

# SUPREMACIA Y RIGIDEZ CONSTITUCIONALES

[A propósito del libro *La rigidez de las Constituciones escritas*, de Alessandro Pace y Joaquín Varela (1),  
y del debate celebrado el 20 de mayo de 1996  
en la Universidad de Oviedo]

BENITO ALAEZ CORRAL

*SUMARIO*: I. INTRODUCCIÓN.—II. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.—III. RIGIDEZ Y FLEXIBILIDAD CONSTITUCIONALES.—IV. CONCLUSIONES.—V. *POST SCRIPTUM*

## I. INTRODUCCION

La tarea de reflexionar sobre una obra como la presente se torna aún más difícil de lo que ya de por sí representa una recensión, no sólo por la altura académica e intelectual de los autores de aquélla, reputados constitucionalistas, sino también por la complejidad y trascendencia que tienen para la Teoría de la Constitución el problema de la supremacía constitucional y el de la reforma constitucional, que en ella se abordan.

Este libro representa, en realidad, la publicación en un mismo cuerpo documental de un debate doctrinal, acaso inconcluso, suscitado entre los profesores Alessandro Pace y Joaquín Varela en torno al problema de la rigidez constitucional en general y su estudio en el constitucionalismo histórico, tanto italiano como español, en particular. La estructura de la obra obedece, por consiguiente, a esta naturaleza dialéctica: un ensayo del profesor Pace sobre la «natural» rigidez de las Constituciones escritas, la contestación crítica del profesor Varela a los asertos por el primero establecidos, y la réplica de aquél.

No se pretende realizar en estas páginas un resumen de las tesis que ambos constitucionalistas sostienen y sobre las que polemizan con la más absoluta ho-

---

(1) ALESSANDRO PACE y JOAQUÍN VARELA: «La rigidez de las Constituciones escritas», *Cuadernos y Debates*, núm. 58, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995. El profesor Pace ha publicado una segunda versión revisada y ampliada de su trabajo «La causa della rigidità costituzionale», CEDAM, Padua, 1996.

nestidad intelectual y respeto académicos, sino, más bien, dar cuenta de los principales problemas que plantea el tema abordado, reflejando críticamente los encuentros y desencuentros que la disputa muestra en la obra, así como de algunas reflexiones críticas que su lectura podría suscitar. Los profesores Pace y Varela mantienen diferencias ya desde la base del método que aplican uno y otro al análisis constitucional (dogmático e histórico constitucional), y hasta las conclusiones a que llegan, tanto respecto de la supremacía constitucional como de la interpretación del concepto «rigidez». Dos van a ser, pues, los puntos nucleares de este análisis y sobre los cuales se centra el discurso argumental de ambos constitucionalistas —aunque no siempre queden reflejados de modo sistemático en él—: supremacía constitucional y rigidez constitucional, permeados ambos por el problema del método de interpretación constitucional. En todos ellos late una pugna constante entre la dogmática constitucional (lógica jurídica y/o eficacia que se reclaman para las normas constitucionales) y la «positividad» de las mismas, como límite infranqueable a toda interpretación o construcción dogmática, constitucionalmente adecuada, que se pretenda realizar de ellas.

## II. SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Aunque el título del libro sea *La rigidez de las Constituciones escritas*, y a pesar de que ambos autores intitulen igualmente sus respectivas aportaciones alrededor del concepto de rigidez, no cabe duda, una vez leído el mismo, que el problema-presupuesto que enmascara esta aparente polémica sobre la rigidez no es otro sino el de la superioridad de la Constitución y, en particular, la de las Constituciones decimonónicas en Europa. Cuestión ésta que se pone de especial relieve cuando se analiza el problema de la reforma constitucional, dada la conexión que entre absoluta inmodificabilidad (natural rigidez en palabras suyas) y superioridad pretende establecer el constitucionalista italiano.

El profesor Pace parte del hecho de que lo relevante para dilucidar la modificabilidad o inmodificabilidad de una Constitución que no prevea cláusulas de reforma constitucional —y exactamente igual respecto de una Constitución que sí las prevea— es la determinación de su «superioridad formal», o su negación. Pero precisamente a esto último habría de conducir, en su opinión, la flexibilidad. Si supremacía constitucional es sinónimo natural de rigidez en su particular terminología (2), el binomio conceptual opuesto ha de ser que ausencia

---

(2) Por usar las palabras del profesor italiano: «La superioridad jurídica de la Constitución y la rigidez de la misma son dos caras de la misma moneda» (pág. 71).

de supremacía es igual a flexibilidad. Pero, entonces, no se tratará ya del análisis de dos posibles modos de existencia (rigidez y flexibilidad) de una forma jurídica (Constitución), pues para que ésta sea verdadera forma jurídica ha de ser suprema, de otro modo sólo será norma jurídica, bajo otra forma (generalmente la de la ley) que puede contener una Constitución en sentido material.

Por otro lado, determinar si una Constitución lo es verdaderamente o no, es decir, si es suprema (y con ello «naturalmente» rígida e inmodificable), requiere, como bien apunta el constitucionalista italiano, no sólo que la Constitución tenga forma escrita y unidad documental —condiciones *sine qua non*, pero no suficientes— (pág. 39), sino que además es necesario poder derivar de su texto, explícita o implícitamente, su supremacía *per relationem* a las demás formas jurídicas, en especial respecto de la ley (3).

Esto último es lo que el profesor italiano intenta realizar en el análisis de la tradicionalmente calificada flexibilidad del Estatuto albertino (págs. 42 y sigs.), extrapolando sus conclusiones como modelo dogmático al resto de las Constituciones decimonónicas, en particular a las Constituciones españolas de 1843, 1837, 1845 y 1876 (págs. 63 y sigs.).

Aunque la labor interpretativa no siempre sea fácil, y menos respecto de Constituciones relativamente ambiguas y/o primitivas en su redacción (como las presuntas Constituciones flexibles decimonónicas), una interpretación coherente y unitaria de la Constitución hace necesario indagar los principios dogmático-constitucionales subyacentes a la norma constitucional, sin que éstos puedan en ningún caso violentar o suplantar la *voluntas constituens* manifiesta en el texto constitucional.

En este punto cobra una especial relevancia la «objección» que el profesor Varela le hace al profesor Pace de mixturar los planos político y jurídico (pág. 89), frente a la cual este último se defiende en su réplica, intentando demostrar que deslinda perfectamente ambos planos (págs. 127 y sigs.). Para el constitucionalista romano la «superioridad formal» de la Constitución existe en el plano jurídico, mientras su «superioridad sustancial» —como así él la define—, se da en el plano sociopolítico, en el plano de la efectividad. Por su parte, el constitucionalista hispano añade la distinción entre «superioridad lógico-jurídica» y «superioridad jurídico-positiva», manifestando su acuerdo con el profesor Pace respecto de la natural conexión con la primera del dogma de la natural inmodificabilidad de las Constituciones escritas, mas no compartiéndolo respecto de la segunda (págs. 87-88). Parece nuevamente haber aquí un

---

(3) Aspecto este, puesto también magistralmente de manifiesto en nuestra doctrina por el profesor IGNACIO DE OTTO Y PARDO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, págs. 15 y 17.

desacuerdo entre las categorías dogmáticas utilizadas por uno y otro constitucionalista. Para el profesor italiano la «superioridad formal» parece coincidir con la «superioridad lógico-jurídica», mientras que la «superioridad efectiva o sustancial» equivaldría a la «superioridad jurídico-positiva» (págs. 127 y 119, respectivamente). Una de dos, pues, o la «superioridad jurídico-positiva» no es una categoría jurídica, sino sociopolítica, en cuyo caso no será tarea del científico del Derecho su análisis, o, por contra, sí lo es, pero entonces debe eliminarse su equivalencia con el plano de la efectividad, so pena de quebrar los presupuestos de la ciencia del Derecho (4).

La exigencia «lógico-jurídica» de irreformabilidad es elevada por el profesor Pace a contenido normativo primario de los enunciados jurídicos decimonónicos que fuesen normas jurídicas supremas, condición esta última que ostentaban por el mero hecho de aparecer escritas y reunidas en un único documento. Al ser la otra cara de la moneda de la supremacía normativa de la Constitución, se convierte en contenido de su supremacía formal. Pero, ¿no puede este razonamiento llegar a subvertir la «positividad» de una norma con la lógica jurídica? La dogmática constitucional normativista puede conducir a tales afirmaciones desde el punto de vista de la lógica jurídica, sin embargo, lo cierto es que se trata en todo caso de principios lógicos que pueden no haber sido asumidos por el contenido normativo de la Constitución de cuya interpretación estemos hablando. La «positividad» de ésta puede, pues, oponerse a aquel principio, por lo cual parece imponerse un examen concreto de cada texto constitucional en presencia, cuyas prescripciones han de ser interpretadas a fin de determinar su carácter normativo supremo, sin valoraciones ni presuposiciones dogmáticas apriorísticas.

Acaso a consecuencia de la anterior reflexión, el aserto del profesor Pace relativo a que las Constituciones españolas de 1834, 1837, 1845 o 1876, aún nacidas supremas y naturalmente inmodificables, fueron transformadas por los hechos, apoyados en la doctrina de la «constitución histórica», en flexibles —y, por consiguiente, no supremas— (págs. 66-67), además de poder incurrir en la antedicha subversión de la positividad de las normas, parece mixturar —aun inconscientemente—, como pone de relieve el profesor Varela, los sistemas sociológico-político y jurídico.

---

(4) Presupuestos que en lo que aquí respecta conducen a que ésta tenga por materia prima exclusiva normas jurídicas, es decir, proposiciones de deber ser cuyo objeto es la regulación del uso de la coacción física, y en ningún caso, hechos o acontecimientos del campo del ser, por mucho que éstos puedan tener relevancia en la eficacia de una norma jurídica concreta; cfr. HANS KELSEN: *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Viena, 1976 (unveränderter Nachdruck der völlig neu bearbeiteten zweiten Auflage von 1960), págs. 89 y sigs.

La cuestión es, por tanto, determinar si es posible concebir dogmáticamente a aquellas Constituciones como normas jurídicas supremas, y si es así, cuáles son, pues, las disposiciones de aquellas Constituciones a partir de las cuales cabe deducir unívocamente la supremacía constitucional. ¿Quizá las pocas menciones relativas a la derogación de las normas previas que se opusieran a la Constitución? Una cláusula derogatoria lo único que hace es ejecutar la «Derogationsnorm» (5) sobre la norma o normas derogadas, cuando aquéllas pertenezcan al mismo ordenamiento en el que se inserta la «Derogationsnorm», o, en ausencia de ésta, instauran de hecho, como consecuencia de una ruptura jurídica, un nuevo ordenamiento, lo que implica la implícita pérdida de validez de las normas que se opongan a la nueva norma suprema. Lo cierto, en todo caso, es que, como ambos constitucionalistas resaltan (págs. 66-67 y 110-111, respectivamente) —y en particular, como ya había puesto de manifiesto el profesor Varela en otro trabajo (6)—, durante buena parte del siglo XIX estuvo vigente la doctrina de la «Constitución histórica», que, operando al modo de una «Constitución material», aunque salvando naturalmente sus diferencias, impedía que se pudiera hablar de supremacía constitucional de la Constitución escrita.

La desconexión que genera en algunos casos el uso por parte del profesor Pace de una interpretación de la norma constitucional desligada de la dogmática subyacente a la misma, mediante la cual intenta hacer de ella norma jurídica suprema desde su particular punto de vista formal (7), parece conducirle inexorablemente a introducir en el análisis jurídico el concepto de «superioridad sustancial», sobre la base de la necesidad de lograr la efectividad social de la norma constitucional (8). Cuando dicha superioridad sustancial no es al-

---

(5) Sobre los concretos efectos de la «Derogationsnorm» y sobre su posición en el ordenamiento jurídico, véase ADOLF JULIUS MERKL: *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, Leipzig und Wien, 1923, págs. 255 y sigs.

(6) JOAQUÍN VARELA SUANZES: «La doctrina de la Constitución histórica: de Jovellanos a las Cortes de 1845», *Revista de la UNED*, núm. 39, 1994, págs. 45 y sigs.

(7) Téngase en cuenta que la superioridad lógica no implica necesariamente superioridad jurídico-positiva, como pretende el profesor romano; cfr. IGNACIO DE OTTO Y PARDO: *Derecho Constitucional. Primer curso*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1985, págs. 55 y sigs.

(8) Si el profesor Pace, como dice, no mixtura los planos jurídico y sociopolítico, eso sólo puede ser porque la «superioridad sustancial», sea un mero concepto sociológico, mas no jurídico, pero entonces, ¿cuál es su relevancia en el análisis que realiza? La referencia a este plano político social sólo es necesaria además cuando la Constitución no es norma jurídica suprema y no cabe afirmar una absoluta autorreferencialidad del sistema jurídico, sino que la referencia final es a un poder constituyente originario, sea en su versión inicial sea en su versión actual legitimadora de las decisiones jurídicas adoptadas; cfr. NIKLAS LUHMANN: «La Constitution comme acte evolutionnaire», *Droits*, núm. 22, 1995, pág. 116.

canzable, como sucedió con las Constituciones «presuntamente» flexibles del siglo XIX, excluida la «ruptura constitucional» a que conduciría el llamado «paralelismo de las formas», sólo le resta, desdiciéndose, quizá, de la dogmática formalista inicialmente asumida, aceptar que las exigencias de legitimidad provenientes del sistema sociopolítico (fuerzas políticas dominantes) dicten la transformación de lo que no eran sino «pseudo-lagunas constitucionales» en verdaderas lagunas en torno al procedimiento y órganos de reforma constitucional, colmables por vía consuetudinaria con una habilitación al legislador ordinario (págs. 78-79).

Por otra parte, la falta de vinculación entre la atribución del poder constituyente al pueblo y la supremacía constitucional es puesta de manifiesto por el profesor Pace (págs. 49 y sigs.), y en ese sentido no es contradicha por el profesor Varela (págs. 89-90), sino con las matizaciones que luego veremos al hablar de la rigidez constitucional. En efecto, dado que el poder constituyente jurídicamente relevante sólo puede ser el poder constituyente-constituido, siendo el poder constituyente originario una mera cuestión de hecho (9), como tal cuestión de hecho se haya sometida a la contingencia de la realidad social, pudiendo tener un origen tanto democrático como autoritario. En realidad la distinción entre titularidad y ejercicio del poder constituyente es posible sólo en el campo del deber ser (sea éste jurídico o político), pero nunca en el del ser. En este último ejerciente y titular se funden en una única persona, aquel que efectivamente dispone del poder de hecho para establecer una Constitución en un ordenamiento eficaz en su conjunto. Nada tiene que ver, pues, con la supremacía jurídico-positiva de la Constitución. Quizá sí con su supremacía moral o política, pero no con la jurídico-positiva, que se deriva de su posición en el ordenamiento, y no del sujeto que ha procedido fácticamente a elaborarla.

Se puede, por consiguiente, estar de acuerdo con el profesor italiano en que la superioridad constitucional descansa, pues, en la posición que la norma ocupa en el ordenamiento y no depende de que su origen fáctico haya sido uno u otro. Sin embargo, para constatar lo anterior el intérprete constitucional debe indagar la dogmática constitucionalmente adecuada que subyace al enunciado normativo constitucional, siéndole de utilidad, pero no definitiva, la estructura lógica del ordenamiento, como parece que sucede para el profesor romano.

Cabe, no obstante, aún preguntarse, si no es posible —como hace el profesor Varela en su ensayo (págs. 96-97)— si no fundamentar, sí condicionar la constatación de la supremacía constitucional a la presencia necesaria de dos

---

(9) Véase RENÉ CARRÉ DE MALBERG: *Contribution a la Théorie Générale de l'État*, tomo II, Centre Nationale de la Recherche Scientifique, París, 1922, pág. 497.

mecanismos de garantía constitucional, la jurisdicción constitucional y la rigidez, en tanto previsión de un procedimiento agravado de reforma constitucional. Ciertamente, se trata de elementos indicativos de la existencia de una norma jurídica suprema desde un punto de vista jurídico-positivo y no sólo lógico-jurídico, pero no parece que puedan ser considerados ni fundamento ni condición de aquella supremacía (10).

En este punto también puede haber acuerdo con el profesor Varela en que el mero carácter derogatorio de la Constitución respecto de las normas anteriores que se le opongan no es criterio suficiente para hablar de su carácter supremo (págs. 97-98), pero la existencia de un control de constitucionalidad es una consecuencia y no un presupuesto de la supremacía. Cuestión distinta es que, por razones de seguridad jurídica, la supremacía de una Constitución se revele de forma más nítida cuando hay uno o varios órganos que tienen atribuida la competencia para inaplicar las normas que sean contrarias a la Constitución. No se olvide, sin embargo, que las normas que emanan ese o esos órganos —aunque aplicativas de la Constitución—, son a su vez normas jurídicas (11), que no pueden ser objeto de control so pena de un *regresum ad infinitum*, y que se presuponen igualmente sometidas a la norma jurídica suprema. Ciertamente, si no existiese una atribución competencial tal a aquellos o a otros órganos sería prácticamente imposible, salvo en sede teórica, salvaguardar la supremacía constitucional.

### III. RIGIDEZ Y FLEXIBILIDAD CONSTITUCIONALES

El profesor Pace concibe la rigidez como una consecuencia «natural» aunque no esencial de la superioridad constitucional. Esta rigidez que consiste, en principio, en una absoluta inmodificabilidad de la norma constitucional, coherente con su pretensión lógica de validez temporal sin límite (12), puede, no obstante, ser dulcificada por la propia norma constitucional mediante la previsión de un procedimiento más o menos agravado de reforma constitucional (págs. 19-20). Para el profesor italiano, por consiguiente, las Constituciones tradicionalmente calificadas de rígidas, al contener un procedimiento agravado de reforma constitucional, serían, así, en realidad flexibles, al igual que aque-

(10) Clásica puntualización realizada por IGNACIO DE OTTO Y PARDO: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, op. cit., págs. 24-25 y 62.

(11) Cfr. HANS Kelsen: «Reine Rechtslehre», op. cit., pág. 350 y sigs.

(12) Cfr. HANS Kelsen: «Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts», op. cit., pág. 50.

llas que atribuyesen expresamente el poder de modificar la Constitución al propio órgano legislativo ordinario, mientras que las tradicionalmente calificadas de flexibles por guardar silencio respecto de la reforma constitucional serían, por contra, absolutamente rígidas.

El profesor Pace, sin embargo, no se sirve del principio lógico-jurídico de la «inmodificabilidad natural de las normas» de Merkl (13) para concluir la natural rigidez de las Constituciones escritas, sino de un *sui generis* criterio histórico-normativo, cuyos pilares son la escritura, la unidad documental y la pretensión de superioridad de la norma constitucional, y cuyo discurso argumental y conclusión terminan siendo equivalentes a los que habrían resultado de utilizar aquel criterio lógico.

De un lado, dada la estrecha correlación que entre supremacía y rigidez se genera, se puede objetar a este punto lo que ya se manifestó anteriormente respecto de la generalización de dogmas de lógica-jurídica en la interpretación constitucional. Lo válido para la supremacía constitucional es válido para la rigidez, entendida como inmodificabilidad, toda vez que son concebidas como dos caras de una misma moneda.

Por otra parte, la superioridad de la Constitución, en contra de lo que sostiene el profesor Pace en una nota al pie de su trabajo (pág. 71, nota 159), no se ve en absoluto mermada por el hecho de admitir la modificabilidad de la Constitución por el legislador ordinario, aún cuando no haya sido previsto expresamente por la Constitución un procedimiento de reforma, a condición de que éste esté obligado a realizarla de forma expresa.

Por el contrario, la previsión de un procedimiento de reforma constitucional distinto de aquel de elaboración de las leyes ordinarias puede no rendir tributo suficiente a la supremacía constitucional, si consiste exclusivamente en la exigencia de una mayoría cualificada en la elaboración de las reformas constitucionales por el mismo órgano legislativo ordinario, permitiéndosele a éste reformas constitucionales tácitas (14).

---

(13) Al respecto, véase ADOLF JULIUS MERKL: «Die Unveränderlichkeit von Gesetzen -ein normologisches Prinzip (1917)», en *Die wiener rechtstheoretische Schule*, Europa Verlag, Wien y otros, 1968, págs. 1083 y sigs.

(14) Reformas tácitas que en sus múltiples variedades —cfr. KARL LÖWENSTEIN: *Die Erscheinungsformen der Verfassungsänderung*, Scientia, Aalen, 1968 (Neudruck der Ausgabe Tübingen, 1931), págs. 34 y sigs.— tuvieron oportunidad de poner en tela de juicio la supremacía de la Constitución de la República de Weimar, a pesar de la presencia de un procedimiento agravado de reforma —atribuido no obstante, como regla general, al órgano legislativo ordinario (art. 76 de la Constitución de Weimar 1919)—, y ello, a pesar de la presencia de un aún poco desarrollado control de constitucionalidad de la ley. De ahí la introducción en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 de la prescripción de «expresividad» de las reformas constitucionales, aunque, no obstante,



El profesor Varela, por su parte, considera necesario mantener la distinción entre Constituciones rígidas y flexibles, pero desde un significado tradicional de los términos (pág. 89), es decir, atribuyendo a la rigidez el significado de agravación procedimental en relación con el procedimiento legislativo ordinario. En este sentido, entiende que la rigidez es un elemento imprescindible para hablar de superioridad de la Constitución (pág. 95). A tal efecto considera necesario no ya la previsión de un órgano y de un procedimiento —en sentido estricto— de reforma distintos al legislativo ordinario, sino que la mera exigencia de carácter expreso a la reforma es suficiente para variar el procedimiento —en sentido amplio— e introducir rigidez (pág. 96).

Ahora bien, si la rigidez, tal y como él la entiende, tiene por función dar estabilidad a los contenidos normativos enunciados por la forma jurídica Constitución, las condiciones de validez, consistentes en el necesario carácter expreso de la modificación normativa y en la determinación de un órgano o de un procedimiento de normación, no juegan, respectivamente, el mismo papel en el desempeño de aquella función. El carácter expreso del cambio tiene una naturaleza distinta a la previsión de órganos y/o procedimientos de modificación constitucional distintos, de ahí que no sea encuadrable en la categoría de la rigidez. Su función es, sin duda, más la de identificar a las normas constitucionales, posibilitando que éstas puedan valer como normas jurídicas supremas.

La clásica concepción de la rigidez y de la flexibilidad, contra la que el profesor italiano se vuelve vehementemente, encuentra, quizá, explicación histórica en que la rigidez constitucional nació para fundamentar la existencia de leyes reforzadas, allí donde la Constitución no es forma jurídica suprema. Sin embargo, la rigidez, entendida como agravación orgánico-procedimental en la reforma constitucional, es una categoría que, en principio, surge y tiene existencia teórica al margen de la supremacía constitucional, con independencia, de que coyunturalmente pueda servir de instrumento que refuerza aquella supremacía.

#### IV. CONCLUSIONES

Como conclusión, se puede afirmar que, con independencia de los acuerdos o desacuerdos que de la lectura de estas páginas se observen entre las tesis —disparas a su vez— sostenidas por los autores de los ensayos que

---

no es considerada por parte de la doctrina como una garantía consustancial a la supremacía de la Constitución; cfr. THOMAS MAUNZ: «Art. 79 GG», en *Grundgesetz Kommentar* (Maunz/Durig), Bd. III, Beck, Munich, 1994, págs. 3 y sigs., Rdn. 1-5.

conforman este libro, y aquellas que se pudieran deducir de las consideraciones críticas realizadas, lo cierto es que son muchos los aspectos científicamente relevantes de la obra, de entre los que quisiera destacar los siguientes.

En primer lugar, la obra pone de manifiesto dos modelos metodológicos, que, aunque coincidentes en algunos puntos, difieren en otros a la hora de abordar el significado que las categorías conceptuales supremacía y rigidez, recibieron en las Constituciones del siglo pasado. Uno, el del profesor Pace, si bien de origen histórico, se acaba transformando más en un *desideratum* lógico-jurídico que jurídico-positivo. El otro, el del profesor Varela, partiendo, a la inversa, de categorías lógico-jurídicas, termina convirtiendo las conclusiones jurídico-positivas en conclusiones histórico-jurídicas.

En segundo lugar, ambos constitucionalistas resucitan una cuestión que se daba ya por zanjada, pero que debe ser objeto de detenida consideración científica en el futuro: la del valor normativo de las «Constituciones» decimonónicas. En medio de dos posiciones extremas: conferirles plena normatividad jurídica como formas jurídicas supremas y negarles —como se ha hecho hasta ahora por parte de la doctrina— toda normatividad, convirtiéndolas en meros pactos políticos, se alza una tercera vía, que ya apunta el profesor Varela en este y en otros trabajos (15), consistente en considerarlas normas jurídicas que vincularon, según los casos, a algunos poderes públicos, mas no supremas por no haber vinculado a todos ellos. Sin duda la posición dialéctica extrema que adopta el profesor Pace sirve de acicate y de punto obligado de referencia para el desarrollo de esta tercera vía.

En tercer y último lugar, los autores del debate reabren igualmente la polémica respecto de la categoría de la rigidez, bien para atribuirle, como hace el profesor romano, un nuevo significado, «revolucionario», si se me permite la expresión, por sus consecuencias, bien para, conservando parte de su significado tradicional, como hace el constitucionalista hispano, suscitar un replanteamiento de cuál ha de ser el contenido de las técnicas que se integran dentro de esta categoría, y cuál haya de ser su relación con el concepto de supremacía constitucional.

En resumen, una obra en la que, como se ha tratado de poner de manifiesto, la confrontación y las coincidencias entre lógica-jurídica, positividad e historia constitucional salen a relucir.

---

(15) JOAQUÍN VARELA SUANZES: «Constitución y Ley en los orígenes del Estado liberal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, 1995, págs. 347 y sigs.

V. *POST SCRIPTUM*

El interés y la relevancia que esta obra ha suscitado entre los círculos de constitucionalistas tanto en nuestro país como en Italia han tenido su reflejo en la celebración durante los últimos meses de diversos foros de debate, que han contado con uno u otro de los autores como relatores.

Por la proximidad en el tiempo, y por el hecho de que en el mismo se diesen cita conjuntamente ambos profesores, no queremos cerrar estas páginas sin hacer una mención, aunque sea breve, al debate celebrado en el área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo el día 20 de mayo del año en curso, y en el que el suscribiente tuvo la oportunidad de participar. Del mismo surgieron, a la luz de las exposiciones de los relatores, diversas intervenciones, de cuyo contenido es menester dejar constancia.

Interviene en primer término el profesor Francisco Bastida Freijedo:

«La cuestión clave en este debate es qué consecuencias tiene la existencia de una Constitución sin cláusula de reforma. Para dar respuesta a la misma el profesor Pace ha realizado una muy documentada investigación que concluye con la estimación del carácter pétreo de tal norma. Para el profesor Varela, en su sagaz réplica, esa respuesta sólo cabe desde un punto de vista lógico-jurídico, pero no jurídico-positivo. A mi juicio la divergencia entre una y otra tesis está en los fundamentos doctrinales de los que uno y otro parten. No voy a entrar en el análisis de ambos porque ya se ha hecho aquí, pero sí me interesa hacer algunas observaciones que expresan la duda sobre la idoneidad de alguno de los planteamientos, tanto del relator como del contrarrelator, para una teorización jurídica de la reforma constitucional.

Mi primer disenso es sobre el concepto de rigidez, la adopción por Pace de la doctrina de Bryce sobre la diferencia entre Constituciones rígidas (Constituciones escritas) y flexibles (no escritas) puede ser certera para el análisis histórico que pretende, pero, desde luego, no es adecuada si se quiere hacer de ella una conceptualización de aplicación general. Para ello parece más correcto seguir a Dicey y cifrar la diferencia entre rigidez y flexibilidad de las Constituciones en su relación de diferencia o semejanza con el procedimiento legislativo ordinario. Este criterio es hoy el comúnmente aceptado.

Aun estando próximo a las ideas vertidas por el profesor Varela, no comparto su tesis de que la exigencia de una reforma “expresa” es signo de rigidez, de manera que, según él, sólo son flexibles las Constituciones reformables de manera tácita por el procedimiento legislativo ordinario. Entiendo que una Constitución es flexible cuando puede reformarse por el mismo procedimiento que las leyes, siempre que la reforma sea expresa. El carácter expreso no añade

ninguna rigidez procedimental; no agrava el procedimiento ni obliga a intervenir a otros órganos. Su exigencia no tiene que ver con la impronta de rigidez o flexibilidad de la Constitución, sino con la existencia misma de la Constitución. Sin la obligación de que la reforma sea expresa no hay Constitución como forma jurídica diferente de la ley. Tal exigencia permite distinguir entre ley ordinaria y ley de reforma constitucional y diferenciar entre el efecto de la derogación que produce ésta al contradecir el texto constitucional y el efecto de la inconstitucionalidad en que incurre aquélla al contradecir dicho texto sin explicitar formalmente que lo está derogando/reformando.

Volviendo a Pace, lo “natural” en la Constitución no es su rigidez, sino su superioridad, que procede de ser una forma jurídica distinta de las demás y que no puede ser contradicha por ellas (certeza de su superioridad formal). La rigidez (estabilidad de su contenido material) no es nota intrínseca y específica de la Constitución.

En segundo lugar, comparto con Pace, y disiento de Varela, la idea de que una Constitución sin cláusula de reforma es de todo punto jurídico irreformable. Lo es desde un punto de vista lógico-jurídico y también desde otro jurídico-positivo. Al no estar previsto ningún procedimiento de reforma, cualquier vía que se siga para la modificación de la Constitución es una vía de hecho, nunca de derecho, por más consenso que pueda haber. Se produce, pues, una ruptura jurídica y sólo un deseo legitimador de presentar el cambio como continuidad y no como fractura jurídica puede hacer creer que la reforma es fruto de la absoluta flexibilidad que caracteriza a las Constituciones sin cláusula de reforma. No es posible afirmar que tal ausencia es una laguna de la Constitución. Cuando el constituyente no establece ningún procedimiento para reformar la Constitución no es por olvido, ni para permitir que su contenido sea reformable por cualquier procedimiento. Es justamente porque desea que su sustancia permanezca inalterable y no pueda ser objeto de reforma. La ausencia de cláusula de reforma es la afirmación de que toda la Constitución es en sí una cláusula de intangibilidad y que cualquier cambio se considere una quiebra política, pero también jurídica, del pacto que alumbró la Constitución y cuyos términos en ella se explicitan. Acudir al “paralelismo de las formas” para dar solución jurídica a una reforma de una Constitución sin cláusula de reforma es una salida política que no siempre es coherente (por ejemplo, una Constitución aprobada por el Rey con el Parlamento y que se desea reformar para cambiar la forma monárquica por una republicana) y que, en todo caso, sólo es correcta a fuerza de negarle valor jurídico a la Constitución como norma jurídica suprema y dejarla como simple, aunque muy solemne, compromiso político entre sus firmantes. Lo que ya no puedo compartir con Pace es la posibilidad de que las Constituciones pétreas (las que no tienen cláusula de re-

forma) se conviertan en flexibles a través de una costumbre constitucional que atribuya al legislador ordinario el poder de modificar la Constitución escrita. Esa costumbre, esa norma “consuetudinaria”, es, como él mismo reconoce, una suposición que se crea tras considerar la ausencia de un procedimiento de revisión constitucional como una “laguna” que es preciso rellenar. En tal caso no hay flexibilidad, sino ruptura jurídica. En términos estrictamente jurídicos, esa costumbre constitucional *supuesta* no es otra cosa que el contenido de la norma *hipotética* fundamental de que habla Kelsen para fundamentar la validez de la nueva Constitución. Incluso en la Constitución iraní de 1979 (pétrea) sucede esta ruptura cuando diez años después se modifica, de forma semejante a como se hizo aquélla, y en la que se introduce un procedimiento de revisión constitucional. Lo relevante desde el punto de vista jurídico no es que se realice esta reforma de la Constitución pétrea sin modificar su contenido sustancial, sino que las alteraciones normativas no encuentran su fundamentación jurídica (validez) en la norma reformada. De no admitirse esto, tendríamos que afirmar que en Argelia la no aceptación gubernamental del resultado de las elecciones por haber ganado un partido, el FIS, que pretendía cambiar la “Constitución sustancial”, no puede considerarse infracción constitucional, pues habría que suponer, junto al procedimiento de reforma de la Constitución argelina, una “norma consuetudinaria” que autoriza a no respetar los resultados electorales en casos de “legítima defensa constitucional”.

El asunto que aquí se debate es en realidad un problema de soberanía y, más en concreto, de lo que se podría llamar “soberanía retenida”, que plantea sus términos en un plano prejurídico. La propia existencia de una Constitución sin cláusula de reforma revela que se trata de exponer bajo una forma jurídica específica del Estado moderno (liberal), la Constitución, una fundamentación preestatal del ordenamiento jurídico. Dicho de forma esquemática, lo que caracteriza a los ordenamientos modernos es su positividad, es decir, que sólo es válido el derecho “puesto”, creado, por las personas (no el derecho divino o el natural) y, que además tiene primacía el derecho puesto por decisión (legislación), no por repetición (costumbre, jurisdicción). La necesidad de una Constitución, el llamado “problema constitucional”, surge ligado a este fundamento de la validez y a este modo de producción jurídica. Todas las normas tienen una “natural” (o, por mejor decir, “lógica”) rigidez; gozan en principio de una validez intemporal. Antaño esta rigidez veía reforzado su carácter “natural” por su peculiar positivación a través de un criterio de validez basado en la antigüedad y un modo de producción jurídica basado en la repetición (derecho consuetudinario). La “positividad”, en cuanto característica de los ordenamientos modernos (estatales), establece el medio de romper esa “natural” rigidez. El ordenamiento jurídico institucionaliza su propio cambio, regula la de-

rogación de sus normas y goza, por tanto, de una capacidad en principio ilimitada de creación/derogación jurídica. La Constitución nace precisamente como forma jurídica en la que se escrituran las reglas de ese cambio y se encauza la fuerza reformadora ínsita en la positividad. Por tanto, la idea de Constitución como norma que “positiviza la positividad”, como norma nacida para institucionalizar desde dentro del ordenamiento dichas reglas, no es coherente con la existencia de una Constitución que no regula su propia reforma y que cualquier alteración que de ella se haga deba entenderse realizada al margen de la misma.

En este punto es donde surge el engarce con el problema de la soberanía, y coincido con Joaquín Varela en que en él está el meollo del asunto. La soberanía es la expresión de la “positividad”, o sea, de esa capacidad ilimitada de creación jurídica. El poder constituyente se intitula “soberano” porque carece de límites a la hora de crear la norma fundacional, la Constitución. A partir de ella, todos los poderes son constituidos, incluido el poder de reforma de la Constitución, pues para actuar legítimamente deberá ajustarse al procedimiento establecido al efecto. Tras la aprobación de la Constitución ella es la soberana y ésta habla para su reforma a través del poder constituyente constituido, que es el establecido como albacea del originario poder constituyente. Una Constitución sin cláusula de reforma es la negación de su soberanía como norma y la confirmación de que el poder constituyente no juridifica “su” soberanía, disolviéndose él en el poder de revisión constitucional, sino que la retiene, haciendo que cualquier reforma constitucional sea una ruptura jurídica. Sólo puede considerarse que tal ruptura no se da cuando se entienda que el cambio lo realiza el propio poder constituyente, pero en este caso no cabe hablar de “paralelismo de las formas” para legitimar el procedimiento, sino de una nueva actuación del antiguo soberano, que nunca dejó de serlo. Planteada así, la ausencia de cláusula de reforma en la Constitución no es en esencia un problema jurídico, sino político, prejurídico.

El que, desde un punto de vista jurídico, aparece como poder constituyente se presenta, en la realidad política, como un poder ya constituido (el Rey o el Rey y las Cortes); la Constitución que están dispuestos a aprobar, más que una norma, es un pacto y se rige por las reglas propias de los pactos: lo firman sujetos preexistentes, cuyo poder originario seguirá existiendo tras el pacto; el pacto puede entenderse que es una norma, pero no cobra autonomía jurídica plena (eso le corresponderá a la ley); su continuidad o reforma no se basa en reglas jurídicas (validez/derogación), sino en la permanencia o no de las condiciones políticas que lo hicieron posible, es decir, el cambio constitucional legítimo no reside en el cumplimiento de un procedimiento jurídico de reforma, sino en que han dejado de existir aquellas condiciones políticas. El principio *pacta sunt servanda* deja de aplicarse cuando se quiebra la regla *rebus sic stan-*

*tibus*. La cláusula de reforma no tiene mucho sentido en estas Constituciones-pacto; la regla acabada de citar es la que rige implícitamente en su lugar y su aplicación entraña una nueva decisión de los poderes constituidos pactantes y no de ningún poder creado en virtud del pacto.

En suma, las Constituciones sin cláusula de reforma reflejan una soberanía retenida y el consiguiente freno a la positividad del ordenamiento jurídico a través de una concepción política y no jurídica de la Constitución (como pacto y no como norma). La afirmación de Pace de que las Constituciones escritas (rígidas) pueden transformarse en flexibles si el contexto político y cultural juega en sentido opuesto al de la rigidez corrobora que lo que se debate es un concepto político y no jurídico de Constitución. Para ser más exactos, la Constitución es para sus creadores, sujetos soberanos, un pacto político al que quedan vinculados por las reglas del pacto (*rebus sic stantibus*); por contra, para los poderes constituidos la Constitución es norma jurídica. Cuando el poder legislativo recae en los mismos sujetos titulares de la soberanía, por ejemplo, el Rey con las Cortes, éstos, al hacer las leyes, actúan como poder constituido y están sujetos a la Constitución (el concepto material de ley surge, y así lo recuerda Varela, para limitar al legislador y deslindar su ámbito del propiamente constitucional (que no es el que abarca formalmente la Constitución, sino que se circunscribe a su “contenido sustancial”). Si el Rey con las Cortes modifican este contenido no significa que mediante una ley están actuando como poder constituyente constituido, porque la Constitución no los contempla como tales; actúan como poder constituyente “retenido”, como poder pactante (políticamente constituido antes de la Constitución-pacto), que decide alterar el contenido de ésta. Los sujetos del pacto y de la ley pueden ser los mismos, pero no actúan con igual título. La Constitución es soberana como ley (y dentro del ámbito material que a esta le corresponde), pero no es soberana como pacto.

Quisiera hacer referencia ahora, aunque sea brevemente, al concepto sustancial de Constitución. Para Pace, de acuerdo con Bryce, una Constitución escrita es rígida y el solo hecho de estar escrita la dota de una “natural” rigidez que la hace inmune a la ley ordinaria. Esta rigidez/superioridad (las dos caras de una misma moneda, según él) de la Constitución ha de entenderse en términos sustanciales. La Constitución escrita es superior a la ley en cuanto regula materia propiamente constitucional, como es la organización de los poderes, relación Estado-sociedad, etc., de manera que aunque se entendiese que una Constitución escrita pudiese ser reformada por procedimientos de la ley ordinaria, ésta nunca podría modificar la Constitución “sustancial”. Para afrontar el problema de la superioridad sustancial de la Constitución recurre a criterios iusnaturalistas, sociológicos, histórico-políticos, etc. Sin embargo,

aquí el problema no es de “superioridad”. El asunto está en identificar la “sustancia” constitucional, pero, una vez hecho esto, la relación entre Constitución sustancial y ley no sería de superioridad, de jerarquía, sino de distribución de materias, de “reserva constitucional”, cuyo contenido habría de entenderse como propio de aquella Constitución-pacto y cuya alteración habría de regirse por las reglas propias de los pactos (soberanía jurídica de la ley *versus* soberanía política retenida implícita en la Constitución-pacto).

Por último, discrepo de la apreciación de mi colega Joaquín Varela que vincula la existencia de una Constitución como norma jurídica suprema a la existencia de un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. La relación creo que es inversa, como en su día dejó escrito Ignacio de Otto. La Constitución no es norma jurídica suprema por que haya jurisdicción constitucional, sino que ésta existe porque la Constitución es norma jurídica suprema. Lo definitorio de la supremacía es que la infracción de la Constitución sea antijurídica y este carácter se puede poner de manifiesto no sólo en sede jurisdiccional, sino también en sede parlamentaria, por la oposición, e incluso por la opinión pública al poder enjuiciar como inconstitucional (juicio jurídico, que se superpone al político) una determinada medida del gobierno o del Parlamento. La posición de Varela llevaría en pura lógica a proponer que el Tribunal Constitucional actúe de oficio, pues de nada valdría su jurisdicción si en la práctica nadie interpusiese ante él recursos o cuestiones de inconstitucionalidad contra normas infractoras de la Constitución.»

Interviene en segundo lugar el profesor Ignacio Villaverde Menéndez:

«A mi entender son dos las cuestiones que trata de resolver Pace en su trabajo: qué sucede si una Constitución escrita no prevé su procedimiento de reforma y por qué una Constitución escrita deviene en flexible por la práctica política cuando su naturaleza es rígida. Son dos órdenes de problemas distintos, yo sólo me voy a ocupar del primero.

Mi tesis es la siguiente: si la Constitución, como forma jurídica distinta a la ley, es una norma jurídica dotada de supremacía, ya no es necesario hablar de Constituciones rígidas o flexibles. Coincido con Pace en lo que hace a la identificación de la causa de la rigidez: la superioridad de la Constitución escrita. Ahora bien, a mi juicio esa superioridad, que en definitiva se identifica con la rigidez, frente a la ley ordinaria no proviene de la formalización en un documento escrito (lo que sólo, y no es poco, da certeza del contenido de esa Constitución, pero no es necesariamente condición de su supremacía), sino de la “superior autoridad” de la que emana (soberano). En esto coincido con la apostilla de Varela.

Sumándome a las palabras de Bastida, la cuestión en efecto radica en la de-



finición que hagamos de rigidez. Pace repara en la identificación que el constitucionalismo decimonónico hacía entre rigidez y procedimiento especial de reforma, y no entre rigidez y superioridad de la Constitución escrita, como él pretende sostener. La razón a mi juicio de esa identificación debe buscarse en el principio de soberanía nacional. El legislador, representante de la Nación soberana, expresa una voluntad normativa de la misma calidad que la expresada por el constituyente. La necesidad, cuando menos teórica, de distinguir la titularidad del ejercicio de la soberanía, requería establecer algún criterio que permitiera distinguir a la ley constitucional (Constitución escrita y leyes de reforma constitucional) de la ley ordinaria. Criterio que consistirá en establecer un procedimiento especial o introducir en el procedimiento legislativo ordinario algún gravamen para las leyes de reforma constitucional. De este modo se juridificaba la Constitución escrita, convirtiéndola en una ley reforzada en tanto su modificación respondía a un procedimiento legislativo especial, es decir, era rígida. De ahí la identificación decimonónica de la rigidez con un procedimiento agravado de reforma constitucional. Al tiempo, la Constitución se integraba en el bloque de la legalidad, utilizado como parámetro de control de la actividad Administrativa, e incluso judicial (principio de legalidad). Con ello, la Constitución se convertía en norma jurídica, aunque no suprema, pues poseía igual rango jurídico que la ley ordinaria.

A nuestro juicio, afirmada la soberanía popular, ya no es necesario acudir al criterio de la rigidez para distinguir la ley constitucional de la ley ordinaria. Entre la Constitución, concebida, ahora sí (y no desde un principio como sostiene Bastida) como forma jurídica distinta a la forma jurídica de ley, y la ley, hay una relación jerárquica (que no de distribución de materias como parece sostener Bastida para defender la natural rigidez de la forma jurídica de Constitución, pues, tal planteamiento desemboca a la postre en un concepto material de Constitución sumamente discutible), pues Constitución y ley manifiestan voluntades normativas diversas, la primera expresa la del soberano y la segunda la de la colectividad. Toda Constitución, entendida como forma jurídica distinta de la de ley, goza de supremacía, lo que excusa el recurso a la rigidez. La rigidez, además, es un criterio técnico que sólo puede operar entre normas jurídicas de similar rango. Si se sigue acudiendo al criterio de la rigidez, o ésta se identifica con la supremacía (como hace Pace), luego lo hace un criterio inútil, o si se conserva su sentido técnico, se estaría equiparando en rango a la ley con la Constitución.

Si el criterio correcto es la supremacía, y por tanto, se admite la jerarquía como instrumento de articulación de las relaciones entre la Constitución y la ley, que una Constitución carezca de previsiones sobre su propia reforma o se declare intangible, únicamente, implica que su modificación siempre supone

una ruptura constitucional y, por tanto, una sucesión de ordenamientos provocada por la propia sucesión de Constituciones (principio de Constitución posterior deroga a la anterior). Acudir al criterio del paralelismo de las formas o a otro similar es útil para dotar de legitimidad a la ruptura constitucional, pero no para sostener que jurídicamente se ha producido una reforma constitucional.»

Interviene, finalmente, el suscribiente de la recensión para poner de manifiesto:

«El punto de partida correcto del análisis debería ser determinar en primer término la posición de la Constitución en el ordenamiento jurídico (el de los Estados decimonónicos si se quiere), o lo que es lo mismo, si la Constitución, en fin, es una forma jurídica distinta de la ley y jerárquicamente superior, con fuerza activa y pasiva respecto de ésta. Una vez sentado lo anterior, será posible en un segundo estadio pasar a establecer si la distinción entre Constituciones —que son formas jurídicas supremas— flexibles y rígidas puede llenarse de algún contenido teórico, y si esta distinción es acaso de utilidad para la existencia misma del ordenamiento jurídico.

En esta tarea interpretativa, revestida indudablemente de apreciaciones dogmático-constitucionales, no se debe, sin embargo, caer en el error de subvertir la “positividad” de la Constitución con la dogmática constitucional “tópicamente” adecuada a la circunstancia histórica concreta o derivada de la lógica interna del sistema jurídico, ni en el de confundir presupuesto con consecuencia.

Ciertamente, no es posible presuponer la competencia de cualquier sujeto y por cualquier procedimiento para la creación normativa, incluida la de reforma constitucional, cuando ésta no ha sido fundamentada por la Constitución del Estado; de otro modo, estaríamos disolviendo irracionalmente el principio de «unidad del Estado-ordenamiento». Ahora bien, una vez previstos por la Constitución unos sujetos competentes para la creación jurídica y unas reglas procedimentales —y en su caso materiales— por las que se deben regir éstos en dicha creación, el propio carácter de sistema autorreferencial que tiene el ordenamiento, uno de los aspectos de su propia positividad, es la base de otro principio lógico-jurídico que debe ser cohonestado con el anterior, y cuya funcionalidad es lograr la continuidad formal del ordenamiento. La dinamicidad del ordenamiento parece exigir, por tanto, un principio lógico contrario al de la unidad, el de la modificabilidad absoluta. No es preciso, sin embargo, excluir la operatividad de cualquiera de ambos principios en el análisis lógico del ordenamiento. Allí donde se ponga en peligro la unidad del ordenamiento jurídico, sea en el espacio o en el tiempo, debería operar el principio de inmodificabilidad natural de las normas. Pero donde, por el contrario, lo que esté en

peligro sea la continuidad formal de aquél, y sólo quepa suponer una habilitación o abocar a la ruptura constitucional, debería suponerse la competencia del órgano que tiene atribuida la función normadora general también para la reforma constitucional. Este debería ser el punto de partida, sin perjuicio, de que las normas positivas del ordenamiento puedan manifestar tácita o expresamente una voluntad contraria a cualquiera de estos principios lógicos, en cuyo caso ésta última será el deber ser que se tenga por contenido de la norma en presencia.

Por otra parte, la superioridad de la Constitución no se ve en absoluto mermada por el hecho de admitir la modificabilidad de la Constitución por el legislador ordinario, aún cuando no haya sido previsto expresamente por la Constitución un procedimiento de reforma, a condición de que éste la está obligado a realizarla de forma expresa.»



# *RESEÑA BIBLIOGRAFICA*

