



**UNIVERSIDAD DE NAVARRA**

**INSTITUTO EMPRESA Y HUMANISMO**

**MÁSTER UNIVERSITARIO EN GOBIERNO Y CULTURA DE LAS  
ORGANIZACIONES**

**TRABAJO FINAL DE MÁSTER**

**CONSTITUCIÓN DESCRIPTIVA-INCREMENTAL: REFORMA Y  
REVOLUCIÓN**

**ELABORADO POR:**

**GABRIEL FRANCESCO DEL CARPIO ORTIZ**

**DIRECTORA:**

**PROF. DRA. ASUNCIÓN DE LA IGLESIA CHAMARRO**

**PAMPLONA, 2022**



Constitución descriptiva-incremental: reforma y revolución.

**ALUMNO:**

Gabriel Francesco Del Carpio Ortiz.

**DIRECTORA:**

Profesora Dra. Asunción de la Iglesia Chamarro.

2022

**FIRMA DIRECTORA**

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'A. de la Iglesia Chamarro', written in a cursive style.

#### RESUMEN:

Frente a convulsionadas sociedades contemporáneas, las Constituciones adquirieron un gran protagonismo. Como expresión identitaria de los Estados, se vinculan al desarrollo histórico y particularidad de estos. Con la democracia como única fuente de legitimidad y el reconocimiento retórico de derechos, los órdenes concretos sucumbieron frente a un orden idealizado. Las Constituciones son la descripción del orden que rige al Estado en tanto organización política y cimentan la estructura institucional para resolver las tensiones propias de toda organización social. Esta investigación es un análisis histórico y doctrinario que busca resaltar la relación Constitución, Estado y sociedad para señalar la naturaleza de su vínculo. A su vez, reconociendo el carácter dinámico de tales categorías, postular un mecanismo para su actualización y coherencia con la realidad.

#### **Palabras clave:**

Constitución descriptiva, identidad constitucional, función constitucional, reforma constitucional.

#### ABSTRACT:

Faced with convulsed contemporary societies, the Constitutions acquired a great protagonism. As an expression of the identity of States, they are linked to their historical development and particularity. With democracy as the only source of legitimacy and the rhetorical recognition of rights, concrete orders succumbed to an idealized order. Constitutions are the description of the order that governs the State as a political organization and cement the institutional structure to resolve the tensions inherent to any social organization. This research is a historical and doctrinal analysis that seeks to highlight the relationship between Constitution, State and society in order

to point out the nature of their link. At the same time, recognizing the dynamic nature of such categories, it postulates a mechanism for their updating and coherence with reality.

**Keywords:**

Descriptive constitution, constitutional identity, constitutional function, constitutional reform.

**INDICE**

1. Sobre el concepto de constitución.
  - 1.1. Antecedentes pre-modernos del concepto.
  - 1.2. Conceptos modernos de constitución.
    - 1.2.1. Constitución como límite (Estado liberal).
    - 1.2.2. Constitución como garantía (Estado social).
    - 1.2.3. Constitución como mecanismo de transformación social (Dimensión Supranacional y democracia).
2. Crítica al concepto de constitución contemporáneo.
  - 2.1. Relación Estado-Constitución.
  - 2.2. Politización de la justicia constitucional.
  - 2.3. Rigidez constitucional como elemento de revolución.
3. Conclusiones.
4. Bibliografía.

## 1. Sobre el concepto de Constitución

No es posible hablar sobre constitucionalismo –sea un modelo, crítica o propuesta– sin emprender tal actividad desde el concepto mismo de Constitución. Aunque con asiduidad nos enfrentamos a numerosos debates que versan sobre tópicos como métodos de interpretación, alcance, finalidad, entre muchos otros, de los textos constitucionales, con el pasar de los años el estudio sobre el concepto de Constitución ha perdido notable protagonismo. Alguien podría referenciar una gran concertación respecto a él, no obstante, no es el caso. En la actualidad nos encontramos delante de un *kitsch* constitucional<sup>1</sup>, que todos aceptan sin reflexionar sobre sus implicancias. Empero, sin un concepto claro y concreto de Constitución, cualquier cuestión que gire sobre este adolecerá de incontables cuestionamientos y carecerá de razón de ser.

Las Constituciones modernas son las reglas que establecen y regulan el gobierno<sup>2</sup>. En otras palabras, la Constitución reúne el conjunto de parámetros que cumplen la función de organizar y limitar el ejercicio del poder. Haciendo énfasis en

---

<sup>1</sup> El término hace referencia a una estética pretenciosa considerada de mal gusto. En esa línea de ideas, el *kitsch* constitucional responde al petulante papel que se le ha otorgado a las constituciones contemporáneas.

<sup>2</sup> Wheare, K., “Modern Constitutions”, Oxford University Press, Nueva York y Toronto, 1996. (Edición en castellano, *Constituciones modernas*, Labor, Madrid, 1971), en *Enciclopedia del Pensamiento Político*, dirigido por David Miller, versión española de Casado Rodríguez, M., Alianza Editores, 1989, p. 111.

ello, el término “Constitución” alude a la estructura del organismo político estatal<sup>3</sup> y, siendo esto cierto, entonces todos los estados son estados jurídicos<sup>4</sup>. De ahí podemos recabar dos afirmaciones: i) las constituciones tienen como característica la ambivalencia político-jurídica y, ii) toda estructura estatal está sujeta a una Constitución. No obstante, la diversidad semántica del término “Constitución” acarrea una diferenciación según el significado que se le impute.

El primero es una acepción de Constitución que denota el ordenamiento político de tipo “liberal”. El segundo hace referencia a cierto conjunto de normas jurídicas que *grosso modo* comprenden las normas –en algún sentido fundamentales– que caracterizan e identifican todo ordenamiento. En tercer lugar, nos encontramos con una acepción que abarca un simple documento nombrado con la palabra “constitución”. Por último, se nos presenta a las constituciones como un texto normativo particular dotado de ciertas características “formales”, ósea (sic) de un peculiar régimen jurídico<sup>5</sup>.

El modelo constitucional optado u objeto constitucional es otra manera de discernir la naturaleza constitucional. En palabras del profesor Comanducci, esta diferenciación es el resultado “(...) de una abstracción intencionada (sic) de las funciones que se presume que desarrollan (o deben desarrollar) los objetos designados con el término “constitución”. De ahí se sigue que cada modelo es configurable como un metamodelo, que agrupa a un conjunto de conceptos de constitución”<sup>6</sup>.

Estos metamodelos se dividen en cuatro conjuntos con capacidad de interrelación. En esa línea de ideas, el primer modelo –nombrado axiológico por su

---

<sup>3</sup> Bovero, M., “Prefacio al libro de Salazar, P.”, en *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, FCE, México, 2006, pp. 16-24.

<sup>4</sup> Díaz, E., *Estado de derecho y democracia*, Taurus, Madrid, 1998.

<sup>5</sup> Guastini, R., “Sobre el concepto de constitución” en *Neoconstitucionalismo*, Carbonell. M., Centro de Estudios Jurídicos Carbonell A.C., Ciudad de México, 2017, p. 30.

<sup>6</sup> Comanducci, P., “Modelos e interpretación de la Constitución” en *Neoconstitucionalismo*, Carbonell. M., Centro de Estudios Jurídicos Carbonell A.C., Ciudad de México, 2017, pp. 56-57.

autor– describe a la constitución como un orden o estructura con valor intrínseco estatal –y de cierta manera inmutable–, el cual cuenta con la prerrogativa de la generación normativa. Al respecto, la existencia de una supremacía normativa se fundamenta en la relación entre norma constitucional –como norma fuente que expresa el *sollen* del Estado– y el ordenamiento infraconstitucional –como normas de expresión de la norma fuente–. Bajo ese argumento, lo que soporta específicamente estas normas fuente, es el conjunto de fenómenos sociales que se desarrollan dentro de la esfera pública del Estado a la cual se encuentra vinculada la Constitución, adjudicándoles cierto grado de rigidez. Así, la Constitución sería el conjunto de parámetros, generadores de normas, que expresan el orden de la fenomenología social intrínseca y por tanto inmutable de un Estado, una suerte de principios de identidad de la sociedad que conforma el ente estatal.

El segundo modelo también considera a la Constitución como orden; sin embargo, la diferencia radica en la forma de valorar los fenómenos sociales y, en consecuencia, en la manera que estos informan a las normas fundamentales. Si en el primer modelo los fenómenos sociales ostentaban un valor intrínseco de generación de normas, en el segundo, tales fenómenos pierden su esencia intrínseca –o, en otras palabras, natural– y como consecuencia la Constitución no expresa una identidad Estatal –inmutable–, sino solo las relaciones de poder, sociales y políticas de un determinado tiempo<sup>7</sup>. En resumidas cuentas, las variables sociales no se imputan sempiternas y por tanto no son razón suficiente para la existencia de un único orden constitucional –o identidad estatal– y, menos aún, para que tenga una vigencia incuestionable; por el contrario, surtirán de parámetros ordenadores a la constitución en

---

<sup>7</sup> Comanducci, P., “Modelos e interpretación de la Constitución” en *Neoconstitucionalismo*, Carbonell. M., Centro de Estudios Jurídicos Carbonell A.C., Ciudad de México, 2017, p. 58.



tanto se configuren en la realidad las relaciones que describen. Por esta razón, Comanducci lo denomina un modelo descriptivo. En concreto, la Constitución estaría integrada por las normas que expresan un orden construido desde la realidad relacional existente en la plataforma social existente, la cual, si transmuta, consecuentemente significará una transmutación constitucional. En esa línea de ideas, autores como Grégoire Webber convalidan tal planteamiento, manifestándose en el sentido de una Constitución entendida como proceso y no como un proyecto terminado<sup>8</sup>.

El tercer tipo de modelo comparte con el segundo su naturaleza descriptiva, pero se distancia, en tanto comprende a la Constitución meramente como norma. Con mayor precisión, tales normas no son expresión de ningún orden anterior a sí mismas, sino solo un cúmulo de reglas jurídicas positivas, que pudiendo ser consuetudinarias o plasmadas en un documento, sirven de reglas fundantes del resto del ordenamiento jurídico<sup>9</sup>, tal vínculo sustenta su jerarquía normativa. La mayor crítica de la que puede ser víctima este modelo es la negación a la doble dimensión de la Constitución, pues de asimilar como cierto una única naturaleza jurídica, que es causa y consecuencia de la generación normativa, cabría preguntarse por la relevancia del factor político, en mayor medida, si acaso la inexistencia de una carga política continuada legitimaria la creación de normas jurídicas por una cierta facultad intrínseca de las mismas, dotadas tras la primera decisión de su instauración. En resumen, la Constitución son las normas jurídicas positivas que son descritas por el resto de las normas jurídicas positivas de menor categoría.

Por su parte, el cuarto modelo sugiere también una Constitución de corte positivista, discrepando del anterior modelo, en la exigencia de que tales normas

---

<sup>8</sup> Webber, G., *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 30.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 6.

fundamentales posean determinados contenidos a los que se atribuye un valor específico<sup>10</sup> u otorgándole una carga axiológica al cuerpo jurídico positivista. Tal como manifiesta Dogliani, la Constitución aparece cargada de un valor intrínseco: es un valor por sí misma<sup>11</sup>. Dicho de otra manera, el conjunto de normas positivas, cuentan con un valor intrínseco que sustenta la posibilidad creadora, sin embargo, tales normas no expresan más que construcciones jurídicas positivas. Este modelo parece plantear una suerte de constitución *como sagrada escritura*, normas que por alguna razón –que tiene el riesgo de ser consecuencia de intereses subjetivos– tienen una condición preferencial dentro del ordenamiento jurídico y que lo crean.

En síntesis, el primer modelo responde a un modelo que entiende Constitución como orden de manera prescriptiva, es decir que por sí expresa un orden de valor intrínseco que contiene un ideal inmutable del Estado. El segundo modelo también se refiere a la Constitución como orden, pero reconoce que tal orden es dependiente de los fenómenos sociales existentes y que, al variar, tal orden también varía, por lo que es descriptiva. El tercer modelo observa a la Constitución únicamente como un conjunto de normas positivas y sin valor intrínseco; en otras palabras, un simple cuerpo normativo con formalidades diferenciadas. Por último, el cuarto modelo, ve en la Constitución un conjunto de normas, pero con valor intrínseco, normas con valor axiológico –principios siempre normativos– y por tanto con carácter prescriptivo.

Sin embargo, la tarea de sistematizar los diversos conceptos constitucionales se vuelve dificultosa al tomar conciencia de la naturaleza mutable del propio concepto. Cabría entonces señalar –en tanto que no se puede elaborar un concepto almidonado y

---

<sup>10</sup> Dogliani, M., *Introduzione Al Diritto Costituzionale*. S.l.: Il Mulino, 1994, p. 14.

<sup>11</sup> *Ibid*, p. 15.

perpetuo de un proceso, sino solo identificar constantes en su comportamiento— cuáles son las características mínimas que dotan de identidad a las constituciones.

Para la realización de tal empresa, habremos de examinar la metamorfosis conceptual sufrida en el transcurso de la historia. En un segundo momento, tomaremos la prerrogativa de disgregar la transmutación de la idea de constitución tras la aparición del Estado moderno.

### **1.1. Antecedentes premodernos del concepto**

Cabe preguntarse sobre la existencia de constituciones previas al modelo estatal propuesto en el siglo XVIII, dicho de otra manera, sobre las constituciones premodernas o antiguas. En esta línea de ideas, es necesario indagar sobre el empleo del término “constitución” a lo largo de la historia. Como se puede anticipar, aun cuando no falta la voluntad académica para acometer tal pesquisa, no es el *telos* del presente trabajo. No obstante, se ha tomado la prerrogativa de esbozar una somera revisión del pasado que edifique un parámetro comparativo.

Es posible escudriñar en las antiguas organizaciones sociales y alcanzar el registro de 158 descripciones del gobierno de ciudades griegas y estados bárbaros en la biblioteca del Liceo, de las cuales únicamente sobrevive la “Constitución de Atenas”. Ahora bien, adjudicarle el título de “Constitución” sería impropio por su contenido, en tanto que se trata de una historia de las instituciones<sup>12</sup>. Artola también se refiere a la ley en el Bajo Imperio y a las decisiones de los concilios (constituciones sinodales), de la misma manera que a las *Constitutions of Clarendon* del año 1164<sup>13</sup>, como ejemplos de

---

<sup>12</sup> Artola, M., *Constitucionalismo en la historia*, Editorial Critica, Barcelona, 2005, p. 5.

<sup>13</sup> Ibid.

documentos de la antigüedad que, sin guardar mayor similitud entre ellos –y menos aún con las Constituciones modernas–, ostentaban una denominación constitucional.

Ahora bien, si la mera denominación no es suficiente para considerar un documento como Constitución, siquiera en sentido lato –y por tanto señalarlo como antecedentes al concepto moderno–, entonces el esfuerzo deberá dirigirse al acercamiento por medio del contenido. De esta manera, se hace referencia con frecuencia a la Carta Magna (*Magna Carta Libertatum*) británica del siglo XIII como al primer documento expresivo de la idea esencial de las constituciones políticas: la garantía de los derechos y la limitación del poder<sup>14</sup>. La misma idea era identificable en las cartas portuguesas de fueros, las cuales continuaron por la senda de la carta de 1215, llegando a ser esbozo de constituciones municipales. De igual forma, es posible mencionar el pactismo catalán de los siglos XIV y XV apreciable en *Apparatus super Constitutionibus Curiarum generalium Cathaloniae* de Tomás Mieres, donde se encontraba lo pactado en las Cortes –las mismas formadas por distintas clases social– como un límite a la acción del príncipe<sup>15</sup>.

Atendiendo a otra acepción del término Constitución, nos remontamos al año 1632, donde tras la sucesión del trono de Suecia a manos de una reina infante, el canciller Oxenstierna publicó un documento firmado –hecho inverificable– por Gustavo Adolfo, donde estaba determinada una “forma de gobierno”<sup>16</sup>. Aquí se reconoce un cambio de paradigma entre lo pretendido por los documentos hasta el siglo XV y lo perseguido por el documento sueco del siglo XVII, pues mientras en los primeros la intención se restringía a reconocer ámbitos que se encontraban fuera de la

---

<sup>14</sup> Galvão de Sousa, J., *Poder, Estado y Constitución. Hacia un derecho político realista*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2019, p. 86.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>16</sup> Artola, M., *Constitucionalismo en la historia*, Editorial Crítica, Barcelona, 2005, p. 5.

discrecionalidad personal de los nobles, en el segundo se apuntalaba el brindar parámetros de actuación. En otras palabras, mientras los primeros documentos tenían una naturaleza pasiva –diciendo lo que no se puede hacer–, el segundo tenía una naturaleza activa –diciendo cómo se debe actuar–. Tras este recuento, el siguiente acontecimiento trascendental en el desarrollo constitucional lo encontramos en el proceso norteamericano que culminó con el primer texto constitucional de 1787 –en tanto se llamaba a los textos precedentes *frame of government*–, el cual contenía una acepción a caballo entre la pasiva y la activa, con la particularidad de su carácter declarativo.

Partiendo de tales ideas, es posible identificar, no obstante, un rasgo compartido por ambas acepciones –la pasiva y la activa–. Se trata de su condición extraordinaria, en sentido estricto, extraordinaria a razón del papel que juega en la estructura estatal. Se podría entonces conceptualizar las constituciones como puntos de partida, como fuentes informadoras o, como se señaló en el primer apartado, como un orden expresado, de ahí que puede afirmarse su naturaleza fundamental. Desarrollando la anterior aseveración, García Pelayo recuerda que, cuando en Inglaterra se empezó a usar el término *fundamental law*, habría indicios de que este habría sido tomado de Francia, donde lejos de tratarse de leyes propiamente dichas –traduciendo *law* como ley– se hacía referencia a principios imprecisos<sup>17</sup>. Para profundizar en esa idea, si se revisa la naturaleza de la *fundamental law* en aquel contexto, se pueden distinguir las leyes fundamentales –también llamadas leyes del imperio– por su inviolabilidad, es decir, la imposibilidad de ser modificadas por el arbitrio de los nobles, y también por su objeto, pues se referirían exclusivamente al ejercicio y a la transmisión de la prerrogativa real. En resumen, nos

---

<sup>17</sup> García Pelayo, M., “Derecho Constitucional” Comparado en *Obras Completas vol. I*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 252.

encontramos frente a directrices que, sumadas a controlar el ejercicio del poder, principalmente lo determinan.

Para algunos autores como McIlwain, la limitación del gobierno por el derecho es el rasgo característico más antiguo, constante y duradero del verdadero constitucionalismo<sup>18</sup>. Sin embargo, es interesante preguntarse si tal afirmación sería válida en un contexto donde, por ejemplo, el poder último se encuentre en el plano teológico en tanto interpretable pero no limitable. En ese sentido, si bien las constituciones no siempre han podido controlar al poder, sí han cumplido una función ordenadora y en ese sentido fundamental, han funcionado como parámetro de referencia para la administración de aquel. Según dicha premisa, la Constitución contiene las directrices que expresan un orden determinado –el cual debería determinarse desde la realidad–, pero esto no significa que el orden expresado sea siempre el mismo; dicho de otra manera, si las constituciones se informan de la realidad y cada realidad es particular, entonces no habrá dos constituciones que puedan contener o expresar el mismo orden, ni en el espacio ni en el tiempo.

Sumado a todo lo anterior, si los parámetros constitucionales se fundamentan en las particularidades de cada poder constituyente para expresar un orden específico, entonces la Constitución contiene los rasgos característicos y por tanto el orden que se expresa es la identidad del constituyente. En ese sentido, las leyes fundamentales se relacionan con la doctrina pactista, comúnmente referenciando el pacto social originario. De ahí que se entienda como ley fundamental aquella a la que el Estado debe su existencia, y cuya destrucción significaría la del Estado mismo<sup>19</sup>. Si lo anterior es cierto, el siguiente paso es cuestionarse la particularidad en los ordenamientos

---

<sup>18</sup> McIlwain, C.H., *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, 1991, p. 37.

<sup>19</sup> García Pelayo, M., “Derecho Constitucional Comparado”, *Obras Completas vol. I*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 253.

constitucionales modernos. No es difícil anticipar cierta hegemonía y *kitsch* constitucional. Sin embargo, aunque sustantivamente el segundo ha evolucionado a lo largo de la historia, la pretensión hegemónica ha sido constante. Ello se traduce en el establecimiento temporal de ciertos “modelos constitucionales”, a partir de los cuales se reconoce la validez del orden: los que se apartan de sus determinaciones, *contrario sensu*, se imputan como inválidos. Por tal razón, distinguiremos el contenido del modelo constitucional perseguido en diferentes pasajes de la historia tras la aparición del Estado moderno.

## **1.2. Conceptos modernos de constitución**

### **1.2.1. Constitución como límite (Estado liberal)**

El momento histórico posterior a las revoluciones americana (1776) y francesa (1789), propició el nacimiento de los Estados modernos. El sello identitario fue la destrucción del absolutismo con el que, hasta el momento, regían las monarquías. Sin embargo, los nuevos Estados constitucionales, lejos de conseguir una genuina desconcentración del poder –como propugnaban–, lo centralizaron en un ente despersonalizado que canalizaba su expresión por medio de un conjunto de instituciones. Dicho de otro modo, la densidad del poder se entregó en manos de un aparato –de poder– impersonal<sup>20</sup>. La ruptura entre Estado y sociedad fue inevitable, aun cuando continuaban siendo un solo conjunto de individuos, respondían a dimensiones distintas. Tal fenómeno dotó de relevancia al concepto de Nación. En palabras de Rubio

---

<sup>20</sup> Blanco Valdés, R., *La construcción de la libertad*, Alianza Editorial S.A., Madrid, 2010, p. 46.

Llorente aplicadas a la experiencia en Europa, “el Estado se legitima como organización política de la nación, de la que procede y a cuyo servicio está, y ello hasta el punto de que frecuentemente desde comienzos del siglo XIX se habla de Estado-Nación para designar esta forma política”<sup>21</sup>.

El mismo autor indica –refiriéndose al sustrato humano del Estado– que *el pueblo y la sociedad* aparecen en la teoría clásica del Estado según una idea caracterizada por dos notas distintivas: el atomismo y la separación<sup>22</sup>. Interpretando su obra, *el pueblo* compuesto de *ciudadanos* se distingue por una aparente igualdad, por el valor de la libertad, y por configurarse como una esfera de intervención restringida; tiene naturaleza política, lo cual genera que la expresión del Estado sea un conjunto configurado por distintas y atómicas libertades. Por su parte, *la sociedad* reúne a los individuos ya no como *ciudadanos*, sino como *hombres* –es decir, personas– y se encarna en la diferencia; la sociedad es el conjunto de los individuos desde un punto de vista descriptivo. De esta manera, la separación entre Estado y sociedad se presenta ante nuestros ojos, tenemos un mismo conjunto de individuos que reúnen en sí, dos planos completamente distintos: el pueblo con naturaleza política que constituye el Estado y la sociedad como un fenómeno relacional.

Si el Estado pasa a estar conformado por la expresión directa del conjunto de ciudadanos con igualdad imputada (pueblo), es factible asegurar la reducción-supresión de intermediarios en su relacionamiento<sup>23</sup>. Con la destrucción formal de corporaciones, grupos o estamentos –que fueron antes respetados por los monarcas–, el Estado Constitucional fue el primer poder absoluto –por lo menos teóricamente– de la

---

<sup>21</sup> Rubio Llorente, F., *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 3ª Edición, Volumen II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 578.

<sup>22</sup> *Ibid.*, 579.

<sup>23</sup> Pérez Royo, J., *Introducción a la teoría del Estado*, Blume, Barcelona, 1980, pp. 16-35.



historia<sup>24</sup>. Sin embargo, para que aquella estructura estatal exista, la libertad debía garantizarse. Con tal objetivo, “el Estado no debía interferir en el libre juego de las fuerzas sociales, ni tolerar que éstas mediaticen sus propias decisiones, pues solo cuando actúan como ciudadanos –y por tanto libres– es legítima voluntad política de los individuos que forman la sociedad”<sup>25</sup>. En esa línea de ideas, identificamos el primer rasgo distintivo de las Constituciones en el Estado liberal, la garantía de derechos a los individuos y, con mayor fervor, la garantía de su libertad.

Sin embargo, la separación de dos tipos de esferas –pública y privada–, significó la eliminación de la distribución feudo-estamental hasta ese momento existente y, como consecuencia, el establecimiento de una relación exclusivamente universal y política entre los individuos<sup>26</sup>. Cabe destacar que, lejos de un proceso de abolición del poder, el proceso respondía al de creación de uno nuevo. Por ese motivo, debía asegurarse la coexistencia del Estado, que contaba la totalidad de las prerrogativas de la esfera pública, con la de un conjunto de individuos que poseían una esfera libre de injerencia alguna y lo constituía. La complejidad aparecía como la pretensión de control sobre un ente impersonal que, en teoría, no debía contar con yugo alguno más que el de la propia nación y su soberanía. La respuesta fue el segundo principio fundante del modelo liberal: la separación de poderes.

Aquel principio, empero, no es creación revolucionaria, sus antecedentes son identificables en el constitucionalismo histórico inglés. Como consecuencia de la Revolución Gloriosa (1688), se aprobaron diversas disposiciones<sup>27</sup>, favoreciendo el

---

<sup>24</sup> Blanco Váldes, R., *La construcción de la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 2010, p. 47.

<sup>25</sup> Rubio Llorente, F., *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 3ª Edición, Volumen II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 579.

<sup>26</sup> Cerroni, U., *Introducción a la ciencia de la sociedad*, Editorial Crítica, Barcelona, 2008, pp. 204-205.

<sup>27</sup> Se hace referencia a la petición de derechos de 1628, a la *Bill of Rights* del 13 de febrero del año 1689, la Ley de Establecimiento de 1701, entre otros.

establecimiento del *Rule of Law* y la soberanía parlamentaria, configurándose ambas como potestades limitadoras a los reyes ingleses<sup>28</sup>. Como consecuencia de tal limitación, actuaciones que antes respondían a la arbitrariedad de los monarcas ahora necesitaban de la intervención y el consentimiento de otros poderes que, sin ser independientes o superiores, revestían de legalidad –entiéndase como validez– a las mismas. Bajo un análisis teleológico del principio de separación de poderes, se deja entrever un fundamento antropológico pesimista.

La tendencia del hombre a corromper la libertad en libertinaje y a dominar a otros podía proyectarse en aquel Estado obediente en última instancia a los propios hombres. Entonces, si lo que se pretendía era centralizar con autonomía el poder público sin que este tergiversara su función y violara la libertad de sus elementos constitutivos, se tenía que controlar. Sin embargo, si se reconocía a este como fuente de la legitimidad y legalidad, no existiría más fuente válida de control que él mismo; por eso el principio de separación de poderes, contrario a separar el poder en partes, distribuye un único poder –estatal y público– en diferentes subestructuras interdependientes, encargándoles cometidos particulares de manera que, frente al posible descontrol de alguna de ellas, las otras actúen de acuerdo a lo encomendado por la Nación y la controlen; siendo posible tal control solo si ningún poder tiene mayor peso que otro, gestándose el principio de pesos y contrapesos en esa lógica.

La revisión precedente de las particularidades del modelo liberal es fundamental para el entendimiento de su modelo constitucional. Contrario al constitucionalismo histórico, Montesquieu apostó por un constitucionalismo que operaba bajo el método newtoniano y trataba de reducir todo el complejo de sus relaciones a unos cuantos

---

<sup>28</sup> Blanco Valdés, R., *La construcción de la libertad*, Alianza Editorial S.A., Madrid, 2010, p. 50.

principios de validez general<sup>29</sup>. Como resultado de tal simplificación, los órdenes concretos fueron suplantados por un sistema único. Aun cuando el tratado del Barón de Montesquieu no apuntaba a ser considerado estrictamente como un tratado de derecho constitucional, los esquemas propuestos constituyeron el parámetro general del posterior desarrollo sobre la materia. A razón de la aplicación generalizada que perseguía, se cimentó en un conjunto de principios “mínimos”, siendo estos los rasgos característicos del modelo constitucional del Estado liberal, los mismos que responden a: i) un acentuado y manifiesto carácter polémico –en tanto que perseguía expresamente la desaparición del sistema predominante (absolutismo)–; ii) la amalgama y conexión entre problemas y situaciones políticas concretas; iii) la limitación en los temas tratados como la división de poderes, federalismo o confederalismo, derechos civiles representación, entre otros.

### **1.2.2. Constitución como garantía (Estado Social)**

La superación del régimen monárquico absolutista significó la abolición de la superestructura estatal estamentaria, como consecuencia, las sociedades cerradas y estáticas propias de aquella época desaparecieron, dando paso incrementalmente a sociedades que abrazaron la transformación como rasgo característico. Erich Fromm señala con firmeza que “lo que caracteriza a la sociedad medieval, en contraste con la moderna es la falta de libertad individual. Todos, durante el periodo más primitivo, se hallaban encadenados a una determinada función dentro del orden social. Un hombre tenía muy pocas posibilidades de pasar de una clase a otra, y no menores dificultades

---

<sup>29</sup> Cassirer, E., *La filosofía de la Ilustración*, traducción de Imaz, E., Fondo de Cultura Económica, México, 1943, p. 233.

tenia para hacerlo desde un punto de vista geográfico, de una ciudad a otra o de un país a otro”<sup>30</sup>.

De esta manera, tal quebrantamiento generó un híper relacionamiento entre los individuos. El mismo, dio paso al nacimiento de las clases sociales, que no eran de tan fácil identificación –y rigidez– como lo fueron los estamentos, pues no condicionaban a sus miembros a alguna función específica. Dicho de otra manera, la pertenencia a aquellas clases no era dadas por un “orden establecido”, por tanto, existía la posibilidad de nacer en una y transitar a lo largo de la vida hacia otra, siguiendo la misma lógica el ámbito geográfico.

En ese sentido, el establecimiento de la esfera política como espacio de equiparación entre los nuevos miembros de estas sociedades dinámicas cumplió, por algunas décadas, eficazmente la función encargada, partiendo siempre de los valores de libertad e igualdad. Empero, el desarrollo del capitalismo acogió en su seno consecuencias sociales como el enfrentamiento de intereses entre las clases, colisionando dichos sucesos con la teorización del individuo como soberano<sup>31</sup> haciendo manifiesta, con el tiempo, su incompatibilidad. Se hizo palpable más asiduamente con la instauración de un progreso generalizado –principalmente económico–, que incentivaba, debido a su propia naturaleza, la aparición de tensiones económicas y sociales,

---

<sup>30</sup> Fromm, E., *El miedo a la libertad*, edición castellana de Germani, G., Editorial Paidós, Buenos Aires, 1984, p. 67.

<sup>31</sup> Mill, J.S., *Sobre la libertad/Utilitarismo*, Editorial Orbis, Madrid, 1984. “Ningún hombre puede en buena lid, ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo. Éstas son buenas razones para discutir con él, para convencerle o para suplicarle, pero no para obligarle o causarle daño si obra de modo diferente a nuestros deseos. Para que esta coacción fuese justificable, sería necesario que la conducta de este hombre tuviera por objeto el perjuicio de otro. Sobre sí mismo. sobre su cuerpo y espíritu, el individuo es soberano”.

emergiendo desigualdades<sup>32</sup> y por tanto la fractura de una única unidad –identidad– soberana. En contrapartida, los parámetros del constitucionalismo liberal pregonado por cuerpos constitucionales como la Constitución de Estados Unidos de 1787 se habían generalizado a lo largo del siglo XIX. Su inaplicabilidad en una realidad multiclase y con distintas identidades dentro de la sociedad no tardaron en traducirse como el fracaso del modelo constitucional liberal para hacerle frente a tal fenómeno. Aunado a la aparición de nuevas doctrinas y propuestas de orden como la marxista, la crítica encontró cabida en el entendimiento constitucional, procreando otro modelo: el constitucionalismo social<sup>33</sup>.

Es oportuno desarrollar la sustancia del constitucionalismo social y sus propuestas como modelo constitucional, así como señalar el contexto de su aparición. Con la finalización de la Primera Guerra Mundial en el año 1918, las sociedades occidentales –y en diferente medida el resto del mundo– se encontraban frente a un proceso reconstitutivo. Tras conocer la nueva escala a la cuál podía arribar la violencia, se plantearon diversos cambios a los sistemas –ordenes– predominantes. El modelo que postula el constitucionalismo social podría definirse con una tendencia esencialmente democrática y una amplia actuación estatal con vocación social –de aquí su denominación–. Predomina un vasto reconocimiento de los derechos y garantías individuales, donde se les impone a sus titulares limitaciones en el ejercicio, fundadas en el interés común, sin alterar esencialmente su contenido<sup>34</sup>.

Como consecuencia del aumento de la injerencia del Estado respecto a los derechos individuales –para reconocerlos y garantizarlos– y la existencia de intereses

---

<sup>32</sup> Paolantonio, M., “Antecedentes y evolución del constitucionalismo: constitucionalismo liberal y constitucionalismo social”, en *Lecciones y Ensayos No. 47*, Ediciones Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 1987, p. 205.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 207.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 208.

contrapuestos defendidos por distintos fragmentos de la desaparecida unidad social; perdió sentido hablar de legitimidad constitucional basado solo en la formalidad de la decisión, teniendo la obligación de proclamar previamente la legitimidad democrática<sup>35</sup>. Mecanismos como el referéndum o la consulta ciudadana, fueron la respuesta a la demanda de constitucionalizar ideales de democratización, en tanto permitían conocer el sentir del sujeto soberano o por lo menos de la mayoría que lo configuraba. Con la preminencia de la democracia y su establecimiento como fuente legitimadora del actuar Estatal, el derecho se transformó en poder, la fe en calculabilidad y la verdad se convirtió en lo que universalmente es reconocido como correcto<sup>36</sup>. En palabras de Mirkin-Guetzévitch, se encontraban frente a la intención de racionalizar el poder con la aspiración de encontrar un fundamento democrático definitivo a los regímenes constitucionales<sup>37</sup>.

Otro rasgo distintivo de las constituciones sociales responde al principio de sociabilidad<sup>38</sup>. Comprende la inclusión de materias económicas y sociales dentro de los cuerpos constitucionales, haciéndose visible en constituciones como la de Querétaro de México (1917) o su homóloga alemana de Weimar (1919). En la última es apreciable el carácter prescriptivo –en el sentido mencionado al inicio de este trabajo–, como consecuencia de la constitucionalización del deber de “la promoción del progreso social”, dotándolo de exigibilidad. Con el establecimiento de una tarea futura, la Constitución se posicionó como la expresión de un orden ideal pero inexistente, que exigía la actuación activa del Estado para la consecución de un programa con un objeto

---

<sup>35</sup> De Vega García, P., “El derecho constitucional y las doctrinas constitucionales” en *Obras escogidas de Pedro de Vega García*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, p. 159.

<sup>36</sup> Schmitt, C., *Theodor Däublers „Nordlicht“. Drei Studien über die Elemente, den Geist und die Aktualität des Werkes*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, p. 60.

<sup>37</sup> Mirkin-Guetzévitch, B., *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*. Traducción de Álvarez-Gedin, Editorial Reus S.A., Madrid, 2011, p. 27.

<sup>38</sup> De Vega García, P., “El derecho constitucional y las doctrinas constitucionales” en *Obras escogidas de Pedro de Vega García*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, p. 159.

determinado. El efecto de este “encargo constitucional” comprendía el abandono definitivo de la imagen del Estado no intervencionista de la filosofía liberal clásica<sup>39</sup>, tanto por la conversión de un Estado que limita a un Estado que promueve, como por su nuevo objeto: corregir los fenómenos sociales –la desigualdad–. Así, el Estado, por medio de la Constitución, adquirió protagonismo en la esfera donde los individuos se relacionan como integrantes del conjunto social –sociedad–. Esto se tradujo como un fracaso inoponible pues como recuerda el lector, en la esfera social la desigualdad es el rasgo característico.

Como consecuencia de las nuevas funciones constitucionales, las dimensiones de los textos constitucionales se ampliaron. Tal hecho es atribuible a la percepción propia de la época, muchos autores como Robespierre, Saint-Just, Danton, entre otros, resaltaban la necesidad de claridad en las leyes –y aún más en lo propio a las leyes fundamentales–, pues la falta de claridad de las leyes secundaria la injusticia<sup>40</sup>; no obstante, para autores con tradición positivista, la claridad era sinónimo de normativización, una norma era más clara, entre más específica era. De este modo, la inclusión de diversas materias –en especial sociales y económicas– dentro de los ámbitos implicados en las constituciones, en suma, a la exigencia del cumplimiento de un programa establecido, requirió que las cartas políticas detallasen, con exactitud, diversas aristas necesarias para su aplicación, debiendo construir un sistema coherente y bien desarrollado, que por lo menos en lo que compele a la formalidad positiva, posibilite el cumplimiento de los objetivos.

Evidencia de lo mencionado líneas arriba, identificamos una constante en los textos constitucionales en este periodo histórico: un incremento en la extensión de los

---

<sup>39</sup> Ibid., p. 160.

<sup>40</sup> Ibid.

textos constitucionales. En un primer periodo encontramos la Constitución francesa del año 1795 con 377 artículos, a la Constitución de Cádiz (España) del año 1812 con 384 artículos y al texto constitucional portugués del año 1822 con 240 artículos, correspondientes al periodo inicial del constitucionalismo. En un segundo momento se observa una reducción, refiriéndonos a las cartas constitucionales de Francia de los años 1814 y 1830, que contaban con 76 y 70 artículos respectivamente, siguiendo la misma lógica el caso español con sus cartas políticas de los años 1837, 1845 y 1876 estructuradas con 77, 80 y 89 artículos, correspondientemente; correspondientes al modelo constitucional liberal. En un tercer momento, se advierte el incremento mencionado, siendo ejemplos, la Constitución Alemana del año 1919 con 181 artículos, el texto constitucional austriaco del año 1920 con 152, la carta política checoslovaca del año 1920 constituida por 134 artículos o la Constitución española de 1931 configurada por 125 artículos; como muestra de la instauración del nuevo constitucionalismo social, respondiendo tal dilatación, al aumento de materias y principios que resultaban protegidos con la garantía de los cuerpos fundamentales<sup>41</sup>.

### **1.2.3. Constitución como mecanismo de transformación social (Dimensión Supranacional y democracia)**

La realidad y los fenómenos sociales son los detonadores de los cambios de *kitsch* constitucional. Así como las revoluciones del siglo XVIII y la Primera Guerra Mundial significaron una crítica al orden establecido y el posterior tránsito a un nuevo modelo, tanto el fin de la Segunda Guerra Mundial (1945) como el de la Guerra Fría

---

<sup>41</sup> Blanco Valdés, R., *La construcción de la libertad*, Alianza Editorial S.A., Madrid, 2010, p. 81. Se reemplazó el término “ley fundamental” por “cuerpo fundamental” a razón del rechazo por parte del autor a comprender las constituciones como “ley”.



(1991) hicieron lo propio. Las consecuencias del primer enfrentamiento bélico responden a tres elementos: i) Fin de los totalitarismos europeos, ii) Polarización del mundo, iii) Consolidación de la dimensión supranacional. Por su parte, la conclusión de la Guerra Fría supuso fundamentalmente la instauración del modelo democrático como *kitsch*, desvirtuando cualquier otra alternativa.

Con sociedades más abiertas y plurales, el interrelacionamiento escaló de sujetos a civilizaciones. Aquellas, comprenden a entidades culturales, que están a su vez compuestas por ciudades, regiones, grupos étnicos, nacionalidades y grupos religiosos<sup>42</sup>. Nos referimos a estas categorías en términos sustantivos no formales, la existencia de una civilización no se alcanza con un mero reconocimiento normativo, sino cuando en la realidad existe un conjunto de individuos que al tener con otros sujetos una cosmovisión (*Weltaunnschaung*<sup>43</sup>) compartida, convergen en la manera de entender la existencia, participan de una identidad común. La convivencia de diversas civilizaciones en las sociedades dentro de los países generó polarización, incubándose una relación amigo-enemigo<sup>44</sup>, tal fenómeno dio paso a la manipulación del orden jurídico –y de la constitución como norma fuente– para asegurar la preminencia de una identidad –normalmente mayoritaria o con mayor concentración de poder– sobre las otras, convirtiendo al Estado en un enemigo de las identidades desfavorecidas.

En ese sentido, tras derrocar a los totalitarismos y con los Estados devastados, el proyecto de reconstrucción vio en la creación de un nuevo ámbito estatal la herramienta ideal para controlar aquellos “soberanos” convulsionados y corruptibles: la esfera

---

<sup>42</sup> Huntington, Samuel P. “¿Choque de civilizaciones?”, *Teorema*, Vol. XX/1-2, 2001, p. 126.

<sup>43</sup> Entiéndase en el sentido desarrollado en Dilthey, W. *Einleitung in die Geisteswissenschaften. Versuch einer Grundlegung für das Studium der Gesellschaft und der Geschichte*. Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga, 1914.

<sup>44</sup> Schmitt, C., *El concepto de lo político: texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*, traducción Agapito, R., Editorial Alianza, Madrid, 1991, p. 57.

supranacional. Bajo esta premisa, el protagonismo que antes ostentó la estructura Estatal fue trasladada a un ente aún más abstracto y lejano a las realidades, organismos compuestos por Estados que “voluntariamente” cedían soberanía, dotando a tales entes con prerrogativas de “control” sobre el actuar de sus Estados miembros. Este esfuerzo significó la desaparición de lo concreto, frente a lo universal. De la misma manera como en el modelo constitucional liberal, se constituyeron, por medio del reconocimiento de la libertad y separación de poderes, esferas inviolables y mecanismos de control al poder del Estado; los derechos humanos<sup>45</sup> se posicionaron como una esfera apartada de la discrecionalidad del soberano, de lo político, del poder.

Sin embargo, no es hasta el fin de la Guerra Fría que el *kitsch* constitucional contemporáneo termina de configurarse. Con la expansión del régimen político democrático liberal como modelo a seguir, los organismos supranacionales específicamente y en general “la comunidad internacional” convirtieron la adopción de tal régimen en un requisito para reconocer a un Estado como miembro de esta y permitir su participación en el ámbito internacional, independientemente de lo inestable, restringido y defectuoso que este fuera<sup>46</sup>. A pesar de tal intento universalista, la idealización democrática, no advirtió la inviabilidad del régimen en algunas realidades sociales<sup>47</sup>, que aunado a los derechos –ahora derechos humanos– instaurados como límites a la decisión democrática y custodiados por la justicia constitucional y supranacional, no tardaron en vislumbrar diversos problemas.

---

<sup>45</sup> El autor hace referencia al preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada en la Asamblea General de las Naciones Unidas en París el día 10 de diciembre de 1948.

<sup>46</sup> García, R., "La teoría democrática de Huntington." En *Política y Cultura*, no. 19, 2003, pp. 7-24. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=26701902>.

<sup>47</sup> Cfr. Shapiro I., “Does Democracy Engender Justice?”, en *Democracy's Value*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

Uno de los estudiosos de tales divergencias fue Donald Dworking, permitiendo tomarlo como parámetro de análisis respecto al *kitsch* constitucional actual, donde gracias a la democratización de la justicia –con mayor énfasis la constitucional–, sus postulados cobran especial trascendencia. No obstante, haremos referencia también a otras consideraciones que estimamos pertinentes.

Como respuesta a las cargas formalista y positivistas de las que fue deudor el modelo constitucional anterior –Constitucionalismo social–, la nueva propuesta se posiciona como una respuesta a sus falencias. Esto produce que el punto álgido de la postura este cimentado en la predominancia en torno a la sustancia frente a la forma, razón que motivó el nombramiento de esta corriente como *Constitucionalismo sustantivista*. El punto de partida en su reflexión es la necesidad de generar una relación coherente entre el constitucionalismo y la democracia, donde se pretende ejercer control al actuar político por medio de la justicia constitucional. Por ende, para el *constitucionalismo sustantivista* de Dworkin, los derechos son los contenidos valorativos abstractos delineados en la Constitución<sup>48</sup>. De ahí que la función encargada al sistema de justicia es la de garante de aquellos principios, ostentado de esta manera, una función correctiva o por lo menos adaptativa de lo decidido por los poderes políticos, alineándolos a los parámetros establecidos en los cuerpos constitucionales y convencionales –supranacionales–.

En el modelo constitucional liberal, si bien las constituciones contenían disposiciones sobre una materia determinada –preferentemente a la participación política– y las constituciones del modelo social sumaron algunas otras –económicas y sociales–, el presente modelo adhirió la determinación de las materias. Con la

---

<sup>48</sup> Gama, L., *Derechos, democracia y jueces*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2019, p. 36.

sustancialización de las Constituciones<sup>49</sup> se dotó de significado concreto a las abstracciones normativas. Esto significó un cambio en la forma de control del poder, pues lejos de establecer tan solo el relacionamiento entre las instituciones y por tanto el control de unas frente a la actuación de otras –principios de separación y balance de poderes–, se vio en los derechos y la determinación de sus alcances, el reconocimiento de “triumfos” frente a la nueva fuente del poder: la mayoría. Esto ocasionó que el contenido de aquellos “triumfos” pasara a representar la herramienta “legítima” para controlar del ejercicio del poder político. Es en ese sentido que la interacción entre democracia y constitucionalismo sufrió una metamorfosis, pues ambos conceptos adquirieron otro significado. En el caso de la democracia se prescindió de un entendimiento procedimental meramente mayoritario y legitimador, pasando a entenderse como el poder que debía ser limitado. El constitucionalismo sería ahora el ámbito donde se hacía valer el respeto de esferas inviolables –reconocidas por medio de derechos– donde la decisión democrática carecía de legitimidad de intervención.

La crítica a este modelo se aborda desde la fuente de su interpretación, con mayor precisión, cuestiona la manera de justificar el actuar de la justicia constitucional, si se reconoce el alejamiento de la democracia como sustento y por el contrario se procede a limitar las decisiones en ella tomadas. La respuesta del modelo es la lectura desde la moral de los cuerpos constitucionales<sup>50</sup> como único sendero para prestar lealtad a la constitución. En palabras de Dworkin, la lectura moral corresponde a que todos – jueces, abogados y ciudadanos– interpreten y apliquen las cláusulas abstractas con la convicción que invocan principios morales sobre la decencia política y la justicia<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Ibid., p. 37.

<sup>50</sup> Dworkin, R., *El derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana*, Palestra Editores, Lima, 2019, p. 8.

<sup>51</sup> Ibid.

En nuestra opinión, es una propuesta inaplicable. La razón es el fenómeno social de la pluralidad y convivencia de diversas identidades. Si las sociedades contemporáneas están compuestas por un variopinto conjunto de cosmovisiones que parten de diferentes categorías para explicar su existencia, resultaría complicado –por no decir imposible– exigir la puesta en común de la moral. Sin perjuicio de la factibilidad, suponer la imposición de una sola moral, significa considerar como correcta una de ellas y restar validez a las otras. Esto resulta contradictorio con la idea sostenida con anterioridad, de ver en este modelo un mecanismo de protección frente a una arbitrariedad en la toma de decisiones. En mayor medida, utilizar la normatividad –contemplando la rigidez y exigibilidad que comprende– para legitimar una cosmovisión –sea mayoritaria o minoritaria– frente a otras, es en sí un acto cuestionable. Con todo, consideramos que la fuente de los problemas no se encuentra en la dimensión de la interpretación –sin restar la importancia que tiene–, sino en las materias a ser interpretadas, los esfuerzos deben aunarse en aquel sentido.

## **2. Crítica al concepto de Constitución contemporáneo**

### **2.1. Relación Estado-Constitución**

La relación Estado-Constitución, a nuestra consideración, responde a la identidad determinable desde la contemplación de los fenómenos –constantes– existentes en la realidad de cada organización política. Esto también significa el reconocimiento de la imposibilidad que tienen los cuerpos constitucionales para tratar los fenómenos resultados de la interacción de la misma organización, pero en su

dimensión social –sociedad–. Con esto no pretendemos inferir que Estado y sociedad sean elementos sin relación alguna, sino que la organización de individuos, en tanto política, es el elemento primordial de las Constituciones y no tal en tanto conjunto real de fenómenos sociales. Por otro lado, somos conscientes que para que aquellos individuos que conforman la sociedad tengan la posibilidad de participar en la esfera política, es necesario que cuenten con prerrogativas mínimas, siendo que la actuación del Estado debe restringirse tan solo la garantía del cumplimiento de tal extremo, o dicho de otra manera, la tratativa de la Constitución respecto del fenómeno social, solo debe ser el reconocimiento de la libertad e igualdad imputada, en tanto requisitos para su participación en la esfera política.

Partiendo de esta premisa, la Constitución no podría comprenderse como un conjunto de normas, o por lo menos, no exclusivamente como tal. En ese hilo argumentativo, el texto constitucional se desvirtuaría si es apreciado bajo la perspectiva positivista, pues esta comprende –*grosso modo*– la aceptación de una facultad inexistente: la generación de realidades por medio de normas. La visión de una Constitución como algo más que cuerpo normativo ha sido defendida por diversos autores, por lo que consideramos necesario un repaso por algunos de ellos. Lamentablemente, un desarrollo exhaustivo de las mismas no es plausible en esta oportunidad, no obstante, buscaremos aislar el contenido relacionado a nuestra temática sin que esto se traduzca como una descontextualización del propio postulado.

A priori, nos acercamos al profesor Smend, en cuanto defiende que la Constitución es realidad<sup>52</sup>. Sin embargo, aun cuando llegamos a una conclusión similar, los postulados difieren en el entendimiento del concepto de Estado, así, mientras para

---

<sup>52</sup> Smend, R., *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Munich y Liepzig, 1928, p. 80.

nosotros Estado es el ente impersonal que ejerce el poder conferido por el pueblo previamente organizado –en el sentido mencionado a lo largo del trabajo–, para Smend el Estado es parte de la realidad espiritual, una esfera espiritual colectiva<sup>53</sup>. Las entiende como unidades de sentido de la vida espiritual efectiva, actos espirituales<sup>54</sup>. Estas necesitan de una actualización, dicho de otra manera, no existen siempre, sino solo por medio de actuaciones; se hace presente en razón de su funcionamiento, solo cuando se ejerce la conexión espiritual en su integridad. Sólo en este proceso y en virtud de este proceso es real o se hace real de nuevo en cada momento<sup>55</sup>, por tanto, sólo en la particularidad de los actos, existe Estado. A este proceso donde la conexión espiritual se hace presente, Smend lo denomina integración.

Esta integración puede darse de distintas maneras. Cuando la integración se hace mediante la acción concreta realizada de un representante, le da el nombre de integración personal, expresándose tanto en un acto individual como por medio de actos colectivos. En segundo lugar, existe la integración funcional que responde a representaciones de la comunidad gestadas en la forma de vida, comprendería a las costumbres, por ejemplo. Por último, identifica una tercera integración como los fenómenos donde participan los individuos en un contenido de valores estatales o encarnados en el Estado, o en otras palabras la materialización del factor axiológico estatal<sup>56</sup>. Este tipo de integración guarda relación con lo defendido por nosotros en tanto importancia de los fenómenos suscitados en la realidad. Nuestra crítica, sin embargo, es respecto del orden que sigue el fenómeno. Aquí se defiende que no existe un factor

---

<sup>53</sup> García Pelayo, M., “Derecho Constitucional Comparado” en *Obras Completas vol. I*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 297.

<sup>54</sup> Smend, R., *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Munich y Liepzig, 1928, p. 18.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> García Pelayo, M., “Derecho Constitucional Comparado” en *Obras Completas vol. I*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 298.

axiológico estatal abstracto o independiente, sino la construcción de valores con base en fenómenos gestados en la realidad que son preestatales pero expresados por medio del Estado. En conclusión, Smend expresa que atendiendo que la Constitución en su vertiente positiva no expresa tan solo norma, sino realidad, la Constitución es realidad integradora<sup>57</sup>. Como tal, el texto constitucional no depende de un poder externo, sino que se refiere al sistema de gravitación de sí misma, por tanto, su fin particular y única tarea esencial de la Constitución es la existencia y vida del Estado<sup>58</sup>.

Por su parte Carl Schmitt, entiende a la Constitución como un conjunto de decisiones que el soberano consideró fundamentales, con vigencia sólo por la decisión propia de su establecimiento. Un punto interesante del postulado es el reconocimiento de un orden preexistente al propio texto, donde sin contar con un valor intrínseco, es acto constitutivo de un poder que lo antecede –reconoce una esfera supranormativa–, siendo que este poder no nace con la Constitución, sino que es un elemento que la compone. Así, cabría preguntarse sobre la viabilidad del entendimiento que se le da a la Constitución en la actualidad: ¿es posible que un producto altere su propia fuente? Bajo esta consideración sería imposible aseverar la función transformadora que se le pretende atribuir. Continuando con Schmitt, él mencionaba que la unidad del Reich alemán no se basa en los 181 artículos y en su validez, sino sobre la existencia política del pueblo alemán<sup>59</sup>, pues entiende que lo que existe como magnitud política es jurídicamente considerado digno de existir<sup>60</sup>. Es visto por él cómo un momento donde el poder constituyente como totalidad de la unidad política determina su particular forma de

---

<sup>57</sup> Ibid., p. 80.

<sup>58</sup> Smend, R., *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Munich y Leipzig, 1928, p. 87.

<sup>59</sup> Schmitt C., *Teoría de la Constitución*, traducción de Ayala, F., Alianza Editorial, 1982, p. 25.

<sup>60</sup> Ibid.



existencia<sup>61</sup>. Podría decirse que la identidad constitucional es, antes, identidad nacional preexistente.

Compartimos con el autor, la relevancia del momento constituyente como momento de actuación de la unidad política en toda su dimensión, pero diferimos en lo que versa sobre la capacidad de reforma, como lo desarrollaremos ahora. Pues para Schmitt, la reforma de la Constitución en su totalidad es inviable, en tanto como acuerdo político y fundamento de la existencia del propio Estado, con la desaparición del texto constitucional, desaparecería *ipso facto* el Estado, demandando una nueva actuación total del poder constituyente para el establecimiento de uno nuevo. En contraposición, nosotros consideramos la preexistencia del Estado –como orden real– frente a la Constitución, en tanto si bien el cuerpo constitucional dota de formalidad a tal orden no es razón de su existencia. Superado ello, si bien no deja de tener razón en la dependencia Constitución-Estado, estimamos que siempre que el constituyente en la toma de la decisión fundante acuerde la capacidad de reforma –tanto parcial como total–, la mutación gozaría de legitimidad. Por tanto, aquí reside la necesidad de contar en el contenido constitucional, con herramientas de reforma, que permitan la actualización de las Constituciones a las realidades dinámicas de las organizaciones estatales, pues como recordamos, la Constitución es identidad estatal y si esto es cierto, al cambiar la identidad del Estado, el cuerpo constitucional necesariamente debe mutar.

Por su parte, Hermann Heller entiende a la Constitución como un todo. Mediante ella se compagina tanto el factor estático como el dinámico del Estado, lo que perdura con lo que cambia. Reconoce implícitamente una doble dimensión del Estado, dimensiones que son recogidas por la Constitución. El sentido que Heller le da a la

---

<sup>61</sup> Ibid., p. 24

Constitución responde a la de la ciencia de la realidad, viene a equipararse con la organización del Estado, pues representa la cooperación entre individuos y grupos mediante relaciones de supra, sub y coordinación, gracias a los cuales el Estado alcanza existencia y unidad de acciones<sup>62</sup>. De esta manera, en palabras de Hermann Heller, “la configuración actual de la cooperación, que se espera se mantenga de modo análogo en el futuro, por lo que se produce de modo constantemente renovado la unidad y ordenación de la organización, es lo que llamamos Constitución en el sentido de la ciencia de la realidad”<sup>63</sup>.

En nuestra consideración, es irreal sostener que en un único momento existe la posibilidad de abarcar el relacionamiento de los individuos y grupos a futuro, sobre todo, si se toma consciencia que el Derecho siempre llega después que la realidad. Haciendo énfasis en ello, si tal relacionamiento se asemeja más a un fluido que a algo sólido, dotar a la Constitución de una gran rigidez, terminaría siendo contraproducente, al igual que imputar perpetuidad a la configuración de la cooperación de un determinado tiempo. Es más, si se asume como válida la posición del profesor Heller, que entiende a la Constitución como producto y como forma de actividad<sup>64</sup> y como requisito de cambio, la objetividad en su fundamento, se corre el riesgo que bajo la exigencia de tal, se construya una excusa para la conservación del *status quo* y se termine cristalizando una descripción de una realidad inexistente.

De igual manera, sus conceptos de normalidad y normatividad, son de suma importancia para la propuesta de este trabajo. La Constitución no normada –o mera

---

<sup>62</sup> García Pelayo, M., “Derecho Constitucional Comparado” en *Obras Completas vol. I*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 301.

<sup>63</sup> Heller, H., *Teoría del Estado*, traducción de Tobío L., Fondo de Cultura Económica, México, 1942, p. 277.

<sup>64</sup> García Pelayo, M., “Derecho Constitucional Comparado” en *Obras Completas vol. I*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 301.

normalidad– es el resultado del actuar propio de los hombres, el cual no necesita mayor aliciente. Es decir, que parte de la espontaneidad de la acción, de un proceder que se gesta lejos de cualquier directriz “formal”, es así, una normalidad puramente empírica de la conducta que constituye la infraestructura no normada de la Constitución<sup>65</sup>. Paralelamente existe una Constitución normativizada que responde a las normas de índole jurídica o extrajurídica, que reúne en ella una acción y un juicio de valor. Aun cuando comparten la valoración de un proceder, las normas jurídicas de las extrajurídicas se diferencian, en tanto la fuente de su valoración. Mientras las primeras la encuentran en la abstracción y sistematización de una realidad empírica y adquiere la naturaleza de un deber ser, las segundas la encuentran en convicciones generales, permitiendo que aun cuando la letra de la Constitución permanezca inmutable se verifiquen cambios constitucionales<sup>66</sup>. Con esto, se reconoce que, si bien existen normas, el sentido del que se les pueda dotar, termina determinando su alcance y por tanto determinándolas.

Desde la corriente institucionalista Maurice Hauriou, propone una relación implícita, pues no se refiere a un concepto estricto de Constitución como ordenación o fundamento del régimen constitucional. Nos acercamos a su postulado tras la afirmación de la pertenencia de la Constitución a un orden superior, en concreto, del orden constitucional. Comprende un orden de cosas a la vez formal, objetivo y sistemático, que engendra fuerzas de resistencia contra el poder y contra la libertad<sup>67</sup>. El orden para el profesor francés es susceptible de definición, aun cuando las fuerzas de

---

<sup>65</sup> Heller, H., *Teoría del Estado*, traducción de Tobío L., Fondo de Cultura Económica, México, 1942, p. 279.

<sup>66</sup> García Pelayo, M., “Derecho Constitucional Comparado” en *Obras Completas vol. I*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 303.

<sup>67</sup> Hauriou, M., *Précis de Droit Constitutionnel*, 2da Edición, Paris, 1929, p. 4.

poder y de la libertad son espontáneas<sup>68</sup>. A nuestra consideración el orden no es sensible de definición sino de identificación contextual, pues existe como consecuencia de las fuerzas de poder, como la libertad, que se gestan en la sociedad. En esa línea de ideas, si tales son espontáneas y dinámicas, el orden también lo es. Hauriou reconoce la función del Estado como protector de la sociedad civil, ello supone la idea de unidad tanto del Estado como de la sociedad en la Constitución, lo que no significa que deba tener la misma injerencia, mientras que determina al primero, reconoce a la segunda.

En ese sentido, la unidad tiene componentes distinguibles, como lo son: i) las energías espirituales que han creado y animan los mecanismos políticos<sup>69</sup> siendo ellos los legitimadores constitucionales<sup>70</sup>; ii) Normatividad que guarda relación o expresan la ideas –energías espirituales–, se relacionan al gobierno y limitación de poder; iii) Las reglas que están contenidas en la Constitución dirigidas a la organización del poder y forma de gobierno y; iii) El relacionamiento de la unidad constitucional y el poder. Las reglas constitucionales limitan el poder y las instituciones constitucionales lo organizan, siendo que ambos fenómenos se fundamentan en las ideas de legitimación constitucional<sup>71</sup>. Otra vía para referirse a la unidad de la Constitución es mediante la distinción de una Constitución política –que comprende organización del poder y su limitación por medio de la libertad– y una Constitución social, siendo esta desde muchos puntos de vista más importante que la Constitución política<sup>72</sup>, pues está compuesta por las construcciones desarrolladas en la cuna de la sociedad de forma espontánea o dicho de otra manera es la protección de la libertad e instituciones que

---

<sup>68</sup> García Pelayo, M., “Derecho Constitucional Comparado” en *Obras Completas vol. I*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 303.

<sup>69</sup> Hauriou, M., *Précis de Droit Constitutionnel*, 2da Edición, Paris, 1929, p. 42.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 297.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 381.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 613.

lejos de nacer por su normativización, existen por su presencia en el relacionamiento social.

De la relación Constitución-Estado, puede decirse, en palabras de Santi Romano, que el Derecho es norma, pero antes de ser norma es organización o cuerpo social, y esto es lo que comunica la norma, como su producto o derivación, el carácter jurídico, y no viceversa<sup>73</sup>. Como consecuencia de este orden –realidad y luego norma–, la norma nunca podría crear ni determinar una realidad, sino tan solo describirla, en consecuencia, la Constitución –hasta en su acepción normativa– contiene una naturaleza descriptiva. Otra forma de entenderlo es mediante la postura de Dietrich Schindler quien expresa que algo es Derecho porque así ha sido acordado o porque consuetudinariamente se ha convertido en Derecho<sup>74</sup>. Hágase énfasis en la posibilidad que el Derecho –consecuentemente la Constitución– provenga como construcción histórica, pues cuando nos referimos a una costumbre se hace referencia, en cierto sentido, a un relacionamiento de poderes, libertades, acciones; que con el paso del tiempo y su repetición adquirió –por convicción– consciencia de su obligatoriedad.

Por lo tanto, cuando el Derecho se constituye por este medio la normalidad se convierte en normatividad, describiendo la norma lo que en la realidad ya existe. Cabe cuidar siempre que esta naturaleza histórica no se convierta en un aliado del conservadurismo irracional, ya que si se resiste la reforma parcial y total de la Constitución cuando en la realidad las relaciones de poder han cambiado, la normalidad que legitima el lineamiento normativo desaparecerá mutando la naturaleza de la norma de descriptiva a prescriptiva y por tanto equivocada. En la totalidad de las posturas analizadas, se han encontrado diferencias, pero se identifica un común denominador: las

---

<sup>73</sup> Romano, S., *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, Editorial Giuffrè, Milán, 1946, p. 56

<sup>74</sup> Schindler, D., *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, 2da Edición, Schunter & Co. A. G., Zurich, 1944, p. 146 y ss.

Constituciones expresan una realidad que supera el plano normativo constitucional. El plano fáctico de la sociedad es la fuente de donde debe partir toda Constitución, porque lejos de dirigir la vida estatal, la Constitución debería restringir su contenido a la descripción de los fenómenos que existen dentro de ella, sin perder de vista su naturaleza dinámica. Desde esta consideración, la relación entre Constitución–Estado sería identitaria, es decir, el cuerpo constitucional describe el Estado. La Constitución se gesta en la realidad y, al ser esta dinámica, la Constitución debe seguir la misma lógica. La Constitución no es producto sino proceso y por tanto si algo debe protegerse “dogmáticamente”, es la posibilidad de su actualización y adaptación.

## **2.2. Politización de la justicia constitucional**

Partimos de la premisa del “dualismo” de las decisiones políticas. En palabras de Bruce Ackermann, existen ciertas decisiones que son tomadas por el pueblo y que son de carácter excepcional; estas pertenecen a la esfera de la “política constitucional”. Están, por otro lado, las decisiones que toman los representantes dentro de su actividad de gobierno; su característica es la frecuencia y pertenece a la esfera de la “política ordinaria”<sup>75</sup>. En nuestro planteamiento la “política constitucional” hace referencia a la toma de decisiones del conjunto de individuos en tanto político y la “política ordinaria” a la toma de decisiones del conjunto de individuos en tanto social. En otras palabras, las primeras tienen injerencia en el pueblo, las segundas en la sociedad.

Como tal, la excepcionalidad de la “política constitucional” responde a que si bien el Estado en su acepción política (pueblo) sufre cambios, estos tienen una menor

---

<sup>75</sup> Ackermann B., *We the people: Foundations*, Volume 1, The Belknap Press of Harvard University Press, 1991, p. 6.

frecuencia, necesitando adquirir mediante la normalidad la relevancia suficiente para su reconocimiento, haciendo del proceder un acto meramente declarativo y no constitutivo, se reconoce un cambio en la realidad y no se pretende generar un cambio mediante el reconocimiento. Por su parte, la realidad social obedece una lógica distinta, depende del relacionamiento de poder en un determinado momento y persigue la instauración de los intereses del grupo con mayor respaldo como prioridad frente a los intereses de los demás grupos; haciendo de esto un acto constitutivo en tanto reordenador de las prioridades.

Como las relaciones de poder cambian constantemente, los intereses que se defienden como prioridad también lo hacen, eso hace del proceso democrático el mecanismo idóneo para actualizar los momentos sociales concretos de un determinado tiempo, permitiendo que sin destruir el orden anterior se pueda redirigir la actuación del Estado. Por su parte, la naturaleza de la “política constitucional” exige un mecanismo distinto. Así, sin desconocer la carga subjetiva de sus integrantes –jueces–, la acción que se encomienda no es de preponderar un interés sobre los otros, sino identificar el cambio en una arista de la realidad y en ejercicio del poder conferido proceder con la actualización normativa. Ahí reside nuestro reconocimiento de la politización de la justicia constitucional en tanto acción de poder, con la aclaración que el tipo de política de la esfera constitucional se distancia de la ordinaria. Consecuencia de la diferencia, el mecanismo idóneo para la toma de decisiones dentro de la “política constitucional” será siempre la justicia constitucional.

Ahora bien, por las razones anteriores, sostenemos que la herramienta normativa para la “política constitucional” son los textos constitucionales, en tanto instrumentos que describen la realidad y no la valoran. Cass Sunstein menciona que las

Constituciones son instrumentos pragmáticos, no guiones sobre una sociedad justa. Por tanto, existe una brecha entre lo que las Constituciones dicen y lo que la justicia requiere<sup>76</sup>. Sumado a esto, y sustrayendo la decisión constitucional de las esferas ordinarias –democráticas–, se consigue que la influencia ideológica –propia de la política ordinaria– no convierta a la Constitución en una herramienta para servir a un programa único desechando el resto. En contraparte, las leyes y el resto de las normas infraconstitucionales al ser consecuencia de acuerdos democráticos mayoritarios gestados en órganos electos y por tanto temporales, permite que los demás grupos de poder tengan la posibilidad –siempre formal– de gobernar en otro momento para hacer valer su postura y defender sus intereses, reconociendo su característica dinámica.

Así, reconociendo la incapacidad de las Constituciones de resolver los conflictos sociales, se da el espacio necesario para que las divergencias políticas –ordinarias–, culturales, religiosas y todas las que son propias de la vertiente social, puedan transcurrir y determinarse ellas mismas, sin pretender afectar el orden estatal. Por su parte, la política constitucional, permite construir con firmeza la estructura que permiten que se lleve a cabo tal interacción y por tanto el proceso democrático, evitando que, tras la confusión de los ámbitos, se termine pretendiendo regir la fenomenología social por medio de la cristalización constitucional y que su preminencia normativa ponga en peligro la existencia del propio Estado.

La característica que debe englobar la Constitución es la modestia, si bien reconocer su fundamental instrumentalidad, entender que lejos de ser un mecanismo de transformación social es la estructura que permite encausar el relacionamiento de los poderes en un escenario de orden. Por tanto, contrario a poner en común los distintos

---

<sup>76</sup> Sunstein, C., *Designing Democracy: What Constitutions do*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 10.



intereses, valores o cosmovisiones, debe establecer un proceso para resolver las diferencias<sup>77</sup>. Por esta razón el contenido de las Constituciones debe responder a elementos no cuestionables por mecanismos democráticos, restringiéndose al establecimiento de un piso institucional mínimo compartido<sup>78</sup>. Cuando se hace referencia al ámbito institucional, comprende el reconocimiento de un constructo histórico y como tal gestado en la normalidad. En palabras de García “es sobre la base de arreglos institucionales predominantemente orgánicos y procedimentales que, separando adecuadamente y limitando los poderes públicos (generando un equilibrio virtuoso entre habilitación y restricción al poder público), se establezcan reglas políticas básicas que permitan al proceso democrático tomar el grueso de las decisiones de la vida social”<sup>79</sup>.

En ese sentido, con Constituciones modestas y contenidos sustancialmente estructurales, la crítica hacia el orden que estas expresan se reduciría, encontrando en los mecanismos democráticos la vía idónea para el desarrollo de los conflictos de corte social, traduciéndose también en un menor costo en los cambios de paradigmas y menos cuestionamiento estatal.

### **2.3. Rigidez constitucional como elemento de revolución**

Hemos mencionado que la dependencia democrática de las leyes facilita que tras el cambio en las relaciones de poder se pueda actualizar con menor costo el orden de prioridades e intereses que impone cada conjunto gobernante. Sin embargo, al referirnos

---

<sup>77</sup> Webber, J., “Constitutional Reticence”, *Australian Journal of Philosophy*, vol. 25, N° 2, 2000, pp. 125-155.

<sup>78</sup> García, J., *Minimalismo e incrementalismo constitucional*, Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 1, 2014, p. 273.

<sup>79</sup> *Ibid.* pp. 273-274.

a la actualización constitucional la complejidad se eleva. Reside aquí el valor de la postura incrementalista –también llamado minimalismo formal–, pues parte de un entendimiento plural de las Constituciones, reconociendo que también en el momento constituyente donde se determina una identidad –siempre a la identidad mayoritaria–, están presentes otras identidades minoritarias, generando que el constituyente siempre tenga una identidad dividida<sup>80</sup>. Por tanto, la promulgación de arreglos constitucionales rígidos y supremos que establecen restricciones a las futuras generaciones, es comprendido como una decisión forzosa e inequívoca entre modelos alternativos de normas e identidades<sup>81</sup>.

La Constitución debe entenderse como una herramienta facilitadora del diálogo intergeneracional, sin embargo, al dotarla de extrema rigidez haría que se asemeje más a un monólogo, donde las generaciones pasadas determinarían a las presentes, acto que como se viene mencionando, las convertirían en elementos programáticos. Para mantener esta apertura nos referimos al pensamiento posibilista, que invita a pensar en y desde otras alternativas, no llamándolo pensamiento alternativo pues significaría recurrir a la disyuntiva gramatical “o-o”, ósea, “o lo uno, o lo otro”, siendo mutuamente excluyentes<sup>82</sup>; por tal razón Häberle prefiere llamarlo posibilista, en tanto el pensamiento engloba la pregunta ¿qué otra cosa podría también ser en lugar de lo que es o que parece ser?<sup>83</sup>. Se hace más palpable la viabilidad del postulado si se acepta la incompletitud de toda teoría y que esto toma la forma de decisiones incrementales,

---

<sup>80</sup> Lerner, H., *Making Constitutions in Deeply Divided Societies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 7.

<sup>81</sup> *Ibid.* p. 39.

<sup>82</sup> Häberle, P., *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Editorial Tecnos, Madrid, 2013, p. 62.

<sup>83</sup> *Ibid.* p. 63.

construyendo cuidadosamente sobre lo que ha sido dicho en el pasado<sup>84</sup>. García<sup>85</sup>, insta a quienes intervienen en el proceso constitucional (redactores de una nueva Constitución o parlamentarios como constituyente derivado) a no cerrar los ojos a las tensiones, sino que, en cambio, decidan acoger las visiones alternativas en pugna<sup>86</sup>.

El rechazo a la rigidez lejos de significar inseguridad jurídica es el mecanismo más efectivo de conservación del orden –entiéndase orden en términos generales, no alguno orden específico–. La Constitución debe considerar que continuamente hará frente a la renegociación democrática<sup>87</sup> y como consecuencia de aquella renegociación y –entendiendo el proceso de la política ordinaria– los cambios de paradigmas, orden de intereses, prioridades, luchas sociales, etc., ocasionaran la necesidad de cambiar el plano normativo, en ese sentido, la cuestión es cómo debe gestarse aquel cambio. Un argumento es que el cambio normativo –por cualquiera de los mecanismos disponibles– debe ser incremental, pues aprendemos de la experiencia, en tanto que la forma de dar el segundo paso contemple las lecciones aprendidas al dar el primero<sup>88</sup>. Para comprender mejor la esencia de este planteamiento disgregaremos los cinco aspectos de la propuesta incrementalista<sup>89</sup>.

En primer lugar, la actitud esceptica frente al cambio radical (Espíritu Burkeano). Para Edmund Burke la sociedad es una asociación no solo entre los vivos,

---

<sup>84</sup> Sunstein, C., *Desingning Democracy: What Constitution do*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 63.

<sup>85</sup> El apartado “Rigidez constitucional como elemento de revolución” de este trabajo de investigación se ha inspirado en el valioso aporte del profesor García materializado en su trabajo “Minimalismo e incrementalismo constitucional” publicado en la Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 1, pp. 267-302 en el año 2014.

<sup>86</sup> García, J., *Minimalismo e incrementalismo constitucional*, Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 1, 2014, p. 271.

<sup>87</sup> Webber, G., *The Negotiable Constitution: On the limitation of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 34.

<sup>88</sup> Levmore, S., “Interest groups and the problem with incrementalism”, *University of Pensilvania Law Review*, vol. 158, 2010, p. 833.

<sup>89</sup> Se seguirá los aspectos desarrollados por García, J., en el trabajo citado.

sino entre los vivos, los muertos y los que han de nacer<sup>90</sup>, como consecuencia la gradualidad de las decisiones responde al carácter histórico de toda Constitución. El valor que le da Burke a la práctica frente a la abstracción<sup>91</sup> guarda completa coherencia con nuestro postulado, más si consideramos que el espíritu empírico responde al acto de aprender a raíz de lo observado en la realidad, de poner a prueba la abstracción. El cambio radical es un acto que desprecia la realidad, lejos de entenderla como un proceso y por tanto valorar el camino ya recorrido, con soberbia plantea –aunque con solvencia teórica en algunos casos– alguna manera de determinar la realidad, significando la preferencia de una posibilidad –valorada como correcta– y desechando el resto. Lejos de ser costoso enmendar los cambios apresurados, la afectación que puede significar al orden llega a ser catastrófico.

En segundo lugar, la aceptación de una negociación constitucional continua y contingente. No se puede concluir que la existencia de un Constitución ha agotado la búsqueda de los arreglos constitucionales exitosos para asegurar la legitimidad política<sup>92</sup>, ahora bien, en nuestro entendimiento, la legitimidad política no se encuentra en arreglos, se encuentra en la correcta descripción de la situación real de la organización política, la legitimidad política se vincula con la coherencia fáctica, en otras palabras, no se acuerda sino se conoce. Como consecuencia de la limitación para determinar la realidad, las Constituciones lejos de tener una postura determinante con conceptos tupidos y específicos, debe apoyarse en conceptos indeterminados pero determinables, que den espacio a la interpretación –de la justicia constitucional–, en los casos donde la fenomenología –realidad– de la organización política lo requiera. Este

---

<sup>90</sup> Burke, E., *Textos Políticos*, 2ª reimposición, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 1996, p. 125.

<sup>91</sup> García, J., *Minimalismo e incrementalismo constitucional*, Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 1, 2014, p. 276.

<sup>92</sup> *Ibid.* p. 280.

último encargo a la judicatura de actualizar los cambios cuando se requiera es un mecanismo no democrático, lo que motiva asaz crítica; nosotros lejos de negar tal afirmación, la secundamos. Para que un cambio sea reconocido no es necesario la legitimidad democrática, la realidad no está sujeta a votación; el proceder de los jueces es reconocer –describir– un cambio que ya se dio.

El tercer elemento se desarrollará con la única intención de rebatirlo pues consideramos errada su postulación. Este considera que debe existir una minimización en la distinción entre política constitucional y política ordinaria, pues esto permitiría introducir a la nación política a las grandes cuestiones del sistema constitucional (presidencialismo *versus* parlamentarismo, unicameralismo *versus* bicameralismo, entre otros), mientras tales tópicos son debatidos seriamente<sup>93</sup>. Nuestra crítica llega desde la posibilidad que tiene la democracia de “resolver” tales cuestiones, consideramos que los grandes tópicos del sistema constitucional se encuentran en su identidad, en su existencia, no se puede pactar ello, sino, con modestia, conocer las construcciones históricas que han pasado a conformar elementos *core* identitarios y plantear desde ellos los mejores mecanismos para asegurar una convivencia ordenada. Cuando mencionamos a los elementos *core* identitarios, nos referimos a fenómenos no sujetos a juicio de valor, a fenómenos relacionales existentes sin dependencia normativa. Por tal motivo las grandes cuestiones lejos de estar dentro de la esfera democrática se custodian desde la judicatura. No obstante, para los cambios menores y que no tienen injerencia en la superestructura del Estado sino en la sociedad, es la democracia la herramienta adecuada, debiendo la judicatura abstenerse de actuar en tal ámbito. Sólo actuando con modestia y respetando sus esferas, democracia y constitucionalismo coexistirán.

---

<sup>93</sup> Holmes, S. y Sunstein, C., “The politics of Constitutional Revision in Eastern Europe” en *Responding to imperfections. The theory and practice of constitutional amendment*, Levinson, S., Princeton University Press, Nueva Jersey, 1995, p. 277.

El cuarto elemento aborda el costo del cambio o irreversibilidad, es decir la complejidad a la que se hace frente cuando se requiere el cambio de un paradigma. Un cambio legal es irreversible si en sí mismo o en una parte relevante de sus efectos no puede ser anulado<sup>94</sup>, en nuestra consideración no solo aplica a las leyes, también a las normas constitucionales. Como tal, se debe valorar que todo cambio incluso los que se creen que “mejoran” la Constitución tienen defectos y consecuencias negativas colaterales, y que en algunos casos los costos pueden ser mayores que los beneficios<sup>95</sup>.

Empero, este efecto negativo, consideramos, se debe a que parte de una propuesta teórica y como mencionamos, estas siempre son imperfectas e incompletas; ocurre todo lo contrario si los cambios se hacen bajo una perspectiva analítica donde la fuente de inspiración es la observación de un hecho cierto. Respecto a la aplicación de esta característica en la esfera de la política constitucional, como proceso no democrático, el costo se aminora, tanto por la vía para la toma del acuerdo –los tribunales son un conjunto reducido de jueces–, como por el procedimiento para su aplicación –por medio de figuras como el *disistinguishing*, *reversing* u *overruling*–. No obstante, reconocemos la complejidad que significa para la política ordinaria, debiendo proponerse los cambios irreversibles en orden a obtener toda la evidencia respecto de estos, antes de implementarla, en particular porque la supermayoría hace difícil modificar una reforma fallida<sup>96</sup>.

Por último, el quinto elemento es la especial solemnidad de la reforma constitucional. Defender la reforma constitucional siempre como una posibilidad,

---

<sup>94</sup> Listokin, Y., “Learning Through Policy Variation”, *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, Paper 557, 2008, p. 522.

<sup>95</sup> García, J., *Minimalismo e incrementalismo constitucional*, Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 1, 2014, p. 283.

<sup>96</sup> Listokin, Y., “Learning Through Policy Variation”, *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, Paper 557, 2008, p. 530.

responde a considerar que quienes toman la decisión constituyente no están más inspirados, tienen mayor sabiduría o posean mayor virtud que la que tendrán los que vienen después<sup>97</sup>. En ese sentido, la reforma reúne una ambivalencia respecto al poder constituyente, pues encuentra su legitimidad en un momento constituyente pasado pero rige al poder constituyente actual y debe su vigencia a la coherencia con el contexto en el que se desenvuelve el último, el poder de reforma es simultáneamente creador y creado, regulador y regulado, original y derivado, superior e inferior a la Constitución<sup>98</sup>. Sin embargo, no debe confundirse interpretación y reforma, pues la primera es un acto que se realiza desde la Constitución y la segunda es un acto que no deriva de la Constitución ni está limitada a la normatividad de su contenido, sino que como una expresión de cambio en el orden se hace legítima en tanto existente y antes no expresada.

### **3. Conclusiones**

La problemática abordada en este trabajo de investigación se refirió a la importancia de contar con claridad respecto del concepto de Constitución. Se desarrolló algunas de las formas de acercarse a su definición, primero por su naturaleza –como norma, como orden– y luego por el carácter de su contenido –descriptivo o prescriptivo–. Tras ello, se afirmó que como consecuencia de su ambivalencia jurídico-política, no podía aceptarse un entendimiento íntegramente normativista de los textos constitucionales, por el

---

<sup>97</sup> Washington, G., “Letter to Bushrod Washington, November 10, 1787”, *The Origins of the American Constitution: A Documentary History*, Kammen, M., Penguin Books, Nueva York, 1986, p. 83.

<sup>98</sup> Holmes, S. y Sunstein, C., “The politics of Constitutional Revision in Eastern Europe” en *Responding to imperfections. The theory and practice of constitutional amendment*, Levinson, S., Princeton University Press, Nueva Jersey, 1995, p. 276.

contrario, comprendía la expresión de un orden político. Que, por tanto, como elemento político, su vinculación con la estructura estatal era indefectible pero que el Estado lejos de ser fuente creadora de orden, era descripción de uno ya existente. En ese entendimiento, el primer hallazgo del trabajo es que la Constitución es descripción del orden político y que, tras su identificación, cumple con contener la estructura estatal que lo expresa.

De igual manera, la investigación pretendió, tras la revisión histórica y doctrinaria, dar a conocer la relación de la Constitución tanto con el Estado como con la sociedad. Conscientes de la complejidad de tal objetivo, se recurrió a la identificación de constantes en los textos constitucionales a lo largo de su evolución, para conocer la naturaleza del vínculo. Como primera constante se encontró la ininterrumpida vinculación de la Constitución con el poder, pues desde la antigüedad existieron normas que reconocían su estructura y como tales, se encontraban fuera de la discrecionalidad de quienes lo ejercían. Compuestas por instituciones formadas desde la costumbre, obedecían a la manera concreta de gobernar cada organización humana. En esa línea, fuera de contar con mayor exigibilidad coercitiva, su respeto por parte de los gobernantes se fundaba en el reconocimiento de un orden preexistente, supranormativo y suprapolítico. El mismo, no solo les imponía una esfera fuera de su alcance, sino más importante, legitimaba su actuar respecto del resto de esferas.

Tras la aparición de los Estados modernos, cualquier propuesta sustentada en un orden no proveniente de la expresión del soberano –como figura decisoria–, se tildó de inválida. Con la creación de este nuevo ente impersonal que centralizaba todo poder, la organización social antes objeto pasivo de él, paso a adquirir un nuevo ámbito con naturaleza activa. Este fenómeno es la separación de Nación y sociedad, mientras la



primera es el conjunto de individuos con igualdad imputada para su participación como integrantes del soberano, la segunda respondía a la misma organización en su ámbito espontáneo y desigual. Fruto de la actuación y decisión del soberano nacían los Estados, otorgándole a la Constitución la función de distribuir el poder constituido y reconocer las esferas inviolables.

No obstante, con la abolición de todo orden natural, los individuos adquirieron la capacidad de autodeterminarse, siempre respetando la esfera individual de los otros. Esto significó el quebrantamiento de la configuración social preexistente y dio paso a sociedades cada vez más dinámicas y cambiantes. Este fenómeno ocasionó el surgimiento de desigualdades sociales que tuvieron injerencia en el ámbito político. Como respuesta se le encargó a las Constituciones la superación de estas, ocasionando que el antes Estado mínimo, pasivo y exclusivamente político, se convirtiera en un Estado que cumpla con zanjar la problemática de la sociedad, pretendiendo erradicar una característica que la compone: la desigualdad.

Con el paso del tiempo, las sociedades adquirieron una gran pluralidad, donde las diferencias no eran exclusivamente económicas o de clase, sino de formas de entender la existencia. Con la presencia de distintas cosmovisiones, las divergencias se incrementaron a tal punto que la polarización se hizo presente. En ese momento, un nuevo régimen político se posicionó como mecanismo de solución a la problemática. La democracia significó el inicio de una nueva fuente de legitimación. Con premura, el incremento de capacidades otorgadas a los individuos para decidir su vida y la de la sociedad se corrompieron, legitimando por medio de las Constituciones actuaciones del poder crueles nunca vistas. La respuesta se dio en dos vertientes: i) Se limitó la actuación de los Estados y su discrecionalidad, creando un orden supraestatal con

normativa vinculante y, ii) Se construyó una nueva esfera impenetrable, esta vez no sólo para el poder, sino también para la democracia: los derechos humanos. No obstante, la limitación a la democracia, en un contexto donde se encontraba generalizada y significaba un requisito de validez de cualquier actuar estatal, no fue recibida con una satisfacción generalizada. Esto se debió a que, al no ser el proceso democrático el medio para controlarse él mismo, toda decisión quedaba deslegitimada. Sirviendo con frecuencia la constitucionalización de estos derechos, como un mecanismo de transformación social, apoyada en la inexigibilidad democrática.

Nuestra propuesta tras la investigación pretende brindar una solución en el sentido de esta crítica. Como punto de partida aceptamos el dinamismo de la sociedad, empero sostenemos que no se encuentra dentro del margen de injerencia de la Constitución. Por tanto, nos enfocamos en lo propio de los textos constitucionales: el Estado como estructura política. En nuestra consideración, si bien con menor intensidad, el Estado también está sujeto al rasgo dinámico, su manera de adaptarse a tal cambio es complejo. La decisión de modificar la expresión del orden que se manifiesta por medio de la propuesta de reforma constitucional no respondería a una valoración de naturaleza ideológica o valorativa, sino a una descripción de la realidad, por lo que la presencia del rasgo “democrático” no sería necesario ni razonable. Por el contrario, debe entenderse a este proceso como algo posible, pues de oponerse *a priori*, la consecuencia sería una descripción errónea, que expresaría un orden inexistente en la realidad, defendiendo la rigidez de la Constitución como un esfuerzo por mantener de manera programática tal expresión.

En ese sentido, la interrogante órbita alrededor del mecanismo adecuado para conseguir la adaptación de la Constitución. Los tribunales en ese sentido, conociendo el

orden que se encuentra en el contenido del texto, serían quien, apoyados en una evaluación multidisciplinaria emprenderían tal actividad. Sin embargo, para que procedan de una manera adecuada, necesitan de un mecanismo y un modelo que contemple este tipo de proceder. Aquí es donde toma protagonismo la propuesta minimalista, tanto en su sentido sustantivo como en su acepción procedimental. Minimalistas sustantivas en tanto sean Constituciones que reúnan, aunque pocas materias, las pertinentes. Un reconocimiento claro de la injerencia del Estado es el camino adecuado para poder determinar con certidumbre un accionar pasible de control y eficiencia. Por otro lado, el minimalismo procedimental –o incrementalismo– se refiere a la apertura al cambio bajo supuestos racionales, dando primacía a la reforma frente a la revolución. Las reformas cumplen el papel de válvulas de escape, que permiten mediante la modificación reflexiva y progresiva que la expresión del orden no devenga en lejana a la realidad, dando cabida a un menor cuestionamiento del propio orden, pero respetan la identidad construida de forma histórica de cada Estado, despreciando propuestas *ex novo*.

Es, sin embargo, necesario para que esta propuesta funcione diferenciar las materias que pueden ser tratadas por las Constituciones. Como se hizo mención a lo largo de este trabajo, esperar que el Estado logre corregir las externalidades propias de la interacción de las fuerzas sociales, es inviable. En esa línea de ideas, deberá preferirse que tales estén contenidos dentro de la esfera de lo legal y por tanto de lo político. Los órganos de representación –como por ejemplo los parlamentos– son aquí el espacio idóneo para su reconocimiento, pues de cambiar el momento social, se refleja en la conformación de estos, pudiendo actualizar de mejor manera las prioridades que la sociedad pueda tener, sin afectar el orden constitucional y por tanto identitario.

Es de esta manera como el reconocimiento de los derechos y la naturaleza democrática pueden compaginar. Solo aquellas grandes discusiones donde la identidad del Estado se vea comprometida deberán posicionarse como elementos de análisis de los órganos de interpretación constitucional, dando paso para el resto la manifestación democrática de la voluntad de la sociedad que se expresa en la promulgación de leyes, que, por su naturaleza, son más sencillas de cambiar o mutar con el pasar del tiempo y con menor costo. La Constitución no es y no debe ser nunca entendida como un mecanismo de transformación social, en tanto la Constitución no rige a la sociedad, sino al pueblo, al conjunto de individuos y organizaciones medias que existen en la sociedad, pero que al interactuar con una igualdad imputada configuran el ámbito político. Por tanto, cuando nos referimos al contenido de la Constitución, nos estamos refiriendo a los rasgos que configuran la identidad del Estado –como ente político– y no de la sociedad, gestándose la última en la espontaneidad. Es soberbio pensar que mediante la normativización podría determinarse su comportamiento, esto no es respaldar la lejanía del Estado frente a la sociedad, sino otorgar un lugar claro a cada elemento que permita su coexistencia. No es conservadurismo, es protección de la reforma frente a la revolución.

Sostenemos que los mínimos deben ser sustantivamente institucionales y que son las Constituciones las herramientas de limitación y organización del poder político, de igual manera, consideramos que sea el proceso democrático el encargado de tomar las decisiones de la vida social por las consideraciones desarrolladas a lo largo de este trabajo. Defendemos que respecto de cómo aquellos mínimos institucionales, responden a descripciones normativas de normalidades que por su existencia constante en la realidad consiguen institucionalizarse, siendo reconocidas y no constituidas por las normas

constitucionales. Por esta razón la realidad es el parámetro de fijación de estos acuerdos constituyentes, con esto se consigue que la identidad constitucional no sea definida por una sola identidad, sino que tal identidad responda al interrelacionamiento real que tienen las distintas identidades en la realidad de los Estados.

#### **4. Bibliografía**

Artola, M., *Constitucionalismo en la historia*, Editorial Critica, Barcelona, 2005.

Burke, E., *Textos Políticos*, 2ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 1996

Blanco Váldez, R., *La construcción de la libertad*, Alianza Editorial S.A., Madrid, 2010.

Bovero, M., “Prefacio al libro de Salazar, P.”, en *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, FCE, Ciudad de México, 2006.

Ackermann B., *We the people: Foundations*, Volume 1, The Belknap Press of Harvard University Press, Massachusetts, 1991.

Cassirer, E., *La filosofía de la Ilustración*, traducción de Imaz, E., Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 1943.

Cerroni, U. *Introducción a la ciencia de la sociedad*, Editorial Critica, Barcelona, 2008.

Comanducci, P., “Modelos e interpretación de la Constitución” en *Neoconstitucionalismo*, Carbonell. M., Centro de Estudios Jurídicos Carbonell A.C., Ciudad de México, 2017.

De Vega García, P., “El derecho constitucional y las doctrinas constitucionales” en *Obras escogidas de Pedro de Vega García*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.

Díaz, E., *Estado de derecho y democracia*, Taurus, Madrid, 1998.

Dilthey, W. *Einleitung in die Geisteswissenschaften. Versuch einer Grundlegung für das Studium der Gesellschaft und der Geschichte*, Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga, 1914.

Dogliani, M., *Introduzione Al Diritto Costituzionale*. S.l.: Il Mulino, 1994.

Dworkin, R., *El derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana*, Palestra Editores, Lima, 2019.

Fromm, E., *El miedo a la libertad*, edición castellana de Germani, G., Editorial Paidós, Buenos Aires, 1984.

Galvão de Sousa, J., *Poder, Estado y Constitución. Hacia un derecho político realista*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2019.

Gama, L., *Derechos, democracia y jueces*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2019.

García, R., "La teoría democrática de Huntington." En *Política y Cultura*, no. 19, 2003, pp. 7-24., Disponible en <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=26701902> (Consultado el día 03 de mayo del año 2022).

García, J., *Minimalismo e incrementalismo constitucional*, Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 1, 2014.

García Pelayo, M., “Derecho Constitucional Comparado” en *Obras Completas vol. I*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

Guastini, R., “Sobre el concepto de constitución” en *Neoconstitucionalismo*, Carbonell. M., Centro de Estudios Jurídicos Carbonell A.C., Ciudad de México, 2017.

Hauriou, M., *Précis de Droit Constitutionnel*, 2da Edición, Paris, 1929.

Häberle, P., *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Editorial Tecnos, Madrid, 2013.

Holmes, S. y Sunstein, C., “The politics of Constitutional Revision in Eastern Europe” en *Responding to imperfections. The theory and practice of constitutional amendment*, Levinson, S., Princeton University Press, Nueva Jersey, 1995, pp. 275-306.

Heller, H., *Teoría del Estado*, traducción de Tobío L., Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 1942.

Huntington, Samuel P. “¿Choque de civilizaciones?”, *Teorema*, Valencia, Vol. XX/1-2, 2001.

Lerner, H., *Making Constitutions in Deeply Divided Societies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011

Levmore, S., “Interest groups and the problema with incrementalism”, *University of Pensilvania Law Review*, vol. 158, 2010, pp. 815-858.

Webber, G., *The Negotiable Constitution: On the limitation of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

Listokin, Y., “Learning Through Policy Variation”, *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, Paper 557, 2008. Disponible en <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/4936> (Consultado el día 24 de mayo del año 2022).

Webber, J., “Constitutional Reticence”, *Australian Journal of Philosophy*, vol. 25, Nº 2, 2000.

Washington, G., “Letter to Bushrod Washington, November 10, 1787”, *The Origins of the American Constitution: A Documentary History*, Kammen, M., Penguin Books, Nueva York, 1986.

Wheare, K., “Modern Constitutions”, Oxford University Press, Nueva York y Toronto, 1996. (Edición en castellano, *Constituciones modernas*, Labor, Madrid, 1971), en *Enciclopedia del Pensamiento Político*, dirigido por David Miller, versión española de Casado Rodríguez, M., Alianza Editores, Madrid, 1989.

Mirkin-Guetzévitch, B., *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*. Traducción de Álvarez-Gedin, Editorial Reus S.A., Madrid, 2011.

Paolantonio, M., “Antecedentes y evolución del constitucionalismo: constitucionalismo liberal y constitucionalismo social”, en *Lecciones y Ensayos No. 47*, Ediciones Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Buenos Aires, 1987.

Pérez Royo, J., *Introducción a la teoría del Estado*, Blume, Barcelona, 1980.

Rubio Llorente, F., *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Tercera Edición, Volumen II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

Romano, S., *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, Editorial Giuffrè, Milán, 1946.



Schindler, D., *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, 2da Edición, Schunter & Co. A. G., Zurich, 1944.

Schmitt, C., *El concepto de lo político: texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*, traducción Agapito, R., Editorial Alianza, Madrid, 1991, p. 57.

Schmitt C., *Teoria de la Constitución*, traducción de Ayala, F., Alianza Editorial, Madrid, 1982.

Schmitt, C., *Theodor Däublers „Nordlicht“. Drei Studien über die Elemente, den Geist und die Aktualität des Werkes*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.

Shapiro I., “Does Democracy Engender Justice?”, en *Democracy’s Value*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

Smend, R., *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Munich y Liepzig, 1928.

Sunstein, C., *Desingning Democracy: What Constitution do*, Oxford University Press, Oxford, 2001.