

Democracia y cambio constitucional*

Democracy and constitutional change

Isabel Turégano Mansilla
 Universidad de Castilla-la Mancha (España)
 ORCID ID 0000-0003-1980-4351
isabel.turegano@uclm.es

Cita recomendada:

Turégano Mansilla, I. (2022). Democracia y cambio constitucional. *Eunómia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 29-53.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6806>

Recibido / received: 14/02/2022
 Aceptado / accepted: 06/03/2022

Resumen

Desde los presupuestos del constitucionalismo democrático, un orden constitucional será legítimo no solo cuando se refuercen en el proceso de elaboración del texto constitucional los mecanismos que favorecen la inclusión, participación y deliberación sino, además, cuando existen mecanismos para que la ciudadanía pueda efectivamente participar en su desarrollo y actualización. El trabajo revisa desde esta perspectiva el debate acerca de los modos diversos, formales e informales, en que las constituciones pueden cambiar. Centrándose especialmente en los cambios informales que se producen mediante prácticas interpretativas institucionales generadas desde bases sociales reivindicativas, se plantea qué contexto es más favorable a cambios informales o formales de la constitución, cómo se pueden identificar los cambios informales y si estos pueden tener un valor democrático.

Palabras clave

Reforma constitucional, cambios informales de la Constitución, mutación constitucional, democracia, inclusión.

Abstract

From the premises of democratic constitutionalism, a constitutional order is legitimate not only when the mechanisms that favor inclusion, participation and deliberation are reinforced in the constituent process, but also when mechanisms are provided so that citizens can effectively participate in its development and update. The paper reviews from this perspective the debate

* Este trabajo se inscribe en el marco del proyecto de investigación «Reforma constitucional: Problemas filosóficos y jurídicos» (DER2015-69217-C2-2-R) concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad. Versiones iniciales del mismo fueron presentadas en el Special Workshop «Constitutional Reform as a Legal-Philosophical Problem» que tuvo lugar en el IVR World Congress on «Dignity, Democracy, Diversity» celebrado en la Universidad de Lucerna, Suiza, en julio de 2019 y en el Congreso sobre «Reforma constitucional. Problemas filosóficos y jurídicos», organizado por la Universidad Carlos III de Madrid y la Universidad Autónoma de Madrid en diciembre de 2020. Agradezco a los participantes de ambos eventos las valiosas observaciones que se hicieron a mi trabajo y que han permitido mejorar la versión que ahora se publica.

about the diverse ways, formal and informal, in which constitutions can change. Focusing especially on the informal changes that take place through institutional interpretative practices generated from social demands, it is considered which context is more favorable to informal or formal changes of the constitution, how informal changes can be identified and whether they can have a democratic value.

Keywords

Constitutional Amendment, informal constitutional amendment, constitutional mutation, democracy, inclusion.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Creación y cambios constitucionales democráticos. 3. Procedimiento formal de reforma y cambios informales de la constitución. 3.1. El contexto del cambio constitucional. 3.2. La identificación de los cambios informales. 3.3. El valor democrático de los cambios constitucionales informales. 4. Conclusiones.

1. Introducción

El cambio de la Constitución es una exigencia derivada de dos razones relevantes. Por una parte, el carácter dinámico de la sociedad que supone la transformación del contexto en el que se creó la Constitución y el surgimiento de problemas y necesidades que obligan a reconsiderar los preceptos vigentes o actualizar su significado. Por otra parte, porque la Constitución es una obra histórica, producto de opciones morales y políticas que se consagran en función de los intereses y percepciones de un momento determinado. Como expresión de un contexto histórico-político concreto, las nuevas generaciones conservan la facultad de revisarla y mejorarla. El presente trabajo plantea la cuestión de la legitimidad de ese proceso necesario de cambio de la Constitución.

Para ello, se plantea la utilidad de la distinción entre cambios formales e informales de la Constitución para explorar la posible fundamentación democrática de modos no formalizados de modificación constitucional más allá de la legalidad de los procedimientos reglados de reforma que favorezcan la participación y la deliberación. El marco para ello es, como se plantea en el primer apartado, el del constitucionalismo democrático. En el segundo apartado, se alude a la distinción entre procedimiento formal de reforma y cambios informales, abordados en la tradición europea desde la noción de «mutación constitucional», para presentar una propuesta de conceptualización y tipología de los cambios informales. A los fines del trabajo, se opta por un concepto de cambio informal que conjuga la relevancia de los esfuerzos *jusgenerativos* de los movimientos sociales con la dimensión institucional que ha de traducir el cambio en normas. Este concepto resulta de interés para evaluar gran parte de los cambios que se producen de hecho en nuestras Constituciones.

Contextualizar esos cambios requiere atender al modo en que factores diversos determinan o dificultan la generación de un tipo u otro de cambios constitucionales. Tales factores se clasifican en el apartado tercero en siete bloques relativos a la variedad ideológico-política que admite la abstracción constitucional, la adecuación del procedimiento de reforma a las necesidades y cambios sociales, las vías de movilización social y las posibilidades de institucionalizar los cambios, el

carácter consensual o forzado de la decisión constituyente, la confianza en las instituciones, el contenido de la reforma o el compromiso con la legalidad.

Identificar cuándo se han producido efectivamente los cambios informales es una cuestión central que se aborda en el apartado cuarto. Se ofrecen como opciones la necesidad de intencionalidad en el cambio y la de la aceptación *a posteriori*, que podría concebirse en los términos convencionales de la regla de reconocimiento hartiana. El carácter expreso o tácito de la reforma entra en juego en este caso para apreciar la diferencia entre cambio formal e informal.

Las conclusiones de los apartados anteriores nos llevarán, por último, a la cuestión central que fundamenta este estudio: la de si, desde una perspectiva social crítica, el cambio informal se puede entender como democráticamente más legítimo que la vigencia del *statu quo* constitucional por obedecer a una demanda social relevante y resultar aceptado social e institucionalmente. La tesis que se defiende es la de la legitimidad de los cambios informales generados cuando los cambios formales no permiten la integración del pluralismo político y bajo ciertas condiciones de participación democrática y de aceptación institucional. En todo caso, se sostiene que la opción más acorde con el imperio de la ley es la de la reforma formal como prolongación del cambio ya generado y aceptado socialmente.

2. Creación y cambios constitucionales democráticos

El debate teórico sobre el constitucionalismo ha tenido siempre uno de sus focos en la tensión entre constitución y democracia. La dificultad de reconciliarlas no solo implica un riesgo evidente de una democracia no sujeta a reglas sino también, en el otro extremo, de constituciones alejadas de las pretensiones de la ciudadanía y de espaldas al compromiso que con ella tienen las instituciones (Gargarella, 2017). Frente a este último riesgo, el constitucionalismo democrático trata de devolver a los ciudadanos un papel relevante en la definición de los fundamentos del orden constitucional. En un cierto sentido se habla de constitucionalismo democrático si se considera la constitución como instrumental para la democracia, al institucionalizar los prerequisites para el funcionamiento del proceso democrático. Pero en un sentido más fuerte se entiende por constitucionalismo democrático aquel en el que la ciudadanía desempeña un papel más activo en la elaboración y desarrollo de la constitución. La legitimidad democrática de un orden constitucional deriva de las posibilidades que otorga ese orden a la ciudadanía para participar en la configuración de los principios fundamentales.

Los debates de ese constitucionalismo democrático han versado en gran medida acerca de los momentos de creación constitucional, percibidos como momentos que deberían ser de especial apertura y amplia participación popular. Se perciben, en muchos casos, como momentos escasos y episódicos en los que una sociedad libre y diversa dispone de momentos en común en los que, a través de deliberaciones públicas, el poder colectivo se ejerce para promover o proteger el bienestar de la colectividad (Wolin, 1996, p. 31). El proceso estará tanto más legitimado cuanto más se refuercen en el proceso de elaboración de la constitución los mecanismos que favorezcan la participación. Así, el establecimiento de aquellos instrumentos que están encaminados a intensificar la deliberación en el cambio constitucional, algunas cláusulas de enfriamiento, el debate multi-institucional, las iniciativas populares, la convocatoria de elecciones para una nueva asamblea o el recurso al referéndum.

Ciertamente, un proceso constituyente democrático no tiene por qué producir necesariamente una constitución más correcta, tanto en un sentido participativo y democrático como en un sentido garantista. Ello dependerá, en parte, de la correlación de fuerzas en el órgano constituyente, la cultura política dominante o la capacidad de movilización y organización ciudadanas (González Cadenas, 2018, p. 205-207; Martín Martín, 2015, p. 14). El procedimiento democrático posee un valor intrínseco en cuanto hace efectiva la igualdad política, pero no asegura resultados correctos. El constitucionalismo democrático prima ese valor intrínseco en la medida en que sitúa la diferencia en el centro del debate y es escéptico en cuanto a la posibilidad de acceder a la corrección moral. Desde esta premisa, el argumento democrático aporta un elemento relevante en el debate sobre la fundamentación de la supremacía constitucional: el de su promulgación de manera autoritativa y su contribución al reconocimiento social. La creación constitucional estará más legitimada si es un acto de decisión mediante el que se institucionalizan jurídicamente los procedimientos y se especifican los derechos como resultado de discusiones reales organizadas jurídicamente en el marco de una amplia participación¹. Esta última puede incrementar la legitimidad del proceso de construcción de la constitución, entendida como una virtud de ese proceso «que consiste en generar aceptación o justificación de las normas constitucionales resultantes como ley superior o, en otros términos, como normas que crean instituciones políticas, regulan la interacción política futura, la producción jurídica y la interpretación de las fuentes del derecho, y limitan el ejercicio del poder público en la política ordinaria» (Bernal Pulido, 2018b, p. 86).

Sin embargo, por muy loable que haya sido el esfuerzo constituyente, las anteriores premisas suponen que ninguna constitución está libre de imperfecciones (Levinson, 1995). Su legitimidad depende de su capacidad de corregirse y actualizarse (Dixon, 2009). El procedimiento de reforma supone la vía legitimada para llevar a cabo esa evolución de conformidad con normas jurídicas. La regulación de la reforma delimita este poder generalizando la exigencia del imperio de la ley. La creación de cauces reglados para replantear el texto constitucional permite la juridificación de los cambios políticos y sociales de los fundamentos del sistema, que deben seguir las condiciones cualificadas expresamente para la reforma. Por tanto, como afirmó Víctor Ferreres, la rigidez implica dificultad para reformar, pero implica también «*reformabilidad*» (Ferreres, 2000, pp. 40-42); esto es, posibilidad de adaptar la constitución a tiempos y circunstancias cambiantes manteniendo su continuidad.

Pero, además, el procedimiento constitucional de reforma puede garantizar, al mismo tiempo, un compromiso con el principio democrático. Los procedimientos de reforma desempeñan tres funciones esenciales para hacer efectiva una actualización legítima de la constitución: en primer lugar, permiten el cambio de una constitución de acuerdo con las necesidades y circunstancias sociales cambiantes. En segundo lugar, habilitan modos de participación popular continua en la elaboración de la constitución y, al hacerlo, confieren legitimidad tanto a los cambios a la constitución como al *statu*

¹ Este argumento es insuficiente para quienes consideran que el poder de creación constitucional se legitima por su capacidad para institucionalizar el constitucionalismo, concebido este como concepto normativo que implica el principio de Estado de Derecho, el principio de separación de poderes, la protección de ciertos derechos individuales y la institucionalización de la idea democrática de que la legitimidad del Gobierno depende del consentimiento de los gobernados (Bernal Pulido, 2018a, p. 75). El empleo del término constitución en un sentido más amplio que esta propuesta no es normativamente neutral, en cuanto que genera una ilusión de legitimidad sobre las acciones de creación constitucional (*ibidem* p. 78). Pero también es cierto que difícilmente puede pensarse en una constitución que institucionalice un orden con tales características de espaldas a un procedimiento legitimado de creación o reforma en el que participen efectivamente los gobernados, de modo coherente con la última de las exigencias de ese modelo normativo. Así lo reconoce abiertamente Bernal Pulido (2018b).

quo. Y, en tercer lugar, brindan un medio para invalidar las interpretaciones judiciales de las disposiciones vigentes de la constitución, permitiendo así la reafirmación de la toma de decisiones democrática en el proceso constitucional. Un procedimiento de reforma tal sería un contrapeso esencial al poder judicial de control constitucional, pudiendo revisar sus interpretaciones y ofreciendo la base textual para posteriores interpretaciones constitucionales (Dixon y Stone, 2016, p. 95).

Desde esta perspectiva, la exigencia de condiciones agravadas para la reforma debería orientarse a facilitar la participación, la deliberación y la inclusión. Se suele afirmar que cuanto más se refuercen los mecanismos en este sentido, más se cerrará la brecha que separa el pueblo, como premisa normativa, de la ciudadanía real y menos atado debería estar el poder de reforma. En palabras de Yaniv Roznai, «los procesos de reforma exigentes son instrumentos que tienen como objetivo imitar momentos constitucionales en los que se encarna el poder constituyente primario... Su objetivo es crear un entorno en el que el pueblo “despierte”, en cierto sentido, para reanudar su papel como autores constituyentes» (Roznai, 2017a, p. 169).

En el límite se habla de la exigencia de que la ratificación de la reforma se opere siempre mediante plebiscito, como pretensión legítima que corresponde a la ciudadanía con independencia de su reconocimiento formal en el texto constitucional (Amar 1995; Levinson 2008, p. 177). Pero existen muchas dificultades asociadas al uso del referéndum como mecanismo de participación popular: la designación de las personas que cumplen los requisitos para participar; la redacción de la cuestión a votar; el desconocimiento de los votantes; el riesgo de tiranía de la mayoría; y las asociaciones históricas de abuso de plebiscitos (Roznai, 2017b, p. 30). Semejantes limitaciones se podrían afirmar igualmente respecto de otros mecanismos participativos. Tales riesgos e impedimentos deben obligarnos a afirmar que, aunque los procesos de creación y reforma constitucional incorporen instrumentos amplios de integración y participación, no pueden confundirse con la actividad efectiva del poder constituyente. Asumir que el reforzamiento democrático de tales procesos hace reemerger o reanimar a un poder constituyente inmanente que retiene su poder de revisar la Constitución por sí mismo, supone un uso abusivo del concepto con implicaciones prácticas. Empleado en ese sentido, el concepto de poder constituyente sería incompatible con la idea del valor normativo de la Constitución, que implica el agotamiento de cualquier poder absoluto en constante actividad en el orden constitucional. La *ficción* del poder constituyente no puede confundirse con la realidad de los procesos de formación de la voluntad común, por mucho que articulen vías para la participación y permanezcan comunicados con la sociedad². Los instrumentos que refuerzan la legitimidad democrática de la reforma son parte de una legalidad constituida cuyo respeto y seguimiento es necesario para hacer efectiva la voluntad colectiva. En este sentido, es posible y deseable distinguir un constitucionalismo popular de un constitucionalismo democrático.

Para el constitucionalismo popular, es el pueblo el que tiene la autoridad interpretativa última en cuestiones constitucionales controvertidas. La comprensión popular de la constitución es analítica y sociológicamente anterior al Derecho constitucional establecido por las instituciones (Kramer, 2004). El pueblo asume un papel básico en la protección de los derechos. No se piensa tanto en el pueblo como totalidad orgánica homogénea con voluntad colectiva unitaria, sino como conjunto

² Luis Prieto escribe que «ni es cierto que en la Constitución cristalice de verdad el poder constituyente del pueblo, si es que por tal entendemos, como habitualmente se hace, ese acto de autodeterminación en que un colectivo toma conciencia de sí mismo y asume las riendas de su destino; ni es cierto tampoco que los gobiernos o las mayorías parlamentarias sean sin más equivalentes a la soberanía de ese pueblo a quien se quiere reconocer como inagotable fuente de Derecho» (Prieto, 2003b, p. 146).

plural, en igualdad de condiciones con otros actores políticos, que opera de modo permanente manifestando sus opiniones y disidencias, a través de representantes, opinión pública y movimientos sociales. En todo caso, es un agente político con autonomía respecto de las instituciones (Alterio, 2016, p. 162).

Alexander y Solum critican este constitucionalismo populista en cualquiera de las versiones que puede asumir (Alexander y Solum, 2005, pp. 1616, 1626)³: a) El pueblo mismo hace la constitución; b) el pueblo mismo hace valer la constitución; c) el pueblo mismo interpreta la constitución; d) las interpretaciones constitucionales del propio pueblo son autoritativas; e) la autoridad constitucional interpretativa del pueblo mismo es última con respecto a la de las instituciones gubernamentales, de lo que deriva que la autoridad interpretativa de las instituciones públicas, incluido el poder judicial, está subordinada y sujeta a revisión por las interpretaciones del pueblo; f) las decisiones constitucionales del propio pueblo superan el texto escrito de la constitución.

Frente a cualquiera de esas versiones, un constitucionalismo democrático puede asumir que el pueblo no ha tenido nunca la última palabra en decisiones concretas y nunca se le podría permitir que se la arrogara sin que el Derecho constitucional dejara de ser Derecho. Como afirmó Lawrence Tribe en su crítica a *The People Themselves* de Larry Kramer en *The New York Times* (Tribe, 2004, p. 7), si el Derecho constitucional no fuera más que un recipiente en el que el pueblo pudiera verter cualquier cosa que quiera que contenga en un momento dado, ¿no se habría perdido todo el sentido de formular una constitución? Además, escrita muchas veces desde posiciones ideológicas progresistas, la literatura sobre constitucionalismo democrático, sobre todo en su deriva popular, parece olvidar que no solo la tiranía de los poderes públicos, sino también la anarquía de la sociedad entraña riesgos graves para los derechos fundamentales (García Jaramillo, 2013, p. 26).

Pero el rechazo al constitucionalismo populista en cualquiera de estas versiones es compatible con asumir que las instituciones intervienen en la deliberación constitucional sin definirla exclusivamente (Gargarella, 2006). La opinión pública y las asociaciones pueden y deben desempeñar un papel en un proceso complejo e interactivo de determinación del significado de la constitución. Para un constitucionalismo democrático no populista el sentido del texto constitucional se va determinando en un proceso discursivo complejo en el que los actores judiciales actúan junto a otros poderes públicos, asociaciones civiles, opinión pública y movimientos sociales para definir los principios y valores en él contenidos. La democracia no es solo decisión mayoritaria institucionalizada, sino también interacción entre los distintos actores institucionales e instrumentos de expresión y control de los agentes sociales. Constitucionalismo democrático significa que ninguna de las ramas del poder, incluyendo la judicial, debe tener el monopolio de precisar el significado único de la constitución (García Jaramillo, 2013, pp. 18-19). Como han escrito Robert Post y Reva Siegel (2006), «ningún progresista querría vivir en un Estado donde la autoridad de “Nosotros, el pueblo” se refiera únicamente a la opinión profesional de los jueces».

En democracias constitucionales en las que existen constituciones rígidas escritas se suele pensar que el procedimiento de reforma es la vía exclusiva para

³ El texto de Alexander y Solum es un comentario crítico a Kramer (2004). Se podrían englobar dentro de ese constitucionalismo populista, entre otros, los trabajos de Amar (1995), Tushnett, (1999) y Balkin y Levinson (2001).

hacer posible esa actualización democrática de la constitución⁴. Sin embargo, la realidad ha ido por otras vías. La práctica constitucional dominante ha sido la del cambio de la constitución a través de la interpretación (Melero, 2019). Nuestro TC ha abrazado la idea de *living constitution*, adoptando la doctrina del «árbol vivo» de la Corte Suprema canadiense, conforme a la que a través de una interpretación evolutiva, la constitución

se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta (Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, Fundamento Jurídico nº 9).

Siendo así, el constitucionalismo democrático se plantearía cómo deberían las instituciones públicas llegar a las interpretaciones constitucionales con las que se identifique la ciudadanía y que, estando más allá de las que estaban en juego en el momento de la ratificación del texto, puedan considerarse legitimadas (Pettys, 2008, p. 315). Las posibilidades de un cambio legítimo sin ruptura de la continuidad del orden establecido dependerán de las convenciones y comprensiones comunes que se van consolidando en la práctica social y constitucional y del modo en que puedan reflejar e incluir las reivindicaciones sociales de cambio. Y ello nos hace plantearnos si no es insuficiente concebir el cambio constitucional solo desde la perspectiva de la reforma constitucional formal. El debate acerca de las vías en que se puede hacer efectiva la participación social en la modificación de la constitución puede plantearse desde la distinción entre modos formales e informales de cambio de la constitución. ¿Ha de ser un procedimiento reglado de reforma que favorezca la participación y la deliberación, el escrutinio crítico, la colaboración institucional o la participación directa en iniciativas o plebiscitos el único modo en que se discutan normas constitucionales alternativas? ¿existen modos menos formalizados en que la ciudadanía pueda hacer valer su interpretación del contenido constitucional? En el presente trabajo me interesa analizar ciertos cambios informales de la constitución, aquellos que son el resultado de alteraciones en las interpretaciones vigentes de las disposiciones constitucionales que responden a un trasfondo de prácticas políticas y sociales complejas. Entre la vasta literatura que ha puesto de manifiesto el papel que la movilización social ha desempeñado en los procesos de cambio constitucional, muchos autores subrayan la necesidad de estos cambios para evitar la apropiación por unos pocos del discurso universal de los derechos humanos. Pero existen serias dudas respecto de la admisibilidad de estos cambios en la idea de constitución, por una parte, por las dificultades que plantea su identificación y la inestabilidad jurídica que generan, y, por otra parte, por las dudas sobre la legitimación de procesos colectivos al margen de procedimientos reglados y transparentes.

3. Procedimiento formal de reforma y cambios informales de la constitución

Los procedimientos reglados de reforma de la constitución, conforme a lo expuesto en el apartado anterior, estarán tanto más legitimados cuanto más se abran a la

⁴ Como escribe Passchier (2017, p. 1077), la Corte Suprema de los EE.UU. afirmó en 1955 en el caso *Ullman v. United States* que «nada nuevo puede incorporarse a la constitución excepto mediante el proceso de enmienda. Nada viejo se puede extraer sin el mismo proceso».

participación ciudadana e instituyan modos de amplia deliberación y colaboración públicas. La regulación de la reforma constitucional garantiza la posibilidad de debatir en el seno de las instituciones políticas las cuestiones constitucionales, creando las condiciones para que los cambios en el contexto social o en el consenso político no exijan, en todo caso, rupturas del orden político-jurídico vigente.

A pesar de la relevancia que debe reconocerse al proceso para la elaboración o modificación de la constitución en su fundamentación, muchos de los cambios relevantes en nuestras constituciones han tenido lugar fuera del procedimiento formal de reforma. En la literatura americana han sido especialmente Bruce Ackerman y David Strauss quienes han subrayado la especificidad de momentos de especial compromiso de la ciudadanía y las instituciones con el cambio que han forzado la alteración de la Constitución (Ackerman, 2014; Strauss, 2001). Ambos han mostrado que se deben observar los diversos movimientos sociales y políticos para comprender los cambios que se han producido en la historia constitucional americana. Pero creo que los cambios no tienen por qué limitarse a momentos extraordinarios, sino que durante la vida política y jurídica ordinaria se plantea continuamente la necesidad de una evolución constitucional.

La realidad de la vida constitucional de cualquier tradición jurídica ha estado afectada tanto por cambios formales como informales. Se denominan cambios formales aquellos que implican una modificación en una o más disposiciones constitucionales producida mediante el procedimiento especial de reforma previsto en el texto constitucional. Se considera un cambio constitucional informal aquella modificación de las normas constitucionales que ocurre sin que se produzca un cambio en las disposiciones constitucionales (Bernal Pulido, 2018a, p. 67). Estos cambios se pueden producir de modos diversos y tener sentidos muy diferentes, pero se caracterizan de modo conjunto por producirse al margen del procedimiento instituido.

La idea de cambio informal ha sido conocida en nuestra tradición jurídica con la denominación de mutación constitucional, tal como fue teorizada por la dogmática alemana de finales del siglo XIX y comienzos del XX y que arraigó en la doctrina constitucional europea ante la insuficiencia de los mecanismos formales de reforma para dar plena cuenta de la realidad constitucional. La casuística que se ha tratado como supuestos de mutación constitucional ha sido amplia y multidimensional y el juicio acerca de su admisibilidad desde la Teoría de la Constitución diverso (Liern, 2014).

En su conocida conferencia de 1906, Jellinek (1991) ofreció una de las primeras conceptualizaciones de la distinción entre reforma y mutación constitucionales. La mutación es operada por fuerzas sociales y políticas reales, que actúan con independencia de cualquier forma jurídica. El control judicial de constitucionalidad es el que previene de desvíos que no tengan cabida en la constitución, siendo el que convierte en constitucionales las modificaciones surgidas de interpretaciones ilegítimas. Frente a esa idea de la mutación como disfunción del sistema constitucional, Smend (1985) o Hsü Dau Lin (1998) asumen que el carácter incompleto y ambiguo de las disposiciones constitucionales exige una interpretación integradora que produce mutaciones constitucionales necesarias para la conservación del Estado. Pero si para Hsü Dau Lin el límite de la legitimidad constitucional o admisibilidad de la mutación lo concibe en sentido material como el “contexto de sentido” de la constitución, Hesse (1983) adoptó una posición más formalista conforme a la que es el texto el límite del cambio legítimo. La realidad constitucional puede ser parcialmente incorporada al sistema siempre que no vulnere

su literalidad y no entre en contradicción directa con el sentido o finalidad del texto normativo.

Lo cierto es que sigue siendo válido lo que escribió Pedro de Vega hace ya décadas acerca de que no existe una explicación global del fenómeno de las mutaciones constitucionales, porque ni existe un concepto unívoco de mutación constitucional, ni hay una tipología completa, ni hay acuerdo sobre su alcance y valor jurídico (de Vega, 1985, p. 182). La literatura abarca una amplia variedad de realidades de alteración de la constitución, que pueden ser clasificadas de modos distintos atendiendo a criterios tales como la vía o modo del cambio o la fuente del mismo. La clasificación más conocida en nuestra dogmática constitucional es la que realizó Manuel García Pelayo (1984, pp. 137-142) siguiendo en lo fundamental la tipología de Hsü Dau Lin (1998, pp. 31 y ss.). El profesor distinguió entre: a) Mutación debida a una práctica política que no se opone formalmente a la constitución escrita y para cuya regulación no existe ninguna norma constitucional, pero, no obstante, el Derecho surgido de esa práctica puede estar en oposición con los principios fundamentales o la intención general de la constitución; b) mutación por imposibilidad de ejercicio o por desuso de las competencias y atribuciones establecidas en la constitución, de modo que las normas que constituyen tales competencias dejan de ser, *de facto*, Derecho vigente; c) mutación por una práctica en oposición a los preceptos de la constitución; d) mutación a través de la interpretación de los términos de la constitución.

Cada uno de estos supuestos de mutación constitucional plantean cuestiones diversas. A ellas debe sumarse la heterogeneidad de conceptos y términos que se han empleado para referirse en general a cualquier modificación en las normas constitucionales válidas de modos diferentes al procedimiento formal de reforma. Se habla de derogación implícita, cambio en el significado de las disposiciones, mutaciones infra-constitucionales, consolidación de costumbres al margen del texto constitucional, o actos de reforma desprovistos de competencia, entre otros (Bernal Pulido, 2014, pp. 494-496; Albert, 2014, 2017b).

A los efectos de la cuestión que planteo en este trabajo, es interesante subrayar que existen diferencias, en primer lugar, entre aquellas mutaciones o cambios que afectan a la estructura del poder estatal –competencias, procedimientos y relaciones entre órganos– y los que afectan a los principios y valores constitucionales⁵; en segundo lugar, entre las prácticas, convenciones o actos que operan con independencia o en oposición a las formas constitucionales y los cambios que se producen en el significado de las disposiciones constitucionales; y, por último, entre la fuente última del cambio, dependiendo de que este resulte de actos institucionales o de acciones o hechos sociales. En este trabajo quiero plantear la relevancia democrática de aquellos cambios que se producen en el sentido de los principios constitucionales mediante actos institucionales infra-constitucionales que tienen su origen en demandas sociales y en las concepciones sociales cambiantes y

⁵ Como escribió Víctor Ferreres, la necesidad de que la modificación de la constitución se formalice por un procedimiento de reforma más complejo que el procedimiento legislativo ordinario, es obvia respecto de la parte que establece la estructura y relaciones de los diversos órganos públicos. «Dada la existencia de una pluralidad de sistemas razonables de gobierno, y dada la necesidad de estabilizar uno de ellos para que la vida política pueda desenvolverse de manera ordenada, es conveniente que la constitución opte por uno de esos sistemas». Pero no resulta tan evidente respecto de los derechos y libertades establecidos en la constitución. «Aquí parece que el valor de la estabilidad debe ceder ante el imperativo de alcanzar la decisión justa... [S]i las mayorías parlamentarias actuales consideran que determinada decisión adoptada en el pasado en materia de derechos y libertades es errónea, ¿por qué obstaculizarse su modificación?» (Ferreres 2000, p. 29).

heterogéneas de tales principios y, como tales, resultan institucional y socialmente aceptados.

En general, los cambios informales pueden provenir de las propias instituciones o de un activismo social que altera el sentido aceptado socialmente de preceptos constitucionales. Pero, en todo caso, son las instituciones las que generan las decisiones y prácticas en cuyo marco se produce el cambio en la norma constitucional. En algunos casos esta visión institucional se ha entendido restrictivamente, reduciendo el cambio informal a situaciones de actuación extra-constitucional de las instituciones que supone un vaciado del contenido material fundamental de la constitución o un desuso de sus normas procedimentales. Las que se han denominado alteraciones cuasi-constitucionales son el resultado de eludir conscientemente las reglas onerosas de reforma formal, cuando los actores constitucionales consideran que el contexto político frustraría sus planes de enmienda, para afianzar las nuevas preferencias políticas, recurriendo a instrumentos infra-constitucionales cuyo éxito requiere menos coordinación entre partidos o instituciones (Albert, 2017b, p. 742). El resultado, en palabras de Ferrajoli, es un proceso deconstituyente en el que las instituciones evaden los límites y vínculos constitucionales (se habla de «evasión constitucional»). El proceso ordinario de toma de decisiones legitima abusos, neutralizándose «ese complejo sistema de reglas, separaciones y contrapesos, garantías y funciones e instituciones de garantía que constituye la sustancia de la democracia constitucional» (Ferrajoli, 2011, p. 21). Se producen cambios por medios legales y gubernativos ordinarios que exigirían procesos con mayor legitimación (Martín Martín, 2015, p. 4).

Pero algunos de esos cambios constitucionales informales ilegítimos podrían observarse de modo diferente si se amplía el foco desde lo institucional a lo social, en cuanto que los propios cambios orquestados por los actores constitucionales se comprendan en su trasfondo político-social⁶. La propia escuela iuspublicista alemana

⁶ Muchas de las modificaciones que han experimentado las normas de nuestra Constitución española se han llevado a cabo de modo informal (o han constituido mutaciones constitucionales) fundamentalmente en forma de alteraciones infra-constitucionales que, a pesar de ser inconsistentes con la Constitución, no han sido impugnadas por los tribunales y son aceptadas en la práctica. Sería el caso de la evolución del sistema autonómico, los cambios en el Consejo General del Poder Judicial o la integración en Europa. Detrás de todas ellas existen no solo actos institucionales infra-constitucionales, sino también un trasfondo político y social sin el que resultan incomprensibles. Pero han existido cambios en los que ese marco socio-político ha sido especialmente evidente. Pienso ahora en tres ejemplos. En primer lugar, la supresión del servicio militar obligatorio (propiamente solo suspendido con carácter indefinido) se llevó a cabo mediante la Ley 17/1999, de 18 de mayo, del Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, a pesar de que el artículo 30.2 CE se refería a esa prestación como obligatoria. Contra la literalidad del precepto, la ley afirma en su Exposición de motivos que «la Constitución no impone la fórmula de conscripción forzosa como única posible para la capacitación y organización del personal de las Fuerzas Armadas». Pero era evidente en aquellos días que las condiciones reales en que se estaba realizando la prestación, con un aumento imparable de la cifra de objetores y la presión social por el cambio había llevado a los partidos a proponer la profesionalización de las Fuerzas Armadas, afirmándose en el título de un artículo de prensa de aquellos días «cómo los jóvenes abolieron la mili» (*El País*, 30 de noviembre de 2003). En segundo lugar, la interpretación evolutiva que hace el TC del art. 32 CE en su sentencia 198/2012, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la reforma del Código civil que hizo jurídicamente posibles los matrimonios entre personas del mismo sexo, siempre se ha concebido en los márgenes entre la interpretación y la mutación, como planteaban en sentido crítico los recurrentes y el voto particular del magistrado Andrés Ollero. Por último, la congelación *de facto* del recurso contra la ley del aborto vigente en nuestro país se puede interpretar como la consolidación de una determinada interpretación de los derechos constitucionales en juego por la presión social, especialmente de los movimientos de mujeres, en ese sentido. Podría afirmarse que en el contexto socio-político actual difícilmente podría hacerse valer por ley o en la jurisprudencia constitucional un cambio regresivo que fijara un sentido diferente de los principios constitucionales implicados. El sentido actual «ha sido tarea de los movimientos, organizaciones y juristas feministas, en los márgenes del derecho dominante, tensándolo a través de una exigencia de justicia, para luego ser incorporado a la legalidad», de modo que las sentencias sobre cuestiones como el aborto «no son solo obras interpretativas, sino también

vincula el uso del concepto de mutación constitucional a la idea de que la constitución se retroalimenta continuamente de la realidad política-social que la circunda. Como tal, la mutación se presenta como un límite a su concepción jurídica positivista, en cuanto supone el reconocimiento de una discordancia entre norma y realidad constitucional. Autores posteriores adoptan estas ideas de Jellinek y Laband y las incorporan a una concepción de la constitución compuesta de un elemento estático (normatividad) y un elemento dinámico (normalidad). El primero trata de adecuarse a la normalidad, sobre todo a través de los principios (normas no jurídicas) cuyo sentido va transformándose gradualmente según evoluciona la realidad social (Heller, 1987, p. 277). Esta concepción menos formalista de la constitución permite mostrar las alteraciones informales por actores constitucionales como respuesta a un contexto en el que el cambio ya está teniendo lugar (Passchier, 2017). Como afirmó Jellinek, las leyes fundamentales, como cualesquiera otras, se sitúan, por una necesidad inevitable, en el curso de los acontecimientos históricos (Jellinek, 1991, p. 6). Los cambios informales a los que me refiero nacen de una tensión o conflicto entre las normas constitucionales vigentes y la realidad institucional o social (Passchier, 2017, p. 1096)⁷.

Si el fenómeno de los cambios informales es usual en la vida de los Estados constitucionales es porque el significado de los valores y principios constitucionales no viene dado de antemano, sino que se concreta y determina en el ámbito de la acción político-jurídica. Debería ser en el ámbito de una deliberación pública amplia donde se discuta el grado de variación aceptable en la interpretación y contextualización de los derechos constitucionales, siendo en general los miembros de la comunidad política los que se apropian de los principios abstractos, reinterpretándolos bajo circunstancias específicas cambiantes.

Los movimientos sociales, asociaciones civiles, opinión pública y, en general, espacios y redes de socialización desempeñan un papel fundamental en la articulación de una interpretación alternativa de preceptos constitucionales. Pero la dimensión institucional no desaparece en este planteamiento, puesto que el fin último de la movilización social es alguna transformación dentro de las propias instituciones (Anderson, 2013, p. 891). El Derecho constitucional no abarca la realidad social presupuesta o recepcionada por ese cambio jurídico, pero este resulta incomprensible sin aquella. Los ciudadanos y asociaciones desempeñan un papel relevante en la modificación de la constitución, pero son sus agentes o representantes institucionales –no solo jueces, sino también legisladores y administraciones públicas– los que tienen la responsabilidad de decidir si el desarrollo interpretativo que viene demandado está de tal modo justificado que hace admisible o demanda una acción institucional que suponga una mutación constitucional. Un constitucionalismo democrático supone la negociación constante entre el imperio de la ley y el autogobierno. El supuesto que analizo no es solo el relativo al ejercicio amplio o abusivo por el legislador y el juez

disputas de sentido. En esa línea, los feminismos han dado forma a derechos» (González Prado, 2020, pp. 153, 156).

⁷ Un ejemplo habitual en la literatura norteamericana sobre los cambios informales es el de la cuestión de la discriminación sexual. La Enmienda de Igualdad de Derechos que fracasó en el proceso de ratificación ayudó, sin embargo, al cambio en la concepción de la igualdad de género, mostrando un compromiso institucional y social creciente con la igual ciudadanía para las mujeres (Dixon, 2012). La Corte Suprema comenzó a interpretar la Clausula de Igual Protección de la Decimocuarta Enmienda de modo acorde con lo que habían defendido los proponentes de la enmienda, tanto que los académicos han comenzado a referirse al cuerpo resultante de jurisprudencia de protección igualitaria como una «ERA *de facto*» (Siegel, 2006, p. 1324). El Derecho antidiscriminatorio no puede entenderse sin un relato que incluya los esfuerzos jusgenerativos del movimiento de mujeres (Siegel, 2001). Como afirma Cass Sunstein, EE.UU está tan comprometido con la igualdad de género como muchos países que la han ratificado formalmente en sus constituciones. La Enmienda fracasó, en parte, porque era ampliamente considerada como *innecesaria* (Sunstein 2004, p. 126).

constitucional de su función de configurar y concretar el sentido normativo de la constitución, sino aquel en que ese ejercicio trata de adaptar su sentido al trasfondo social⁸.

En la mayoría de los trabajos sobre cambios constitucionales informales se asume que los jueces tienen un papel esencial en la alteración del sentido de las normas constitucionales, considerando la interpretación jurisdiccional el elemento nuclear en la mutación constitucional (Liern, 2014, p. 126). Pero desde un constitucionalismo democrático esta función de los jueces se valora no menos que la de otras instituciones y en la medida en que el diálogo progresivo entre todas sea capaz de reconocer y dotar de eficacia jurídica a las reivindicaciones sociales de mutación constitucional, sobre el presupuesto de que ninguna de ellas es la intérprete única e indiscutible del texto constitucional. Es la participación de las diversas instituciones y el debate abierto y público los que pueden legitimar democráticamente el cambio. Como escribe Martín Rizzo (2017, p. 223), «la novedad interpretativa no se impone, sino que debe convencer». El cambio informal es un problema de actuación no constitucional que, no obstante, se acepta. Resulta incuestionable que hay cuestiones constitucionales relevantes que han evolucionado en respuesta a perspectivas constitucionales sustantivas producto de la movilización de la ciudadanía (Post y Siegel, 2013). La idea de un cambio informal en este sentido reconcilia una comprensión sociológico-política del constitucionalismo con su dimensión normativa. El momento del cambio sería, en terminología de Víctor Ramraj (2010), un “punto de inflexión constitucional” en el cual la lucha política por el cambio rápidamente da paso a una cultura constitucional arraigada y la constitución adquiere una vida normativa propia. Esta idea revela la naturaleza dinámica del constitucionalismo y las condiciones sociales y políticas necesarias para sostener una transformación constitucional, al tiempo que muestra la necesidad de que sean incorporadas en el sentido de la constitución para hacer efectivo el sometimiento del poder a la legalidad.

3.1. El contexto del cambio constitucional

Las probabilidades de que la constitución cambie de un modo formal o informal dependen del contexto institucional y social en que se produce la modificación. Los cambios informales son el resultado de contextos que dificultan o deslegitiman las posibilidades de reforma por los procedimientos instituidos. Se pueden señalar los siguientes factores entre los que determinan la mayor tendencia a los cambios formales o informales de la constitución:

a) Variedad de posibilidades ideológico-políticas que tienen cabida dentro de la abstracción constitucional. La constitución no es solo un documento escrito sino una práctica convencional integrada por interpretaciones judiciales y convenciones no escritas del ejecutivo y el legislativo. No se verá necesaria la reforma formal cuando se considere posible producir leyes en consonancia con los propios compromisos ideológicos que sean admitidas judicialmente. La constitución puede verse no tanto como un legado del pasado que ata a las generaciones futuras, cuanto como un proyecto en curso, un vínculo con el futuro, que expresa compromisos que aún tienen que cumplirse plenamente (Balkin y Siegel, 2009, p. 2).

⁸ En cierto sentido, esta idea podría asimilarse, como acertadamente me señaló Silvina Álvarez, a la idea de compromisos constitucionales de Cass Sunstein, en el sentido de normas constitucionales que, sin ser mencionadas en el texto, se convierten en un compromiso básico de las instituciones en la medida en que han sido asumidas como fundamentales por la comunidad y su violación constituye la ruptura de las expectativas y la confianza de la ciudadanía (Sunstein, 2004, pp. 61 y ss, 121 y ss.).

b) Adecuación del procedimiento de reforma a las necesidades y cambios sociales. La rigidez excesiva impide el cambio formal y favorece los cambios informales o la ruptura constitucional. Si el propio texto constitucional prevé la posibilidad de que la ciudadanía inicie o impulse un cambio de la constitución se facilitarían los cambios formales impulsados por grupos sociales frente a los informales y las rupturas constitucionales. Los procedimientos de reforma que habiliten escasa participación ciudadana, llevados a cabo por órganos legislativos con mayorías reforzadas, favorecen los cambios informales. En general, los órdenes constitucionales rígidos no son imparciales, como escribió Sunstein (1993), en la medida en que favorecen el *statu quo* como neutral y justo. La posibilidad de cuestionar democráticamente la justicia del *statu quo* exige vías abiertas para el replanteamiento del mismo.

c) Vías de movilización social y modos de institucionalizar cambios (a través de cambios legislativos, decisiones judiciales, prácticas políticas, etc.). Los cambios informales en la constitución no tienen lugar en «momentos» particulares, sino de forma gradual y progresiva con el paso del tiempo (Passchier, 2017b, p. 1080; Albert, 2017a, pp. 744, 762). No se trata de lograr convocar ocasionalmente a una ciudadanía movilizadora, sino de dotar a la constitución de instrumentos que permitan un proceso continuo auto-reflexivo y la integración de intereses y necesidades plurales. Criticando la tesis de Jefferson acerca de la necesidad de convocar periódicamente asambleas constituyentes para la actualización constitucional, Madison consideraba que no era necesario planificar unos momentos mágicos en que se pueda proclamar en voz alta un consentimiento expreso, mientras se garantice la oportunidad ininterrumpida de protestar y de ejercer presión para lograr una revocación (Holmes, 1999). Es en el contexto de regímenes constitucionales consolidados donde se producen menos cambios formales y la constitución se transforma por medio de tradiciones, interpretaciones y prácticas constitucionales (Strauss, 2001).

La cuestión central es la de la capacidad de las instituciones para articular política y jurídicamente la pluralidad social. Se trata de dos momentos y lógicas muy distintas: la de la espontaneidad social que protesta o exige y la lógica política que racionaliza y pone en práctica. Sin organizaciones e instituciones de intermediación es difícil que la movilización produzca experiencias constructivas (Innerarity, 2019). Por eso, la posibilidad de cambios informales efectivos dependerá finalmente de la salud de las instituciones democráticas. Si existe la posibilidad de contribuir a configurar el significado de la constitución, los ciudadanos permanecerán fieles a la constitución, aunque sus perspectivas sobre el Derecho no sean las que imperan en ese momento (García Jaramillo, 2013, p. 13).

d) Consenso constituyente o texto forzado por el contexto histórico. La plausibilidad de cambios depende del sentimiento de identidad constitucional existente y la integración de la diversidad en el texto constitucional que dependen en gran medida del modo en que se gestó la constitución. El contexto histórico va a determinar la cultura sobre la reforma que impere, entendida como el conjunto de actitudes sobre la conveniencia de la reforma, independientemente de la cuestión de fondo que se esté considerando y el grado de presión para el cambio. En cada sistema particular existe un nivel básico de resistencia al cambio constitucional formal. Son factores culturales e históricos los que rodean el grado de veneración hacia el texto constitucional o el grado de temor a que cualquier alteración de la constitución altere la estabilidad que viene proporcionando el acuerdo constitucional vigente. Tales condiciones van a afectar tanto al número de propuestas de reforma como a la probabilidad de que se aprueben (Ginsburg y Melton, 2014, p. 12-14).

e) La confianza relativa en las capacidades de los órganos legislativos o judiciales para llevar a cabo los cambios necesarios. Un constitucionalismo democrático podría abogar por cambios formales a través de mecanismos legitimados de reforma. Pero también podría confiar en la capacidad de los órganos de la política ordinaria y de los jueces para canalizar un movimiento social amplio de resignificación de derechos.

Cuáles sean las instituciones más idóneas para colaborar en ese proceso complejo no es una cuestión pacífica. La apertura de un proceso de reforma constitucional supone iniciar de modo institucional una deliberación para abordar las expresiones democráticas de un deseo de cambio. Cuanto más similares sean las características del procedimiento de reforma a las de un proceso constituyente democráticamente legitimado, es decir, inclusivo, deliberativo y prolongado en el tiempo, menos debería estar sometido a limitaciones y viceversa (Roznai, 2017a)⁹. Los cambios informales, por su parte, requieren en muchos casos la participación activa de los jueces en la consolidación de nuevas interpretaciones del contenido constitucional. Desde una perspectiva democrática puede pensarse que esos cambios tendrían más posibilidades de éxito de lo que lo hacen actualmente si los tribunales dieran un paso atrás y dejaran la prioridad a los procesos políticos (Spindelman, 2009). Los cambios informales dependen en gran medida de la receptividad de los tribunales a las propuestas de interpretaciones alternativas de miembros de la comunidad política y social (Balkin, 2004). Pero su legitimidad estará siempre condicionada a su vinculación a la legalidad. Son los órganos legislativos los que están mejor situados y legitimados para abordar las propuestas en su complejidad, lo que no implica renunciar a la contribución que los Tribunales pueden hacer al diálogo que requieren los cambios constitucionales. Si es el juez constitucional el que revisa el contenido de la reforma atribuyéndole un significado determinado, estará generando un cambio informal en la constitución que habría de corresponder al cuerpo político (Bernal Pulido, 2014, p. 506). Autores comprometidos con las instituciones democráticas como Francisco Laporta han criticado las sucesivas mutaciones de la Constitución mediante interpretaciones constructivas del Tribunal Constitucional y aboga por convocar un nuevo gran acuerdo entre todos (Laporta, 2015).

f) El contenido de la reforma. Tanto la vía formal como la informal de reforma pueden servir para afrontar modificaciones de alcance general como para realizar ajustes de menor alcance y más fácil aceptación. Pero solo los procedimientos reglados son una vía legítima para reconsiderar elementos fundamentales del sistema constitucional, particularmente aquellos que afectan a los elementos estructurales del orden constitucional. En otro caso, estaríamos ante una ruptura constitucional mediante la que cambia el orden constitucional.

g) Por último, en contextos de crisis institucional y pérdida de confianza en las instituciones públicas, la vía formal de cambio constitucional puede servir para generar un consenso acerca de un marco constitucional aceptable para todos y fortalecer el compromiso con la legalidad.

3.2. La identificación de los cambios informales

Los cambios informales son difíciles de identificar. ¿Cuándo estamos en presencia de un cambio informal? ¿cómo conocer qué alteraciones se han producido? Podrían

⁹ Se considerarían contrarios al modelo democrático de reforma constitucional los modelos de rigidez contramayoritaria en los que existan cláusulas de intangibilidad, procedimientos que exijan mayorías agravadas o la intervención de órganos públicos no democráticos.

pensarse como opciones de respuesta a esta cuestión central, en primer lugar, que la identificación depende de la intención del propio sujeto del cambio o, en segundo lugar, que requiere la aceptación *a posteriori* al menos por una parte de la comunidad constitucional.

Puede pensarse, en primer lugar, que alterar las normas constitucionales vigentes está en la intención o consciencia de quienes eluden o fuerzan los procedimientos o la base textual existente. Pensando exclusivamente en el caso de actos jurídicos infra-constitucionales que alteran el sentido y funcionamiento de normas constitucionales, Richard Albert (2017b, pp. 741-742) habla de la «elusión consciente de las onerosas reglas de enmienda formal». Considera que «cuando los actores constitucionales determinan, correctamente o no, que el panorama político existente frustraría sus planes de reforma constitucional para atrincherar nuevas preferencias políticas, recurren en cambio a medios infra-constitucionales, por ejemplo, la legislación o la práctica política, cuyo éxito requiere menos, o incluso ninguna, coordinación entre partidos e inter-institucional».

Pero no es necesario atender a lo que hacen los órganos constitucionales para concebir los cambios informales como actos conscientes. Bruce Ackerman no está pensando en cambios informales generados por las instituciones, sino en una movilización social relevante de rechazo de las creencias y prácticas fundamentales dominantes, en la que concede igualmente una relevancia central a su carácter autoconsciente. Los actores de cambios constitucionales fundamentales han de reconocer y comprender que se está produciendo una transformación no convencional de la constitución (Ackerman, 1999, pp. 2283-2285).

En consecuencia, tanto los cambios informales puramente institucionales como los que implican una práctica de amplia movilización social pueden generarse desde la consciencia de estar apartándose del sentido vigente de principios fundamentales. Es lo que ocurre de modo más evidente en el marco de los procedimientos reglados de creación o reforma constitucional, en el que los participantes son conscientes de que están involucrados en el proceso de elaboración de las normas más fundamentales, lo que no supone solo seguir ciertas reglas sino asumir «un compromiso especial, un esfuerzo consciente y especialmente legitimado» de apartarse de las normas constitucionales vigentes (Klein y Sajó, 2012, p. 421).

Sin embargo, Bruce Ackerman distingue los cambios constitucionales rupturistas o revolucionarios de las meras evoluciones que no afectan a la continuidad del sistema y que pueden producirse sin tener consciencia de estar creando algo nuevo. Una teoría general de los cambios constitucionales informales debería ser capaz de dar cuenta también de estas otras modificaciones que se producen de modo tácito o silencioso (Passchier, 2017, pp. 1083 y ss.)¹⁰. Se trata de modificaciones que obedecen a hechos que adquieren eficacia jurídica por su consolidación en el tiempo. Como afirma Albert, la nueva norma no escrita adquiere una cualidad vinculante pese a su desarrollo informal (Albert 2019b, p. 42). Que se produzca efectivamente un cambio fundamental sin la intervención del procedimiento formal de reforma requiere que permanezca indefinidamente en el tiempo y se reconozca socialmente y en la práctica de los actores constitucionales. Pero no es necesario un acto deliberado de voluntad. Los cambios informales de la constitución suponen cambios en las prácticas e interpretaciones de las autoridades constitucionales que 1) afectan a materias

¹⁰ Jellinek (1991, p. 7) señaló como uno de los rasgos que diferencian la mutación de la reforma el que la primera se produce por hechos que no tienen que ser intencionados o conscientes. Kelsen (1983, p.332) también escribió que el cambio de las normas constitucionales se produce «insensiblemente».

constitucionales; 2) son persistentes, es decir, tienen poder de permanencia; 3) se convierten en normas consideradas vinculantes por aquellos a quienes conciernen; y 4) son aceptados, implícita o explícitamente, como válidos por una parte al menos de la comunidad constitucional (Passchier, 2017, pp. 1096-1097).

En todo caso, haya o no una voluntad manifiesta, la identificación y aceptación del cambio es *a posteriori*. Es percibido retrospectivamente como capaz de consolidarse y convertirse en fundamento del orden vigente (Schwartzberg, 2011, p. 1308). Fenómenos como la enmienda inválida de la Constitución, las alteraciones infra-constitucionales, la convención constitucional contraria al texto constitucional, la interpretación judicial que modifica el significado de las disposiciones constitucionales, la derogación implícita por una disposición extra-constitucional, la evolución constitucional, o el desuso constitucional pueden incluirse en un concepto general de «cambio constitucional informal». Lo que lo caracteriza en todo caso no es solo que se produzca por medios distintos del proceso formal de reforma sino, además, que ese cambio resulte aceptado (Bernal Pulido, 2016, p. 16)¹¹. Ya Jellinek (1991, p. 31) escribió que se produce la mutación de la constitución cuando «a nadie se le antoja inconstitucional: incluso quienes comprueban la contraposición del hecho y del Derecho no sacan de ello consecuencia alguna respecto de la práctica». Esa aceptación podría interpretarse en términos de una práctica concordante de los operadores jurídicos y una disposición generalizada a la adhesión, en el sentido de la regla de reconocimiento hartiana. Es un hecho que, salvo que la tensión entre el texto y la interpretación se conciba como incompatibilidad manifiesta e inasumible, el cambio informal coexiste con el poder normativo de la constitución. La cuestión de si lo que han hecho los poderes instituidos es violar o cambiar la constitución es una cuestión de cuál sea la práctica socio-institucional respecto de lo que se acepta como cambio de la constitución.

Si asumimos que cualquier cambio constitucional informal implica, finalmente, la actuación de órganos jurídicos, la diferencia entre la reforma y las alteraciones informales de la Constitución se encontraría en que la primera debe ser necesariamente expresa y las segundas no tienen que hacer necesariamente explícito el cambio que se está introduciendo. La reforma se debe formalizar en un acto o proceso en el que el actor revela de modo explícito su intención de modificar las normas constitucionales existentes. Esta exigencia supone un imperativo de transparencia y justificación por parte del autor de la reforma. El cambio informal puede producirse aunque los autores no admitan que este sea su objetivo o intención o no muestren que tienen conocimiento de las consecuencias constitucionales de sus actos, concibiéndolo así como una reforma tácita de la constitución en el sentido de Böckenförde (2000).

3.3. El valor democrático de los cambios constitucionales informales

Los cambios constitucionales informales pueden ser cuestionados desde premisas diversas. Me interesa plantear aquí si también deben serlo desde su mayor o menor legitimidad democrática. Esta cuestión tiene especialmente sentido si la restringimos respecto de los cambios informales que se producen como modificaciones de las interpretaciones de los preceptos constitucionales producidas por reivindicaciones sociales que logran cambios en el modo en que se habían interpretado institucionalmente hasta ese momento. Estas mutaciones de la constitución solo se pueden concebir como elementos inválidos de una Teoría de la Constitución. El

¹¹ Liern (2014, p. 139) escribe que lo que confirma en último término una mutación constitucional es su aceptación o validación por la jurisdicción constitucional.

cambio informal no es sino una descripción de un fenómeno anómalo que se produce cuando la interpretación de las disposiciones constitucionales desborda los cánones de la interpretación constitucional. Lo que resulta de interés desde la perspectiva de una teoría social crítica es si tiene alguna relevancia para la legitimidad del cambio el hecho de que obedezca a una demanda social relevante y resulte aceptado institucional y socialmente.

La reforma se caracteriza por ser un procedimiento instituido y formalmente delimitado, orientado a la realización de tres principios básicos. En primer lugar, el principio liberal, según el cual todo poder público debe actuar conforme a normas previas y orientar su actuación a la garantía de los derechos y libertades fundamentales. El procedimiento formal de reforma cumple la exigencia de someter este poder a normas y de actualizar el contenido y sentido de los derechos. En segundo lugar, el principio de supremacía de la constitución, como norma que condiciona la validez de cualquier acto normativo, que solo puede realizarse conforme a las condiciones formales y sustantivas que la constitución establece. La regulación de la reforma como acto expreso sirve para distinguirla de la ley ordinaria. Y el principio democrático, conforme al que el pueblo es el titular del poder constituyente. El procedimiento de reforma puede estar especialmente comprometido con el principio democrático si habilita vías para dar voz a cada generación de ciudadanos, haciendo potencialmente posible una mayor vinculación al texto y a la legalidad (Ginsburg y Melton, 2014, p. 2).

El procedimiento formal hace posible la continuidad jurídica y permite mantener la identidad del orden y la seguridad en medio de transformaciones políticas. Supone un perfeccionamiento de un texto que ha jugado un papel positivo en la estabilidad del orden político-jurídico, pero que necesita ser actualizado y consensuado en cuestiones clave (González Cadenas, 2018, p. 75).

Los cambios informales, en cambio, generan dudas acerca de cuáles son las normas constitucionales vigentes y cómo podemos identificarlas. El abuso de alteraciones infra-constitucionales o cambios consuetudinarios produce una situación de confusión en la que no se puede «recabar del texto constitucional una idea suficientemente aceptable de los fundamentos» del orden jurídico (Jellinek, 1991, p. 11; Albert 2017b, p. 768). A estas dudas deben sumarse las relativas a la naturaleza e identidad de los hechos que producen un cambio informal.

El cambio informal debilita el Estado de Derecho, ya que socava la predictibilidad que proporciona un texto constitucional. A pesar de que puede apelar a razones de legitimidad, en cuanto en ciertos casos se produce como reflejo de la consolidación de un consenso social o político, él mismo es un proceso ilegítimo en la medida en que altera el Derecho sin que se hayan seguido procesos transparentes y reglados propios de la reforma formal. Lo que le falta en legitimidad procedimental, lo compensa en legitimidad política (Albert 2016a, pp. 407-408, 412-415).

No reconocer la exclusividad del procedimiento formal de reforma para llevar a cabo cambios constitucionales ha generado la sospecha de que el constitucionalismo democrático no considera la constitución como una restricción real a la voluntad política y, con ello, no esté suficientemente comprometido con el imperio de la ley. Los cambios constitucionales informales respecto de cuestiones que siguen generando amplias discusiones sociales y generan controversia pueden producir el rechazo enconado de quienes ven en riesgo la legalidad. ¿En qué medida, como se preguntaba Böckenförde (2000, pp. 184-185), en un ordenamiento constitucional que prevé y regula expresamente un procedimiento para la reforma de la constitución, es

admisible un cambio de contenido de esta al margen de este procedimiento sin que la constitución pierda su pretensión de validez normativa y su vigencia positiva?

Frente a tales críticas suelen ofrecerse explicaciones descriptivas de los cambios informales, afirmando que en muchos casos vienen determinados por las circunstancias de nuestros Estados constitucionales. El cambio informal se percibe, fundamentalmente, como una alternativa necesaria para permitir que los actores constitucionales afronten los fallos estructurales y adapten la constitución a tiempos cambiantes y nuevas exigencias sin correr el riesgo de fracasar al promover una reforma por la vía formal (Albert, 2016b, p. 424-428). La disposición de reforma constitucional ha bloqueado en muchas ocasiones el impulso de reforma, que se ha canalizado por otras vías. Pero, además, en un sentido normativo, se señala que es el desacuerdo interpretativo la condición y causa de los cambios informales. El hecho de que se plantee de modo amplio y visible un cuestionamiento crítico a las interpretaciones institucionales puede ayudar a que instituciones y sociedad se involucren en una dinámica que produzca un cambio constitucional. La propia dificultad de identificar si se está en presencia de un cambio y de definir su contenido puede contribuir a promover una deliberación pública amplia entre actores jurídicos, políticos y ciudadanía acerca del sentido de las disposiciones constitucionales, y ese tipo de interacciones puede ser socialmente constructivo. Un beneficio adicional es que ello promueve la contestación y la participación en la elaboración del significado constitucional (Albert, 2016b, p. 434, Albert 2019a, pp. 268-269).

Por ello, cabe subrayar la peculiaridad de aquellos cambios informales en los que los procesos políticos e institucionales interaccionan entre ellos y con movimientos sociales en la determinación del significado de los principios constitucionales. No cualquier decisión infra-constitucional fundamental puede aspirar a representar un cambio constitucional aceptable, sino solo aquella que sea fruto de un proceso complejo en el que los principios fundamentales evolucionan mediante instrumentos deliberativos y de control público que permitan una fuerte conexión con la ciudadanía y las necesidades sociales¹². Los órganos encargados de desarrollar y aplicar la constitución actúan en respuesta a tales demandas, de modo que la creación de significados constitucionales tiene lugar en el contexto de un proceso social más amplio (Siegel, 2006), en el que los movimientos sociales mueven los límites de lo que resulta plausible en la interpretación constitucional, de lo que es un argumento jurídico concebible y lo que no (Balkin, 2005, p. 28).

Esta perspectiva permite apreciar el conflicto como un rasgo usual del orden democrático constitucional. La legitimidad democrática de la constitución no solo está sustentada por el consenso, como proyecto incluyente y deliberativo, sino también por el disenso que genera la necesidad de que ese proyecto permanezca abierto (García Jaramillo, 2013, pp. 24-25). El conflicto es positivo para el sistema constitucional en la medida en que la disidencia o la disconformidad se pueda canalizar institucionalmente. Cada grupo o movimiento lucha por persuadir al público no comprometido y a los órganos institucionales, estando obligado a tener en cuenta los argumentos de los otros y a incorporar en su discurso aquello que fortalece sus razones con el objetivo de guiar a los órganos públicos en la consolidación de nuevos significados constitucionales (Siegel, 2006, pp. 1330-1331). En un contexto de disenso y desacuerdo, el fundamento del constitucionalismo no radica en que resuelva definitivamente las disputas sino en su capacidad de alterar los acuerdos

¹² Así lo manifestaron William Eskridge y John Ferejohn, en relación con lo que denominaron «súper-leyes» que, a pesar de ser aprobadas por el procedimiento legislativo ordinario, tienen una fuerza jurídica cuasi-constitucional (2001, p. 1271-1276).

establecidos, de modo que no haya «perdedores permanentes» (Seidman 2001, p. 8)¹³.

El texto constitucional es un producto histórico, cuya indudable dimensión moral no implica que en ella se agote toda la moral. Como todo Derecho, no deja de ser expresión de un equilibrio de fuerzas contingente. El constitucionalismo democrático refleja el hecho de que los derechos constitucionales se establecen históricamente en un contexto de pluralismo (Post, 2000). La formulación de los principios constitucionales se realiza, aunque en términos abstractos, desde un contexto y su aplicación responde también a un contexto concreto. Esta noción histórica y dinámica de los derechos es una condición para hablar de cambios informales entendidos como cambios en la interpretación del texto constitucional: se habla de cambios informales en un sentido democrático para dar entrada en el Derecho constitucional a la asimetría de las posiciones ideológicas y sociales que pugnan por configurar el sentido de esos derechos. El cambio constitucional a través de una interpretación institucional abierta a la sociedad es la vía necesaria para la modificación de la constitución cuando el procedimiento formal de reforma no favorece la integración de interpretaciones rivales. Esta percepción dinámica de la norma constitucional impide que nadie pretenda reclamar de modo creíble tener acceso a la única respuesta correcta (Gerken, 2007, p. 940). El Derecho constitucional es, simplemente, tan dinámico y disputado como lo son los valores y creencias presentes en la sociedad (Post, 2003, p. 10).

Pero hablar de cambios informales, a diferencia de la ruptura o la revisión constitucionales, supone también un compromiso con la normatividad de la constitución. Los cambios informales se toleran en el sistema en la medida en que el conflicto entre la realidad y la normatividad no se presenta en términos de incompatibilidad manifiesta (Vega, 1985, p. 215). Suponen que la confianza de la ciudadanía en la constitución persiste y esta es capaz de canalizar las energías del conflicto social, haciendo que agentes con posiciones profundamente agonistas sigan involucrados en la disputa constitucional, hablando a través de la constitución en lugar de contra ella (Siegel 2006, p. 1327).

El replanteamiento del significado y alcance de las restricciones al diálogo público no supone que estas queden eliminadas. Los derechos y libertades básicos son «reglas del juego que pueden ser cuestionadas dentro del mismo, pero sólo en la medida en que uno primero acepte respetarlas y formar parte de él» (Benhabib, 2006a, p. 125). Los principios fundamentales tienen que ser desafiados

¹³ Hay un *debate abierto* en nuestro país en relación con el estatus constitucional de un colectivo especialmente desatendido en nuestro marco constitucional como es el de los inmigrantes, a los que podríamos identificar con esos «perdedores permanentes». La Constitución de 1978 fue concebida en un contexto nacional de un país de emigrantes, de los que es reflejo el art. 42 CE, que establece que el «Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno». Han sido el legislador, la administración y los jueces los que han restringido los derechos fundamentales de los inmigrantes, reconocidos en condiciones de igualdad a los de los nacionales en el art. 13.1 CE, de acuerdo con los fines propios de la política de extranjería. Y es al legislador al que se remite la regulación de la nacionalidad, a la que se vincula la ciudadanía entendida como plenitud de derechos políticos. Las restricciones más relevantes a los derechos de los no nacionales son las relativas a la participación política de los residentes extranjeros, que se limitan constitucionalmente a la esfera local y se someten a una cláusula de reciprocidad, conforme al art. 13.2 CE. Es necesario plantear la reforma de este artículo para dotar de plenos derechos de participación a los extranjeros y replantearse el vínculo entre ciudadanía y nacionalidad. En nuestro país, y en Europa, la cuestión de los inmigrantes es una cuestión enormemente controvertida, que tendrá que ser afrontada en el marco de principios fundamentales cuyo significado debemos replantearnos en un contexto completamente diferente al que fue el escenario de nuestra Constitución.

periódicamente y reinterpretados en la esfera pública bajo circunstancias cambiantes (Benhabib, 2007, p. 447). «Es solo cuando nuevos grupos reclaman que pertenecen al círculo de destinatarios de un derecho del que habían sido excluidos en su articulación inicial cuando llegamos a comprender cuán fundamental es la limitación de cualquier pretensión acerca de derechos en una tradición constitucional, así como su validez más allá de ese contexto» (Benhabib, 2006b, p. 60).

Los cambios formales en muchas ocasiones no son sino la prolongación de algo que ya ha ocurrido en la realidad. Las reformas formales a menudo no hacen más que ratificar los cambios que ya se han producido en la sociedad sin una enmienda formal. Los cambios producen la reforma, y no al revés (Strauss, 2001, p. 1459). Esto es, en la práctica el texto ya se ha alejado de la realidad social por mutaciones constitucionales que han alterado la estructura social o el equilibrio de intereses (Loewenstein, 1986, p. 165)¹⁴.

Estos supuestos de continuidad pacífica entre el cambio social y el cambio constitucional constituirían el caso claro en que se aceptan modificaciones constitucionales sin someterse a las rigideces del procedimiento especial. El riesgo de que los órganos públicos empleen la retórica del trasfondo popular para la imposición de sus propuestas o la manipulación de la ciudadanía pueden ser mitigados si el cambio constitucional se mantiene dentro de los confines formales de las disposiciones de reforma. Pero esta formalización constriñe en exceso la necesidad de adaptación continua de la constitución y el papel que en la misma deben desempeñar quienes tienen el conocimiento y la experiencia para determinar qué demandan los derechos en contextos sociales cambiantes. Los cambios informales a los que me he referido en este trabajo subrayan la necesidad de que los actores jurídicos estén atentos al significado que adquieren los derechos en la vida social.

4. Conclusiones

En este trabajo se ha sostenido que, aunque los procesos formales de reforma constitucional incorporen instrumentos amplios de integración y participación de la ciudadanía, no pueden nunca confundirse con la actividad efectiva del poder constituyente. Siempre hay un salto entre la realidad de los procesos formales de formación de la voluntad colectiva y la ficción de la voluntad constituyente. Afirmar lo contrario sería sostener un modelo de constitucionalismo popular, como distinto del constitucionalismo democrático. Ello no obsta para considerar que la deliberación sobre el significado de la Constitución es un proceso discursivo complejo en el que los actores institucionales jurídicos deben interactuar con agentes sociales y ciudadanía para asegurar su legitimidad.

¹⁴ Considero que este podría ser el caso de la reforma en marcha del art. 49 de nuestra Constitución. Durante los últimos años se ha producido la adaptación mediante legislación interna de lo regulado en este artículo a los planteamientos que ha ido consolidando la normativa internacional. La Exposición de Motivos del Anteproyecto de Reforma de este artículo señala que paralelamente a este proceso de cambio normativo, se ha producido una demanda sostenida de la sociedad civil articulada en torno a las personas con discapacidad, que venía planteando a los poderes públicos una modificación sustancial del artículo de la Constitución, para acomodarlo a la realidad social y para sentar las bases de una acción pública más vigorosa y eficaz en el futuro. La propuesta de reforma tiene el propósito de adaptar el texto a las concepciones actuales sobre la protección de las personas con discapacidad, que ya no se basan en la concepción médico-rehabilitadora que subyace en su redacción original, y recoger el sentimiento de las personas con discapacidad y las asociaciones vinculadas a la defensa de sus derechos. Lamentablemente, la falta de apoyo de las fuerzas conservadoras en el Parlamento supone en estos días una amenaza a que vea la luz una reforma que responde a un cambio social y jurídico-internacional ya operado.

No es solo una necesidad, sino una realidad ubicua, que el cambio de la Constitución no se agota en los escasos procesos formales de reforma de sus disposiciones, sino en procesos informales de cambio de su significado. En este trabajo se ha propuesto un concepto de cambio informal relevante para evaluar si puede tener un potencial de legitimación de la Constitución vigente que complemente los déficits de los procedimientos institucionales jurídicos de reforma. Se considera tal aquel cambio que se produce en los significados de los principios constitucionales mediante actos institucionales infra-constitucionales que tienen su origen en demandas sociales y en las concepciones sociales cambiantes y heterogéneas de tales principios y, como tales, resultan institucional y socialmente aceptados.

A lo largo de la exposición se han expuesto algunos ejemplos de nuestra vida constitucional que muestran, en primer lugar, que los sistemas constitucionales experimentan habitualmente cambios, fundamentalmente en forma de alteraciones infra-constitucionales que, a pesar de ser inconsistentes con la Constitución, no son impugnadas por los tribunales y son aceptadas social e institucionalmente. En segundo lugar, que muchos de esos cambios no pueden entenderse sin el trasfondo político-social que los genera. Los cambios son resultado de la presión social que actúa tensando el sentido del texto constitucional. En tercer lugar, con independencia de que haya habido una voluntad manifiesta de cambio, lo que sirve para identificarlo y reconocerlo es la aceptación institucional y social *a posteriori*. Por ello, y por su propia definición, el cambio informal genera inseguridad y debilita el Estado de Derecho. No obstante, la pluralidad y complejidad sociales determinan que el conflicto, y no el consenso, sea el rasgo prioritario del orden democrático constitucional. El modo de dotar de significado a los principios fundamentales debe abrirse a la asimetría de las posiciones ideológicas y sociales plurales. En un marco deliberativo amplio los cambios formales deberían ser la prolongación de lo que ya se ha producido en la sociedad. La fina línea que separa esta realidad deseable de los procesos deconstituyentes, en los que las instituciones evaden en sus actuaciones los límites y vínculos constitucionales, reside en el sentido de servicio de quienes ocupan las instituciones y la conexión de estas con la ciudadanía.

Bibliografía

- Ackerman, B. (1999). Revolution on a Human Scale. *Yale Law Journal*, 108, 2279-2349.
- Ackerman, B. (2014). *We the People I. Fundamentos de la Historia Constitucional Estadounidense*. IAEN-Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador-Traficantes de Sueños.
- Albert, R. (2014). Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude. *American Journal of Comparative Law*, 62(3), 641-686.
- Albert, R. (2016a). Cambio constitucional por desuso constitucional. En R. Albert y C. Bernal (eds.), *Cambio Constitucional Informal* (pp. 321-420). Universidad del Externado de Colombia.
- Albert, R. (2016b). Conclusión: la reivindicación de las tradiciones democráticas del cambio constitucional. En R. Albert y C. Bernal (eds.), *Cambio Constitucional Informal* (pp. 421-436). Universidad del Externado de Colombia.
- Albert, R. (2017a). Amendment and Revision in the Unmaking of Constitutions. En D. Landau y H. Lerner (Eds.). *Handbook on Comparative Constitution-Making*. Edward Elgar.
- Albert, R. (2017b). Quasi-Constitutional Amendments. *Buffalo Law Review*, 65, 739-740.

- Albert, R. (2019a). *Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing Constitutions*. Oxford. Oxford University Press.
- Albert, R. (2019b). Los métodos de la reforma informal. *Latin American Law Review*, 3, 29-47.
- Alexander, L. y Solum, L. B. (2005). Popular? Constitutionalism? *Harvard Law Review*, 118(5), 2005, 1594-1640.
- Alterio, A. M. (2016). Constitucionalismo popular. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 10, 158-165.
- Amar, A. R. (1995). Popular Sovereignty and Constitutional Amendment. En S. Levinson (ed.), *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment* (pp. 89-115). Princeton University Press.
- Anderson, G. W. (2013). Societal Constitutionalism, Social Movements, and Constitutionalism from Below. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 20(2), 881-906.
- Balkin, J. M. (2004). Respect-Worthy: Frank Michelman and the Legitimate Constitution. *Tulsa Law Review*, 39, 485-510.
- Balkin, J. M. (2005). How Social Movements Change (or Fail to Change) the Constitution: The Case of the New Departure. *Suffolk Law Review*, 39(27), 27-65.
- Balkin, J. M. y Levinson, S. (2001). Understanding the Constitutional Revolution. *Virginia Law Review*, 87(6), 1045-1104.
- Balkin, J. y Siegel, R. (eds.) (2009) Introduction. *The Constitution in 2020*. Oxford University Press.
- Benhabib, S. (2006a). Modelos de espacio público. Hannah Arendt, la tradición liberal y Jürgen Habermas. En *El Ser y el Otro en la ética contemporánea. Feminismo, comunitarismo y posmodernismo* (pp. 105-138). Gedisa.
- Benhabib, S. (2006b). Democratic Iterations. The Local, the National, and the Global. En R. Post (ed.), *Another Cosmopolitanism* (pp. 45-80). Oxford University Press.
- Benhabib, S. (2007). Democratic Exclusions and Democratic Iterations Dilemmas of 'Just Membership' and Prospects of Cosmopolitan Federalism. *European Journal of Political Theory*, 6(4) 445-462.
- Bernal Pulido, C. (2014). Informal Constitutional Change. *American Journal of Comparative Law*, 62, 493-514.
- Bernal Pulido, C. (2016). Prefacio. Cambio constitucional informal: Una introducción crítica. En R. Albert y C. Bernal (Eds.), *Cambio Constitucional Informal* (pp. 9-50). Universidad del Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2018a). 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.
- Bernal Pulido, C. (2018b). ¿Puede la colaboración abierta fortalecer la legitimidad en los procesos de construcción constitucional? *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 59-93.
- Böckenförde, E. W. (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trotta.
- De Vega García, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos.
- Dixon, R. (2009). Updating Constitutional Rules. *The Supreme Court Review*, 1, 319-346.
- Dixon, R. (2012). Amending Constitutional Identity. *Cardoso Law Review*, 33(5), 1847-1858.
- Dixon, R. y Stone, A. (2016). Constitutional Amendment and Political Constitutionalism. A Philosophical and Comparative Reflection. En D. Dyzenhaus y M. Thorburn (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law* (pp. 95-115). Oxford University Press.

- Eskridge, W. y Ferejohn, J. (2001). Super-Statutes. *Duke Law Journal*, 50, 1215-1276.
- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes: La crisis de la democracia constitucional*. Trotta, 2011.
- Ferreres Comella, V. (2000). Una defensa de la rigidez constitucional. *Doxa*, 23, 29-47.
- García Jaramillo, L. (2013). Introducción. En R. Post y R. Siegel, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo* (pp. 11-29). Siglo XXI Editores.
- García Pelayo, M. (1984). *Manual de Derecho constitucional comparado*. Alianza.
- Gargarella, R. (2006). El nacimiento del "constitucionalismo popular". *Revista de libros*, 112, 1-8.
- Gargarella, R. (2017). El papel del poder judicial dentro del nuevo constitucionalismo dialógico. En F. González, G. Damiani y J. Fernández Albertos (Eds.), *¿Quién manda aquí? La crisis global de la democracia representativa* (pp. 85-102). Debate.
- Gerken, H. K. (2007). The Hydraulics of Constitutional Reform: A Skeptical Response to our Undemocratic Constitution. *Drake Law Review*, 55, 925-943.
- Ginsburg, T. y Melton, J. (2014). Does the Constitutional Amendment Rule Matter at All? Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty. *University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper n° 682*, 1-35.
- González Cadenas, D. (2018). *Democracia y procesos constituyentes. Un análisis jurídico-político*. Tirant lo Blanch.
- González Prado, P. (2020). Jurisprudencia comparada sobre aborto: cuando los feminismos impregnan el derecho. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 42, 135-157.
- Heller, H. (1987) *Teoría del Estado* (12ª reimp.). Fondo de Cultura Económica.
- Hesse, K. (1983). *Escritos de Derecho Constitucional: Selección*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Holmes, S. (1999). El precompromiso y la paradoja de la democracia. En J. Elster y R. Slagstad (Eds.), *Constitucionalismo y Democracia* (pp. 217-262). Fondo de Cultura Económica.
- Hsü, D. L. (1998). *Mutación de la Constitución*. Instituto Vasco de Administración Pública.
- Innerarity, D. (5 de junio, 2019). Hacer que pase, *El País*. https://elpais.com/elpais/2019/06/04/opinion/1559661365_569529.html
- Jellinek, G. (1991). *Reforma y mutación de la constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Kelsen, H. (1983). *Teoría General del Estado* (15ª Ed.). Editora nacional.
- Klein, C. y Sajó, A. (2012). Constitution Making: Process and Substance. En M. Rosenfeld y A. Sajó (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (pp. 419-440). Oxford University Press.
- Kramer, L. D. (2004). *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford University Press.
- Laporta, F. (2015). La encrucijada constitucional. *Claves de Razón Práctica*, 241, 29-37.
- Levinson, S. (2008). *Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong*. Oxford University Press.
- Levinson, S. (ed.) (1995). *Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment*. Princeton University Press.
- Liern, G. R. (2014). La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 101, 125-155.
- Loewenstein, K. (1986). *Teoría de la Constitución*. Ariel.

- Martín, S. (2015). La apuesta por la vía de la doble reforma. En S. Martín, R. Escudero y A. Noguera. *Perspectivas y vías de activación de un proceso constituyente en el Estado español* (pp. 3-15). Ruptura, Grupo de análisis y creación para la transformación social.
- Melero de la Torre, M. (2019). La rigidez constitucional mínima como una forma débil del constitucionalismo. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 51, 1-32.
- Passchier, R. (2017). Quasi-Constitutional Change Without Intent -a Response to Richard Albert. *Buffalo Law Review*, 65, 1077-1099.
- Pettys, T. E. (2008). Popular Constitutionalism and Relaxing the Dead Hand: Can the People Be Trusted? *Washington University Law Review*, 86, 313-361.
- Post, R. (2000). Democratic Constitutionalism and Cultural Heterogeneity. *Australian Journal of Legal Philosophy*, 25, 185-204.
- Post, R. (2003). Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts and Law. *Harvard Law Review*, 117, 4-112.
- Post, R. y Siegel, R. (2006). Democratic Constitutionalism: A Reply to Professor Barron. *Harvard Law and Policy Review*, 1.
- Post, R. (2013), *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Siglo XXI Editores.
- Prieto, L. (2003). Constitución y democracia. En *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta.
- Ramraj, V. (2010). Constitutional Tipping Points: Sustainable Constitutionalism in Theory and Practice. *Transnational Legal Theory*, 1(2), 191-220.
- Risso Ferrand, M. (2017). Mutación e interpretación evolutiva de la Constitución. *Estudios Constitucionales*, 15(1), 217-254.
- Roznai, Y. (2017a). *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*. Oxford University Press.
- Roznai, Y. (2017b). Amendment Power, Constituent Power and Popular Sovereignty. Linking Unamendability and Amendment Procedures. En R. Albert, X. Contiades y A. Fotiadou (Eds.), *The Foundations of Constitutional Amendment* (pp. 23-49). Hart Publishing.
- Schwartzberg, M. (2011). Should Progressive Constitutionalism Embrace Popular Constitutionalism? *Ohio State Law Journal*, 72(6), 1295-1316.
- Seidman, L. M. (2001). *Our Unsettled Constitution: A New Defense of Constitutionalism and Judicial Review*. Yale University Press.
- Siegel, R. (2001). Text in Contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective. *University of Pennsylvania Law Review*, 150, 297-351.
- Siegel, R. (2006). Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto ERA. *California Law Review*, 94, 1323-1419.
- Smend, R. (1985). *Constitución y Derecho constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Spindelman, M. (2009). Toward a Progressive Perspective on Justice Ginsburg's Constitution. *Ohio State Law Journal*, 70(4), 1115-1126.
- Strauss, D. A. (2001). The Irrelevance of Constitutional Amendments. *Harvard Law Review*, 114, 1457-1505.
- Sunstein, C. (1993). *The Partial Constitution*. Harvard University Press.
- Sunstein, C. (2004). *The Second Bill of Rights: Franklin Delano Roosevelt's Constitutional Vision and Why We Need it More Than Ever*. Basic Books.
- Tribe, L. (24 de 2004), "The People Themselves": Judicial Populism. *The New York Times*.
- Tushnet, M. (1999). *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton University Press.

Wolin, S. (1996). Fugitive Democracy. En S. Benhabib (Ed.), *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political* (pp. 31-45). Princeton University Press.

