Political Science Review*, 88 (2): 355-370.
- 2006: *Principles of constitutional design*, Cambridge: Cambridge University Press.
- MADISON, J., 1788: «The Federalist, N° 49», en T. BALL (ed.), *Alexander Hamilton, James Madison, and John Jay. The Federalist*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004: 245-248.
- 1790: «Letter to Thomas Jefferson (New York, February 4, 1790)», en J. APPLEBY y T. BALL (eds.), *Jefferson: Political Writings*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004: 606-609.
- MÁIZ, R., 2007: «Emmanuel Sieyès en la Revolución Francesa», en R. MÁIZ (ed.), *Emmanuel Sieyès. Escritos y discursos de la Revolución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: XIX-XLII.

- MARGIOTTA, C., 2005: *L'ultimo diritto. Profili storici e teorici della secessione*, Bologna: Il Mulino.
- MARTÍ, J. L., 2013: «Two different ideas of constitutional identity: identity of the constitution v. identity of the people», en A. SÁIZ ARNÁIZ y C. ALCOBERRO LLIVINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Cambridge: Intersentia: 17-36.
- MARTÍNEZ DALMAU, R., 2014: «El debate sobre la naturaleza del poder constituyente: elementos para una teoría de la constitución democrática», en R. MARTÍNEZ DALMAU (ed.), *Teoría y Práctica del Poder Constituyente*, Valencia: Tirant Lo Blanch: 67-119.
- MATTEUCCI, N., 1991: «Soberanía» (voz), en N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (directores), *Diccionario de Política*, 2ª. ed., México D. F.: Siglo Veintiuno Editores: 1483-1492.
- MAZZONE, J., 2005: «Unamendments», *Iowa Law Review*, 90: 1747-1855.
- MESSINEO, A., 1946: *Il potere costituente*, Roma: La Civiltà Cattolica.
- MORESO, J. J., 1991: «Disposiciones de reforma constitucional», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 10: 201-222.
- MORESO, J. J. y NAVARRO, P. E., 1993: *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- MORTATI, C., 1940: *La costituzione in senso materiale* (reimpresión con prefacio de G. ZAGREBELSKY), Milano: Giuffrè, 1998.
- NAVARRO, P. E., 1990: *La eficacia del derecho. Una investigación sobre la existencia y funcionamiento de los sistemas jurídicos*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- 2017: *Dinámica y eficacia del derecho. Un análisis conceptual de la obediencia y aplicación del derecho*, México D.F.: Fontamara.
- NEGRETTO, G. L., 2012: «Replacing and Amending Constitutions: The Logic of Constitutional Change in Latin America», *Law and Society Review*, 46 (4): 749-779.
- 2015: «Procesos constituyentes y refundación democrática. El caso de Chile en perspectiva comparada», *Revista de Ciencia Política*, 35 (1): 201–215.
- 2018: «Constituent Assemblies in Democratic Regimes. The Problem of a Legally Limited Convention», en J. ELSTER, R. GARGARELLA, V. NARESH y B. E. RASCH (eds.), *Constituent Assemblies*, Cambridge: Cambridge University Press: 31-56.

- NEGRI, A., 1992: *Il Potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, Carnago (Varese): SugarCo edizioni. Citado por la traducción al castellano de FABROTTA, S. y SÁNCHEZ CEDILLO, R., 2015: *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid: Traficantes de Sueños.
- NINO, C. S., 1973: *Introducción al análisis del derecho*, 2da. ed. (12ª reimpresión), Buenos Aires: Astrea, 2003.
- 1983: «El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica», en E. BULYGIN, M. D. FARRELL, C. S. NINO y E. A. RABOSI (compiladores), *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires: Abeledo Perrot: 339-370.
 - 1985: *La validez del Derecho*, Buenos Aires: Astrea.
 - 1992: *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires: Astrea.
 - 1994: *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona: Ariel. Citado por la edición argentina de 2014, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- PACE, A., 1997: *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, 2da. ed., Padova: Cedam, 2002.
- PALOMBELLA, G., 1997: *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Bari: Dedalo. Citado por la traducción al castellano de CALVO GONZÁLEZ, J., 2000: *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, Granada: Comares.
- PASQUINO, G., 1991: «Revolución» (voz), en N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (directores), *Diccionario de Política*, 2ª. ed., México D. F.: Siglo Veintiuno Editores: 1412-1423.
- PATBERG, M., 2016: «Against democratic intergovernmentalism: The case for a theory of constituent power in the global realm», *International Journal of Constitutional Law*, 14 (3): 622-638.
- PEGORARO, L., 2008: «Revisión constitucional. El caso italiano en el contexto de la teoría general y del derecho comparado» (trad. G. J. ENRÍQUEZ FUENTES y M. IGLESIAS BÁREZ), *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número conmemorativo por el sexagésimo aniversario: 895-931.
- PERASSI, T., 1922: *Introduzione alle scienze giuridiche*, 3ª ed., Padova: Cedam, 1967.

- PEREIRA MENAUT, A. C., 1986: *Lecciones de Teoría Constitucional*, 2ª. ed., Madrid: Edersa, 1987.
- PÉREZ ROYO, J., 1987: *La reforma de la constitución*, Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados.
- PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., 2018: *Curso de Derecho Constitucional*, 16ª ed., Madrid: Marcial Pons.
- PÉREZ SERRANO, N., 1947: «El poder constituyente» (discurso de recepción como académico de número en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, leído el 9 de febrero de 1947), en PÉREZ SERRANO, N., 1984: *Escritos de Derecho Político*, vol. I, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local: 251-316.
- PÉREZ TRIVIÑO, J. L., 1998a: *Los límites jurídicos al soberano*, Madrid: Tecnos.
- 1998b: «La autoridad suprema de un orden jurídico. Un análisis conceptual», *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 8: 193-205.
 - 2000: «Dios y soberano en la teología y en la teoría jurídica», *Revista Española de Filosofía Medieval*, 7: 209-218.
- PIERANDREI, F., 1949: «La costituzione ed il potere costituente», *Atti dell'Accademia Peloritana*, vol. XLIII – L. Ahora en PIERANDREI, F., 1965: *Scritti di diritto costituzionale*, vol. I, Torino: Giappichelli: 3-25.
- 1952: «La rivoluzione e il diritto», *Nuova Rivista di Diritto commerciale, Diritto dell'economia, Diritto sociale*, V, 5-8. Ahora en PIERANDREI, F., 1965: *Scritti di diritto costituzionale*, vol. I, Torino: Giappichelli: 209-249.
- PIGDEN, C. (ed.), 2010: *Hume on Is and Ought*, New York: Palgrave Macmillan.
- PISARELLO, G., 2014: *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Madrid: Trotta.
- PIZZORUSSO, A., 1977: *Delle Fonti del Diritto (Art. 1-9)*, 2ª. ed., Bologna: Zanichelli Editore, 2011.
- POZZOLO, S., 2001: *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino: Giappichelli.
- PREUB, U. K., 2016: «Carl Schmitt and the Weimar Constitution», en J. ENSMEIERHENRICH, O. SIMONS (eds.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, New York: Oxford University Press: 471-489.
- PRIETO SANCHÍS, L., 2005: *Apuntes de teoría del derecho*, Madrid: Trotta.
- QUIROGA LAVIÉ, H., BENEDETTI, M. A., y CENICACELAYA, M., 2001: *Derecho constitucional argentino*, Tomo I, 2ª. ed., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.

- RAPETTI, P. A., 2017: «Expresivismo metajurídico, enunciados internos y aceptación plural: una exploración crítica», *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 47: 39-80.
- 2020: «Ontología social y práctica jurídica: la actualización de un debate», *Discusiones*, 26 (en prensa).
- RASCH, W., 2016: «Carl Schmitt's Defense of Democracy», en J. ENSMEIERHENRICH, O. SIMONS (eds.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, New York: Oxford University Press: 312-337.
- RATTI, G. B., 2008: *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino: Giappichelli.
- 2013: «Cinco aspectos de la incompletitud del derecho» (trad. P. LUQUE SÁNCHEZ), en P. LUQUE SÁNCHEZ y D. MORENO CRUZ (eds.), *El gobierno de las normas*, Madrid: Marcial Pons: 287-314.
- RAZ, J., 1970: *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, 2ª. ed., Oxford: Clarendon Press, 1980.
- 1972: «Voluntary Obligations and Normative Powers» (part II), en N. MCCORMICK y J. RAZ, «Voluntary Obligations and Normative Powers», *Proceedings of the Aristotelian Society (Supplementary Volumes)*, 46: 79-102.
- RECASÉNS SICHES, L., 1931: *El poder constituyente. Su teoría aplicada al momento español*, Madrid: Javier Morata Editor.
- REDONDO, M. C., 1996: *La noción de razón para la acción en el razonamiento jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- 2014: «El orden jurídico bajo el paradigma constitucionalista», en J. DOUGLAS PRICE y D. DUQUELSKY (coords.), *Ponencias de las XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social: multiculturalismo, interculturalidad y derecho*, Buenos Aires: Infojus: 151-178.
 - 2015: «Cuatro modelos de orden jurídico», *Analisi e Diritto 2015*: 237-264.
 - 2016: «A legal order's supreme legislative authorities», *Revus – Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 29: 33-60. Citado por la traducción al castellano de BAQUERIZO MINUCHE, J., 2017: «Las autoridades legislativas supremas de un orden jurídico», *Revus – Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 31: 29-59.
- REDONDO, M. C., y NAVARRO, P. E., 1991: «Aceptación y funcionamiento del derecho», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 9: 225-233.

- REES, W. J., 1956: «The theory of sovereign restated», en P. LASLETT (ed.), *Philosophy, Politics and Society (First Series)*, Oxford: Basil Blackwell: 56-82.
- REQUEJO PAGÉS, J. L., 1998: *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 2005: «Límites constitucionales a la reforma de la corona», en AA.VV., *La reforma constitucional (Actas de las XXVI Jornadas de estudio de la Abogacía General del Estado)*, Madrid: Ministerio de Justicia: 455-464.
 - 2008: «Artículo 166», en M. E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid: Fundación Wolters Kluwer: 2753-2756.
- RODRÍGUEZ, J. L., 2016: «La regla de reconocimiento como convención constitutiva», en L. RAMÍREZ LUDEÑA y J. M. VILAJOSANA (eds.), *Convencionalismo y Derecho*, Madrid: Marcial Pons: 89-117.
- ROLLNERT LIERN, G., 2014: «La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 101: 125-155.
- ROMANO, S., 1901: «L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione», *Archivio Giuridico «Filippo Serafini»*, LXVIII, 3. Ahora en ROMANO, S., 1969: *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano: Giuffrè: 27-116.
- 1947: «Rivoluzione e Diritto», en S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano: Giuffrè: 220-233.
- ROSS, A., 1929: *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmengeschichtlicher Untersuchungen*, Leipzig: Deuticke. Citado por la traducción al castellano de MUÑOZ DE BAENA SIMÓN, J.L., DE PRADA GARCÍA, A., y LÓPEZ PIETSCH P., 1999: *Teoría de las Fuentes del Derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*, 1ra. reimpresión, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- 1958a: *On Law and Justice*, London: Stevens & Sons. Citado por la traducción al castellano de CARRIÓ, G., 1963: *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires: Eudeba.
 - 1958b: «Delegation of Power. Meaning and validity of the maxim *delegata potestas non potest delegari*», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 7, 1: 1-22.

- 1969: «On self-reference and a puzzle in Constitutional Law», *Mind*, vol. LXXVIII, 309: 1-24.
- ROZNAI, Y., 2017: *Unconstitutional Constitutional Amendments. The limits of Amendment Powers*, Oxford: Oxford University Press.
- 2018: «‘We the People’, ‘Oui, the People’ and the Collective Body: Perceptions of Constituent Power», en G. JACOBSON, M. SCHOR (eds.), *Comparative Constitutional Theory*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing: 295-316.
- RUBIO LLORENTE, F., 2009: «Rigidez y apertura en la Constitución», en AA.VV., *La reforma constitucional: ¿hacia un nuevo pacto constituyente? (Actas de las XIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*, Madrid: Tribunal Constitucional - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: 17-40.
- RUIZ MANERO, J., 1990: *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- 2010: «Bobbio y los conceptos de norma jurídicamente última», *Analisi e Diritto 2010*: 95-106.
 - 2018: «Algunos problemas de algunas distinciones en la obra de Riccardo Guastini», en P. CHIASSONI, P. COMANDUCCI, G. B. RATTI, (eds.), *L’arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, vol. 1, Madrid: Marcial Pons: 249-260.
- RYLE, G., 1949: *The Concept of Mind* (60th Anniversary Edition), London – New York: Routledge, 2009.
- SAGÜÉS, N. P., 2007: *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires: Astrea.
- SÁNCHEZ AGESTA, L., 1943: *Lecciones de Derecho Político*, 4^a ed., Granada: Librería Prieto, 1951.
- 1966: *Principios de teoría política*, 7^a ed. (2^a. reimpresión.), Madrid: Edersa, 1986.
- SÁNCHEZ URRUTIA, A. V., 2000: «Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución. Una aproximación al origen del concepto», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 58: 105-135.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, C., 1945: *Derecho Constitucional*, Tomo I (Poder constituyente), Buenos Aires: Kapelusz.
- 1957: *El poder constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- SARDO, A., 2015: «Cristina Redondo sobre orden jurídico, normas constitutivas y aceptación», *Analisi e Diritto 2015*: 265-276.

- SARTORI, G., 1987: *Elementi di teoria política*, Bologna: Il Mulino. Citado por la traducción al castellano de MORÁN, M. L., 1992: *Elementos de Teoría Política* (cuarta reimpresión), Madrid: Alianza Editorial, 2012.
- SCHIEPS, P. J., 1950: «Significance and adoption of Article V of the Constitution», *Notre Dame Law Review*, 26 (1): 46-67.
- SCHMILL, U., 2007: «El concepto jurídico de la revolución», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30: 335-354.
- SCHMITT, C., 1922: *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Berlin: Duncker & Humblot. Citado por la traducción al castellano de CONDE, F. J., 2009: *Teología Política*, Madrid: Trotta.
- 1928: *Verfassungslehre*, München – Leipzig: Duncker & Humblot. Citado por la traducción al castellano de AYALA, F., 1982: *Teoría de la Constitución* (segunda reimpresión), Madrid: Alianza Editorial, 1996.
 - 1933: *Staat, Bewegung, Volk: die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt. Citado por la traducción al inglés de DRAGHICI, S., 2001: *State, Movement, People: The Triadic Structure of the Political Unity*, Corvallis: Plutarch Press.
- SEARLE, J. R., 1975: «A Taxonomy of Illocutionary Acts», en K. GUNDERSON (ed.), *Language, Mind and Knowledge. Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, vol. 7, Minneapolis: University of Minnesota Press: 344-369.
- 1995: *The Construction of Social Reality*, New York: The Free Press.
 - 2010: *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, New York: Oxford University Press.
- SHAPIRO, S. J., 2011: *Legality*, Cambridge (Massachusetts): The Belknap Press of Harvard University Press.
- SIEYES, E.-J., 1789a: *Qu'est-ce que le Tiers-État?* Citado por la traducción al castellano de RICO GODOY, J., 1988: *¿Qué es el Estado Llano?*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- 1789b: *Vues sur les moyens d'exécution dont les représentants de la France pourront disposer en 1789*. Citado por la traducción al castellano de MÁIZ R., 2007: «Ideas sobre los medios de actuación de que podrán disponer los representantes de Francia en 1789», en R. MÁIZ (ed.), *Emmanuel Sieyès. Escritos y discursos de la Revolución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: 29-82.

- 1789c: *Préliminaire de la Constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des Droits de l'Homme & du Citoyen*. Citado por la traducción al castellano de MÁIZ R., 2007: «Proemio a la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano», en R. MÁIZ (ed.), *Emmanuel Sieyès. Escritos y discursos de la Revolución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: 241-265.
 - 1789d: *Dire de l'abbé Sieyès, sur la question du Veto royal, à la séance du 7 septembre 1789*. Citado por la traducción al castellano de MÁIZ R., 2007: «Opinión del Abate Sieyès sobre la cuestión del veto real en la sesión del 7 de septiembre de 1789», en R. MÁIZ (ed.), *Emmanuel Sieyès. Escritos y discursos de la Revolución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: 267-285.
 - 1795: «Discours prononcé à la Convention, lors de la séance du 2 thermidor An III», *Moniteur*, t. XXV. Citado por la traducción al castellano de MÁIZ R., 2007: «Opinión de Sieyès sobre varios artículos de los Títulos IV y V del Proyecto de Constitución. Pronunciado en la Convención del 2 de Thermidor del año III de la República», en R. MÁIZ (ed.), *Emmanuel Sieyès. Escritos y discursos de la Revolución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: 397-417.
- SILVA BASCUÑÁN, A., 1963: *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, 2ª. ed., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- SMEND, R., 1928: *Verfassung und Verfassungsrecht*, en SMEND, R., 1968: *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin: Duncker & Humblot. Citado por la traducción al castellano de BENEYTO PÉREZ, J. M., 1985: *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- SOLÉ TURA, J., 1971: *Introducción al régimen político español*, 2ª. ed., Esplugues de Llobregat: Ariel, 1972.
- SONENSCHER, M., 2003: «Introduction», en M. SONENSCHER (ed.), *Emmanuel Joseph Sieyès. Political Writings*, Indianapolis: Hackett Publishing Company: vii-lxiv.
- SPAACK, T., 1994: *The Concept of Legal Competence. An Essay in Conceptual Analysis* (trad. R. CARROLL), Aldershot: Dartmouth Publishing.
- SPOTA, A. A., 1970: *Origen y naturaleza del poder constituyente*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- STALNAKER, R., 1973: «Presuppositions», *Journal of Philosophical Logic*, 2 (4): 447-457.

- STRAUSS, D.A., 1996: «Common Law Constitutional Interpretation», *The University of Chicago Law Review*, 63 (3): 877-935.
- 2001: «The irrelevance of constitutional amendments», *Harvard Law Review*, 114 (5): 1457-1505.
 - 2010: *The living constitution*, New York: Oxford University Press.
- TORRES DEL MORAL, A., 1996: *Introducción al Derecho Constitucional*, Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.
- TRIBE, L. H., 1983: «A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role», *Harvard Law Review*, 97 (2): 433-445.
- TROPER, M., 1999: «La máquina y la norma. Dos modelos de constitución» (trad. J. RUIZ MANERO), *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 22: 331-347.
- TUSHNET, M., 2018: «Amendment theory and constituent power», en G. JACOBSON, M. SCHOR (eds.), *Comparative Constitutional Theory*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing: 317-333.
- VANOSSI, J. R., 1975: *Teoría Constitucional*, Tomo I (*Teoría Constituyente. Poder constituyente: fundacional; revolucionario; reformador*), Buenos Aires: Depalma.
- VEDEL, G., 1949: *Droit Constitutionnel*, 2ª. impr., Paris: Société du Recueil Sirey, 1984.
- VERNENGO, R. J., 1972: *Curso de Teoría General del Derecho*, 2ª. ed., Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.
- VICIANO PASTOR, R., 2012: «La activación política del poder constituyente en España y sus cauces jurídicos», en M. APARICIO WILHELMI (*et. al.*), *Por una Asamblea Constituyente. Una solución democrática a la crisis*, Madrid: Sequitur: 130-146.
- VILAJOSANA, J. M., 1995: «Problemas de identidad de los sistemas jurídicos», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 17-18: 331-342.
- 1996: «Towards a material criterion of identity of a legal order», *Rechtstheorie: Zeitschrift für Logik, Methodenlehre Kybernetik und Soziologie des Rechts*, 27 (1): 45-64.
 - 1997: *El significado político del derecho*, México D.F.: Fontamara.
 - 2007: *Identificación y justificación del derecho*, Madrid: Marcial Pons.
 - 2010: *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Madrid: Marcial Pons.

- 2016: «¿Por qué la regla de reconocimiento es una convención?», en L. RAMÍREZ LUDEÑA y J. M. VILAJOSANA (eds.), *Convencionalismo y Derecho*, Madrid: Marcial Pons: 119-142.
- VIOLA, F., 1999: *Identità e Comunità. Il senso morale della politica*, Milano: Vita e Pensiero.
- VON WRIGHT, G. H., 1963: *Norm and Action. A logical enquiry*, London: Routledge & Kegan Paul.
- ZAGREBELSKY, G., 2008: *La legge e la sua giustizia*, Bologna: il Mulino.
- ZULETA, H. R., 2015: «Dinámica jurídica e identidad», *Analisi e Diritto 2015*: 213-227.



“Now, should we add something at the end about how wise we are and therefore nothing in here should ever be changed?”

David Sipress - The New Yorker (2018)



“Whoa, don't ask constitutional questions you don't want to know the answers to.”

Paul Noth - The New Yorker (2015)

You say you'll change the constitution

Well, you know

We all want to change your head

«Revolution» - The Beatles (1968)