

## REFORMA CONSTITUCIONAL Y DEFENSA DE LA DEMOCRACIA

Este volumen es el fruto del Proyecto de I+D+i titulado «Reforma constitucional y defensa de la democracia» (MINECO-18-DER2017-82196-P). En el mismo se abordan, desde perspectivas metodológicas muy diversas, cuestiones como la relación existente entre reforma constitucional y concepto de Constitución, la diferencia entre reforma y sustitución de la Constitución, la no exportabilidad del polimorfismo constitucional indeterminado como mecanismo de defensa de la democracia, los abusos y deslealtades en el cambio constitucional, el papel de los estándares de derechos humanos en la reforma constitucional y diversos aspectos de la reforma constitucional y la defensa de la democracia desde la perspectiva del derecho comparado alemán, argentino y venezolano, así como desde la historia constitucional española. A ello se añade el estudio del papel del federalismo y de la participación ciudadana directa en la reforma constitucional, el rol de las minorías parlamentarias y la igualdad de género en el procedimiento de reforma constitucional, el papel de la jurisdicción constitucional como posible poder de reforma constitucional, la importancia y cuestionamiento del control judicial de constitucionalidad para la protección de la democracia, y los procedimientos de control de constitucionalidad de la reforma constitucional tanto en España como en Canadá.

**Benito Aláez Corral** (benito@uniovi.es) es doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo y Máster en Derecho alemán por la Universidad de Bochum. Es Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo desde 2012. Durante estos años ha combinado su dedicación a la docencia y la investigación con el ejercicio práctico del derecho como Magistrado Suplente del Tribunal Superior de Justicia y de la Audiencia Provincial de Asturias, y como Consejero del Consejo de Administración de la Radio Televisión del Principado de Asturias. Sus publicaciones y abarcan diversos libros monográficos, capítulos de libros y artículos en revistas especializadas y se han ocupado de problemas del Derecho constitucional, entre los que destacan: *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978* (CEPC, 2000), *Minoría de edad y derechos fundamentales* (Tecnos, 2003), *Nacionalidad, ciudadanía y democracia* —premio Francisco Tomás y Valiente del Tribunal Constitucional— (CEPC, 2005) y, más recientemente, *Complejidad del espacio público, democracia y regulación del ejercicio de derechos fundamentales* (CEPC, 2016) y *Conflictos de derechos fundamentales en el espacio público* (Marcial Pons, 2017).



PRECIO: 32,00 €  
(IVA incluido)



Reforma constitucional  
y defensa de la democracia

13

BENITO ALÁEZ CORRAL (COORD.)

# Reforma constitucional y defensa de la democracia

BENITO ALÁEZ CORRAL (COORD.)



Foros y Debates



## Colección Foros y Debates

### Títulos publicados

1. **Las nuevas clases medias latinoamericanas: ascenso e incertidumbre**  
Ludolfo Paramio y Cecilia Güemes (coords.)
2. **La presentación y proclamación de candidatos electorales**  
Piedad García-Escudero Márquez e Ignacio Álvarez Rodríguez  
Prólogo de Alfonso Fernández-Miranda Campoamor
3. **Fundamentos del Derecho de Internet**  
Moisés Barrio Andrés  
Prólogo de Tomás de la Quadra Salcedo Fernández del Castillo
4. **La nueva perspectiva de la tutela procesal de los derechos fundamentales**  
XXII Jornadas de la Asociación de letrados del Tribunal Constitucional (coed. TC)
5. **La Europa social: alcances, retrocesos y desafíos para la construcción de un espacio jurídico de solidaridad**  
Pietro Masala (ed.)  
Prólogo de Luis María López Guerra
6. **El concepto constitucional de sanción administrativa**  
Miguel Casino Rubio  
Prólogo de Alejandro Nieto
7. **La ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional**  
XXIII Jornadas de la Asociación de letrados del Tribunal Constitucional (coed. TC)
8. **Acceso a la justicia ambiental ante el Tribunal de Justicia Europea. Aplicación del Convenio de Aarhus a las instituciones de la Unión**  
Guillermo Martínez Jiménez  
Prólogo de Carmen Plaza Martín
9. **El artículo 155 de la Constitución**  
XXIV Jornadas de la Asociación de letrados del Tribunal Constitucional (coed. TC)
10. **El retorno del pensamiento constitucional. La nueva doctrina de la Corte Suprema de Argentina**  
Gonzalo Gabriel Carranza (dir.)  
Edición electrónica
11. **La evaluación de impacto normativo por razón de género. Su aplicación efectiva en las instituciones europeas y en España**  
Dolors Canals Ameller (dir.)
12. **La dimensión ideológica en la competición partidista**  
Ana Belén Benito Sánchez y Leticia M. Ruiz Rodríguez (eds.)  
Prólogo de Irene Delgado Sotillos
13. **Reforma Constitucional y defensa de la democracia**  
Benito Aláez Corral (coord.)

*Catálogo general de publicaciones oficiales:*

<http://www.publicacionesoficiales.boe.es/>

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

De esta edición, 2020:

© BENITO ALAEZ CORRAL (COORD.)

© CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Plaza de la Marina Española, 9

28071 Madrid

<http://www.cepc.gob.es>

Twitter: @cepcgob

NIPO: 091-20-020-6

ISBN: 978-84-259-1830-8

Depósito Legal:

Realización: Villena Artes Gráficas S.A.U.

Avda. Cardenal Herrera Oria, 242

Edificio B

28035 - Madrid

Impreso en España - *Printed in Spain*

## ■ Reforma constitucional y concepto de Constitución\*

PROF. DR. BENITO ALÁEZ CORRAL

ÍNDICE: I. ALGUNAS CUESTIONES TEÓRICAS PLANTEADAS POR LA REFORMA CONSTITUCIONAL.—II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL A LA LUZ DE UN CONCEPTO MATERIAL DE CONSTITUCIÓN; 1. *Materialización de la Constitución y prescripción de su contenido supra-positivo*; 2. *Implicaciones para la reforma constitucional de la materialización*; 3. *Breve problematización de las concepciones materiales de Constitución*.—III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL A LA LUZ DE UN CONCEPTO FORMAL DE CONSTITUCIÓN. 1. *Formalización de la Constitución y retorno a la descripción del derecho positivo*; 2. *Implicaciones de la formalización para la reforma constitucional*; 3. *Breve problematización de las concepciones formales de Constitución*.—IV. UNA ALTERNATIVA A LA DICOTOMÍA PLANTEADA: LA REFORMA CONSTITUCIONAL A LA LUZ DE UN CONCEPTO FORMAL-FUNCIONAL DE CONSTITUCIÓN. 1. *La supremacía jurídico-positiva de la Constitución como mecanismo de diferenciación funcional del Derecho*; 2. *Implicaciones de la funcionalización de la forma constitucional para su reforma*.—V. BIBLIOGRAFÍA

### I. Algunas cuestiones teóricas planteadas por la reforma constitucional

El fenómeno jurídico de la reforma constitucional plantea una serie de cuestiones, concatenadas entre sí, cuya respuesta es jurídicamente compleja. Así, es preciso determinar si el poder constituyente y el poder de reforma constitucional son equivalentes, si el poder constituyente del

---

\* Texto desarrollado en el marco del proyecto de I+D+I «Reforma constitucional y defensa de la democracia» (MINECO-DER2017-82196-P).

Pueblo puede modificar la Constitución directamente, al margen del procedimiento de reforma, si por la vía de la reforma cabe un cambio (reemplazo/sustitución) de Constitución, y relacionado con ello qué y qué no se puede cambiar a través de una reforma constitucional, es decir, si existen límites materiales a la reforma constitucional en forma de cláusulas de intangibilidad o límites implícitos, pero también hay que establecer qué función desempeñan la rigidez o la flexibilidad respecto de la estabilidad constitucional, o finalmente si es posible el control jurisdiccional de las reformas constitucionales y, en caso afirmativo, cuándo debe producirse, si *ex ante* o *ex post* de su aprobación. Distintos trabajos científico-jurídicos, incluidos los capítulos de este libro, tratan de dar respuesta a todas ellas y, como se podrá comprobar, lo hacen de forma consciente y explícita, pero también de forma inconsciente e implícita, desde distintas perspectivas teórico-constitucionales que, en ocasiones, resultan incluso contrapuestas.

Como se tratará de poner de relieve en las páginas que siguen, cada una de las anteriores cuestiones relativas a la reforma constitucional y a cómo ésta puede servir para defender la democracia recibirá una respuesta distinta en función del concepto de Constitución de que se parta<sup>1</sup>. En otras palabras, responder a las cuestiones que se derivan de la más genérica de en qué consiste una reforma constitucional requiere la previa clarificación conceptual de qué se entiende por Constitución, pues de ello dependerá el concepto y ámbito de actuación del poder constituyente y del poder de reforma constitucional. Ello es debido a que la interpretación constitucional, a diferencia de la interpretación de otros textos legales, requiere una previa elaboración dogmática que determine claramente la posición y valor jurídico que la norma constitucional ha decidido asumir, y a partir de la cual sea posible aplicar las técnicas interpretativas tradicionales<sup>2</sup>. Un análisis meramente textual de la regulación de la reforma en los textos constitucionales desde las revoluciones ilustradas no es suficiente para dar respuesta a las preguntas formuladas. De un

---

<sup>1</sup> Cfr. ya EHMKE, H., *Grenzen der Verfassungsänderung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1953, p. 85 ss.

<sup>2</sup> Respecto de la utilización de una «teoría de la Constitución constitucionalmente adecuada» en la interpretación constitucional véase por todos BÖCKENFÖRDE, E-W., «Die Methoden der Verfassungsinterpretation. Bestandaufnahme und Kritik», en: *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrechts*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1991, pp. 83-84.

lado, porque algunas de las preguntas antes enunciadas sobrepasan el ámbito de la regulación positiva de la reforma constitucional. De otro lado, porque importa el substrato teórico que está en cada momento histórico detrás de los documentos constitucionales. Piénsese, por ejemplo, que la cuestión relativa a si los textos constitucionales carentes de cláusulas de reforma constitucional son absolutamente rígidos (y por tanto irreformables) o por el contrario flexibles (y por tanto reformables por el procedimiento legislativo ordinario) no obtendrá la misma respuesta —al menos en Europa— si hablamos de documentos constitucionales de finales del XIX o de documentos del siglo XX, debido a que los contextos que definen el análisis científico del concepto jurídico de Constitución fueron variando a lo largo del tiempo paralelos al proceso de diferenciación del sistema jurídico respecto de otros sistemas sociales y en particular de la política.

Realizar una taxonomía de los conceptos de Constitución es complejo y puede atender a muy diversos criterios de los que, como es conocido, resultan un concepto de Constitución racional normativa/histórica/sociológica<sup>3</sup>, normativa/nominal/semántica<sup>4</sup>, etc... Con todo, estos conceptos realizan una taxonomía de la Constitución desde perspectivas epistemológicas muy diversas, no estrictamente jurídicas ni necesariamente contrapuestas, por lo que no los consideramos útiles para la comprensión jurídica de lo que es la reforma constitucional, y de su relación con la protección igualmente jurídica de la democracia. A dichos efectos consideramos más adecuada la dicotomía conceptual existente entre el concepto formal y el concepto material de Constitución. No se trata de contraponer filosóficamente forma y materia como se hizo en la antigüedad, sino que la distinción entre uno y otro se articulará en función de que la definición de lo que sea una Constitución —y por tanto de la democracia, allí donde la Constitución es democrática— se realice teniendo en cuenta un contenido meta-positivo y extrínseco al texto jurídico-positivo de la Constitución, pero definitorio de lo que sea ésta como norma jurídica, o a partir de la función intrínseca que la Constitución desempeña respecto del resto del ordenamiento jurídico-positivo, lo que tendrá una incidencia

<sup>3</sup> GARCÍA PELAYO, M., «Constitución y Derecho Constitucional (Evolución y crisis de ambos conceptos)», en: *Revista de Estudios Políticos*, Vol., 1948, p. 55 ss.

<sup>4</sup> LÖWENSTEIN, K., «Verfassungsrecht und Verfassungsrealität: Beiträge zur Ontologie der Verfassungen», en: *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 77, 1951/1952, p. 387 ss.

decisiva en las contrapuestas respuestas que se darán a las cuestiones que plantea el fenómeno de la reforma constitucional<sup>5</sup>.

En efecto, la materia constitucional no es en sí algo novedoso cuando aparecen los primeros documentos constitucionales modernos a finales del siglo XVIII, puesto que la misma, la fundamentación y ordenación del poder político, y por tanto del derecho positivo<sup>6</sup>, ya se venía realizando en el pasado a través del derecho natural, es decir, un derecho meta-positivo. Lo relevante entonces fue la forma que pasó a adoptar ese contenido meta-positivo, y que no es otra que un nuevo y específico tipo de derecho positivo, la Constitución, al que se concibe como supremo en el lugar del anterior derecho natural<sup>7</sup>. Se trata de un paso evolutivo determinante en la diferenciación del derecho (positivo) de otros subsistemas sociales como la política o la moral<sup>8</sup>, en los que paulatinamente quedará encuadrado el derecho natural. Este proceso de diferenciación, del que también se beneficia el concepto de Constitución, es un proceso evolutivo que no se encuentra en las mismas fases en uno y otro momento histórico, ni tampoco de forma homogénea en el mundo.

La reflexión acerca de cuál es el concepto de Constitución es una cuestión teórico-jurídica inextricablemente vinculada al concepto del derecho, por lo que no es indiferente a si el enfoque metodológicamente es un enfoque del positivismo, del realismo o del iusnaturalismo. En efecto, la formulación del concepto de Constitución presupone una reflexión metodológica acerca de si lo que se está conceptualizando es una norma jurídica —desempeño o no funciones políticas— o si es una estructura política, insuficientemente diferenciada del marco jurídico, aunque con reflejo en éste. Si se parte de que no es hasta la segunda mitad del siglo XIX, pero sobre todo a partir del primer cuarto del siglo XX, cuando comienza a realizarse en el mundo occidental una autoreflexión científica acerca de la naturaleza de la Constitución como parte del sistema jurídi-

<sup>5</sup> ALÁEZ CORRAL, B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, CEPC, Madrid, 2000, p. 3.

<sup>6</sup> Como derecho producto exclusivo de la voluntad humana, expresada a través de la repetición de conductas o a través de una decisión, siguiendo la definición de AUSTIN, J., *The province of jurisprudence determined*, Lennox Hill, New York, 1970 (reimpresión de la 2ª edición de 1861), p. 11.

<sup>7</sup> CORWIN, E., «The “Higher Law” Background of American Constitutional Law», en: *Harvard Law Review*, vol. 42, 1929, p. 365 ss.

<sup>8</sup> LUHMANN, N., «La Constitution comme acquis evolutionnaire», en: *Droits*, núm. 22, 1995, pp. 112-113.

co, entonces la inclusión dentro del objeto de análisis de documentos, prácticas, costumbres, etc..., denominadas constitucionales, desde el origen de la humanidad hasta la actualidad, no deja de ser un acto de voluntarismo, sin correspondencia con una percepción científico-jurídica de esa realidad diferenciada que hoy es el sistema jurídico. Ni las constituciones de la Grecia o Roma clásicas, ni las constituciones medievales, ni siquiera los primeros instrumentos de Gobierno de las revoluciones ilustradas eran concebidas aún como normas jurídicas diferenciadas de las prácticas políticas, por lo cual carece de sentido una reflexión sobre las mismas con categorías de una moderna ciencia jurídica que entiende al derecho como un sistema social plenamente diferenciado.

Nuestro análisis conceptual debe centrarse, pues, en documentos constitucionales occidentales contemporáneos —del siglo xx hasta la actualidad— y bajo la premisa de que, al menos, se ha realizado la reflexión metodológica acerca de si derecho y política/moral pueden concebirse como esferas de comunicación social funcionalmente diferenciadas, sea cual sea la conclusión a la que se haya llegado. Sobre esta base es sobre la que consideramos útil y necesaria, a los efectos del análisis teórico de la reforma constitucional, la clasificación de los conceptos de Constitución en materiales y formales, pues de ella se derivan respuestas diversas y metodológicamente diferenciadas para las cuestiones enumeradas al inicio de este texto y en particular para si y cómo la reforma constitucional puede servir para defender la democracia.

Un buen ejemplo de la trascendencia de esta dicotomía conceptual es el de la reforma de la Constitución de la India y su control judicial de constitucionalidad: como respuesta a la doctrinal del Tribunal Supremo de la India de 1973 (Caso *Kesavananda Bharati v. State Of Kerala*, 4 SCC 225) en la que se estableció su competencia para controlar la constitucionalidad de las reformas constitucionales que violasen las «estructuras básicas» subyacentes al texto de la Constitución de la India, el poder de reforma de dicha Constitución introdujo en 1976 dos nuevos apartados en el art. 368, el 4 y el 5, que expresamente trataron de prohibir el control de constitucionalidad de las reformas aprobadas, y la aplicación de límites materiales al poder de reforma —al que se calificaba de poder constituyente—, pero el Tribunal Supremo de la India en su famosa decisión de 31 de julio de 1980 (Caso *Minerva Mills Ltd. and Others v. Union of India and Others*, 3 SCC 625) los declaró inconstitucionales, precisamente, por in-

fringir la doctrina de las «estructuras básicas» como límites implícitos a la reforma que había establecido en 1973. Un concepto formal de Constitución conduciría a entender que el poder de reforma constitucional de la India es, tal y como declara el art. 368.5, el poder constituyente (juridificado), que dicho poder no puede ser limitado materialmente y que no cabe control de constitucionalidad de la reforma —en tanto obra normativa de un poder constituyente— por un poder meramente constituido como el del Tribunal Supremo, siendo sus decisiones judiciales actos inconstitucionales que atentarían contra la democracia tal y como la ha configurado el texto constitucional de la India. Contrariamente, un concepto material de Constitución conduciría a entender, como hizo el Tribunal Supremo de la India, que el texto constitucional no es la «verdadera» Constitución —ni la verdadera democracia a proteger—, que se identifica con unas estructuras básicas subyacentes y por encima de aquel texto, no necesariamente positivizadas y que confieren al Tribunal Supremo un poder de control de constitucionalidad no suprimible por el poder de reforma constitucional, al que se concibe como un poder constituido —no constituyente— y sometido en todo caso al límite implícito de respetar las estructuras básicas, siendo el art. 368.4 y 5 de la Constitución normas constitucionales inconstitucionales declaradas inválidas por las decisiones del Tribunal Supremo.

## II. La reforma constitucional a la luz de un concepto material de Constitución

### 1. MATERIALIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y PRESCRIPCIÓN DE SU CONTENIDO SUPRA-POSITIVO

La *materialización* de la Constitución consiste fundamentalmente en su politización, su circunscripción a una realidad social, a una comunidad humana, a la que sirve como ordenación de su existencia, política primero y jurídica después, así como a los valores y/o a las relaciones de poder que surgen en ella y que conforman el régimen político subyacente y supra-ordenado al texto constitucional formalizado<sup>9</sup>. A partir de ello, el concepto material de Constitución no pretende construir ésta sobre la base del dere-

<sup>9</sup> OTTO Y PARDO, I. de, «Memoria sobre el objeto, método y fuentes del Derecho Político», en: *Obras Completas. Ignacio de Otto y Pardo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo/CEPC, Oviedo, 2010, p. 533 ss.

cho constitucional positivo, sino a partir de la intromisión dentro de aquél de elementos meta-positivos, de los sistemas moral o político, con los que se pretende enlazar el «deber ser» que pretende la forma jurídico-positiva con el «ser» que refleja la realidad política. De manera simplista se puede decir que un concepto material define a la Constitución por su ontología axiológico-política y no por su forma jurídico-positiva diferenciada.

La Constitución se convertiría así en una norma que regula ciertos aspectos de la estructura política de una comunidad política, hasta el punto de convertirse en su estructura sostenedora sea como decisión política fundamental<sup>10</sup>, como realidad integradora<sup>11</sup>, o como como instrumento al servicio de la institución social del Estado<sup>12</sup>. Si actualizamos este concepto material a la luz de la filosofía política del constitucionalismo, que se ha ido imponiendo en las democracias occidentales desde el siglo XVIII<sup>13</sup>, vemos que el mismo define la Constitución a partir del contenido político de los valores del constitucionalismo, tal y como lo expresara ya el Artículo XVI de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: «Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución», así como en la atribución de la soberanía, y por tanto del poder constituyente, al Pueblo, es decir, lo que hoy merece el nombre de Constitución en la cultura occidental<sup>14</sup>.

Lo característico de los conceptos materiales de Constitución es que introducen en la definición de ésta —y de su reforma— elementos que pertenecen al mundo del «ser» político, o cómo mínimo de un «deber ser» extra-jurídico<sup>15</sup> o meta-positivo<sup>16</sup>. La existencia de una ver-

<sup>10</sup> SCHMITT, C., *Verfassungslehre*, Duncker und Humblot, Berlin 1989 (reimpresión de la 1ª edición de 1928), pp. 22.

<sup>11</sup> SMEND, R., «Verfassung und Verfassungsrecht», en: *Staatsrechtlichen Abhandlungen*, Duncker & Humblot, Berlín 1968 (reimpresión de la edición de 1928), pp. 119 ss., 189.

<sup>12</sup> HAURIOU, M., *Precis de Droit Constitutionnel*, Recueil Sirey, Paris, 1923, pp. 267-268; MORTATI, C., *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940, pp. 65-67.

<sup>13</sup> ACKERMAN, B., «The rise of world constitutionalism», en: *Virginia Law Review*, vol. 83, 1997, p. 771 ss.

<sup>14</sup> SCHNEIDER, H.-P., «Verfassungsgebende Gewalt», en: ISENSEE/KIRCHHOF (Edit.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band XII: Normativität und Schutz der Verfassung*, C.F. Müller, Heidelberg, 2014, núm. marg. 36.

<sup>15</sup> La «normalidad» y la «normatividad extra-jurídica» a las que hace referencia HELLER, H., *Staatslehre*, A. W. Sijthoff, Leiden, 1961, p. 250 ss.

<sup>16</sup> Con la más refinada construcción de BACHOF, O., *Verfassungswidrige verfassungsnormen?* (1951), en: *Wege zum Rechtsstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht*, Athenäum, Königstein, 1979, p. 17 ss.

dadera Constitución, dotada de supremacía, se vincula, por tanto, a que ésta responda a ese contenido político como un logro de la humanidad, como expresión del poder constituyente del Pueblo, y no tanto a una forma jurídico-positiva, convirtiendo al concepto de Constitución en un *concepto prescriptivo* y no descriptivo de lo que debe ser una Constitución<sup>17</sup>.

## 2. IMPLICACIONES PARA LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE LA MATERIALIZACIÓN

Consecuentemente con lo anterior, el poder constituyente (originario) se atribuye necesariamente al Pueblo soberano, que no se concibe —en contra de lo que muchas veces se piensa— como un poder fáctico, sino como un poder legal, sometido a un derecho previo y superior al texto constitucional positivo, que es producto de su actuación. Ello tiene una primera implicación trascendental para la reforma constitucional: poder constituyente y poder de reforma constitucional no son lo mismo, ni pueden serlo bajo ninguna circunstancia, pues el segundo está siempre subordinado al primero, que es el que le da vida normativa y del que el poder de reforma es una mera delegación o derivación. De ahí que el poder de reforma constitucional, por su propia naturaleza, no sólo se considere formal sino también materialmente limitado, dado que no puede traspasar los límites de la delegación de poder/competencia atribuida por el poder constituyente, que tiene su razón de ser en el mantenimiento, perfeccionamiento y mejora de su obra constitucional, es decir, para hacer cambios *en el texto constitucional* pero no para cambiar *de Constitución*.

Pero de lo anterior también se deriva que el poder constituyente originario —y no el poder de reforma— siempre puede cambiar o reemplazar la Constitución, incluso actuando al margen de un procedimiento

---

<sup>17</sup> Dos influyentes ejemplos actuales de este entendimiento material de la Constitución serían en mi opinión los de ROZNAI, Y., *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, Oxford, 2017; y BERNAL PULIDO, C., Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional. Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una constitución, en: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 22, 2018.

constitucionalmente establecido, sea en la forma de Convención Constitucional, Asamblea Constituyente o con la intervención directa del Pueblo en referéndum. Algunos textos constitucionales, como el art. 146 de la Constitución alemana, reflejan esta posibilidad de intervención del poder constituyente al margen del procedimiento de reforma constitucional de su art. 79<sup>18</sup>, y, sin dicha alusión textual, parte de la doctrina estadounidense afirma la existencia de un «*higher law making*», que permitiría al Pueblo de los EE.UU. modificar la Constitución al margen del procedimiento previsto en el art. V de la Constitución<sup>19</sup>. Ahora bien, la concepción del poder constituyente originario como un poder jurídico, es decir, como un poder que, si bien no se halla sometido al derecho positivo vigente, no representa tampoco una mera manifestación de un poder fáctico, conlleva su sometimiento a una serie de normas internas o externas, meta- y supra-positivas, que predeterminarían desde el sujeto competente para cambiar, reemplazar o elaborar una nueva Constitución o el procedimiento a utilizar por aquél, hasta los límites materiales a que, en su caso, se encontraría sometido aquel poder en su actuación<sup>20</sup>.

Para estas concepciones materiales de Constitución las cláusulas de intangibilidad son necesarias, y cuando no están incluidas expresamente en el texto constitucional se han de presuponer implícitas para garantizar la esencia de la Constitución, es decir, la materia constitucional que constituye la razón de ser misma del poder constituyente del Pueblo<sup>21</sup>. La «legitimidad constitucional» se convierte, así, en la fuente de límites materiales al poder de reforma constitucional en sus vertientes expresa —si el texto constitucional ha positivizado cláusulas de intangibilidad— o tácita —si no las ha positivizado—, pues muchos de estos principios no

<sup>18</sup> En la doctrina alemana se discute si sería o no preciso que por la vía del art. 79.3 se introdujese un procedimiento constituyente antes de ejercer el poder del art. 146 o si ese poder también está sujeto a limitaciones de carácter conceptual inherentes al concepto de Constitución. Véase al respecto MICHAEL, L., «Artikel 146 GG», en: KAHL/WALDHOFF/WALTER (Edit.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, C.F. Müller, Heidelberg, 2013 núm. marg. 552.

<sup>19</sup> ACKERMAN, B., *We the people. Volume 1. Foundations*. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1991, p. 266 ss.

<sup>20</sup> Ya BÖCKENFÖRDE, E. W., «Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbe-  
griff des Verfassungsrechts», en: *Staat, Verfassung und Demokratie. Studien zur Verfassungs-  
theorie und zum Verfassungsrecht*, op. cit., p. 107-108.

<sup>21</sup> Así, por ejemplo, respecto de la Constitución de Suiza ya NEF, H., «Materielle Schranken der Verfassungsrevision», en: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, vol. 61, 1942, p. 128 ss.

necesitan haber sido recogidos en el texto constitucional, sino que su característica será existir y valer sin texto<sup>22</sup>. El procedimiento de reforma constitucional sirve para, permitiendo la adaptación del texto constitucional a los cambios sociales, proteger esa esencia de la Constitución, es decir, no está al servicio de la mutabilidad del derecho (positividad) como un fin en sí mismo sino como un medio para proteger aquel derecho supra-positivo. En los ordenamientos jurídicos democráticos esa legitimidad constitucional convierte en paradójica y lógicamente imposible una reforma constitucional que pretenda por vías democráticas suprimir la propia democracia o los contenidos esenciales o fundamentales que la hacen posible, puesto que el poder de reforma se concibe para enmendar la Constitución, no para destruirla<sup>23</sup>. De producirse, no sería sino un *fraude constitucional* al no respetar los principios filosófico-políticos subyacentes al ejercicio del poder constituyente constituido y fuente de validez de su competencia<sup>24</sup>.

Por último, el control de constitucionalidad de las reformas del texto constitucional es para estas concepciones materiales un instrumento inherente y necesario de salvaguarda del respeto a la Constitución, es decir, de los irrenunciables valores del constitucionalismo. Aunque en su día se discutió si ese control debía o no estar en manos de órganos judiciales, dada su naturaleza contra-mayoritaria y disgregadora de la unidad política del Pueblo sobre la que se asienta la Constitución<sup>25</sup>, en la actualidad domina la posición doctrinal que atribuye este control de constitucionalidad de las reformas, sea preventivamente, sea represivamente (*ex post*), al poder judicial<sup>26</sup>. Y no son pocos los Tribunales Supremos o constitucionales que, siguiendo estas concepciones materiales de constitución se atribuyen el poder para controlar —y en su caso invalidar— las reformas constitucionales que atenten contra la estructura básica o la arquitectura

<sup>22</sup> Cfr. HAURIOU, M., *Precis de Droit Constitutionnel*, op. cit., pp. 296-297.

<sup>23</sup> MARBURY, W.L., «The Limitations Upon the Amending Power», en: *Harvard Law Review*, vol. 33, 1919, p. 225

<sup>24</sup> LIET-VEUX, G., «La “fraude a la Constitution”. Essai d’une analyse juridique des revolutios communautaires recentes: Italie, Allemange, France», en: *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, Tome LIX, núm. 2, 1943, pp. 143-145.

<sup>25</sup> SCHMITT, C., «Der Hüter der Verfassung», en: *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 55, núm. 2, 1929, pp. 161 ss.

<sup>26</sup> ROZNAI, Y., *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, op. cit., p. 180 ss.

constitucional<sup>27</sup> de la Constitución<sup>28</sup>, los principios fundamentales o el núcleo implícito (supra-positivo) intangible de la Constitución<sup>29</sup>, e incluso alguno ya lo ha aplicado con eficacia invalidatoria<sup>30</sup>.

### 3. BREVE PROBLEMATIZACIÓN DE LAS CONCEPCIONES MATERIALES DE CONSTITUCIÓN

Las concepciones materiales de Constitución contemporáneas plantean importantes problemas de índole conceptual. En primer término, su base es puramente ideológica. La normativa atribución de la soberanía y del poder constituyente originario al Pueblo no es sino un falacia, legalmente hablando, que solo puede pretender cumplir una función simbólica de legitimación democrática del sistema, pero que no puede basarse en el derecho, sea positivo sea supra-positivo, sin contradecir el significado mismo fundacional que se pretende atribuir a la soberanía popular. Porque ¿quién es el Pueblo? ¿quién crea al Pueblo y define la pertenencia al mismo? ¿quién empodera al Pueblo y le atribuye el poder constituyente? Se trata de preguntas para las que legalmente no hay respuesta sin convertir en una falacia jurídica dicha soberanía popular, y cuya respuesta en términos democráticos también resulta imposible<sup>31</sup>. Los conflictos secesionistas ilustran, como ningún otro, esa imposibilidad de asentar en una lógica democrática previa y anterior al derecho positivo la definición de un sujeto, el Pueblo, al que legal y legítimamente se quiere atribuir el poder constituyente. Si el Pueblo no es la mera agregación de individuos residentes en un espacio y en un tiempo determinado, sino que requiere una cierta conciencia política comparti-

<sup>27</sup> Dictámenes del Tribunal Supremo de Canadá Reference re Senate Reform (2014 SCC 32) y Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6 (2014 SCC 21).

<sup>28</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de la India de 24 de abril de 1973 (Caso Kesavananda Bharati v. State Of Kerala, 4 SCC 225) y de 31 de julio de 1980 (Caso Minerva Mills Ltd. v. Union of India, 3 SCC 625).

<sup>29</sup> Sentencia de 23 de octubre de 1051 del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfGE 1, 14,18).

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de Eslovaquia de 30 de enero de 2019 (PL. ÚS 21/2014-96).

<sup>31</sup> Cfr. OFFE, C., «“Homogeneity” and Constitutional Democracy: Coping with Identity Conflicts through Group Rights», en: *The Journal of Political Philosophy*, vol. 6, núm. 2, 1998, pp. 115-118.

da<sup>32</sup>, es porque se han reconducido a unidad las diferencias existentes entre mayorías y minorías y, se haga como se haga, ello es posible porque bien el derecho positivo o bien un derecho supra-positivo han decidido *a priori* quiénes pueden expresar esa conciencia política compartida y quienes no, es decir, la extensión personal y espacial del *demos*, y el procedimiento de expresión de su voluntad unitaria —Asamblea representativa, Convención constitucional, Referéndum constituyente, etc...—, que es precisamente lo que discute quien se siente en minoría dentro de un *demos* mayor en los conflictos secesionistas.

En segundo término, si con el concepto de poder constituyente del Pueblo se hace referencia a un poder meramente fáctico y jurídicamente ilimitado, las limitaciones a su omnipotencia formal y material habría que medirlas en términos políticos, económicos, etc..., no en términos jurídicos, y servirían para otorgarle legitimidad o eficacia, no para fundamentarlo legalmente. Piénsese, por ejemplo, en los condicionamientos socio-económicos que genera la globalización económica para una decisión tan constituyente como la de la pertenencia a la Unión Europea, o la de crear/reformar la Constitución de un Estado miembro de forma contraria a los valores fundacionales de la Unión, con el riesgo de expulsión de ésta. Ahora bien, si se concibe al poder constituyente como un poder limitado, no por el texto constitucional positivo sino por un derecho supra-positivo, aunque ello a veces se omita en el razonamiento<sup>33</sup>, en puridad el mismo tampoco será un poder originario, sino derivado, lo que en último extremo haría perder sentido su distinción conceptual con el poder de reforma. Solo con el recurso a un «derecho natural» habilitador del poder constituyente se puede aceptar que el Pueblo tenga un «derecho» (legal y no solo moralmente hablando) a convocar una convención constitucional/asamblea constituyente a través de la cual modificar la Constitución vigente o aprobar una nueva Constitución —incluso aunque este método de reforma constitucional no esté previsto en la primera—, pero también que ese derecho del Pueblo no permita ni su

<sup>32</sup> En una versión post-schmittiana moderna más democrática, véase GRIMM, D., «Does Europe need a Constitution?», en: *European Law Journal*, núm. 1, 1995, pp. 295-296.

<sup>33</sup> Lo que en nuestra opinión sucede con algunas modernas teorías sobre la limitación del poder de reforma constitucional y la falta de limitación (jurídico positiva) del poder constituyente originario, como la de ROZNAI, Y., *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, *op. cit.*, pp. 108-110.

autodestrucción ni la destrucción de la democracia, al estar conceptualmente limitado por su función al servicio de los valores del constitucionalismo<sup>34</sup>.

Finalmente, tampoco resulta pacífica la determinación de qué sea la esencia de la democracia constitucional, es decir, de esos valores del constitucionalismo que definen conceptualmente al poder constituyente del Pueblo y, por tanto, a su obra, la Constitución<sup>35</sup>, sobre todo cuando se desciende al detalle concreto desde el abstracto cielo de los valores morales y no se reconoce al texto constitucional supremacía jurídica para esa concreción objetiva. Piénsese en los problemas jurídico-democráticos que plantea la respuesta a preguntas como quién define cuál es esa esencia constitucional supra— y meta-positiva que no está a disposición del poder de reforma constitución, ni siquiera del poder constituyente, especialmente si la competencia se pretende atribuir a unos órganos jurisdiccionales, cuya identificación y poder se fundamentan en el propio texto constitucional positivo; o las cuestiones relativas a si es democrático destruir la democracia por medios democráticos, si el Pueblo al que se atribuye la soberanía debe tener una identidad nacional o por el contrario construirse a partir del principio de afectación, etc. Todas estas concreciones afectan al quién, al cómo y al qué puede hacer el poder constituyente del Pueblo, y tanto si las realiza una norma jurídico-positiva —objetivable—, como si las presuponemos —de forma subjetiva— como inherentes al concepto de poder constituyente, contradirían el carácter jurídicamente soberano del Pueblo. De ahí que todas estas disquisiciones dependan, en última instancia, de que se acepte o se niegue la premisa metodológica de que el derecho positivo —al menos en el mundo occidental— ha alcanzado a día de hoy un grado de diferenciación funcional que le permite aspirar a autodefinirse y por tanto a trazar desde dentro la frontera entre lo que es relevante jurídicamente y lo que no lo es, y que todo ello es observable desde fuera, en un segundo nivel, por la ciencia del derecho<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> BERNAL PULIDO, C., *Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional. Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una constitución*, op. cit., p. 74 ss.

<sup>35</sup> Cfr. SCHWARZBERG, M., *Democracy and Legal Change*, Cambridge University Press, Massachusetts, 2007, p. 197 ss.

<sup>36</sup> LUHMANN, N., *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1993, pp. 496-497.

### III. La reforma constitucional a la luz de un concepto formal de Constitución

#### 1. FORMALIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y RETORNO A LA DESCRIPCIÓN DEL DERECHO POSITIVO

Las concepciones formales de Constitución, a diferencia de las materiales, definen la Constitución a partir de su forma jurídico-positiva, no de su contenido, aunque éste pueda ser relevante para determinar su función. La *formalización* significa en un sentido amplio la *juridificación* de un concepto que inicialmente había sido definido como categoría política. En sentido estricto, el término implica, además, el concreto método jurídico de estudio de la Constitución como norma jurídico-positiva que, aunque tradicionalmente se ocupa de regular la creación de normas por los órganos superiores del Estado, no viene definida por la materia de la que se ocupa sino por la forma jurídica que adopta. Esta forma jurídica diferenciada, más allá de recibir el nombre de «Constitución», se identifica con la agravación en el procedimiento y/o los órganos de elaboración en comparación con los de la Ley ordinaria<sup>37</sup>, que es lo que la ubica dentro del ordenamiento jurídico en una posición de supremacía no solo lógica sino también jurídico-positiva<sup>38</sup>. Así, la forma jurídica Constitución es únicamente una norma de derecho positivo que viene definida por los órganos y procedimientos agravados que la elaboran y la modifican, lo que convierte al concepto formal de Constitución en *descriptivo* —y no *prescriptivo*— de lo que es esta norma jurídica. Ello, sin duda, tiene implicaciones respecto de las preguntas teóricas inicialmente planteadas con respecto a la función y límites de la reforma constitucional.

En efecto, por un lado, jurídicamente hablando, no hay necesidad de distinguir entre poder constituyente y poder de reforma constitucional, puesto que éste último es el único poder jurídico-positivo de modificación/creación constitucional, permaneciendo el poder constituyente ori-

<sup>37</sup> JELLINEK, G., *Allgemeine Staatslehre*, Julius Springer, Berlin, 1929(reimpresión de la 3ª edición de 1914), pp. 534-539.

<sup>38</sup> KELSEN, H., *Allgemeine Staatslehre*, Verlag Dr. Max Gehlen, Bad Homburg v.d.H., Berlin-Zürich, 1966 (reimpresión de la primera edición de 1925), pp. 252-253; KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, Österreichische Staatsdruckerei, Viena, 1992 (reimpresión de la 2ª edición de 1960), pp. 228-230.

ginario bien como un mero hecho (*res facti non iuris*)<sup>39</sup> o bien como un poder cuya juridicidad se ha de construir a través de una norma no positiva sino presupuesta, la *Grundnorm*, cuya única función es dar validez abstracta —al margen del contenido— a la Constitución jurídico-positiva que aquél hubiera aprobado<sup>40</sup>. Por eso, para las concepciones formales de Constitución la atribución del poder constituyente (-constituido) al Pueblo es contingente y solo se produce si el texto constitucional es democrático y en los términos por éste establecidos.

## 2. IMPLICACIONES DE LA FORMALIZACIÓN PARA LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Consecuentemente, desde este punto de vista formal la reforma constitucional es relevante como categoría dogmática, entre otros, en relación con la continuidad entre formas constitucionales, al ser el instrumento que permite fundamentar formalmente un texto constitucional en otro precedente, de cuya modificación parcial o total sería fruto si se han seguido los procedimientos constitucionales de reforma previstos por el primero<sup>41</sup>. Una rigidez constitucional mínima, es decir, una mínima agravación formal del procedimiento de reforma constitucional en comparación con el legislativo ordinario, sería, además, necesaria para la diferenciación formal de la Constitución, más allá de que se considere necesaria también para proteger los valores del constitucionalismo tal y como aquélla los hubiere positivizado, pero no para salvaguardar unos valores supra— y meta-positivos que condicionen la elaboración o la reforma del texto constitucional. Por ello, para las concepciones formales de Constitución cobra una importancia capital la distinción entre mutación constitucional, reforma constitucional y ruptura constitucional, dado que permite definir las fronteras entre la adaptación de la Constitución a los cambios sociales sin necesidad de modificar el texto, por la vía de la interpretación judicial o la práctica política *secundum constitutionem*, el necesario cambio formal del texto constitucional cuando su elas-

<sup>39</sup> CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, Tomo II, CNRS, Paris, 1962 (reimpresión de la edición de 1920-1922), pp. 490-491.

<sup>40</sup> KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, op. cit., p. 229.

<sup>41</sup> KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, op. cit., p. 203.

ticidad ya no es suficiente para acoger mutaciones interpretativas respetuosas con la literalidad del texto constitucional, y la violación de la Constitución como consecuencia de una mutación *contra constitutionem*, de una reforma del texto constitucional o elaboración de una nueva Constitución al margen del procedimiento de reforma constitucionalmente establecido<sup>42</sup>.

En línea con lo anterior, para las concepciones formales el poder de reforma constitucional es el único y verdadero poder constituyente jurídicamente hablando y, por tanto, puede hacer cambios *en la Constitución* pero también cambiar *de Constitución*, sustituyéndola, reemplazándola e incluso derogándola, estando sometido a límites materiales solo si y en los términos que el propio texto constitucional positivo lo haya previsto<sup>43</sup>. Respecto de estos posibles límites materiales, las concepciones formales distinguen entre límites heterónomos, autónomos y absolutos.

Los límites heterónomos son los procedentes de otro ordenamiento jurídico-positivo distinto del estatal. Si dejamos a un lado las Constituciones de los Estados miembros de un Estado federal por su falta de supremacía en el conjunto del ordenamiento, aquéllos quedarían circunscritos hoy en día a los límites derivados del Derecho Internacional o del Derecho de la Unión Europea. Un ejemplo paradigmático de ellos sería el art. 193.4 de la Constitución federal de Suiza<sup>44</sup>. Estos límites heterónomos, en principio, no tendrían carácter absoluto sino relativo, y serían suprimibles por el propio poder de reforma constitucional —primero eliminando el límite y luego modificando la materia objeto del mismo—. Solo se podrían concebir como absolutamente inmodificables si su obligatoriedad jurídica se basara no ya en su inclusión dentro de la Constitución estatal, sino en el mismo Derecho Internacional (o Europeo) al que remiten, y siempre que el conjunto del ordenamiento jurídico se reduzca a unidad desde una perspectiva monista con «primacía del ordenamiento

<sup>42</sup> Para un concepto formal no caben reformas constitucionales informales y, por tanto, las denominadas «reformas constitucionales por desuso» (que admite ALBERT, R., *Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude*, en *American Journal of Comparative Law*, vol. 62, 2014, p. 641 ss.) no serían lícitas (ORFIELD, L.B., *The amendment of the Federal Constitution*, University of Michigan Press, Ann-Arbor, 1942, pp. 81-82), y, de producirse, han de considerarse puras rupturas constitucionales.

<sup>43</sup> CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., P. 497.

<sup>44</sup> Art. 193.4: «No se pueden vulnerar las normas imperativas del derecho internacional».

jurídico internacional»<sup>45</sup>, derivando la validez de los ordenamientos jurídicos estatales de una norma de Derecho Internacional general, «el principio de eficacia», en el que se coloca la cúspide del ordenamiento y, con ello, en una Constitución consuetudinaria en la que se residencia la soberanía como cualidad del ordenamiento jurídico en su conjunto<sup>46</sup>. Con todo, su eficacia jurídica choca con evidentes problemas derivados de su vaguedad e indefinición, así como de su observancia. Por un lado, porque son realmente pocos los textos constitucionales que corroboran este monismo con primacía del Derecho Internacional y que colocan las normas de Derecho Internacional o de la Unión Europea en una posición paritaria a las normas constitucionales nacionales<sup>47</sup>. Por otro lado, porque donde ese monismo no se ha constitucionalizado las reformas constitucionales que, válidamente aprobadas, conculquen las obligaciones derivadas del Derecho Internacional o Europeo suelen considerarse vinculantes en el interior del Estado, aunque no generen modificación alguna de sus obligaciones internacionales<sup>48</sup>, e incluso puedan conllevar su responsabilidad internacional si no se consigue la desvinculación del Estado respecto de las obligaciones internacionales de conformidad con lo que dispone el propio Derecho Internacional<sup>49</sup>.

Bajo la categoría de límites materiales autónomos se encuadran aquellos límites cuya fuente de producción son las normas jurídicas de la Constitución estatal<sup>50</sup>. Su fundamento se halla en un polimorfismo cons-

---

<sup>45</sup> En detalle sobre los modelos de relación entre el ordenamiento jurídico estatal y el Derecho Internacional y de la Unión Europea, ALÁEZ CORRAL, B., «Globalización jurídica desde la perspectiva del Derecho constitucional español», en: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, 2017, pp. 252-260.

<sup>46</sup> Cfr. KELSEN, H., *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Scientia, Aalen 1960 (reimpresión de la segunda edición de 1928), pp. 239-241. La formulación de este principio podría ser tal que: «debe ser reconocido como Estado (ordenamiento jurídico estatal) aquel conjunto de normas que se imponen eficazmente sobre un determinado territorio y grupo humano».

<sup>47</sup> Un ejemplo en el ámbito europeo es el del art. 91.3 de la Constitución d Holanda y otro en el ámbito sudamericano el art. 75.22 de la Constitución de Argentina.

<sup>48</sup> Cfr. JELLINEK, W., *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, Julius Springer, Berlín, 1931, pp. 5-6.

<sup>49</sup> Cfr. REQUEJO PAGÉS, J. L., *Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, Mc Graw Hill, Madrid, 1995, pp. 30-31.

<sup>50</sup> Cfr. LEISTNER, J.F., *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, Hilz Druck, Nürnberg 1932, p. 18 ss.; y JESELSOHN, S., *Begriff, Arten und Grenzen der Verfassungsänderung nach Reichsrecht*, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg 1929, p. 64.

titucional<sup>51</sup> que distingue entre reforma constitucional ordinaria, llevada a cabo por los mismos órganos constituidos que ejercen el poder legislativo ordinario, con un mera agravación procedimental, y reforma constitucional extraordinaria, realizada con la participación de órganos específicos cuya naturaleza es más la de un acto constituyente<sup>52</sup>. Los límites autónomos operarían sobre el poder de reforma constitucional ordinario, pero no sobre el extraordinario, y se manifestarían tanto en las llamadas «cláusulas de intangibilidad» —de las que son ejemplos paradigmáticos el art. 79.3 de la Constitución alemana<sup>53</sup>, el art. 89 de la Constitución Francesa<sup>54</sup> o el art. 139 de la Constitución italiana<sup>55</sup>—, como en límites implícitos —distintos de los que se argüían desde una concepción material de Constitución—, que incluirían tanto los contenidos fundamentales de la Constitución —la forma de Estado, los derechos fundamentales y cualquier otra *decisión fundamental*—<sup>56</sup>, como el propio procedimiento de reforma constitucional<sup>57</sup>. Estos límites autónomos nunca tendrían carácter absoluto, sino relativo, porque serían superables por el poder extraordinario de reforma —allí donde se distingan dos poderes de reforma de distinto alcance y agravación procedimental, como sucede con los arts. 167 y 168 de la Constitución española de 1978<sup>58</sup>— o bien por el

<sup>51</sup> Sobre el polimorfismo constitucional y sus variantes en detalle PFERSMANN, O., «Reformas constitucionales inconstitucionales: una perspectiva normativista», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 99, 2013, p. 32 ss.

<sup>52</sup> Cfr. JELLINEK, W., *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, op. cit., pp. 7, 12-13. y LEISTNER, J.F., *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, op. cit., pp. 20-21.

<sup>53</sup> Art. 79.3: «No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20».

<sup>54</sup> Art. 89: «...No podrá la forma republicana de gobierno ser objeto de reforma».

<sup>55</sup> «Art. 139: «La forma republicana no podrá ser objeto de revisión constitucional».

<sup>56</sup> JELLINEK, W., *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, op. cit., p. 11-12.

<sup>57</sup> LEISTNER, J. F., *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, op. cit., p. 34.

<sup>58</sup> Art. 167: «1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado. 2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso, por mayoría de dos tercios, podrá aprobar la reforma. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras»; Art.168: «1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a

poder ordinario de reforma —allí donde no exista más que un procedimiento de reforma constitucional— en una reforma constitucional de doble grado, que primero suprimiese el límite y luego modificase la materia objeto del mismo<sup>59</sup>.

La categoría más problemática de límites materiales, por su difícil compatibilidad con las premisas conceptuales de las concepciones formales de Constitución, es la de los límites absolutos, cuya fuente de producción no es voluntarista, sino que emanarían de la propia esencia del Derecho y pertenecen, por tanto, a la naturaleza jurídica misma de la Constitución<sup>60</sup>. Para las concepciones formales que los admiten, estos límites absolutos a la reforma constitucional, de carácter implícito, se fundamentarían en que el Derecho es concebido como la creación de un poder que se inspira en una determinada idea del Derecho con la intención de tener vigencia en la medida en que sea capaz de imponerse eficazmente para con ello ser positivo en el sentido de una realidad temporalmente existente<sup>61</sup>. Por ello, a la esencia del Derecho, incluida la Constitución, pertenecería la necesidad de tener vigencia<sup>62</sup> y de ser un documento jurídico unificado, coherente y funcional<sup>63</sup>. Se trata, pues, de límites materiales derivados del puente que se tiende entre la validez ideal del Derecho y su eficacia real. De este modo, la reforma constitucional, aparentemente válida desde un punto de vista formal, que conduzca a la pérdida de eficacia constitucional como consecuencia de la imposibilidad o incomprensibilidad de su contenido, atentaría contra un límite esencial en la elaboración de las normas constitucionales<sup>64</sup>. Su máxima expresión sería la prohibición *lógica*, inherente a toda Constitución, de convalidar jurídica-

---

la disolución inmediata de las Cortes. 2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación».

<sup>59</sup> BISCARETTI DI RUFFIA, «Sui limiti della revisione costituzionale», en: *Annali del Seminario giuridico della Università di Catania*, núm. 3, 1948-1949, p. 122 ss.; VEDEL, G., «Souveraineté et supraconstitutionnalité», en: *Pouvoirs*, núm. 67, 1993, pp. 89-90.

<sup>60</sup> Cfr. LEISTNER, J. F., *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, op. cit., p. 54 ss.; JELLINEK, W., *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, op. cit., p. 14 ss.; ESPOSITO, C., *La validità delle leggi* (reimpresión de la edición de 1934), Giuffrè, Milano, 1964, p. 144-145 y 205-206.

<sup>61</sup> Cfr. LARENZ, K., *Das Problem der Rechtsgeltung*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1967 (reimpresión de la edición de 1929), p. 32 ss.

<sup>62</sup> JELLINEK, W., *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, op. cit., pp. 15-17.

<sup>63</sup> WRIGHT, R. G., «Could a Constitutional Amendment Be Unconstitutional?», en: *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 22, 1991, p. 743.

<sup>64</sup> ESPOSITO, C., *La validità delle leggi*, op. cit., pp. 144-145 y 206.

mente una ruptura constitucional, pues la misma suponía la pérdida de vigencia de la Constitución anterior<sup>65</sup> debido a la inobservancia de su núcleo esencial constituido por las normas sobre reforma constitucional. De esta necesidad de vigencia se derivarían, además, otros límites absolutos al poder de reforma constitucional como la comprensibilidad lingüística del contenido de la norma<sup>66</sup> y la posibilidad física, moral o política<sup>67</sup> de la reforma constitucional, pues su vulneración podría conllevar la pérdida de vigencia del ordenamiento por su ineficacia. E igualmente sería un límite absoluto a la reforma constitucional el mantenimiento de un procedimiento de reforma constitucional, puesto que el mismo, en tanto garante de la adaptación del ordenamiento a los cambios sociales y políticos de la comunidad humana, le otorga a éste permanencia y vigencia<sup>68</sup>.

### 3. BREVE PROBLEMATIZACIÓN DE LAS CONCEPCIONES FORMALES DE CONSTITUCIÓN

Con la última categoría de límites materiales absolutos a la reforma constitucional mencionada, las concepciones formales de Constitución parecen aproximarse a aquellas materiales, aunque las imposibilidades absolutas de reforma no se refieran a concretos contenidos morales o políticos, existentes fuera y por encima del derecho positivo, sino a las condiciones funcionales internas, necesarias para que el derecho sea positivo en el sentido de una realidad temporal efectivamente existente<sup>69</sup>.

En todo caso, la afirmación como límite absoluto del mantenimiento de la reformabilidad de la Constitución, pone sobre la mesa una fisura interna entre dos caras de las concepciones formales mencionadas, la del positivismo estático (de la iuspublicística alemana del XIX) y la del positivismo dinámico (de la escuela normativista de Viena)<sup>70</sup>. Para el positivismo estático

<sup>65</sup> JELLINEK, W., *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, op. cit., p. 15; LEISTNER, J.F., *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, op. cit., p. 54.

<sup>66</sup> JELLINEK, W., *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, op. cit., pp. 18-19

<sup>67</sup> JELLINEK, W., *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, op. cit., pp. 20, 21, 22; ESPOSITO, C., *La validità delle leggi*, op. cit., pp. 144-145

<sup>68</sup> JELLINEK, W., *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, op. cit., pp. 23-24.

<sup>69</sup> LARENZ, K., *Das Problem der Rechtgeltung*, op. cit., p. 26 ss.

<sup>70</sup> Sobre ellas en detalle, ALAEZ CORRAL, B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, op. cit., pp. 14-46.

toda Constitución que careciese de normas sobre reforma constitucional había de ser considerada modificable y no absolutamente rígida, aunque ante la ausencia de un procedimiento de reforma debiera realizarse su modificación por el mismo procedimiento por el que fue originariamente elaborada, en una suerte de paralelismo de las formas implícito en la voluntad del constituyente. Para el positivismo dinámico, por el contrario, todas las normas jurídicas, una vez válidas, tienen pretensión de existencia temporalmente ilimitada, es decir, son *lógicamente* irreformables<sup>71</sup> y si pierden validez en el tiempo tras la aprobación posterior de una norma del mismo (*lex posterior derogat priori*) o superior rango (*lex superior derogat inferiori*) es por obra de una «cláusula derogatoria»<sup>72</sup>, implícita en las normas constitucionales que regulan los procedimientos de creación normativa, en virtud de la cual la Constitución dispone la pérdida de validez de las normas jurídicas creadas a su amparo, bien por efecto de la creación de una norma de igual rango que la substituye, bien por la aprobación de otra norma de rango superior con cuyo contenido entra en contradicción<sup>73</sup>. Dicha cláusula derogatoria implícita estaría ausente respecto de las mismas normas constitucionales allí donde la Constitución no hubiese previsto expresamente un procedimiento de reforma, pero también respecto de las normas del procedimiento de reforma, allí donde hubieran sido previstas, que, huérfanas de un procedimiento de reforma de las normas sobre reforma constitucional, deberán considerarse también inmodificables<sup>74</sup>.

El principio de irreformabilidad lógica de las normas surge para reforzar la supremacía lógico-jurídica de la Constitución respecto de las demás normas del ordenamiento, incluidas las provenientes del órgano legislativo, evitando con ello que un mismo órgano pueda ejercer dos poderes jerárquicamente ordenados entre sí: el legislativo y el de reforma constitucional. Ahora bien, una cosa es que la supremacía de la Constitución no dependa

---

<sup>71</sup> Cfr. VERDROSS, A., «Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers (1916)», en: KLECATSKY/MARCIC/SCHAMBECK (Edit.), *Die wiener rechtstheoretische Schule*, Europa Verlag, Viena y otros 1968, p. 1545 ss.; y MERKL, A., «Die Unveränderlichkeit von Gesetzen. Ein normologisches Prinzip (1917)», en: KLECATSKY/MARCIC/SCHAMBECK (Edit.), *Die wiener rechtstheoretische Schule*, op. cit., p. 1079 ss.

<sup>72</sup> MERKL, A., *Die Lehre von der Rechtskraft. Entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, Leipzig, 1923, p. 255.

<sup>73</sup> Cfr. KELSEN, H., «Derogation (1962)», en: KLECATSKY/MARCIC/SCHAMBECK (Edit.), *Die wiener rechtstheoretische Schule*, op. cit., pp. 1442-1443.

<sup>74</sup> MERKL, A., *Die Lehre von der Rechtskraft. Entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, op. cit., p. 178.

de que ésta haya posibilitado un mecanismo de modificación de sus previsiones y otra muy diferente es que dicha flexibilidad sólo se adquiera cuando la Constitución prevé expresamente un mecanismo de reforma. O, lo que es lo mismo, el que entre rigidez y supremacía no haya un correlato de presupuesto a consecuencia no significa que *sensu contrario* haya de haberlo entre silencio constitucional y absoluta inmodificabilidad. Dado que para estas concepciones formales la identidad constitucional equivale a identidad formal del ordenamiento jurídico, ésta se garantiza más eficazmente, desde el punto de vista de su funcionalidad normativa, por el principio de continuidad jurídica —entendido como continuidad constitucional—<sup>75</sup> que por el de irreformabilidad lógica de las normas constitucionales.

Un problema adicional que surge para las concepciones formales de Constitución se deriva las dificultades para identificar la forma Constitucional allí donde no se utiliza expresamente la denominación «Constitución» o donde existe polimorfismo constitucional, que es creciente en el contexto de la integración europea y de la globalización del derecho internacional de los derechos humanos. Sin una clara definición por parte del texto constitucional de la posición jerárquica —en términos jurídico positivos y no sólo lógico-jurídicos<sup>76</sup>— de cada una de las formas jurídicas, cuya elaboración/reforma sigue un procedimiento agravado en comparación con el legislativo ordinario, así como de las consecuencias jurídicas de la infracción de ese procedimiento agravado —control de constitucionalidad *ex ante*, *ex post* o ningún control de constitucionalidad—, se hace más difícil determinar qué forma es Constitución desde un punto de vista jurídico-positivo así como qué función desempeña la reforma constitucional en la preservación de esa supremacía. La exigencia de que las reformas constitucionales sean expresas<sup>77</sup> —a fin de evitar las denominadas «quiebras constitucionales»<sup>78</sup>— no soluciona mucho el

<sup>75</sup> Así el propio Kelsen, H., *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, pp. 98-99, 234, se manifiesta en favor del principio de continuidad temporal del ordenamiento jurídico.

<sup>76</sup> Sobre la supremacía jurídico-positiva como la definitoria del concepto de Constitución, cfr. OTTO Y PARDO, I. de, «Derecho Constitucional. Sistema de fuentes», en: *Obras Completas. Ignacio de Otto y Pardo*, *op. cit.*, pp. 818-820.

<sup>77</sup> Por ejemplo el art. 79.1 de la Constitución alemana dispone que «Esta Ley fundamental solo se puede modificar por una Ley que expresamente modifique o complete el texto de la misma»

<sup>78</sup> Sobre el concepto «*Verfassungsdurchbrechung*» véase LÖWENSTEIN, K., *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung*, Scientia, Aalen, 1968 (reimpresión de la edición de 1931), pp. 171-172.

problema cuando el polimorfismo constitucional abarca normas de distintos órganos de producción, como la Constitución del Estado, el Derecho Internacional y el Derecho de la Unión Europea, y no existe una exigencia expresa de consolidación normativa entre ellos.

Finalmente, los textos constitucionales suelen ser parcos en la determinación de qué sucede si se vulneran las normas sobre reforma constitucional, es decir, si éstas son solo superiores a las demás normas constitucionales desde un punto de vista lógico o si también lo son desde un punto de vista jurídico positivo porque su infracción puede tener efectos invalidatorios/derogatorios. Ello se relaciona con la cuestión de si cabe un control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales. Para las concepciones formales este control es posible si el texto constitucional así lo ha previsto —o lo ha permitido— y en una democracia constitucional debería corresponder a órganos jurisdiccionales<sup>79</sup>, pero no es inherente al concepto de Constitución<sup>80</sup>. ¿Qué sucede, entonces, si no se ha dicho nada en el documento constitucional? En tal caso, desde un punto de vista formal, solo cabría deducirlo interpretativamente de los elementos jurídico-positivos que ofrece el texto constitucional, y no de valores supra-positivos<sup>81</sup>. En este sentido, las normas *sobre* la reforma constitucional incluidas en el texto constitucional serían lógico-jurídicamente superiores al resto del texto por el solo hecho de establecer las condiciones orgánicas, procedimentales, y en su caso materiales, de validez de la futuras normas constitucionales, pero no tendrían por qué ser jurídico-positivamente superiores al resto del texto constitucional si no se asume expresa o interpretativamente que el mismo ha previsto su garantía a través de un control de constitucionalidad *ex post* de la reformas constitucionales aprobadas, es decir, en tanto en cuanto no se haya previsto un procedimiento para su invalidación/derogación por el Tribunal Constitucional. Inversamente, si se ha previsto expresamente o es posible deducir

<sup>79</sup> Ya KELSEN, H., «Wer soll der Hüter der Verfassung sein (1931)», en: KLECATSKY/MARCIC/SCHAMBECK (Edit.), *Die wiener rechtstheoretische Schule*, op. cit., p. 1533 ss.

<sup>80</sup> Dos ejemplos de la renuncia a realizar este control serían los representados por la Sentencia del Consejo Constitucional Francés de 26 de marzo de 2003 (DC2003-469) —que rechaza la competencia del Consejo para controlar la constitucionalidad de las reformas constitucionales por falta de habilitación constitucional textual— y la Sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU. de 1922, *Leser v. Garnett*, 258 U.S. 130.

<sup>81</sup> En un sentido similar PFERSMANN, O., *Reformas constitucionales inconstitucionales: una perspectiva normativista*, op. cit., p. 42 ss.

interpretativamente del texto constitucional dicho control judicial, entonces este polimorfismo constitucional en la derogación de normas constitucionales cuestiona la definición puramente formal de la Constitución, puesto que habría normas formalmente superiores y formalmente inferiores dentro del texto constitucional, o lo que es lo mismo, unas serían Constitución y otras se asimilarían a legislación agravada<sup>82</sup>, salvo que la concepción formal de Constitución se torne en una definición material<sup>83</sup>.

#### IV. Una alternativa a la dicotomía planteada: la reforma constitucional a la luz de un concepto formal-funcional de Constitución

##### 1. LA SUPREMACÍA JURÍDICO-POSITIVA DE LA CONSTITUCIÓN COMO MECANISMO DE DIFERENCIACIÓN FUNCIONAL DEL DERECHO

Vistas las deficiencias explicativas que plantean respecto de los procesos de reforma constitucional tanto las concepciones materiales por su vinculación con un derecho meta— y supra-positivo, como las concepciones formales por su excesiva dependencia de una formalización orgánico-procedimental heterogénea y no siempre generadora de una supremacía constitucional jurídico positiva, ¿es posible un entendimiento conceptual de la Constitución que supere estas dificultades y rinda cuenta de forma más omnicompreensiva y objetiva de las cuestiones que plantea la reforma constitucional?

Seguidamente se expondrá una propuesta alternativa —aunque sin duda emparentada con el concepto formal de Constitución—, que nos parece más adecuada para dar una explicación satisfactoria a la tendencia de los ordenamientos jurídicos a diferenciarse formal y funcionalmente del resto de subsistemas de comunicación social. Se trata de un concepto formal-funcional de Constitución. Es formal porque su defini-

<sup>82</sup> De igual modo, las normas parlamentarias (reglamentos parlamentarios) que regulan el modo de deliberación y actuación de las cámaras en el procedimiento de reforma constitucional (algo que el propio texto constitucional no suele regular), aunque son lógico-jurídicamente superiores a las normas de reforma constitucional que se pudieran aprobar —por idénticas razones a las del ejemplo anterior—, sin embargo, jurídico-positivamente ocupan una posición de inferioridad respecto de cualquier norma constitucional presente o futura.

<sup>83</sup> Sobre la *Constitución en sentido material*, KELSEN, *Reine Rechtslehre*, op. cit., p. 228.

ción de la Constitución atiende a la forma jurídico-positiva en la que ésta se presenta en el sistema legal, pero también es funcional porque asocia indisolublemente la forma constitucional con una posición de supremacía jurídico-positiva y no meramente lógico-jurídica que debe poseer toda Constitución y esta supremacía con la función intrínseca que desempeña la Constitución para sistema jurídico. No es posible definir la forma constitucional —ni la posición de supremacía que lleva asociada— a partir de elementos externos, meramente accesorios, que desconocen su función como consecuencia estructural respecto de la diferenciación del sistema jurídico y el papel que la reforma constitucional cumple al servicio de dicha función.

El presupuesto epistemológico de este concepto formal-funcional es la consideración del Derecho como un subsistema social cuya existencia (validez) depende de su progresiva diferenciación funcional respecto de su ambiente (Economía, Política, Moral...)<sup>84</sup>. Su función específica es la estabilización contrafáctica de expectativas a través de la regulación de la coacción (en último extremo física), siendo la Constitución democrática el fruto evolutivo de ese proceso de diferenciación funcional: la comunicación jurídica, que a través de su supremacía formal, mejor contribuye a realizar la positividad y la autorreferencialidad del Derecho<sup>85</sup>, sobre todo merced a la garantía de los derechos fundamentales como instrumentos que permiten al sistema jurídico abrirse cognitivamente al medio que le rodea manteniendo su autorreferencialidad estructural, es decir, su diferenciación funcional<sup>86</sup>. Dicho ésto, la Constitución (democrática), en tanto que elemento del sistema jurídico, que por su propia naturaleza es autogenerativo, sólo puede ser explicada y fundamentada autorreferentemente, es decir, conforme a las reglas formales de comunicación en que consiste el sistema jurídico. Esto no significa que la Constitución haya de carecer de un contenido político, pues los sistemas no son mónadas aisladas, encerrados en sí mismos, sino que necesitan dentro de su *autorreferencialidad* un cierto grado de apertura cognitiva hacia su medio exterior, de cuyas expec-

<sup>84</sup> Cfr. ALÁEZ CORRAL, B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, op. cit., pp. 4-7.

<sup>85</sup> Cfr. BASTIDA FREIJEDO, F. J., «La soberanía borrosa: La democracia», en: *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, vol. 1, 1998, p. 389 ss.

<sup>86</sup> Cfr. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, Duncker und Humblot, Berlín 1999 (reimpresión de la edición de 1965), pp. 23-25.

tativas se nutren para mantener su *positividad*<sup>87</sup>. Pero una vez positivizado dicho contenido político, en concreto la democracia, el mismo pasará a constituir parte de la norma constitucional, será un elemento interno del sistema jurídico<sup>88</sup> y estará regido por las reglas formales de creación y derogación que el propio sistema jurídico haya previsto para sus elementos.

Por tanto, la diferenciación funcional del Derecho requiere positividad en la medida en que la misma canaliza la necesaria apertura cognitiva del sistema jurídico respecto del medio social que le rodea para permitirle mediante el cambio normativo adaptarse al medio y permanecer diferenciado, pero también requiere autorreferencialidad puesto que ésta expresa la clausura operativa necesaria para que el Derecho sea visto como un subsistema social diferenciado, es decir, que las normas jurídicas solo se crean y se cambian a través de los procesos normativos por ellas mismas establecidos. Ciertamente, la Constitución representa, por su posición de supremacía jurídico-positiva, es decir, derogatoria, un límite relativo a la positividad del sistema, al limitar la capacidad cognitiva de los niveles infra-constitucionales de creación jurídica, pero al mismo tiempo constituye una garantía de la autorreferencialidad del sistema puesto que, a través de sus cláusulas sobre reforma constitucional, no clausura completamente la capacidad cognitiva del sistema de interiorizar nuevas expectativas surgidas en el seno del medio que le rodea, sino que exige que se siga el procedimiento de reforma constitucional para interiorizar jurídicamente aquéllas e integrarlas en la forma o formas constitucionales.

## 2. IMPLICACIONES DE LA FUNCIONALIZACIÓN DE LA FORMA CONSTITUCIONAL PARA SU REFORMA

El marco conceptual descrito tiene, sin duda, implicaciones para dar una respuesta diferenciada de la que dan los conceptos material y formal de Constitución a las múltiples cuestiones que plantea la reforma constitucional. En efecto, la reforma constitucional es el instrumento del que se sirve la Constitución de un sistema jurídico-positivo para adaptarse a los

<sup>87</sup> Lo que Luhmann denomina un sistema «normativamente cerrado» pero «cognitivamente abierto»; cfr. LUHMANN, N., *Das Recht der Gesellschaft*, op. cit., p. 77.

<sup>88</sup> Respecto del Derecho como sistema y de la Constitución como uno de sus elementos véase en general LUHMANN, N., *Das Recht der Gesellschaft*, op. cit., p. 38 ss.

cambios en las expectativas existentes en el medio social que le rodea y, al mismo tiempo, mantener autorreferentemente su identidad formal. La previsión de un procedimiento de reforma constitucional otorga legitimidad, a través de la legalidad, al cambio *en* o *del* sistema operativo de la sociedad política, que es lo que funcionalmente representa la forma constitucional. Y lo hace, al menos desde una perspectiva formal, juridificando el poder constituyente como poder de reforma constitucional, es decir, como un poder constituyente-constituido<sup>89</sup>. De ahí que desde una perspectiva formal-funcional, solo la reforma constitucional formal sea adecuada para la preservación de la diferenciación funcional del sistema jurídico, no siéndolo ni la mutación contraria al texto constitucional<sup>90</sup>, ni el ejercicio *contra constitutionem* del poder constituyente originario, por muy pacíficamente que éste pueda haberse ejercido o por mucha participación popular directa que el mismo pueda incluir.

La rigidez constitucional cumple para esta concepción formal-funcional una función diferente a la que cumplía para la concepción formal. De una parte sirve para facilitar la diferenciación del sistema jurídico, articulando un procedimiento jurídico-positivo (por tanto autorreferente) a través del cual dar continuidad jurídico-formal al sistema jurídico, permitiendo su permanente apertura cognitiva a las nuevas expectativas que se formen en el medio social que le rodea y que se quieran estabilizar constitucionalizándolas. De otra parte también expresa —en función del grado de rigidez constitucional establecido—, el grado de estabilización contrafáctica que se pretende dar a las expectativas sociales ya constitucionalizadas<sup>91</sup>, y en particular a las que expresan los valores de la democracia constitucional<sup>92</sup>. Para lo que ya no sirve la rigidez, en contrapunto

<sup>89</sup> Cfr. ALÁEZ CORRAL, B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, *op. cit.*, p. 147 ss.

<sup>90</sup> Sobre ella y su diferencia con la mutación constitucionalmente admisible vía interpretación constitucional, véase BÖCKENFÖRDE, E.W., «Anmerkungen zu. Begriff Verfassungswandel», en: *Staat, Nation, Europa*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1999, p. 153 ss.

<sup>91</sup> Sobre la importancia que ha tenido en la generalización de diversos límites formales y materiales a la reforma constitucional tanto los contextos originales en que surgieron los mismos, como el influjo de la globalización y de su funcionalidad al servicio de la protección de los valores del constitucionalismo, véase en detalle HEIN, M., «Entrenchment Clauses in the History of Modern Constitutionalism», en: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'histoire du Droit / The Legal History Review*, vol. 86, 2018, p. 434 ss.

<sup>92</sup> La ciencia política está demostrando en tiempos recientes tanto la dificultad para medir de forma fiable la rigidez fáctica de una Constitución —su tasa de modificabilidad— (LORENZ, A., «How to measure constitutional rigidity. Four concepts and two alternatives», en: *Journal*

con las concepciones formales, es para identificar a la Constitución, porque ésta se identifica exclusivamente por la posición de supremacía jurídico-positiva que posea la forma constitucional, y ello puede conllevar distintos grados de agravación procedimental en función de la valoración que realice el sistema jurídico de la complejidad de su entorno y del peligro de que se intenten estabilizar contrafácticamente expectativas antidemocráticas por vías ilegales, es decir, al margen del sistema jurídico<sup>93</sup>.

La posición de supremacía de la Constitución en un sistema jurídico plenamente diferenciado se la confiere su identificabilidad formal, lo que no es sinónimo de un concreto grado de rigidez, y aquélla solo se consigue si las reformas constitucionales tienen que ser expresas y si, existiendo polimorfismo constitucional, las formas constitucionales existentes están ordenadas en términos de jerarquía derogatoria. Por las mismas razones, no se pueden aceptar reformas ni cambios constitucionales *extra ordinem* como el *higher law making* estadounidense, el ejercicio de un poder constituyente originario, o la creación normativa constituyente de origen judicial canadiense, pues semejantes rupturas de las formas constitucionales van contra la autorreferencialidad y diferenciación del Derecho e impiden a la Constitución cumplir su función en el proceso de diferenciación jurídica. Si se quiere preservar que la Constitución democrática continúe siendo la norma cúspide de un sistema jurídico dotado de plena positividad y autorreferencialidad, que son precisamente las características de la democracia como forma de articular la creación normativa, se requiere mantener la continuidad formal de su validez. Esta continuidad formal no se fundamenta ni en su correspondencia con un sistema axiológico-político presupuesto en la voluntad popular, ni tampoco en una hipótesis lógico-jurídica, sino en la existencia misma del sistema jurídico que la Constitución fundamenta como un sistema social diferenciado. En aras de esta misma diferenciación, de producirse una

---

*of Theoretical Politics*, vol. 17, 2005, p. 341, ss.), como que la rigidez fáctica de las Constituciones depende mucho más de la cultura política del cambio existente en cada sociedad, que de la concreta rigidez jurídica establecida por los textos constitucionales (cfr. GINSBURG, T./MELTON, J., «Does the constitutional amendment rule matter at all? Amendment cultures and the challenges of measuring amendment difficulty», en: *International Journal of Constitutional Law (I-CON)*, vol. 13, 2015, p. 686 ss.).

<sup>93</sup> Un análisis de los grados de rigidez jurídica que pueden dificultar materialmente la modificación de ciertos contenidos constitucionales, con la opción por la denominada «rigidez constitucional elevada», se puede ver en ALBERT, R., «Constitutional Handcuffs», en: *Arizona State Law Journal*, vol. 42, 2009, pp. 670 ss., 705.

revolución constitucional (en los valores fundamentales del sistema político), es mejor que la misma tenga lugar por medios legales y no al margen del Derecho, permitiendo así a las nuevas generaciones dotar de legitimidad al marco constitucional al que están sujetos, para lo cual es esencial que la propia Constitución prevea unos procedimientos democráticos de cambio no solo *en* sino también *de* las normas constitucionales, incluidas las cláusulas sobre la reforma constitucional, a los que ésta misma se sujeta (autorreferencialidad), sin que existan limitaciones materiales absolutas respecto de qué se pueda cambiar (positividad).

Aunque esa misma positividad puede llevar al texto constitucional a incluir prohibiciones generales de modificación de ciertos contenidos constitucionales por muy diversas razones<sup>94</sup>, las cláusulas de intangibilidad son disfuncionales para la diferenciación del sistema jurídico porque implican su clausura cognitiva. Por ello, salvo que se prevea expresamente su carácter absoluto —o se deduzca interpretativamente a partir del conjunto del texto constitucional— dichas cláusulas han de ser consideradas relativas, y por tanto superables en un procedimiento de reforma de dos grados: un primer grado para eliminar la cláusula de intangibilidad, y hecho esto, un segundo grado para proceder a modificar los contenidos constitucionales ya liberados de esa intangibilidad. No parecen adecuadas las objeciones lógico-jurídicas a esta modificación de las cláusulas de intangibilidad por el procedimiento mismo de reforma constitucional, derivadas de la imposibilidad de que el beneficiario de la reserva de Constitución, en que consistiría el poder de reforma constitucional, pueda disponer de ella<sup>95</sup>, porque presuponen una jerarquía jurídico-positiva (derogatoria) entre las normas atributivas del poder de reforma —las cláusulas sobre reforma constitucional— y la norma producto del ejercicio de ese poder —la nueva cláusula sobre reforma constitucional modificada—, que sí existe en el caso de una reserva de Ley entre la norma atributiva de la reserva —la Constitución— y la norma beneficiaria de la reserva —la Ley—<sup>96</sup>, pero no siem-

<sup>94</sup> Véase al respecto en detalle el exhaustivo análisis politológico de HEIN, M., «Impeding constitutional amendments: why are entrenchment clauses codified in contemporary constitutions?», en: *Acta Política*, vol. 54, 2019, p. 196 ss.

<sup>95</sup> Cfr. MORESO, J. J., *Disposiciones de reforma constitucional*, en: *Doxa*, núm. 10, 1991, pp. 205-208.

<sup>96</sup> ALÁEZ CORRAL, B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, *op. cit.*, pp. 226-220.

pre existe entre las normas sobre reforma constitucional y las demás normas constitucionales.

Por otra parte, a pesar de la vinculación de estas limitaciones materiales al ejercicio del poder constituyente-constituido con un modelo de democracia militante<sup>97</sup>, la práctica de la jurisdicción constitucional en Europa desde la II postguerra mundial hasta la actualidad pone de relieve que las mismas difícilmente han servido por sí mismas para la protección de la democracia tal y como ha sido juridificada por los textos constitucionales, en la medida en que los Tribunales Constitucionales/Supremos, sea por razones competenciales sea por una interpretación estricta de los abstractos valores declarados intangibles, tienden a no invalidar las reformas constitucionales que las contravengan. Y en la mayoría de las pocas resoluciones jurisdiccionales que han hecho uso efectivo de ese poder invalidatorio el efecto ha sido el opuesto a proteger los valores de la democracia constitucional<sup>98</sup>. Ello no quiere decir que no sea posible concluir que una reforma constitucional atenta contra la democracia, pero o bien lo hace porque la misma supone una ruptura constitucional, al no respetar los límites formales, materiales o temporales que la Constitución (democrática) reformada había establecido para su reforma, o de lo contrario el juicio sobre el alejamiento de la nueva Constitución ya modificada de un determinado concepto metapositivo de democracia constitucional solo se podrá hacer desde la perspectiva de la teoría política, no desde la perspectiva de la ciencia jurídica.

Esto conecta, por último, con la cuestión del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. Ciertamente, nada impide que un texto constitucional atribuya de manera expresa o de manera implícita —pero deducible interpretativamente del texto constitucional positivo<sup>99</sup>— la competencia del los órganos jurisdiccionales para controlar la

<sup>97</sup> LÖWENSTEIN, K., «Militant Democracy and Fundamental Rights», I, en: *American Political Science Review*, vol. 31, núm. 3, 1937, p. 424 ss.

<sup>98</sup> Respecto de Europa, véase HEIN, M., «Do constitutional entrenchment clauses matter? Constitutional Review of Constitutional amendments in Europe», en: *International Journal of Constitutional Law*, vol. 18, 2020, pp. 29-30.

<sup>99</sup> En este sentido, no basta la afirmación de la supremacía de la Constitución para deducir implícitamente esa competencia de control, tal y como hace el Tribunal Supremo de Canadá al amparo del art. 52.1 de la Ley constitucional de 1982 y del art. 53.1.a) de la Ley del Tribunal Supremo (que no es una Ley Constitucional), en su famoso Dictamen de 2014 Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6 (2014 SCC 21). Solo desde un entendimiento material de la Constitución, que remite a contenidos supra— y meta-positivos, es comprensible una construc-

conformidad de las reformas constitucionales con las normas sobre reforma constitucional, pero lo más adecuado para preservar la funcionalidad de la Constitución para el sistema jurídico sería que ese control se previese *ex ante* para los actos del procedimiento de reforma constitucional<sup>100</sup> y no *ex post* para la reforma constitucional misma ya aprobada<sup>101</sup>. Y en caso de silencio del texto constitucional al respecto, ésta sería su interpretación más adecuada conceptualmente<sup>102</sup>. Sobre todo teniendo en cuenta que la reforma constitucional representa la vía de entrada en el sistema jurídico de las expectativas sociales no normativizadas o incluso contrarias al sistema jurídico, es decir, un puente entre el lo político y lo jurídico, que debe dejar a la reforma constitucional en el terreno de lo político, alejado del terreno jurídico propio de los órganos jurisdiccionales<sup>103</sup>, y como instrumento último legitimación democrática que permite a los sometidos al Derecho determinar su contenido<sup>104</sup>.

Por ello, desde el punto de vista de un concepto formal-funcional de Constitución, hablar de normas constitucionales inconstitucionales<sup>105</sup> solo es explicable desde la desconstitucionalización del texto constitucional positivo en beneficio de una Constitución material, supra- y meta-positiva, o

---

ción semejante. En un sentido diverso, justificando este poder incluso para crear una doctrina de límites materiales implícitos a partir de un entendimiento material de la Constitución, ALBERT, R., «The Theory and Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment in Canada», en: *Queen's Law Journal*, vol. 41, 2015, pp. 167, 170 ss.

<sup>100</sup> Dos buenos ejemplos de esta positivación del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales son los de Chile y Rumanía. En efecto, el art. 82.2 de la todavía vigente Constitución de Chile afirma que el Tribunal Constitucional tiene competencia para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional. E igualmente, el art. 146 a) de la Constitución de Rumanía dispone que el Tribunal Constitucional tiene competencia de oficio para enjuiciar (antes de su promulgación) las iniciativas de reforma constitucional, lo que ha sido confirmado por Sentencia del Tribunal Constitucional de Rumanía 686/2003 de 30 de septiembre.

<sup>101</sup> Así, por ejemplo, expresamente el art. 167.4.d) de la Constitución de Sudáfrica al referirse a la competencia del Tribunal Constitucional para «decidir sobre la constitucionalidad de toda reforma de la Constitución», no a los proyectos o proposiciones de reforma.

<sup>102</sup> No la simple negación de la posibilidad de control jurisdiccional de constitucionalidad, como propone GÖTZLER, K. *Judicial Review of Constitutional Amendments: A comparative Study*, Ekin Press, Bursa, 2008, pp. 12-13, para los sistemas europeos de control de constitucionalidad concentrado.

<sup>103</sup> En un sentido semejante cfr. TRIBE, L., «A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role», en: *Harvard Law Review*, vol. 97, 1983, pp. 442-443.

<sup>104</sup> VILE, J.R., «The case against the implicit limits on the constitutional amendng process», en: SANFORD LEVINSON (Edit.), *Responding to imperfection. The theory and practice of constitutional amendment*, Princeton University Press, Princeton, 1995, p. 198.

<sup>105</sup> BACHOF, O., *Verfassungswidrige verfassungsnormen?*, op. cit. 17,

bien desde la degradación jerárquica de una parte del texto constitucional —que se convierte en supra-legalidad, pero ya no en Constitución—, al privar a la mayoría de las normas contenidas en dicha forma de la característica definitoria de la Constitución, su supremacía jurídico-positiva, que pasarían a tener únicamente las normas sobre reforma constitucional, verdadera y auténtica Constitución.

Por el contrario, si las normas producto de una reforma constitucional se conciben como normas del mismo rango jerárquico (jurídico-positivamente hablando) que las normas constitucionales a las que sustituyen —y que las mismas normas sobre reforma constitucional que también serían reformables—, entonces no sería funcional entender que la Constitución en su conjunto hubiera habilitado a un poder creado por las normas de su mismo rango —el órgano judicial de control de constitucionalidad— para enjuiciar y en su caso anular disposiciones constitucionales ya aprobadas, porque las mismas, sin ir más lejos podrían prever la supresión de dicha eficacia derogatoria y consiguientemente del poder de control jurisdiccional así como su inmediata entrada en vigor una vez aprobadas<sup>106</sup>. Un adecuado entendimiento de la naturaleza dual, constituyente-constituida, del poder de reforma constitucional requiere distinguir los actos del proceso de elaboración de la reforma, de las normas producto del mismo. Los primeros son actos constituidos y expresan la naturaleza juridificada de dicho poder; las segundas, son normas de rango constitucional y expresan la naturaleza constituyente del poder. Además, este entendimiento dogmático permitiría conciliar, en Constituciones democráticas, la naturaleza jurídicamente obligatoria de las normas sobre reforma constitucional —en tanto que parte de la Constitución— con el efecto anti-democrático —por contra-mayoritario— que tendría el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. No se trata de que los tribunales no puedan controlar la voluntad del pueblo soberano<sup>107</sup>. Jurídicamente la soberanía es una cualidad del ordenamiento jurídico que se refleja en su norma suprema, la Constitución —democrática, si ha sido aprobada con participación de la ciudadanía—. Lo que sucede es que si se controlan *ex ante*

<sup>106</sup> Cfr. ALÁEZ CORRAL, B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, op. cit., p. 391 ss.

<sup>107</sup> Como sostuvieron el Tribunal Supremo de Irlanda en *Riordan v an Taoiseach* (2001) 4 IR 463 o el Consejo Constitucional Francés en su Decisión de 6 de noviembre de 1962 (DC62-2)

los actos del procedimiento de reforma constitucional a la luz de las normas sobre reforma constitucional, se están enjuiciando actos (aún) constituidos bajo el prisma de una norma constitucional, por tanto superior; mientras que si el control tiene lugar *ex post*, un poder constituido contra-mayoritario estaría invalidando la voluntad del poder constituyente-constituido ya hecha norma constitucional y por tanto superior al poder constituido que ejercen los órganos de la jurisdicción constitucional.

## V. Bibliografía

- ACKERMANN, B., *We the people. Volume 1. Foundations*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1991.
- , «The rise of world constitutionalism», en: *Virginia Law Review*, vol. 83, 1997.
- ALÁEZ CORRAL, B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, CEPC, Madrid, 2000.
- , «Globalización jurídica desde la perspectiva del Derecho constitucional español», en: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, 2017.
- ALBERT, R., «Constitutional Handcuffs», en: *Arizona State Law Journal*, vol. 42, 2009.
- , «Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude», en: *American Journal of Comparative Law*, vol. 62, 2014.
- , «The Theory and Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment in Canada», en: *Queen's Law Journal*, vol. 41, 2015.
- AUSTIN, J., *The province of jurisprudence determined*, Lennox Hill, New York, 1970 (reimpresión de la 2ª edición de 1861).
- BACHOF, O., «*Verfassungswidrige verfassungsnormen? (1951)*», en: *Wege zum Rechtsstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht*, Atheneum, Königstein, 1979.
- BASTIDA FREIJEDO, F. J., «La soberanía borrosa: La democracia», en: *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, vol. 1, 1998.
- BERNAL PULIDO, C., «Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional. Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una constitución», en: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 22, 2018.

- BISCARETTI DI RUFFIA, «Sui limiti della revisione costituzionale», en: *Annali del Seminario giuridico della Università di Catania*, núm. 3, 1948-1949.
- BÖCKENFÖRDE, E-W., «Anmerkungen zu. Begriff Verfassungswandel», en: *Staat, Nation, Europa*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1999.
- , «Die Methoden der Verfassungsinterpretation. Bestandaufnahme und Kritik», en: *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrechts*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1991.
- , «Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts», en: *Staat, Verfassung und Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1991.
- CARREDE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, Tomo II, CNRS, Paris, 1962 (reimpresión de la edición de 1920-1922).
- CORWIN, E., «The “Higher Law” Background of American Constitutional Law», en: *Harvard Law Review*, vol. 42, 1929.
- EHMKE, H., *Grenzen der Verfassungsänderung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1953.
- ESPOSITO, C., *La validità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1964 (reimpresión de la edición de 1934).
- GINSBURG, T./MELTON, J., «Does the constitutional amendment rule matter at all? Amendment cultures and the challenges of measuring amendment difficulty», en: *International Journal of Constitutional Law (I-CON)*, vol. 13, 2015.
- GARCIA PELAYO, M., «Constitución u Derecho Constitucional (Evolución y crisis de ambos conceptos)», en: *Revista de Estudios Políticos*, vol., 1948.
- GÖTZLER, K. *Judicial Review of Constitutional Amendments: A comparative Study*, Ekin Press, Bursa, 2008.
- GRIMM, D., «Does Europe need a Constitution?», en: *European Law Journal*, núm. 1, 1995.
- HAURIOU, M., *Precis de Droit Constitutionnel*, Recueil Sirey, Paris, 1923.
- HEIN, M., «Entrenchment Clauses in the History of Modern Constitutionalism», en: *Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis / Revue d'Histoire du Droit / The Legal History Review*, vol. 86, 2018.

- , «Impeding constitutional amendments: why are entrenchment clauses codified in contemporary constitutions?», en: *Acta Politica*, vol. 54, 2019.
- , «Do constitutional entrenchment clauses matter? Constitutional Review of Constitutional amendments in Europe», en: *International Journal of Constitutional Law*, vol. 18, 2020 ([https://www.academia.edu/37664072/Do\\_Constitutional\\_Entrenchment\\_Clauses\\_Matter\\_Constitutional\\_Review\\_of\\_Constitutional\\_Amendments\\_in\\_Europe](https://www.academia.edu/37664072/Do_Constitutional_Entrenchment_Clauses_Matter_Constitutional_Review_of_Constitutional_Amendments_in_Europe)) (accedido el 15 de enero de 2020).
- HELLER, H., *Staatslehre*, A. W. Sijthoff, Leiden, 1961.
- JELLINEK, G., *Allgemeine Staatslehre*, Julius Springer, Berlin, 1929 (reimpresión de la 3ª edición de 1914).
- JELLINEK, W., *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, Julius Springer, Berlín, 1931.
- JESELSON, S., *Begriff, Arten und Grenzen der Verfassungsänderung nach Reichsrecht*, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg 1929.
- KELSEN, H., «Wer soll der Hüter der Verfassung sein (1931)», en: *Klecatsky/Marcic/Schambeck (Edit.)*, *Die wiener rechtstheoretische Schule*, Europa Verlag, Wien y otros 1968.
- , *Allgemeine Staatslehre*, Verlag Dr. Max Gehlen, Bad Homburg v.d.H., Berlin-Zürich, 1966 (reimpresión de la primera edición de 1925).
- , *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, *Scientia*, Aalen, 1960 (reimpresión de la segunda edición de 1928).
- , «Derogation (1962)», en: *Klecatsky/Marcic/Schambeck (Edit.)*, *Die wiener rechtstheoretische Schule*, Europa Verlag, Viena y otros 1968.
- , *Reine Rechtslehre*, *Österreichische Staatsdruckerei*, Viena, 1992 (reimpresión de la 2ª edición de 1960).
- LARENZ, K., *Das Problem der Rechtsgeltung*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1967 (reimpresión de la edición de 1929).
- LEISTNER, J. F., *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, Hilz Druck, Nürnberg 1932.
- LIET-VEUX, G., «La “fraude a la Constitution”. Essai d’une analyse juridique des revolütios communautaires recentes: Italie, Allemange, France», en: *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, Tome LIX, núm. 2, 1943.

- LORENZ, A., «How to measure constitutional rigidity. Four concepts and two alternatives», en: *Journal of Theoretical Politics*, vol. 17, 2005.
- LÖWENSTEIN, K., *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung*, Scientia, Aalen, 1968 (reimpresión de la edición de 1931).
- , «Militant Democracy and Fundamental Rights, I», en: *American Political Science Review*, vol. 31, núm. 3, 1937.
- , «Verfassungsrecht und Verfassungsrealität: Beiträge zur Ontologie der Verfassungen», en: *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 77, 1951/1952.
- LUHMANN, N., *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1993.
- , «La Constitution comme acquis evolutionnaire», en: *Droits*, núm. 22, 1995.
- , *Grundrechte als Institution*, Duncker und Humblot, Berlín 1999 (reimpresión de la edición de 1965).
- MARBURY, W. L., «The Limitations Upon the Amending Power», en: *Harvard Law Review*, vol. 33, 1919.
- MERKL, A., *Die Lehre von der Rechtskraft. Entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, Leipzig, 1923.
- , «Die Unveränderlichkeit von Gesetzen. Ein normologisches Prinzip (1917)», en: KLECATSKY/MARCIC/SCHAMBECK (Edit.), *Die wiener rechtstheoretische Schule*, Europa Verlag, Viena y otros 1968.
- MICHAEL, L., «Artikel 146 GG», en: KAHL/WALDHOFF/WALTER (Edit.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, C.F. Müller, Heidelberg, 2013.
- MORESO, J. J., «Disposiciones de reforma constitucional», en: *Doxa*, núm. 10, 1991.
- MORTATI, C., *La Costituzione in senso materiale*, Giuffré, Milano, 1940.
- NEF, H., «Materielle Schranken der Verfassungsrevision», en: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, vol. 61, 1942.
- OFFE, C., «“Homogeneity” and Constitutional Democracy: Coping with Identity Conflicts through Group Rights», en: *The Journal of Political Philosophy*, vol. 6, núm. 2, 1998.
- ORFIELD, L.B., *The amendment of the Federal Constitution*, University of Michigan Press, Ann-Arbor, 1942.
- OTTO Y PARDO, I. de, «Derecho Constitucional. Sistema de fuentes», en: *Obras Completas. Ignacio de Otto y Pardo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo/CEPC, Oviedo, 2010.

- , «Memoria sobre el objeto, método y fuentes del Derecho Político», en: *Obras Completas. Ignacio de Otto y Pardo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo/CEPC, Oviedo, 2010.
- PFERSMANN, O., «Reformas constitucionales inconstitucionales: una perspectiva normativista», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 99, 2013.
- REQUEJO PAGÉS, J. L., *Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, Mc Graw Hill, Madrid, 1995.
- ROZNAI, Y., *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- SCHMITT, C., «Der Hüter der Verfassung», en: *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 55, núm. 2, 1929.
- , *Verfassungslehre*, Duncker und Humblot, Berlin 1989 (reimpresión de la 1ª edición de 1928).
- SCHNEIDER H.-P., «Verfassungsgebende Gewalt», en: ISENSEE/KIRCHHOF (Edit.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band XII: Normativität und Schutz der Verfassung*, C.F. Müller, Heidelberg, 2014.
- SCHWARZBERG, M., *Democracy and Legal Change*, Cambridge University Press, Massachusetts, 2007.
- SMEND, R., «Verfassung und Verfassungsrecht», en: *Staatsrechtlichen Abhandlungen*, Duncker & Humblot, Berlín 1968 (reimpresión de la edición de 1928).
- TRIBE, L., «A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role», en: *Harvard Law Review*, vol. 97, 1983.
- VEDEL, G., «Souverainete et supraconstitutionnalite», en: *Pouvoirs*, núm. 67, 1993.
- VERDROSS, A., *Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers (1916)*, en Klecatsky/Marcic/Schambeck (Edit.), *Die wiener rechtstheoretische Schule*, Europa Verlag, Viena y otros 1968.
- VILE, J.R., «The case against the implicit limits on the constitutional amendng process», en: SANFORD LEVINSON (Edit.), *Responding to imperfection. The theory and practice of constitutional amendment*, Princeton University Press, Princeton, 1995.
- WRIGHT, R. G., «Could a Constitutional Amendment Be Unconstitutional?», *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 22, 1991.

