

Sobre el ‘sujeto constituyente’. Breve análisis desde la teoría del derecho

On ‘Constituent Subject’. A Brief Analysis from Legal Theory

Jorge Baquerizo Minuche

Cátedra de Cultura Jurídica – Universidad de Girona, España

jorge.baquerizo@udg.edu

Resumen: En el presente trabajo se aborda el estudio del concepto de ‘sujeto constituyente’ y, más precisamente, la identificación y análisis de sus tres propiedades definitorias: la propia condición ‘constituyente’ y no ‘constituida’ del sujeto; la no-sujeción a deberes ni a límites jurídicos; y la autoatribución de una competencia normativa ‘originaria’. Partiendo de la premisa de que este concepto mantiene una relación necesaria con el concepto de ‘poder constituyente’ (en el cual está implicado), cada una de esas propiedades es estudiada bajo una perspectiva de análisis centrada en el fenómeno de producción normativa ocasionado por la manifestación de dicho poder. Asimismo, en relación con cada propiedad analizada se identifican posibles argumentos en sentido contrario que problematizarían su postulación, y se ofrecen las correspondientes respuestas de cara a una labor de clarificación conceptual. Finalmente, se indican las razones que dan cuenta del carácter políticamente no comprometido de este presupuesto subjetivo del poder constituyente, bajo un punto de vista valorativamente neutral.

Palabras clave: sujeto constituyente, poder constituyente, hechos normativos, autoridad suprema, soberano, límites jurídicos, competencia normativa.

Abstract: This article studies the concept of ‘constituent subject’ and, more precisely, seeks to identify and analyse its three defining properties: the condition of ‘constituent’ –and not ‘constituted’– of the subject, its legal limitlessness and its self-assignment of an ‘originary’ normative competence. Taking for granted that this concept maintains a necessary relationship with the concept of ‘constituent power’ (in which it is implied), each of these properties is studied from an analytical perspective which focuses on the phenomenon of normative production as it stems from exercising his power. As an effort of conceptual clarification, the article discusses and addresses potential objections to each of the three properties identified. Finally, and from a neutral point of view, the reasons that account for the politically uncommitted nature of the subjective element of the constituent power are indicated.

Keywords: constituent subject, constituent power, normative facts, supreme authority, sovereign, legal limits, normative competence.

I. Introducción

El objetivo de este trabajo es identificar las propiedades definitorias del concepto de ‘sujeto constituyente’. Se trata de una labor de clarificación en la medida en que, pese a la innegable actualidad de esta temática de estudios –provocada por las continuas prácticas de producción de nuevas constituciones alrededor del mundo– las referencias a este componente subjetivo del poder constituyente aparecen generalmente opacadas por usos lingüísticos oscuros, y su análisis en la literatura especializada revela muchas veces una falta de refinamiento conceptual. Determinar cuáles son los rasgos característicos que definen el concepto de ‘sujeto constituyente’, además, parece ser un buen punto de partida para la mejor formulación y organización del conocimiento dentro de este ámbito, habida cuenta de que ello permite describir y reconstruir de mejor modo los usos y prácticas jurídicas en torno a la producción constitucional, al tiempo que confiere una cierta orientación de cara a desenredar el sentido de varias cuestiones problemáticas y, finalmente, contribuye a pulir el instrumental de conceptos necesarios para la adecuada puesta en marcha de tales operaciones prácticas.

Como se puede advertir, pues, el objetivo de este trabajo corresponde a una de las labores típicas de la filosofía del derecho entendida como una empresa eminentemente conceptual. El análisis se centra en un concepto (‘sujeto constituyente’) implicado en el concepto más general de ‘poder constituyente’, cuya referencia nos remite a unos determinados hechos que son considerados en su conjunto como un fenómeno de producción normativa (con un impacto decisivo en el surgimiento de un nuevo orden jurídico), hechos que en este trabajo son objeto de descripción desde un punto de vista valorativamente neutral.

Adoptar esta perspectiva, por supuesto, de ningún modo se traduce en negar la posibilidad de otras vías de análisis con una distinta metodología, ni impide que otro tipo de estudios se ocupen de cuestiones diversas (*v.gr.*, las atinentes al contexto histórico en que se emplea el concepto estudiado)¹. Justamente por considerarse un concepto o cuestión *límite*², el poder constituyente puede ser estudiado desde distintas perspectivas³, lo que obviamente no equivale a decir que deba hacérselo desde todas ellas. De hecho, el concepto de ‘poder constituyente’ usualmente es estudiado por la filosofía política, la dogmática constitucional, la ontología social, el derecho constitucional comparado o la historia de las ideas constitucionales, y no de modo necesariamente integral y omnicompreensivo.

Por lo demás, es necesario aclarar que en este trabajo se explora la relación conceptual entre 'sujeto' y 'poder constituyente' y no entre 'poder constituyente' y 'pueblo'; por ello mismo, cuestiones tales como el carácter colectivo del pueblo, la posibilidad de su agencia o la atribución de una voluntad popular, no serán materia de análisis en las páginas que siguen.

Hechas estas aclaraciones iniciales, procederé conforme a la siguiente estructura. En primer lugar, haré una exposición muy sucinta sobre las dos grandes formas de aproximarse al concepto de 'poder constituyente', sobre el significado de este concepto desde un punto de vista *ex post*, y sobre cómo dentro de este concepto está implicado, a su vez, el concepto de 'sujeto constituyente' (sección II). En segundo lugar, desgranaré las tres propiedades que considero definitorias del concepto de 'sujeto constituyente'; en dicha sección (sección III) efectuaré una breve exposición respecto de cómo se articula cada una de esas tres propiedades, pero también identificaré algunos argumentos que harían problemática su postulación, así como las correspondientes razones para poder desvirtuarlos. En tercer lugar, indicaré tres razones que dan cuenta del carácter políticamente no comprometido de este presupuesto subjetivo del poder constituyente, y que justifican –al menos desde el tipo de empresa intelectual que expresamente ha quedado explicitada– la imposibilidad de indicar quién o quiénes pueden ser sujetos constituyentes (sección IV). Finalmente, en la sección V, ofreceré una síntesis conclusiva de las propiedades analizadas.

II. Sobre la relación entre 'poder constituyente' y 'sujeto constituyente'

En términos generales, el concepto de 'poder constituyente' puede ser estudiado según dos perspectivas cronológicas: desde una perspectiva *ex ante*, como una capacidad (potencia, *potenza*, *puissance*) atribuida a un 'soberano'; y desde una perspectiva *ex post*, como el ejercicio efectivo de esa capacidad (poder, *potere*, *pouvoir*)⁴. Dicho también de modo bastante general, puede decirse que la primera de tales perspectivas es abordada sobre todo por la filosofía política⁵, 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'⁶.

Bajo la primera perspectiva, el poder constituyente (como históricamente ha ocurrido) es generalmente identificado con una de las nociones de *soberanía*⁷: 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"⁸. 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 del ejercicio del poder constituyente, no se haría otra cosa que expresar el atributo de la soberanía. En este sentido *ex ante*, 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.

Esta histórica identificación ha tratado de ser disuelta en un reciente trabajo de Joel Colón-Ríos, en el que se traza una distinción entre ‘poder constituyente’ (al que se propone entender como un poder exclusivamente autorizado para producir un nuevo orden constitucional; un poder sometido, por tanto, a la separación de poderes) y ‘soberanía’ (entendida como la incontrolable capacidad de transformar una voluntad en derecho, creando cualquier contenido jurídico sin sujeción a la separación de poderes)¹⁰. No obstante, aunque se trata de una interesante distinción formulada sobre la base de interpretaciones de obras clásicas en la historia del pensamiento político, los significados que el mencionado autor identifica en ambos vocablos se refieren siempre a la capacidad previa de un sujeto o entidad: ya sea para producir derecho de forma incontrolada, o para producir específicamente una nueva constitución. La distinción, como se puede advertir, estriba específicamente en aquello que se predica como posible contenido material de lo que se actúe bajo uno u otro ‘poder’; de modo que se puede aceptar (o no) la señalada distinción de Colón-Ríos, pero ello es totalmente independiente de –y, en cualquier caso, deja a salvo– la comprensión del poder constituyente como una potencia (desde una perspectiva *ex ante*).

De cualquier modo, no es esa primera perspectiva la que se considera relevante en este trabajo. Aquí se asumirá el segundo punto de vista, acorde al cual el poder constituyente se estudia como un fenómeno de producción normativa reconocible a partir de unos determinados hechos; más concretamente, como la manifestación efectiva de un conjunto de ‘hechos normativos’¹¹ que, al margen o en contra de lo previsto por eventuales normas jurídicas vigentes, han producido nuevas normas cuya aceptación y observancia generalizada provoca la interrupción en la continuidad de un orden jurídico preexistente y el consecuente surgimiento de un nuevo orden jurídico¹².

Es justamente desde esta perspectiva *ex post* que tiene sentido analizar el concepto de ‘sujeto constituyente’ en tanto que su referencia es un tipo de autoridad normativa. Y es que, si tales hechos en que consiste el poder constituyente han producido normas como resultado, por implicación puede afirmarse que *alguien* tuvo que haber intervenido en la formulación de dichas normas. Dado que el contexto de referencia es, en cierto senti-

do, 'originario'¹³, es bastante usual que en la literatura pertinente ese *alguien* sea referido como 'soberano'¹⁴, 'autoridad suprema'¹⁵, 'legislador originario del sistema'¹⁶ o 'autoridad legislativa suprema'¹⁷ (entre otras denominaciones). En todo caso, esta 'autoridad suprema' –a quien se identifica como ejecutora del poder constituyente– no debe ser confundida con la autoridad *suprema* o *última* dentro de un orden jurídico ya establecido¹⁸. La principal diferencia entre ambas 'autoridades supremas' es que la primera desaparece una vez que el nuevo orden jurídico ha sido en efecto implementado; y es que el poder constituyente, siendo un poder precario desde el punto de vista temporal¹⁹, instaura las normas que, entre otras cosas, instituyen al segundo tipo de autoridad (las autoridades *jurídicas* supremas)²⁰. Por otro lado, la 'autoridad suprema' constituyente, por definición, no puede ser una autoridad *constituida* dentro del orden jurídico que ha contribuido a instaurar, puesto que "[e]s, precisamente, la autoridad que lo crea"²¹.

Para separar estas dos clases de 'autoridades supremas', a menudo se utiliza la conocida distinción entre 'soberano₀' y 'soberano₁' estipulada por Ernesto Garzón Valdés²². Asimismo, y tomando como base la anterior distinción –aunque con pretensiones de profundización y refinamiento– José Luis Pérez Triviño ha propuesto las locuciones 'autoridad preinstitucional suprema' (para hacer referencia a la 'autoridad' constituyente) y 'autoridad jurídica suprema' (para referirse a la autoridad última de un sistema jurídico determinado)²³. Esto último parece más adecuado y, sobre todo, evita la posible confusión que sugiere el uso del término 'soberano' en relación con una autoridad jurídica constituida²⁴. No obstante, por motivos de claridad y simplicidad, y siguiendo un uso extendido en la literatura sobre esta materia, en este trabajo utilizaré la locución 'sujeto constituyente'²⁵. Esta expresión me parece la más adecuada: no sólo para evitar confusiones con otro tipo de autoridades²⁶, sino también porque, directamente, la idea de una 'autoridad' constituyente no tiene cabida dentro del ámbito de los ordenamientos jurídicos²⁷. Esta idea únicamente funciona como una hipótesis dentro de la reconstrucción de los hechos que conforman la referencia del concepto de 'poder constituyente'; es decir, "únicamente permite explicar el origen de un orden jurídico", pero no es un concepto explicativo de la idea de autoridad *dentro* de un orden jurídico²⁸. Por ello, aunque pueda entenderse bien el sentido de 'autoridad' al que se hace referencia, conviene evitar confusiones y utilizar, en su lugar, la locución 'sujeto constituyente'.

Como se puede advertir a partir de lo anterior, dentro del propio concepto de 'poder constituyente' –mirado como un fenómeno normativo– 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’.

III. ‘Sujeto constituyente’: propiedades definitorias

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 identifican aquí tres propiedades definitorias: la propia condición ‘constituyente’ y no ‘constituida’ del sujeto (A), la no-sujeción a deberes ni a límites jurídicos (B) y la autoatribución de una competencia normativa ‘originaria’ (C).

A. La propia condición ‘constituyente’ (no ‘constituida’) del sujeto

La primera propiedad definitoria consiste en la propia condición ‘constituyente’ del sujeto; ello implica que, siendo *constituyente*, no puede consistir en un órgano o una institución ya *constituida* dentro del mismo ordenamiento. Esta verdad evidente –en puridad, una tautología– se deriva del propio significado convencional del término ‘constituyente’, que corresponde a lo opuesto de ‘constituido’ (es decir, lo opuesto a “conferido y regulado por normas positivas vigentes”²⁹). Se sigue de esto que el o los sujetos constituyentes, conceptualmente, no pueden estar instituidos por actos jurídicos, ni tampoco sus actos pueden ser el contenido de ninguna norma del ordenamiento jurídico de referencia³⁰.

Adicionalmente, dado que la personalidad es un estatus jurídico producido por el derecho, se sigue también que los sujetos constituyentes no pueden ser personas jurídicas³¹; por consiguiente, sólo pueden ser seres humanos: individuos o conjuntos de individuos que están en condiciones de obrar personalmente³². Esta aclaración viene a cuenta de que, en muchas prácticas de diversos lugares, no es infrecuente observar que quienes se presentan como sujetos constituyentes son individuos que aparentemente exteriorizan la voluntad de un órgano ya institucionalizado. Para disolver esta aparente contradicción, conviene analizar tres modalidades identificables en estas circunstancias: (1) Asambleas constituyentes jurídicamente reguladas; (2) Órganos ‘revolucionarios’; y (3) Colectivos no institucionalizados.

1. Asambleas constituyentes jurídicamente reguladas

En primer lugar, me referiré a ciertos órganos (*v.gr.*, 'Asambleas Constituyentes'), constituidos de conformidad con normas del ordenamiento jurídico en vigor, con el objetivo de reemplazar, de modo jurídicamente regulado, la constitución existente por una nueva constitución.

En estos casos no puede decirse con propiedad que haya sujetos *constituyentes*. Ello es así por la simple razón de que la actividad que realizan no puede ser concebida como una manifestación del poder constituyente según la definición que se apuntó al comienzo de este trabajo³³. De acuerdo con la tradicional concepción del poder constituyente, este es un poder que "no se encuentra sometido a una Constitución previa" (Sieyès)³⁴ y que "no puede constituirse nunca con arreglo a la Constitución" (Schmitt)³⁵. Sin embargo, ocurre que el poder normativo que ejercen los referidos órganos bajo esta hipótesis está *constituido* por normas jurídicas (usualmente, normas constitucionales) y, por tanto, estará necesariamente *limitado* en dos sentidos: en un sentido formal, porque el ejercicio de tal competencia normativa requiere, como mínimo, la especificación de unos requisitos de procedimiento para su instalación (lo cual, sin duda alguna, es una limitación para que el órgano respectivo sea conformado); y en un sentido material, porque las reglas que confieren una competencia, por necesidad, limitan sustantivamente las posibilidades de actuación dentro del ámbito específico regulado. En suma, los órganos a los cuales se hace referencia no pueden ser considerados 'sujetos constituyentes' sino, más bien, titulares de una competencia constitucionalmente establecida; es decir, titulares de un poder *constituido* al que bien podría calificarse como una variante del poder de reforma constitucional (en la modalidad de 'reforma total').

2. Órganos 'revolucionarios'

En segundo lugar, me referiré al caso de aquellos órganos constituidos de conformidad con normas del orden jurídico preexistente que, a pesar de pertenecer a una estructura de poderes institucionalizados, pretenden actuar genuinamente como sujetos constituyentes, es decir, quebrantando el orden instituido para provocar el surgimiento de un nuevo orden³⁶.

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

(a) Desde la primera perspectiva, debe considerarse que ningún órgano jurídico puede haber sido *constituido* como *constituyente*, lo que sería una contradicción en sus propios términos. Por ende, si existen hechos normativos que en su conjunto pueden ser considerados como manifestación del poder constituyente, estos no pueden ser atribuidos a un órgano constituido por un ordenamiento anterior (que, en tal hipótesis, ya no existe), sino únicamente a los individuos que han podido actuar en este sentido. En consecuencia, la presentación ‘orgánica’ en este contexto es sólo una fachada retórica; una retórica que, además, si se utiliza *ab initio*, resulta autocontradictoria, pues las reglas que constituyen al órgano que supuestamente interviene en el proceso ‘constituyente’ forman parte del ordenamiento jurídico que precisamente se quiere abatir³⁷.

(b) Por otro lado, desde la segunda perspectiva, tampoco puede afirmarse con sentido que quienes han intervenido como sujetos constituyentes sean órganos ya *constituidos* en el nuevo ordenamiento. Y es que, del mismo modo en que una causa no puede ser simultáneamente la consecuencia de un mismo hecho, tales sujetos no podrían ser ‘constituyentes’ –dictando las normas que, por hipótesis, contribuyen a crear un nuevo ordenamiento jurídico– y, a la vez, ‘constituidos’ dentro de ese mismo ordenamiento.

Podría alegarse que hay casos en que los individuos que intervinieron como sujetos constituyentes ocupan posteriormente el lugar de autoridades jurídicas supremas en el nuevo régimen constituido; pero, incluso así, aunque sea al modo de una reconstrucción hipotética, cabe distinguir dos momentos: el momento de la intervención de los sujetos constituyentes (donde no están constituidos); y el momento en que asumen funciones como autoridades jurídicas constituidas (donde ya no son sujetos *constituyentes*).

3. Colectivos no institucionalizados

En tercer lugar, finalmente, me referiré al caso de determinados grupos o colectivos de personas que *no* conforman ningún órgano constituido por algún ordenamiento jurídico y que, sin embargo, se presentan como tal al intervenir en procesos constituyentes.

En este último caso se revela, todavía con mayor claridad, que la presentación ‘orgánica’ es también un mero artificio (quizás con efectos retórico-discursivos, pero en ningún caso con efectos jurídicos). Por tanto, desde cualquier perspectiva, quienes actúan en este contexto son simplemente individuos.

B. La no-sujeción a deberes ni a límites jurídicos

La segunda propiedad definitoria del 'sujeto constituyente' es una implicación de su propio rasgo de 'no constituido'. Consiste en lo siguiente: si el o los sujetos constituyentes no pueden estar instituidos por actos jurídicos, ni tampoco sus actos pueden ser regulados por normas jurídicas, entonces: a) no pueden estar sometidos a deberes jurídicos con respecto a otros individuos (ni pueden asumir, por lo mismo, que son titulares de derechos)³⁸; y, b) además, por iguales razones, sus actos no pueden estar sujetos a límites jurídicos preexistentes. Esta característica va de suyo, pues, como afirma Riccardo Guastini, una autoridad *de facto* –creadora de derecho, pero no creada por el derecho– “siendo *de facto*, puede por cierto tener límites fácticos, pero no puede lógicamente ser limitada por normas jurídicas: de otra manera, no sería *de facto*, se convertiría en autoridad jurídica”³⁹. De ahí que el sujeto constituyente sea usualmente caracterizado como jurídicamente ilimitado, libre para crear cualquier sistema normativo posible (lógica y empíricamente posible, claro está)⁴⁰.

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

1. Objeciones contra la inexistencia de deberes

Respecto de la no sujeción a deberes jurídicos, se podría argumentar que hay casos en que los individuos que actúan como sujetos constituyentes aducen ser representantes populares y, por tanto, estar sujetos a ciertos *deberes* respecto de sus 'representados'⁴¹. De hecho, recientemente Jacobsohn y Roznai han señalado que el ejercicio del poder constituyente, incluso si es considerado extralegal, necesita de una cierta forma de representación, esto es, de algún marco institucionalizado a través del cual se pueda expresar la voluntad constituyente⁴².

Sin embargo, los mismos autores citados –siguiendo una distinción originalmente introducida por Carl Schmitt– admiten que aquella exigencia de representación es predicable solo respecto de la ulterior ejecución y formulación de la decisión constituyente, mas no respecto de la actividad constituyente en el momento inicial⁴³. Y es que, en ese momento originario, sería autocontradictorio afirmar el ejercicio de una representación política en una determinada comunidad, articulada sobre la base de normas pertenecientes a un cierto ordenamiento jurídico y, a su vez, pretender abatir ese mismo ordenamiento. Además, si esto último sucediese, claramente desaparecería la representación en los términos marcados por unas normas que ya no existirían.

Una estrategia para insistir en el referido argumento sería defender un concepto distinto de ‘representación política’, no ya como autorización para decidir (desde el punto de vista jurídico) sino como *cuidado de intereses*: como actuación voluntaria dedicada al cuidado del interés de otros⁴⁴. De igual modo, podría acudir a otras teorías de la representación provenientes de la filosofía política, acorde a las cuales es posible señalar la existencia de un carácter representativo y, por tanto, de ciertos deberes (derivados de una práctica de decisión en nombre de terceros), aunque tal representación no haya sido expresamente conferida por normas jurídicas. En este sentido, las vías por las cuales se aduce que existe tal ‘representación’ son diversas; así, se habla de ‘representantes indicativos’ (Pettit), ‘legitimidad de reflexividad’ (Rosanvallon) o ‘representación giroscópica’ (Mansbridge).

No obstante, independientemente de la plausibilidad que se considere que tengan estas teorías a efectos de atribuir representación, me parece claro que en ningún caso se podría derivar de ello la existencia de deberes en sentido *jurídico-positivo*, ni por ende su atribución al sujeto constituyente. Y es que la afirmación de que x tiene un deber jurídico es verdadera si, y solo si, se puede derivar del sistema jurídico de referencia una norma que obligue a x a hacer algo, es decir, una norma jurídica que califique deónticamente una acción (de x) como obligatoria⁴⁵. Pero ello no puede suceder con el sujeto constituyente, cuyos actos, por definición, no son objeto de regulación jurídica preexistente; su propia condición constituyente, en suma, supone la ausencia de una regulación de la que se puedan derivar deberes jurídicos (lo que, evidentemente, no podría ser suplido por ninguna teoría⁴⁶).

2. Objeciones contra la inexistencia de límites jurídicos

Por otro lado, en lo atinente a la cualidad de ilimitación jurídica atribuible al sujeto constituyente, me parece pertinente distinguir dos tipos de objeciones: la objeción a la idea de “un sujeto jurídico dotado de una competencia total e ilimitada”⁴⁷; y la objeción propiamente dicha sobre la no-sujeción a límites jurídicos.

El primer tipo de crítica, bien entendido, no afecta a la característica de ilimitación *jurídica* del sujeto constituyente. Se puede recordar aquí a Genaro Carrió, a quien la idea de caracterizar al poder constituyente como una competencia ‘total e ilimitada’ le parecía directamente un absurdo⁴⁸. Pero el referido autor se refería a la imposibilidad conceptual de una competencia *institucionalizada* que tuviera esas características, afirmando que las reglas legales que confieren una competencia necesariamente “excluyen, al mismo tiempo, aquellas cosas para las que no se otorga competencia”⁴⁹. Lo que

en el fondo criticaba Carrió es que ciertos usos de la expresión 'poder constituyente', apoyándose "al máximo" en la ambigüedad de la palabra 'poder', confundan el sentido de este término y lo hagan pasar por una 'competencia' en sentido institucional que, además, fuese 'ilimitada'⁵⁰; esto implicaría, en su opinión, transgredir los 'límites externos' del lenguaje normativo⁵¹. En todo caso, esta crítica no implica negar la idea misma de no-sujeción a límites jurídicos en la actuación de un sujeto constituyente sino, más bien, negar que esa ilimitación sea –o pueda ser– atribuida al modo de una competencia institucionalizada por el derecho⁵².

El segundo tipo de crítica, en cambio, sí que se dirige propiamente en contra de la característica de ilimitación jurídica que aquí se analiza. En este sentido, algunos autores –sobre todo dedicados a la dogmática constitucional– defienden la existencia de límites jurídicos preexistentes y vinculantes sobre la actividad del poder constituyente. Al respecto, se pueden identificar dos grupos de supuestos límites: un primer grupo, en el que constarían los derechos fundamentales, el principio de separación de poderes, el principio de soberanía popular, la dignidad de la persona humana, etc., independiente de su reconocimiento y positivización en un documento constitucional específico⁵³; y un segundo grupo, en el que se identifican ciertos *límites* del poder constituyente establecidos en tratados internacionales o en normas del derecho internacional general, de los que se desprenden obligaciones voluntariamente aceptadas por los Estados (especialmente relevantes en el ámbito de los derechos humanos)⁵⁴.

Pues bien, me parece que ninguna de estas ideas es apta para contradecir el rasgo de ilimitación jurídica que se atribuye a los sujetos constituyentes. Conviene aclarar, ante todo, que la expresión 'límite jurídico' –tal como es mayoritariamente utilizada en el lenguaje de los juristas– tiene un significado compuesto básicamente por dos elementos: *i*) El límite preexistente se encuentra establecido en una norma de derecho positivo perteneciente a un ordenamiento jurídico determinado (si no, no sería un límite 'jurídico')⁵⁵; *y, ii*) la norma de derecho positivo que define el límite en cuestión, califica deónticamente ciertas acciones o estados de cosas para impedir que el límite sea vulnerado, y/o establece sanciones (u otro tipo de consecuencias jurídicas) para que una eventual transgresión de *facto* no sea considerada como un resultado institucional de acuerdo con el derecho. El típico ejemplo de 'límite jurídico' sería un límite expreso a la reforma constitucional que, siendo dispuesto por la propia constitución, estableciera la prohibición de reformar ciertos contenidos y, eventualmente, la sanción de invalidez jurídica de toda reforma que excediera tal límite (controlable por parte de un tribunal o corte constitucional). En este ejemplo, el poder de reforma constitucional se encuentra

acotado por el señalado límite, de tal modo que no puede transgredirlo jurídicamente; y, si acaso pudiera transgredirlo *de hecho*, tal estado de cosas no contaría jurídicamente como ‘reforma constitucional’.

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

Por una parte, el primer grupo de ejemplos de límites jurídicos al poder constituyente no cumple con el elemento *i)*: no son límites extraídos de normas de derecho positivo, pertenecientes a algún ordenamiento jurídico específico. A pesar de ello, son caracterizados como ‘jurídicos’ debido a varias circunstancias explicativas, dentro de las que cabe mencionar al menos tres: la presuposición de un derecho *suprapositivo* “por encima de las instancias positivas”, esto es, un “*derecho natural*” del que se extraen criterios de valor que “la voluntad humana no puede, válidamente, atropellar”⁵⁶; la confusión entre ‘constitución’ (documento normativo) y ‘constitucionalismo’ (filosofía política axiológicamente caracterizada)⁵⁷; y la asunción de ciertos principios y valores como universalmente aceptados y, sobre todo, vinculantes respecto de todas las personas⁵⁸.

En cualquiera de los anteriores casos, no es necesario entrar en discusiones de fondo para discernir que el sentido ‘jurídico’ que se le quiere dar a estos supuestos límites del poder constituyente no coincide con un sentido *jurídico-positivo*. Y es que, además, parece claro que tales límites “[n]o son condicionamientos jurídicos ni asumen formas de tales”⁵⁹; es decir, no prohíben que el límite sea vulnerado ni disponen sanciones jurídicas para una eventual transgresión, lo cual permite afirmar que estos ejemplos tampoco cumplen con el elemento *ii)* antes referido. En suma, y por donde se mire, no son límites jurídico-positivos; se trata, más bien, de límites *conceptuales* que, derivados de ciertas concepciones constitucionales previamente asumidas, determinan las condiciones bajo las cuales cabe considerar a ciertas prácticas de cambio constitucional como instancias del concepto de ‘poder constituyente’ o, alternativamente, determinan las condiciones para considerar qué tipo de resultados normativos –producidos por tales prácticas– cuentan como instancias del concepto de ‘constitución’⁶⁰. Pero esto revela que los mencionados límites no pretenden limitar otra cosa que el uso de determinados conceptos (algo que en este trabajo no se discute).

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

Luego del triunfo de la Revolución Francesa, a fines del siglo XVIII, así como luego del triunfo de la Revolución Rusa a comienzos del siglo XX, apareció en los demás Estados la tendencia natural a no interpretar el orden jurídico establecido por la revolución como un orden jurídico, a no interpretar los actos de los gobiernos llegados revolucionariamente al poder como actos jurídicos; el primero, porque lesionaba el principio monárquico de legitimidad; el segundo, porque eliminaba la propiedad privada de los medios de producción. Invocando esta razón, ha habido inclusive tribunales de los Estados Unidos de América que se negaron a reconocer, como actos jurídicos, actos del gobierno ruso establecido por la revolución, con el fundamento de que no se trataría de actos de un Estado, sino de una banda de *gangsters*. Pero tan pronto como los órdenes coactivos establecidos revolucionariamente demostraron ser duraderamente eficaces, fueron reconocidos como órdenes jurídicos; los gobiernos de las comunidades constituidas por ese orden, como gobiernos de un Estado, y sus actos, como actos del Estado, y, por lo tanto, como actos jurídicos⁶¹.

Por otra parte, respecto del segundo grupo de ejemplos –los ‘límites internacionales’ del poder constituyente–, el análisis es un tanto distinto. Aquí ya no puede decirse que se trata de límites conceptuales, sino de límites establecidos por normas del derecho internacional; con ello, el elemento *i)* estaría acreditado. Sin embargo, de ninguna manera puede decirse que el elemento *ii)* se cumple en este caso, puesto que tales normas no prohíben determinadas manifestaciones del poder constituyente con ciertas características, ni disponen su negación o falta de reconocimiento en un determinado Estado como posible sanción frente a la transgresión de aquellos ‘límites’. La consecuencia normativa, como indican los propios autores que defienden estas ideas, es la “ilicitud internacional del comportamiento del Estado” y la eventual aplicación de las sanciones previstas para el incumplimiento de obligaciones internacionales⁶². Pero, evidentemente, esto no supone ningún *límite jurídico* al poder constituyente, según los elementos que componen el significado de esta expresión; por el contrario, el juicio de ‘ilicitud internacional’ presupone que el poder constituyente ya se ha manifestado de modo efectivo. En conclusión, no es preciso afirmar que la manifestación del poder constituyente esté ‘limitada’ jurídicamente por el derecho internacional; resulta más apropiado decir que aquellos Estados donde se dan ciertas manifestaciones del poder constituyente pueden estar sujetos a determinadas *consecuencias* jurídicas dispuestas por el derecho internacional, las que en ningún caso están orientadas a impedir o a remediar (de algún modo) algo que, por definición, ya ha sido efectivamente producido. Son dos cuestiones distintas que no conviene confundir.

Analizados estos dos grupos de ejemplos, se puede refutar entonces la crítica afianzada en la aparente existencia de límites jurídicos al poder constituyente. Pero más allá de los fallidos ejemplos, se debe subrayar aquí que la característica analizada en todo este apartado no es la imposibilidad *empírica* de identificar límites jurídicos al

momento en que actúan los sujetos constituyentes, sino la imposibilidad *conceptual* de la sujeción del poder constituyente a cualquier eventual límite jurídico que preexista. Desde un punto de vista empírico, es claro que pueden existir (incluso numerosas) disposiciones jurídicas en vigor que limiten las actividades de los sujetos constituyentes: desde regulaciones penales que sancionen conductas antijurídicas hasta cláusulas constitucionales que establezcan la imposibilidad jurídica del cambio constitucional fuera de los cauces institucionales. Pero desde un punto de vista conceptual, ocurre que en la propia instauración normativa *de facto* que ha alcanzado efectividad –y que de modo *ex post* se denomina ‘poder constituyente’– está implicado ya el hecho de haberse obviado o contravenido los límites jurídicos preexistentes (incluso aquellos provenientes de las normas de más alta jerarquía, que habrán desaparecido con el orden jurídico abatido). En pocas palabras, en la propia definición de ‘constituyente’ –como lo convencionalmente equivalente a ‘no constituido’– aparece la imposibilidad conceptual de sujeción a límites jurídicos⁶³. En suma, carece de sentido hablar de ‘límites jurídicos’ del poder constituyente: o es ‘poder constituyente’, y entonces ha podido contravenir efectivamente cualquier límite jurídico; o ha habido un sometimiento a límites jurídicos, pero entonces, por definición, no habría ningún poder *constituyente*⁶⁴.

C. Autoatribución de una competencia normativa ‘originaria’

La tercera y última propiedad definitoria que se predica del sujeto constituyente consiste en que este, expresa o implícitamente, se autoatribuye una *competencia* para dictar normas a pesar de la ausencia de habilitación jurídica. El significado de ‘competencia’ al que aquí se alude no es el que designa un poder “facultado por el orden jurídico para producir normas jurídicas”⁶⁵, pues es obvio que, desde esta perspectiva, el sujeto constituyente es indudablemente *incompetente*. El sentido de ‘competencia’ que aquí resulta pertinente equivale más bien a una capacidad o aptitud que en hipótesis se tuvo que haber poseído para producir normas que han sido aceptadas y obedecidas, con la consecuencia del efectivo surgimiento de un nuevo ordenamiento jurídico.

A este sentido de ‘competencia’ parece referirse Pierluigi Chiassoni cuando explica que los hechos en que consiste una revolución o un golpe de estado (u otras formas de usurpación) representan, propiamente hablando, una condición para que alguien –los líderes revolucionarios, el usurpador del poder, los jefes del partido golpista, el ‘soberano’, etc.– se transforme en *competente* para producir normas jurídicas, así sea por autohabilitación; en suma, para Chiassoni, tales hechos operan como condición fáctica

para que surja una “competencia normativa” (incluso si esta es eventualmente autoatribuida): la “competencia jurídica para producir nuevo derecho”⁶⁶.

Se puede hablar, pues, de una competencia normativa *originaria* –distinta de la competencia normativa *derivada* de normas jurídicas– que es asumida o autoatribuida por el sujeto constituyente. Sobre la base de algunos elementos que Jordi Ferrer Beltrán ha expuesto al definir la noción de ‘competencia’, puede decirse que este sentido de ‘competencia normativa’ está relacionado con la pertenencia de las normas originarias a un sistema jurídico⁶⁷. Así, desde una perspectiva fijada exclusivamente en las consecuencias, la ‘competencia normativa originaria’ podría ser definida como la capacidad mostrada por un sujeto constituyente para dictar normas originarias⁶⁸ (pertenecientes al nuevo ordenamiento que con ellas se origina).

Esta capacidad, como ya se ha dicho, no puede ser atribuida por normas de competencia previas (dadas las características del sujeto constituyente): sólo puede ser autoatribuida. Ahora bien, podría objetarse que la idea misma de una competencia sin normas que la confieran (y, por ende, la idea de una autoatribución de competencia) carece de sentido; sería algo así como pensar en “un hijo sin padres”, tal como denunciaba Carrió bajo el cargo de transgresión de los límites del lenguaje normativo⁶⁹. Sin embargo, este cargo sólo es admisible si se presupone un concepto normativo de ‘competencia’ que incorpore como propiedad la existencia previa de reglas jurídicas constitutivas (esto es, un concepto de competencia normativa *derivada*). La idea que aquí se analiza, en cambio, presupone un diverso concepto de ‘competencia’ que no supone la habilitación de normas jurídicas⁷⁰ y cuya estipulación tiene sentido para dar cuenta de la pertenencia de las normas ‘originarias’ a un nuevo sistema jurídico. Luego, bajo esta distinta presuposición, no parece que esté implicada ninguna transgresión lógica o lingüística; siguiendo la metáfora de Carrió, pensar en un ser humano ‘sin padres’ que lo hayan engendrado es insensato, salvo que se piense –al menos como un recurso explicativo tendiente a establecer la ‘génesis’ o punto de partida de un relato– en el primer ser humano.

La autoatribución a la que se hace referencia puede ser realizada de modo explícito⁷¹, aunque lo más usual es que aquella sea implícita y no requiera de ningún acto normativo⁷². En cualquier caso, cabe analizar si esta competencia normativa que se autoatribuye el sujeto constituyente puede ser comprendida como el propio poder constituyente (tal como lo sostenía Carlos S. Nino⁷³). En mi opinión, esta forma de presentación –pese a ser muy atractiva– exigiría demasiadas presuposiciones y no permitiría tener en cuenta algunos elementos de destacada importancia a la hora de revisar cómo se encuentra

construido el concepto de ‘poder constituyente’ que predomina en la cultura jurídica de nuestro entorno. Más concretamente, si se fija la atención solo en el aspecto de la competencia normativa, se perdería de vista la noción de poder ‘de hecho’ que permite explicar la manifestación efectiva de un conjunto de hechos sociales como generador de un resultado institucional relevante para el derecho.

De cualquier modo, la relevancia de la noción de ‘competencia normativa originaria’ que aquí se indica –la cual ha sido tomada, aunque con distintos propósitos, de la obra de Nino–, permite dar cuenta de una característica central de quienes intervienen como sujetos constituyentes, y permitiría explicar también, de modo más refinado, la pertenencia de las normas ‘originarias’ a los sistemas jurídicos (aspecto que bien podría ser desarrollado dentro de una teoría ‘integradora’ de la competencia en el derecho).

IV. Un presupuesto políticamente no comprometido

En las páginas anteriores nada se ha dicho respecto a *quién* puede ser sujeto constituyente. Esto se condice con la propia definición de ‘poder constituyente’ adoptada en este trabajo, que no incluye ninguna propiedad que pueda indicar quién o quiénes están legitimados para ejercer dicho poder, ni mucho menos cómo debe ser ejercido⁷⁴. Tres son las razones que justifican esta ausencia: una exigencia de sujeción a los usos lexicales prevalentes; una exigencia de consistencia interna en la labor de definición; y, finalmente, una exigencia de separación entre lo que *es* y lo que *debe ser*.

Acorde a la primera exigencia, se tiene en cuenta que la expresión ‘poder constituyente’ es prevalentemente utilizada para denotar diversos eventos que carecen de una forma típica de manifestación (y que van, desde las expresiones más articuladas de civilidad democrática, hasta aquellas que son indudablemente despóticas o tiránicas)⁷⁵. Por tanto, si el poder constituyente no tiene una forma predeterminada para manifestarse, ello significa –siguiendo a Alessandro Pace– que no son apriorísticamente individualizables los sujetos identificados como sus ‘titulares’⁷⁶: el sujeto constituyente eventualmente podría ser un conjunto de sujetos naturales que actúa en nombre de ‘el pueblo’⁷⁷, aunque también podría tratarse de un monarca⁷⁸, una aristocracia elitista, un grupo revolucionario, o incluso sujetos externos al ordenamiento que se quiere constituir (en los casos de procesos constituyentes guiados por influencia de Estados extranjeros)⁷⁹.

De acuerdo con la segunda exigencia, se tiene también en consideración que el poder constituyente, tal como es comprendido en este trabajo, sólo puede ser reconocido de modo *ex post*. Sobre esta base, no es conceptualmente posible especificar, *ex ante*,

quiénes pueden ser sujetos constituyentes; sólo se puede decir –de modo bastante modesto, y pese al desencanto que esto pueda generar– que el sujeto constituyente es simplemente *quien ha podido serlo*⁸⁰: quien ha logrado “llevar a la práctica lo que quiere [...] porque es de hecho capaz de adoptar decisiones a la vez globales y concretas acerca de los modos de existencia de la comunidad política”⁸¹. Luego, por razones de consistencia, no se podría indicar quiénes son los *titulares* de tal poder.

La tercera exigencia, por último, pone en escena la ‘gran división’ entre el *ser* y el *deber ser*, que se expresa a su vez dentro de la distinción entre las funciones descriptivas y prescriptivas del lenguaje. Como se habrá podido advertir, el presente trabajo únicamente pretende dar cuenta del concepto de ‘sujeto constituyente’ a partir de la identificación y descripción de las propiedades que lo componen y desde un punto de vista axiológicamente neutral. Por ende, la preocupación acerca de cuáles deben ser las propiedades ideales para que un poder se transforme en autoridad (o, lo que es lo mismo, la cuestión de definir un concepto valorativo de ‘autoridad constituyente’), no forma parte de las pretensiones de este trabajo⁸².

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

Así, por ejemplo, se puede decir –desde un punto de vista descriptivo– que el sujeto constituyente de un determinado proceso de instauración constitucional fue un triunvirato militar; pero, paralelamente, también se puede afirmar –desde un punto de vista valorativo– que la intervención de dicho sujeto constituyente fue *ilegítima* (según determinados criterios de legitimidad asumidos). Es decir, es perfectamente posible describir, por un lado, que se ha ejercido el poder constituyente en ciertas coordenadas de tiempo y espacio; y evaluar, por otro lado, la legitimidad de la actuación de los sujetos constituyentes⁸³. Esta posibilidad muestra que no hace falta restringir el significado de la expresión ‘sujeto constituyente’ –o de otras expresiones similares–, incorporando propiedades valorativas que afecten a su uso descriptivo y que, por consiguiente, limiten su referencia únicamente a los sujetos que actuaron de forma ‘legítima’⁸⁴; es suficiente si se distinguen, más simplemente, los dos planos de análisis⁸⁵.

V. Síntesis (a modo conclusivo)

En este trabajo he abordado el estudio del concepto de 'sujeto constituyente', implicado dentro del propio concepto de 'poder constituyente'. En este respecto, he identificado tres propiedades definitorias del concepto de 'sujeto constituyente': 1) La propia condición 'constituyente' y no 'constituida' del sujeto; 2) La no-sujeción a deberes ni a límites jurídicos; y, 3) La autoatribución de una competencia normativa 'originaria'.

En relación con la propiedad 1), se especificó que los sujetos constituyentes no pueden estar instituidos por actos jurídicos: ni del ordenamiento jurídico abatido por el poder constituyente, ni del nuevo ordenamiento resultante de su manifestación. Además, dado que sus actos tampoco pueden ser el contenido de ninguna norma de algún sistema jurídico (debido a que el contexto de su actuación no es institucional), los sujetos constituyentes sólo pueden ser individuos o conjuntos de individuos que obran personalmente, pero no personas jurídicas (puesto que la personalidad jurídica es un estatus producido por el derecho). En este respecto, y ante la identificación de tres casos en los que, aparentemente, un órgano o institución actúa como sujeto constituyente, se procedió a la respectiva clarificación y se concluyó que: o son sujetos constituyentes, pero su presentación 'orgánica' es un meramente un artificio retórico (caso de los literales *b* y *c*); o simplemente no son sujetos constituyentes (caso del literal *a*).

En lo tocante a la propiedad 2), se indicó que los sujetos constituyentes (a) no pueden estar sometidos a deberes jurídicos ni pueden asumir que son titulares de derechos; y (b) sus actos no pueden estar sujetos a límites jurídicos. Ambas características fueron contrastadas con posibles argumentaciones en sentido contrario. Sin embargo, al argumento de que pueden existir otras formas de 'representación política' (de las que se desprendería la existencia de ciertos deberes jurídicos para con los representados), le fue opuesta la consideración de que no se extraerían deberes en sentido *jurídico* (en la representación como 'cuidado de intereses') o de que se estaría incurriendo en una contradicción (en la representación política basada en normas de un ordenamiento que precisamente se quiere abatir). De igual modo, se expusieron y criticaron los argumentos tendientes a mostrar que sí existen límites jurídicos sobre las actuaciones de los sujetos constituyentes: por una parte, señalando que no se trata de límites *jurídico-positivos* (en el caso de los argumentos que invocan principios suprapositivos o metapositivos); y, por otra parte, señalando que no hay propiamente una función de límite preventivo o de remedio jurídico (en el caso de la tesis que sostiene la existencia de 'límites internacionales' al poder constituyente).

Sobre la propiedad 3), por su lado, se especificó el sentido de 'competencia' al que se alude en la autoatribución de una competencia normativa originaria; se indicó la función que cumpliría una noción tal de competencia en relación con la pertenencia de las normas 'originarias' a un sistema jurídico; se esbozaron los modos en que puede operar la referida autoatribución; y se argumentó por qué no es conveniente hacer equivalente a esta noción con el propio concepto de 'poder constituyente'.

Finalmente, se indicaron las razones por las cuales, desde un punto de vista valorativamente neutral, la caracterización de los sujetos constituyentes presenta un carácter políticamente no comprometido.

Referencias bibliográficas

- Arato, Andrew, 2017: *The Adventures of the Constituent Power. Beyond Revolutions?* Cambridge: Cambridge University Press.
- Atria, Fernando, 2013: *La constitución tramposa*, Santiago de Chile: LOM Ediciones.
- _____, 2020: «Constituent Moment, Constituted Powers in Chile», *Law and Critique*, 31: 51–58.
- Austin, John, 1832: *The Province of Jurisprudence Determined*, 1ª reimpresión de la edición de 1995 (W. E. Rumble, ed.), New York: Cambridge University Press, 2001.
- Baquerizo Minuche, Jorge, 2020: «On “legal continuity” in the post-sovereign model of constitution-making: three problems», *Revus – Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 41: 137-150.
- Bernal Pulido, Carlos, 2013: «Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine», *International Journal of Constitutional Law*, 11(2): 339-357.
- Bidart Campos, Germán J., 1962: *Derecho Político*, Buenos Aires: Aguilar.
- Bobbio, Norberto, 1960: *Teoria dell' ordinamento giuridico*, Torino: Giappichelli.
- _____, 1967: «Fatto normativo», en AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano: Giuffrè: 988-995. Citado por la versión posterior del mismo autor, 1994: «Consuetudine e fatto normativo», en N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino: Giappichelli: 17-57.

- Böckenförde, Ernst Wolfgang, 1991: *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag. Citado por la traducción al castellano de Agapito Serrano, R., 2000: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid: Trotta.
- Carrió, Genaro R., 1973: *Sobre los límites del lenguaje normativo* (1ª. Reimpresión), Buenos Aires: Astrea, 2001.
- Chiassoni, Pierluigi, 2017: «Do jurists need pre-conventions?», *Revus – Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 33: 37-43.
- Colón-Ríos, Joel I., 2014: «Five conceptions of Constituent Power», *The Law Quarterly Review*, 130: 306-336.
- _____, 2020: *Constituent Power and the Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Díez-Picazo, Luis María, 2006: «Límites internacionales al poder constituyente», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 76: 9-32.
- Dyzenhaus, David, 2007: «The Politics of the Question of Constituent Power», en M. Loughlin y N. Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, New York: Oxford University Press: 129-145.
- Ferrajoli, Luigi, 2007: *Principia iuris. Teoria del diritto e della demorazia*, vol. 1 (*Teoria del diritto*), Roma – Bari: Gius. Laterza & Figli.
- Ferrer Beltrán, Jordi, 2000: *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Garzón Valdés, Ernesto, 1981: «Acerca de las limitaciones legales al soberano legal», *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, 43-44: 43-56.
- _____, 1983: «Acerca de las limitaciones jurídicas del soberano», en E. Bulygin, M. D. Farrell, C. S. Nino y E. A. Rabossi (compiladores), *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires: Abeledo Perrot: 157-180.
- Guastini, Riccardo, 2006: *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Torino: Giappichelli.
- _____, 2007: «Ernesto Garzón Valdés sobre la soberanía. Un comentario», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30: 117-121.
- _____, 2011a: *Interpretare e argomentare*, Milano: Giuffrè.
- _____, 2011b: *La sintassi del diritto*, 2ª. ed., Torino: Giappichelli, 2014.
- Jacobsohn, Gary J., y Roznai, Yaniv, 2020: *Constitutional Revolution*, New Haven-London: Yale University Press.

- Kalyvas, Andreas, 2005: «Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power», *Constellations: An International Journal of Critical and Democratic Theory*, 12(2): 223-244.
- Kelsen, Hans, 1945: *General Theory of Law and State*, 3ª ed., Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1949.
- _____, 1960: *Reine Rechtslehre*, 2ª. ed., Wien: Franz Deuticke. Citado por la traducción al castellano de Vernengo, R. J., 1979: *Teoría Pura del Derecho* (2ª. reimpresión), México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.
- Laporta, Francisco J., 1989: «Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para debate», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 6: 121-141.
- Lawson, George, 1660: *Politica Sacra et Civilis* (editado por C. Condren), Cambridge: Cambridge University Press, 1992.
- Matteucci, Nicola, 1991: «Soberanía» (voz), en N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (directores), *Diccionario de Política*, 2ª. ed., México D. F.: Siglo Veintiuno Editores: 1483-1492.
- Nino, Carlos S., 1985: *La validez del Derecho*, Buenos Aires: Astrea.
- _____, 1992: *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires: Astrea.
- Pace, Alessandro, 1997: *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, 2da. ed., Padova: Cedam, 2002.
- Pérez Triviño, José Luis, 1998a: *Los límites jurídicos al soberano*, Madrid: Tecnos.
- _____, 1998b: «La autoridad suprema de un orden jurídico. Un análisis conceptual», *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 8: 193-205.
- Raz, Joseph, 1972: «Voluntary Obligations and Normative Powers» (part II), en N. McCormick y J. Raz, «Voluntary Obligations and Normative Powers», *Proceedings of the Aristotelian Society (Supplementary Volumes)*, 46: 79-102.
- Redondo, María Cristina, 2016: «A legal order's supreme legislative authorities», *Revus – Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 29: 33-60. Citado por la traducción al castellano de Baquerizo Minuche, J., 2017: «Las autoridades legislativas supremas de un orden jurídico», *Revus – Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 31: 29-59.

- Rodríguez, Jorge L., 2021: *Teoría Analítica del Derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- Sánchez Agesta, Luis, 1943: *Lecciones de Derecho Político*, 4ª ed., Granada: Librería Prieto, 1951.
- Schmitt, Carl, 1928: *Verfassungslehre*, München – Leipzig: Duncker & Humblot. Citado por la traducción al castellano de Ayala, F., 1982: *Teoría de la Constitución* (2ª reimpresión), Madrid: Alianza Editorial, 1996.
- Sieyès, Emmanuel-Joseph, 1789: *Préliminaire de la Constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des Droits de l'Homme & du Citoyen*. Citado por la traducción al castellano de Máiz R., 2007: «Proemio a la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano», en R. Máiz (ed.), *Emmanuel Sieyès. Escritos y discursos de la Revolución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: 241-265.
- Vanossi, Jorge Reinaldo, 1975: *Teoría Constitucional*, Tomo I (*Teoría Constituyente. Poder constituyente: fundacional; revolucionario; reformador*), Buenos Aires: Depalma.
- Vedel, Georges, 1949: *Droit Constitutionnel*, 2ª. impr., Paris: Société du Recueil Sirey, 1984.
- von Wright, Georg Henrik, 1963: *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London: Routledge & Kegan Paul.
- Zagrebelsky, Gustavo, 2008: *La legge e la sua giustizia*, Bologna: il Mulino.

Agradecimientos

Agradezco a Riccardo Guastini, Pablo A. Rapetti, Matías Parmigiani, Jordi Ferrer Beltrán, Diego Dei Vecchi, Carolina Fernández Blanco, Pablo E. Navarro, Miguel Fernández Núñez, y a dos evaluadores anónimos de *Isonomía*, por la atenta lectura, comentarios, sugerencias y críticas realizadas a diversas versiones previas de este trabajo. Cualquier omisión es de mi exclusiva responsabilidad. El presente trabajo forma parte de una investigación que fue financiada mediante una beca de doctorado Senescyt – Universidad de Girona (2015-AR5G7979).

Notas

- 1 En este sentido, estudiar el concepto de 'sujeto constituyente' desde la filosofía del derecho es tan factible como estudiar el concepto de 'Estado', y ello no impide que dicho concepto pueda ser analizado por otras disciplinas y con distintos enfoques.
- 2 *Vid.* Böckenförde, 1991: 159 y ss.
- 3 Böckenförde, 1991: 161.
- 4 Sobre este punto, Ferrajoli señala que 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: 854; cursivas en el texto original, traducción mía); 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: 851).
- 5 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). *Vid.* Dyzenhaus, 2007: 129.
- 6 *Vid.*, por ejemplo, Bobbio, 1960: 52 y ss.; Pace, 1997: 110 y ss.; Ferrajoli, 2007: 849 y ss.; y Guastini, 2011b: 171 y ss.
- 7 El término 'soberanía', como se sabe, padece de una notoria ambigüedad. Sin embargo, puede decirse que, básicamente, existen dos concepciones clásicas: una 'absolutista' de soberanía como *mandato y obediencia* o como 'máximo poder de mando' –forjada en la antigüedad y recogida por Jean Bodin en el siglo XVI (*vid.* Kalyvas, 2005: 224-225); y la concepción moderna de soberanía a la que aquí se hace referencia, 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: 225. Traducción mía). Para una detallada exposición de la concepción del poder constituyente como soberanía (según la concepción moderna), *vid.* Colón-Ríos, 2014: 328-334.
- 8 Lawson, 1660: 47-48.
- 9 Como señala Riccardo Guastini, la soberanía en cuanto predicado del pueblo "no es otra cosa que el poder constituyente" (Guastini, 2006: 216. Traducción mía). En igual sentido, Nicola Matteucci sostiene que la 'soberanía popular' no es más que un sinónimo del "poder constituyente del pueblo" (Matteucci, 1991: 1489). Asimismo, Luigi Ferrajoli (al referirse al poder constituyente) reconoce que "bien podríamos llamar a semejante poder 'soberanía', tratándose en efecto [...] de un poder *legibus solutus* y *superiorem non recognoscens*" (Ferrajoli, 2007: 854. Traducción mía).
- 10 Colón-Ríos, 2020: 226-261.

- 11 Sobre el concepto de ‘hechos normativos’, *vid.* Bobbio, 1967: 46-57. La acepción de ‘hechos normativos’ que aquí interesa es la que coincide con ‘hechos no calificados de producción jurídica’ (Bobbio, 1967: 52).
- 12 Esta definición se basa en algunos elementos expresados en Guastini, 2011b: 130. En sentido amplio, pues, puede decirse que el poder constituyente es “banalmente el *hecho* por el cual la (primera) constitución nace” (Guastini, 2011b: 172; cursivas en el texto original, traducción mía).
- 13 Según Georges Vedel, el poder constituyente es *originario* porque supone el dictado de las propias reglas de estructura y de funcionamiento del Estado en un contexto donde, por definición, no existe una constitución aplicable (Vedel, 1949: 114).
- 14 Austin, 1832.
- 15 von Wright, 1963: 192.
- 16 Garzón Valdés, 1983: 175.
- 17 Redondo, 2016.
- 18 Siguiendo a José Luis Pérez Triviño, las características de la autoridad *jurídica* suprema son las siguientes: a) está constituida por reglas que establecen una serie de condiciones (personales, materiales y procedimentales) para la creación válida de normas; b) se predica de individuos que son designados de acuerdo con un conjunto de reglas, en el marco de un sistema normativo; c) tiene la facultad de modificar la norma suprema de la jerarquía normativa en la que se encuadra; y, d) presupone un sistema social institucionalizado (Pérez Triviño, 1998b: 197).
- 19 Pues, ocurridos ya los hechos que determinan su realización o manifestación, el poder constituyente desaparece: “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: 854. Traducción mía). En el mismo sentido, Gustavo Zagrebelsky expresa que el poder constituyente, una vez agotada su función de “dar la constitución”, se disuelve (Zagrebelsky, 2008: 145. Traducción mía). En otras palabras, el poder constituyente “no sobrevive al nacimiento de la (primera) constitución, sino que desaparece en ella y con ella” (Guastini, 2011b: 172. Traducción mía).
- 20 Lo cual es necesario, pues “[e]todo orden jurídico incluye un conjunto de normas o reglas últimas que instituyen a las autoridades legislativas supremas” (Redondo, 2016: 31).
- 21 Pérez Triviño, 1998b: 196. Aunque no es inconcebible que un mismo individuo pueda ser ‘autoridad suprema’ constituyente y, después, ‘autoridad suprema’ del nuevo orden jurídico –piénsese, por ejemplo, en los golpes de Estado militares–, no cabe considerar que en el segundo momento exista todavía un ‘sujeto constituyente’ *constituido* dentro del ordenamiento.
- 22 Garzón Valdés, 1981: 54; Garzón Valdés, 1983: 175-178.
- 23 Pérez Triviño, 1998a: 93-100.

- 24 Como señala Riccardo Guastini, fuera de los casos donde existe una constitución flexible, usar el predicado 'soberano' para hacer referencia a un poder constituido "es simplemente un mal uso del lenguaje" (Guastini, 2007: 120). Ello se debe a que incluso el 'más alto' de los poderes constituidos –en los regímenes de constitución rígida– está necesariamente sometido a limitaciones jurídicas; en un importante sentido, pues, no es en lo absoluto un 'soberano' (*idem*).
- 25 Véase, por todos, Ferrajoli, 2007: 365 y ss.
- 26 Como el propio Pérez Triviño lo indica, la expresión 'autoridad preinstitucional suprema' también puede ser entendida al modo del 'soberano' descrito por John Austin (Austin, 2001 [1832]: 16, 188, 189 nota 16, 212), es decir, al modo de una autoridad suprema efectiva que permanece ejerciendo el poder a través de mandatos, sin crear ninguna autoridad jurídica (Pérez Triviño, 1998b: 201, 204). Este tipo de autoridad es denominada, por el mismo autor, "autoridad preinstitucional suprema continua" (Pérez Triviño, 1998b: 198-204). Por ello mismo, se volvería necesario aclarar constantemente que, en referencia al poder constituyente, lo que existe es una "autoridad preinstitucional suprema *autocomprensiva*" (Pérez Triviño, 1998b: 204. *Cursivas añadidas*).
- 27 Desde la perspectiva del ordenamiento abatido por el poder constituyente, a lo sumo cabe hablar de 'revolucionarios' o 'subversivos', pero no de 'autoridades' constituyentes. Por otra parte, desde la perspectiva del nuevo ordenamiento instaurado por el poder constituyente, sólo cabe hacer referencia a las autoridades constituidas jurídicamente.
- 28 Pérez Triviño, 1998a: 142.
- 29 Guastini, 2011b: 171. En similar sentido, *vid.* Ferrajoli, 2007: 288 y ss.
- 30 von Wright, 1963: 192; Garzón Valdés, 1983: 175. Me refiero aquí específicamente a los actos consistentes en dictar normas, que no pueden estar regulados en el nuevo ordenamiento porque se presupone que aquellos actos, justamente, lo generan. Esto no impide que, en el ordenamiento jurídico previo (abatido por el poder constituyente), la conducta consistente en dictar esas normas sí que pueda haber sido objeto de una eventual regulación (por ejemplo, una regulación prohibitiva a través de normas penales), lo que, por hipótesis, tendría que haber resultado ineficaz.
- 31 Según uno de los postulados de la teoría del derecho construida por Ferrajoli –postulado que en este trabajo se suscribe– nunca es 'constituyente' lo que es causado por algo: "lo que es constituyente no tiene una causa ni es, por consiguiente, un efecto" (Ferrajoli, 2007: 289. *Vid.*, también, Ferrajoli, 2007: 93, 288-289. Traducción mía).
- 32 Pérez Triviño, 1998b: 196; Ferrajoli, 2007: 365, 386.
- 33 Por supuesto, se podría sostener una concepción del poder constituyente distinta de la concepción 'clásica' que aquí se toma como referencia y llegar, en consecuencia, a una respuesta asimismo diversa. Es lo que ocurriría, por ejemplo, si se asume una concepción del poder constituyente 'post-soberano', que recurre a la idea de un 'nuevo paradigma' de creación constitucional caracterizado por el sometimiento a la legalidad (*vid.* Arato,

2017). Criticar esta concepción excedería los propósitos de este trabajo; sin embargo, en Baquerizo Minuche, 2020, he expuesto tres importantes problemas que la aquejan. De igual modo, podría arribarse a una distinta conclusión si se asume un argumento de Fernando Atria, según el cual el poder constituyente es tan jurídicamente ilimitado que puede elegir *cualquier forma* de manifestación (incluyendo la forma de los poderes constituidos): “Cualquier forma’ significa cualquier forma, lo que incluye formas constituidas, por paradójico que ello suene” (Atria, 2020: 52. Traducción mía). En este sentido, “el poder constituyente no sólo no está limitado por las formas constituidas, sino que además es libre de usarlas” (Atria, 2020: 52, nota 2. Traducción mía). Tampoco me explicaré aquí sobre este argumento; sólo diré que supone una concepción estrictamente material (política, no jurídica) del poder constituyente, para la cual su forma de manifestación es absolutamente irrelevante. No obstante, si se acepta lo anterior, la única manera de distinguir entre la manifestación del poder constituyente y el ejercicio regular del poder de reforma constitucional (en periodos ordinarios o no-constituyentes), sería acudiendo a valoraciones esencialmente políticas. Como lo admite el propio autor citado, la afirmación de que el poder constituyente se ha manifestado “no es una afirmación de hecho determinable por referencia a la evidencia empírica o a la investigación historiográfica [...] [e]s una afirmación sobre cómo nos comprendemos, no sobre los hechos que ocurrieron o no en un momento preciso del pasado” (Atria, 2013: 26).

34 Sieyès, 2007 [1789]: 257.

35 Schmitt, 1928: 97.

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

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

38 Pérez Triviño, 1998b: 196-197.

39 Guastini, 2007: 119.

40 Arato, 2017: 34. Este autor se refiere aquí a la concepción tradicional del poder constituyente ‘soberano’, desde un punto de vista puramente descriptivo.

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

- 42 Jacobsohn y Roznai, 2020: 259.
- 43 Jacobsohn y Roznai, 2020: 259. La distinción original, entre la actividad del poder constituyente en el momento inicial y la ulterior ejecución y formulación de la decisión constituyente (ya adoptada) consta en Schmitt, 1928: 101.
- 44 *Vid.* Laporta, 1989: 131.
- 45 Rodríguez, 2021: 284.
- 46 Pues “la existencia de un deber jurídico depende básicamente de la pertenencia de una norma de obligación a un sistema jurídico” (Rodríguez, 2021: 287).
- 47 Carrió, 1973: 48.
- 48 Carrió, 1973: 49.
- 49 Carrió, 1973: 49. De este modo, según Carrió, toda competencia funciona siempre con un ‘trasfondo de incompetencias’: si alguien es competente para hacer *algo*, necesariamente ha de ser incompetente para hacer alguna otra cosa (*idem*). Carlos S. Nino calificó esta crítica de Carrió como “inconcluyente”, pues en su criterio no existen obstáculos –al menos *a priori*– para concebir un órgano al que ciertas normas le confieran una competencia total e ilimitada de producción normativa; para dar un ejemplo, menciona que esa sería la concepción subyacente en torno al Parlamento Británico, del que usualmente se afirma que no está sometido a limitaciones jurídicas (Nino, 1985: 43). En mi opinión, Nino yerra en el lugar al que dirige su crítica: lo que Carrió quería discutir no es, en absoluto, la posibilidad de una competencia ilimitada en contextos institucionales; lo que discutía es que en contextos *preinstitucionales*, que es donde se manifiesta el poder constituyente, se utilice el concepto jurídico de ‘competencia’ (lo que, en su opinión, suponía una transgresión a los límites del lenguaje normativo).
- 50 Carrió explicaba que el término ‘poder’ puede significar (según el contexto) ‘potestad’ (atribución, competencia) o ‘fuerza’ (potencia, poderío). *Vid.* Carrió, 1973: 49-50. Esta ‘sistemática ambigüedad’, según el citado autor, es lo que explica por qué muchas veces los juristas y dogmáticos intentan superponer ambas acepciones con la pretensión de identificar “un supuesto sujeto o entidad que –se dice– tiene atribuciones supremas e ilimitadas para dictar normas” (Carrió, 1973: 51).
- 51 Carrió, 1973: 26, 61-63.
- 52 “Frente a estos desbordes del lenguaje pseudo-normativo con los que se pretende legitimar ciertos fenómenos presentándolos como el resultado del ejercicio de competencias conferidas por un orden normativo, es correcto señalar, en son de crítica, que si bien ‘todos decimos que la lluvia moja...a nadie se le ocurre decir que ‘tiene competencia’ para mojar” (Carrió, 1973: 52-53).
- 53 *Vid.*, por ejemplo, Bidart Campos, 1962: 544.
- 54 *Vid.*, por todos, Díez-Picazo, 2006: 15.
- 55 Guastini, 2011a: 369.

- 56 Bidart Campos, 1962: 544 (cursivas en el texto original). En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha sostenido que el poder constituyente se encuentra vinculado a “los principios jurídicos suprapositivos que preceden a todo derecho escrito” (lo que es reseñado en Böckenförde, 1991: 177).
- 57 Tal como se explica y critica en Pace, 1997: 111-113.
- 58 Lo que es descrito y criticado en Pace, 1997: 113.
- 59 Vanossi, 1975: 177. Por este mismo motivo, el autor citado utiliza la expresión ‘límites extrajurídicos’ (Vanossi, 1975: 176-177).
- 60 *Vid.*, por ejemplo, Böckenförde, 1991: 176-177.
- 61 Kelsen, 1960: 62-63.
- 62 Díez-Picazo, 2006: 25-26.
- 63 Como el poder constituyente está fuera del ámbito jurídico (al menos desde el punto de vista de su manifestación), “sería contradictorio pretender que al mismo tiempo estuviera comprendido en las limitaciones que nacen del derecho” (Vanossi, 1975: 176).
- 64 Pace, 1997: 111. Es pertinente aclarar que nada de lo dicho en este trabajo se refiere a la posibilidad de *autolimitación* del poder constituyente mediante normas dictadas por los propios sujetos constituyentes. Y es que, independientemente de la plausibilidad de la idea misma de ‘autolimitación’ –idea, por lo demás, discutible–, la imposibilidad conceptual de sujeción que aquí se ha analizado se refiere exclusivamente a límites jurídicos *preexistentes*.
- 65 Kelsen, 1960: 159-160.
- 66 Chiassoni, 2017: 40. Traducción mía.
- 67 El citado autor aborda el concepto de ‘competencia’ como uno de los requisitos para la producción de normas jurídicas ‘válidas’ (utilizando ‘validez’ como sinónimo de ‘pertenencia’ a un determinado sistema – *vid.* Ferrer Beltrán, 2000: 6). Sin embargo, como el mismo autor lo expresa, sólo se refiere a la “validez como pertenencia de normas dependientes al sistema”, utilizando para ello una doble perspectiva que atiende a los ‘requisitos’ o a las ‘consecuencias’ (Ferrer Beltrán, 2000: 155). Por tanto, y de manera análoga, se podría elaborar una noción de competencia relacionada con la pertenencia de las normas jurídicas ‘originarias’ (o no dependientes) a un determinado sistema, al menos desde el punto de vista de las *consecuencias*; noción que estaría precisamente representada con la expresión ‘competencia normativa originaria’.
- 68 Guastini ocupa prevalentemente la expresión ‘normas originarias’ para referirse a aquellas normas que necesariamente existen en todo ordenamiento, y cuya pertenencia “no depende de la (previa) existencia de otras normas” (Guastini, 2011b: 121; cursivas en el texto original, traducción mía). Tales normas son, para el citado autor, las normas de la ‘primera’ constitución en sentido *kelseniano* (*vid.* Kelsen, 1960: 207-208; y Kelsen, 1945:

115); se trata de una constitución instaurada por el poder constituyente, emanada *extra ordinem*, fruto de una 'revolución' –en sentido amplio– y privada, por tanto, de un fundamento dinámico de validez respecto del ordenamiento jurídico que le precede (Guastini, 2011b: 171-72).

- 69 Carrió, 1973: 49.
- 70 “Los poderes jurídicos pueden existir incluso si no han sido conferidos por norma jurídica o no-jurídica alguna” (Raz, 1972: 83-84, traducción mía); “Un poder jurídico puede existir incluso si no ha sido conferido en lo absoluto por ninguna norma” (Raz, 1972: 85, traducción mía).
- 71 Joseph Raz cita un peculiar caso sucedido en Israel, en cuya independencia intervino un ‘órgano’ denominado *Moetzet HaAm* (מועצת העם: literalmente, ‘El Concejo del Pueblo’) que, en 1948, se autoatribuyó poderes legislativos ilimitados, no conferidos por ninguna norma (Raz, 1972: 84). Este ‘órgano’, por cierto, no sería más que un conjunto de individuos que obra como ‘sujeto constituyente’ bajo una aparente estructura orgánica (*vid.* sección III, literal A, numeral 3) este trabajo). Otros ejemplos pueden encontrarse en algunos golpes de estado militares del siglo pasado, en los que a través de documentos escritos se expresaba la autoatribución de competencias legislativas ‘supremas’; es lo que ocurrió varias veces en Argentina (*vid.* Nino, 1992: 142) y en Chile después del golpe militar del 11 de septiembre de 1973, cuando la ‘Junta de Gobierno’ liderada por Augusto Pinochet asumió un poder legislativo ilimitado.
- 72 Aunque no imposible, sí que es inusual advertir que un sujeto constituyente dicte un acto normativo al modo de: “*Art. 1.- Por medio de este instrumento, declaro que soy competente para hacer x*”. Los sujetos constituyentes usualmente no hacen esto, debido a que no necesitan hacerlo: simplemente *hacen x*.
- 73 Nino sostenía que es posible dar cuenta de cómo se emplea el concepto de ‘poder constituyente’ en un contexto descriptivo, si se lo entiende como una ‘competencia jurídica originaria’ para dictar normas de índole constitucional que deriva “no de normas dictadas por otros órganos, sino de normas dictadas por los mismos órganos que se autoatribuyen tal competencia, y, en última instancia, de las reglas de reconocimiento del sistema” (Nino, 1985: 67).
- 74 En este mismo sentido, *vid.* Ferrajoli, 2007: 853.
- 75 Tanto es así que incluso el ejercicio de una competencia constitucionalmente prevista podría servir como ocasión para que *de hecho* se manifieste el poder constituyente (*vid.* Pace, 1997: 120). Precisamente por esta dificultad en cuanto a la ‘tipicidad’ de las formas, es preferible hacer referencia no ya a categorías específicas sino, en general, a *hechos*.
- 76 Pace, 1997: 121.
- 77 Pace, sin embargo, duda que ‘el pueblo’ pueda ser un genuino sujeto constituyente: sostiene que la función que este desempeña es, sobre todo, de *legitimación* de lo realizado y que, incluso cuando ‘el pueblo’ parece ejercitar el poder constituyente eligiendo una

‘Asamblea Constituyente’, en realidad “no hace más que girar un cheque en blanco”, por más que los efectivos sujetos constituyentes proclamen actuar en su nombre (Pace, 1997: 122. Traducción mía). Con un diferente argumento, Kelsen enfatizaba que la afirmación de que ‘el pueblo’ es el creador de la constitución, es algo que sólo puede tomarse en un sentido político, no jurídico, dado que ‘el pueblo’ sólo tiene existencia jurídica precisamente a través de la constitución (Kelsen, 1945: 261).

- 78 Curiosamente, según la correspondencia oficial de Napoleón Bonaparte, este habría dicho en 1804: “Je suis le pouvoir constituant!”
- 79 Ferrajoli, 2007: 386, 853. *Vid.*, en el mismo sentido, Pace, 1997: 121-122.
- 80 Sánchez Agesta, 1943: 342.
- 81 Carrió, 1973: 43.
- 82 Lo que, además, no se puede echar en falta: la literatura actual sobre el poder constituyente está más que suficientemente abocada a dichas cuestiones.
- 83 *Vid.* Nino, 1985: 90.
- 84 Esto es lo que hacen autores como Andreas Kalyvas: “Si una persona o grupo se apropiara del poder para constituir un orden jurídico excluyendo a aquellos que serán sus destinatarios [...] tal acto no solo equivaldría a un uso incorrecto del término *constituir*, sino que también violaría el contenido normativo de su significado semántico. No sería en lo absoluto un *acto constituyente*, sino, más bien, un acto de imposición por el cual una parte, ilegítimamente y sin autorización, decide por todos” (Kalyvas, 2005: 239; cursivas añadidas, traducción mía). En el mismo sentido, *vid.* Bernal Pulido, 2013: 355: “Para que un grupo de personas que actúan conjuntamente puedan contar como un poder constituyente, deben tener intenciones compartidas de adoptar un sistema político correcto para su sociedad” (traducción mía). Según estos autores, pues, sólo podría existir un poder constituyente *legítimo* (o ‘justo’); un ‘poder constituyente ilegítimo’ sería una contradicción terminológica.
- 85 Este mismo enfoque, sobre una discusión análoga, se encuentra en Nino, 1985: 90.

Recepción: 18 julio 2021
Revisión: 31 enero 2022
Aceptación: 10 marzo 2022