

Poder Constituyente*

Constituent Power

Jorge Baquerizo Minuche**

Universidad de Girona

ORCID ID 0000-0003-4698-2292

jorge.baquerizo@udg.edu

Cita recomendada:

Baquerizo Minuche, J. (2023). Poder Constituyente. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 220-241

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7998>

Recibido / received: 05/06/2023

Aceptado / accepted: 19/07/2023

Resumen

En el presente trabajo se presenta una definición del concepto de «poder constituyente» como fenómeno de producción normativa. El objetivo es realizar una labor de clarificación conceptual que pretende aportar ciertos elementos para su mejor comprensión. Más precisamente, se tratará de elucidar qué tipo de poder es el capturado por este concepto y bajo qué perspectiva puede decirse que existe una relación entre el poder constituyente y el derecho.

Palabras clave

Poder constituyente, constitución, orden jurídico, normas originarias, hechos normativos.

Abstract

In this paper I offer a definition of «constituent power» as a phenomenon of normative production. The objective is to carry out a task of conceptual clarification that aims to provide certain elements for a better understanding. More precisely, I will try to elucidate what type of power is captured by this concept and from what perspective it can be said that there is a relationship between constituent power and the Law.

Keywords

Constituent power, constitution, legal order, original norms, normative facts.

* El presente texto contiene varias reformulaciones y reestructuraciones de ideas que forman parte de trabajos previamente publicados (y que pueden ser consultados en la bibliografía), uno de los cuales fue escrito en coautoría con Pablo A. Rapetti. En particular, un desarrollo más extenso de estas ideas puede consultarse en mi libro *El concepto de poder constituyente. Un estudio de teoría analítica del derecho* (Baquerizo Minuche, 2021a).

** Investigador postdoctoral «Margarita Salas», Área de Filosofía del Dret, Universitat de Girona. Con el financiamiento del Ministerio de Universidades de España y de la Unión Europea - Next GenerationEU. Agradezco a los dos evaluadores anónimos de este trabajo por sus útiles comentarios.

SUMARIO. 1. Perspectivas de análisis sobre el poder constituyente. 1.1. Perspectiva *ex ante*: el poder constituyente como soberanía. 1.1.1. El malentendido de la «permanencia» del poder constituyente. 1.2. Perspectiva *ex post*: el poder constituyente como fenómeno normativo. 1.2.1. El malentendido de la «ausencia» del poder constituyente. 2. Una definición de «poder constituyente» como fenómeno normativo jurídico. 2.1. Aclaraciones para un modelo de comprensión del poder constituyente. 2.2. Condiciones necesarias y suficientes para la instanciación del concepto. 2.2.1. Intervención de un sujeto constituyente. 2.2.2. Producción de normas originarias. 2.2.3. Efectividad de los hechos normativos originarios. 2.2.4. Surgimiento de un nuevo orden jurídico. 3. A modo de conclusión.

1. Perspectivas de análisis sobre el poder constituyente

En términos generales, el poder constituyente puede ser analizado según dos perspectivas cronológicas: desde una perspectiva *ex ante*, como una capacidad (*potencia, potenza, puissance*); y desde una perspectiva *ex post*, como el ejercicio efectivo de esa capacidad (*poder, potere, pouvoir*)¹.

Según la perspectiva *ex ante*, el poder constituyente es analizado como una potencialidad o capacidad atribuida a un «soberano»²; este es típicamente el objeto de estudio que se plantean tanto la teoría como la filosofía política cuando se aproximan a este fenómeno³.

Según la perspectiva *ex post*, en cambio, el poder constituyente es analizado como un fenómeno de producción normativa reconocible a partir de unos determinados hechos que originan un nuevo orden jurídico (Ferrajoli, 2007, p. 851); este es, a su vez, el objeto de estudio que usualmente se plantea la teoría general del derecho cuando se interesa en el concepto de «poder constituyente»⁴.

La utilización de ambas perspectivas permite relacionar al poder constituyente con dos diversos sentidos del concepto de «revolución»: mientras desde la perspectiva *ex ante* se puede relacionar al poder constituyente con un sentido amplio de «revolución», la perspectiva *ex post* permite relacionarlo con un sentido restringido –o jurídico– de «revolución»⁵. Además, tener en cuenta estas perspectivas de forma separada permite disolver varios malentendidos que frecuentemente aparecen en la literatura pertinente.

¹ Como señala Luigi Ferrajoli, el poder constituyente «considerado *a priori*, es una *potencia de hecho*», en el doble sentido de que su ejercicio es sólo potencial y de que requiere además de una efectiva *potencia* (Ferrajoli, 2007, p. 854, cursivas en el original); en cambio, desde una perspectiva *ex post*, el poder constituyente es siempre un poder concretamente ejercido o, en otras palabras, una situación que ha sido concretamente actuada (Ferrajoli, 2007, p. 851).

² «[B]ien podríamos llamar a semejante poder “soberanía”, tratándose en efecto [...] de un poder *legibus solutus* y *superiorem non recognoscens*» (Ferrajoli, 2007, p. 854).

³ Por ello mismo, los temas preponderantes en torno a esta perspectiva de análisis están conectados con cuestiones de legitimidad política. Así, por ejemplo, David Dyzenhaus señala que *la* pregunta acerca del poder constituyente es si el poder por sí mismo puede transformarse, sin más, en autoridad (o si acaso necesita de ciertas propiedades ideales para lograr tal efecto). Véase Dyzenhaus (2007, p. 129).

⁴ Véase, por ejemplo, Bobbio (1960, pp. 52 y ss); Pace (1997, pp. 110 y ss); Ferrajoli (2007, pp. 849 y ss); y Guastini (2011, pp. 171 y ss).

⁵ Para un análisis de estas posibles relaciones (de las que no me ocuparé en este trabajo), véase Baquerizo Minuche (2021b).

Veamos más detalladamente qué es lo que se analiza desde cada una de estas perspectivas y cómo su separación permite evitar los correspondientes malentendidos.

1.1. Perspectiva *ex ante*: el poder constituyente como soberanía

Desde la primera perspectiva, y teniendo en cuenta la historia de las ideas políticas, el poder constituyente generalmente ha sido identificado con una de las nociones de «soberanía»⁶: es «el poder para constituir, abolir, alterar o reformar las formas de gobierno» o, en otras palabras, es el poder que reside en la comunidad política «para modelar un Estado» (Lawson, 1992, pp. 47-48)⁷. Así, cuando desde esta perspectiva se habla de la capacidad de la Nación o del Pueblo para determinar sus propias instituciones políticas y jurídicas a través de la activación del poder constituyente, no se haría otra cosa que expresar el atributo de la soberanía⁸. En este sentido, decir que «el Pueblo, en virtud de su soberanía, tiene la capacidad de autodeterminar sus instituciones» o decir que «el Pueblo detenta el poder constituyente» serían dos modos de afirmar lo mismo; ambas oraciones tendrían exacto significado⁹.

De hecho, la noción misma de «poder constituyente» emergió desde esta perspectiva; y es que el concepto adquirió su propia entidad en una época en la que se empezaba a comprender que la «autoridad política» de la constitución deriva de la soberanía popular y, más concretamente, del poder constituyente que, en cabeza del Pueblo (*The People, La Nation*), permite hacer y rehacer los acuerdos institucionales necesarios para el autogobierno colectivo (Loughlin, 2014, p. 219). Las coordenadas temporales de esta época nos sitúan hacia finales del siglo XVIII, cuando florecía el pensamiento revolucionario que marcó el proceso de independencia de los EE.UU. y la Revolución Francesa, respectivamente¹⁰.

Fue en este contexto, y asumiendo esta misma perspectiva, que el abate Emmanuel-Joseph Sieyès formuló originalmente la expresión «poder constituyente»¹¹. De acuerdo con la teorización de Sieyès acerca del *pouvoir*

⁶ El término «soberanía», como se sabe, padece de una notoria ambigüedad. Sin embargo, puede decirse que, básicamente, existen dos concepciones clásicas: una concepción «absolutista» de soberanía como *mandato y obediencia* o como «máximo poder de mando» –forjada en la antigüedad y recogida por Jean Bodin en el siglo XVI (véase Kalyvas, 2005, pp. 224-225); y la concepción moderna de soberanía a la que aquí se hace referencia, forjada a través del pensamiento de autores como George Lawson, John Locke, Thomas Paine y Emmanuel Sieyès, y que se traduce como un poder «para fundar, para plantar, para constituir, es decir, como un poder constituyente» (Kalyvas, 2005, p. 225). Para una detallada exposición de la concepción del poder constituyente *como soberanía* según la concepción moderna, véase Colón-Ríos (2014, pp. 328-334).

⁷ Véase, también, Loughlin (2007, p. 40).

⁸ Como señala Riccardo Guastini, la soberanía en cuanto predicado del pueblo «no es otra cosa que el poder constituyente» (Guastini, 2006, p. 216). En igual sentido, Nicola Matteucci sostiene que la «soberanía popular» no es más que un sinónimo del «poder constituyente del pueblo» (Matteucci, 1983, pp. 1107-1108).

⁹ La histórica identificación a la que aquí se hace referencia ha tratado de ser disuelta recientemente en Colón-Ríos (2020, pp. 226-261), estipulando una distinción entre «poder constituyente» (al que se propone entender como un poder exclusivamente autorizado para producir un nuevo orden constitucional) y «soberanía» (entendida como la incontrolable capacidad de transformar una voluntad en derecho, creando cualquier contenido jurídico). *Cfr.* Baquerizo Minuche (2022, p. 74), donde he argumentado que, más allá de que se pueda aceptar (o no) la señalada distinción, ello es totalmente independiente de –y, en cualquier caso, deja a salvo– la comprensión del poder constituyente como una potencialidad (desde esta perspectiva *ex ante*).

¹⁰ Con todo, existen varias indagaciones que apuntan a que la noción de «poder constituyente» tendría un origen histórico incluso más remoto; véase, en este sentido, Loughlin (2007, pp. 28-38); Colón-Ríos, (2012, pp. 80-83); Roznai (2017, pp. 107-108); Arato (2017, p. 88 [119]).

¹¹ Sieyès, como se sabe, fue un destacado político francés quien, pocos meses antes del estallido de la Revolución Francesa, dentro de su famoso panfleto *Qu'est-ce que le Tiers-État?* («¿Qué es el Tercer

constituant, la Nación¹² tiene la capacidad de implementar su propia «constitución», esto es, «una organización, formas y leyes apropiadas para llenar aquellas funciones a las cuales se le ha querido destinar» (Sieyès, 1988, pp. 104-105). Presuponiendo la existencia de la *Nación* como una unidad política (Dogliani, 1986, pp. 42-44; Loughlin, 2010, p. 221), Sieyès entonces denomina «poder constituyente» a aquella capacidad; es en este sentido que afirma que «una Constitución supone ante todo un Poder Constituyente» (Sieyès, 2007, p. 257).

La clásica concepción de Sieyès todavía resuena y sigue influenciando a una buena parte del pensamiento político y jurídico de Occidente, más de doscientos treinta años después (Arato, 2017, p. 88). La impresionante permanencia de estas ideas se debe, en gran medida, al desarrollo y sistematización de la teoría del poder constituyente en manos de la influyente obra de Carl Schmitt¹³. Y es que, ya entrados en el siglo XX, y dentro de un contexto asimismo revolucionario¹⁴, Schmitt caracterizó al poder constituyente bajo la innegable influencia de Sieyès: asumiendo –para los efectos que aquí interesan– la perspectiva de análisis *ex ante*.

En efecto, Schmitt definía al poder constituyente como «la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política» (Schmitt, 1996, pp. 93-94, cursivas en el original). Definido en estos términos, el poder constituyente –como voluntad política acerca del modo y forma del «ser político»– sirve de fundamento a la constitución entendida en un sentido «positivo»¹⁵. Es claro advertir, pues, que Schmitt concibe al poder constituyente en clave de soberanía (Colón-Ríos, 2014, pp. 328-329), aludiendo a una potencia o capacidad de la unidad política para poder autodeterminarse.

Por ello mismo, siguiendo esta concepción, el poder constituyente permanecería «siempre en potencia, latente por encima de toda Constitución derivada de él y de todas las leyes dadas dentro del marco de la Constitución vigente» (Recaséns Siches, 1931, p. 76). En palabras del mismo Schmitt, al poder constituyente «le queda siempre la posibilidad de seguir existiendo [...] por encima de toda Constitución, derivada de él, y de toda determinación legal-constitucional, válida en el marco de esta Constitución» (Schmitt, 1996, p. 108).

Este sentido de «permanencia» del poder constituyente es estrictamente político y no jurídico; en otras palabras, solo se puede predicar del poder constituyente visto desde la perspectiva *ex ante* (y no desde la perspectiva *ex post*). Sin embargo, la confusión de estas perspectivas de análisis ha dado lugar a un frecuente malentendido en la literatura respectiva. Veamos.

Estado?»), había señalado que «[e]n cada una de sus partes la Constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente» (Sieyès, 1988, p. 106).

¹² Sobre el concepto de «nación» que se extrae del análisis de la obra de Sieyès, véase Dogliani (1986, p. 44).

¹³ Una muestra de la influencia del pensamiento de Schmitt en la actualidad, específicamente sobre su concepción del poder constituyente, es expuesta en Colón-Ríos, 2011, pp. 369-379.

¹⁴ Marcado por la así llamada «Revolución de 1918», contexto en el cual se introdujeron en Alemania las ideas de la Revolución Francesa y la concepción del poder constituyente de Sieyès. Véase, al respecto, Schmitt (1996, p. 76); Cristi (1998, p. 189).

¹⁵ «La Constitución en sentido positivo surge mediante un acto del poder constituyente» (Schmitt, 1996, p. 45). Según este sentido positivo, la constitución «es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta *por sí misma y se da a sí misma*» (Schmitt, 1996, p. 46, cursivas en el original).

1.1.1. El malentendido de la «permanencia» del poder constituyente

La idea de la permanencia o latencia del poder constituyente solo tiene sentido si se considera a este último en clave de soberanía (de nuevo, desde una perspectiva *ex ante*). No obstante, el propio Schmitt se refirió a esta idea en términos que pueden dar a entender, incorrectamente, que el poder constituyente es un poder normativo temporalmente ilimitado, disponible dentro de los ordenamientos jurídicos para ser ejercido siempre y en cualquier momento¹⁶. De hecho, muchos autores influenciados por Schmitt parecen haber entrado en la posible confusión, sosteniendo, por ejemplo, que el poder constituyente «perdura siempre, aun a través del orden jurídico por él constituido; que podrá en todo momento modificar sustancialmente, cuando así lo quiera»¹⁷.

Sin embargo, esta idea –fruto de la confusión entre las perspectivas de análisis aquí expuestas– es absolutamente rechazable¹⁸. El poder constituyente, (mal)entendido como un poder normativo potencialmente ilimitado dentro de un determinado ordenamiento jurídico, no es concebible; o, al menos, no es concebible en los ordenamientos jurídicos caracterizados por incluir el ideal regulativo del Estado de Derecho, lo que se traduce en la formulación de enunciados constitucionales que reconocen la soberanía siempre que se la ejerza en las formas y con los límites determinados por la constitución¹⁹. Acorde con lo anterior, todo poder dentro de un Estado de Derecho se encuentra jurídicamente limitado; por tanto, la existencia y permanencia de una autoridad soberana, no sometida al derecho (*legibus solutus*), está fuera de toda posibilidad dentro de este marco conceptual²⁰.

Por lo demás, dado que los eventos concretos que determinan la efectiva realización del poder constituyente –visto desde la perspectiva *ex post*– son hechos que existen en específicas coordenadas de tiempo y espacio (*infra*, sección 2.2), no tiene sentido referirse a aquellos como si fueran una clase de entidades atemporales. Ocurridos ya estos hechos, desaparece el poder constituyente: «una vez ejercido, deja de existir, al menos en relación con el ordenamiento constituido por las normas constitucionales sobre la producción dictadas mediante su ejercicio» (Ferrajoli, 2007, p. 854)²¹. En otras palabras, y como señala Riccardo Guastini, el poder constituyente –como fenómeno de producción normativa– «no sobrevive al nacimiento de la (primera) constitución, sino que desaparece en ella y con ella» (Guastini, 2011, p.

¹⁶ Así, Schmitt expresaba que el nacimiento de una constitución «no puede agotar, absorber ni consumir el Poder constituyente», y que «no por ello se encuentra acabado ni desaparecido» (Schmitt, 1996, p. 94). Véase, también, Schmitt (1996, p. 108).

¹⁷ Recaséns Siches (1931, p. 69). Véase también Sánchez Viamonte (1957, p. 576), donde se sostiene que, una vez dictada la constitución, el poder constituyente «entra en reposo, pero permanece vivo y operante en las disposiciones constitucionales, en las cuales adquiere permanencia o, por lo menos, estabilidad. Su ejercicio no se agota. Permanece en estado virtual o de latencia, apto para ponerse de nuevo en movimiento». Estas ideas han permanecido hasta hoy en cierto sector de la doctrina constitucional; véase, por ejemplo, Criado de Diego (2014, p. 133); Martínez Dalmau (2014, p. 102).

¹⁸ Véase, en este sentido, Ferrajoli (2007, p. 854); Zagrebelsky (2008, pp. 149-150).

¹⁹ Es el caso, por ejemplo, de las constituciones de Italia (art. 1) y de Portugal (art. 3.1). Esto implica que la soberanía que se reconoce en dichas constituciones no equivale a un poder *desnudo* sino, por el contrario, a un poder vinculado a formas y límites constitucionales (Zagrebelsky, 2008, p. 149). En el caso de la *Ley Fundamental de Bonn*, la alusión al poder constituyente del «pueblo alemán», en clave de soberanía, se puede explicar simplemente como una apelación histórica al fundamento político de la carta constitucional (que por ello mismo consta en el Preámbulo) y no plausiblemente como otra cosa.

²⁰ Además de razones de orden conceptual, existen también razones de orden ideológico por las cuales *no se debería* concebir un poder constituyente permanente como poder normativo dentro de un ordenamiento jurídico; véase, al respecto, Angiolini (1995, p. 67); Zagrebelsky (2008, pp. 145-149). Una diversa confusión, relacionada con este mismo punto, es la que se advierte en la incorrecta identificación del poder constituyente (como fenómeno normativo) en los procesos «constituyentes» constitucionalmente previstos y regulados; para un análisis crítico que desemboca en el rechazo de dicha identificación, véase Baquerizo Minuche (2021a, pp. 163-173).

²¹ En el mismo sentido, véase Zagrebelsky (2008, p. 145).

172)²²; el poder constituyente en este preciso contexto es «un caso cerrado, un poder extinto [...] disuelto radicalmente y sin residuos en los poderes constituidos que ocupan todo el espacio jurídico» (Dogliani, 1995, p. 13).

Claro está, lo anterior no elimina la posibilidad de una subsiguiente manifestación del poder constituyente como fenómeno normativo; pero dicha posibilidad necesariamente ha de referirse a nuevos sucesos o acontecimientos desde otras coordenadas temporales. En síntesis, y para decirlo en términos de Guastini, no es que se trate del mismo poder que ha «despertado del letargo», sino simplemente de un *nuevo* poder constituyente (Guastini, 2011, pp. 172-173 [8]).

Como se puede advertir, la idea de la permanencia del poder constituyente carece de sentido si se lo considera como un fenómeno normativo (desde una perspectiva *ex post*). Sin embargo, todavía tiene sentido sostener que aquello que sobrevive a la producción originaria de una constitución es la soberanía como potencia reivindicable (o, lo que es lo mismo, el poder constituyente visto desde una perspectiva *ex ante*). Esto último, se insiste, solo puede ser entendido en un sentido político: como una alternativa de cambio constitucional siempre presente en las discusiones políticas (Dogliani, 1995, p. 13), al modo de «algo que es empíricamente posible que tenga lugar en la realidad externa bajo ciertas circunstancias» (Laporta, 2007, p. 72)²³. Dicho de otro modo, el uso del término «soberanía» –o, si se prefiere, el uso de la expresión «poder constituyente» como sinónimo de «potencia»– no nos informa de ningún evento que suceda ahora o vaya a suceder, sino simplemente de la posibilidad de que ciertos eventos puedan ocurrir bajo determinadas condiciones (Rees, 1956, p. 75)²⁴.

Este, me parece, es el único sentido plausible en que cabe hablar de la permanencia del poder constituyente: solo si, de modo anterior –*ex ante*– y de manera totalmente independiente a la ocurrencia concreta de determinadas circunstancias, se hace referencia a la capacidad o potencia que se atribuye a ciertos sujetos a quienes se considera titulares de la soberanía.

En todo caso, corresponde ahora abordar la segunda perspectiva de análisis del poder constituyente.

1.2. Perspectiva *ex post*: el poder constituyente como fenómeno normativo

Como se había dicho al inicio, si es analizado desde una perspectiva *ex post*, el poder constituyente pasa a ser objeto de estudio como un fenómeno de producción normativa. En efecto, ya sea en la teoría constitucional o en la teoría general del derecho, existen numerosos trabajos que dan cuenta de este fenómeno desde el punto de vista de las consecuencias relevantes para los ordenamientos jurídicos. Es en este sentido específico que se leen definiciones tales como las siguientes:

- Es el poder «último», «supremo» y «originario» de un ordenamiento jurídico (Bobbio, 1960, p. 52);

²² Evidentemente, si el poder constituyente (desde la perspectiva *ex post*) es simplemente una manifestación de determinados hechos, referirse a su «sobrevivencia» o «desaparición» es algo que solo puede tomarse en un sentido metafórico.

²³ Como se verá más adelante, Laporta es escéptico respecto de la ontología de entidades como la soberanía o el poder constituyente.

²⁴ Citado en Laporta (2007, p. 79).

- Es el poder por el que todo ordenamiento originario es (ha sido) constituido (Ferrajoli, 2007, p. 854); o,

- Es el poder que, sin ser «constituido», es decir, sin estar previsto ni regulado por normas positivas vigentes, instaura de forma ilegal –o, en cualquier caso, no-legal– una «primera constitución»: una constitución que no puede encontrar el fundamento de su validez en una constitución precedente (Guastini, 2011, pp. 171-173).

Pues bien, aunque puedan encontrarse algunas diferencias entre las diversas definiciones de estos y tantos otros autores, la perspectiva de análisis que se asume al estudiar el poder constituyente como fenómeno normativo es siempre la misma: la perspectiva *ex post*, correspondiente a una situación que ha sido concretamente actuada y no a una situación meramente actuable (Ferrajoli, 2007, p. 851)²⁵. Se asume, pues, que el poder constituyente en este contexto es siempre un poder concretamente manifestado; en efecto, se lo considera como tal «solo si es considerado *a posteriori*», o sea, en virtud de los hechos que producen la constitución del ordenamiento (Ferrajoli, 2007, p. 854). Dicho de otro modo, su peculiaridad consiste precisamente en que «solo es constituyente en cuanto, y solo en cuanto, sea de hecho ejercido» (Ferrajoli, 2007, p. 851). Por tanto, antes de esa manifestación efectiva no puede existir propiamente un poder constituyente como fenómeno normativo; lo que existirá, a lo sumo, es la atribución de una potencia o capacidad al soberano (como se explicó en la sección 1.1).

Ahora bien, una vez que los hechos que conforman el poder constituyente han ocurrido y han desencadenado sus respectivas consecuencias, forman parte ya del pasado; por ello, desde esta perspectiva *ex post*, resulta más apropiado decir que ha habido una manifestación del poder constituyente en virtud del cual un nuevo orden jurídico ha sido constituido (Ferrajoli, 2007, p. 854). En este punto es relevante recordar una precisión introducida por Genaro Carrió, quien sostenía que los enunciados que afirman que algo ha sido una manifestación del poder constituyente «sólo pueden referirse al pasado» (Carrió, 1973, p. 52)²⁶; por consiguiente, «identificar ejercicios de poder constituyente es posible solo en retrospectiva» (Tushnet, 2015, p. 647).

De lo anterior se sigue que, de acuerdo con esta perspectiva de análisis, subyace una comprensión del poder constituyente como un fenómeno normativo que exige la necesaria concreción de ciertos sucesos o eventos de un modo empíricamente verificable. Evidentemente, esto contrasta con la perspectiva de análisis *ex ante* del poder constituyente, en la que simplemente se postula la atribución de una potencia o capacidad a un soberano. Sin embargo, no separar adecuadamente estas perspectivas de análisis arroja, nuevamente, otro malentendido que puede advertirse en la literatura relevante. Veamos en qué consiste.

1.2.1. El malentendido de la «ausencia» del poder constituyente

Si *ex ante* aún no ha aparecido y *ex post* ya ha desaparecido, parece obvio concluir que el poder constituyente existe «solo en el momento constituyente» (Ferrajoli, 2007, p. 854). A esta precariedad se refería Juan Donoso Cortés en 1837 con peculiar lirismo: el poder constituyente «si aparece alguna vez, aparece como el rayo que

²⁵ *Actuable*, según la definición del mismo autor citado, es la situación que puede ser actuada (o realizada) a través de un acto (Ferrajoli, 2007, pp. 321-322). Situación, por su parte, es toda modalidad o expectativa positiva o negativa de un acto jurídico (*Ibid.*, p. 301).

²⁶ En similar sentido, véase Pace (1997, p. 124).

rasga el seno de la nube, inflama la atmósfera, hiere a la víctima y se extingue» (Donoso Cortés, 1984, p. 72). En este punto, sin embargo, algunos autores han cuestionado por qué seguir atribuyendo la creación de un nuevo orden constitucional al poder constituyente: un poder que solo puede ser identificado cuando ya no existe. De ahí que existan algunas críticas dirigidas contra la idea misma de un poder constituyente, al que se califica como una entidad ausente o «invisible».

Así, por ejemplo, bajo el entendido de que «los soberanos se manifiestan sólo en los eventos históricos que producen», Francisco J. Laporta sugiere que las ideas acerca de la soberanía o del poder constituyente podrían ser simplemente el fruto de una fabulación acerca de «seres o poderes imaginarios sin ninguna justificación ni fundamento» (Laporta, 2007, p. 79). Laporta, además, sostiene que las propiedades que se atribuyen a los poderes que llamamos «soberano», «poder constituyente» o «autoridad suprema» son siempre disposicionales: «nunca podemos describirlos con sus propiedades actuales porque esas propiedades parecen estar tras un velo de misterio y silencio»²⁷. Para ahondar en su crítica, Laporta compara la noción de poder constituyente con la idea de Dios²⁸; a estos efectos, se refiere en los siguientes términos:

[...] con Dios acaece lo mismo que con el poder soberano: nadie lo ha visto ni se sabe nada de él. Tanto Dios como el soberano permanecen siempre en silencio. Y la tentación constante es entonces comenzar a atribuirles acciones o acontecimientos como si se tratara de importantes indicios de su existencia: el origen de una nueva constitución, el éxito de una revolución popular, la instauración de un sistema político mediante un golpe de Estado, el nacimiento de una nueva comunidad a partir de una secesión, etc. Y como en realidad solamente tenemos ante nosotros esos actos o eventos históricos lo que tendemos a hacer es fabular un ente que los haya causado, llámesele Dios o poder supremo [...] Es decir, se atribuyen a un presunto ser unas ciertas propiedades porque en la realidad histórica ha sucedido algo y pensamos de un modo ingenuo y falaz que sólo podemos explicar eso que sucedió apelando a un ser anterior que funciona como causa de esos sucesos (Laporta, 2007, p. 78).

En mi opinión, esta crítica es algo exagerada y, sobre todo, parece ser el fruto de no separar adecuadamente las dos perspectivas de análisis aquí expuestas. En efecto, puede aceptarse que el concepto de «poder constituyente» haya estado históricamente impregnado de sedimentos «mitológicos» –por así decirlo–, pero esto tiene que ver más con la atribución de propiedades o capacidades al poder constituyente como potencia (perspectiva *ex ante*): precisamente por ello la crítica se refiere, en el mismo plano, tanto al soberano como al poder constituyente. Sin embargo, cuando Laporta conjetura que, si descartamos a «seres o poderes imaginarios» como autores de los eventos que supuestamente producen, «a lo peor lo único que existe son esos eventos» (Laporta, 2007, p. 79), se podría responder: justamente, lo único que existe son esos eventos y el conjunto de esos eventos es el poder constituyente entendido como fenómeno normativo (perspectiva *ex post*).

De este modo, aislando cualquier posible consideración relativa a la existencia de una sustancia inventada o de un ser imaginario, se puede estipular una definición

²⁷ *Ibidem*. Refiriéndose precisamente al sentido de soberanía como propiedad disposicional, el mismo autor citado critica a Carl Schmitt por fabular «una suerte de potencia metafísica de naturaleza prenortativa» al caracterizar la condición de «soberano» en un sentido normativo (Laporta, 2007, p. 72).

²⁸ La misma comparación (aunque con otros propósitos) la hizo de forma pionera Carl Schmitt, al afirmar que la idea de un legislador soberano o todopoderoso proviene de la idea de un Dios omnipotente (Schmitt, 2009, p. 37). Posteriormente, Schmitt mostró que, según la concepción medieval, solo Dios tiene una *potestas constituens*: el poder constituyente de Dios (Schmitt, 1996, p. 95). En un ámbito más próximo, las manifiestas analogías entre el concepto de «poder constituyente originario» y el concepto de Dios (o «Naturaleza») elaborado por Spinoza, son analizadas en Carrió (1973, pp. 44-46).

del concepto de «poder constituyente» como fenómeno de producción normativa que designa –no ya un ente misterioso al que se atribuyen ciertos eventos, sino– la manifestación efectiva de unos determinados hechos. Entendido de esta manera, el poder constituyente no tiene nada de mítico ni de misterioso pues, precisamente, solo se puede saber de su existencia mediante la verificación y reconstrucción de un conjunto de determinados hechos sociales complejos que efectivamente han ocurrido dentro de unas ciertas coordenadas de tiempo y espacio²⁹. Y con ello, no puede decirse ya que «nadie lo ha visto ni se sabe nada de él».

2. Una definición de «poder constituyente» como fenómeno normativo jurídico

Sobre la base de lo antes dicho, y asumiendo exclusivamente una perspectiva de análisis *ex post*, puede estipularse la siguiente (re)definición del concepto de «poder constituyente»:

«Poder constituyente»: manifestación efectiva de «hechos normativos originarios», esto es, de un conjunto de hechos normativos complejos que, al margen o en contra de lo previsto por eventuales normas jurídicas vigentes, han llegado a producir nuevas normas –normas originarias– cuya aceptación y observancia generalizada provoca la interrupción en la continuidad de un orden jurídico preexistente y el consecuente surgimiento de un nuevo orden jurídico³⁰.

Como es evidente, esta definición requiere de varias clarificaciones respecto del sentido de los términos y expresiones utilizados, así como de las ideas implicadas; y, sobre todo, exige un ulterior desarrollo en torno a los elementos que la componen. Las siguientes subsecciones están dedicadas a estos propósitos.

2.1. Aclaraciones para un modelo de comprensión del poder constituyente

El modelo de comprensión del poder constituyente, que se sintetiza en la definición antes ofrecida, exhibe una doble caracterización de este fenómeno: como «poder de hecho» desde el punto de vista de su manifestación; y como «poder jurídico» desde el punto de vista de los resultados que produce³¹.

Desde el punto de vista de su manifestación, parece indiscutible que el poder constituyente es un poder fáctico o de hecho³². No puede tratarse de un poder jurídico-positivo, dado que no es producto de ningún acto jurídico que lo haya puesto (Ferrajoli, 2007, p. 851); y es que, si existieran normas jurídicas que lo confiriesen, por definición ya no se trataría de un poder «constituyente» sino de un poder «constituido»³³. Por consiguiente, tampoco se trata de un poder regulado, al no ser una norma ni una situación predispuesta por una norma; se trata, más bien, de un poder desregulado (Ferrajoli, 2007, p. 851)³⁴. De todo esto se sigue que el poder constituyente, desde el punto de vista de su manifestación, no podría ser encuadrado

²⁹ En sentido amplio, pues, puede decirse que el poder constituyente es simplemente «el hecho por el cual la (primera) constitución nace» (Guastini, 2011, p. 172).

³⁰ Esta definición se inspira y toma parcialmente algunos elementos de Guastini (2011, p. 130).

³¹ No está de más aclarar que estos dos puntos de vista (el de la *manifestación* y el de los *resultados*) se circunscriben por igual dentro de una perspectiva de análisis *ex post* del poder constituyente.

³² Véase, en este sentido, De Vega (1985, p. 65); Pace (1997, pp. VIII, 116, 125); Ferrajoli (2007, p. 947 [7]) y Guastini (2011, pp. 124, 172, 378).

³³ Pace (1997, pp. VIII, 111); Ferrajoli (2007, p. 290); Guastini (2011, p. 173). Por ello mismo, «una norma que confiriera poder constituyente, simplemente, no puede existir: es una noción auto-contradictoria» (Guastini, 1996, p. 315).

³⁴ Adviértase que, en este punto, nuevamente puede surgir la confusión referida en la nota n. 20 de este trabajo: la incorrecta identificación del poder constituyente (como fenómeno normativo) en los procesos «constituyentes» constitucionalmente previstos y regulados.

o definido como una competencia jurídica o como un poder de derecho (De Vega, 1985, p. 65)³⁵; es más, carecería de sentido usar la locución «poder constituyente» para designar una competencia jurídica inicial u originaria ya que, como lo mostró Genaro Carrió en su día, usar el concepto jurídico de «competencia» en contextos preinstitucionales supone una transgresión a los límites externos del lenguaje normativo (Carrió, 1973, pp. 43-57)³⁶.

Lo anterior puede ser confirmado analizando las relaciones entre el poder constituyente –desde el punto de vista de su manifestación– y el orden jurídico interrumpido en su continuidad³⁷: el poder constituyente no podría ser un poder constituido –previsto o regulado– por las normas jurídicas de ese orden, ni tampoco podría ser un poder cuyo ejercicio haya sido legal (sino más bien ilegal o no-legal).

Luego, desde el punto de vista de su manifestación, el poder constituyente puede ser concebido como un poder de hecho. El significado de «poder», en este contexto, no es más que una forma simplificada de decir «plena realización» o «acaecimiento efectivo»; el significado de «de hecho», por su parte, remite evidentemente a la idea opuesta de un poder jurídico: una manifestación no jurídica sino fáctica³⁸. Con esto solo se quiere decir que el poder constituyente, desde el punto de vista de su manifestación, es la plena realización o el acaecimiento efectivo de ciertos hechos característicos a los que podría denominarse «hechos normativos», en la específica acepción –señalada por Norberto Bobbio– de hechos no calificados de producción jurídica: aquellos hechos que, sin estar calificados por una norma de derecho, se caracterizan por producir normas jurídicas como resultado (Bobbio, 1994, p. 50). A la expresión «hechos normativos» se agrega el adjetivo «originarios» («hechos normativos originarios»³⁹) a efectos de especificar el contexto en que se producen aquellos hechos –la instauración de normas que da origen a un nuevo orden jurídico–, habida cuenta de que los llamados hechos normativos también pueden advertirse en otro tipo de situaciones bastante distintas⁴⁰.

Pasemos ahora al punto de vista de los resultados o consecuencias de la manifestación efectiva del poder constituyente. Aquí no basta con concebir al poder

³⁵ Con todo, en la literatura pertinente existen varias concepciones del poder constituyente como poder *jurídico*; para un análisis crítico de tres de las concepciones más visibles en este sentido, véase Baquerizo Minuche (2021a, pp. 63-78).

³⁶ Carrió, siguiendo varias ideas prestadas de la filosofía del lenguaje de Wittgenstein y expuestas por David Pears, entendía por límites externos del lenguaje a aquellos que «excluyen» o «dejan afuera» la aplicación de un conjunto de reglas pertenecientes a una dimensión del lenguaje normativo, por fallas en los presupuestos normales del uso de ciertas expresiones (Carrió, 1973, pp. 26, 61-63). En el caso concreto, la presuposición defectuosa señalada por Carrió consiste en asumir la posibilidad de una competencia jurídica sin reglas que la constituyan (base sobre la cual se hablaría del poder constituyente como una competencia jurídica originaria).

³⁷ La definición de «orden jurídico» que se ha adoptado en este trabajo consiste en una secuencia de sistemas normativos, es decir, una secuencia de conjuntos de normas relacionados por los mismos criterios de identificación (Alchourrón y Bulygin, 1991, p. 397). La noción de «sistema jurídico», por otra parte, implica que cada vez que una nueva norma jurídica es creada, o cada vez que una norma es derogada, se obtiene «un nuevo conjunto, distinto del conjunto originario» (Alchourrón y Bulygin, 1991, p. 396).

³⁸ Ciertamente, sería mucho más sencillo decir que el poder constituyente (desde este punto de vista) designa una manifestación efectiva de hechos, sin recurrir a la posiblemente equívoca noción de «poder de hecho». Sin embargo, esta noción se encuentra bastante arraigada en la literatura correspondiente: es el recurso que normalmente se utiliza para explicar en qué sentido el poder constituyente es, ante todo, un «poder». Por tanto, parece inevitable traer a colación la noción de «poder de hecho», aclarando, por supuesto, el sentido en que puede ser comprendida plausiblemente tal expresión.

³⁹ La expresión fue usada originalmente por Vezio Crisafulli, quien se refería a los hechos que instauran nuevas estructuras constitucionales (Crisafulli, 1970, pp. 192-193).

⁴⁰ Básicamente, en situaciones donde surge la «costumbre jurídica» o el «estado de necesidad» (Bobbio, 1994, p. 52).

constituyente como un mero poder «de hecho», pues de este modo no habría cómo explicar satisfactoriamente el origen de la juridicidad de las nuevas normas y del orden normativo resultante de dicha manifestación efectiva⁴¹. El poder constituyente, por tanto, desde este específico punto de vista, puede ser concebido como un «poder jurídico», pero no porque sea calificado por el derecho –no porque esté habilitado por ninguna norma jurídica– sino porque, precisamente por efectos de su manifestación –por la efectividad de los hechos que lo componen–, un orden jurídico anterior es interrumpido en su continuidad y un nuevo orden jurídico surge en su lugar⁴².

Ahora bien, la identificación de estos dos puntos de vista, así como las sendas caracterizaciones a los que conducen, no implica atribuirle al poder constituyente algo así como una «naturaleza híbrida» (así se lo concebía, por ejemplo, en Burdeau (1950, p. 171), ni tampoco implica que su definición arroje «un concepto híbrido, mestizo; un concepto Jekyll-Hyde»⁴³. La razón es simple: las respectivas caracterizaciones del poder constituyente como un poder «de hecho» y como un poder «jurídico» no operan en el mismo plano (de ser así, ello ciertamente supondría una *contradictio in terminis*). Cuando se afirma que el poder constituyente puede ser comprendido como un «poder jurídico» no se quiere decir, en ese contexto, que sea lo *opuesto* a un poder «de hecho»; se quiere decir que es jurídico en el sentido de ser la causa –el «hecho generador»– del derecho que es creado por su manifestación efectiva. Como se puede advertir, en los dos puntos de vista antes expuestos subyacen *dos* significados diversos del término «jurídico» que, una vez identificados y separados, pueden dar lugar a una doble caracterización que no tiene nada de contradictoria⁴⁴.

Para comprender esta doble caracterización del poder constituyente es necesario, además, tener en cuenta la distinción entre cuestiones lógicas y cuestiones cronológicas⁴⁵. La identificación del poder «de hecho» en que consiste el poder constituyente –desde el punto de vista de su manifestación– es una cuestión cronológica, lo que equivale a decir que es una cuestión empíricamente verificable que tiene como objeto a ciertos hechos sociales que efectivamente han ocurrido

⁴¹ Una solución diversa es propuesta en Guastini (2011, p. 125): «Las normas originarias [...] pertenecen al ordenamiento porque lo “definen” –determinan sus confines– y, por supuesto, en la medida en que sean efectivas». La juridicidad de las normas originarias, pues, se asumiría como un presupuesto axiomático: dichas normas existirían jurídicamente *por definición* y no por ser el fruto de ningún poder. En este mismo sentido, véase Bulygin (2015, p. 248). *Cfr.* Rodríguez (2016, p. 114), donde se argumenta que, si las normas originarias existen *por definición*, entonces debe haber una regla definitoria presupuesta que permita interpretar al primer acto de prescribir como la creación de una norma «válida» (en el sentido de perteneciente o existente jurídicamente).

⁴² En una línea de razonamiento similar, Ferrajoli señala que el «acto constituyente» puede ser visto como un «hecho extrajurídico y algunas veces antijurídico [...] desde el punto de vista del ordenamiento alterado o sustituido»; pero también como un «acto *jurídico* instituyente y normativo [...] desde el punto de vista del ordenamiento constituido» (Ferrajoli, 2007, p. 856, cursivas añadidas). Por ello mismo, el citado autor considera que el poder constituyente, si es considerado *a posteriori* –o sea, por causa del acto del que es ejercicio y mediante el que se produce la constitución del ordenamiento–, «es una *situación jurídica*», lo que equivale a reconocer su existencia «como poder jurídico constituyente» (Ferrajoli, 2007, p. 854, cursivas en el original). Véase también Atria (2013, p. 27); Atria (2020, p. 54).

⁴³ Que es lo que Genaro Carrió le criticaba a Georges Burdeau en torno a su concepción del poder constituyente (Carrió, 1973, p. 50).

⁴⁴ En este sentido, cabe aludir a una idea ya presente en Cattaneo (1960, pp. 63-64). Para este autor, el predicado «jurídico» tiene al menos dos significados: un significado más técnico y restringido, referente al *interno* de un ordenamiento jurídico, y que indica una calificación efectuada por una norma jurídica que produce determinados efectos dentro del ordenamiento (como sucede, por ejemplo, cuando se habla de «acto jurídico», «hecho jurídico» o «institución jurídica»); y otro significado más amplio, y con referencia *externa* al ordenamiento jurídico, que indica atinencia al derecho (como ocurre, por caso, con los vocablos «lenguaje jurídico» o «ciencia jurídica»).

⁴⁵ Hemos desarrollado esta distinción, en relación con el concepto de poder constituyente, en Baquerizo Minuche y Rapetti, 2021 (pp. 72-73).

dentro de un tiempo y un espacio⁴⁶. En cambio, la categorización del poder constituyente como «poder jurídico» –desde el punto de vista de sus resultados– es una cuestión lógica: es la única manera en que se puede mostrar con sentido o hacer inteligible que, luego de un intervalo temporal indeterminado, ha surgido un nuevo orden jurídico. Dado que, en este modelo propuesto, la existencia jurídica de las normas originarias no se presupone, sino que se atribuye como un resultado o producto de la manifestación del poder constituyente, este efecto solo se podría identificar si necesariamente se concibe a dicho poder, en este contexto, como un poder «jurídico».

Como se puede intuir, está implícito en este modelo una asunción conceptual según la cual toda norma jurídica es producida a partir de una fuente asimismo jurídica⁴⁷, de modo que no es concebible la existencia de normas jurídicas provenientes de fuentes no-jurídicas⁴⁸. Por consiguiente, considerar dentro de un análisis retrospectivo que el poder que constituyó al ordenamiento del Estado X era un poder jurídico, es lo que permite afirmar con sentido que, en efecto, X cuenta con un ordenamiento jurídico (entendido *qua* fenómeno normativo); y ello con independencia de que, al momento de la manifestación de los hechos relevantes, se haya considerado –o no– la existencia de un proceso «constituyente»⁴⁹.

Finalmente, la caracterización del poder constituyente como un poder jurídico –desde el punto de vista de los resultados producidos– no equivale, de ningún modo, a asimilarlo con una competencia jurídica disponible dentro del nuevo ordenamiento jurídico creado; ni tampoco supone imaginar alguna norma anterior que le haya concedido ese carácter jurídico. Lo primero, porque no cabe hablar de la permanencia del poder constituyente una vez que se evidencian sus resultados (*supra*, 1.1.1.). Y lo segundo, porque esta caracterización no altera la tradicional concepción del poder constituyente como un poder «último» que da cuenta del origen de los órdenes jurídicos sin echar mano de ningún otro recurso. El poder constituyente, así entendido, no es el fundamento de legitimidad ni el fundamento de validez, sino el fundamento último de la existencia jurídica de las normas que originan un nuevo ordenamiento;

⁴⁶ Y ello sin perjuicio de que no pueda señalarse con exactitud un momento específico en el que quede marcado que se manifestó el poder constituyente. Esto solo se puede predicar con sentido cuando ya es notorio que una comunidad posee un nuevo orden jurídico cabalmente establecido. Pero entre este punto y la anterior fase jurídica en la vida de una comunidad hay una zona de penumbra gestacional que es inútil, por imposible, pretender ajustar a fechas ciertas. Véase, en este sentido, Hart (1961, p. 118). Véase, también, Valentini (2023, § 2), donde se expresa que el poder constituyente «toma forma mediante una secuencia procedimental de hechos y fases constituyentes» que revelan su característica «continuidad temporal».

⁴⁷ Véase Kelsen (1982, p. 243); Ferrajoli (2007, p. 415).

⁴⁸ Aunque varios autores aluden a la noción de fuentes *extra ordinem* (véase, por ejemplo, Crisafulli, 1970, pp. 192-194; Pizzorusso, 1977, pp. 156-162), el rasgo extrajurídico solo se advierte desde el punto de vista de su *manifestación*. En cambio, desde el punto de vista de sus *resultados* –que es la única perspectiva a partir de la cual se puede concebir a los hechos relevantes como ocupando la función de *fuentes* de producción del derecho– ya no cabe hablar de su carácter *extra ordinem*. Como señalaba Alf Ross, «[t]odo derecho surge de manera sistemática, pues, como hemos constatado, no es posible identificar nada como derecho en oposición al sistema o fuera del mismo. Por ello, en sentido estricto un derecho surgido extrasistemáticamente supone una *contradictio in adjecto*» (Ross, 2007, p. 380). Se podría replicar e insistir en que los hechos comprendidos dentro de las fuentes *extra ordinem* sí que logran, *de facto*, crear normas jurídicas sin respetar los criterios de existencia propios del ordenamiento vigente; pero, de nuevo, para poder hablar de la existencia *jurídica* de esas normas, hay que presuponer «que el sistema que permite identificar como derecho el así surgido no equivale al anteriormente supuesto» (Ross, 2007, p. 380) o, lo que es lo mismo, que ha surgido un *nuevo* sistema con distintos criterios de existencia jurídica. Desde esta perspectiva, ciertamente es un contrasentido hablar de fuentes *extra ordinem*.

⁴⁹ Véase, en este mismo sentido, Patberg (2016, p. 637): «De acuerdo con algunas concepciones, el poder constituyente no es nada más que una asunción hipotética o una construcción social que es generada cuando las comunidades políticas *retrospectivamente* se adscriben a sí mismas momentos constitucionales» (cursivas en el texto original).

acudir al concepto de «poder constituyente» es lo que posibilita contestar la pregunta acerca de cuál es el fundamento externo, fundante y no fundado, del derecho mismo (Ferrajoli, 2007, p. 850).

2.2. Condiciones necesarias y suficientes para la instanciación del concepto

Queda todavía por dilucidar cuál es el contenido del poder constituyente como fenómeno de producción normativa. Para estos efectos, las propiedades del concepto de «poder constituyente» serán expresadas al modo de condiciones individualmente necesarias y conjuntamente suficientes. Esto significa que, para que un determinado evento pueda contar como instancia de dicho concepto, deben concurrir cada una de las siguientes condiciones:

- a) Intervención de un sujeto constituyente;
- b) Producción de normas originarias;
- c) Efectividad de los hechos normativos originarios; y,
- d) Surgimiento de un nuevo orden jurídico.

Pues bien, los «hechos normativos originarios» que se han venido mencionando en este trabajo –especialmente en la definición ofrecida *supra*, sección 2– se identifican propiamente dentro de la condición b). La condición a), en cambio, es el presupuesto subjetivo para la realización de la anterior condición, mientras que las condiciones c) y d) tienen que ver con la efectividad y sus consecuencias. Todas estas condiciones están íntimamente relacionadas y, salvo para una exposición didáctica, no pueden entenderse de modo separado. En lo que sigue, trataré de efectuar una breve síntesis de cada una de estas condiciones⁵⁰.

2.2.1. Intervención de un sujeto constituyente⁵¹

La condición a) opera como presupuesto de los «hechos normativos originarios»; se presupone que estos hechos, al producir normas como resultado, solo podrían haber sucedido si alguien intervino en la formulación de dichas normas. Esta presuposición funciona únicamente como un recurso dentro de la reconstrucción de los hechos que se asocian al poder constituyente; es decir, «únicamente permite explicar el origen de un orden jurídico» pero no así la idea de autoridad dentro de un orden jurídico (Pérez Triviño, 1998, p. 142).

En todo caso, dado que el contexto de referencia es originario, es usual que en la literatura de la materia ese alguien sea denominado «soberano₀» (Garzón Valdés, 1983, pp. 175-178) o «autoridad preinstitucional suprema» (Pérez Triviño, 1998, pp. 93-100). No obstante, por motivos de claridad y simplicidad, y siguiendo un uso extendido en la literatura, utilizaré aquí la locución «sujeto constituyente»⁵².

Como se puede advertir, dentro del propio concepto de «poder constituyente» está presupuesto el concepto de «sujeto constituyente»; en este sentido, existe una relación conceptual –y, por tanto, necesaria– entre ambos conceptos: la existencia de al menos un sujeto constituyente es el presupuesto subjetivo de los hechos que, manifestados efectivamente, se interpretan en conjunto como una instancia de «poder constituyente».

⁵⁰ Para un desarrollo pormenorizado de estas condiciones, véase Baquerizo Minuche (2021a, cap. II).

⁵¹ Sobre esta primera condición puede verse un análisis profundizado en Baquerizo Minuche (2022).

⁵² Véase, por todos, Ferrajoli (2007, pp. 365 y ss).

Ahora bien, varias características pueden ser predicadas de los sujetos constituyentes; sin embargo, a efectos de determinar las características indispensables que constituyen la intensión o designación del concepto de «sujeto constituyente», se pueden identificar tres propiedades definitorias:

i) Su propia condición «constituyente» y «no constituida» (de la que se deriva, tautológicamente, que dicho sujeto no puede consistir en un órgano o una institución ya constituida dentro del ordenamiento de referencia);

ii) La no-sujeción a deberes ni a límites jurídicos (que opera en el plano conceptual –no empírico– y que es una implicación de su propio rasgo «no constituido»)⁵³; y,

iii) La auto-atribución de una competencia normativa originaria (entendida como la capacidad o aptitud para haber dictado normas a pesar de la ausencia de habilitación jurídica)⁵⁴.

Este presupuesto subjetivo, dentro del modelo de comprensión ofrecido en este trabajo, no está ideológicamente comprometido: no incluye ninguna propiedad que pueda indicar quién o quiénes están legitimados para «ejercer» el poder constituyente⁵⁵. Pero, precisamente porque la identificación del sujeto constituyente es políticamente neutral, ello no impide que otro tipo de estudios se ocupen de cuestiones evaluativas, atinentes a la legitimidad de la actuación de los sujetos constituyentes.

2.2.2. Producción de normas originarias

La condición b), por su parte, se identifica propiamente con los «hechos normativos originarios» y conforma uno de los rasgos más destacados del sujeto constituyente: su capacidad para dictar normas⁵⁶. Lo peculiar de las normas dictadas por el sujeto constituyente es que carecen de un fundamento dinámico de validez reconducible a otras normas jurídicas. Esto último se conecta con un aspecto que ha sido tratado frecuentemente dentro de la teoría general del derecho: la postulación de normas «últimas», normas «soberanas» (Von Wright, 1963, pp. 197-201) o normas «independientes» (Caracciolo, 1988, p. 31; Bulygin, 1991b, pp. 262-263) que conforman la base inicial de un sistema normativo originario y, por tanto, de un nuevo

⁵³ Característica que va de suyo, pues, como afirma Riccardo Guastini, una autoridad *de facto* –creadora de derecho, pero no creada por el derecho– «siendo *de facto*, puede por cierto tener límites fácticos, pero no puede lógicamente ser limitada por normas jurídicas: de otra manera, no sería *de facto*, se convertiría en autoridad jurídica» (Guastini, 2013, p. 207). De ahí que, como se señala en Arato (2017, p. 34) (al describir la concepción tradicional del poder constituyente), el sujeto constituyente usualmente es caracterizado como jurídicamente ilimitado, libre para crear cualquier sistema normativo posible (lógica y empíricamente posible, claro está). Con todo, algunos autores –dedicados a la dogmática constitucional, sobre todo– defienden la existencia de límites *jurídicos* preexistentes y vinculantes sobre la actividad del poder constituyente; para una crítica de por qué esos supuestos límites no son *jurídicos* (no son límites extraídos de normas de derecho positivo, pertenecientes a algún ordenamiento jurídico específico) o bien no son ni siquiera *límites* (tendientes a impedir o remediar la producción de resultados o estados de cosas), véase Baquerizo Minuche (2021a, pp. 104-107). Con todo, *cfr.* Rábanos (2023, § 4 [19]), donde recientemente se ha delineado la posibilidad de límites internacionales al poder constituyente (en un sentido «fuerte» y en un sentido «débil»).

⁵⁴ Evidentemente, no se trata de un poder «facultado por el orden jurídico para producir normas jurídicas» (Kelsen, 1982, p. 159-160), pues desde esta perspectiva el sujeto constituyente es indudablemente *incompetente*. Sobre la idea de una auto-atribución de la competencia para dictar normas originarias, véase Nino (1985, pp. 50-51, 67); Chiassoni (2017, p. 40).

⁵⁵ En este mismo sentido, véase Ferrajoli (2007, p. 853).

⁵⁶ En todo este trabajo me he referido (y me seguiré refiriendo) a «normas» en sentido amplio o genérico, entendiendo como tales a los enunciados proferidos con la intención de constituir nuevos estados de cosas o de estructurar deónticamente el comportamiento de los destinatarios.

orden jurídico. No obstante, para distinguir a las normas producidas por el sujeto constituyente de otras categorías diversas, aquí se utilizará la denominación «normas originarias»⁵⁷.

Las normas originarias no son simplemente axiomas o postulados de los sistemas jurídicos; son el resultado de la manifestación efectiva de todos los hechos que en su conjunto son comprendidos como el poder constituyente. Esto significa que, de hecho, existen en los ordenamientos jurídicos y pueden ser definidas en términos de un conjunto de propiedades:

i) Son entidades del lenguaje, esto es, han sido formuladas lingüísticamente por los sujetos constituyentes (lo que implica que, por el solo hecho de su formulación, tienen una existencia fáctica⁵⁸);

ii) Su existencia implica un estado de cosas «ilegal», en el sentido de que su producción es realizada al margen o en contra de lo dispuesto por las normas sobre la producción jurídica (tanto formales como materiales); por tanto, son inválidas desde la perspectiva del ordenamiento que es abatido o superado, aunque ni válidas ni inválidas desde la perspectiva del nuevo ordenamiento instaurado⁵⁹; y,

iii) El contenido de las normas originarias está encaminado a alterar aquello que es considerado la «identidad» del orden jurídico preexistente. Ello significa que no cualquier tipo de cambio normativo cuenta como manifestación del poder constituyente⁶⁰, sino solo los cambios que se consideren de tanta trascendencia como para atribuirles la consecuencia del surgimiento de un nuevo orden jurídico⁶¹ (y ello, pese a las dificultades que supone la notoria vaguedad del referido concepto de «identidad»⁶²).

2.2.3. Efectividad de los hechos normativos originarios

La condición c), por su lado, consiste en la efectividad de los hechos que producen como resultado las normas originarias. Esta efectividad es una condición necesaria porque, de no ser así, la reconstrucción de muchos cambios normativos ilegales – según la perspectiva del ordenamiento jurídico preexistente– sería directamente

⁵⁷ Esta es la expresión que prevalentemente utiliza Riccardo Guastini para referirse a aquellas normas que necesariamente existen en todo ordenamiento jurídico y cuya pertenencia «no depende de la (previa) existencia de otras normas» (Guastini, 2011, p. 121). Guastini también integra, como la referencia por antonomasia de las normas originarias, la noción *kelseniana* de «primera constitución»: una constitución no originada conforme a las disposiciones de una constitución anterior, cuya validez «no puede ser referida a una norma positiva implantada por una autoridad jurídica» (Kelsen, 1982, pp. 207-208. Véase, también, Kelsen (1945, p. 115.). Finalmente, el mismo autor especifica que las normas de la primera constitución son el «fruto del ejercicio del poder constituyente» (Guastini, 2011, p. 121).

⁵⁸ Como señala Eugenio Bulygin, hay un sentido de «existencia» de las normas que es independiente de su aceptación, eficacia, pertenencia a un sistema u obligatoriedad. De acuerdo con este criterio, basta que las normas hayan sido formuladas para que tenga «perfecto sentido» decir que existen (Bulygin, 1991a, pp. 509-510). Ahora bien, como se puede intuir, la existencia fáctica de las normas originarias solo podría ser conocida a través de otros hechos (el hecho de su publicidad, al menos). Esto revela que el hecho de la formulación de estas normas y los hechos que apuntan a lograr su efectividad están íntimamente ligados, y solo pueden separarse para fines explicativos.

⁵⁹ Von Wright (1963, p. 199); Guastini (2011, p. 172).

⁶⁰ Cfr. Guastini (2019, p. 170), donde se afirma que toda modificación *extra ordinem* de la constitución – por marginal que fuere– «constituye ejercicio del poder constituyente».

⁶¹ En otras palabras, solo son relevantes los cambios normativos que se consideren como la alteración de una parte fundamental del orden y no como una leve variación relativa a materias triviales o poco importantes (Vilajosana, 1996, p. 50).

⁶² Para un análisis de las diversas posibilidades de identificación de las normas que componen la «identidad» de los órdenes jurídicos, así como de la dificultad para encontrar una respuesta concluyente, véase Baquerizo Minuche (2021a, pp. 119-133).

desencaminada. Y es que un cambio normativo ilegal podría ser perfectamente repelido por los cauces institucionales de los que depende el control de la validez de las normas o el control de constitucionalidad de las leyes (instituciones que existen en casi todos los ordenamientos jurídicos)⁶³; e, independientemente de lo anterior, un cambio normativo podría ser sencillamente ineficaz al no alcanzar las consecuencias deseadas⁶⁴. Además, la efectividad de los hechos normativos originarios es una condición necesaria dentro del modelo de comprensión del poder constituyente aquí presentado, porque de ello depende la existencia jurídica de las normas originarias.

Pues bien, el concepto de «efectividad» asumido en este modelo se compone por dos propiedades: la aceptación y la observancia⁶⁵.

Respecto de la aceptación, se tienen en cuenta dos sentidos relevantes: a) «aceptación» como decisión de adoptar ciertas pautas normativas como razones justificativas para la acción (Redondo, 1996, p. 204), predicable de los órganos de aplicación de normas del nuevo sistema que se constituye; y, b) «aceptación» como aprobación de la existencia institucional de las normas, esto es, como mera disposición a obedecer (Redondo y Navarro, 1991, p. 231), predicable de los destinatarios de las normas regulativas dentro de ese mismo sistema.

De otro lado, la observancia requerida para alcanzar la efectividad de los hechos normativos originarios equivale a un grado de cumplimiento o acatamiento generalizado; se requiere que las prescripciones de que se trate sean eficaces, es decir, que no sean infringidas en la mayoría de las ocasiones por una subclase de sujetos normativos relevantes (Navarro, 1990, p. 23). La eficacia en este contexto, según el modelo ofrecido, se mide según un criterio interno y un criterio externo⁶⁶. El criterio interno se asigna a la observancia de las normas prescriptivas que eventualmente han sido formuladas por los sujetos constituyentes como parte de las llamadas «normas originarias», y su eficacia depende únicamente de si se producen o no las conductas exigidas por aquellas. Por otra parte, el criterio externo se asigna a la observancia de las prescripciones derivadas que han sido producidas de conformidad con el nuevo sistema de competencias implementado por las normas originarias. La suma de los dos criterios permite establecer si existe –o no– una observancia general de las normas originarias y de las normas derivadas creadas de conformidad con ellas.

La efectividad de los hechos normativos originarios, como se sostiene, determina la existencia jurídica de las normas originarias. La explicación de por qué ciertos actos de prescribir no autorizados son, en último término, considerados como productores de normas jurídicas, remite a la teoría de los «hechos institucionales» formulada por John Searle (1995, 2010). Recurrir a esta teoría parece plausible,

⁶³ Sostener lo contrario «deformaría seriamente nuestra representación intuitiva del derecho que admite, en muchos casos, a instituciones específicas para resolver problemas de constitucionalidad de las normas» (Moreso y Navarro, 1993, p. 82).

⁶⁴ Baste pensar en los denominados «procesos constituyentes» fallidos, como el ocurrido en Islandia entre 2009 y 2013. Como expresaba Luis Sánchez Agesta, «La mera formulación de un nuevo orden, o el propósito revolucionario de realizarlo que no entre en vías eficaces de cumplimiento, o el intento frustrado de cumplir esa transformación [...] no son suficiente para que un poder pueda considerarse como efectivo poder constituyente. Es preciso la plena consumación del hecho, la plena consecución de su objeto creando un orden nuevo» (Sánchez Agesta, 1943, pp. 340-341).

⁶⁵ H.L.A. Hart expresaba que hay dos «condiciones mínimas», necesarias y suficientes, para la existencia de un caso claro o paradigmático de «sistema jurídico»: por un lado, la obediencia generalizada de las reglas de conducta válidas (según el criterio de validez último del sistema); y, por otro lado, la *aceptación* efectiva de las reglas secundarias (de reconocimiento, de cambio y de adjudicación) por parte de los funcionarios públicos (Hart, 1961, p. 116).

⁶⁶ Sigo aquí algunas ideas desarrolladas por Pablo E. Navarro respecto a los criterios de eficacia de las normas constitucionales (Navarro, 2017).

dadas las evidentes simetrías entre las prácticas de aceptación y seguimiento generalizado de normas –que componen el ingrediente de la efectividad– y las nociones de intencionalidad colectiva, asignación de función y representación lingüística declarativa que, en su conjunto, articulan la mencionada teoría. Lo que se busca es extender esta teoría al ámbito de la creación originaria del derecho, asumiendo que la aceptación y el seguimiento generalizado de las normas originarias pueden ser interpretados como constitutivos de la realidad social, es decir, como productores de hechos institucionales.

La explicación, en síntesis⁶⁷, se centra en la existencia jurídica de las normas originarias como un hecho institucional: las normas originarias cuentan como normas jurídicamente existentes en un cierto contexto debido a un conjunto de creencias y actitudes compartidas dentro de una comunidad, que se mantiene socialmente en la medida en que exista un reconocimiento colectivo o aceptación entre la generalidad de los individuos que la componen. Este hecho institucional, además, permite explicar el salto de lo fáctico a lo normativo⁶⁸ como un fenómeno que se genera a partir de un esquema de asignación de funciones y nuevos estatus con sus respectivos correlatos deónticos y razones para la acción implicadas. Y, en lo principal, es el ingrediente clave para el entendimiento del poder constituyente como poder creador de un nuevo estado de cosas institucional: una nueva «primera constitución» y un nuevo orden jurídico.

2.2.4. Surgimiento de un nuevo orden jurídico

Finalmente, la condición d) consiste en el surgimiento de un nuevo orden jurídico, lo que es una consecuencia lógica –o conceptual– de la anterior condición de efectividad. Se parte de la premisa de que, si las normas originarias llegan a tener existencia jurídica en virtud de su efectividad, entonces –dado el concepto de «normas originarias» asumido en este trabajo– aquellas no podrían pertenecer a ninguno de los sistemas normativos del orden jurídico preexistente; el hecho de carecer de un fundamento dinámico de validez en normas jurídicas anteriores impide que las normas originarias satisfagan los criterios de pertenencia de los sistemas jurídicos⁶⁹. Dado este entramado conceptual, las normas originarias que llegan a existir jurídicamente –por causa del poder constituyente– solo pueden pertenecer a sistemas jurídicos originarios (más precisamente, a su base)⁷⁰. Y los sistemas jurídicos

⁶⁷ Para un desarrollo pormenorizado de la explicación sobre la existencia jurídica como hecho institucional, véase Baquerizo Minuche (2021a, pp. 142-155).

⁶⁸ Salto que, por cierto, no supone una infracción a la Ley de Hume. Como hemos argumentado en Baquerizo Minuche y Rapetti (2021, pp. 74-75), al menos en línea de principio (y tal como habitualmente es formulado), este problema no se presenta en el ámbito ontológico sino en el campo de las inferencias. Esto quiere decir que, *prima facie*, se podría afirmar la existencia del abismo entre el ser y el deber ser para efectuar inferencias, pero negarlo a la hora de fundar ontológicamente el plano normativo. Esto último está implicado, por ejemplo, cuando se sostiene que las normas supervienen a los hechos (no-normativos) del mundo o cuando se sostiene, alternativamente, que las normas emergen de los hechos (no-normativos) del mundo, o que están fundadas en los hechos (no-normativos) del mundo, etc. La cuestión, entonces, exige trazar una distinción que se suele olvidar en la literatura sobre el fundamento de los sistemas jurídicos: la distinción entre el sentido ontológico y el sentido normativo de la noción de «fundamento». La Ley de Hume previene que el carácter normativo de un conjunto de normas pueda provenir de simples hechos, pero no excluye que la existencia de ellas, en sentido ontológico, se deba a simples hechos. En suma, si todo lo que quiere decirse en relación con un ordenamiento jurídico es que *existe* (que existe a partir de la existencia jurídica de sus normas originarias), entonces seguramente la Ley de Hume no constituye un genuino problema. Una diversa línea de argumentación, pero que de todos modos mantiene una afinidad con este punto, puede consultarse en Pino (2023, § 1).

⁶⁹ Esto es, los criterios de legalidad y deducibilidad (Caracciolo, 1988, pp. 57 y ss.; Alchourrón y Bulygin, 2002, p. 66).

⁷⁰ Caracciolo (1988, pp. 68, 70); Bulygin (1991b, pp. 262-263); Moreso y Navarro (1993, p. 82).

originarios, al dar lugar a una nueva secuencia de sistemas normativos, generan por definición un nuevo orden jurídico.

3. A modo de conclusión

En las secciones precedentes se ha analizado el concepto de «poder constituyente» según su tradicional forma de comprensión dentro de la cultura jurídica occidental moderna y contemporánea y desde una perspectiva *ex post*: como fenómeno de producción normativa. Teniendo en cuenta esta perspectiva, se ha presentado aquí – de manera simplificada– un modelo conceptual que esquematiza una esfera de la realidad particularmente compleja y que, pese a los inevitables problemas de indeterminación⁷¹, me parece que posee la suficiente capacidad explicativa para aplicarlo a casos reales⁷². El análisis realizado ha pretendido tanto la reconstrucción como la depuración conceptual, aunque siempre tomando como objeto de estudio la versión clásica de dicha noción.

Sin embargo, en la actualidad circulan otras concepciones diversas acerca del poder constituyente que se separan de esta versión tradicional o clásica. Algunas de estas proponen un modo de comprensión bastante diverso al que aquí se ha expuesto⁷³; otras, incluso, proponen directamente abandonar el propio concepto de «poder constituyente»⁷⁴. En todo caso, y especialmente debido a las continuas prácticas de producción de nuevas constituciones alrededor del mundo, las discusiones sobre el poder constituyente (su significado, alcances, cauces, etc.) parecen gozar todavía de bastante vitalidad.

Bibliografía

- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1991). Sobre el concepto de orden jurídico. En Id., *Análisis lógico y derecho* (393-407). Centro de Estudios Constitucionales (Trabajo original publicado en 1976).
- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (2002). *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. Fontamara (Trabajo original publicado en 1979).
- Angiolini, V. (1995). *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*. Cedam.
- Arato, A. (2017). *The Adventures of the Constituent Power. Beyond Revolutions?* Cambridge University Press.
- Atria, F. (2013). *La constitución tramposa*. LOM Ediciones.
- Atria, F. (2020). Constituent Moment, Constituted Powers in Chile. *Law and Critique*, 31, 51–58.
- Baquerizo Minuche, J. (2019). ¿Surgimiento de órdenes jurídicos sin normas independientes? El caso de las secesiones acordadas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 16, 94-108. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4693>.
- Baquerizo Minuche, J. (2021a). *El concepto de 'poder constituyente'. Un estudio de teoría analítica del derecho*. Marcial Pons.

⁷¹ Véase, sobre este punto, Baquerizo Minuche (2023, pp. 60-61).

⁷² Utilizando este modelo, he analizado en trabajos anteriores el caso de la independencia de Montenegro (Baquerizo Minuche, 2019, pp. 100-107); el caso de la transición de la República de Weimar al Tercer Reich en Alemania (Baquerizo Minuche, 2021a, pp. 204-205); el caso de la transición de la dictadura franquista a la democracia constitucional en España (Baquerizo Minuche, 2021a, pp. 205-209); y el caso de la transición al sistema constitucional post-*apartheid* en Sudáfrica (Baquerizo Minuche, 2021a, pp. 209-210).

⁷³ Para un análisis crítico de tres tipos de concepciones en este sentido, véase Baquerizo Minuche (2021a: 173-197).

⁷⁴ Véase, por ejemplo, Bernal Pulido (2018); Verdugo (2023).

- Baquerizo Minuche, J. (2021b). 'Poder Constituyente' y 'Revolución': relación de dos conceptos en clave jurídica. *Diritto & Questioni Pubbliche. Rivista di filosofia del diritto e cultura giuridica*, XXI, 2021/1, 175-195.
- Baquerizo Minuche, J. y Rapetti, P. A. (2021c). El poder constituyente, ¿fáctico o normativo? Otra vuelta de tuerca. En J. Gajardo Falcón y F. Zúñiga Urbina (eds.), *Constitucionalismo y procesos constituyentes* (43-80). Thomson Reuters.
- Baquerizo Minuche, J. (2022). Sobre el 'sujeto constituyente'. Breve análisis desde la teoría del derecho. *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 56, 71-100. <https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i56.480>.
- Baquerizo Minuche, J. (2023). Una discussione sul concetto di potere costituente. Repliche e riflessioni. *Notizie di Politeia. Rivista di Etica e Scelte Pubbliche*, 150, 58-63.
- Bernal Pulido, C. (2018). Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional. Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una constitución. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 22, 59-99. <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.22.03>.
- Bobbio, N. (1960). *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Giappichelli.
- Bobbio, N. (1994). Consuetudine e fatto normativo. En Id., *Contributi ad un dizionario giuridico* (17-57). Giappichelli.
- Bulygin, E. (1991a). Validez y positivismo. En C.E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho* (499-519). Centro de Estudios Constitucionales (Trabajo original publicado en 1987).
- Bulygin, E. (1991b). Algunas consideraciones acerca de los sistemas jurídicos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 9, 257-279. <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.9.13>.
- Bulygin, E. (2015). An Antinomy in Kelsen's Theory of Law. En Id., *Essays in Legal Philosophy* (235-251). Oxford University Press (Trabajo original publicado en 1990).
- Burdeau, G. (1950). *Traité de science politique* (tomo IV: *Le statut du pouvoir dans l'État*, 3a. ed., 1983). Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Caracciolo, R. (1988). *El sistema jurídico. Problemas actuales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Carrió, G. R. (2001 [1973]). *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Astrea.
- Chiassoni, P. (2017). Do jurists need pre-conventions? *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 33, 37-43. <https://doi.org/10.4000/revus.3603>.
- Colón-Ríos, J. I. (2011). Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia. *Constellations: An International Journal of Critical and Democratic Theory*, 18 (3), 365-388.
- Colón-Ríos, J. I. (2012). *Weak Constitutionalism. Democratic legitimacy and the question of constituent power*. Routledge.
- Colón-Ríos, J. I. (2014). Five conceptions of Constituent Power. *The Law Quarterly Review*, 130, 306-336.
- Colón-Ríos, J. I. (2020). *Constituent Power and the Law*. Oxford University Press.
- Criado De Diego, M. (2014). Algunas consideraciones sobre el poder constituyente en el Estado constitucional contemporáneo. En R. Martínez Dalmau (ed.), *Teoría y Práctica del Poder Constituyente* (121-157). Tirant Lo Blanch.
- Crisafulli, V. (1970). *Lezioni di diritto costituzionale* (6ª ed., vol. II (I): *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, 1993). Cedam.
- Cristi, R. (1998). Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power. En D. Dyzenhaus (ed.), *Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism* (179-195). Duke University Press.
- De Vega, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos.

- Dogliani, M. (1986). *Potere costituente*. Giappichelli.
- Dogliani, M. (1995). Potere costituente e revisione costituzionale. *Quaderni costituzionali: Rivista italiana di diritto costituzionale*, 1995 (1), 7-32.
- Donoso Cortés, J. (1984). De la soberanía absoluta y de la soberanía limitada. En Id. *Lecciones de Derecho Político* (61-73). Centro de Estudios Constitucionales (Trabajo original publicado en 1837).
- Dyzenhaus, D. (2007). The Politics of the Question of Constituent Power. En M. Loughlin y N. Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form* (129-145). Oxford University Press.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 1 (Teoria del diritto)*. Laterza.
- Garzón Valdés, E. (1983). Acerca de las limitaciones jurídicas del soberano. En E. Bulygin, M. D. Farrell, C. S. Nino y E. A. Rabossi (compiladores), *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió* (157-180). Abeledo Perrot.
- Guastini, R. (1996). *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Giappichelli.
- Guastini, R. (2006). *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*. Giappichelli.
- Guastini, R. (2014 [2011]). *La sintassi del diritto*. Giappichelli.
- Guastini, R. (2013). *Distinguendo ancora*. Marcial Pons.
- Guastini, R. (2019). La molteplice identità delle costituzioni. *Analisi e Diritto*, 2/2019, 161-172.
- Hart, H. L. A. (2012 [1961]). *The Concept of Law*. Oxford University Press.
- Kalyvas, A. (2005). Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power. *Constellations: An International Journal of Critical and Democratic Theory*, 12 (2), 223-244. <https://doi.org/10.1111/j.1351-0487.2005.00413.x>.
- Kelsen, H. (1949 [1945]). *General Theory of Law and State*. Harvard University Press.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México (Trabajo original publicado en 1960 bajo el título *Reine Rechtslehre*, 2ª ed.).
- Laporta, F. J. (2007). *El imperio de la ley. Una visión actual*. Trotta.
- Lawson, G. (1992). *Politica Sacra et Civilis* (ed. C. Condren). Cambridge University Press (Trabajo original publicado en 1660).
- Loughlin, M. (2007). Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice. En M. Loughlin y N. Walker (eds.), *The paradox of constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form* (27-48). Oxford University Press.
- Loughlin, M. (2010). *Foundations of Public Law*. Oxford University Press.
- Loughlin, M. (2014). The Concept of Constituent Power. *European Journal of Political Theory*, 13 (2), 218-237.
- Martínez Dalmau, R. (2014). El debate sobre la naturaleza del poder constituyente: elementos para una teoría de la constitución democrática. En R. Martínez Dalmau (ed.), *Teoría y Práctica del Poder Constituyente* (67-119). Tirant Lo Blanch.
- Matteucci, N. (1983). Sovranità (voz). En N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (dirs.), *Dizionario di Política* (1102-1110). UTET.
- Moreso, J. J. y Navarro, P. E. (1993). *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Navarro, P. E. (1990). *La eficacia del derecho. Una investigación sobre la existencia y funcionamiento de los sistemas jurídicos*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Navarro, P. E. (2017). *Dinámica y eficacia del derecho. Un análisis conceptual de la obediencia y aplicación del derecho*. Fontamara.
- Nino, C. S. (1985). *La validez del derecho*. Astrea.
- Pace, A. (1997). *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi* (2ª ed., 2002). Cedam.

- Patberg, M. (2016). Against democratic intergovernmentalism: The case for a theory of constituent power in the global realm. *International Journal of Constitutional Law*, 14 (3), 622-638. <https://doi.org/10.1093/icon/mow040>.
- Pérez Triviño, J. L. (1998). *Los límites jurídicos al soberano*. Tecnos.
- Pino, G. (2023). Una teoría analítica del potere costituente. *Notizie di Politeia. Rivista di Etica e Scelte Pubbliche*, 150, 51-57.
- Pizzorusso, A. (2011 [1977]). *Delle Fonti del Diritto (Art. 1-9)*. Zanichelli.
- Rábanos, J. (2023). Sul 'soggetto costituente'. Autorità *de facto*, identità costituente e contesto internazionale. *Notizie di Politeia. Rivista di Etica e Scelte Pubbliche*, 150, 45-50.
- Recaséns Siches, L. (1931). *El poder constituyente. Su teoría aplicada al momento español*. Javier Morata Editor.
- Redondo, M. C. y Navarro, P. E. (1991). Aceptación y funcionamiento del derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 9, 225-233.
- Redondo, M. C. (1996). *La noción de razón para la acción en el razonamiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Rodríguez, J. L. (2016). La regla de reconocimiento como convención constitutiva. En L. Ramírez Ludeña y J. M. Vilajosana (eds.), *Convencionalismo y Derecho* (pp. 89-117). Marcial Pons.
- Ross, A. (2007). *Teoría de las Fuentes del Derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Trabajo original publicado en 1929 bajo el título *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmengeschichtlicher Untersuchungen*).
- Roznai, Y. (2017). *Unconstitutional Constitutional Amendments. The limits of Amendment Powers*. Oxford University Press.
- Sánchez Agesta, L. (1951 [1943]). *Lecciones de Derecho Político*. Librería Prieto.
- Sánchez Viamonte, C. (1957). *El poder constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*. Editorial Bibliográfica Argentina.
- Schmitt, C. (1996). *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial (Trabajo original publicado en 1928 bajo el título *Verfassungslehre*).
- Schmitt, C. (2009). Teología Política. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía. En Id., *Teología Política* (11-58). Trotta (Trabajo original publicado en 1922 bajo el título *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*).
- Searle, J. R. (1995). *The Construction of Social Reality*. The Free Press.
- Searle, J. R. (2010). *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*. Oxford University Press.
- Sieyès, E.-J. (1988). *¿Qué es el Estado Llano?*. Centro de Estudios Constitucionales (Trabajo original publicado en 1789 bajo el título *Qu'est-ce que le Tiers-État?*).
- Sieyès, E.-J. (2007). Proemio a la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano. En R. Máiz (ed.), *Emmanuel Sieyès. Escritos y discursos de la Revolución* (241-265). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Trabajo original publicado en 1789).
- Tushnet, M. (2015). Peasants with pitchforks, and toilers with Twitter: Constitutional revolutions and the constituent power. *International Journal of Constitutional Law*, 13 (3), 639-654.
- Valentini, C. (2023). Potere costituente e fatti normativi. Oltre i miti della permanenza e dell'assenza. *Notizie di Politeia. Rivista di Etica e Scelte Pubbliche*, 150, 40-44.
- Verdugo, S. (2023). Is it time to abandon the theory of constituent power? *International Journal of Constitutional Law*, 21 (1), 14-79. <https://doi.org/10.1093/icon/moad033>.

- Vilajosana, J.M. (1996). Towards a material criterion of identity of a legal order. *Rechtstheorie: Zeitschrift für Logik, Methodenlehre Kybernetik und Soziologie des Rechts*, 27 (1), 45-64.
- Von Wright, G.H. (1963). *Norm and Action. A logical enquiry*. Routledge & Kegan Paul.
- Zagrebelsky, G. (2008). *La legge e la sua giustizia*. Il Mulino.

