

PRESCINDAMOS DEL PODER CONSTITUYENTE EN LA CREACIÓN CONSTITUCIONAL. LOS LÍMITES CONCEPTUALES DEL PODER PARA REEMPLAZAR O REFORMAR UNA CONSTITUCIÓN¹

Constitution-making (without) constituent power.
On the conceptual boundaries of the power to
replace or amendment the Constitution

CARLOS BERNAL PULIDO²
Corte Constitucional de Colombia
carloslb@corteconstitucional.gov.co

Cómo citar/Citation

Bernal Pulido, C. (2018).

Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional.
Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una constitución
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 22, 59-99.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.22.03>

¹ Traducción de Santiago García Jaramillo. letrado de la Corte Constitucional de Colombia.

² Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia. Quisiera agradecer a Virgilio Afonso da Silva, Robert Alexy, Rosalind Dixon, Vicki Jackson, Jeff King, José Luis Martí, José Juan Moreso, Rebecca Pendleton, Silvia Suteu, María José Viana Clves y Juliano Zaiden Benvindo los valiosos comentarios que recibí de ellos, en particular, en los seminarios llevados a cabo en la University College London, la University of New South Wales (Sídney), la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona) y en el simposio global de cambio y transformación constitucional en Latinoamérica (Brasil). Estoy en gran deuda con Richard Albert, Jose I. Colón-Ríos, Denise Meyerson y Sergio Verdugo por sus detallados comentarios y sugerencias a versiones previas de este manuscrito. Por último, quisiera expresar mi gratitud a Santiago García Jaramillo por la magnífica traducción de este texto, a la que he hecho una revisión previa a su publicación. Asimismo, agradezco a Henry Retes por una estupenda revisión final de fondo y forma.

Resumen

El presente artículo expone argumentos en contra de la tesis según la cual el poder de creación de la constitución debe entenderse como el poder constituyente. Un análisis conceptual del poder para sustituir o reformar la constitución muestra que este entendimiento es incorrecto. En su lugar, el artículo avanza una concepción socioontológica del poder para reemplazar o revisar una constitución escrita como un poder deóntico limitado, cuyos titulares son los representantes políticos de los ciudadanos, a quienes la colectividad reconoce intencionalmente el estatus de creadores constitucionales y cuya función es institucionalizar el constitucionalismo. Esta concepción ilumina un enfoque más claro para comprender el poder de creación de la constitución y para evaluar la legitimidad de su ejercicio.

Palabras clave

Creación de la constitución; poder constituyente; cambio constitucional; sustitución de la constitución; enmienda constitucional y reforma constitucional.

Abstract

This article makes a case against the wide-spread conception of the constitution-making power as constituent power. A conceptual analysis of the power to replace or revise the constitution shows that this understanding is incorrect. Instead, the article advances a socio-ontological conception of the power to replace or revise a written constitution, as a limited deontic power of citizens' political proxy-agents, who are collectively intentionally recognized as having the status of constitution-makers for performing the function of institutionalizing constitutionalism. This conception illuminates a clearer approach to understand the constitution-making power, and to evaluate the legitimacy of its exercises.

Keywords

Constitution-Making; constituent power; constitutional change; constitutional replacement; constitutional revision; and constitutional amendment.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. SOBRE LA NATURALEZA DEL PODER DE CREACIÓN CONSTITUCIONAL. III. REEMPLAZO DE LA CONSTITUCIÓN, SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y EL ARGUMENTO DEL PODER CONSTITUYENTE. IV. UNA CRÍTICA DEL ARGUMENTO DEL PODER CONSTITUYENTE COMO UNA JUSTIFICACIÓN PARA LOS REEMPLAZOS Y REVISIONES CONSTITUCIONALES: 1. El argumento del resultado. 2. El argumento de la competencia. V. EL PODER DE CREACIÓN CONSTITUCIONAL COMO UN PODER DEÓNTICO PARA INSTITUCIONALIZAR EL CONSTITUCIONALISMO: 1. Ontología Social. 2. Los representantes y las funciones asociadas al estatus. 3. Poderes deónticos. 4. Límites. 5. Reconocimiento intencional colectivo. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

Algunos doctrinantes y jueces argumentan que el pueblo solo puede sustituir o reformar una constitución en ejercicio del poder constituyente. A su vez, definen el poder constituyente como un poder fundacional, legalmente ilimitado y soberano. Ellos identifican el poder de creación de la constitución con el poder constituyente (Colón-Ríos, 2016: 1)³ o lo caracterizan como una de sus manifestaciones (Loughlin, 2014: 231)⁴.

Este artículo expone argumentos en contra de esta posición. Para tal efecto, muestra que la teoría del poder constituyente es una concepción del poder de creación de constitucional —entre muchas posibles— (Ezcurdia, 1998) y que es incorrecta, porque caracteriza el poder de creación de la constitución como ilimitado.

Para justificar tal crítica, este artículo efectúa un análisis conceptual de un caso nuclear del poder de creación de la constitución: el poder de reemplazo o

³ «El poder constituyente [...] es el poder legalmente ilimitado de crear (y re-crear) constituciones».

⁴ Según Martin Loughlin, en el pensamiento constitucional, «el poder constituyente expresa el aspecto generativo de la relación de poder político». Así mismo, indica: «La creación de la constitución es un evento en el que existe una generación del poder político».

de sustitución de textos constitucionales. Para este propósito, mientras *reemplazo* se entenderá como el cambio de un texto constitucional por otro, *sustitución* se referirá a la modificación de la estructura básica de una constitución por medio de uno de los procedimientos de reforma constitucional. El análisis de este fenómeno demuestra que el poder de creación constitucional no puede ser conceptualmente ilimitado. Por lo tanto, no puede ser entendido según la teoría del poder constituyente. En contraste, este artículo desarrolla una concepción alternativa del poder de creación de la constitución como un poder limitado, que se fundamenta en desarrollos recientes que han tenido lugar en el ámbito de la ontología social.

El contenido de este artículo se estructura de la siguiente forma. La sección II delimita el alcance del análisis al ámbito de la comprensión, la naturaleza del poder de creación constitucional. La sección III explica la teoría del poder constituyente, su uso judicial y doctrinal, como un intento para justificar reemplazos y sustituciones constitucionales, así como para fundamentar la creación de límites sustantivos a las reformas de la constitución. Luego, en la sección IV se ofrece un examen conceptual del poder para reemplazar o sustituir la constitución. Este permite argumentar que resulta conceptualmente incorrecto concebir el poder de creación constitucional como ilimitado o irrestricto en estos casos nucleares. Por su parte, la sección V avanza en una concepción socioontológica del poder para reemplazar o revisar una constitución escrita, esto es, un poder deóntico limitado, cuyos titulares son los representantes políticos de los ciudadanos, a quienes la colectividad reconoce intencionalmente el estatus de creadores constitucionales y cuya función es institucionalizar el constitucionalismo. Esta concepción puede generalizarse como una comprensión más adecuada del poder de creación constitucional.

II. SOBRE LA NATURALEZA DEL PODER DE CREACIÓN CONSTITUCIONAL

Las constituciones escritas surgen en virtud de un acto fundacional. Como explican Loughlin y Walker, ese acto «pretende establecer una organización social, mediante la creación de un marco de gobierno y la definición de la forma esencial del vínculo político entre las personas (los ciudadanos del Estado) y sus autoridades gubernamentales» (Loughlin y Walker, 2007). Cuando se promulga *ex nihilo* una constitución para un nuevo Estado mediante un acto fundacional, tiene lugar el fenómeno de la creación constitucional; mientras que, cuando una constitución es reemplazada por otra o se sustituye, se presenta una reforma constitucional.

La creación constitucional se estudia desde diferentes perspectivas. Los historiadores y los politólogos explican las complejidades de los procesos de creación de las constituciones en jurisdicciones específicas (Miller, 2010). Los filósofos políticos discuten cómo diseñar y llevar a cabo estos procesos (Banks, 2008: 1046; Arato, 2016) y qué resultados se deberían producir para lograr legitimidad (Klein y Sajó, 2012: 419 y ss.). Quienes estudian modelos de diseño constitucional se esfuerzan por descubrir las relaciones teóricas y empíricas existentes entre los procesos de creación de la constitución y sus resultados (Zachary Elkins y Blount, 2009: 201 y ss.; Eisenstadt *et al.* 2015: 592 y ss.). Por último, los comparatistas analizan diferentes modelos de creación constitucional y evalúan cuáles son las mejores prácticas y cómo seguirlas (Contiades, 2012).

En contraste, este artículo versa sobre la naturaleza del poder de creación constitucional. Su enfoque es conceptual y normativo. En él se lleva a cabo un análisis conceptual tanto del reemplazo como de la sustitución constitucional, como casos nucleares del concepto poder de creación constitucional⁵, con el propósito de dar cuenta de sus elementos esenciales (Himma, 2007: 4)⁶. Esta estrategia es análoga a la elucidación de la naturaleza del derecho, que tiene lugar en el interior de la teoría jurídica, y se surte cuando se establece un conjunto de «proposiciones sobre el derecho que son necesariamente verdaderas» (Raz, 2005: 324-325) o cuando se afirman «verdades necesarias sobre el Derecho» (Alexy, 2008: 284). Dichas verdades se refieren a un conjunto de propiedades que confieren a este su esencia (Raz, 2005: 324-325) o su «identidad» (Shapiro, 2011). *Mutatis mutandis* este artículo formula dos interrogantes. Primero, si la concepción de poder constituyente tiene éxito al explicar las propiedades esenciales —o sea, la naturaleza— del poder para reemplazar o sustituir una constitución. En caso contrario, en segundo lugar, ¿cuál podría ser una concepción alternativa apropiada?

El análisis conceptual anterior comprende de forma necesaria consideraciones normativas. Elucidar la naturaleza del poder de creación constitucional para definir si un acto es una manifestación de tal poder implica justificar o criticar ese acto o sus efectos (Nino, 1983: 353). Por ejemplo, analizar si una

⁵ Este análisis conceptual es diferente de lo que Mattias Kumm llama el interrogante «sociológico» (Kumm, 2016: 698). Mientras que una respuesta a la pregunta sociológica dará cuenta de los hechos de un ejercicio real del poder de creación constitucional, la pregunta conceptual indaga acerca de las propiedades esenciales del concepto de poder de creación constitucional. Sobre la diferencia entre el análisis conceptual, empírico (o sociológico) y normativo en la teoría constitucional, véase Alexy, 2002.

⁶ Este texto puede revisarse respecto a las características metodológicas de este tipo de análisis conceptual.

asamblea constitucional que no está prevista en la constitución como mecanismo de reforma está investida del poder para crear una nueva constitución implica tomar partida por reconocer o no sus resultados como una constitución. De la misma forma, evaluar si el poder para reformar la constitución comprende el poder de alterar su estructura básica, es decir, para sustituirla, lleva consigo adoptar una posición sobre la justificación para llevar a cabo cambios constitucionales estructurales por medio de los procedimientos de reforma constitucional.

La pregunta de si es posible llevar a cabo un análisis conceptual que tenga neutralidad normativa es controversial (véase Marmor, 2006, y para una discusión más amplia, véase Ferrer Beltrán, Moreso y Papayannis, 2013). La adscripción del poder de creación constitucional a una autoridad determinada implica un juicio que comprende no solo elementos conceptuales y empíricos sino también normativos⁷. Por lo tanto, en este aspecto resulta relevante la afirmación de Dworkin según la cual la descripción de cualquier fenómeno central para definir la naturaleza del derecho no puede ser normativamente neutral (Dworkin, 2006: 140-141); más bien implica una «interpretación» basada en juicios y creencias morales (Dworkin, 2011: 404).

Una concepción generalizada acerca de la naturaleza del poder de creación constitucional es la teoría del poder constituyente⁸. Si bien hay diversas versiones de esta teoría (Negri, 1999: 4 y ss.), su elemento común es la tesis de

⁷ Mattias Kumm tiene razón al enfatizar que el objetivo de la teoría del poder constituyente es «legitimar cambios jurídicos que no pueden ser legitimados con base en las normas legales existentes». Kumm argumenta: «La función del poder constituyente dentro de la tradición del constitucionalismo del siglo XVIII es normativa y justificativa, no sociológica y explicativa» (Kumm, 2016: 698-699 y 701). Sin embargo, la afirmación de Kumm parece demasiado extrema, al descartar la dimensión sociológica —y tal vez también la conceptual— de la teoría del poder constituyente. Si una «adscripción interpretativa *ex post*» (p. 701) del poder constituyente a una autoridad está justificada, es algo que depende de la corrección de las razones normativas y de la verdad de las proposiciones conceptuales y empíricas que fundamenten dicha adscripción. Mientras las proposiciones conceptuales se relacionan con la pregunta de cuáles son las condiciones suficientes y necesarias para que un poder sea una manifestación del poder constituyente, las proposiciones empíricas se refieren a si la autoridad relevante cumple con esas condiciones. El concepto de Nino de «juicios de adhesión normativa» parece comprender las tres dimensiones: normativa, conceptual y empírica que aquí resultan relevantes (Nino, 1983: 361).

⁸ Hay otras manifestaciones del ejercicio del poder constituyente, además de la promulgación de una constitución. Un ejemplo es la autoridad absoluta del Parlamento inglés para representar al pueblo británico. (Loughlin, 2007: 27-48).

que el poder de creación constitucional es fundacional, jurídicamente ilimitado y soberano (Colón-Ríos, 2012: 7)⁹. A esta concepción me referiré como «el argumento del poder constituyente».

Los defensores de este argumento sostienen que el poder constituyente es fundacional, porque es la fuente primigenia de toda autoridad jurídica (Loughlin, 2014: 219). Caracterización que intenta romper la circularidad implícita en la fundamentación de la autoridad jurídica: una autoridad es jurídica sí y solo si una norma jurídica lo autoriza, y una norma es jurídica sí y solo si ha sido creada por una autoridad jurídica¹⁰. En efecto, asumir la existencia del poder constituyente como autoridad primigenia y prejurídica, que da origen a una constitución, rompe dicha circularidad sin implicar una regresión al infinito¹¹. Con este objetivo, Carl Schmitt afirmó que la fuente de la validez de la constitución descansa en el poder constituyente (Schmitt, 1970: 22), entendido como una «decisión» o una «voluntad política» que define el «tipo y forma» de la entidad política en la que el pueblo se constituye (*ibid.*: 82). Más aún, del carácter fundacional se sigue que todos los poderes constituidos derivan su autoridad jurídica del poder constituyente y, en consecuencia, deben cumplir con las competencias que, de acuerdo con las limitaciones jurídicas, formales y materiales, les han sido atribuidas (Cristi, 1999-2000: 1749).

En segundo lugar, el argumento del poder constituyente señala que el poder de creación constitucional es ilimitado (Böckenförde, 1991: 90 y ss.). Sieyès resaltó dicha propiedad cuando sostuvo que, dado que es fuente de toda juridicidad, dicho poder «no está y no puede ser limitado por la constitución» (Sieyès, 1839: 132)¹². El poder constituyente no puede estar sujeto a limitaciones formales ni materiales. Es libre para crear, reemplazar o sustituir la constitución mediante cualquier procedimiento y con cualquier contenido.

Por último, el mencionado argumento concibe el poder de creación constitucional como un poder soberano, aludiendo a que se trata de la máxima autoridad para crear normas jurídicas (Loughlin, 2013: 45 y 48). Ninguna otra autoridad tiene entonces poder para invalidar las decisiones del po-

⁹ Aunque el concepto de poder constituyente surgió en el derecho inglés del siglo XVII (Loughlin, 2007: 27 y ss.), la comprensión del poder del pueblo para crear una constitución como una especie de poder constituyente comenzó con la Revolución francesa (Colón-Ríos, 2014: 307).

¹⁰ Alf Ross presentó este problema en distintas oportunidades (Ross, 1959: 80; 1969: 1).

¹¹ La regla de reconocimiento de H. L. A. Hart intenta jugar el mismo papel (Hart, 1994: 91 y ss).

¹² De acuerdo con Sieyès, la nación —y no el pueblo— es la titular del poder constituyente.

der constituyente (Agamben, 1998: 43)¹³. Andreas Kalyvas (2005: 225)¹⁴ ha resaltado que esta caracterización implica la mutación del concepto de soberanía, tal y como fue propuesto por Juan Bodino, como el «más alto poder de emitir órdenes» (Bodin, 1993: 74). Como poder constituyente, la soberanía del poder de creación constitucional (Kalyvas, 2018) fundamenta la más alta autoridad de creación de las demás normas jurídicas¹⁵.

III. REEMPLAZO DE LA CONSTITUCIÓN, SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y EL ARGUMENTO DEL PODER CONSTITUYENTE

El argumento del poder constituyente ha sido usado para justificar reemplazos de la constitución y sustituciones constitucionales. Los reemplazos de la constitución y las sustituciones constitucionales son casos especiales de cambios formales estructurales de la constitución. Un cambio constitucional es una modificación en el conjunto de las normas constitucionales válidas. Este tipo de cambios pueden ser formales o informales. Esta distinción se explica por la diferencia entre disposiciones y normas constitucionales¹⁶. Las

¹³ Algunos académicos consideran la falta de límites como un aspecto de la soberanía. Ver, por ejemplo, la referencia a la «dimensión negativa de la soberanía parlamentaria» (Venn, 1939: 40).

¹⁴ Sin embargo, en contraste con Sieyés, Kalyvas sugiere que el pueblo solo puede ejercer el poder constituyente por medio de procedimientos participativos.

¹⁵ La distinción entre una orden y una regla jurídica, que estaba en el centro de las críticas de Hart a la teoría del derecho de John Austin, ilustra la diferencia entre estas dos concepciones de la soberanía. Entenderé aquí «regla» como sinónimo de «norma». Austin mantuvo que el derecho es un conjunto de órdenes. Una orden es la expresión de un deseo del soberano, en cuanto a que alguien debe hacer o abstenerse de algún acto. Tal deseo está respaldado por la amenaza de una sanción en caso de incumplimiento (Austin, 1995: 21). Por el contrario, según Hart, la existencia de una regla implica que la desviación del estándar de conducta que la regla establece da lugar a críticas e imposición de sanciones. Asimismo, que esa crítica por desviación e imposición de sanciones se considera legítima, justificada o bien hecha. Y por último, el referido aspecto interno de las reglas, es decir, que los agentes «deben considerar el comportamiento relevante como un estándar general que debe seguir la sociedad como un todo» (Hart, 1994: 55-66). La atribución de soberanía al poder constituyente implica reconocer su capacidad para establecer normas.

¹⁶ Sobre la distinción entre disposición y norma en derecho constitucional, véase Crisafulli (1964: 165-203). Además, dentro del campo de los derechos fundamentales, Alexy (2002: 32).

disposiciones constitucionales son los enunciados que integran un texto constitucional. En el caso de las constituciones escritas, las normas constitucionales son el conjunto de significados que expresan el sentido de las disposiciones constitucionales. Dichos significados se articulan en proposiciones prescriptivas, que indican que algo está ordenado, prohibido o permitido por la constitución, o que esta otorga a alguien una competencia o una inmunidad.

Los cambios constitucionales formales implican una modificación en una o más disposiciones constitucionales, cuyo efecto es la modificación del conjunto de normas constitucionales válidas. La promulgación de una constitución, su reemplazo, sustitución, reforma y derogatoria explícita son clases de cambios constitucionales formales. En contraste, un cambio constitucional informal es una reforma en el conjunto de normas constitucionales válidas que ocurre sin que se adelante un cambio en el conjunto de disposiciones constitucionales. La mutación de la constitución por interpretación¹⁷, la mutación infraconstitucional¹⁸ y el desuso constitucional (Albert, 2014: 641) son tipos de cambios constitucionales informales.

Solo los cambios constitucionales formales son relevantes en este artículo. Las diferencias y relaciones entre los conceptos relacionados con el cambio constitucional formal, esto es, promulgación, reemplazo, sustitución y reforma de la constitución, son objeto de debate¹⁹. Por ejemplo, en su estudio empírico de 2009, Zachary Elkins, Tom Ginsburg y James Melton utilizaron una distinción de tipo procedimental entre la reforma y el reemplazo: mientras que en la primera «los actores afirman seguir el procedimiento de reforma de la constitución existente», en la segunda dichos actores «emprenden una sustitución de la constitución sin pretender seguir dicho procedimiento» (Elkins, Ginsburg y Melton, 2009: 55).

Por el contrario, de acuerdo con Richard Albert, mientras «una reforma debe entenderse como un esfuerzo por continuar el proyecto de creación de

¹⁷ Este concepto se refiere al caso en que los jueces atribuyen un nuevo significado a una antigua disposición constitucional. Con respecto a un contexto no relacionado con el Estado, Julián Arato ha mostrado cómo el cambio constitucional informal puede tener lugar en cualquier práctica legislativa y política de interpretación constitucional, además de la práctica de la interpretación judicial (Arato, 2013: 304).

¹⁸ Este concepto se refiere al cambio que se produce por la promulgación de legislación ordinaria, la ratificación de tratados internacionales, la promulgación de actos administrativos o la puesta en escena de prácticas políticas que, a pesar de ser inconsistentes con la constitución, no son impugnadas en los tribunales o no son judicialmente declaradas inconstitucionales. Sobre este concepto, Bernal (2014: 495).

¹⁹ Para una discusión esclarecedora sobre las diferencias entre la reforma constitucional y la sustitución constitucional, véase Albert (2017).

la constitución que empezó en el momento fundacional», «una sustitución debe entenderse como un esfuerzo por deshacer la constitución mediante la introducción de un cambio que es inconsistente con los presupuestos fundamentales de dicha constitución» (Albert, 2017). La Corte Constitucional colombiana sigue un enfoque funcionalista similar para delinear las diferencias entre reforma y —en la terminología de la jurisprudencia constitucional colombiana— «sustitución» constitucional. Un caso claro de reforma constitucional implica un cambio menor en uno o más elementos no esenciales de la constitución. Un ejemplo indiscutible de sustitución constitucional es una modificación de «gran trascendencia y magnitud²⁰» en uno o más elementos esenciales de la arquitectura²¹ del Estado o la estructura básica de la constitución²². Una reforma constitucional preserva la identidad y continuidad de la constitución existente. Por el contrario, una sustitución constitucional socava la constitución existente. Una sustitución constitucional es, en este sentido, inconstitucional (Albert, 2009: 10).

Varios doctrinantes también usan el concepto de reemplazo constitucional para referirse al cambio de todo el texto constitucional, es decir, de todo el conjunto de disposiciones constitucionales. Según Negretto, esto ocurre por lo general cuando la estructura de gobierno institucionalizada en una constitución no logra sus objetivos y los actores políticos carecen de la «capacidad de implementar cambios por medio de reformas constitucionales o de interpretación judicial» (Negretto, 2012: 749). En ese sentido, un reemplazo constitucional es la derogatoria de la constitución escrita existente, como consecuencia de

²⁰ Sobre este punto se pueden observar: Corte Constitucional Colombiana, sentencias C-551/2003 y C-1200/2003. Además, véase Ramírez Cleves (2006: 10).

²¹ La tesis de que una modificación de un elemento esencial de la constitución es una sustitución constitucional, y no una reforma, se encuentra en el núcleo de la doctrina de la sustitución constitucional de la Corte Constitucional Colombiana. Véanse las sentencias C-970/2004, C-971/2004, C-1040/2005, C-588/2009, C-141/2010, C-397/2010, C-574/2011, C-170/2012, C-249/2012, C-288/12, C-317/2012, C-1056/2012, C-010/2013, C-579/2013, y C-577/2014. En otras oportunidades se ha hecho una explicación crítica de esta doctrina (véase Bernal, 2013).

²² Desde *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, AIR 1973 SC 1461, el Tribunal Supremo de la India ha declarado que el poder de reforma de la Constitución que tiene el Parlamento no incluye la autorización para cambiar la estructura básica de la Constitución. En *Minerva Mills Ltd. v. Union of India*, AIR 1980 SC 1789, ese Tribunal vinculó el concepto de estructura básica a la identidad de la Constitución. Una pregunta cuya respuesta es discutida sigue siendo: ¿qué elementos pertenecen a la estructura básica? (Krishnaswamy, 2011: 71 y ss.; Khosla, 2016: 235). Sobre la doctrina de la estructura básica en perspectiva comparada, véase Barak, 2011: 321 y ss.).

la promulgación de una nueva. Un reemplazo constitucional podría ser el resultado del ejercicio de procedimientos que la constitución existente prevé y regula, por ejemplo, una asamblea constituyente o un referéndum. También podría ser el resultado de estrategias extraconstitucionales (Albert, 2009: 10-11), a menudo de origen popular (Anderson, 2013: 881)²³. Esta estrategia formal de cambio constitucional es frecuentemente empleada, en particular, en el Sur global. Durante los últimos cuarenta años, solo en América Latina ha habido sustituciones constitucionales, por diversas razones, en Bolivia (2009), Brasil (1988), Chile (1980), Colombia (1991), Ecuador (1998 y 2008), Guatemala (1985), Honduras (1982), Nicaragua (1987), Panamá (1972), Paraguay (1992), Perú (1979 y 1993), El Salvador (1983), República Dominicana (2015) y Venezuela (1999). Las razones relevantes incluyen la transición a la democracia (en Chile) (Cristi, 1999-2000: 1749)²⁴, los esfuerzos para poner fin a una situación de anomia (en Colombia)²⁵ y los intentos de presidentes en ejercicio de promulgar constituciones que les permitieran perpetuarse en el poder o disminuir los controles políticos y jurídicos (en Venezuela, Bolivia y Ecuador) (Landau, 2013a: 195).

De acuerdo con Albert y Negretto, entenderé que una reforma constitucional implica un cambio menor que no modifica la estructura de una constitución. Por su parte, una sustitución constitucional o un reemplazo total de la constitución son cambios en la estructura de una constitución. En ese sentido, una sustitución y un reemplazo son dos tipos de cambios estructurales formales de una constitución. Ambos modifican la estructura de esta y, en palabras de Albert, intentan «deshacer» la constitución válida. Sin embargo, mientras que un reemplazo implica una modificación de todo el conjunto de las disposiciones constitucionales, una sustitución solo implica la modificación de algunas de ellas²⁶.

No existe mayor controversia sobre la afirmación de que los reemplazos y las sustituciones constitucionales deberían exigir una participación más

²³ La Primavera Árabe ofrece ejemplos de reemplazos constitucionales de génesis popular. Revisar Parlett (2012). Véase también Turner (2015).

²⁴ Una narrativa alternativa de la génesis de la Constitución de Chile de 1980 puede verse en Atria (2006).

²⁵ Sobre el concepto de anomía como la falta de normas o la falta de idoneidad de las normas existentes para guiar a la sociedad, véase Durkheim (1967). Además, sobre la anomia en las circunstancias de la promulgación de la Constitución colombiana de 1991, véase Hernández (2013: 56).

²⁶ Un caso relevante de sustitución constitucional en América Latina es la reforma de 1994 de la Constitución de Argentina (Natale, 2000). Sobre el debate de la naturaleza de esta reforma, Shor (2013: 574).

democrática que las reformas a la constitución²⁷. Sin embargo, resulta más problemático considerar si, a partir de la distinción conceptual entre reforma constitucional, por una parte, y reemplazo y sustitución constitucional, por otra, se sigue que mientras la primera es y debe ser limitada, la segunda no lo es y no debería serlo. De acuerdo con una versión de la teoría del poder constituyente, solo el poder de reformar la constitución puede, es y debe ser limitado, porque el poder de reforma (o el poder constituyente derivado) es una competencia jurídica creada por el poder constituyente (originario). Dado que cada competencia jurídica solo puede ejercerse dentro de los límites de las acciones autorizadas, si el poder constituyente derivado viola los límites competenciales para reformar la constitución, la correspondiente reforma es inconstitucional (Tushnet, 2015: 646). De acuerdo con el argumento del poder constituyente, este no es el caso con respecto de un reemplazo de la constitución. El poder constituyente originario, que es el autor de los reemplazos constitucionales, no conoce límites para reemplazar la constitución.

Durante las últimas décadas, algunos actores políticos y ciertas instituciones estatales —como algunas altas cortes en América Latina (Soto Barrientos, 2014: 403)— han apelado a esta prerrogativa vinculada al argumento del poder constituyente, con el fin de justificar asambleas constituyentes extraconstitucionales y, así, la evasión de los límites asociados a los procedimientos de reforma constitucional establecidos en la constitución. Algunos académicos, como Joel Colón-Ríos, han apreciado esta línea argumentativa. Según Colón-Ríos, permitir que un poder constituyente ilimitado se manifieste ocasionalmente crea la posibilidad de una «reconstitución democrática» de una sociedad en crisis y eso infunde «legitimidad democrática» a su régimen constitucional (Colón-Ríos, 2010; Hutchinson y Colón-Ríos, 2011). De una manera más débil, Yaniv Roznai ha argumentado que «la imposibilidad de reformar ciertos aspectos de la constitución limita el poder de reforma, pero no puede bloquear al [...] poder constituyente —la “soberanía detrás de la Constitución”— de su capacidad para reformar incluso los principios básicos o la estructura del orden constitucional» (Roznai, 2017). No obstante, Roznai parece reconocer que hay ciertas limitaciones de procedimiento para los reemplazos y reformas constitucionales, al aceptar que «la imposibilidad de reformar ciertos aspectos de la constitución implica que ciertas reformas que pretendan establecer una “nueva constitución” o una nueva “identidad

²⁷ Sobre la discusión de este argumento véanse Bernal (2013: 355 y ss.) y Albert (2017: 1). Una pregunta diferente es si la participación, en contraste con la representación, es la mejor manera de reemplazar y sustituir una constitución. Sobre este tema complejo, véanse Contiades y Fotiadou (2017).

constitucional” no pueden lograrse por medio de los procedimientos ordinarios de reforma, sino precisan un proceso constituyente específico» (*ibid.*, 2017).

Sin embargo, tal y como Dixon y Landau han resaltado, los autócratas o caudillos podrían emplear ambas vías formales de cambio constitucional — estructurales y no estructurales— para perseguir fines asociados con el constitucionalismo abusivo, es decir, para perpetuarse en el poder o socavar los controles al ejercicio de sus competencias (Dixon y Landau, 2015: 862). La preocupación más profunda no es que deterioren la constitución, sino que, acudiendo a la reforma, la sustitución o al reemplazo constitucional, deterioren el constitucionalismo. Ante un escenario de crisis constitucional existe un riesgo aún más elevado de ejercicios autoritarios y unilaterales del poder que deben evitarse (Landau, 2013). Los actores políticos poderosos pueden manipular las mayorías populares para deteriorar el constitucionalismo, por medio de la imposición de normas fundamentales estructurales, manufacturadas a la medida de sus necesidades y disfrazadas de constituciones (Landau, 2011-2012). Por lo tanto, las mismas razones normativas y conceptuales que justifican la limitación del poder de reforma constitucional imponen la necesidad de establecer límites generales al poder de creación constitucional. Estos límites también deben imponerse a los reemplazos y a las sustituciones constitucionales.

Para hacer énfasis en este punto, conviene analizar las sentencias de los tribunales supremos de Colombia y Venezuela, en las que se justificó la competencia de asambleas constituyentes extraconstitucionales, en los procesos que llevaron a la promulgación de las constituciones actuales de dichos países²⁸. En el caso colombiano, por medio de la Sentencia 138 del 9 de noviembre de 1990, la Corte Suprema de Justicia revisó la constitucionalidad del Decreto 1926/1990, que habilitó al pueblo para elegir una asamblea constituyente extraconstitucional, con el fin de reemplazar la Constitución Nacional de 1886, entonces vigente. La Corte avaló la constitucionalidad de la creación de la Asamblea. El argumento principal de la decisión fue el siguiente: «La nación o sea el pueblo que habita nuestro país, es el constituyente primario del cual emanan los poderes constituidos o derivados» (Sentencia 138, de 9 de noviembre de 1990). Como la nación colombiana es el constituyente primario, puede en cualquier tiempo darse una constitución distinta a la vigente hasta entonces, sin sujetarse a las exigencias que esta estipulaba (*ibid.*). «Siendo la nación el constituyente primario y teniendo ella un carácter soberano, del cual emanan los demás poderes, no puede tener otros límites que los que él mismo

²⁸ Para un análisis crítico de las sentencias sobre Venezuela, véanse Landau (2013a: 203; 2013b: 938-948) y Colón-Ríos (2011: 369-373).

se imponga, ni los poderes constituidos pueden revisar sus actos» (*ibid.*). Por lo tanto, cuando el pueblo ejerce su poder de constituyente primario —soberano e ilimitado—, aquel podía reemplazar la Constitución Nacional de 1886 por medio de un procedimiento extraconstitucional (Ramírez Cleves, 2005: 437)²⁹.

La Corte Suprema de Venezuela esbozó un argumento similar en su Sentencia número 17 del 19 de enero de 1999. Después de ser elegido en 1998, el presidente Hugo Chávez propuso la creación de una asamblea constituyente extraconstitucional para reemplazar la Constitución de 1961 (Ayala Corao, 2009)³⁰. Un grupo de ciudadanos solicitó a la Corte Suprema de Venezuela que interpretara el art. 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1997. Ese artículo faculta al presidente a convocar la celebración de un referendo, con el objeto de consultar a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional³¹. La pregunta central era si el presidente podía convocar a un referéndum en relación con la convocatoria de una asamblea constituyente extraconstitucional.

En la Sentencia número 17 del 19 de enero de 1999, la Corte Suprema venezolana dio vía libre a la convocatoria de dicho referendo, con base en el argumento del poder constituyente. La Corte indicó que el pueblo es soberano³² y que «nunca entrega su poder constituyente a los poderes constituidos» (Sentencia n.º 17, de enero 19 de 1999). El poder constituyente es la «competencia original de la comunidad política para crear una organización constitucional» (*ibid.*). A diferencia del poder de reforma, el poder constituyente «precede al orden legal y es más alto que él». Es «absoluto, ilimitado, originario y no puede ser limitado» por los procedimientos de reforma que la constitución prevé (*ibid.*).

Con posterioridad, el 2 de febrero de 1999, el presidente Chávez expidió el Decreto Número 3, mediante el cual convocó a un referéndum que le permitía al pueblo decidir sobre la creación de una asamblea constituyente. La Corte Suprema profirió varias sentencias sobre la metodología para elegir la asamblea, sobre sus límites y el respeto a los términos de las autoridades políticas que en su momento ejercían los poderes constituidos (Brewer-Carías, 1999b: 117). La Corte utilizó nuevamente el argumento del poder constituyente para afirmar que la asamblea constituyente gozaba de un poder ilimitado

²⁹ Se puede abordar este texto para un análisis de este aspecto de la sentencia.

³⁰ Sobre el contexto del proceso de creación de la Constitución.

³¹ Ley Orgánica de Votación y Participación Política, *Gaceta Oficial*, 5200, 30 de diciembre de 1997.

³² La sección 4 de la Constitución de 1991 asignó la soberanía al pueblo.

«supraconstitucional» para cambiar la estructura de los poderes constituidos (*Vicepresidente del Congreso de la República vs. Asamblea* [Decreto 25-8-99], oct. 14, 1999, pág. 111). Invocando en este argumento, la asamblea constituyente dio por terminados los períodos de las principales autoridades políticas en ejercicio, incluso de los jueces de la Corte Suprema. También redactó una constitución que permitió al presidente Chávez dismantelar la democracia, hacerse con el poder sobre el Poder Legislativo y Judicial, así como perpetuarse en el poder hasta el día de su muerte y más allá, al designar como sucesor al hoy presidente, Nicolás Maduro (Brewer-Carías, 1999a: 502; 2010: 59).

Los ejemplos de Colombia y Venezuela evidencian dos dimensiones del uso del argumento del poder constituyente. Por un lado, el ejemplo colombiano es un caso claro de lo que Colón-Ríos estima como una «reconstitución democrática» de la sociedad. Por otro lado, el caso de Venezuela es un ejemplo de la manipulación autoritaria en un reemplazo de la constitución, tal como lo temen Landau y Dixon. De lo anterior, surge el siguiente interrogante: ¿es posible conceptualizar en el poder de creación constitucional, que se manifiesta en el poder para reemplazar o revisar una constitución, una forma que permita la reconstitución democrática de la sociedad en tiempos de crisis y que al mismo tiempo haga injustificable para autócratas y caudillos secuestrar la creación de una constitución?

IV. UNA CRÍTICA DEL ARGUMENTO DEL PODER CONSTITUYENTE COMO UNA JUSTIFICACIÓN PARA LOS REEMPLAZOS Y REVISIONES CONSTITUCIONALES

Algunos teóricos del derecho han revelado varios defectos de la teoría del poder constituyente. Carlos Santiago Nino, por ejemplo, afirmó que la teoría del poder constituyente era la fuente de un «trastorno conceptual serio que afectaba negativamente los procesos mentales de los jueces y académicos» (Nino, 1983: 40). David Dyzenhaus ha argumentado que «la teoría jurídica y constitucional debería evitar la idea del poder constituyente» porque sus resultados implican «una profunda ambivalencia sobre si la autoridad está ubicada dentro o fuera del orden legal» (Dyzenhaus, 2007: 143-145; 2012: 229 y ss.). Aquí no pretendo elaborar un ataque completo en contra de la teoría del poder constituyente, sino resaltar por qué es conceptualmente equivocado emplear el argumento del poder constituyente para justificar la realización ilimitada de reemplazos y sustituciones constitucionales —en casos como los de Colombia y Venezuela—, así como para comprender la naturaleza del poder de creación constitucional. La incorrección surge de la caracterización del

poder creación constitucional como «ilimitado». Los argumentos del resultado y de la competencia, que a continuación se presentan, revelan por qué el poder de creación constitucional no puede ser conceptualmente ilimitado.

1. EL ARGUMENTO DEL RESULTADO

El argumento del resultado señala que el poder de creación constitucional es una competencia jurídica para institucionalizar el constitucionalismo. La función de quienes crean una constitución solo puede consistir en la promulgación de una entidad que tenga esta naturaleza. Ellos no pueden establecer otro tipo de arreglo institucional, camuflándolo como una constitución. Desde esta perspectiva, la pregunta central es entonces: ¿qué es una constitución dentro de este contexto? O, en otras palabras, ¿qué elementos debe incluir un arreglo institucional para poder ser considerado como una constitución?

En este punto, existen por lo menos dos posibilidades: una concepción puramente empírica de constitución y una concepción, a la vez, normativa y empírica de constitución³³. Según la concepción puramente empírica, cualquier organización institucional del Estado que trace un marco de relaciones gubernamentales entre los ciudadanos y sus autoridades, que se promulgue de manera autoritativa y sea reconocida socialmente debe considerarse como una constitución³⁴. La conexión necesaria antes mencionada entre las dimensiones conceptual y normativa del poder de creación de una constitución deja en evidencia por qué esta concepción no es plausible. De ser cierta, cada cambio constitucional formal de alcance estructural estaría justificado, incluso el reemplazo de una constitución liberal y democrática por un conjunto de reglas que institucionalicen un régimen político deshonesto, impuesto por un autócrata en contra de sus oponentes.

En cambio, de acuerdo con la concepción normativa y empírica de constitución, que aquí se defiende, un arreglo institucional puede considerarse como una constitución si y solo si se promulga de manera autoritativa, se reconoce socialmente como una constitución y a la vez incluye ciertos elementos esenciales relacionados con el propósito de institucionalizar el

³³ En un sentido similar, Richard Albert introduce la distinción entre constitucionalismo «funcional» y «aspiracional». Mientras que el primero apunta «a algo reconocible como una constitución», el último «establece un estándar más alto de sobre lo que una constitución debería ser». Este último modelo «busca inspirar valores coherentes con el proyecto más amplio de la democracia liberal» (Albert, 2012).

³⁴ La concepción material de la Constitución defendida por Carl Schmitt en su *Verfassungslehre* (Schmitt, 1970) es una especie de concepción puramente empírica. Sobre la concepción material de Schmitt, véase Loughlin (2011).

constitucionalismo³⁵. Según esta concepción, en breve: no puede existir constitución sin constitucionalismo³⁶. En este sentido, el concepto de constitución que utilizamos tanto en el lenguaje ordinario como técnico implica por lo menos cuatro elementos esenciales (en adelante, me referiré a ellos como los «elementos constitucionales esenciales»): el principio del Estado de derecho, el principio de separación de poderes, algún tipo de protección a los derechos individuales o —por lo menos— de algunos intereses que estén garantizados por la constitución o por la legislación³⁷ y una institucionalización de la idea democrática de que la legitimidad del Gobierno depende del consentimiento de los gobernados³⁸.

El constitucionalismo es un medio para promover y realizar el concepto de Estado de derecho; es una estrategia que genera incentivos para que las autoridades políticas actúen de conformidad con la ley³⁹ y que consiste en someter todas las medidas gubernamentales «a las estructuras, procesos, principios y valores de una Constitución» (Loughlin, 2010: 47). Además, las constituciones implementan y conectan entre sí las ideas de que el Gobierno debe estar al servicio de los derechos de los individuos, y que la legitimidad del Gobierno depende del consentimiento de las personas sujetas a él (Dieter, 2010: 8). La

³⁵ Richard Stacey ofrece una interpretación de la tesis de Schmitt según la cual el poder constituyente se limita a los fines de institucionalizar el Estado de derecho (Stacey, 2011: 587 y ss.).

³⁶ Sobre el problema de constituciones sin constitucionalismo en algunos países africanos, véase (Okoth-Ogendo (1993: 65 y ss.), y en China, Zhang (2010).

³⁷ A pesar de que las constituciones de Australia, Canadá y Nueva Zelanda carecen de una lista de derechos fundamentales, sí protegen los derechos individuales. Además, la concepción de los derechos o intereses que aquí se defiende también permite una protección de ellos por parte de la ley. Esto la hace compatible incluso con concepciones débiles sobre la relación entre la constitución y la protección de las personas, como la defendida por Jeremy Waldron a partir de su artículo (Waldron, 1993: 18 y ss.).

³⁸ Este concepto es la base de los arts. 2 y 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. El art. 2 indica que el objetivo de todas las asociaciones políticas (creadas por medio de una constitución) es la protección y preservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. El art. 16 establece que una sociedad en la que no se garanticen los derechos ni la separación de poderes carece de constitución.

³⁹ Como señaló Philip Selznick, existen diversas concepciones del Estado de derecho. Véase Selznick (2005: 29). Brian Tamanaha las clasifica en concepciones formales (estrictas) y sustantivas (amplias) (Tamanaha, 2004: 91-113). Sin embargo, las variadas concepciones comparten al menos dos elementos centrales: el control del poder y la legalidad (Lautenbach, 2013: 19 y ss).

institucionalización constitucional de un catálogo de derechos fundamentales (liberales, políticos e, incluso, sociales) es una estrategia posible —pero no necesaria— para lograr ese objetivo⁴⁰. En fin, la puesta en funcionamiento de un mecanismo de separación de poderes permite la rendición de cuentas por parte de las autoridades políticas, a fin de asegurar que estas se comporten de acuerdo con la ley, en observancia de los derechos individuales y de las instituciones democráticas (Saunders, 2006: 337 y ss.)⁴¹. La concepción normativa y empírica de constitución resalta el objetivo del constitucionalismo, consiste en la institucionalización de una forma de gobierno en la que el poder del Estado es controlado, limitado y restringido, el pueblo está democráticamente facultado para controlar las fuentes del derecho y el aparato de gobierno está vinculado por las aspiraciones del pueblo (Waldron, 2009: 270 y 276).

Si esta concepción se emplea para evaluar la justificación de un reemplazo o una sustitución constitucional, este sería válido si y solo si la constitución nueva o sustituida incorpora de alguna forma los cuatro elementos constitucionales esenciales, a fin de que puedan cumplir su función⁴². Estos últimos son independientemente necesarios y conjuntamente suficientes para el constitucionalismo. Además, al ser conceptos abstractos, exigirlos permite sin embargo que el poder de creación constitucional goce de un margen de discrecionalidad. Por ejemplo, una asamblea constituyente, en el marco de un régimen político tradicionalmente presidencial, podría institucionalizar el principio de la separación de poderes en la nueva constitución, mediante la adopción de un sistema semipresidencial. Sin embargo, esa asamblea traspasaría los límites conceptuales del poder de creación constitucional si en el nuevo diseño institucional concentra todos los poderes en la rama ejecutiva. Los responsables de elaborar la constitución pueden institucionalizar los elementos constitucionales esenciales, concebidos en abstracto, de diferentes maneras concretas. Con todo, dicha institucionalización no puede traspasar los límites semánticos de tales conceptos.

Al aplicar este concepto normativo y empírico de constitución a los casos de Colombia y Venezuela, se llega a los siguientes resultados. Mientras

⁴⁰ También hay constituciones con derechos constitucionales implícitos. Un ejemplo es la Constitución de Australia. Sobre este aspecto, véase Stone (2005: 29 y ss.).

⁴¹ También sobre la conexión entre la separación de poderes y el Estado de derecho, véase Hayek (1976: 210). Separé aquí ambos conceptos porque existen concepciones estrictas del Estado de derecho que no comprenden la separación de poderes.

⁴² Estos cuatro elementos son una concepción de lo que Dixon y Landau llaman «alguna noción de un “núcleo mínimo” constitucional internacional o conjunto básico de disposiciones constitucionales que son comunes a todas las democracias constitucionales verdaderamente funcionales» (Dixon y Landau, 2015: 888).

que la promulgación de la Constitución colombiana de 1991 se entendería como el ejercicio del poder de creación constitucional, la promulgación de la Constitución venezolana de 1999 se entendería como el ejercicio de un poder autoritario, como consecuencia de las deficiencias al institucionalizar los principios del Estado de derecho y la separación de poderes (Brewer-Carías, 2010; King, 2013: 375). Tales deficiencias derivan de la centralización de los poderes políticos en la rama ejecutiva y los cambios concernientes a la autoridad del presidente para nominar a los jueces de altas cortes y, de este modo, tener control sobre el Poder Judicial. El proceso constituyente venezolano de 1999 deshizo el constitucionalismo.

Ahora bien, es posible formular una objeción en contra de la concepción normativa y empírica de constitución. Podría aducirse que tal concepción haría imposible considerar como constituciones muchos textos constitucionales actuales que no institucionalizan los cuatro elementos constitucionales esenciales. De esta forma, podría argumentarse, se pasaría por alto que estos textos constitucionales cumplen algunas funciones. En contraste, el argumento del poder constituyente no estaría sujeto a dicha esta objeción.

En este sentido, Graham Walker habla de constituciones «no liberales» para referirse a textos constitucionales que institucionalizan regímenes políticos despóticos o arbitrarios (Walker, 1997: 169). De forma similar, Li-Ann Thio sugiere una taxonomía del constitucionalismo de las actuales comunidades políticas iliberales. Esta taxonomía comprende regímenes mixtos con factores liberales e iliberales, así como sistemas constitucionales teocráticos y estructuras de poder político —como los basados en los llamados «valores asiáticos»—, en los que las prioridades culturales comunitarias, arraigadas en el derecho constitucional, opacan los derechos individuales (Thio, 2012). Además, Mark Tushnet cree que es posible que exista un constitucionalismo autoritario y afirma que ampliar nuestra comprensión del constitucionalismo hasta tales extremos puede mejorar nuestra claridad conceptual sobre el mismo (Tushnet, 2013). Incluso en las sociedades no liberales o en los regímenes políticos autoritarios, las constituciones son instrumentos fundacionales que articulan la identidad política de una sociedad y sus valores centrales⁴³, y erigen así una arquitectura normativa que permite la coordinación social (Hardin, 1999: 133; 2013: 59 y ss.) y el logro de acuerdos y compromisos entre facciones que compiten por el poder (Hirschl, 2013: 167 y ss.). En estos regímenes, las constituciones también articulan la «distribución estructural del poder y definen las relaciones interinstitucionales, así como aquellas que

⁴³ Sobre las constituciones como expresiones de valores, véase Galligan y Versteeg (2013: 8 y ss.).

se crean entre el gobierno y los ciudadanos» (Thio, 2012: 133). A pesar de que los gobernantes autoritarios normalmente se ven obligados a hacer algunas concesiones para promulgar constituciones iliberales, esta estrategia les hace posible adoptar reformas duraderas que les permiten proteger sus intereses personales y corporativos mientras se encuentran en ejercicio del poder e incluso más allá (Negretto, 2013: 83).

Es innegable que todas las constituciones cumplen estas funciones estructurales. Sin embargo, como antes se explicó, esto no basta para vincular las normas fundacionales con los objetivos del constitucionalismo. El problema es que el uso del término «constitución» para referirse a las constituciones autoritarias no es normativamente neutral. Este uso genera una ilusión de legitimidad sobre las acciones del Gobierno, al basarlas formalmente en el texto constitucional autoritario. Esto se puede llamar el «argumento del camuflaje». Este defecto puede encontrarse no solo en las constituciones que no son liberales, sino también en las que no son democráticas. Atribuir la denominación de «constitución» solo a las normas fundamentales estructurales que también comprenden los cuatro elementos constitucionales esenciales contribuye a evitar el efecto que el argumento del camuflaje hace explícito⁴⁴.

Por último, es posible institucionalizar los cuatro elementos constitucionales esenciales en diferentes grados. El respeto del principio del Estado de derecho, la protección de los derechos individuales, la existencia de instituciones democráticas y la separación de poderes son ideales normativos que pueden institucionalizarse e implementarse en un grado mayor o menor⁴⁵. Para los propósitos que aquí nos conciernen, es apropiado concebir tales elementos como una restricción conceptual para la creación constitucional. Entonces, si un reemplazo o una sustitución de la constitución eliminan uno de ellos, la hace nula o irrelevante, no estaría justificada. En caso de darse esta circunstancia, la nueva constitución o la revisión de la anterior disfrazarían una desintegración del constitucionalismo⁴⁶. Por tanto, no podría considerarse como el resultado del ejercicio del poder de creación constitucional.

⁴⁴ En un sentido similar, Aiofe O'Donoghue rechaza «un concepto muy amplio del orden constitucional como un sistema gubernamental [...] que] simplemente reduce el constitucionalismo a un mero conjunto de reglas organizacionales» (O'Donoghue, 2014: 16).

⁴⁵ Véanse, por ejemplo, análisis interesantes sobre el arraigo de estos ideales en las constituciones islámicas en Reiner (2012: 221 y ss.) —en relación con la limitación del poder— y Röder (2012: 321 y ss.) —sobre la separación de poderes—.

⁴⁶ Richard Albert ha elaborado el concepto de desmembramiento constitucional para referirse a un «esfuerzo deliberado para desmontar una o más de las partes constitutivas de la constitución» (Albert, 2018: 2).

2. EL ARGUMENTO DE LA COMPETENCIA

Para explicar el argumento de la competencia me centraré en la promulgación de una nueva Constitución. Sin embargo, el resultado del análisis puede aplicarse *mutatis mutandis* a los demás casos de creación constitucional.

La promulgación de una nueva constitución es una declaración. Una declaración es una especie de acto de habla ilocucionario. Un acto de habla ilocucionario es un acto que se lleva a cabo «al decir algo» (Austin, 1976). En este caso, la emisión que hacen los agentes que ejercen el poder de creación constitucional al promulgar la constitución. Esto tiene lugar, por ejemplo, cuando atribuyen validez jurídica a un texto constitucional escrito, al declarar solemnemente que lo promulgan como constitución⁴⁷. Un acto de habla declarativo —la declaración de que «Pedro y Ana ahora son marido y mujer»— es exitoso si y solo si mediante dicha declaración Pedro y Ana se convierten en marido y mujer⁴⁸. En consecuencia, la promulgación de una constitución es exitosa si y solo si conduce a que la constitución se promulgue.

Los actos ilocucionarios deben satisfacer algunas condiciones para que su ejecución sea exitosa y no defectuosa. Por ejemplo, «todos los actos cuyo objetivo es que el oyente haga algo —órdenes, peticiones, etc.— tienen como condición preparatoria que el receptor pueda llevar a cabo el acto que se le solicita» (Searle y Vanderveken, 1985: 17-18). Con respecto a estas condiciones, un agente o un grupo de agentes solo pueden promulgar una constitución con éxito si cuentan con la competencia para ello. Asimismo, las declaraciones tienen, al menos, una dirección de ajuste entre la palabra y el mundo. Su objetivo es «hacer que el mundo se ajuste al contenido de la declaración⁴⁹». En cuanto a este aspecto, ningún agente puede transformar el mundo jurídico mediante la promulgación de una constitución válida, es decir, mediante la declaración de que una constitución es válida, si dicho agente carece de la competencia jurídica para tal fin.

En la próxima sección dilucidaré algunas de las propiedades de la competencia para promulgar una constitución. Aquí expondré el argumento de la competencia: si para promulgar una constitución es necesario tener la

⁴⁷ Sobre las declaraciones o actos de habla declarativos (Searle, 1969: 31 y ss., y 64 y ss.).

⁴⁸ En la teoría de los actos de habla este fenómeno se denomina «punto ilocucionario» (Boisvert y Ludwig, 2006).

⁴⁹ Según Searle, los actos de habla declarativos también tienen una dirección de ajuste palabra al mundo. En un acto declarativo exitoso cambiamos el mundo para que coincida con el contenido del acto de habla (dirección de ajuste mundo a palabra) solo porque «representamos la realidad como si así la estuviéramos cambiando» (dirección de ajuste palabra a mundo) (Searle, 2010: 12).

competencia, de ello se sigue que cada vez que el poder de creación constitucional se utilice para promulgar una constitución, esta competencia debe ejercerse dentro de sus límites. En este punto, a pesar de sus diferencias, el poder de promulgar una constitución comparte una característica con el poder de reforma de la constitución: ambos son limitados⁵⁰. Solo pueden ejercerse de forma lícita dentro del cauce de sus respectivas competencias. Este evento también ocurre con todas las manifestaciones del poder de creación constitucional.

Lo anterior muestra por qué el argumento del poder constituyente no es una concepción apropiada del poder de creación constitucional. Este argumento fracasa al no ser capaz de explicar una propiedad esencial de este poder: el hecho de que se trata de una competencia jurídica que, por ello, solo puede ser válidamente ejercida dentro de sus límites. El argumento del poder constituyente ciertamente resulta plausible para explicar algunos aspectos empíricos del poder de creación constitucional. Ningún agente que carezca de poder político real puede promulgar una constitución. Sin embargo, esta concepción pasa por alto que el poder de creación constitucional es una autoridad de tipo jurídico, es decir, un «poder normativo para cambiar las relaciones normativas de otras personas» (Shapiro, 2002: 398). Dicho argumento reduce equivocadamente el poder de creación constitucional a dos hechos: coerción y poder fáctico. Sin embargo, de un poder fáctico no puede derivarse un poder normativo para cambiar relaciones normativas (Roughan, 2013). Solo un agente dotado de la competencia normativa para cambiar las relaciones normativas de otras personas puede hacerlo.

Finalmente, existe una conexión conceptual y una conexión normativa entre el argumento de la competencia y el argumento del resultado. Por un lado, el poder de creación constitucional se basa en la competencia para promulgar, reformar o reemplazar una constitución —que incluya los elementos constitucionales esenciales— y no un conjunto de normas fundamentales estructurales que contenga otro tipo de arreglos institucionales. Por lo tanto, promulgar, reformar o reemplazar una constitución por otro diseño que también pueda considerarse como una constitución son las únicas acciones conceptualmente autorizadas para el ejercicio de la competencia de creación constitucional. Por otro lado, el entendimiento de que todas las competencias jurídicas son necesariamente limitadas resulta una estrategia normativa esencial para proteger los derechos individuales frente a posibles ejercicios arbitrarios del poder político. Mientras la libertad individual es ilimitada, los poderes

⁵⁰ Una pregunta que queda sin responder es cuáles son las diferencias entre sus límites. No puedo abordar esta pregunta aquí.

jurídicos están limitados en su alcance y objetivos. Solo pueden ejercerse en aras de protección los derechos (Kant, 1991: 75-76) o de lograr el bien común (Locke, 1988: 357). Como Hohfeld señaló, más allá de sus poderes, las autoridades carecen de competencia. Correlativamente, todas las personas son titulares de inmunidades, es decir, están libres y no sujetas frente a autoridades estatales que quieran ejercer poder por fuera de sus competencias (Hohfeld, 2010). De la conexión entre el argumento del resultado y el argumento de la competencia se sigue que los ciudadanos son inmunes contra los usos del poder de creación constitucional que persigan objetivos diferentes al de institucionalizar el constitucionalismo.

También son limitadas las competencias individuales, colectivas y grupales para la creación constitucional. Los ciudadanos que participan en referendos constitucionales o que eligen miembros de las asambleas constituyentes disfrutan de una competencia limitada para elegir entre las diferentes opciones y candidatos de acuerdo con las reglas electorales válidas. Por otra parte, las asambleas constituyentes tienen a veces un mandato definido, en el que se establecen limitaciones de índole temática e, incluso, en ciertas ocasiones, de índole temporal, tal como ocurrió en Colombia en relación con la Asamblea Constituyente de 1991. De acuerdo con dicho mandato esta Asamblea debía promulgar la Constitución a más tardar el 4 de julio de 1991. De la misma forma, el empoderamiento de las asambleas constituyentes se limita a la acción de la promulgación de una constitución y no de un texto que contenga un arreglo institucional de algún otro tipo.

Por último, la naturaleza limitada de las competencias jurídicas permite exigir responsabilidad política. Las autoridades políticas son responsables de ejercer los poderes dentro de las fronteras que les han sido delineadas. Por lo tanto, sería paradójico que la autoridad superior y más poderosa del derecho y del Estado, es decir, el poder de creación constitucional, se conciba como un poder exento de responsabilidad política, cuando precisamente hacer posible la responsabilidad de las autoridades es uno de los objetivos que se buscan al crear un Estado y un sistema legal mediante la promulgación de una constitución (Bramforth y Leyland, 2013: 2 y ss.). En efecto, los constituyentes actúan en nombre de los ciudadanos⁵¹ y, como consecuencia de esto, los creadores de la constitución también deben rendir cuentas cuando sobrepasen sus competencias.

⁵¹ Sobre el vínculo entre responsabilidad y actuar en nombre de otros, véase Davies (2008: 67).

V. EL PODER DE CREACIÓN CONSTITUCIONAL COMO UN PODER DEÓNTICO PARA INSTITUCIONALIZAR EL CONSTITUCIONALISMO

Sobre la base del análisis crítico anterior, avanzaré una concepción alternativa del poder de creación constitucional, basada en la ontología social. Aquí defenderé que el poder de creación constitucional es un poder deóntico limitado, ejercido por ciertos agentes que representan políticamente a los ciudadanos, a quienes se les reconoce intencional y colectivamente el estatus de creadores constitucionales y que cumplen la función de institucionalizar el constitucionalismo.

Esta concepción se expresa mediante varios términos: ontología social, representantes, estatus, funciones, poder deóntico, limitaciones y reconocimiento intencional colectivo.

1. ONTOLOGÍA SOCIAL

La ontología social pertenece a una rama de la filosofía analítica que John Searle denominó «filosofía de la sociedad», cuyo objetivo es «el estudio de la sociedad humana misma» o, en otras palabras, «el modo de existencia de entidades sociales tales como los gobiernos, las familias, los cócteles, las vacaciones de verano, los sindicatos, los juegos de béisbol y los pasaportes» (Searle, 2010: 5). Los estudios sobre la naturaleza de las entidades sociales llevados a cabo por Michael Bratman, Margaret Gilbert, Seumas Miller, John Searle y Raimo Tuomela⁵² han establecido, en las últimas cuatro décadas, los principios fundamentales de la ontología social. En los últimos años filósofos y científicos sociales han discutido estos principios (Kirk, 2017), así como los han aplicado con el fin de explicar la estructura ontológica de una gran variedad de entidades: desde la comunicación, la tecnología, la música, el arte, el lenguaje, las emociones y la violencia, hasta los valores, los conceptos de ciudadanía, derechos humanos, gobierno, legislación, las corporaciones y otras instituciones políticas y jurídicas⁵³.

La ontología social se basa en la intuición de que las entidades sociales dependen de la capacidad que nosotros, como seres humanos, tenemos para actuar colectivamente, es decir, como miembros de grupos o sujetos plurales.

⁵² Véanse, entre varios textos, Bratman (1999; 2013), Gilbert (1992), Miller (2001), Searle (1995) y Tuomela (2002; 2007).

⁵³ La versión socioontológica del derecho más refinada es quizá la desarrollada por Scott Shapiro en *Legality* (Shapiro, 2011).

Esta habilidad se llama sociabilidad⁵⁴. Las entidades sociales son epistemológicamente “objetivas” pero ontológicamente “subjetivas”. No son menos cognoscibles objetivamente que los objetos naturales y físicos. Sin embargo, su existencia depende de la subjetividad de las mentes humanas y de ciertas actitudes subjetivas (como las intenciones) de los agentes que participan en prácticas en las que se basan (Searle, 2010, pág. 11 y ss). Por ejemplo, el hecho de que la Ley Fundamental de 1949 sea la actual constitución alemana no es menos cognoscible objetivamente que el hecho de que haya árboles en la Selva Negra. Sin embargo, su validez, entendida como la existencia de la Ley Fundamental, depende de ciertas actitudes subjetivas, así como de las acciones de algunos individuos relevantes, que se involucran en una práctica en la que la reconocen como la Constitución alemana y concurren para otorgarle cierto estatus y ciertas funciones⁵⁵.

2. LOS REPRESENTANTES Y LAS FUNCIONES ASOCIADAS AL ESTATUS

Desde una perspectiva socioontológica, el poder de creación constitucional es una entidad social que depende de las actitudes subjetivas y de las acciones de una pluralidad de individuos. Uno de los mayores obstáculos ontológicos del argumento del poder constituyente es que presupone la existencia de un agente colectivo, al que denomina «el pueblo» o «la nación», al que se adscribe la supuesta capacidad de tener una «voluntad» —tal y como lo señalara Schmitt⁵⁶—. Sin embargo, en el mundo no existen agentes colectivos, dotados de una mente propia y de la capacidad para tener voluntad. Incluso si hubiera algo así como un agente colectivo omnicompreensivo —denominado «el pueblo»—, este carecería de mente propia. Por lo tanto, frases como «la creencia del pueblo es...» o «la intención del pueblo es...» resultan extrañas, por decir lo menos. Afirmaciones de este tipo carecen de referencia real, dado que el «pueblo» no tiene una mente en la que se puedan encontrar creencias, deseos o intenciones.

La perspectiva socioontológica deja claro que la elaboración de la constitución comprende un conjunto de acciones coordinadas y de actos de habla,

⁵⁴ Sobre el concepto de socialidad, véase Gilbert (1996: 6 y 263; 2000: 1 y ss.).

⁵⁵ Lindahl introduce una visión intencional colectiva del poder constituyente. Su principal reclamo es que el orden legal «se puede describir mejor» como una «acción colectiva autoritaria». Sin embargo, su punto de vista es muy diferente al que presento en este artículo (Lindahl, 2015: 166).

⁵⁶ Zoran Oklopčic emprende un análisis crítico de las estrategias políticas, a menudo manipuladoras, que pueden asociarse con la explotación de la creencia sobre la existencia de las personas como entidad colectiva (Oklopčic, 2015: 200).

llevados a cabo por múltiples grupos de individuos; que será exitosa si y solo si ciertas actitudes subjetivas están presentes en los individuos relevantes que pertenecen a aquellos grupos. En este sentido, cuando hablamos de un grupo de personas «que hacen algo», nos referimos, a que sus miembros contribuyen individualmente a hacer que ese algo suceda. En un escenario básico de elaboración de una constitución, al menos dos grupos están presentes. Los llamaré: los creadores constitucionales y el pueblo.

El grupo de los creadores constitucionales es relativamente pequeño, está encargado de redactar, y en ocasiones de promulgar la constitución⁵⁷. Son agentes que representan políticamente al pueblo. Dado que no todos los individuos que pertenecen al conglomerado social pueden participar en la redacción y promulgación de la constitución —de hecho, podría ser inconveniente que lo hagan—, generalmente se acepta que algunos representantes la elaboren y promulguen en nombre del pueblo. Por medio de este tipo de representación, las personas que integran el pueblo actúan a través de los creadores constitucionales. En este tipo de representación, los actos de una persona o un subgrupo cuentan, equivalen y son reconocidos como actos del grupo (Ludwig, 2013: 76). En otras palabras, los actos de los representantes equivalen a actos del grupo que representan.

Kirk Ludwig ha esbozado un modelo de representación en cinco pasos, que resulta útil para los propósitos de este texto⁵⁸. El primer paso es reconocer que la representación implica dos acuerdos. De un lado, los miembros del grupo que va a ser representado acuerdan entre ellos y en conjunto con sus representantes que estos actuarán en nombre de aquel. Por otro lado, los miembros del público acuerdan con los miembros del grupo reconocer que los representantes actuarán en nombre de los miembros del grupo.

El segundo paso es evidenciar que, debido a estos acuerdos, los representantes cumplen una función asociada a su estatus particular como agentes autorizados para actuar en nombre de los miembros del grupo⁵⁹. Una persona tiene esta función y este estatus si el público la acepta como representante del grupo para ciertas transacciones sociales (*ibid.*: 77).

⁵⁷ Hay casos en que las personas promulgan la constitución por medio de un referéndum o participan en la redacción del texto constitucional. En este último fenómeno, véase Bernal (2017). Para las siguientes reflexiones emplearé un modelo de creación constitucional en el que las personas empoderan a los creadores de la constitución para redactar y promulgar la constitución en su nombre.

⁵⁸ Lo que sigue es una adaptación de la construcción de Ludwig (Ludwig, 2013: 89-92).

⁵⁹ En el concepto de función de Estado, véase Searle (1995: 41).

El tercer paso es reconocer que los miembros del grupo pueden conferir a los representantes una función y un estatus en virtud de una regla constitutiva. Una regla constitutiva constituye un tipo de comportamiento, que efectivamente tiene lugar cuando la regla se sigue de forma intencional (*ibid.*: 83)⁶⁰. Por ejemplo, una regla constitutiva del ajedrez crea el comportamiento llamado «jaque-mate». El jaque-mate ocurre cuando un jugador intencionalmente pone bajo control al rey del otro jugador, sin que sea posible eliminar dicha amenaza. En la representación, el comportamiento relevante es empoderar a alguien para que funja como representante de otros. Así se crea una autorización para que los representantes actúen en nombre de los representados y, de este modo, las acciones de los representantes se atribuyan a los representados.

El cuarto paso se relaciona con el concepto de agencia constitutiva. Este concepto comprende ciertas acciones individuales por medio de las cuales un agente, siguiendo una o más reglas constitutivas, «hace algo que (a) contribuye a motivar un tipo de acción colectiva, en razón de ser parcialmente constitutivo de ella y (b) es constitutivo de una clase de acción particular que compone dicha acción colectiva» (*ibid.*: 85). Al expresar su acuerdo con el nombramiento de los representantes, cada uno de los miembros del grupo lleva a cabo una acción individual que contribuye a motivar una acción colectiva (el empoderamiento de los representantes por parte del grupo), así como a constituir tal acción.

En el quinto paso, los representantes llevan a cabo su acción como tales. Como consecuencia, tanto el público como el grupo reconocen la acción de los representantes como una acción del grupo y no solo de los representantes.

Es posible utilizar los cinco pasos propuestos por Ludwig para comprender el papel de los creadores constitucionales —por ejemplo, en el marco de una asamblea constituyente— como representantes del pueblo. Para ejemplificar los cinco pasos, en este caso, debe entenderse que «AC» se refiere a una asamblea constituyente, «P», al pueblo, como un grupo que incluye el subgrupo de la asamblea constituyente, y que «A» se refiere a una audiencia (tanto al nivel nacional: el pueblo; como internacional: otros pueblos, sus Gobiernos y las instituciones internacionales).

Paso uno: los miembros de «P» acuerdan entre sí y con «AC» que «AC» actuará en su nombre para hacer una constitución. Esto puede denominarse el acuerdo de la representación de los creadores constitucionales. Naturalmente, es demasiado gravoso exigir en este paso el acuerdo de todos los miembros de «P». En este sentido, resulta apropiado utilizar el concepto de John Austin del

⁶⁰ Ver las secciones 3 y 4 para algunas calificaciones con respecto a la segunda cláusula.

«grueso de la población»⁶¹ para referirse, en este caso, a un conjunto relevante de individuos cuyo acuerdo es necesario para empoderar al grupo de los creadores constitucionales.

Paso dos: a causa de estos acuerdos, «AC» tiene el estatus de creadores constitucionales para llevar a cabo la función de institucionalizar el constitucionalismo en un texto constitucional escrito, en su calidad de representante autorizado de «P».

Paso tres: el grueso de «P» puede conferir a «AC» la función asociada al estatus como creador constitucional, mediante la observancia, por parte de los miembros de «P», de una regla constitutiva. El contenido de esta regla constitutiva es el siguiente: el acuerdo entre el grueso de «P» en cuanto al «AC» con el fin de redactar y promulgar la constitución se entiende como una autorización por parte de «P» a «AC» para redactar y promulgar una constitución en el nombre de «P».

Paso cuatro: a causa de esta autorización que «AC» redacta, promulga una constitución en el nombre del pueblo «P». De esta forma, «AC» es un representante de «P» para la redacción y promulgación de la constitución.

Paso cinco: «AC» redacta y promulga la constitución como agente representante de «P» en relación con «A». Por lo tanto, «A» y «P» reconocen que lo que «AC» hace o ha hecho, debe tenerse como si fuese «P» el que hubiese redactado y promulgado su constitución.

El papel de los representantes como creadores constitucionales es necesario en una sociedad en la que existe una división del trabajo. Desde un punto de vista normativo, también podría fortalecer la participación democrática, dado que exige que los miembros de «P» expresen de algún modo su acuerdo sobre el empoderamiento de «AC». También fortalece la democracia deliberativa. Ello, en razón a que se fomentan dos niveles de deliberación. Por un lado, la deliberación entre los miembros de «P» acerca del contenido del empoderamiento de «AC», y por otro, el fomento de las discusiones políticas especializadas entre los miembros de «AC» acerca del contenido de la constitución que deben redactar y promulgar en nombre de «P»⁶².

3. PODERES DEÓNTICOS

El tercer elemento de la concepción socioontológica del poder de creación de una constitución que aquí se defiende es el concepto de los

⁶¹ Austin habla del «grueso de los miembros de la sociedad» para referirse a la población cuya lealtad al soberano es necesaria para la validez de la ley (Austin, 1995: 169).

⁶² Sobre la importancia de la experiencia en democracia deliberativa, véase Brown (2014: 50, 66 y 67).

poderes deónticos. Con respecto a este concepto, el pueblo empodera a los creadores constitucionales «AC» con el poder deóntico para redactar y promulgar una constitución.

Un poder deóntico es una estructura de una relación de poder (Searle, 2005: 11). El poder deóntico para la creación de una constitución corresponde a una estructura en la que el grueso de los miembros de «P» confiere autoridad a los creadores constitucionales «AC» para cambiar la constitución, y al hacerlo, para cambiar el estatus jurídico de todos los miembros de «P». Dado que los miembros de «P» se encuentran sujetos a la constitución, un cambio constitucional implica un cambio en su estatus jurídico. Lo que es característico del empoderamiento para crear una constitución es que los miembros del grueso de «P» reconozcan la competencia de los creadores constitucionales para promulgar la constitución y que, a su vez, acuerden que todos los miembros de «P» estarán sujetos a esa nueva constitución. Ello, a pesar de sus deseos particulares, actuales o futuros, de obedecer las nuevas normas constitucionales⁶³.

4. LÍMITES

El pueblo se encuentra sujeto a límites conceptuales y normativos para empoderar a los creadores constitucionales y, estos a su vez, están sujetos a límites conceptuales y normativos para ejercer sus poderes deónticos. Como antes se explicó, la institucionalización de los elementos constitucionales esenciales es el principal límite conceptual. De acuerdo con la doctrina, podrían existir otras limitaciones normativas, generalmente relacionadas con la legitimidad procesal o sustancial de la nueva constitución. Sin embargo, este punto no será explorado aquí. No obstante, puede enunciarse que estas limitaciones pueden derivarse del respeto al sistema internacional de los derechos humanos, el arraigo de ciertas instituciones democráticas ampliamente difundidas en el derecho transnacional (Dixon y Landau, 2015: 630), el grado de participación democrática en el proceso de elaboración de la constitución y el cumplimiento con las disposiciones que regulan el cambio constitucional (*ibid.*), tales como, las cláusulas pétreas, los principios constitucionales preacordados o el derecho supranacional (Roznai, 2013). La fuerza, el alcance y la fuerza vinculante de estas limitaciones deben analizarse con respecto a cada sistema

⁶³ Esta es una manifestación específica de la finalidad de los poderes deónticos, consistente en crear razones de acciones independientes de los propios deseos. Sobre este aspecto, véase Searle (2005: 12).

jurídico particular, así como frente a cada caso concreto de reemplazo y reforma constitucional⁶⁴.

5. RECONOCIMIENTO INTENCIONAL COLECTIVO

De acuerdo con David Dyzenhaus, el concepto de poder constituyente está sujeto a lo que él denomina como «la paradoja de la autoría». De acuerdo con esta paradoja: «Para que un pueblo actúe como autor de las formas jurídicas del poder constituido, debe existir previamente como autor, como entidad con capacidad de autorizar. Pero una entidad con capacidad de proferir dicha autorización es una entidad artificial, no solo un conjunto aleatorio de individuos. Por lo tanto, debe ser identificable por medio de formas jurídicas» (Dyzenhaus, 2012: 233-234).

Esta paradoja se refiere al concepto de «pueblo». Como se explicó anteriormente, el pueblo no puede ser concebido como un agente colectivo omnicompreensivo, independiente de cada uno de sus miembros⁶⁵. Sin embargo, «el pueblo» también es diferente de un tumulto o de un grupo aleatorio de personas sin conexión alguna entre ellos. La concepción socioontológica del poder de creación constitucional proporciona una salida a la paradoja de la autoría al definir al pueblo como un grupo que empodera a los creadores constitucionales para institucionalizar el constitucionalismo en una constitución escrita.

Tres preguntas surgen aquí. ¿Quiénes son los miembros del pueblo?, ¿cuántos miembros del pueblo deben estar de acuerdo para que pueda originarse un empoderamiento exitoso de los creadores constitucionales? y ¿cuál es la estructura del acuerdo que se crea entre los miembros del pueblo para empoderar a los creadores?

Responder estos interrogantes implica tomar una posición conceptual y una normativa, cuya idoneidad para evaluar los casos específicos de reemplazo o de revisión constitucional depende de cada contexto particular. No obstante, es posible introducir algunas afirmaciones generales de índole conceptual en relación con estas preguntas.

Por ejemplo, con respecto a la pregunta sobre quiénes son los miembros del pueblo, puede asumirse, *prima facie*, que conceptualmente son los ciudadanos.

⁶⁴ Una pregunta abierta y separada que no puedo abordar aquí es si los jueces (generalmente tribunales constitucionales) deberían estar facultados para hacer cumplir estas limitaciones.

⁶⁵ Denis J. Galligan parece defender una opinión diferente cuando afirma: «Por “el pueblo” me refiero a los miembros de una sociedad como una entidad colectiva “[...] el pueblo”, a diferencia de la noción de personas individuales» (Galligan, 2013: 134).

Como lo afirmó Ackerman, las revoluciones y los reemplazos constitucionales suelen darse a partir de una «adaptación no convencional» de un marco institucional ya existente (Ackerman, 2000: 11-13). El hecho de que *todos* los ciudadanos y *solo* los ciudadanos sean considerados como miembros del pueblo es un hecho relevante en el marco institucional de cada país. Sin embargo, esta suposición puede ser derrotada por consideraciones relevantes de índole normativa, de cada contexto particular. Por ejemplo, si el objetivo de un reemplazo constitucional es incluir en los procesos de discusión política a una minoría, a la que se le ha negado la ciudadanía en el marco institucional existente, esto proporciona una buena razón para incluir como miembros del pueblo a los integrantes de dicha minoría.

Observaciones similares podrían hacerse con respecto a la pregunta sobre el número de miembros del pueblo cuyo acuerdo es necesario para que el empoderamiento de los creadores constitucionales pueda ser entendido como exitoso. Podría asumirse conceptualmente, *prima facie*, que es necesario el acuerdo del grueso de los ciudadanos. Una pregunta conceptual y normativa relevante es: ¿qué significa «el grueso»? Ciertamente, este concepto esbozado por Austin expresa una intuición plausible, a saber, que la validez de una constitución presupone la adhesión por parte de un número significativo de los miembros de la sociedad. Una ventaja del concepto del «grueso» radica en su indeterminación. En este sentido, es superior al concepto de mayoría. Así, podría existir una constitución cuya validez se base en la adhesión de una cantidad de ciudadanos que es menor que la mayoría, pero que es políticamente más poderosa. Además, una constitución respaldada por la mayoría de los ciudadanos menos influyentes de un país podría perder fácilmente su validez. En igual sentido, dentro del grueso de los ciudadanos, un empoderamiento exitoso de los creadores constitucionales generalmente exige la adhesión del grueso de los operadores jurídicos, quienes estarán a cargo tanto de implementar como de hacer cumplir la nueva constitución⁶⁶.

La pregunta final es: ¿cuál es la estructura del acuerdo entre los miembros del pueblo para empoderar a los creadores constitucionales? Debido a la diversidad de formas de colaboración humana y de las expresiones de acuerdo, de adhesión o de conformidad, la respuesta a esta pregunta es altamente compleja. Aquí basta con esbozar tres argumentos al respecto.

En primer lugar, el acuerdo de los miembros del pueblo en torno al empoderamiento de los creadores de la constitución es una acción intencional colectiva de sus miembros. Para explicar lo anterior, deben cumplirse al menos

⁶⁶ Sobre la importancia del acuerdo por parte de los funcionarios, véase Hart (1994: 116).

dos condiciones necesarias, las cuales son comunes a las explicaciones más relevantes acerca de las acciones intencionales colectivas⁶⁷. Dichas condiciones son: 1) la acción debe ser realizada por varios agentes individuales que, en conjunto, actúen como un grupo, y en virtud de ello, la acción es atribuible al grupo, 2) los agentes individuales que actúan en conjunto deben hacerlo de acuerdo con, y debido a, algunas intenciones comunes pertinentes. Las intenciones comunes están dotadas de un contenido especial. Dicho contenido implica que el grupo lleva a cabo la acción relevante mediante las acciones individuales pertinentes de cada uno de sus miembros⁶⁸.

Segundo, en el caso de la creación de una constitución, los miembros del pueblo pueden producir el empoderamiento colectivo de los creadores constitucionales por medio de acciones tales como votar en la elección de una asamblea constituyente extraconstitucional o en un referéndum constitucional o participar en las deliberaciones organizadas por el órgano creador de la constitución relacionadas con el futuro contenido de esta. Son estas las clases de acciones intencionales individuales que contribuyen a la formación de la acción intencional colectiva del pueblo. El contenido de las intenciones comunes de los miembros del pueblo, que acompañan a dichas acciones, implica que el pueblo, como grupo, está de acuerdo con el empoderamiento a los creadores constitucionales, así como con sujetarse a la constitución que estos redactarán y promulgarán, siempre que esta institucionalice el constitucionalismo. Esta sujeción es aceptada con independencia de los futuros deseos genuinos de los miembros del pueblo en relación con la obediencia o adhesión a las nuevas normas constitucionales.

En tercer lugar, el acuerdo de los miembros del pueblo con respecto al empoderamiento para la creación de una constitución puede ser manifestado *ex ante* —en la votación sobre la convocatoria a una asamblea constituyente— o *ex post* —al votar la aprobación del texto constitucional en un referéndum—. También podría ser explícito, como en los anteriores dos ejemplos, de acciones *ex ante* y *ex post*, o bien podría ser implícito. En cuanto a esta última posibilidad, la validez de una constitución necesariamente presupone el acuerdo implícito, *ex post*, del grueso de los operadores jurídicos en la implementación y cumplimiento de la constitución. Así, esta última es una condición necesaria para un ejercicio exitoso del poder de creación constitucional.

⁶⁷ Sobre estos elementos, y su relevancia con el objetivo de plasmar la naturaleza de la ley, véase Sanchez Brígido (2009: 305-306).

⁶⁸ Véase Ludwig, Kirk, *Understanding Collective Action*, manuscrito sin publicar, 2016, p. 168.

En resumen, el poder para reemplazar o reformar una constitución es: i) un poder deóntico limitado para cambiar el estatus jurídico de los miembros del pueblo; ii) que se encuentra en manos de los creadores de la constitución; iii) en virtud de —y limitado por— un empoderamiento en el que el grueso del pueblo, de un lado, designa a tales creadores como sus representantes y les atribuye la función de reemplazar o revisar la constitución, y por el otro, acepta someterse a la constitución nueva o revisada, siempre que en ella se institucionalicen los elementos constitucionales esenciales, y iv) los representantes son reconocidos colectiva e intencionalmente (*ex ante* o *ex post*, implícita o explícitamente, por el grueso del pueblo y los operadores jurídicos) como quienes tienen el estatus de creadores constitucionales, con el fin de ejercer su función de institucionalizar el constitucionalismo

Esta estructura conceptual puede usarse para lograr una evaluación más transparente de la legitimidad de los reemplazos o de las revisiones constitucionales concretas. Dicha evaluación dependerá de los estándares más fuertes o más débiles que se utilicen para determinar el número de miembros que implica el concepto del grueso del pueblo, las características del empoderamiento otorgado para la creación de una constitución y el reconocimiento intencional colectivo a los constituyentes, así, como la calidad de la institucionalización del constitucionalismo.

Bibliografía

- Ackerman, B. (2000). *We the People: Transformations*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Agamben, G. (1998). *Homo Sacer*. Stanford: Stanford University Press.
- Albert, R. (2009). Nonconstitutional Amendments. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 22 (1), 5-47. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0841820900004550>.
- (2012). The cult of Constitutionalism. *Florida State University Law Review*, 39, 379-380.
- (2014). Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude. *American Journal of Comparative Law*, 62 (3), 641-686. Disponible en: <https://doi.org/10.5131/AJCL.2014.0018>.
- (2017). Amendment and Revision in the Unmaking of Constitutions. En D. Landau y H. Lerner (eds.). *Handbook on Comparative Constitution-Making*. Cheltenham: Edward Elgar.
- (2018). Constitutional Amendment and Dismemberment. *The Yale Journal of International Law*, 1 (43), 2.
- Alexy, R. (2002). *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press.

- (2008). On the Concept and the Nature of Law. *Ratio Juris*, 21 (3), 281-299. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2008.00391.x>.
- Anderson, G. W. (2013). Societal Constitutionalism, Social Movements, and Constitutionalism from Below. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 20 (2), 881-906. Disponible en: <https://doi.org/10.2979/indjglolegstu.20.2.881>.
- Arato, A. (2016). *Post Sovereign Constitution Making. Learning and Legitimacy*. Oxford: University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198755982.001.0001>.
- Arato, J. (2013). Treaty Interpretation and Constitutional Transformation: Informal Change in International Organizations. *Yale Journal of International Law*, 38, 289.
- Atria, F. (2006). Sobre la soberanía y lo político. *Derecho y Humanidades*, 12, 47-93.
- Austin, J. (1995). *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511521546>.
- Austin, J. L. (1976). *How to do Things with Words*. Oxford: Oxford University Press.
- Ayala Corao, C. M. (2009). Venezuela: de la constituyente de 1999 a la reforma constitucional de 2007. En J. M. Garza (ed.). *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas* (pp. 333-405). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Banks, A. M. (2008). Expanding Participation in Constitution Making: Challenges and Opportunities. *William and Mary Law Review*, 46, 1043.
- Barak, A. (2011). Unconstitutional Constitutional Amendments. *Israeli Law Review*, 44, 321-341.
- Bernal, C. (2013). Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *International Journal of Constitutional Law*, 11(2), 339-357. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/mot007>.
- (2014). Informal Constitutional Change. *American Journal of Comparative Law*, 62, 493-514.
- (2017). How Constitutional Crowddrafting can enhance Legitimacy in Constitution-Making? En D. Landau y H. Lerner (eds.). *Handbook on Comparative Constitution-Making*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Böckenförde, E. W. (1991). Die verfassunggebende Gewalt des Volkes. Ein Grenz-begriff des Verfassungsrechts. En *Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht* (pp. 90-112). Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Bodin, J. (1993). *Les six livres de la République*. Paris: Librairie générale française.
- Boisvert, D. y Ludwig, K. (2006). Semantic for Nondeclaratives. En E. Lepore y B. C. Smith (eds.). *The Oxford Handbook of the Philosophy of Language* (cap. 34). Oxford: Oxford University Press.
- Bramforth, N. y Leyland, P. (2013). Introduction: Accountability in the Contemporary Constitution. En N. Bramforth y P. Leyland (eds.). *Accountability in the Contemporary Constitution* (pp. 2 y ss.). Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199670024.003.0001>.

- Bratman, M. (1999). *Faces of Intention: Selected Essays on Intention and Agency*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511625190>.
- (2013). *Shared Agency. A Planning Theory of Acting Together*. Oxford: Oxford University Press.
- Brewer-Carías, A. R. (1999a). La configuración judicial del proceso constituyente o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción. *Revista de Derecho Público*, 77-80, 453.
- (1999b). *Poder constituyente originario y Asamblea Nacional Constituyente*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- (2010). *Dismantling Democracy in Venezuela. The Chávez Authoritarian Experiment*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511762062>.
- Brown, M. B. (2014). Expertise and Deliberative Democracy. En Stephen Elstub y Peter McLaverty (eds.). *Deliberative Democracy. Issues and Cases*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Colón-Ríos, J. I. (2010). The Legitimacy of the Juridical: Constituent Power, Democracy, and the Limits of Constitutional Reform. *Osgoode Hall Law Journal*, 48 (2), 199-245.
- (2011). Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia. *Constellations*, 18 (3), 365-388. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-8675.2011.00643.x>.
- (2012). Weak Constitutionalism. Democratic legitimacy and the question of constituent power. London; New York: Routledge. Disponible en: <https://doi.org/10.4324/9780203120132>.
- (2014). Five Conceptions of Constituent Power. *Law Quarterly Review*, 130, 307.
- (2016). Rousseau, Theorist of Constituent Power. *Oxford Journal of Legal Studies*, 36 (4), 885-908. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqw012>.
- Contiades, X. (2012). *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*. London: Routledge.
- Contiades, X. y Fotiadou, A. (2017). *Participatory Constitutional Change. The People as Amenders of the Constitution*. London: Routledge.
- Crisafulli, V. (1964). *Disposizione (e norma)*. XIII Enciclopedia del Diritto.
- Cristi, R. (1999-2000). The Metaphysics of Constituent Power: Schmitt and the Genesis of Chile's 1980 Constitution. *Cardozo Law Review*, 21, 1749.
- Davies, A. C. (2008). *The Public Law of Government Contracts*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199287390.001.0001>.
- Dieter, G. (2010). The Twilight of Constitutionalism? En P. Dobner y M. Loughlin (eds.). *The Achievement of Constitutionalism* (p. 8). Oxford: Oxford University Press.
- Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139507509.018>.
- Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1744137405000020>.

- Disponible en: <https://doi.org/10.1093/mind/LXXVIII.309.1>.
- Dixon, R. y Landau, D. (2015). Constraining Constitutional Change. *Wake Forest Law Review*, 50, 859-890.
- (2015). Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment. *International Journal of Constitutional Law*, 13 (3), 606-638. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/mov039>.
- Durkheim, É. (1967). *Le suicide. Étude de sociologie*. Paris: Les Presses Universitaires de France.
- Dworkin, R. (2006). *Justice in Robes*. Cambridge: Belknap Press of the Harvard University Press.
- (2011). *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Belknap Press of the Harvard University Press.
- Dyzenhaus, D. (2007). The Question of Constituent Power. En M. Loughlin y N. Walker (eds.). *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press.
- (2012). Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power. *Global Constitutionalism*, 2 (1), 229-260. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S2045381712000032>
- Eisenstadt, T. A., LeVan, A. C. y Maboudi, T. (2015). When Talk Trumps Text: The Democratizing Effects of Deliberation during Constitution-Making, 1974-2011. *American Political Science Review*, 109 (3), 592-612. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0003055415000222>.
- Elkins, Z., Ginsburg, T. y Melton, J. (2009). *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511817595>.
- Ezcurdia, M. (1998). The Concept-Conception Distinction. *Philosophical Issues*, 9, 187-192. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1522969>.
- Ferrer Beltrán, J., Moreso, J. J. y Papayannis, D. M. (2013). *Neutrality and Theory of Law*. Dordrecht: Springer. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/978-94-007-6067-7>.
- Galligan, D. J. (2013). The People, the Constitution, and the Idea of Representation. En D. J. Galligan y M. Versteeg (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139507509.008>.
- (2013). Theoretical Perspectives on the Social Foundations of Constitutions. En D. J. Galligan y M. Versteeg (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge University Press: Cambridge. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139507509>.
- Gilbert, M. (1992). *On Social Facts*. Princeton: Princeton University Press.
- (1996). *Living Together. Rationality, Sociality and Obligation*. New York; London: Lahman.
- (2000). *Sociality and Responsibility: New Essays in Plural Subject Theory. New Essays in Plural Subject Theory*. Lanham: Rowman and Littlefield Publishers.

- Hardin, R. (1999). *Liberalism, Constitutionalism and Democracy*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/0198290845.001.0001>.
- (2013). Why a Constitution? En D. J. Galligan y M. Versteeg (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139507509.005>.
- Hart, H. (1994). *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Hayek, F. A. (1976). *The Constitution of Liberty*. London: Routledge and Kegan Paul.
- Hernández, J. A. (2013). La Constitución de Colombia de 1991 y sus enemigos. El fracaso del consenso constitucional. *Colombia Internacional*, (79), 49-76.
- Himma, K. E. (2007). Reconsidering a Dogma: Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy. En Michael Freeman y Ross Harrison (eds.). *Law and Philosophy. Current Legal Issues*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199237159.003.0001>.
- Hirschl, R. (2013). The Strategic Foundations of Constitutions. En D. Galligan, y M. Versteeg (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139507509.009>.
- Hohfeld, N. (2010). *Fundamental Legal Conceptions, as Applied in Judicial Reasoning*. New Jersey: The Lawbook Exchange.
- Hutchinson, A. y Colón-Ríos, J. I. (2011). Constituciones Duraderas. Una crítica democrática. *Anuario de Derecho Público*, 1, 437-460.
- Kalyvas, A. (2005). Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power. *Constellations*, 12 (2), 223-244. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1351-0487.2005.00413.x>.
- (2018). Constituent Power. En *Political Concepts: A Critical Lexicon*. Disponible en: <http://bit.ly/2Q8sGsS>.
- Kant, I. (1991). On the Common Saying: "This May be True in Theory, but it does not Apply in Practice". En H. Reiss (ed.). *Kant: Political Writings* (pp. 75-76). Cambridge: Cambridge University Press.
- Khosla, M. (2016). Constitutional Amendment. En S. Choudhry, M. Khosla y P. Bhanu Mehta (eds.). *The Oxford Handbook of the Indian Constitution* (pp. 232-250). Oxford: Oxford University Press.
- King, P. (2013). Neo-Bolivarian Constitutional Design: Comparing the 1999 Venezuelan, 2008 Ecuadorian, and 2009 Bolivian Constitutions. En D. J. Galligan y M. Versteeg (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kirk, L. (2017). *The Routledge Handbook of Collective Intentionality*. London; New York: Routledge.
- Klein, C. y Sajó, A. (2012). Constitution-Making: Process and Substance. En M. Rosenfeld, A. Sajó, M. Rosenfeld y A. Sajó (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (pp. 419-425). Oxford: Oxford University Press.

- Krishnaswamy, S. (2011). *Democracy and Constitutionalism in India: A Study of the Basic Structure Doctrine*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198071617.001.0001>.
- Kumm, M. (2016). Constituent power, cosmopolitan constitutionalism, and post-positivist law. *International Journal of Constitutional Law*, 14 (3), 697-711. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/mow050>.
- Landau, D. (2011-2012). The Importance of Constitution-Making. *Denver University Law Review*, 89 (3), 611-633.
- (2013a). Abusive Constitutionalism. *University of California Davis Law Review*, 47, 189-200.
- (2013b). Constitution-Making gone wrong. *Alabama Law Review*, 923-980.
- Lautenbach, G. (2013). *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199671199.001.0001>.
- Lindahl, H. (2015). Possibility, Actuality, Rupture: Constituent Power and the Ontology of Change. *Constellations*, 22 (2), 163-174.
- Locke, J. (1988). *Two Treatises of Government: Book II*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511810268>.
- Loughlin, M. (2007). Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice. En M. Loughlin y N. Walker (eds.). *The Paradox of Constitutionalism* (pp. 27-48). Oxford: Oxford University Press.
- (2010). What is Constitutionalisation? En P. Dobner y M. Loughlin (eds.). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199585007.003.0003>.
- (2011). *Foundations of Public Law*. Oxford: Oxford University Press.
- (2013). Why Sovereignty? En R. Rawlings, P. Leyland y A. L. Young (eds.). *Sovereignty and the Law. Domestic, European, and International Perspectives*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199684069.003.0003>.
- (2014). The Concept of Constituent Power. *European Journal of Political Theory*, 13 (2), 218-237. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1474885113488766>.
- Loughlin, M. y Walker, N. (2007). *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press.
- Ludwig, K. (2013). Proxy Agency in Collective Action. *Noûs*, 48 (1), 75-105.
- Marmor, A. (2006). Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral. *Oxford Journal of Legal Studies*, 26 (4), 683-704. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqi028>.
- Miller, L. E. (2010). *Framing the State in Times of Transition: Case Studies in Constitution Making*. Washington D. C.: United States Institute of Peace.
- Miller, S. (2001). *Social Action: A Teleological Account*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511612954>.
- Natale, A. A. (2000). La reforma constitucional argentina de 1994. *Cuestiones Constitucionales*, 2, 219-237.

- Negretto, G. (2012). Replacing and Amending Constitutions: The Logic of Constitutional Change in Latin America. *Law and Society Review*, 46 (4), 749-779. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1540-5893.2012.00516.x>.
- (2013). Authoritarian Constitution Making. The Role of the Military in Latin America. En T. Ginsburg y A. Simpser (eds.). *Constitutions in Authoritarian Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139207836>.
- Negri, A. (1999). *Insurgencias. Constituent Power and the Modern State*. Minneapolis; London: University of Minnesota Press.
- Nino, C. S. (1983). El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica. En E. Bulygin, M. D. Farrell, C. S. Nino y E. Rabossi. *El lenguaje del derecho: homenaje a Genaro R. Carrió*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- O'Donoghue, A. (2014). *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781107279377>.
- Oklopcic, Z. (2015). "Three arenas of struggle: A contextual approach to the constituent power of 'the people'". *Global Constitutionalism*, 2(3), 200-235.
- Okoth-Ogendo, H. (1993). Constitutions Without Constitutionalism: An African Paradox. En D. Greenberg, S. N. Katz, S. C. Wheatley y M. B. Oliviero (eds.). *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*. Oxford: Oxford University Press.
- Parlett, W. (2012). The Dangers of Popular Constitutional Making. *Brooklyn Journal of International Law*, 1 (38), 1-46.
- Ramírez Cleves, G. A. (2005). *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- (2006). El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003. *Revista de Derecho del Estado*, 18, 3-32.
- Raz, J. (2005). Can There Be a Theory of Law? En M. P. Golding y W. A. Edmundson (eds.). *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (pp. 324-325). Oxford: Blackwell.
- Reiner, G. (2012). Models of Institutional Control: The Experience of Islamic Countries. En R. Grote y T. Röder (eds.). *Constitutionalism in islamic countries: Between upheaval and continuity* (pp. 221-238). Oxford: Oxford University Press.
- Röder, T. J. (2012). The Separation of Powers in Muslim Countries: Historical and Comparative Perspectives. En R. Grote y T. J. Röder (eds.). *Constitutionalism in Islamic Countries. Between Upheaval and Continuity* (pp. 321-372). Oxford: Oxford University Press.
- Ross, A. (1959). *On Law and Justice*. Berkeley: University of California Press.
- (1969). On self-reference and a puzzle in constitutional law. *Mind*, 78 (309), 1-24.

- Roughan, N. (2013). *Authorities. Conflicts, Cooperation and Transnational Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199671410.001.0001>.
- Roznai, Y. (2013). The Theory and Practice of “Supra-Constitutional” Limits on Constitutional-Amendments. *International and Comparative Law Quarterly*, 62 (3), 557-597. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0020589313000249>.
- (2017). The Spectrum of Constitutional Amendment Powers. En Richard Albert, Xenophon Contiades y Alkmene Fotiadou (eds.). *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*. Oxford: Hart Publishing.
- Sanchez Brígido, R. (2009). Collective intentional activities and the law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 29 (2), 305-324.
- Saunders, C. (2006). Separation of Powers and the Judicial Branch. *Judicial Review*, 11 (4), 337-347. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/10854681.2006.11426498>.
- Schmitt, C. (1970). *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker und Humblot (5.^a ed.).
- Searle, J. (1969). *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139173438.007>.
- (1995). *The Construction of Social Reality*. New York: Simon and Schuster.
- (2010). *Making the Social World*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:osobl/9780195396171.001.0001>.
- (2005). What is an institution? *Journal of institutional economics*, 1(1), 1-22.
- Searle, J. y Vanderveken, D. (1985). *Foundations of Illocutionary Logic*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Selznick, P. (2005). Democracy and the Rule of Law. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 33, 29.
- Shapiro, S. (2002). Authority. En S. Shapiro y J. Coleman (eds.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- (2011). *Legality*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.
- Shor, M. (2013). The Once and Future Democracy: Argentina at the Bar of Constitutionalism. En D. J. Galligan y M. Versteeg (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139507509.024>.
- Sieyès, E. J. (1839). *Qu'est-ce que le Tiers-Etat?* Paris: Pagnerre.
- Soto Barrientos, F. (2014). Asamblea Constituyente: La experiencia latinoamericana y el actual debate en Chile. *Estudios Constitucionales*, 12 (1), 397-428, Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-52002014000100010>.
- Stacey, R. (2011). Constituent Power and Carl Schmitt's Theory of Constitution in Kenya's Constitution-Making Process. *International Journal of Constitutional Law*, 9 (3-4), 587-614. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/mor050>.
- Stone, A. (2005). Australia's Constitutional Rights and the Problem of Interpretive Disagreement. *Sydney Law Review*, 25, 29-48.
- Tamanaha, B. (2004). *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511812378>.

- Thio, L. A. (2012). Constitutionalism in Illiberal Polities. En M. Rosenfeld y A. Sajó (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/oxford-hb/9780199578610.013.0007>.
- Tuomela, R. (2002). *The Philosophy of Social Practices: A Collective Acceptance View*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511487446>.
- (2007). *The Philosophy of Sociality*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195313390.001.0001>.
- Turner, C. (2015). Transitional Constitutionalism and the Case of the Arab Spring. *International and Comparative Law Quarterly*, 64 (2), 267-291. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0020589315000020>.
- Tushnet, M. (2013). Authoritarian Constitutionalism. Some Conceptual Issues. En: Tom Ginsburg y Alberto Simpser (eds.). *Constitutions in Authoritarian Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781107252523.004>.
- (2015). Peasants with pitchforks, and toilers with Twitter: Constitutional revolutions and the constituent power. *International Journal of Constitutional Law*, 13, 639-654. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/mov042>.
- Venn, A. (1939). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: Macmillan.
- Waldron, J. (2009). Constitutionalism. A Skeptical View. En T. Christiano y J. Christman (eds.). *Contemporary debates in political philosophy*. Oxford: Wiley-Blackwell. Disponible en: <https://doi.org/10.1002/9781444310399.ch15>.
- (1993). A Rights-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, 13 (1), 18-51. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ojls/13.1.18>.
- Walker, G. (1997). The Idea of Nonliberal Constitutionalism. En I. Shapiro y W. Kymlicka (eds.). *Ethnicity and Group Rights*. New York: NYU Press.
- Zachary Elkins, T. G. y Blount, J. (2009). Does the Process of Constitution-Making Matter? *Annual Review of Law and Social Science*, 5, 201-223.
- Zhang, Q. (2010). A constitution without constitutionalism? The paths of constitutional development in China. *International Journal of Constitutional Law*, 8 (4), 950-976. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/mor003>.