

JORGE BAQUERIZO MINUCHE

**EL CONCEPTO  
DE «PODER CONSTITUYENTE»**

**Un estudio de teoría analítica del Derecho**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>NOTA PRELIMINAR</b> .....	13
<b>ACLARACIONES FORMALES</b> .....	17
<b>INTRODUCCIÓN. EL PODER CONSTITUYENTE EN LA TEORÍA DEL DERECHO</b> .....	19
<b>CAPÍTULO I. DE LOS HECHOS AL DERECHO. EL CONCEPTO DE «PODER CONSTITUYENTE»</b> .....	25
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	25
<b>1. EL PODER CONSTITUYENTE Y LA REVOLUCIÓN</b> .....	26
1.1. El clásico concepto de «poder constituyente»: un poder <i>revolucionario</i> .....	26
1.2. El <i>concepto jurídico</i> de «revolución» .....	32
1.3. La revolución como conjunto de «hechos normativos» .....	37
1.4. De la revolución a los «hechos normativos originarios» .....	40
<b>2. EL SIGNIFICADO DE «PODER» EN «PODER CONSTITUYENTE»</b> .....	44
2.1. El concepto de «poder constituyente» en la teoría jurídica.....	44
2.2. Perspectivas <i>ex ante</i> y <i>ex post</i> para el análisis del poder constituyente .....	47
2.2.1. Perspectiva <i>ex ante</i> : el poder constituyente como <i>potencia</i> .....	48

	Pág.
2.2.2. Perspectiva <i>ex post</i> : el poder constituyente como <i>poder de hecho</i> .....	50
2.3. Los mitos sobre la permanencia y ausencia del poder constituyente .....	51
2.3.1. Sobre el <i>mito de la permanencia</i> .....	52
2.3.2. Sobre el <i>mito de la ausencia</i> .....	55
2.4. Una redefinición de «poder constituyente» más allá de los mitos .....	58
3. EL OBSTÁCULO DE LA «LEY DE HUME» PARA UNA DEFINICIÓN DE «PODER CONSTITUYENTE» .....	61
3.1. La concepción iusnaturalista clásica sobre el poder constituyente .....	63
3.2. La concepción <i>panmoralista</i> del poder constituyente .....	64
3.2.1. Críticas de la concepción analizada en contextos descriptivos .....	68
3.2.2. Críticas de la concepción analizada en contextos justificativos .....	72
3.3. La concepción del poder constituyente atribuido por la <i>Grundnorm</i> .....	73
3.4. Una estrategia para comprender el poder constituyente como poder <i>fáctico</i> .....	78
3.4.1. La crítica sobre la imposibilidad de normas <i>ni válidas ni inválidas</i> .....	81
3.4.2. La crítica sobre el fundamento de la existencia <i>jurídica</i> de la constitución .....	84
4. EL SENTIDO <i>JURÍDICO</i> DEL PODER CONSTITUYENTE .....	87
<b>CAPÍTULO II. SOBRE LAS PROPIEDADES DEL CONCEPTO DE «PODER CONSTITUYENTE»</b> .....	95
INTRODUCCIÓN .....	95
1. INTERVENCIÓN DE UN <i>SUJETO CONSTITUYENTE</i> .....	97
1.1. La propia condición «constituyente» (no «constituida») del sujeto .....	99
1.2. No-sujeción a deberes ni a límites jurídicos .....	101
1.3. Autoatribución de una competencia normativa <i>originaria</i> .....	107
1.4. Un presupuesto políticamente no comprometido .....	110
2. PRODUCCIÓN DE NORMAS <i>ORIGINARIAS</i> .....	112
2.1. Normas originarias y producción <i>no legal</i> o <i>ilegal</i> .....	117

	Pág.
2.2. Normas originarias y alteración de la identidad del orden jurídico.....	119
2.2.1. Primera opción: las normas constitucionales .....	120
2.2.2. Segunda opción: las normas de la <i>primera constitución</i> .....	122
2.2.3. Tercera opción: las normas protegidas frente a la reforma constitucional.....	123
2.2.4. Cuarta opción: las normas sobre la <i>identidad axiológica</i> de la constitución.....	126
2.2.5. Quinta opción: las normas sobre la <i>identidad política</i> de la constitución.....	129
2.2.6. Problemas y perspectivas para los criterios de identidad .....	131
3. EFECTIVIDAD DE LOS <i>HECHOS NORMATIVOS ORIGINARIOS</i> . .....	133
3.1. El contenido de la efectividad .....	135
3.1.1. Aceptación de las normas <i>originarias</i> .....	135
3.1.2. Observancia generalizada de las prescripciones derivadas .....	139
3.2. Existencia jurídica como hecho institucional.....	142
3.2.1. Intencionalidad colectiva .....	144
3.2.2. Asignación de función y poderes deónticos .....	148
3.2.3. Un lenguaje apto para la creación de estatus .....	151
3.2.4. Recapitulación.....	153
4. SURGIMIENTO DE UN NUEVO <i>ORDEN JURÍDICO</i> .....	155
<b>CAPÍTULO III. LOS DESAFÍOS DEL «PODER CONSTITUYENTE» LEGAL</b> .....	161
INTRODUCCIÓN .....	161
1. PROCESOS <i>CONSTITUYENTES</i> CONSTITUCIONALMENTE PREVISTOS .....	163
1.1. La vinculación por el simple uso del término «constituyente». ..	165
1.2. La vinculación por la concepción del poder de reforma como un tipo de «poder constituyente» .....	169
1.3. La vinculación por la equivalencia entre la reforma total de la constitución sin límites materiales expresos y el poder constituyente .....	170
1.4. Conclusiones sobre la inadecuada identificación del poder constituyente en los procesos «constituyentes» constitucionalmente previstos.....	172

	Pág.
2. LAS CONCEPCIONES <i>INCLUYENTES</i> DEL PODER CONSTITUYENTE .....	173
2.1. Una concepción <i>amplia</i> del poder constituyente .....	174
2.2. La concepción del poder constituyente <i>postsoberano</i> .....	177
2.2.1. Eventuales obstáculos jurídicos para una continuidad jurídica en sentido <i>fuerte</i> .....	181
2.2.2. Dudas conceptuales sobre la relación entre «reforma» y «sustitución» constitucional .....	184
2.2.3. La tensión interna del modelo <i>postsoberano</i> .....	188
2.3. La concepción <i>política</i> del poder constituyente libre para escoger su forma .....	190
2.4. Conclusiones sobre las concepciones <i>incluyentes</i> del poder constituyente .....	195
3. ¿SURGIMIENTO DE NUEVOS ÓRDENES JURÍDICOS SIN RUPTURA? .....	197
3.1. El caso de las secesiones <i>acordadas</i> .....	197
3.2. El caso de las transiciones jurídicamente reguladas entre regímenes políticos .....	203
3.2.1. Transiciones aparentemente legales pero encubiertamente ilegales .....	204
3.2.2. Transiciones formalmente legales pero materialmente ilegales .....	205
3.2.3. Transiciones legales tanto desde un punto de vista formal como material .....	209
3.2.4. El dilema de las transiciones totalmente <i>legales</i> en la continuidad jurídica .....	211
4. SÍNTESIS Y CONCLUSIÓN .....	213
<b>EPÍLOGO</b> .....	215
1. DESAMBIGUACIÓN SEMÁNTICA .....	215
2. CLARIFICACIÓN CONCEPTUAL .....	218
3. RELACIÓN CON OTROS CONCEPTOS .....	220
COLOFÓN .....	222
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	225

## NOTA PRELIMINAR

Este libro reproduce, con algunas modificaciones, los tres primeros capítulos de la tesis de doctorado que defendí el 9 de octubre de 2020 en la Universitat de Girona y que, en julio de 2021, fue reconocida con el Premio Extraordinario de Doctorado por resolución del rector de dicha universidad. La sustentación de la tesis fue realizada ante un tribunal compuesto por los profesores Riccardo Guastini, Susanna Pozzolo y Juan Carlos Bayón, quienes, previo a resolver que el trabajo doctoral era merecedor de la máxima calificación y de la mención *cum laude*, me formularon algunas críticas, observaciones y sugerencias que han contribuido decisivamente a mejorar el texto que el lector tiene hoy en sus manos.

Varias partes de la antes mencionada tesis, que hoy conforman este libro, fueron previamente publicadas en los siguientes lugares (aunque en versiones algo distintas):

### *Del capítulo I*

- Epígrafe 1 y apartado 2.4 del epígrafe 2: una versión en forma de artículo consta publicada bajo el título «“Poder Constituyente” y “Revolución”: relación de dos conceptos en clave jurídica», *Diritto & Questioni Pubbliche. Rivista di filosofia del Diritto e cultura giuridica*, vol. XXI, núm. 1, 2021, pp. 175-195.
- Algunos elementos extraídos de los epígrafes 2, 3 y 4 constan en un capítulo de libro que escribimos con Pablo A. RAPETTI: «El poder constituyente, ¿fáctico o normativo? Otra vuelta de tuerca», en J. GAJARDO FALCÓN y F. ZÚÑIGA URBINA (eds.), *Constitucionalismo y procesos constituyentes*, vol. 3, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2021, pp. 43-80.

### *Del capítulo III*

- El epígrafe 2.2, en una versión traducida al inglés y con pocos cambios, fue publicada como artículo bajo el título «On “legal continuity” in the post-sovereign model of constitution-making: three problems», en *Revus – Journal for constitutional theory and philosophy of law*, vol. 41, 2020, pp. 137-150.
- Una versión previa del epígrafe 3.1, desarrollada y ampliada bajo la forma de un artículo, fue publicada con el título «¿Surgimiento de órdenes jurídicos sin normas independientes? El caso de las secesiones acordadas», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, vol. 16, 2019, pp. 94-108.
- Finalmente, el epígrafe 3.2, con ligeras variaciones, consta como un capítulo de libro bajo el título «¿Poder constituyente “legal”? Un análisis sobre la posibilidad de transiciones políticas jurídicamente disciplinadas», en N. SAURA-FREIXES (ed.), *Derechos Humanos, Derecho Constitucional y Derecho Internacional: sinergias contemporáneas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021, pp. 69-86.

En lo principal, este libro representa en gran medida la desembocadura de un proceso de investigación doctoral que ha sido posible gracias al apoyo de un nutrido grupo de personas que, directa o indirectamente, han contribuido para lograr este resultado. Más específicamente, tengo el genuino convencimiento de que ello no se hubiera logrado sin el beneficio de la transmisión de conocimiento colectivo que se alude en la famosa frase de Francisco Giner de los Ríos: «Lo que sabemos, lo sabemos entre todos». En este sentido, pues, debo explicitar varios agradecimientos.

Agradezco ante todo a Jordi Ferrer Beltrán, maestro y amigo, quien no solamente ha sido para mí un director de tesis, sino un valioso guía en cada tramo de la investigación desarrollada y, sobre todo, un referente de primera mano respecto de todo aquello que significa ser un participante activo y comprometido con la vida académica. A Riccardo Guastini, mi supervisor durante la estancia de investigación que realicé en la Università degli Studi di Genova entre septiembre de 2017 y enero de 2018, le dedico un especial agradecimiento: sus atentas lecturas y sus precisos comentarios y sugerencias sobre los «extractos» de mi tesis, así como las agradables y fructíferas conversaciones en su despacho del Istituto Tarello, han enriquecido extraordinariamente mi investigación. Con mi buen amigo Pablo A. Rapetti tengo una deuda impagable que solo puedo corresponder con gratitud imperecedera: ha leído prácticamente cada línea de lo que está escrito en este libro y sus lúcidas correcciones, críticas, observaciones y recomendaciones han sido tremendamente determinantes para la culminación de este trabajo y, en general, para mi proceso de formación como investigador. De igual modo,

agradezco enormemente a Matías Parmigiani, quien, desde mi primera presentación en Girona hasta la culminación de mi tesis, ha leído con detenimiento mi trabajo y me ha formulado numerosas recomendaciones de gran profundidad e incalculable utilidad. Agradezco también a cada uno de los miembros de mi tribunal de defensa de tesis: por la atenta lectura, por un *feedback* tan fino y provechoso, y por la generosidad de sus dictámenes. En la misma línea, y por sus valiosas sugerencias, expreso un agradecimiento a la persona que efectuó la revisión anónima de este libro. Evidentemente, es de mi exclusiva responsabilidad cualquier omisión en el seguimiento de todo lo que se me ha recomendado.

Una mención aparte, con toda mi gratitud, va dedicada a varios amigos muy queridos que de uno u otro modo contribuyeron decisivamente para el desarrollo y la culminación de la investigación que sustenta este libro: Andrej Kristan, Diego M. Papayannis, Diego Dei Vecchi, Giovanni Battista Ratti, Carmen Vázquez Rojas y Maribel Narvárez Mora. Agradezco, asimismo, a todos mis compañeros del grupo de investigación de Filosofía del Derecho de la Universitat de Girona que me acompañaron en la etapa de formación doctoral; me refiero, además de los *gironins* que ya he mencionado previamente, a Marcela Chahuán, Francesco Ferraro, Marco Segatti, Pedro Haddad, Jorge Sendra, Carolina Fernández, Esteban Pereira, Lucila Fernández, Alexander Vargas, Piero Mattei-Gentili, David Sierra, Margarita Martínez, Miguel Fernández, Pablo Navarro, Laura Manrique, Édgar Aguilera, Emma Calderón, Carlovittorio Giabardo, Gustavo Poblete, José Sánchez, Renzo Cavani, Santiago Sánchez Gavier y Víctor Cervantes Furió. Sin ellos, nada hubiera sido lo mismo.

Con similar efusión agradezco a todos los profesores y amigos del Istituto Tarello, cuya generosidad —en sentido académico y en sentido personal— me ha marcado hondamente en cada una de mis continuas visitas a Genova. Además de quienes ya han sido mencionados, agradezco especialmente a Paolo Comanducci, Cristina Redondo, Pierluigi Chiassoni, Luca Malagoli, Alessandro Ferrari, Natalia Scavuzzo, Julieta Rábanos, Elena Marchese, Luí Matricardi, Guillaume Robertson, Romain Geniez, Andrea Barca, Marin Keršić, Alejo Giles, Luis E. Franco Mendoza y Rafael Vázquez.

Muchos otros profesores, colegas y amigos, desde diversos lugares, me han apoyado de un modo importante durante la investigación que ha producido este libro. Agradezco en particular a Rafael Hernández Marín, José María Saucá Cano, Miguel Nogueira de Brito, David Duarte, Giorgio Pino, Josep Joan Moreso, Josep Ma. Vilajosana, Matija Žgur, Guglielmo Feis, Donald Bello Hutt, Sebastián Agüero San Juan, Sebastián Figueroa Rubio, Sebastián Reyes Molina, Jonatan Valenzuela Saldías, Gonzalo Ramírez Cleves, Mauricio Maldonado Muñoz, Martín Juárez Ferrer y María Victoria Kristan. Asimismo, agradezco el apoyo de los colegas que conocí en el 2018 durante mi estancia de investigación en el Max Planck Institute de



Heidelberg, especialmente a Núria Saura-Freixes, Juan Camilo Herrera, Octavio Ansaldí y Matheus Bassani, y a todos los amigos de la Universitat Pompeu Fabra que me han apoyado durante mi actual etapa posdoctoral en Barcelona, en particular a Carlos Ignacio Giuffré, Luis Sánchez Baquerizo, Alba Lojo Caride, Osvaldo de la Fuente y Rocci Bendezú.

No puedo dejar de agradecer a Natalia Wilson, cuya presencia marcó los mejores años de mi doctorado en Girona, y a los amigos que, pese a la distancia, se han mantenido siempre en contacto: Xavier Crespo, Elena Pazmiño, Valentín Elizalde, Erick Leuschner, Efrén Minuche, José Flores Sánchez y Gustavo Villacrés. De modo especial agradezco a mi amigo Luigi De Angelis —consejero cuasi proverbial— por todo el apoyo recibido. *Last but not least*, gracias a toda mi familia por estar siempre conmigo, aunque nos separe un océano de distancia. Agradezco en especial a todos mis hermanos; a mi papá, por ser padre y amigo cercano a la vez; y a mi mamá, porque sencillamente es la mejor. Este libro está dedicado a la memoria de mis *padres constituyentes*: mis abuelos Severo y Margarita. Aunque ya no estén entre nosotros, viven diariamente en mi recuerdo con amor filial inagotable.

## **ACLARACIONES FORMALES**

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

## INTRODUCCIÓN

### **EL PODER CONSTITUYENTE EN LA TEORÍA DEL DERECHO**

En términos muy generales, el concepto de «poder constituyente» puede ser estudiado según dos perspectivas cronológicas: desde una perspectiva *ex ante*, como una capacidad atribuida a un soberano (una *potencia*); y desde una perspectiva *ex post*, como el ejercicio efectivo de esa capacidad (un *poder*). Dicho también de modo bastante general, puede decirse que la primera de tales perspectivas es abordada sobre todo por la teoría política, mientras que la segunda de ellas es la que tradicionalmente ha adoptado la teoría general del derecho (cuando se ha interesado en el concepto de «poder constituyente»). Bajo este segundo punto de vista, el poder constituyente es estudiado como un fenómeno de producción normativa reconocible a partir de unos determinados hechos que tienen un impacto decisivo en la adopción de una nueva constitución y, por consiguiente, en el surgimiento de un nuevo orden jurídico-estatal.

Sin embargo, los estudios en torno al poder constituyente en la teoría general del derecho han sido y siguen siendo bastante escasos. No es que el tema en sí mismo carezca de interés actual; de hecho, parece gozar de una extraordinaria vitalidad en la presente época y cada año aparecen publicados una gran cantidad de trabajos sobre la materia. Lo que ocurre es que este interés proviene de otras disciplinas: la filosofía política, la ciencia política, la historia de las ideas constitucionales, la dogmática constitucional, la ontología social, el derecho constitucional comparado, etc. Además, las investigaciones más visibles sobre este tema se concentran en cuestio-

nes de orden práctico, relacionadas con los problemas que suscita la creación constitucional en diversas partes del mundo. Por todo ello, podría decirse que los trabajos de teoría del derecho dedicados al concepto de «poder constituyente» son, hoy en día, una suerte de *rara avis*. Pero ¿a qué se debe esta particularidad?

La respuesta más plausible a la anterior pregunta ya la dio, hace muchos años, Norberto Bobbio: los juristas teóricos, habituados a trabajar con normas, tienden a representar los confines de los ordenamientos jurídicos (el «techo del edificio» de un sistema normativo, siguiendo la metáfora del maestro piamontés) recurriendo a la idea de una norma jurídicamente *última*. En cambio, recurrir a la hipótesis de un poder *último* que instaura positivamente las instituciones de una comunidad organizada (su *constitución*) es claramente una tradición en el ámbito de la filosofía política (donde, de hecho, fue fraguado el concepto). Sin embargo —y como asimismo aseveraba Bobbio—, optar por el recurso a un poder último y no a una norma última en este contexto depende simplemente de la preferencia por una perspectiva u otra: la perspectiva de las normas o la perspectiva de los poderes. Por ello mismo, aunque sean minoritarios, existen importantes trabajos dentro de la teoría del derecho en los que se ha optado por identificar al poder constituyente como el fundamento explicativo del derecho positivo de los Estados.

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

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

a) En primer lugar, una labor de *desambiguación* del significado de la expresión «poder constituyente». No es difícil advertir que el sintagma «poder constituyente» es un patente ejemplo de ambigüedad semántica: basta dar un vistazo general a los usos de tal locución en las prácticas jurídicas y políticas de distintas latitudes para identificar la notoria existencia

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

b) En segundo lugar, una labor de *clarificación* respecto de cómo se podría reconstruir de mejor manera el concepto de «poder constituyente» relevante para el derecho. Esto tiene que ver no ya con la ambigüedad de la expresión, sino con la vaguedad intensional y extensional del concepto, pues las propiedades que lo componen, así como su referencia o extensión, generalmente aparecen indeterminadas. Consecuencia de esta indeterminación son los constantes desacuerdos acerca de qué cuenta (y qué no) como poder constituyente, y representativos de esos desacuerdos son las diversas concepciones que se han construido en torno al fenómeno constituyente, muchas de las cuales, antes que ofrecer claridad, aportan mayor ruido al confuso *babel* que sin duda existe en este ámbito.

c) Finalmente, en tercer lugar, una labor *conectiva*, que supone relacionar o conectar el concepto de «poder constituyente» (relevante para el derecho) con otros conceptos que son utilizados dentro de la teoría jurídica para explicar el origen y el fundamento del derecho de los Estados. En este sentido, por ejemplo, se puede mostrar la relación con los conceptos de «orden jurídico», «sistema jurídico», «primera constitución», «normas originarias (o independientes)», etc. Precisamente a través de esta labor se puede verificar si el concepto de «poder constituyente» tiene un lugar o espacio en la explicación de los fundamentos del derecho positivo, o si resulta redundante recurrir a la idea de este poder último, o bajo qué condiciones cabe admitir su inclusión dentro de un esquema explicativo como el aludido.

Las anteriores labores pueden verse, respectivamente, como los medios para obtener determinadas respuestas a las siguientes cuestiones: a) ¿de qué hablamos cuando hablamos de «poder constituyente»?; b) ¿cuáles son las condiciones necesarias y suficientes que permiten iden-

tificar a ciertos fenómenos sociales y políticos como instancias del concepto de «poder constituyente»? y *c*) ¿qué lugar tiene el concepto de «poder constituyente» dentro de la explicación del origen y el fundamento de los ordenamientos jurídicos? Las correspondientes respuestas, a su vez, permiten modelar el concepto de «poder constituyente» que interesa al derecho mediante su respectiva redefinición: proponiendo una forma de reconstruir su estructura que permita un uso más preciso de aquella expresión. Esta última tarea, que caracteriza típicamente a la teoría analítica del derecho —modelar los conceptos utilizados por los juristas—, se puede realizar, por lo demás, sin necesidad de asumir un punto de vista valorativo; se puede lograr simplemente describiendo y reconstruyendo de mejor modo los usos y prácticas alrededor de este concepto desde un punto de vista axiológicamente neutral. Esta es, de hecho, la metodología utilizada en el presente trabajo.

Tomando las anteriores labores como objetivos de investigación, he estructurado este libro en tres capítulos cuyo contenido, en síntesis, es el siguiente:

En el capítulo I analizaré el tradicional concepto de «poder constituyente»: aquel que designa un poder *revolucionario*, cuya manifestación desconoce limitaciones jurídicas y que, en virtud de su efectividad, provoca el surgimiento de un nuevo orden jurídico a partir de la instauración de una «primera constitución». Ante todo, indagaré cuál es la relación entre este concepto de «poder constituyente» y el concepto de «revolución» relevante para el derecho; ello se obtendrá de la exploración de dos construcciones teóricas relacionadas que tratan de dar cuenta de aquella relevancia: el *concepto jurídico* de «revolución» y la concepción del fenómeno revolucionario como un conjunto de «hechos normativos». Posteriormente, intentaré elucidar qué tipo de poder (jurídico o fáctico) es el que está implicado en este concepto de «poder constituyente» y bajo qué perspectiva cronológica (*ex ante* o *ex post*) puede decirse que hay una relación de todo este entramado conceptual con el derecho. Ello me llevará a proponer una redefinición de dicho concepto con el propósito de ofrecer un modo de entendimiento más afinado del poder para producir *revolucionariamente* un nuevo orden jurídico. Con todo, se revisarán críticamente algunas concepciones que intentan mostrar la existencia de normas autorizadoras de tal poder y, asimismo, las concepciones que simplemente definen al poder constituyente como un mero poder *de hecho*. Finalmente, a modo de conclusión, expondré mi propia propuesta de integración de los sentidos fáctico y jurídico en el concepto de «poder constituyente».

En el capítulo II me concentraré en presentar, de modo organizado, un grupo de condiciones individualmente necesarias y conjuntamente suficientes que permiten reconstruir ciertos fenómenos sociales y políticos como instancias del concepto de «poder constituyente» (según la redefini-

ción realizada en el capítulo I). Estas condiciones son: 1) intervención de un sujeto *constituyente*, 2) producción de normas *originarias*, 3) efectividad de los *hechos normativos originarios* y 4) surgimiento de un nuevo orden jurídico. Todas estas condiciones están íntimamente relacionadas y no pueden entenderse (o no del todo) por separado, salvo para una exposición didáctica como la que se pretende realizar en ese capítulo. En esa presentación relacionaré tales condiciones con algunos conceptos «clave» que frecuentemente son utilizados en la teoría del derecho, y, a su vez, en ese marco introduciré algunas discusiones teóricas de destacada importancia sobre las que tomaré partido en orden a dar una respuesta coherente con los objetivos de este estudio.

En el capítulo III, finalmente, abordaré los posibles desafíos al modelo explicativo ofrecido en este trabajo. Estos desafíos provienen de la teoría y la práctica constitucional, donde cada vez es más frecuente que se señale la posibilidad de un poder constituyente *legal*. En la primera parte efectuaré una revisión de las características de los procesos constituyentes constitucionalmente regulados y, además, examinaré críticamente los tres principales argumentos que se han ofrecido para asumir que el ejercicio de dicha competencia de reemplazo de la constitución es una forma de poder constituyente. En la segunda parte me concentraré en analizar (asimismo, de manera crítica) tres concepciones que asumen la posibilidad de un poder constituyente jurídicamente regulado y limitado: una concepción *amplia* del poder constituyente, que elimina la forma de manifestación *extra ordinem* como propiedad relevante; una concepción del poder constituyente *postsoberano*, que recurre a la idea de un nuevo paradigma de creación constitucional caracterizado por el sometimiento a la legalidad; y una concepción *política* del poder constituyente, a partir de la cual se sostiene que el poder constituyente es libre para elegir las formas que desee (incluyendo las formas legales). En la tercera parte, finalmente, analizaré dos escenarios de cambio normativo que han sido señalados como ejemplos del surgimiento de nuevos órdenes jurídicos sin ruptura de la legalidad: el caso de las secesiones acordadas y el caso de las transiciones jurídicamente reguladas entre diversos regímenes políticos. Al final, expondré mis conclusiones sobre todos estos desafíos en el epílogo del libro.

Sin más prolegómenos, pues, empezaré el desarrollo de este programa.

# CAPÍTULO I

## DE LOS HECHOS AL DERECHO. EL CONCEPTO DE «PODER CONSTITUYENTE»

### INTRODUCCIÓN

Los dos primeros capítulos de este libro están dedicados al análisis del concepto de «poder constituyente» que, en su formulación tradicional —de notoria presencia en la cultura jurídica occidental moderna y contemporánea—, representa el significado paradigmático de dicha expresión: un poder *revolucionario* cuya manifestación desconoce limitaciones jurídicas y que, en virtud de su efectividad, provoca la instauración de una «primera constitución» y, con ello, el surgimiento de un nuevo orden jurídico.

En dicho análisis revisaré algunas cuestiones que, según mi opinión, pueden ser abordadas fructíferamente por la teoría del derecho. Básicamente me interesa explorar cómo se encuentra construido el concepto de «poder constituyente» en este sentido *revolucionario*, esto es, cuáles serían las propiedades que lo componen. Pero, antes de ello, será necesario clarificar previamente qué sentido tiene referirse al poder constituyente como un poder *revolucionario*. Para ello, considero útil analizar cuál es la relevancia del concepto de «revolución» para el derecho. Teniendo en cuenta esta labor, el epígrafe 1 del presente capítulo está estructurado de la siguiente forma: comenzaré, ante todo, haciendo un repaso acerca del surgimiento del concepto de «poder constituyente», el contexto revolucionario al que tradicionalmente se lo asocia, la ambigüedad del término «revolución» y la vaguedad de su respectivo concepto (1.1). Después, haré una ex-



posición respecto de dos construcciones teóricas relacionadas que, desde una perspectiva exclusivamente jurídica, dan cuenta de un concepto restringido de «revolución»: el (así llamado) *concepto jurídico* de «revolución» (1.2) y la definición de «revolución» como un conjunto de «hechos normativos» (1.3). Posteriormente daré cuenta de la complementariedad de las dos definiciones previamente expuestas, pero también de las eventuales críticas atribuibles al concepto restringido de «revolución» (1.4); finalmente, en el mismo epígrafe, ensayaré una alternativa que consiste en la asunción de un concepto amplio de «revolución» y, además, en una definición estipulativa del concepto de «hechos normativos originarios». Como se intentará mostrar, esta clarificación aporta ciertos elementos que permiten una mejor comprensión del propio concepto de «poder constituyente».

Teniendo en cuenta el mismo objetivo recién mencionado, en el epígrafe 2 de este capítulo intentaré elucidar qué tipo de poder (jurídico o fáctico) es el que está implicado en el concepto de «poder constituyente» y bajo qué perspectiva cronológica (*ex ante* o *ex post*) puede decirse que hay una relación de todo este entramado conceptual con el derecho (2.2). Luego de aislar en lo posible consideraciones provenientes de ciertos mitos atribuidos al poder constituyente (2.3), propondré una redefinición de dicho concepto con el propósito de ofrecer un modo de entendimiento más afinado del poder para producir *revolucionariamente* un nuevo orden jurídico (2.4).

Posteriormente, a partir del epígrafe 3 abordaré el análisis de la llamada «Ley de Hume» como posible obstáculo para una definición de «poder constituyente» que se refiera exclusivamente a hechos. En este sentido, revisaré críticamente tres concepciones alternativas que intentan mostrar la existencia de normas autorizadoras de tal poder (epígrafes 3.1, 3.2 y 3.3) y, asimismo, una concepción que permitiría sortear aquel escollo sin dejar de concebir al poder constituyente como un poder meramente *de hecho* (3.4). Finalmente, a modo de conclusión, en el epígrafe 4 expondré mi propia propuesta de integración de los sentidos fáctico y jurídico en el concepto de «poder constituyente».

## 1. EL PODER CONSTITUYENTE Y LA REVOLUCIÓN

### 1.1. El clásico concepto de «poder constituyente»: un poder *revolucionario*

La noción de «poder constituyente», como se sabe, emerge distintivamente en la Modernidad al calor del pensamiento revolucionario que marcó —hacia finales del siglo XVIII— el proceso de independencia de los Estados Unidos y la Revolución Francesa, respectivamente. Aunque es posible ras-

trear orígenes más remotos<sup>1</sup>, es un lugar común afirmar que este concepto adquiere su propia entidad en la mencionada época, que es cuando se empieza a comprender que la autoridad política de la constitución deriva de la soberanía popular y, más concretamente, del *poder constituyente* que, en cabeza del Pueblo (*The People, La Nation*), permite hacer y rehacer los acuerdos institucionales necesarios para el autogobierno colectivo<sup>2</sup>.

La formulación original de la expresión «poder constituyente», como también es bastante conocido, se atribuye al abate Emmanuel-Joseph Sieyès, un destacado político francés que, dentro de su famoso panfleto «*Qu'est-ce que le Tiers-État?*» («¿Qué es el Tercer Estado?»), publicado en enero de 1789 —pocos meses antes del estallido de la Revolución Francesa—, había señalado que «[e]n cada una de sus partes la constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente. Ninguna suerte de poder delegado puede modificar en lo más mínimo las condiciones de su delegación»<sup>3</sup>. Poco tiempo después, en julio de 1789, el mismo Sieyès dijo más explícitamente lo siguiente:

Ahora bien, una constitución supone ante todo un Poder Constituyente. Los poderes públicos se hallan todos ellos, sin excepción, sometidos a las leyes, a reglas, a formas, que no pueden alterar a su antojo. [...] En cambio, el Poder Constituyente lo puede todo en este orden de cosas, pues no se encuentra sometido a una constitución previa. La Nación que ejerce entonces el más grande y más importante de todos sus poderes debe encontrarse, en el ejercicio de esta función, libre de todo constreñimiento y de toda forma<sup>4</sup>.

De acuerdo con la teorización de Sieyès acerca del *pouvoir constituant*, la Nación —esto es, un conglomerado de sujetos dotados de identidad, unidad política y capacidad de obrar—<sup>5</sup> tiene el poder de dotarse de una *constitución*, esto es, tiene el poder de instaurar positivamente sus instituciones políticas<sup>6</sup>. Este poder, que presupone ya la existencia de la Nación como una unidad política<sup>7</sup>, no está vinculado a formas jurídicas ni a procedimientos legales: tiene la «propiedad inalienable» de estar «siempre en estado de

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

<sup>2</sup> LOUGHLIN, 2014: 219.

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

<sup>4</sup> SIEYÈS, 1789b: 257.

<sup>5</sup> Este es el concepto de «nación» extraído del análisis de la obra de Sieyès. Véase DOGLIANI, 1986: 44.

<sup>6</sup> *Ibid.* En palabras del propio Sieyès, se trata del poder de implementar «una organización, formas y leyes apropiadas para llenar aquellas funciones a las cuales se le ha querido destinar. Esto es lo que se llama la *constitución* de este cuerpo» (SIEYÈS, 1789a: 104-105; cursivas en el texto original).

<sup>7</sup> SCHMITT, 1928: 46; DOGLIANI, 1986: 42-44, y LOUGHLIN, 2010: 221.