

DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y SUS LÍMITES MATERIALES.

Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución

JAVIER RUIPÉREZ ALAMILLO

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad de La Coruña

SUMARIO.-

- I. La reforma como operación jurídica limitada. Algunos problemas para su recta comprensión en el Derecho Constitucional europeo.
- II. El problema de los límites materiales a la reforma en el contexto de la Teoría del Estado y de la Constitución de la época de Weimar. Kelsen *versus* Heller.
- III. La solución al problema: La revisión constitucional en la conciliación de las ideas de Democracia y Libertad, o de la reforma como instrumento fundamental de defensa del régimen democrático.

I. LA REFORMA COMO OPERACIÓN JURÍDICA LIMITADA. ALGUNOS PROBLEMAS PARA SU RECTA COMPRENSIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Es, sin duda, conocido que elaboró Hesse su «*Die normative Kraft der Verfassung*» bajo una más que sobresaliente influencia de las concepciones de Heller y Smend. De las del constitucionalista socialdemócrata, interesarían, de modo particular, a Hesse sus especulaciones sobre la normalidad y la normatividad constitucionales. Pero también, y de modo incuestionable, habría de interesarle su tesis acerca de que sólo cabe entender que las Constituciones se encuentran vigentes cuando, por ser el mismo el conjunto de principios y valores que determinaron la aprobación de aquéllas que los que efectivamente operan en el Estado en el momento actual, la misma es reconocida por los ciuda-

danos como una norma jurídica obligatoria y que, además, es tal en la medida en que está respaldada por la voluntad soberana del propio Cuerpo Político.

De Smend, le interesará, aunque con matices, su tesis de la «*Integrationslehre*». Pero también lo hará, y con una mayor importancia para lo que nos ocupa, su construcción sobre la naturaleza de las Constituciones como normas obligatorias y vinculantes. Nos referimos en concreto, a que para Smend, que acepta la lógica de la «*Stufenbauteorie*» elaborada por Merkl, pero oponiéndose, de manera radical, a la doctrina de la *Grundnorm* kelseniana, una de las mayores singularidades del Derecho Constitucional, que le otorga su propia especificidad, es la de que mientras que el resto de las normas jurídicas, singularmente las de naturaleza ordinaria, requieren de la existencia de una norma superior que les atribuya su fuerza obligatoria y vinculante, en el supuesto de la Constitución, en cuanto que obra del Poder Constituyente, ésta se deriva de ella misma.

De ambos, recogerá Hesse las enseñanzas que se refieren a las singularidades que reviste la Ley Constitucional. De una manera más concreta, lo que a Hesse interesa es la concepción que tanto Heller como Smend tienen de la Constitución del Estado como la, en la medida de lo posible, perfecta adecuación entre la realidad jurídico-normativa, que es la que se refleja en el instrumento de gobierno escrito, y la realidad política, social y económica subyacente.

A nadie debiera extrañar que, partiendo de estas premisas, Hesse llegue a las conclusiones a las que llega sobre la real y efectiva fuerza normativa de los Textos Constitucionales. Conclusiones que, dando validez a aquella acertada observación de Heller sobre el que el «imperialismo de un único método se rebela estéril en todas las ciencias del espíritu», se sitúan en una posición intermedia, equidistante y superadora tanto de las especulaciones sobre la «Constitución real» y la «Constitución formal» realizadas por Lassalle, como de las que se desprenden del más radical de los positivismos jurídicos kelsenianos, para el que toda la rica problemática de la vida del Estado empezaba y terminaba en el tenor literal de las normas constitucionales. De esta suerte, y vinculando esta problemática a la existencia efectiva de una verdadera «*Wille zur Verfassung*», su conclusión no puede ser más clara y contundente. En realidad, dirá Hesse, la fuerza normativa de la Constitución no depende tanto, y pese a ser un requisito fundamental, de que sea la obra del Poder Constituyente, o de lo que el propio Texto disponga, como de que la misma sea capaz de asumir en todo momento, y en la medida de lo posible, la realidad política y social que pretende regular. Lo que, en último extremo, acaba dependiendo del uso que los operadores jurídicos y políticos del Estado hagan de los preceptos del Código Jurídico-Político Fundamental.

Nada de particular tiene que, porque entiende que «el desarrollo óptimo de la fuerza normativa de la Constitución no es solamente una cuestión de contenido sino no menos una cuestión de *praxis constitucional*», Hesse atribuya una singular transcendencia, y una posición central en su Teoría del Derecho Constitucional, al estudio de la actuación de los operadores jurídicos y políticos tendente a lograr la adecuación entre, por decirlo en la expresión lassalliana, la Constitución formal y la Constitución real. Lo que significa que en el estudio científico del Estado, la Política y el Derecho ha de ocupar un lugar preferente la problemática de la estática y la dinámica constitucionales, así como la consideración de que corresponde a aquellos operadores la tarea básica y esencial de, en el desarrollo de su actuación interpretadora y actualizadora de los preceptos contenidos en

el Código Jurídico-Político Fundamental, tanto lograr que se mantenga la deseable, e imprescindible, realidad constitucional, como la de evitar, en cuanto guardianes indirectos de la Constitución, que surja el patológico fenómeno de la realidad inconstitucional. De una manera más precisa, lo que interesará a Hesse es dar una justa respuesta al problema de hasta dónde pueden llegar los poderes constituidos en el ejercicio de la realización y concretización de la Ley Constitucional y, además, haciéndolo de modo tal que su actuación deba comprenderse como una operación válida, lícita y legítima y no como una mera transgresión, o violación, de la Constitución.

Fue en desarrollo de esta idea, y desde la comprensión de que, porque recurrir con frecuencia a la puesta en marcha del *amending process* puede hacer mermar la fuerza normativa de la Constitución, es siempre, y a pesar de las ventajas que para la materialización efectiva de los principios de certeza y claridad jurídica se obtendrían de ello, preferible que las transformaciones de la normativa fundamental se realicen a través de mutaciones, y no a través de la *Verfassungsänderung*, lo que le llevó, en 1973, ha realizar una observación fundamental sobre los límites de los poderes constituidos a la hora de modificar el Texto Constitucional. Esta observación, con la que inicia su escrito «*Grezen de Verfassungswandlung*», se concreta en lo siguiente: «La Teoría de la Constitución producida bajo la Ley Fundamental [de Bonn] ha venido otorgando escasa atención a la mutación constitucional. La posibilidad de una mutación constitucional es admitida de forma absolutamente mayoritaria. [...] Falta cualquier respuesta a la cuestión de si existen límites a un cambio de este tipo o dónde, eventualmente, quepa situar éstos. [...]. No se han emprendido, que sepamos, otros intentos de fijación de límites, en característico contraste con el problema de los límites de la reforma constitucional que ha gozado de amplio tratamiento. Y, [...], estamos únicamente ante dos caras de una misma tarea». Afirmación sobre la que resulta conveniente, y altamente conveniente, detenerse a realizar algunas consideraciones.

En este sentido, es menester resaltar que para enmarcar adecuadamente su lamento por la ausencia de un tratamiento académico de los límites a la mutación, Hesse procede a comparar esta circunstancia con lo que sucede en relación con el problema de la modificación formal de la Constitución. De una manera mucho más concreta, lo que importa aquí es que Hesse parece dar a entender que la problemática de los límites materiales a la *Verfassungsänderung* es una cuestión pacífica. Y cabría pensar que esto es así porque los miembros de la clase política y de la clase académica están, de modo unánime, de acuerdo en hacer suyas aquellas palabras que, ya en 1895, y no por casualidad, había escrito Arnoult¹, para quien «El derecho de revisión permite ciertamente modificar la Constitución, en su conjunto, para perfeccionarla. Pero que se pueda usar este derecho consagrado por la Constitución para destruirla, que se pueda así volver contra la Constitución un arma construida por ella, son las pretensiones que no sabríamos admitir. Rehusamos traducir la palabra revisar por la palabra destruir». Y porque una tal conclusión es en exceso optimista, parece oportuno, siquiera sea para dotar de una mayor claridad a nuestro trabajo, detenerse a realizar alguna precisión.

1 ARNOULT, G.: *De la revisión des Constitutions. Établissement et revisión des Constitutions françaises. Systemes de revisions des Constitutions étrangères*, París, 1895.

Hemos de señalar que, como cualquier otra cuestión, la afirmación hesseniana ha de ser abordada desde aquellas fundamentales categorías «espacio» y «tiempo». En efecto, es sólo tomando en consideración que aquella observación fue hecha desde la República Federal alemana, y en 1973, cuando puede comenzar a entenderse, y llegar a compartirse, la idea de que goza de una general aceptación la consideración de que la reforma termina por configurarse como una institución garantista cuya finalidad no es tanto, aunque también, la de permitir la variación formal de su texto, cuanto la de asegurar la permanencia del Código Jurídico-Político Fundamental, al menos en su contenido esencial, y que, en consecuencia, puede ser perfectamente definida, como hizo el Maestro De Vega en 2006², como el más perfecto instrumento de defensa de, primero, la Constitución vigente en el Estado y, después y con un alcance más general, de la Democracia misma. Al fin y al cabo, lo que sucede es que Hesse está escribiendo en un momento en el que, como consecuencia del proceso que se inicia con el fin de la Primera Guerra Mundial y que se consolida de forma definitiva a partir de 1945, en Europa occidental, lo que se produce es el fenómeno de la «indiscutibilidad ideológica de los principios y el acuerdo en los presupuestos políticos en los que descansa la idea de Constitución, es lo que ha permitido al constitucionalismo surgido a partir de la Segunda Guerra Mundial, ponderar debidamente su dimensión jurídica y su proyección normativa» (P. De Vega³). Es, verdaderamente, tan sólo porque la aceptación de todos aquellos principios y valores adquiriría auténtica entidad y realidad histórica, por lo que pudo comenzar a tratarse y a entenderse adecuadamente la problemática de la reforma, y tanto en lo que hace a la práctica jurídica y política como a la Teoría del Estado y de la Constitución. Téngase en cuenta que, porque ahora se producía de una u otra suerte la equiparación del Derecho Constitucional europeo con la tradición jurídico-constitucional estadounidense, no habría ya inconveniente alguno para que los prácticos de la política y los estudiosos del Estado, la Política y el Derecho europeos pudieran asumir también la idea de la revisión que había nacido en el seno de la Convención de Filadelfia, donde, como nos dice, por ejemplo, Arnould, se estableció una serie de materias que no podrían ser objeto de revisión, al menos en condiciones de normalidad.

Ahora bien, es necesario indicar que si era así en el momento en que la misma fue escrita, y desde donde fue escrita, es lo cierto, sin embargo, que tal comprensión de la reforma no gozó de gran aceptación con anterioridad al fin de la Segunda Guerra Mundial. Antes al contrario, la idea de que la revisión es tan sólo una facultad constitucional y, por ello mismo, limitada por la voluntad soberana del *Pouvoir Constituant* originario, encontró en la Europa de finales del siglo XVIII, del XIX y primeros años del XX grandes dificultades para su aceptación. En realidad, las mismas, y por idénticos motivos, con las que tropezó el propio concepto político de Constitución para adquirir una auténtica entidad y realidad. Y es que, conviene resaltarlo, lo característico de esta larga etapa de la Historia europea, y lo resulta verdaderamente dramático, no es el que la Constitución no pudiera, como señala Carré⁴, ser comprendida como la *Lex Superior* del Estado, sino que, en reali-

2 DE VEGA, P.: «La reforma constitucional como defensa de la Constitución y de la Democracia», <http://www.fundaciongimenezabad.es/imagen/Documentos/2006>.

3 DE VEGA, P.: *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, 1985.

4 CARRÉ DE MALBERG, R.: *La Loi, expresion de la volonté générale. Etude sur le concept de la Loi dans la Constitution de 1875* (1931), París, sine data (pero 1984).

dad, lo que sucedía era que no era entendida como una verdadera Constitución. El Maestro De Vega se refirió a este fenómeno poniendo de relieve que «Pero en lo que no se ha insistido como fuera menester, es en el hecho de que esa escandalosa carencia no se produjo porque las Constituciones no fueran leyes (que por supuesto lo eran), sino porque no se configuraron ni se entendieron propiamente como Constituciones. A fin de cuentas, lo que caracteriza y define jurídicamente a una Constitución, no es su condición de ser una ley, sino de ser la ley suprema, la *norma normarum* de todo el ordenamiento. Y lo que, en un ejercicio de sorprendente prestidigitación, el constitucionalismo del siglo XIX pretendió efectuar, fue la conversión de la Constitución, que a nivel jurídico sólo puede ser entendida como *Lex Superior*, en una ley ordinaria, otorgándole, no obstante, a nivel político, un valor simbólico de norma fundamental. Con lo cual, ni jurídicamente las Constituciones sirvieron como leyes, ni políticamente cumplieron las funciones simbólicas que se les quiso atribuir».

En este contexto, nada de particular tiene que la problemática de la *Verfassungsänderung* recibirá una muy escasa atención por parte de los científicos del Derecho y de la Política. Es más, ocurre que, en rigor, ni siquiera tenía sentido el que se planteara el problema de la reforma a nivel práctico y a nivel teórico, en la mayor parte de aquél tiempo. Desde luego, así era cuando lo que estaban vigentes eran documentos de gobierno que habían sido aprobados utilizando el principio monárquico. Y si esto era así desde una perspectiva general, lo mismo sucede con la idea de que la revisión es una operación jurídica limitada por la Constitución. En efecto, esta idea sería, de una u otra forma, negada en todas las etapas de aquel período histórico, y, además, desde todos los posicionamientos políticos que, en relación con el constitucionalismo mismo, hubo en él.

No es menester dedicar mucho espacio al análisis de este problema en el marco de lo que en Francia se dio en llamar la *Restauración*, en el que estuvieron vigentes aquellos instrumentos de gobierno que se conocieron como «Cartas Constitucionales» o «*Chartes Octroyées*», de las que la francesa de 1814 fue su primera manifestación histórica. La principal característica de estos instrumentos de gobierno era la de que, porque, como indicó Guizot, el Senado francés a la hora de elaborar el proyecto «no hizo más que invocar el principio despótico [entiéndase el principio monárquico] en lugar del revolucionario [entiéndase el principio democrático y el dogma político de la soberanía del Pueblo o de la Nación], y suscitar como rival al derecho absoluto del pueblo el derecho absoluto del Rey», su aprobación se debía a la graciosa voluntad del monarca.

El resultado de todo esto, no podía ser más claro. Al negarse de manera categórica y definitiva la soberanía popular en favor de la soberanía del rey, lo que el sistema de la Restauración monárquica significaba es que a través de las *Chartes Octroyées* podía asegurarse, sí, y de manera innegable, el sometimiento de los gobernados a ellas, del mismo modo que podía también lograrse la subordinación del Poder Legislativo y de la Administración Pública a la ley, pero no así la del monarca que, como ente anterior y superior al documento de gobierno, se presenta como el autor del mismo y se encuentra, además, capacitado para suprimirlo en cualquier momento, configurándose, de esta suerte, como un sujeto *legibus solutus*. Fácil resulta, desde esta óptica, comprender que carece de todo sentido, y de toda lógica, interrogarse por el instituto de la reforma en el marco de las Cartas Constitucionales, y mucho menos sobre si el monarca, como sujeto soberano

que actúa como tal en todo momento, podría encontrar algún tipo de límite, formal o material, a la hora de modificar formalmente el documento de gobierno.

Tampoco, y desde el mismo orden de ideas, merece la pena extenderse demasiado en plantear el problema de los límites a la reforma en el marco de aquel constitucionalismo doctrinario que dio origen a las «Constituciones pactadas» en las que, como advierte, Klüber, «el acto constituyente se resuelve en un contrato sinalagmático entre monarca y pueblo, por el que ambas partes establecen un sistema de concesiones recíprocas». Lo que resulta fácilmente comprensible cuando se toma en consideración que el constitucionalismo doctrinario lo que hacía era negar la posibilidad misma de todos los principios y valores que definen el constitucionalismo moderno. Recuérdese que para hacer posible la concepción de la Constitución como el resultado de un pacto *Rex-Regnum*, no dudaron los doctrinarios en afirmar que la soberanía no podía pertenecer de manera exclusiva al Pueblo, o a la Nación, como habían afirmado los revolucionarios liberal-burgueses en 1789, ni tampoco, y como, retomando la idea del Antiguo Régimen, habían sostenido los hombres de la Restauración, al monarca, sino a ambos. Nació, de esta suerte, la teoría de la soberanía compartida, que si, desde un punto de vista formal, se concretaba en la idea de que la soberanía residía en el rey y en la oligarquía burguesa representada en el Parlamento, para lo que en realidad sirvió, y desde una óptica material, fue para enmascarar el más escandaloso intento de mantener y consolidar, aunque de forma subrepticia, al monarca como verdadero y único titular posible de la soberanía en el Estado. El frontal ataque que se deriva de unos tales presupuestos para el ponderado y cabal funcionamiento de una forma política como el «Estado Constitucional», que, como acertó a comprender Schmitt, requiere que, una vez ha sido aprobado el Texto, todos los poderes que actúan en el Estado sean poderes constituidos cuyas competencias se encuentran determinadas y delimitadas en el Código Jurídico-Político Fundamental, se nos antoja meridiano. Piénsese que, quedándonos ahora con sus estrictos términos formales, la doctrina de la soberanía compartida implica que el rey y el Parlamento son, en cuanto creadores de la Ley Constitucional, *Pouvoir Constituant* y, por tanto, sujetos anteriores y superiores a la Constitución; pero al mismo tiempo, se presentan, en cuanto que destinatarios de los mandatos constitucionales, como poderes constituidos. Se produce, en tales circunstancias, una mixtificación entre Poder Constituyente y poderes constituidos, cuyas derivaciones resultan tan evidentes como, inevitablemente, peligrosas. El Profesor De Vega lo ha puesto de manifiesto al escribir que «La falta de claridad en la asignación de la titularidad del poder constituyente se traduce, (...), en la falta de una separación clara entre el poder constituyente y los poderes constituidos, y en la ausencia de una delimitación y formulación precisa de todos los órganos constitucionales. La pretensión política de compatibilizar el principio monárquico con el principio democrático, es la que, a la postre, impide la creación de un ordenamiento constitucional armónico y acabado. Dicho en otros términos, las ambigüedades políticas se convierten en ambigüedades jurídicas, desde las que, la constitución, para empezar, deja de interpretarse como un conjunto de normas, para quedar convertida en un simple enunciado de principios».

Lo de menos sería detenernos a indicar que se creaba, de esta suerte, un constitucionalismo ficticio (H. Kelsen) o pseudo-constitucionalismo, que es siempre, y de modo irremediable, la antesala de situaciones de dictadura más o menos encubiertas. Lo que nos interesa destacar es que para articular en el ámbito normativo un tal sistema, los doctri-

narios, ignorando que, como señaló Esmein, «Toda Constitución escrita rígida, a menos que sea profundamente ilógica y soberanamente imprudente, debe organizar el procedimiento por el cual podrá ser revisada y modificada», no encontraron mejor solución que la de, por utilizar la expresión de Posada⁵, olvidarse de establecer un procedimiento específico para llevar a cabo las modificaciones formales de la llamada «Constitución pactada». Ausencia de procedimiento de revisión que, como acepta generalmente la doctrina, determina que el documento de gobierno, como Constitución flexible, quede equiparado a cualquier otro producto normativo del Parlamento y, en consecuencia, que pueda ser reformado a través del procedimiento legal-constitucionalmente establecido para la aprobación, modificación o derogación de la ley ordinaria. El resultado de todo ello, no puede ser más pernicioso para el propio Estado Constitucional. Téngase en cuenta que, con ello, lo que el liberalismo doctrinario hacía era hacer imposible el que los documentos de gobierno, privados de, por decirlo en expresión de Jellinek⁶, «garantías específicas para asegurar su inquebrantabilidad» mediante las cuales no sólo se logra distinguir formalmente las Leyes Constitucionales de las ordinarias, sino también, y en tanto en cuanto consagran de manera definitiva la distinción entre el poder soberano y los sujetos no soberanos, el que las primeras gocen de una cierta supremacía jurídica, formal y material, sobre las segundas (A. Esmein, C. Mortati, J. Barthélemy, etc.), con las que, en último extremo, quedaba identificada por el doctrinarismo. Siendo así, ningún sentido tiene el plantearse la cuestión de si existen, o no, límites a la actuación del poder de reforma, cuya existencia, como veremos, únicamente puede tener lugar en el marco del constitucionalismo rígido.

Mayor importancia tiene, sin embargo —y siquiera sea por el atractivo que tal término parece ejercer en nuestra clase política actual—, detenernos a indicar que tampoco el constitucionalismo monárquico contribuyó a que el problema de los límites a la revisión tuviera una solución adecuada. Es más, en su marco ni siquiera pudo tener un tratamiento pacífico toda la problemática de la *Verfassungsänderung*. Lo que, de todas formas, no deja de ser lógico y ha de resultar fácil de comprender para todos. Bastará con tomar en consideración el verdadero sentido, y la auténtica finalidad, de la monarquía constitucional. Y, en este sentido, es menester advertir que, pese a lo parece indicar su nombre, el monarquismo constitucional no tenía como finalidad el permitir el establecimiento, la consolidación y la profundización del Estado Constitucional en la Alemania decimonónica, sino más bien la de hacer inviable la construcción de éste. En efecto, lo que en verdad ocurre es que, tomando —aunque, como señala, con acierto, Heller⁷, «era ya una imposibilidad teórica y práctica en la época misma que Stahl, [...], lo formuló con claridad»— como criterio inspirador, vertebrador y justificador de la Comunidad Política el principio monárquico, enlazando, de algún modo, con las tesis de los reaccionarios y antidemócratas de Maistre y, sobre todo, de Bonald sobre el origen divino del rey, arrancando de las oscuras especulaciones sobre la «soberanía del Estado» debidas a Hegel — con las que, en opinión de Heller, el filósofo trataba de erigir al Pueblo en la posición de

5 POSADA, A.: *La reforma constitucional*, Madrid, 1931.

6 JELLINEK, G.: *Reforma y mutación de la Constitución* (1906), Madrid, 1991.

7 HELLER, H.: *Las ideas políticas contemporáneas*, (1926), Granada, 2004.

cotitular de la soberanía en el Estado—, para, pervirtiendo radicalmente su sentido, terminar, ya fuera directamente, ya, y como sucedía con Jellinek, de modo indirecto, afirmando al rey como el único titular posible de la soberanía del Estado, y, por último, tratando de satisfacer los intereses de los *Junkers* con la apelación a aquella idea de la libertad de los distintos territorios —que Hegel⁸, no sin razón, había considerado como uno de los principales obstáculos para que Alemania se constituyese en un Estado único y, al mismo tiempo, para que pudiera contar con una auténtica Constitución—, lo que propugnaba el monarquismo constitucional era la puesta en marcha de un Estado absolutista-feudal.

Existe, no obstante, una gran diferencia entre el sistema de la Restauración francesa y el del monarquismo constitucional alemán. Y es que, como con acierto indicó Heller, el último, nacido en el marco de los instrumentos de gobierno aprobados tras los sucesos de 1848, y que gozaban de un cierto carácter democrático, trataría de hacer compatible el gobierno autocrático con la vigencia formal de un Texto Constitucional. Documento de gobierno que, como es obvio, y muy a pesar de su origen y primigenia vocación, terminaría por adecuarse a lo que Loewenstein denominó «Constitución semántica».

Lo más característico del constitucionalismo monárquico fue, de cualquier forma, la negación de los dos pilares básicos sobre los que se edifica el moderno Estado Constitucional. Pocas dudas cabe albergar sobre ello, respecto del principio democrático.

Téngase en cuenta que todos los partidarios del monarquismo constitucional lejos de admitir el dogma político sentado por los grandes procesos revolucionarios liberal-burgueses de finales del siglo XVIII, conforme al cual el ejercicio de la soberanía sólo podía corresponder al Pueblo o a la Nación, procedieron a afirmar al monarca tanto como único titular de la soberanía del Estado, como solo depositario legítimo de su ejercicio, y, además, y esto es importante, no únicamente en el momento fundacional de la Comunidad Política, sino también durante la vida ordinaria de ésta. La manera de justificarlo no podría ser más simple. Ha de tomarse en consideración que frente a la concepción democrática del Estado, según la cual la construcción de la República se realiza mediante un proceso que se desarrolla de abajo a arriba, y que es la que, de manera indiscutiblemente magistral, fue resumida por Heller en las sentencias —que, en 1933, fueron de una u otra suerte asumidas por el propio Kelsen⁹— de que «Supuesto de toda formación del Estado es siempre la actividad de un contenido común de voluntad, capaz de integrar la pluralidad social, eternamente antagónica, en la unidad del Estado. Porque el Estado, el pueblo como unidad política, no existe, ni antes, ni sobre el pueblo como pluralidad, ni nace tampoco por un mero «acuerdo» racional de esta pluralidad» y de que «El pueblo como pluralidad debe constituirse a sí mismo y de manera consciente, en pueblo como unidad [esto es, en Estado]» —ideas éstas que, en definitiva, son las que permiten al Maestro De Vega¹⁰ afirmar que la legitimidad constitucional siempre, y de manera

8 HEGEL, G.W.F.: *La Constitución de Alemania*, (1802-1893), Madrid, 2010.

9 KELSEN, M.: «Forma de Estado y visión del mundo» (1933), recogido en O. Correas (comp.), *El otro Kelsen*, México, 1989.

10 DE VEGA, P.: «En torno a la legitimidad constitucional», en la obra colectiva *Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas*. Derecho Constitucional, México, 1988.

inexcusable, ha de buscarse, y justificarse, desde la doctrina del contrato social—, lo que Stahl hizo fue resucitar la concepción antidemocrática de la Comunidad Política. Concepción autoritaria que, siendo defendida en el siglo XIX por el monarquismo, y aceptada por los totalitarismos fascistas de la pasada centuria y, en general, por todas las corrientes antidemocráticas y antiliberales, supone un expreso rechazo del corolario que se desprende de las doctrinas del iusnaturalismo contractualista para pasar a afirmar, con toda contundencia, que la creación del Estado se realiza a través de un proceso que se verifica de arriba a abajo, y que, además, considera ilícita la construcción de abajo a arriba. Lo que supone la más clara, radical, total y absoluta negación del contenido central, medular, basilar y nuclear de la idea de Democracia. Nos referimos a ese doble principio, conforme al cual, y por decirlo con De Vega, se entiende que la Comunidad Política es, y sólo puede ser, creada por la voluntad de los hombres constituidos en Pueblo, y que es a éste, y únicamente a él, a quien corresponde decidir sobre los modos y las formas en que va a ser gobernado. El resultado de todo ello no puede resultar más claro. Y éste es que, frente a las conclusiones a las que se llega desde el pensamiento democrático, el monarquismo proclamaría que es la sola y exclusiva voluntad del rey —al que no sólo conciben como un sujeto anterior al propio Estado, sino que, además, no dudan en atribuirle la naturaleza de ser sagrado (Treitschke) o, al menos, divinizado «por la gracia de Dios» (Stahl), y, como tal, situado al margen de la propia Comunidad—, la que creará la Comunidad Política, y, además, le corresponde el poder de decisión sobre la organización de la misma. Lo que significa que el único titular posible de la soberanía del Estado es el monarca.

Y si esto es así respecto del principio democrático, lo mismo, y aunque pueda parecer extraño, sobre todo a la vista del artículo 78 del Texto alemán de 1871, puede decirse en relación con el principio de supremacía constitucional. Lo que, por lo demás, no es sino el lógico resultado de la negación de la soberanía popular a favor de la soberanía del príncipe. De Vega, lo ha puesto claramente de manifiesto cuando, recordando la célebre polémica entre von Mohl y Bischof indicó que «Lo que no podía hacerse era negar las conclusiones sin denunciar los principios. Y si el principio monárquico lleva inexorablemente a la inadmisibilidad de la Constitución como ley suprema, sólo desde la afirmación política previa del principio democrático, se podría llegar a una sólida argumentación jurídica de la supremacía constitucional. Por eso, la pretensión de la misma, realizada por von Mohl, no pasa de ser una mera ensoñación y una vana ficción jurídica».

Fácil resulta comprender que, en el marco del constitucionalismo monárquico, de nada servirá, en realidad, que Jellinek afirmase que las «Constituciones contienen preceptos jurídicos», o que se trata de unas normas jurídicas singulares en tanto en cuanto que las «leyes constitucionales suelen rodearse de garantías específicas para asegurar su inquebrantabilidad [...] Solamente donde se dan semejantes garantías puede hablarse, propiamente de leyes constitucionales en sentido jurídico. Cuando faltan tales garantías esas leyes no se distinguen en nada, según el Derecho Constitucional, de las otras», o, por último, el que de estas garantías se deriva una cierta superioridad de la Constitución, en el sentido de que «Por encima del legislador [ordinario] se eleva aún el poder superior de las leyes fundamentales, que son los pilares firmes en que se basa toda la estructura del Estado. Estas leyes fundamentales, incommovibles, difíciles de cambiar, deben dirigir la vida del Estado merced a su poder irresistible. No pueden alterarse por los poderes es-

tablecidos, sólo pueden modificarse según sus propias normas que son difícilmente actuales». Y ello, por la sencillísima razón de que, al concebir al monarca como un sujeto anterior a la Constitución y situarle, de manera consecuente, por encima de ésta, el rey se presenta como un sujeto *legibus solutus*, y, además, en todo momento. Lo que, como advirtió ya Heller, resulta incompatible con la propia lógica del Estado Constitucional.

Hablar, en este contexto, de la reforma, y mucho más de la idea de que ésta únicamente puede presentarse como una operación jurídica limitada por la propia Constitución que se pretende modificar formalmente, constituye, como ha puesto de relieve el Maestro De Vega, un patente ejercicio de la más absoluta ingenuidad que, como tal, es digno de mejor causa. Así, de cualquier modo, lo pondría claramente de manifiesto el autor que se erigió en el gran jurista del Imperio. En efecto, Laband¹¹, tras afirmar, en consecuente coherencia con su defensa del principio monárquico, que no hay en la Comunidad Política voluntad superior a la del soberano, es decir, a la del rey de Prusia/Emperador de Alemania, no dudará en mantener que «La afirmación de que las leyes ordinaria deben estar siempre en armonía con la Constitución y no resultar incompatibles con ésta, constituye simplemente un postulado de práctica legislativa, pero no un axioma jurídico. Aunque resulte deseable que el sistema de Derecho Público y Privado [es decir, entre la Constitución y la legislación ordinaria, que es fruto de la actuación de un Parlamento supeditado a la voluntad soberana del monarca] no aparezca en contradicción con el acto constitucional, la existencia de una contradicción entre ambos es posible de hecho y admisible en Derecho».

Interesa, por último, señalar que tampoco el pensamiento y la práctica política del progresismo, al menos en lo que se refiere al que actuó a finales del siglo XVIII, todo el XIX y los primeros años del XX, contribuyó a la feliz solución a nuestro problema en la tradición europea. Lo que, en muy buena medida, y aunque pueda parecer contradictorio, se debe a la más que notable influencia que tuvieron en la Europa de aquél tiempo las construcciones de Sieyès del que, no sin razón, Laboulaye¹² pudo afirmar que «lo que hizo fue confundirlo todo, embrollarlo todo y, a la postre, perderlo todo», y que terminaron, a pesar de haber sido fuertemente contestados en el marco de la Constituyente francesa de 1789-1791 por parte del democratismo radical —de una manera muy singular, por de Robespierre—, y de haberse puesto de relieve la contradicción que la misma encierra, en tanto en cuanto que la extensión de la representación, que sólo puede derivarse de la Constitución, a la labor constituyente es absurda (R. Carré de Malberg), por gozar de una muy general aceptación en los procesos revolucionarios protagonizados por la burguesía europea, hasta llegar a convertirse en la regla general del constitucionalismo europeo hasta, con carácter general, y no obstante haber encontrado alguna muy notable excepción, el fin de la Segunda Guerra Mundial. Concepciones éstas que, a la postre, vendrían a establecer una diferencia substancial entre lo que, siguiendo a Hatschek, podemos llamar la teoría pacífica del Poder Constituyente, que es la que se actuó en América, y la teoría revolucionaria del mismo, que es, obviamente, la que surgió con la Revolución francesa, y por la influencia del abate revolucionario. Divergencias que, de una manera básica y fundamental, se concretan en que mientras que en los Estados Unidos de América la or-

11 LABAND, P.: *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, París, 1901, t. II.

12 LABOULAYE, E.: «Du Pouvoir Constituant» (1871), en el vol. *Questions constitutionnelles*, Paris, 1872.

ganización del ejercicio del *Pouvoir Constituant* «está basada, no sólo sobre el principio de que la autoridad constituyente pertenece al Pueblo, sino también sobre esta otra concepción, retomada en el Derecho moderno por la Reforma puritana, que esta autoridad no puede ser representada» (Ch. Borgeaud¹³), lo que, a la postre, se traduciría en que, dando validez a las tesis de Rousseau, la aprobación parlamentaria del Código Jurídico-Político Fundamental habría de ser ratificada por la actuación del Pueblo, en la Francia revolucionaria, por el contrario, y como han indicado, entre otros, Zweig¹⁴ y Arnoult, se impondría el principio opuesto: la soberanía puede delegarse en los representantes parlamentarios por su verdadero titular.

El resultado de todo ello, no puede ser más claro. En efecto, lo que sucede es que, en virtud de la obra de Sieyès, en la Europa de finales del siglo XVIII, del XIX y de los primeros años del XX, toda la problemática de la soberanía y del Poder Constituyente se aleja, de modo inevitable, de la esfera de los ciudadanos, que, desde los planteamientos derivados del iusnaturalismo contractualista, y en particular desde los esquemas conceptuales puestos en marcha por Althusius, son los únicos titulares posibles de la soberanía, para pasar, de modo tan necesario como inexcusable, a la órbita de los Parlamentos. Circunstancia de la que si, desde una perspectiva general, se derivaron no pocos efectos perniciosos para el adecuado funcionamiento de la forma política «Estado Constitucional», haría, ya en concreto, muy difícil, si no imposible, la comprensión de que el poder de reforma, que es ejercido por el Parlamento, pueda encontrar en su actuación más límites que los que se derivan de su obligación de observar el procedimiento legal-constitucionalmente establecido para llevar a cabo la revisión de la Constitución. Motivo que justifica el que nos extendamos sobre el modelo teorizado por el ilustre abate revolucionario liberal.

Debemos, a este respecto, comenzar indicando que, como pusieron de manifiesto Zweig y De Vega, la construcción de Sieyès constituye el más patente y manifiesto, y, al mismo tiempo, más noble, esfuerzo por conciliar en el terreno de la práctica política los presupuestos del pensamiento de Montesquieu, y el de Rousseau. Conciliación que, como a nadie podría ocultársele, tenía la misión de poner en marcha el Estado Constitucional, concebido como un sistema político y jurídico que hiciera real y efectiva la «libertad total». De una manera más concreta, lo que al abate liberal preocupaba era articular algún mecanismo en virtud del cual se hiciera viable la idea rousseauiana de la «*volonté générale*», cuyo marco natural es el de la democracia de la identidad, en el ámbito de una Comunidad Política organizada según los esquemas de la democracia representativa propugnada por Montesquieu, y en la que, como denunció Fichte, las oligarquías burguesas habían tratado de erigirse en la condición de ser «los únicos ciudadanos que forman el Estado, no siendo los restantes [individuos] más que simples accesorios» estableciendo, de manera generalizada, el sistema del sufragio restringido. Y para tal fin, Sieyès no encontró una mejor solución que la de introducir en el debate jurídico y político el concepto de «Nación», concebida como un «cuerpo de asociados que viven bajo

13 BORGEAUD, CH.: *Établissement et révision des Constitutions en Amérique et en Europe*, París, 1893.

14 ZWEIG, E.: *Die Lehre vom Pouvoir Constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht des französischen Revolution*, Tübinga, 1909.

una ley *común* y están representados por la misma *legislatura*» o, si se prefiere, como el Pueblo políticamente organizado, que encarna a todos los ciudadanos del Estado, y, además, desplazar la titularidad de la soberanía de la esfera de los ciudadanos, que son titulares de la misma en el pensamiento democrático, a la de la Nación.

Lo de menos sería detenernos a discutir sobre cual es la composición que Sieyès atribuye a la Nación soberana. Y ello, por la sencillísima razón de que poco importa, a los efectos de la problemática de los límites materiales de la *Verfassungsänderung*, determinar si tenía razón Carré cuando entiende que para Sieyès la Nación estaría integrada por las generaciones pasadas, presentes y futuras, o si por el contrario, era Bacot¹⁵ quien estaba en lo cierto al afirmar que, en tanto en cuanto el concepto de Nación remite a la idea del conjunto de ciudadanos activos, ésta únicamente puede entenderse integrada por los hombres de la generación presente. Ello no obstante, sí parece adecuado el pararse a precisar que es desde la primera de estas interpretaciones desde donde se hacen manifiestas las dramáticas y perniciosas consecuencias que las doctrinas de Sieyès terminaron generando para la suerte del Estado Constitucional en Europa. Piénsese, en primer lugar, que, al comprender la Nación como el conjunto de hombres de las generaciones pasadas, presentes y futuras, lo que en realidad sucede es que, como ha observado el Maestro De Vega, los liberales procedieron a la substitución de un Pueblo como entidad histórica real y concreta, que es, al menos desde De Maquiavelo, el elemento central y medular de la Democracia, por otro Pueblo, la Nación, que recupera esa naturaleza abstracta, metafísica, mítica y atemporal que tenía en el mundo clásico y medieval. En efecto, lo que, en última instancia, y llevadas a sus últimas consecuencias, las teorías de Sieyès suponen es que, como ocurría en el mundo clásico y medieval, no eran los ciudadanos los que libremente determinaban el destino del Estado. Por el contrario, en la Europa de finales del siglo XVIII, el XIX y primeros años del XX, era la Nación, encarnada en la oligarquía burguesa representada en el Parlamento, la que determinaba el destino de los ciudadanos. En segundo término, es menester señalar que la idea de la soberanía nacional, desde esta concepción de la Nación como conjunto de generaciones pasadas, presentes y futuras, para lo que terminaría sirviendo es para negar el principal corolario del principio democrático en el marco de un Estado Constitucional ya operante. Nos referimos a la circunstancia de que frente a la idea democrática conforme a la cual el Pueblo, que como soberano se ha dado la Constitución, no puede verse marginado del proceso de toma de decisiones políticas fundamentales una vez que ésta entre en vigor, lo que la construcción de Sieyès, y sobre todo por la influencia que en ella ejerció el antidemócrata, aunque ciertamente liberal, Montesquieu y su temor a la actuación directa del Cuerpo Político, favorece es la interpretación contraria. A saber: que únicamente los gobernantes, como auténticos intérpretes de la voluntad de la Nación, y únicos capacitados para conocer la voluntad de las generaciones pasadas, presentes y futuras, deben participar en el proceso de toma de decisiones políticas fundamentales. Pensamiento que encontrará su máxima expresión en el pensamiento del neoliberalismo tecnocrático, de un modo particular, con la obra de Bell y su radical afirmación de que el Estado ha de organizarse según la lógica empresarial, de suerte tal que, convertida la sociedad de masas en la «sociedad de los *managers*», de igual modo que en el mundo empresarial son los técnicos, y no todos los

15 BACOT, G.: *Carré de Malberg et l'origine de la souveraineté du Peuple et la souveraineté nationale*, París, 1985.

trabajadores de la empresa, los que adoptan las decisiones, también en la Comunidad Política ha de existir una élite dirigente que, en base a su formación técnica, controle el proceso de toma de decisiones políticas fundamentales.

Lo que, en realidad, nos interesa es destacar que, al menos en vía de principio, y a pesar de que se separaba de manera plena del pensamiento del genial «Ciudadano de Ginebra», las especulaciones de Sieyès se mostraban respetuosas con el principio democrático y, además, con la idea de que éste se erige en la condición de ser el pilar básico y central de todo el edificio constitucional. En efecto, es menester señalar que al concebir a la Nación como titular de la soberanía y, en consecuencia, atribuirle la potestad de aprobar su propia Constitución, lo que Sieyès hacía era afirmar que, porque el Estado es la creación de la voluntad libre de los hombres, corresponde a los hombres, la Nación, y sólo a ellos, tanto la potestad para organizar la propia Comunidad Política, como la de decidir los modos y las formas en que van a ser gobernados en el futuro. Lo que, de cualquier forma, no deja de resultar lógico, y, al mismo tiempo, fácilmente comprensible, y asumible. Basta con tomar en cuenta que Sieyès no dejaba de ser un político práctico y pensador adscrito al movimiento democrático en el sentido más amplio de esta palabra, y que, además, su construcción se presentaba como claramente tributaria de las concepciones que, bajo una más que sobresaliente influencia del puritanismo calvinista y del iusnaturalismo contractualista, había puesto en circulación, en 1717, y en su más célebre y conocido escrito, el reverendo Wise en el Continente americano.

Ahora bien, si el principio democrático queda a salvo en el esquema de Sieyès, acaso no pueda decirse lo mismo del principio de supremacía constitucional. Lo que se debe, y se explica, por el modo en que el propio Sieyès determina para que la Nación pueda ejercer su soberanía.

Ha de tomarse en consideración que porque Sieyès concibe a la Nación como un ente abstracto, ésta únicamente podrá ejercitar sus facultades mediante representantes parlamentarios, que ha de entenderse que lo son de la Nación entera, y que, en consecuencia, y en la medida en que ahora no existe un sujeto que pueda entenderse como su comitente, sino que, como afirmó de manera contundente el abate liberal, lo es la totalidad de la Nación, han de actuar con mandato libre. E importa señalar que cuando decimos que la Nación ejerce, y sólo puede ejercer, sus facultades a través de sus representantes en el Parlamento, se incluye en ese haz de facultades tanto la potestad de aprobar una Constitución, como la facultad de dictar normas ordinarias y, por último, la de proceder a la modificación formal del Texto Constitucional, en cuanto actividad constituyente que se verifica en el marco de la vida del Estado. Y es, justamente, aquí, y como consecuencia directa e inmediata de la idea de que el Parlamento, en cuanto que representante de la Nación soberana, se convierte, él mismo, en el soberano, donde aparece el problema, y donde se ponen claramente de manifiesto aquellas perniciosas consecuencias que la construcción de Sieyès tiene para el ponderado y cabal funcionamiento del Estado Constitucional, que, en último término, se concretan en que la Europa de finales del siglo XVIII, el XIX y primeros años del siglo XX los Códigos Constitucionales no pudieran ser comprendidos como unas auténticas Constituciones. De donde, se deriva la radical imposibilidad de que, en ese tiempo, y en ese marco geográfico, se pudiera ofrecer una cabal y ponderada solución a la problemática de los límites materiales a la revisión.

Aceptar lo anterior, no ha de resultar muy difícil de lograr. Basta con tomar en consideración que, llevada a sus últimas consecuencias, la obra de Sieyès plantea un dramático dilema, que podría aparecer planteado del siguiente modo: O bien se entiende que el Texto Constitucional, en cuanto que expresión normativa de la voluntad soberana de la Nación, es la norma suprema, de suerte tal que todos los poderes que actúan en el Estado, que han sido creados y ordenados por él y le deben todas sus facultades, están obligados a obedecer y cumplir sus mandatos, o, por el contrario, se mantiene que el Parlamento es el soberano, del cual procede el propio Código Constitucional y que, en consecuencia, se encuentra subordinado a la voluntad, libre e, incluso, caprichosa, de aquél. Ni que decir tiene que cuando, como, de una u otra suerte, hace Sieyès y como, de manera decidida, hicieron los primeros revolucionarios liberal-burgueses franceses y, siguiendo su ejemplo, la mayoría de los políticos prácticos del Viejo Continente, se proclama que el Parlamento, como representante de la Nación soberana, se convierte en el único depositario posible y legítimo de la soberanía y, además, se le tiene por tal en todo momento, lo que se hace es, simplemente, optar por la segunda alternativa. Con ello, y cuando menos en el terreno de la realidad jurídico-política, que no en el ámbito de las grandes proclamas jurídico-formales, la Constitución, que, como tal, sólo puede ser entendida como *Lex Superior* (P. De Vega), queda relegada a la condición de una mera ley ordinaria, respecto de la cuál, y como condición inherente al sistema de Constitución flexible, operaría siempre la regla interpretativa contenida en los clásicos aforismos «Ley especial deroga a la ley general» y «ley posterior, deroga a la ley anterior».

Es, de cualquier modo, de justicia advertir que Sieyès pretendió solventar este problema y, en definitiva, trató de conciliar adecuadamente, y de hacer realmente efectivos tanto el principio democrático como el de supremacía constitucional. Y lo hizo, de manera concreta, introduciendo la distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos, y, al mismo tiempo, cifrar claramente las potestades que a uno y otro corresponden. En este sentido, nos encontramos con que en la obra de Sieyès se encuentra la idea de que el Poder Constituyente es un sujeto político-existencial que, por lo demás, ejerce un poder revolucionario, absoluto, soberano e ilimitado, tanto desde el punto de vista material como desde el puramente formal, en el contenido de su voluntad. Frente a este Poder Constituyente, aparecen los poderes constituidos que, creados y ordenados por la Constitución, y teniendo las facultades y poderes que ésta les asigna y que nunca, y bajo ningún concepto, pueden sobrepasar, se encuentran obligados a actuar en los estrictos márgenes que le fueron impuestos por la voluntad soberana de la Nación.

Lo anterior conlleva una distinción fundamental entre las diversas Asambleas representativas que actúan en el marco de una Comunidad Política. Distinción en virtud de la cual, y en la medida en que si, por un lado, la tesis de Sieyès deja a salvo la efectividad del principio democrático, en tanto en cuanto el ejercicio de la soberanía se residencia en la Nación, y sólo en ella, y, por otro, asegura la del principio de supremacía constitucional un vez que el Estado Constitucional ha comenzado a operar, no habría ningún problema para el adecuado y correcto funcionamiento del Estado Constitucional. Nos referimos al muy distinto título que sirve de fundamento a la actuación de las Asambleas Constituyentes y a la de las Asambleas Legislativas ordinarias. En efecto, lo que sucede es que si las primeras se encuentran legitimadas para, en nombre de la Nación soberana, proceder a la aprobación del Código Constitucional, ello es, precisamente, y como ha

puesto de relieve Carré, única y exclusivamente porque tales representantes parlamentarios han recibido de la propia Nación un poder extraordinario que, en último extremo, les habilita y faculta para elaborar, discutir y aprobar la Constitución. El propio Sieyès se encargó de aclarar esto, y lo hizo, en efecto, afirmando que los «Representantes *extraordinarios* tendrán un nuevo poder tal como plazca a la nación dársele. Puesto que una gran nación no puede reunirse ella misma en realidad todas las veces que las circunstancias fuera de orden común pudieran exigirlo, es menester que confíe a los representantes extraordinarios los poderes necesarios para esas ocasiones». De la misma manera, es justamente porque el Poder Legislativo ordinario carece de ese poder especial y extraordinario otorgado por la Nación, por lo que jamás puede proceder a verificar actos de soberanía.

Pero, y esto ha de ser resaltado, ello implica aceptar que la habilitación extraordinaria que la Nación otorgaba a los diputados de la Asamblea Constituyente, únicamente puede ser interpretada al modo y manera de lo que ocurría en el Derecho Romano con la dictadura comisoria, y en clara contraposición a la dictadura soberana que correspondería a la propia Nación. Lo que, sin duda alguna, requiere alguna precisión. Interesa recordar que lo que, por ejemplo, Schmitt¹⁶ denominó «dictadura comisoria» remite, de una u otra forma, a la figura de aquel dictador romano que fue creada como una institución republicana, cuyo nombramiento correspondía, de manera exclusiva, a los cónsules como autoridad elegida por el Pueblo, y para hacer frente a situaciones de crisis extraordinarias, y cuyo mandato tendría una duración máxima de seis meses, debiendo cesar antes si la crisis había remitido. De esta suerte, lo que sucede es que el *magister populi* o dictador jamás podría comprenderse como un sujeto soberano toda vez que, como con acierto señaló Bodin, al definirse la soberanía como un poder absoluto y perpetuo que no conoce límites ni en poder, ni en responsabilidad ni en el tiempo, lo que sucede es «que ni el dictador romano, [. . . ni el resto de instituciones históricas] que tenían la misma función, ni los regentes de los reinos, ni cualesquiera otro comisario o magistrado con poder absoluto para disponer de la república por tiempo limitado, tuvieron ninguno la soberanía». Ello no obstante, nos encontramos con que, aunque ello implica una evidente contradicción con la condición que el propio Sieyès predica del *Pouvoir Constituant*, es sólo admitiendo que, en el marco de la democracia representativa, los representantes parlamentarios únicamente pueden desempeñar ese poder ilimitado en su contenido pero limitado en el tiempo, lo que dure el proceso de elaboración, discusión y aprobación del Texto Constitucional, como puede asegurarse la vigencia tanto del principio democrático como la de la idea de la Constitución como *Lex Superior*, que es, en definitiva, a lo que aspiraba Sieyès cuando trató de conciliar el dogma político rousseauiano de la voluntad general y los esquemas que se derivaban del pensamiento de Montesquieu.

Ni que decir tiene que si se hubiera aceptado pacíficamente tal construcción, y porque con ella se respetaría la lógica interna del Estado Constitucional, las tesis de Sieyès no sólo no plantearían ninguna dificultad, al menos no especialmente grave, para el ordenado funcionamiento práctico de esta forma política, sino que, además, y de manera indiscutible, hubieran contribuido a su consolidación y profundización en el Viejo Continente. El problema aparece por cuanto que lo que las oligarquías de la burguesía,

16 SCHMITT, C.: *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno hasta la lucha de clases proletaria*, Madrid, 1985.

primero, y las de las organizaciones partidistas, en un segundo momento, defendieron, y lograron imponer en la práctica, fue que también el Parlamento ordinario representaba, sin límite material y formal alguno, a la Nación, y que, por esa misma razón, el Parlamento, en cuanto que representante ordinario de la Nación soberana, se presentaba también, y como la Constituyente, como el soberano mismo.

De cualquier modo, la cuestión se complicó todavía más al hacer su entrada la problemática de la necesidad de permitir el que se llevaran a cabo modificaciones formales de la propia Constitución. No podemos, como es obvio, detenernos a exponer las grandes dificultades que hubo para admitir esta posibilidad en el seno de la Constituyente francesa de 1789-1791. Aunque, sin embargo, sí parece oportuno advertir que, como nos dicen, por ejemplo, Borgeaud o Arnoult, su admisión no fue, en modo alguno, sencilla. Lo que se explica por cuanto que no faltaron en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente parlamentarios que entendiesen que su obra no debía contener ninguna previsión sobre su propia revisión, tanto más cuanto que tales previsiones podría ser utilizadas por los enemigos del Estado Constitucional para restablecer legalmente los esquemas políticos del Antiguo Régimen. No obstante esta pretensión, es lo cierto que el convencimiento de algunos miembros de la Asamblea de que acaso el mero transcurso del tiempo pudiera poner de manifiesto la existencia de errores políticos o técnicos en el Código Fundamental, por una parte, y el hecho de que al haber reconocido como un derecho inherente a toda Nación libre el que ésta tiene el derecho imprescriptible a cambiar su Constitución la única salida consecuente era, como sostuvo Clermont-Tonnerre, «ne mette aucune entrave au droit du peuple qu'elle déclare imprescriptible», por otra, condujo finalmente a la Asamblea Nacional Constituyente a regular un procedimiento específico para llevar a cabo la modificación formal de la Constitución de 1791. Lo que, por lo demás, se hizo de conformidad con las concepciones de Sieyès.

En todo caso, acertó Sieyès al comprender que porque la revisión constitucional comporta el ejercicio de una facultad constituyente, tal tarea no podría ser realizada por el Legislador ordinario. Ahora bien, lo que sucede es que, en la medida en que no supo comprender que la actividad constituyente, como bien señala el Maestro De Vega, puede ser entendida como una actividad libre soberana y, como tal, no sometida a ningún tipo de procedimiento jurídico, y cuyo ejercicio sólo puede corresponder a la Asamblea Constituyente, y como una actividad jurídica reglada por la propia Constitución, y cuyo ejercicio, en consecuencia, será llevado dentro de la Constitución y con respeto a la misma, fue Sieyès quien sentó las bases para la confusión tan extendida entre el Poder Constituyente y el poder de reforma. Y lo hizo cuando, refiriéndose a la necesidad de que el documento de gobierno pudiera ser revisado, afirmó que «En atención a que la representación actual no se ajusta en rigor a los verdaderos principios del arte social, ora porque no ha sido ni común, ni igual, ni general, ni perfectamente libre; ora porque no se ha circunscrito a las solas funciones del Poder Constituyente, la Asamblea nacional declara que la Constitución que se va a otorgar Francia [...] no será sin embargo definitiva sino una vez que los nuevos diputados, regularmente comisionados para el exclusivo ejercicio del Poder Constituyente, la revisen, reformándola si hubiere lugar a ello».

Con lo anterior, lo que sucede es que si bien es cierto que al requerir Sieyès, como también lo haría La Fayette, que la Asamblea que reforma la Constitución actúe, y sólo pueda actuar, legitimada por un poder especial y extraordinario otorgado por la Nación

al efecto, el principio democrático queda a salvo, no deja de ser verdad que, como pone de manifiesto De Vega, que «ello es así a costa de un deterioro más que notable del principio supremacía constitucional. Los cambios y modificaciones del ordenamiento, consustanciales a la vida constitucional, no podrían explicarse ni entenderse entonces como actos jurídicos, sino como actos políticos de soberanía». Y esta total y plena equiparación entre el Poder Constituyente originario y el llamado «Poder Constituyente constituido», y la consideración de que ambos son sujetos absolutos, soberanos e ilimitados en el contenido de su voluntad, fue, en último extremo, lo que afirmó Frochot en su discurso, de 3 de septiembre de 1791, ante la Asamblea Constituyente francesa.

Hablar, en estas circunstancias, de la existencia de límites materiales a la reforma, carece, en cuanto que se atribuye a su autor la condición de ser un sujeto soberano, de todo sentido. Pero es más, tampoco cabría hablar de la existencia de unos límites formales absolutos a la actuación del poder de revisión. En realidad, también éstos serán negados en la medida en que la observancia o inobservancia del procedimiento establecido para realizar la modificación formal de la Constitución quedaría, como señala Krüger¹⁷, como una potestad facultativa en poder del poder de revisión. Lo que se explica por cuanto que una tal concepción del poder de reforma conduce al más absoluto de los absurdos. De Vega lo ha puesto de manifiesto cuando señala que «En cualquier caso [escribe el Maestro] se trata de un poder autolimitado en el procedimiento, pero absolutamente libre y soberano en el objeto y en el contenido de su voluntad. Y, naturalmente, un poder que conserva sus plenas facultades soberanas y es libre en el objeto, por necesidad seguirá siendo un poder constituyente [...]. Su condición de poder constituido en la forma y en el procedimiento no dependería, en definitiva, de la Constitución, sino de su propia voluntad. Igual que como poder libre y soberano, en determinados momentos, puede acatar los procedimientos de actuación establecidos en la norma fundamental, en otras circunstancias puede no hacerlo. Lo que equivale a indicar que las reformas constitucionales no serían explicables, en ningún caso, como resultado de la supremacía de la Constitución, capaz por sí misma de legalizar el cambio y controlar sus propios procesos de transformación, sino como producto de la voluntad autónoma y libre del poder constituyente. Llevando el razonamiento hasta sus últimas consecuencias, todo esto quiere decir que, cuando la revisión se concibe como obra de un poder soberano en el objeto, aunque se presente como constituido y limitado en el procedimiento, la propia institución de la reforma constitucional, en cuanto expresión de la continuidad jurídica del ordenamiento, deja de tener sentido».

Y si esto era así con anterioridad a 1945, es menester advertir que pocos años después de que Hesse escribiera su trabajo, su afirmación sobre la aceptación generalizada de la idea de que la reforma está limitada materialmente dejaría de gozar del carácter de verdad absoluta o, si se prefiere, de presunción *iuris et de iure*. Nos referimos a la situación política y jurídica que se genera en las últimas décadas de la pasada centuria como consecuencia, por un lado, de la doble circunstancia del triunfo de lo que se dio en llamar la «revolución conservadora» y de la «caída del muro de Berlín», y, por otro, de la altísima confusión ideológica que aquellos hechos produjeron en las fuerzas políticas, y que, a la postre, condujo a la aceptación prácticamente unánime de los presupuestos inspira-

17 KRÜGER, H.: *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, 1964.

dores del neoliberalismo tecnocrático y globalizador. Hechos éstos que, en última instancia, determinaron que la misma forma política «Estado Constitucional» haya comenzado a ser discutida. Y con ella, aquel concepto liberal-burgués de Constitución del que se predicaba hasta ese momento su plena, total y absoluta validez. Aunque, eso sí, proclamando sin embargo su vigencia. Y es que, en efecto, lo que sucede es que, aunque en realidad el neoliberalismo tecnocrático niega todos los principios inspiradores del constitucionalismo democrático, es lo cierto que, como ha escrito el Maestro De Vega¹⁸, esto se hace de una manera subrepticia en el sentido de que «Con inteligencia y astucia [aún mayor que la pusieron en práctica los totalitarismos de todo tipo en el período entre guerras cuando mostraron una gran habilidad y astucia para aprovechar y servirse de la atmósfera cultural y política de Weimar para, en última instancia, proceder a la aniquilación de un Derecho Constitucional que, si de verdad es tal, únicamente podría responder a las ideas de Libertad y Democracia] los ideólogos de la mundialización no se presentan como adversarios dispuestos a entrar en competencia con el sistema de valores y principios que históricamente definieron la realidad constitucional, sino que a la inversa, al proclamar el fin de las ideologías (Bell) y con él el fin de la historia (Fukuyama), lo que pretenden es dar por buena y consagrar como eterna una realidad constitucional que el propio proceso de mundialización está aparatosamente aniquilando. El mantenimiento y la defensa de esa realidad fingida será lo que, a la postre, permita ocultar el sistema de poderes efectivos que, actuando en el mercado mundial, se están transformando a pasos agigantados en la auténtica Constitución material de todos los Estados».

Como habría de ser para todos evidente, la problemática de la revisión, que únicamente adquiere sentido en el contexto de la vigencia efectiva de los principios democrático y de supremacía constitucional, y, además, como mecanismo merced al cual ambos se concilian, terminará por diluirse. Desde luego, y de forma inevitable, lo hará en cuanto a la posible existencia de límites materiales a la misma, que, como veremos posteriormente, se derivan, directa e inmediatamente, del dogma político de la soberanía del Pueblo. Lo anterior, no ha de ser muy difícil de comprender y compartir. Basta con tomar en consideración que, retomando, de alguna manera, el discurso anti-Estado, que había estado siempre presente, y de manera natural, en el ámbito de las organizaciones políticas conservadoras, liberales y anarquistas, así como en el de las que Heller denominaba organizaciones comunistas y socialistas de carácter liberal-anarquizante y sorreliano, habían sorprendentemente comenzado a asumir, en el período entre guerras, las fuerzas demócratas, demócratas radicales y del socialismo democrático, hoy se nos propone, de nuevo, el radical abandono del dogma político de la soberanía popular en la medida en que, se dice también hoy, ésta es un concepto político que se ha mostrado siempre incapaz de someter realmente a las fuerzas económicas. Y, obviamente, porque se nos propone esto, y no se toma en consideración que con ello lo que se hace es proceder a la disolución de la Comunidad Política en la economía y, en todo caso, en beneficio del gran capital internacional al que, con toda razón, Schmidt había calificado como el «poder partidista más activo, con mucho, y el que significa la mayor amenaza para la situación

18 DE VEGA, P.: «Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 100 (1998).

actual de Europa», nada de extraño tiene el que se propongan, y se realicen —y la española de 2011 es un magnífico ejemplo—, revisiones que despojen al Estado de su verdadera esencia, que no es otra que la de actuar como instrumento de liberación de los hombres, para tranquilizar y satisfacer los intereses de los mercados, aun y cuando ello suponga materializar la destrucción de la forma política Estado Constitucional democrático y social en el sentido de que, por decirlo con una muy expresiva frase de De Vega¹⁹, «Pe-regrina la libertad en la Arcadia feliz de la sociedad, pronto se pudo constatar que, [...], el ejercicio del *vivere libero* se transformaba en el ejercicio del dominio de los intereses más poderosos sobre los más débiles. Lo que, [...], representaba, [...], la más abyecta forma de opresión y dominación, pues al convertirse unos hombres en meros instrumentos para que otros pudieran satisfacer sus ambiciones, no se hacía más que consagrar lo que Aristóteles consideraba la esencia misma de la esclavitud».

II. EL PROBLEMA DE LOS LÍMITES MATERIALES A LA REFORMA EN EL CONTEXTO DE LA TEORÍA DEL ESTADO Y DE LA CONSTITUCIÓN DE LA ÉPOCA DE WEIMAR. KELSEN *VERSUS* HELLER

Ninguna dificultad puede existir para los científicos del Derecho, el Estado y la Política para comprender el que en la elaboración de un trabajo académico se enmarque el estudio de cualquier institución, y también, lógicamente, la de la *Verfassungsänderung*, en el contexto del aparato conceptual elaborado en lo que se conoce con el nombre de «Teoría Constitucional de Weimar». Así lo será para todos aquellos que nos formamos antes de ese período en el que, con un carácter más o menos oficial, se ha impuesto la creencia de que es posible reducir toda la rica problemática del Estado Constitucional al conocimiento, por supuesto acrítico, de unas sentencias que, sin embargo, han sido construidas desde el más absoluto de los realismos jurídicos y políticos por parte de los Magistrados del Tribunal Constitucional, y que, en consecuencia, y de forma más que lamentable, se haya llegado a esa situación en la que, por decirlo parafraseando a Triepel, haya quien, al modo de la vieja Escuela de Derecho Público Alemana, se crea en condición de decidir quién hace Derecho Constitucional y quién no sobre la base de otorgar el título de honor «estrictamente jurídico» solamente a aquellos escritos jurídico-públicos que no sólo eviten escrupulosamente todo contacto con lo político, sino que además contenga la referencia a un gran número de pronunciamientos del custodio constitucional, y que tiene como, insistamos en ello, más que deplorable corolario de que, como escribió Triepel, «El que no se doblega ante esta tiranía —a veces casi inquisitorial— se le ignora en el mejor de los casos. El resultado ha sido el que la literatura anterior al período constructivo haya caído prácticamente en el olvido incluyendo, al lado de libros merecidamente desaparecidos, mucho bueno y de valor».

19 DE VEGA, P.: «La Democracia como proceso. (Algunas reflexiones desde el presente del republicanismo de Maquiavelo)», en A. Guerra y J.F. Tejanos (eds.) y otros, *Alternativas para el siglo XXI. I Encuentro Salamanca*, Madrid, 2003.

Algún obstáculo pueden, tal vez, encontrar los jóvenes constitucionalistas, formados, o que se encuentran en período de formación, en esta etapa de, dicho sea en el más puro sentido que Heller atribuye a esta expresión, vigencia del más absoluto imperialismo del positivismo jurídico jurisprudencial. Entendemos, no obstante, que tampoco les será imposible el llegar a comprender el porqué de esta necesidad de apelar a las construcciones realizadas en esa etapa que podemos identificar como la Teoría del Estado y de la Constitución de Weimar. Será, de cualquier modo, tarea de los «mayores» hacerles ver que si ha habido un momento especialmente lúcido, rico y fecundo en la forja dogmática del Derecho Constitucional en Europa, éste es el que se corresponde con el período entre guerras. Lo que queda absolutamente claro si se toma en consideración que fue, justamente, en ese período donde, con una originalidad muy superior al mostrado con posterioridad a 1945, se produjeron todos aquellos grandes —triste y asombrosamente silenciados hoy—, debates doctrinales que determinaron la aparición y la formulación dogmática de todos los grandes institutos y conceptos constitucionales, que se consolidaron después de la Segunda Guerra Mundial, y de los que todavía hoy nos vemos irremediadamente obligados a nutrirnos para los estudios actuales en el campo de las Ciencias del Estado y del Derecho del Estado.

De igual manera, tampoco debiera ser menester dedicar mucho tiempo a explicar el porqué, además de por razones de espacio, se opta por reducir la exposición a las posturas de Kelsen y de Heller, prescindiendo de las de otros grandes Maestros de la época. Soy, no obstante, plenamente consciente de que puede causar, y sin duda causará, cierta sorpresa el que se omita la referencia a Schmitt. Tanto más cuanto que, como está generalmente admitido, fue este insigne constitucionalista y politólogo el que se mostró como el gran teórico de los límites materiales frente a la actuación del poder de revisión.

La decisión se encuentra justificada. Basta con tomar en consideración que este escrito tiene la pretensión de responder a la lógica de una Teoría del Estado y de la Constitución que tiene, tan sólo, la misión última la de contribuir a que las ideas de Democracia y de Libertad gocen de una positiva y real eficacia. Desde esta óptica, la exclusión de Schmitt habrá de ser considerada como absoluta, total y definitivamente lógica. Téngase en cuenta que si bien es verdad que los escritos de Schmitt constituyen los únicos trabajos elaborados por y para los intereses de los Gobiernos totalitarios del período entre guerras, que merecen ser recordados, y que esto es así en la medida en que, como indica el Profesor De Vega, en ellos, procedió Schmitt a realizar una de las más brillantes y lúcidas exposiciones del Estado Constitucional liberal, no es menos cierto que los trabajos de Schmitt²⁰ no dejan de estar elaborados como instrumentos para la defensa en justificación de la dictadura. Y no puede olvidarse tampoco que fue este empeño por defender la dictadura como forma de Estado, y su concepción de la Teoría Constitucional como instrumento de justificación teórica de lo hecho por el dictador, lo que le llevó a negar lo que sobre los límites a la capacidad del poder de revisión había escrito en su *Verfassungsglehre*, para justificar el fraude constitucional que había perpetrado el nazismo a partir de 1933.

20 SCHMITT, C.: «La revolución legal mundial», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 10 (1979); *Teoría de la Constitución* (1928), Madrid, 1982.

La misma consideración avala de manera sobrada la elección de Kelsen y Heller. La elección de este último, no plantea ningún problema de comprensión en tanto en cuanto que el compromiso del alemán con la Democracia es algo que, al menos para los que efectivamente lo han leído, se encuentra fuera de toda duda. Pero tampoco ha de haberlos en cuanto al insigne jefe del Grupo de Viena. Dos son, de cualquier modo, las razones fundamentales que avalan nuestra decisión. La primera de ellas, es que no puede olvidarse que, a pesar de su aparente asepsia valorativa, toda la obra del ilustre jurista austriaco fue elaborada con la finalidad de contribuir a la defensa del régimen democrático, con el que se encontraba plenamente identificado como ciudadano, y que veía en un grave peligro como consecuencia de la irrupción, y constante crecimiento, de los nuevos totalitarismos, de suerte tal que bien puede entenderse que Kelsen puede ser considerado como el gran jurista positivista teórico del régimen democrático (A. Baldassarre). En segundo lugar, ocurre que, aunque siguiendo a Krabbe, Kelsen llegó a descartar que el constitucionalista tuviera que atender a las cuestiones relativas a la soberanía, que, en tanto que concepto político y polémico, entendía, como también lo había hecho de algún modo el Preuss jurista formalista, que debía ser desterrado y radicalmente eliminado del mundo científico del Derecho, y a afirmar que la única soberanía posible en el Estado es la de la Constitución y el Derecho, lo que, de una suerte u otra, le acercaba al derecho natural marxiano y marxista, y a pesar de su, en cierto modo hipócrita, crítica a Schmitt, es lo cierto que, como ha señalado De Vega, su pensamiento, tomado en su totalidad, sólo resulta comprensible, explicable y justificable desde el principio democrático, y desde la idea de la búsqueda de mecanismos jurídicos que lograsen salvaguardar la voluntad soberana del Poder Constituyente frente a la actuación de los poderes constituidos.

A) *El formalismo kelseniano como negación de la posible existencia de los límites materiales, y consideraciones críticas sobre las consecuencias prácticas de esta postura*

De todos es conocido que, aunque ciertamente crítico con muchos de los planteamientos de la vieja Escuela de Derecho Público Alemana (P. De Vega), participó, sin embargo, Kelsen de aquella idea del primer positivismo jurídico formalista que, partiendo de la, como denunció Triepel, absurda idea de que era obligado distinguir la «verdad jurídica» de la «verdad histórico-política», les condujo a pensar que era posible proceder a la elaboración de una Teoría del Estado y de la Constitución completamente pura, objetiva y neutra, que, a la postre, se concretaba en la formulación dogmática de un Derecho Constitucional, supuestamente, y pese a su imposibilidad científica, desideologizado, el cual, situado al margen de la realidad y de la Historia, enlazando con la propia concepción que de su actividad tenían los primeros Constituyentes liberal-burgués, y, de cualquier modo, desde la absolutización de los elementos liberales del Estado de Derecho (H. Heller), habría de aportar soluciones válidas para todo momento y en todo lugar en la medida en que, aceptando la lógica del idealismo, permitiría diseñar un modelo ideal del Estado Constitucional al que, ciertamente, debería ajustarse la realidad jurídico-política estatal pero que, si no lo hace, tanto peor para esa realidad. Circunstancia ésta que, en último término, obligó al jurista austriaco a concebir la Comunidad Política como una mera abstracción, la cual terminaría coincidiendo con el propio orden normativo por el que habría de regirse. Lo que se concretaría en su, tan justamente criticada por Heller,

afirmación de que el Estado de Derecho es posible con absoluta independencia del contenido que se le dé, con la que Kelsen, al continuar el proceso de vaciamiento de todo el contenido material de esta forma política, contribuía, con su radical despersonalización del poder político, y tal vez, y dada la importancia objetiva de su obra, más que cualquier otro jurista del formalismo jurídico radical, a la conversión del *Rechtsstaat* en aquel mero Estado jurídico que tan del gusto resultaba para los totalitarismos de toda especie, el cual estaba fundamentado en una vacía nomocracia, donde lo único relevante es la forma.

Sea de ello lo que sea, lo que importa es poner de relieve que fue esa orientación metodológica, la que inspiró la progresiva formulación de su célebre *Reine Rechtslehre*, concebida como la teoría pura del Derecho Positivo. Estudios todos éstos en los que, conviene destacarlo, Kelsen pretende realizar un estudio de la estructura lógica del ordenamiento jurídico estatal tal y como ésta se presenta desde los esquemas conceptuales derivados de la merkliana *Stufenbautheorie*, que el ilustre Maestro vienés había elevado a la condición de la más valiosa aportación a la Ciencia del Derecho. Y es, justamente, en estos escritos donde encontramos ese concepto kelseniano del Derecho Positivo y de la Constitución, de los que pudo decir el Maestro Mario de la Cueva que haría sonrojar al peor de Maquiavelo de la leyenda negra, y cuyo conocimiento nos resulta indispensable para determinar cuáles son los efectos que genera el positivismo formalista radical sobre la problemática de los límites materiales a la *Verfassungsänderung* que, como nadie puede desconocer, tanta realidad y entidad están adquiriendo en la España de los primeros años del siglo XXI.

En cuanto al primero, es menester indicar que en total y absoluta coherencia con su idea de que toda Comunidad Política es un auténtico *Rechtsstaat*, Kelsen entenderá que toda norma jurídica vigente en el Estado es una norma de Derecho Positivo. Llegará, de esta suerte, a un concepto del Derecho Positivo, que, en su opinión, es el único que ha de importar al estudioso del Estado, la Política y el Derecho, en el que la ya conocida crítica helleriana en el sentido de que lo único relevante son las formas alcanza su plena realidad. Piénsese que, para Kelsen la «validez [del Derecho Positivo] no es cuestión de su contenido. Cualquier contenido puede ser Derecho; [...]. Una norma vale como norma de Derecho únicamente porque nació de una cierta manera, porque fue creada según una regla determinada, porque fue producida con arreglo a un método específico. El Derecho vale únicamente en cuanto Derecho positivo o «estatuido». [...] Cuando las normas particulares de un sistema jurídico son referidas a una norma fundamental, se da a entender que la creación de las mismas se ha realizado con arreglo al método establecido en aquella norma fundamental». Con ello, el jefe del Grupo de Viena no pretende enjuiciar la bondad o maldad de las normas jurídicas, su conveniencia o inconveniencia o su posibilidad o imposibilidad de las normas jurídicas concretas emanadas en un determinado momento en un concreto Estado. Lo que, por el contrario, hace, desde la aceptación de la teoría de las dos verdades, la histórico-política y la jurídica, es tan sólo enjuiciar la validez lógica de las normas jurídicas en el marco de un sistema normativo considerado en abstracto.

En cuanto a lo segundo, innecesario es indicar que este concepto de Derecho Positivo neutro habría de condicionar la idea de Constitución que aparece en la doctrina «pura» del Derecho, y la función que ésta desempeña en la explicación lógica de la estructura del ordenamiento jurídico. En este sentido, nos encontramos con que, enfrentado

a la necesidad de dar coherencia y de hacer realmente operativo el principio que se desprende de la teoría de la pirámide normativa, Kelsen se ve obligado a remitir toda la validez del Derecho a la conformidad de las normas jurídicas ordinarias con la norma que ocupa el vértice de aquella. Y es aquí donde, precisamente, el austriaco sitúa al Código Constitucional. Pero sucede, que a los efectos que interesan a la *Stufenbautheorie*, que Kelsen opera no con el concepto político democrático de Constitución, que, por lo demás, le era tan caro en cuanto que ciudadano, sino con un concepto neutro y lógico de la misma. Y es, de esta suerte, por lo que, en primera instancia, en la Teoría pura del Derecho puede caracterizar a la Constitución desde su consideración como un mero instrumento de gobierno «otorgada por un usurpador o por algún parlamento constituido no importa cómo». Y es también desde esa necesidad desde donde, al determinar la misión del Texto Constitucional, puede formular su concepto de «Constitución material», conforme a la cual la Constitución es tan sólo aquella parte, fundamental por lo demás, del Derecho que se dedica a establecer el mecanismo por el cual el propio Derecho, como cualidad definitoria del mismo, regula su propia producción, en el sentido de que la «función esencial consiste en determinar los órganos y el procedimiento de la creación de las normas jurídicas generales, es decir, de la legislación».

No es menester realizar un gran esfuerzo intelectual para comprender que esta concepción de los Textos Constitucionales como Constitución material —que es, además, la única que, para el austriaco, se presenta como absolutamente necesaria e imprescindible en el Estado, llegando, incluso, a ser la causa última de la posible existencia de una Constitución formal—, no hace más que poner de manifiesto aquellas colosales —y, por otra parte, afortunadas—, contradicciones que existen entre los postulados que sirven de fundamento al quehacer del Kelsen científico y las conclusiones a las que, sin embargo, llega. Piénsese que la única manera posible de entender que la Constitución puede determinar cuales son los órganos que han de aprobar las distintas normas jurídicas, así como prescribirles el procedimiento que han de seguir para su válida aprobación, es la de admitir la existencia de un poder político previo y superior que, precisamente porque es previo, superior y soberano, ha creado y ordenado los poderes constituidos y puede, al mismo tiempo, obligarles a seguir una determinada conducta. Pero esto es incompatible con la radical, definitiva y tajante negación que el Kelsen positivista a ultranza, y empeñado, como sabemos, en reducir toda la rica problemática constitucional a un conjunto de reglas lógico-matemáticas y geométricas, hace de la soberanía y la referencia a la voluntad de un poder soberano en el marco del Estado y del Derecho.

De cualquier modo, lo que, en realidad, interesa es que, reducido el Texto Constitucional a la condición de «Ley de Leyes» y habiendo decretado, además, que aquél ha de entenderse plenamente vigente mientras cumpla de modo adecuado su función de establecer las formas en las que ha de producirse el Derecho, el problema de la revisión adquiere un sentido y un significado muy concreto. Sentido y significado concretos que, desde luego, y en tanto en cuanto se limita su estudio a su dimensión adjetiva y meramente procesal, atenderá, sí, y de modo incuestionable, a la idea de que aquella se erige en el principal instituto de garantía de la Constitución. Así se desprende, sin que quepa la más mínima duda, de la afirmación kelseniana, conforme a la cual la reforma se entiende como la «técnica jurídica permita dar eficacia a dicha prohibición [...], o al prevenir la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no pue-

de derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría cualificada o un quórum más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades». Pero si esto es así, lo que sucede es que, lamentablemente, quedarán al margen de las otras dos funciones esenciales que la *Verfassungsänderung* ha de cumplir, necesaria y obligadamente, en el marco del Estado Constitucional democrático.

Fácil ha de ser, en efecto, comprender que carece de todo sentido el plantearse el problema de la reforma como mecanismo de adecuación entre la realidad normativa y la realidad política, social y económica subyacente. Lo que se explica por cuanto que al ser la Teoría pura del Derecho un estudio sobre la estructura lógica de la estructura del ordenamiento jurídico realizado al margen de la realidad y de la Historia, obvio es que no figura entre sus preocupaciones el lograr que en la Comunidad Política se verifiquen situaciones de la deseable realidad constitucional y no de las patológicas situaciones de la realidad inconstitucional. Esto puede interesarle al Kelsen jurista positivista global teórico de régimen democrático, pero no, y bajo ningún concepto, al Kelsen que, bajo la más que sobresaliente influencia de Cohen, redactó la *Reine Rechtslehre*. Para ésta, ajena a toda consideración de índole político y/o sociológico, y desde la concepción kelseniana de la Constitución material, la única circunstancia que haría que la puesta en marcha del *amending process* se presentase como una operación jurídicamente necesaria, políticamente conveniente, e históricamente ineludible e inaplazable, sería la de que el Texto Constitucional hubiese dejado de cumplir de manera adecuada su tarea de hacer posible la creación del Derecho ordinario, y ello por cuanto que, como observó Heller, es irrefutable que el jurista no puede colocar en el vértice de la pirámide normativa una norma muerta. Todos los demás supuestos se presentarían indiscutiblemente, y desde la lógica de la Teoría pura del Derecho, como simples decisiones políticas, en las que, para preservar su independencia, pureza y objetividad, el jurista no puede, ni debe entrar.

Lo anterior repercute, de manera directa e inmediata, sobre la comprensión de la problemática de la revisión, y, de un modo muy concreto, sobre la cuestión de si es posible, o no, afirmar la existencia de límites materiales absolutos a la reforma cuando los mismos no aparecen incorporados a una cláusula de intangibilidad. Efectos que, en todo caso, se han hecho especialmente patentes en el Derecho Constitucional, teórico y práctico, español, y sobre todo a partir de 2000. Veámoslo, aunque sea de modo sintético.

Piénsese, en este sentido, que, partiendo de los esquemas conceptuales del normativismo kelseniano y de los de Luhmann, no han faltado constitucionalistas en España que han concebido la Constitución no como la obra del Poder Constituyente del Pueblo que crea el ordenamiento jurídico y que, por ello mismo, procede a la ordenación de las distintas fuentes del Derecho, sino que, muy al contrario, aquélla es una mera consecuencia de éste, y, de cualquier forma, se definirá como la norma que regula la producción del Derecho, que sirve para dar coherencia al ordenamiento jurídico como sistema escalonado de normas de Derecho Positivo, y cuya función principalísima es la de asegurar el mantenimiento de la pirámide normativa. Y lo que interesa es señalar que esta concepción es la que, en última instancia, ha servido de fundamento, por ejemplo, a de Otto y a Aláez para encontrar en el artículo 2.º del Texto de 1978 un límite material implícito a la reforma, el cual, en tanto en cuanto que ahora ni siquiera

podría ser salvado por el poder de revisión del artículo 168, tendría la consideración de límite material absoluto. Límite material implícito absoluto éste que, en definitiva, y partiendo de esa, no por generalizada correcta, identificación entre el llamado *Pouvoir Constituant* regional con la soberanía, se concreta en que lo que jamás podría hacerse es proceder a la modificación formal del Texto Constitucional para reconocer a las Comunidades Autónomas la posesión de un Poder Constituyente propio y, con ello, convertir el actual Estado de las Autonomías en un Estado Federal. En su opinión, el motivo de que nunca, ni siquiera acudiendo a la reforma, pudiera reconocerse la titularidad de un Poder Constituyente a las Comunidades Autónomas se encuentra en el hecho de que hacerlo, implicaría el establecer dentro del Estado español distintas pirámides normativas, que se relacionarían no ya atendiendo al principio de jerarquía, sino al de competencia. Con lo que, como es obvio, la unidad de sistema jurídico quebraría. De ahí, justamente, el que deba afirmarse la existencia de un límite material absoluto.

Pero, si esto es así, y si se excluye la posibilidad del reconocimiento del Poder Constituyente a las Comunidades Autónomas a pesar de que, como advirtió correctamente Schmitt, lo propio de todo Estado Políticamente Descentralizado es que las normas jurídicas emanadas por la organización política central y las emanadas por las organizaciones políticas regionales integran una única pirámide normativa que encuentra en la Constitución federal su norma suprema, y que, en consecuencia, se presenta como una cuestión menor, es lo cierto, sin embargo, que Aláez no mantendrá la misma postura, y la misma rigidez en cuanto a otras problemáticas mucho más importantes relativas a la forma territorial del Estado. Nos referimos, en concreto, a la garantía de la unidad del Estado y al posible reconocimiento del derecho de secesión y su posible ejercicio. Y ello, aunque de ello se deriven consecuencias, y bastante graves por lo demás, para el sistema jurídico. Veámoslo.

Entiende Aláez que la oposición al reconocimiento del derecho de secesión en la actual Constitución responde tan sólo a criterios políticos y no jurídicos, los cuales habrán de quedar siempre al margen de la concepción formal-funcional de la Constitución. De esta suerte, afirmará que desde el punto de vista técnico-jurídico no hay ningún motivo para comprender la «indisoluble unidad de la Nación española» como un límite material absoluto a la reforma. Será, en todo caso, y como mucho, un límite material relativo. Esto es, la posible segregación de parte del territorio nacional es una hipótesis cuya «posibilidad debe ser negada al poder simple de reforma constitucional del artículo 167 CE y, por supuesto al legislador ordinario, pero en ningún caso al poder de reforma constitucional agravado del artículo 168 CE, pues ésta y no otra es la indisolubilidad que la CE de 1978 ha querido conferir a esta decisión programada».

Como no podría ser de otra manera, es consciente Aláez de que el hipotético supuesto de la sustitución del actual Estado español por diecisiete nuevos Estados independientes y soberanos produciría, indefectiblemente, efectos en el sistema jurídico preexistente. Y que éstos se concretarían en que el sistema jurídico originario desaparecería para pasar a una situación regida por el Derecho Internacional. Ahora bien, si lo que se hace a través de la técnica de la reforma es proceder al mero reconocimiento constitucional del *ius secessionis*, o, incluso, el permitir el que alguna de las actuales Comunidades Autónomas se segregue, siempre observando lo dispuesto en el artículo 168, no debe in-

interpretarse como una destrucción del Código Fundamental o, en su caso, como un fraude constitucional. Por el contrario, tales hipótesis, en cuanto que responden a la actuación del poder agravado de reforma, habrán de ser consideradas unas meras operaciones jurídicas que, en todo caso, serán válidas. Al fin y al cabo —y siempre en opinión de Aláez—, en un tal supuesto la unidad del ordenamiento jurídico en el territorio que continuase como Estado español está garantizada. El problema surgiría en relación con el territorio secesionado. Pero, porque éste se convertiría en un Estado soberano e independiente, las relaciones con él serían de Derecho Internacional, de suerte tal que lo que suceda en su interior escapa al ordenamiento español y, desde luego, a su Derecho Constitucional.

No hace falta detenernos a indicar que una tal concepción no nos parece correcta. Lo dicho en otros lugares, de la mano de Kelsen y La Pergola, nos eximen de mayores comentarios. No podemos, no obstante, dejar de advertir que si es la propia lógica y coherencia del normativismo kelseniano la que hace inviable la materialización práctica de esta interpretación de los artículos 2.º y 168 del Código Constitucional español en el plano interno, es también la propia lógica y consecuencia del pensamiento del positivismo jurídico formalista del Grupo de Viena, que le condujo a defender el monismo jurídico y la supremacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Constitucional, la que determinará asimismo que los intereses de las fuerzas nacionalistas de ámbito regional que hoy operan en España, no puedan verse satisfechos en el plano internacional. Lo que no ha de ser muy difícil de comprender. Basta con tomar en consideración que si bien es verdad que no cabe justificar el ejercicio del derecho de autodeterminación al margen de la voluntad soberana del *Pouvoir Constituant* que aprobó la Constitución vigente en la Comunidad Política, y en el momento en que tal hipótesis se plantea en la lucha política, es lo cierto, sin embargo, que no dejan de tener cierta razón Kunz y Mouskheli cuando señalan que, siendo en todo caso la previsión del Derecho Constitucional, y no habiendo razones del que se ha dado en llamar Derecho Internacional Humanitario, un requisito imprescindible para ello, la posibilidad de que el territorio secesionado acceda a la condición de Estado soberano y miembro de la Comunidad Internacional dependerá en última instancia del Derecho Internacional.

Interesa, igualmente, indicar que la apelación a los esquemas de la kelseniana Teoría pura del Derecho, aderezada por la obsesión por presentar la Constitución como una norma jurídica directamente aplicable por los jueces al margen de toda consideración del conjunto de principios y valores políticos que necesariamente ha de incorporar, ha dado lugar a una interpretación del artículo 168 en el sentido de que, a su amparo, ni siquiera la democracia constitucional está garantizada en España hacia el futuro. Singular representante de esta postura es, a pesar de que sus convicciones democráticas están fuera de toda duda, Aragón. Para éste, en efecto, como consecuencia directa e inmediata de que el procedimiento de reforma especial supone la juridificación del Poder Constituyente, y aunque se cuida mucho de señalar que el resultado normativo de una tal operación «no será, en realidad, Constitución, sino mera Ley fundamental», debería reputarse como realmente válida aquella reforma que, realizada de acuerdo con las exigencias y requerimientos consagrados por el Constituyente originario en el artículo 168, procediera a substituir el régimen democrático por uno dictatorial.

Afirmación que, aunque en modo alguno compartimos, hemos de reconocer que no deja de tener su lógica. Al menos, desde los presupuestos del más radical de los positivismo jurídicos formalistas, que, por otra parte, son los que parece haber adoptado el Tribunal Constitucional en las SSTC 48/2003, 103/2008, y 31/2010. Al fin y al cabo, ocurre que cuando, olvidando que la Teoría pura del Derecho trata tan sólo de explicar la estructura lógica de un ordenamiento jurídico escalonado, se da por buena la idea de que la Constitución es tal cuando ha sido establecida por un usurpador, por un grupo cualquiera de personas o por la actuación del Pueblo soberano constituido en *Pouvoir Constituant*, no puede hallarse ningún obstáculo para admitir que un Texto Constitucional aprobado de acuerdo con el principio democrático y que, en consecuencia, ha dado origen a un régimen jurídico-político de democracia constitucional, pueda ser reformado para, desde el mayor de los respetos a la legalidad, transformar aquél un régimen de dictadura, ya sea ésta política, ya económica.

De cualquier modo, es menester advertir que esta interpretación del artículo 168, que, en nuestra opinión, y dicho sea con todos los respetos, jamás hubiera podido ser avallada por el Kelsen jurista de la Democracia, fue ya impugnada desde las mismas filas del positivismo jurídico kelseniano español. Tal es el caso de I. de Otto. Partía también éste del entendimiento de que todos los contenidos del actual Código Constitucional pueden ser, efectivamente, objeto de revisión. Ahora bien, esto no le lleva concluir, empero, que no existan ciertas materias que han de presumirse excluidas de la capacidad de actuación del poder de reforma, incluido también el del artículo 168. Por el contrario, es menester afirmar la existencia de límites materiales absolutos a la revisión constitucional. Y éstos límites materiales implícitos se concretarán, para de Otto, en la irrealizable supresión del artículo 10.1 de la Constitución, por un lado, y en la imposibilidad de transformar el régimen democrático en uno autocrático.

Debemos, por último, señalar que las concepciones lógico-matemáticas y geométricas que se derivan de la *Reine Rechtslehre* han conocido otra manifestación en cuanto a la estática y dinámica de la Constitución de 1978. Y es que, apelando a la idea kelseniana de que una «norma vale como norma de Derecho únicamente porque nació de una cierta manera, porque fue creada de según una regla determinada, porque fue producida con arreglo a un método específico», se ha llegado incluso a afirmar que la transformación del orden constitucional estatal puede llevarse a cabo sin necesidad de poner en marcha el *amending process* legal-constitucionalmente establecido, bastando, por el contrario, para ello con la entrada en vigor de una norma jurídica ordinaria que, eso sí, haya sido aprobada válidamente desde el punto de vista formal. La especie fue puesta en circulación en el marco del conflicto generado por la aprobación del Estatuto catalán de 2006 y la interposición de recursos de inconstitucionalidad frente a él. Defendió, en efecto, el catalanismo que el Tribunal Constitucional, que, en su opinión, jamás debió admitir a trámite aquellos recursos, no podría declarar la inconstitucionalidad de la nueva norma institucional básica catalana en la medida en que, aunque pudiera tener preceptos que fueran contrarios, aun radicalmente opuestos desde el punto de vista material, a las soluciones consagradas por el Constituyente de 1977-1978, el mismo había sido aprobado con la más absoluta y escrupulosa observancia de las normas procedimentales legal-constitucional y legal-estatutariamente establecidas para llevar a cabo la modificación formal de la norma estatutaria.

Además de porque no es a esta solución a lo que conduce el ordenado juego de las relaciones de supra y subordinación del Estado Políticamente Descentralizado, que determinan que, como advirtió Mouskheli, la garantía última de la existencia y subsistencia de la norma institucional de las colectividades particulares reside en que éstas no contengan ninguna estipulación contraria al Texto Constitucional federal y que, asimismo, se encuentren en absoluta concordancia con éste tanto en el momento de su aprobación inicial como en el de la entrada en vigor de las reformas que hubieran podido serles practicadas, hemos de indicar que una tal pretensión del catalanismo nos parece tan inaceptable en el terreno de la pura práctica política y jurídica, como, y esto es realmente lo importante a efectos de este escrito, injustificable desde el mundo de los estudiosos del Estado, la Política y el Derecho. Y nos merece esta consideración en tanto en cuanto que esta interpretación —que, de nuevo, creemos no hubiera gozado del beneplácito de Kelsen—, denota una lectura parcial de la obra del insigne jurista austriaco y, en todo caso, una total incomprensión al significado real que éste atribuye al instituto del control de constitucionalidad de las leyes. La razón es fácilmente comprensible.

Cierto es que Kelsen afirmó que toda inconstitucionalidad de las normas jurídicas ordinarias acaba siendo, inevitablemente, una inconstitucionalidad formal. De esta suerte, la postura del catalanismo político y académico podría aparecer totalmente correcta y acertada, ya que la causa última de que el custodio constitucional pueda anular las leyes ordinarias sería la de que en su aprobación no se hubiera seguido el procedimiento legal-constitucionalmente establecido para la emanación de las normas que se corresponden al *nomen iuris* de la norma analizada. Ocurre, empero, que tal conclusión no podría ser más errónea. Y es que, aunque para él toda inconstitucionalidad es una inconstitucionalidad formal, no ignoró el Maestro vienes que la inconstitucionalidad de la ley ordinaria —y recordemos que a estos efectos los Estatutos de Autonomía forman parte de la legislación ordinaria—, puede deberse también a motivos de orden material. Hipótesis que, como es obvio, se verificará cuando aquella norma ordinaria contenga soluciones que sean contrarias a lo que el Constituyente originario había consignado en el Texto Constitucional. Lo que, de cualquier forma, no es más que el lógico y consecuente corolario que se deriva del sistema del constitucionalismo rígido, en el cual, como ha precisado De Vega, «Las únicas leyes válidas contrarias a la Constitución, y posteriores a ella, serán las que, por atenerse a los procedimientos de Reforma, se presenten como revisiones constitucionales», y que Kelsen, como no podría ser de otro modo, también va a aceptar. Lo que sucede es que, para él, también en este caso nos encontramos ante un patente supuesto de inconstitucionalidad formal. Y ello, por la sencillísima razón de que si la norma en cuestión debe ser considerada nula, ello se debe a que la misma ha sido aprobada por el procedimiento establecido para la aprobación, modificación y derogación de las leyes ordinarias cuando, por su contenido material, habría de haberlo sido por el procedimiento previsto para la realización de las modificaciones formales del Código Constitucional.

Desde esta óptica, la conclusión a la que ha de llegarse, no puede ser más que una, y se alza ante nosotros de un modo evidente. A saber: que lo que determina la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas ordinarias no es, ni mucho menos, el mayor o menor respeto a las normas de procedimiento previstas para la emanación de la forma jurídica con la que los actores políticos desean revestir su decisión, sino, por el con-

trario, la total, definitiva y absoluta observancia del procedimiento normativo que corresponde a la norma en cuestión por su contenido material. Interesa, de cualquier manera, advertir que este fue, en todo caso, el criterio adoptado por nuestro Tribunal Constitucional en su, ciertamente correcto desde todos los puntos de vista, pronunciamiento sobre la LOAPA. Así se desprende claramente cuando, de manera fundamental, el custodio constitucional se ve obligado a declarar la inconstitucionalidad de esta norma, y, como corresponde a su propia función como fiscalizador de la actuación del resto de los poderes constituidos, forzar su conversión en la LPA, por el doble motivo de que, en primer término, el contenido de esta norma, como bien sabían sus inspiradores intelectuales —los cuales habían propuesto esta forma para reducir las posibilidades reales de impugnación ante el Tribunal Constitucional—, no se atenía a la reserva de Ley Orgánica establecida por el último Legislador Constituyente, y, en segundo lugar, porque el Legislador ordinario estatal no tiene un título genérico para actuar en el marco de las materias atribuidas a la competencia de las Comunidades Autónomas. Con ello, y aunque aunque con una terminología no del todo clara en cuanto que no diferencia entre el Poder Constituyente y el poder de reforma, procedió nuestro Tribunal Constitucional tanto a negar la posibilidad de que el Legislador ordinario pudiese realizar modificaciones formales del Código Jurídico-Político Fundamental, como a recordar que le corresponde a él, y sólo a él, la facultad de fiscalizar la legislación y, en consecuencia, la tarea de fijar cual es la interpretación adecuada de los preceptos constitucionales. De esta suerte, nos encontramos con que, ya sea de manera consciente o inconsciente, y desde luego de modo incompleto al no hacer referencia al poder de revisión como poder constituido extraordinario, el custodio constitucional recogerá, de algún modo, la ya aludida tesis de E. de Vattel²¹, conforme a la cual «La Nación puede confiar el ejercicio [de la potestad legislativa] al príncipe o a una asamblea, o al príncipe y a esta asamblea conjuntamente, los cuales están entonces facultados para hacer Leyes nuevas y abrogar las viejas. Se pregunta si sus poderes se extienden hasta Leyes Fundamentales, si pueden cambiar la Constitución del Estado. Los principios que hemos sentado, nos conducen ciertamente, a decidir que la autoridad de estos Legisladores no llega tan lejos y que las Leyes Fundamentales deben ser sagradas para ellos, si la Nación no les ha dado expresamente el poder para cambiarlas. Puesto que la Constitución ha de ser estable; y porque la Nación la ha establecido en primer lugar y ha confiado a continuación la *potestad legislativa* a ciertas personas, las Leyes Fundamentales están exceptuadas de su comisión. Al fin y al cabo, es de la Constitución de donde estos legisladores obtienen sus poderes. ¿Cómo podrían cambiarla sin destruir el fundamento de su autoridad?».

B) *El problema en la Teoría del Estado y de la Constitución de Hermann Heller, o del concepto político de Constitución como justificación de los límites materiales a la revisión constitucional*

Radicalmente distintas son las conclusiones a las que se llegan desde la Teoría del Estado y de la Constitución de Heller. Lo que se deriva del mismo concepto que el ge-

21 VATTEL, E. de: *Le Droit des Gens ou principes de la Loi Naturel appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des souverains* (1758), Tulinga, 1989.

nial jurista y politólogo socialdemócrata tiene del Derecho Positivo, y que es bien diversa a la que mantenía Kelsen. Divergencia que sólo resulta comprensible si se toma en consideración que era también bien opuesta la idea de uno y otro tienen del propio Estado.

Importa advertir que para Heller la Comunidad Política no es ni una mera ficción, como había tratado de conceptualarla Affolter, ni, como, tratando de oponerse a la consideración anterior con la que, sin embargo, terminan coincidiendo, se defendió en los trabajos de los Haenel, Rehm, Schmidt, Meyer-Anschütz, Triepel, Jellinek o, finalmente, el mismo Kelsen, tampoco puede ser comprendido como una abstracción. Por el contrario, Heller entiende el Estado como una auténtica realidad. Realidad que, además, y como dejó absolutamente claro en su oposición a las pretensiones del totalitarismo fascista italiano, se define por ser una entidad real, concreta, temporal e histórica, y cuyo nacimiento puede, y en la medida en que la Comunidad Política a la que se refiere es el Estado democrático, sólo verificarse como consecuencia de la voluntad de aquellos hombres que van a ser sus ciudadanos, y que se materializa en un proceso de abajo a arriba.

No hace falta ser muy perspicaz para comprender que, aunque no lo diga expresamente, en su proceso de comprensión del Estado Heller actúa desde el aparato conceptual que se deriva de la teoría iusnaturalista del contrato social, a la que, como ha quedado dicho ya, se opusieron históricamente todas las corrientes del pensamiento antidemocrático y antiliberal. A ninguna otra conclusión puede, en efecto, llegarse tras la lectura de su obra. De una manera particular, esto se hace especialmente cierto a la luz de su ya conocida sentencia de que «El pueblo como pluralidad debe constituirse a sí mismo y de manera consciente, en pueblo como unidad». Aserto con el que, de una suerte u otra, Heller remite a aquella primera, y acaso más brillante, exposición sobre la mecánica del proceso constituyente debida a Wise²², y de un modo mucho más concreto a la que éste llamó el momento del pacto social, y que describió en los siguientes términos: «Permitidos concebir en nuestra Mente una multitud de Hombres, todos ellos Naturalmente libres e Iguales, emprendiendo de manera voluntaria la formación de una nueva Comunidad Política (*Common-Wealth*) entre ellos mismos. Siendo ahora tal su Condición, para convertirse ellos mismos en un Cuerpo Político, deben necesitar Entrar en diferentes *Covenants* [...] I. Cada Hombre de forma intercambiable debe comprometerse firmando el *covenant* a formar parte de una Sociedad duradera, en la que serán capaces de decidir las medidas para su seguridad, por un Voto Público».

No podemos detenernos a exponer el cómo, y ya desde la obra de Wise, el contenido del pacto social se convierte en el fundamento último de la obligatoriedad del Derecho del Estado. De mismo modo, tampoco hacerlo para explicar cómo el contrato social se erige en la auténtica garantía de la libertad civil de los ciudadanos y de la convivencia pacífica entre ellos en la medida en que, como escribió Fichte, «Si un miembro no cumple su compromiso adquirido por el contrato y recupera los derechos que había alienado, entonces la sociedad tiene el derecho a forzarlo a cumplirlo mediante la restricción de los derechos que le garantizaba su pertenencia a la misma».

22 WISE, J.: *A Vindication for the Government of the New England Churches. A Drawn from Antiquity; the Light of Nature; Holy Scripture; its Noble Nature; and from the Dignity Divine Providence has put upon it*, Boston, 1717.

Lo que nos interesa es tratar de poner de manifiesto que, situados en los esquemas del proceso constituyente de Wise, la tesis helleriana resulta fácilmente comprensible. En este sentido, cuando Heller nos dice que la Comunidad Política nace, y sólo puede nacer, o, en su caso, es refundada, y sólo puede ser refundada, como consecuencia de la voluntad libre, racional e inequívoca de quienes van a ser sus ciudadanos, el Pueblo como pluralidad, de erigirse en Pueblo como unidad lo que, en definitiva, hace es poner de relieve que comparte la idea, que surge con Althusius y que se encuentra muy generalizada entre los constitucionalistas que operan con el principio y las ideas democráticas, en virtud de la cual se entiende que el Estado es una creación de los hombres y que tiene lugar, justamente, con la celebración del contrato social. Pero importa señalar que, para Heller, la verificación del que Wise denomina el «momento del pacto social» no agota toda su virtualidad con la fundación, o refundación, del Cuerpo Político y la atribución a éste de la titularidad del ejercicio de la soberanía. Junto a esta tarea, y con la misma o superior importancia, aquel momento tiene la misión de proceder a identificar el conjunto de principios y valores que son compartidos, al menos por la mayoría de ellos, por los ciudadanos y por los que, en cuanto que únicos dueños legítimos de su destino, desean ser gobernados en el futuro. Principios y valores éstos que, por cuanto que son reales y gozan de una vigencia efectiva en la Comunidad Política, serán posteriormente consagrados en el más alto nivel normativo por el *Pouvoir Constituant*, definiendo e individualizando, con ello, la Constitución específica y determinada de ese Estado real, concreto, histórico y temporal. Y ésta es, por encima de la circunstancia de que se trate de una norma directamente aplicable por los jueces, o de la que contenga la regulación de la cadena de producción del resto de las normas jurídicas, la nota verdaderamente definitoria de la Constitución.

Desde las consideraciones anteriores es, justamente, desde donde podemos comenzar a vislumbrar la noción del Derecho Positivo con la que actúa Heller. Y lo primero que debemos señalar es que, para él, este concepto también se encuentra sometido a las categorías «espacio» y «tiempo». Esto es, Heller entenderá que el Derecho, en cuanto que producto de un Estado que sólo puede entenderse como una realidad histórica, temporal y dinámica, tan sólo adquiere su verdadera dimensión en el marco de una concreta Comunidad Política, cuyas circunstancias políticas, sociales y económicas determinan el que, en un momento histórico preciso, las fuerzas políticas que en ella operan adopten esas decisiones jurídicas específicas, y no otras, por más que éstas puedan ser perfectas en otra Comunidad Política y en otro tiempo político. Así, señalará que «Damos el nombre de validez del derecho a esta existencia de las normas jurídicas como una objetivación particular del espíritu. *Pero el derecho posee validez, existencia social y realidad, únicamente dentro de una comunidad jurídica, en un tiempo y en un lugar determinados*».²³

El segundo gran rasgo distintivo de la construcción helleriana reside en el dato de que, para él, no toda norma jurídica vigente en el Estado es realmente Derecho Positivo. Y aquí se encuentra la gran diferencia de su tesis con la del normativismo kelseniano. Ciertamente es que ambos comienzan su exposición con una caracterización de aquél parecida.

23 HELLER, H.: La soberanía. Contribución a la Teoría del Derecho estatal y del Derecho internacional (1927), México, 1995, 2.ª ed.

Para ambos, el Derecho Positivo está integrado por las normas jurídicas positivizadas. Pero aquí acaba la coincidencia. Piénsese que mientras que para Kelsen toda norma jurídica vigente es una norma de Derecho Positivo, con la única condición de que aquella fuera aprobada respetando todas las requisitos y exigencias procedimentales y formales previamente establecidos en la *norma normarum*, para Heller, por el contrario, es necesario que además la norma jurídica aprobada reúna otras condiciones que, en este caso, son de carácter político y material.

Huelga decir que para el constitucionalista socialdemócrata la aprobación válida de las normas jurídicas ha de respetar, sí, y de manera obligada, ciertas formalidades. Lo que sucede es que el mero cumplimiento de estas formalidades no es suficiente para que podamos calificar a la norma vigente como Derecho Positivo. Junto a ello, es indispensable que se den otra serie de condiciones. La primera de ellas, que es fundamental, tiene un marcado carácter político-ideológico, y se explica y justifica por la visión del mundo que tiene el propio Heller. De esta suerte, nos encontramos que Heller concibe la Comunidad Política en términos de Estado democrático, y que esto le lleva a entender que porque el Estado es el Estado democrático, el Derecho creado por él, y por el que va regularse la vida de esa determinada Comunidad Política, ha de ser igualmente democrático. Bien conocido es que si hay algo que realmente define el pensamiento democrático es, justamente, el que éste, en una línea constante que se inicia con la Atenas clásica gracias a la obra de Solón, y que llega a aquel Rousseau que considera nula toda norma jurídica que no haya sido directamente ratificada por el Cuerpo Político, exigió siempre que el Derecho fuera la expresión inequívoca de la voluntad soberana del Pueblo. Lo que se hace especialmente patente en cuanto a la fuente del Derecho que llamamos «ley». Heller, consecuentemente coherente con sus firmes convicciones democráticas, participará de esta idea. Y así, no duda en afirmar que la ley es la norma jurídica ordinaria suprema puesta por el poder legislativo del Pueblo.

Es, no obstante, conocedor Heller de que requerir la intervención directa del Cuerpo Electoral para la aprobación de todas las leyes puede, sin duda, presentar determinados problemas en el funcionamiento ordinario del moderno Estado Constitucional, en el que, organizado sobre los esquemas de la democracia representativa, los institutos de la democracia de la identidad tienen una operatividad muy limitada. De ello, y como indica el propio Heller²⁴, fueron bien conscientes los hombres de la Constituyente francesa de 1789-1791, quienes trasladaron ya la cuestión de la aprobación popular a la órbita del Parlamento en cuanto que órgano de la representación popular. De todo ello, extrae Heller una consecuencia que, de manera definitiva, le aparta de las concepciones del formalismo jurídico. Para Heller, el constitucionalista ha menester siempre el interrogarse sobre si la asamblea parlamentaria que ha aprobado la ley en cuestión representa realmente a la voluntad del Pueblo. Lo que tiene una fácil explicación. En efecto, ello se debe de que Heller, a diferencia de los positivistas, trabaja tanto con las normas jurídicas como con la realidad. Y esto le conduce a no ignorar que la mera existencia de un órgano estatal que reciba el nombre de Parlamento, no implica necesariamente que éste represente

24 HELLER, H.: «Il concetto di legge nella Costituzione di Weimar» (1029), en H. Heller, *La sovranità ed altri scritti sulla Dottrina del Diritto e dello stato*, Milán, 1987.

al Cuerpo Político. Heller sabe muy bien que ninguno de los gobernantes antidemócratas que han existido a lo largo del período del constitucionalismo, y siquiera sea para ocultar sus vergüenzas ante la opinión pública nacional e internacional, ha renunciado a contar formalmente con un Parlamento. No lo hizo la monarquía constitucional, pese a que ésta estaba construida desde aquel más que acreditado antiparlamentarismo de Stahl y Treitschke, y que, a pesar de aquella aparente concesión al espíritu democrático realizada por von Bismarck con el reconocimiento del sufragio universal e igual, condujo a la situación de que «Parlamento se convirtió en un “cotarro de sacamuelas”». Y tampoco lo hicieron los totalitarismos del siglo XX. El supuesto de la Italia fascista es un magnífico ejemplo de ello. Y Heller²⁵ se encargó de ponerlo, con toda claridad y contundencia, de manifiesto al indicar que difícilmente podría entenderse que el Parlamento italiano expresaba la voluntad del Pueblo cuando sus miembros eran elegidos por el Consejo del Fascio, y, además, los integrantes de éste eran designados directamente por Mussolini, con lo que éste, en la medida en que concentraba en sus manos el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo y, finalmente, terminaba por controlar también el Poder Judicial, eliminaba de manera definitiva y absoluta la vigencia efectiva el principio de división de poderes.

Importa señalar que no basta con que las normas jurídicas hayan sido elaboradas según el procedimiento normativo previamente establecido para tal fin, y que hayan sido aprobadas, directa o indirectamente, por el Cuerpo Político para que las mismas puedan ser consideradas como auténticas normas de Derecho Positivo. Junto a estos requisitos, existe para Heller una exigencia más, que es de orden político-material, y que se deriva, de manera directa e inmediata, de la concepción que éste tiene de la relación entre el Estado y el Derecho. Lo que resulta fácil de entender. Porque Heller concibe la Comunidad Política como el resultado de la voluntad, histórica, temporal y concreta, de los ciudadanos soberanos que se ponen de acuerdo en los principios y valores por los que van a regirse en el futuro, ninguna dificultad debe existir para comprender que exija que el Derecho haya de responder a aquellos mismos principios y valores. Lo que es especialmente cierto en cuanto a la Constitución, siquiera sea por cuanto que es ésta la que los consagra a nivel normativo.

El concepto helleriano del Derecho Positivo se muestra, desde la anterior óptica, con toda claridad. Por decirlo con la fórmula que yo aprendí de mi dilecto Maestro, bien podríamos decir que para Heller las normas jurídicas sólo forman parte del Derecho Positivo cuando, tratando de hacer reales y efectivas las ideas de Democracia y Libertad, se adecuan al conjunto de principios y valores que verdaderamente operan en la Comunidad, de suerte tal que, por ello mismo, son reconocidas por los ciudadanos como normas jurídicas obligatorias y vinculantes en tanto en cuanto que, podemos decir, se encuentran respaldadas por la voluntad soberana del Pueblo.

De esta idea se deriva un corolario fundamental en cuanto a la vigencia real del propio Derecho Positivo, el cual es singularmente transcendente para el problema de la estática y dinámica constitucionales. Conclusión que separa, de manera radical, a nuestro autor de las concepciones formalistas del normativismo puro. Para nadie pue-

25 HELLER, H.: «Europa y el fascismo» (1929), H. Heller, *Escritos políticos*, Madrid, 1985.

de ser un misterio que, partiendo de la idea de que toda norma jurídica válidamente aprobada en el Estado es una norma de Derecho Positivo, el normativismo afirmará que aquellas normas gozarán de una plena y total vigencia, y, en consecuencia, desplegarán todos sus efectos jurídicos y políticos, mientras las mismas, supuesto del positivismo jurídico formalista, no sean formalmente derogadas ya sea por la emanación de una nueva norma jurídica, de igual o superior rango en la pirámide normativa, que la substituya, ya sea por un acto normativo de derogación expresa, o, como aportación del positivismo jurídico jurisprudencial, la misma no sea expulsada del ordenamiento jurídico por haberla declarado inconstitucional el Tribunal Constitucional. Lo que no sucede desde las concepciones de Heller, y desde la obligatoriedad de distinguir el Derecho vigente y el Derecho Positivo. Para Heller, en efecto, lo que sucede es que, porque el Derecho Positivo, y de modo fundamental el Derecho Constitucional, es tal en la medida en que es expresión del conjunto de principios y valores que operan en la sociedad, éste únicamente gozará de la condición de norma jurídicamente obligatoria y vinculante, y sólo desplegará su potencialidad supuesta, cuando se verifique realmente la coincidencia entre aquellos principios y valores sobre los que se edificó el ordenamiento jurídico concreto, histórico y temporal de que se trate, y los que en verdad operan en la conciencia colectiva de los ciudadanos que son los destinatarios de las mismas. Dicho de otro modo, y siguiendo las enseñanzas de De Vega, la Constitución sólo puede entenderse como realmente vigente cuando se entiende que, aunque en estado de letargo y situado al margen de la escena política ordinaria, el *Pouvoir Constituant*, o si se prefiere, la Constitución material, permanece. Cuando esto no sucede, la consecuencia práctica no puede resultar, en verdad, más clara. Y ésta, infaliblemente, sólo es una. Heller se refirió a esta circunstancia, y lo hizo en unos términos altamente expresivos y contundentes: «se incurre en un error jurídico cuando se [...] afirma] que las normas jurídicas obligan a sus destinatarios aún en contra de su voluntad: la autonomía de la validez del derecho respecto de perturbaciones particulares no está en discusión y nadie, [...], la ha negado; lo que sí se discute es la validez del derecho cuando es negado por todas o por la mayoría de las personas a quienes se dirige la norma; creemos que está fuera de toda duda el hecho, por grave que pueda parecer a la seguridad humana, consistente, por una parte, en que toda norma jurídica puede ser destruida por un proceso de voluntad y, por otra, en que no existe ninguna fuerza terrestre capaz de impedir a una voluntad soberana, [...], que destruya un orden jurídico y lo substituya con un nuevo derecho», que responda, eso sí, a los principios y valores que realmente operen en la sociedad de que se trate.

Es, de cualquier modo, en el marco de las concepciones del Derecho Constitucional de Heller donde el instituto de la *Verfassungsänderung* aparece en toda su magnitud, y no tan sólo, aunque indudablemente, como instrumento básico de garantía del Texto vigente, y desde donde, en último extremo, adquiere sentido pleno y total el plantearse su problemática general y la de la posibilidad de los límites materiales absolutos a la misma. Afirmación ésta que no ha de ser muy difícil de entender. La razón es fácilmente comprensible.

Es, en efecto, y en primer lugar, exclusivamente cuando, como hacía Heller, se entiende la Constitución en términos de realidad constitucional cuando adquiere su plena significación la idea de que la técnica de la revisión tiene como tarea primordial,

que no única, la de actuar como mecanismo de adecuación entre la realidad jurídico-normativa y la realidad jurídico-política, que se encuentra inevitablemente sometida a un continuo e ininterrumpido movimiento. Pero lo que se deriva de las concepciones hellerianas del Derecho Constitucional, es que, en tanto en cuanto la Ley Constitucional sólo puede entenderse vigente en la medida en que permanece el *Pouvoir Constituant* que la aprobó, exclusivamente tiene sentido poner en marcha el *amending process* cuando la modificación formal de ésta tenga por objeto el actualizar las decisiones concretas del Constituyente, adecuándolas a las nuevas circunstancias políticas, sociales y económicas, y sean los mismos los principios y valores que determinaron la aprobación de esa Constitución y los que operan actualmente en la sociedad que se rige por ese determinado Texto. Esto es, de lo que se trata es de asegurar el mantenimiento de la realidad constitucional.

Del mismo modo, y en sentido contrario, lo que Heller nos enseña es que carece de sentido el acudir a la modificación formal de la literalidad del Texto Constitucional formalmente vigente cuando, en el terreno de la realidad jurídica y política, se ha producido el divorcio entre la Constitución formal y la Constitución real. Y ello, por la sencillísima razón de que, fuere cual fuere el sentido y el alcance de la revisión, la misma, al haber cambiado los principios y valores de la sociedad, no dejaría de generar una realidad inconstitucional. De esta suerte, nos encontramos con que, en un tal supuesto, la única salida realmente válida y política y jurídicamente conveniente, sería la de la apertura de un nuevo proceso revolucionario constituyente, cuyo resultado fuera la aprobación de una nueva Constitución que respondiera de verdad, y no de manera ficticia, a los principios y valores por los que, al margen del Derecho, rigen su vida los ciudadanos. No hacerlo así, es decir, empeñarse en mantener en vigor un Texto Constitucional que en realidad ha dejado de ser una verdadera Constitución, se traduce en la creación de una situación política que resulta en extremo peligrosa para el mantenimiento, desarrollo y consolidación de la misma forma política «Estado Constitucional». Téngase en cuenta que ello no supondría más que repetir de algún modo la práctica que, con la justificación teórico-jurídica y práctico-política que le ofrecía Stahl, puso en marcha el monarquismo alemán, y de modo particular, y a instancias de von Bismarck, el prusiano, con la, relativamente democrática, Constitución aprobada en Fráncfort el 31 de enero de 1950 (la *Pauluskirche*). La misma táctica, no por casualidad, y encontrando también la justificación en las construcciones del positivismo jurídico heredero, de algún modo, del iniciado por Stahl (H. Heller), sería utilizada por los totalitarismos fascistas en el período entre guerras.

Es también, y con una mayor importancia para lo que nos ocupa, en el marco de los esquemas conceptuales hellerianos donde la reforma puede desarrollar, de manera plena y definitiva, su función de presentarse como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado. Lo que equivale a decir que es, asimismo, desde la noción política de la Constitución defendida por Heller desde donde la necesaria existencia de límites materiales a la reforma aparece como algo incuestionable.

Es necesario tomar en consideración que, porque para el jurista y politólogo social-demócrata la Constitución es la norma que incorpora y consagra los principios y valores del Cuerpo Político, y que, además, sólo goza de una auténtica vigencia, y, en consecuencia, únicamente adquiere la condición de norma obligatoria y vinculante para go-

bernantes y gobernados, cuando permanece el Poder Constituyente que la aprobó, fácil es deducir que cualquier modificación formal del Texto Constitucional ha de respetar, de manera tan forzosa como ineludible, al menos si se quiere continuar bajo la vigencia de la misma Constitución, aquel conjunto de principios y valores que, por existir realmente en la sociedad, fueron consagrados por el Poder Constituyente. Aparece, de esta suerte, ante nosotros una idea muy clara del concepto que Heller tiene de la *Verfassungsänderung* y de la operatividad real de ésta. Y es que resulta meridiano que, aunque no lo diga de forma expresa, entiende Heller la técnica de la revisión en el sentido de que, con la puesta en marcha del procedimiento de reforma, pueden las fuerzas políticas, actuando como poderes constituidos extraordinarios, materializar el cambio, pero un cambio que es obligadamente limitado y no, y bajo ningún concepto, el llevar a cabo actos revolucionarios.

La existencia de límites materiales a la reforma resulta, desde la perspectiva helleriana, indiscutible, Sobre todo, porque, en tanto en cuanto que negarlos supondría admitir la posibilidad de continuas quiebras o violaciones constitucionales, y que estos fenómenos, por patológicos, son inadmisibles, la necesidad de admitir límites materiales a la reforma se presenta como la única vía coherente para el mantenimiento del orden constitucional vigente. Y es este razonamiento helleriano, o alguno muy similar, el que ha conducido a, por ejemplo, Mortati, Pérez Serrano²⁶, De Vega, Lucas Verdú o Morodo a afirmar que la existencia de ese «núcleo estable o irreformable» (K. Hesse) o, si se prefiere, del «contenido constitucional esencial» o «parte fija» de la Constitución (G. Zagrebelsky) se presenta como el consecuente y necesario corolario de la definición política de la Constitución y, asimismo, de la coherencia interna del propio Estado Constitucional. Y es que, en efecto, es en la Teoría del Estado y de la Constitución de Heller donde adquiere su pleno sentido y significación la idea de que, por decirlo en palabras de mi dilecto Maestro, «porque toda Constitución se identifica con un régimen político determinado y con una fórmula política que materialmente define, y socialmente legitima, el ordenamiento legal, es claro que cualquier intento de modificación de los valores básicos que componen la fórmula política, a través del mecanismo de la reforma, implicaría no la simple sustitución de unos artículos por otros, sino la creación de un régimen político diferente y el establecimiento de un nuevo sistema constitucional». Pero ello se debe, y de modo fundamental, al hecho de que toda la especulación helleriana sobre la dinámica constitucional está hecha desde la incontrovertida afirmación del dogma político de la soberanía del Pueblo entendido, además, como el fundamento último de la efectividad real del principio de la supremacía constitucional. Es, en todo caso, desde este entendimiento desde donde la existencia de los límites a la reforma, tanto los formales como los materiales, se hace evidente en la medida en que, como ha escrito De Vega, «Si el principio jurídico de la supremacía constitucional impone el reconocimiento de unos límites [...] formales [...], el principio político de soberanía popular condicionará, por su parte, la obligada aparición de unos límites [...] materiales, cuya fundamentación y desarrollo han de ser deducidos, desde la lógica de la legiti-

26 PÉREZ SERRANO, N.: «El Poder Constituyente» (1947), en N. Pérez Serrano, *Escritos de Derecho Político*, Madrid, 1984, vol. I.

midad, como necesario correlato de los valores materiales y los supuestos políticos en que se inspira y vertebra el moderno Estado constitucional».

III. LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA: LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL EN LA CONCILIACIÓN DE LAS IDEAS DE DEMOCRACIA Y LIBERTAD, O DE LA REFORMA COMO INSTRUMENTO FUNDAMENTAL DE DEFENSA DEL RÉGIMEN DEMOCRÁTICO

Conocidas ya las distintas conclusiones a las que conducen las concepciones kelsenianas y hellerianas, es cuando, obviamente, podemos empezar a plantearnos la tarea de buscar una solución al interrogante de si existen, o no, límites materiales absolutos a la actuación del poder de revisión. Lo que requiere tomar partido en torno a cuál de las dos soluciones nos parece más conforme, adecuada y conveniente para la ordenada articulación, y correcto funcionamiento, del Estado Constitucional. Y tal decisión no puede depender del mayor o menor grado de simpatía, personal, política o académica, que susciten uno y otro en el estudio actual del Derecho, la Política y el Estado. Tampoco, y mucho menos, puede el constitucionalista, que, aunque manteniéndose en el ámbito de la crítica inmanente, ha de ser siempre crítico en el desarrollo de su labor (P. De Vega), y, además, ha de tratar de conservar un mínimo de coherencia en su trabajo, adoptar su postura en atención a los intereses, cambiantes y coyunturales, que en cada momento tenga el gobernante de turno. Al fin y al cabo, lo que sucede es que, como, con meridiana claridad y total acierto, puso de relieve Fichte, el científico, que debe, sí, formular sus tesis con la intención de que las mismas puedan contribuir a la evolución de Comunidad Política (H. Heller), no debe obsesionarse con satisfacer las apetencias de los prácticos de la política, y ello por cuanto que ha sido una constante en la actuación de los gobernantes, ya sean democráticos ya autocráticos, la de que se han servido muy gustosamente de las formulaciones de los constitucionalistas, administrativistas, politólogos, historiadores y filósofos, y, en consecuencia, los han ensalzado y favorecido frente a los demás miembros de la clase académica, cuando las mismas les eran útiles para la consecución de sus propósitos, insistamos en ello, coyunturales y cambiantes. Pero, del mismo modo, esos gobernantes no dudarán lo más mínimo en pasar a despreciar aquellos mismos planteamientos cuando, por los motivos que sea, siquiera sea para acceder y mantenerse en el poder, las circunstancias políticas les obliguen a cambiar su proyecto de gobierno, en cuyo caso, y de manera más que lamentable, lo que harán será tratar de marginar y silenciar al universitario que se muestre crítico con su nuevo fin. De ahí que siga gozando de una plena vigencia y actualidad aquella «Reivindicación de la libertad de pensamiento a los príncipes de Europa que hasta ahora la oprimieron» que, en 1793, había escrito Fichte, y en la que identificaba la libertad de pensamiento no sólo con que el poder político no prohíba al ciudadano que piense libremente, sino el que éste pueda comunicar, también de manera absolutamente libre, su pensamiento de suerte tal que aquella comprende la libertad de expresión, de prensa y de investigación.

Su conclusión, por el contrario, ha de ser adoptada, y ha de poder justificarse, por criterios puramente científicos. Y he de señalar que lo que, desde aquella primera lección que, hace ya 35 años, recibí de él en la Facultad de Derecho salmantina, yo aprendí de De

Vega es que sólo puede obtenerse un ponderado y cabal entendimiento del Estado Constitucional cuando se atiende a la esencia última y básica de sus instituciones. Lo que, en último extremo, implica la obligación de interrogarse sobre cómo han cumplido su función a lo largo de la Historia, y si en realidad han servido para hacer reales y efectivas las ideas de Democracia y Libertad, que es, en definitiva, y desde la concepción del Maestro, la función básica del Derecho Constitucional.

Si aceptamos esta sugerencia, encontrar la solución a nuestro interrogante deviene una tarea relativamente fácil. Ningún obstáculo debe existir, en efecto, para concluir que, enmarcada la problemática de los límites materiales a la reforma en la confrontación de la kelseniana Teoría pura del Derecho y del Estado y helleriana la Teoría del Estado y de la Constitución, la solución más adecuada y correcta es la que, aunque sea tácitamente, aporta Heller. Tampoco ha de existir dificultad alguna para comprender que esto es así, justamente, porque éste entiende la Constitución como la expresión normativa de la voluntad de un Pueblo que, porque es soberano, impone su voluntad a todos, incluidos, y ante todo y sobre todo, a los poderes constituidos, los cuales han de desarrollar toda su actividad con respeto a las decisiones normativizadas del *Pouvoir Constituant* originario. Y es desde esta concepción desde donde la idea de que también el poder de reforma, que, aunque extraordinario por la facultad que ejercita, no deja de ser un poder creado y ordenado por el Código Constitucional, está limitado, formal y materialmente, en el contenido de su voluntad, se muestra como una verdad incontrovertible.

De poco serviría, sin embargo, que el constitucionalista de hoy haga pública su toma de posición intelectual, si no es capaz de justificar aquella opción en términos científicos, es decir, y en nuestro caso, y por utilizar la expresión de Triepel, con criterios jurídico-públicos. A tratar de dar cumplimiento a esta exigencia es a lo que, con la mejor de las disposiciones, dedicaremos las páginas siguientes.

Hemos dicho ya que existe un acuerdo prácticamente unánime —desde luego, entre los autores del positivismo jurídico democrático y los del antiformalismo jurídico también democrático—, en la consideración de que la *Verfassungsänderung* hizo su entrada en la Historia como un mecanismo jurídico-político que ideado para poder conciliar adecuadamente las consecuencias que se derivan del principio democrático y del principio de supremacía constitucional en el marco de la dialéctica estática/dinámica constitucionales. Y ya hemos visto también, con De Vega, que esto se logra en la medida en que la técnica de la reforma permite llevar a cabo la transformación del dogma político de la soberanía popular, en virtud del cual se entiende que el Pueblo, como único sujeto legítimado para decidir su futuro, tiene el derecho inalienable a cambiar en el momento que lo estime conveniente el orden constitucional vigente, en el dogma jurídico de la supremacía de la Constitución, conforme al cual ésta, en cuanto que *Lex Superior* de la Comunidad Política, se sitúa por encima de la dicotomía gobernantes-gobernados, obligando a ambos por igual, pero no, y como supo comprender nuestro Tribunal Constitucional, de idéntica manera. Pues bien, lo que ahora nos interesa señalar es que cuando se concibe de este modo el instituto de la reforma, lo que se hace es concebirlo como el instrumento técnico idóneo para solucionar el que, sin duda alguna, ha sido el gran problema en orden a la organización de la Comunidad Política. No referimos a la cuestión de cómo lograr superar las antinomias que se derivan de las ideas puras de Democracia y Libertad. Lo que, como indica De Vega, ha constituido una constante en el pensamiento político democrático.

De tratar de lograr el cumplimiento de las leyes por todos los destinatarios de las mismas, que es la exigencia central para que la Libertad alcance su plena y total efectividad, cuando éstos, constituidos en Cuerpo Político, pueden, como contenido básico de la Democracia, proceder en todo momento, y libremente, a la modificación, substitución o derogación de aquellas leyes, se preocupó ya en Esparta Licurgo. Poco importa, a los efectos de este escrito, si en verdad Licurgo existió y fue, en realidad, el autor de todas las grandes obras que se le atribuyeron, o sí, por el contrario, y como sostiene Bengtson, se trata tan sólo de un personaje mítico, al que, al igual que se hizo con los demás mitos fundacionales, se le glorificó y se le deificó para acabar atribuyéndole, aunque no tuviera una relación segura con las reformas, la evolución de muchos siglos en la sociedad donde operan. Lo que nos interesa es que, enfrentado a aquel problema, lo que, de acuerdo con la tradición, y nos enseña Burckhardt, hizo Licurgo fue articular una solución múltiple. Así, en primer lugar, trató de asegurar el cumplimiento de la ley por los ciudadanos espartanos exigiéndoles, en consonancia con el carácter sacral de la propia *polis*, un juramento de obediencia a tales leyes. En segundo término, como complemento de lo anterior, y atribuyéndose el papel de intérprete supremo y único de la voluntad de la divinidad, procedió a atribuir a todas sus leyes la naturaleza de auténticos estatutos sagrados de los dioses. Por último, estableció la prohibición de que las leyes, estatutos sagrados, por él aprobadas fueran modificadas o derogadas por las generaciones posteriores.

Con lo que se daba plena realización a la idea de la Libertad, pero se hacía a costa de sacrificar la Democracia. Lo que planteaba no pocos problemas prácticos, en tanto en cuanto la fórmula establecida por Licurgo lo que, en realidad, hacía era impedir la adecuación de la normativa jurídica a la inevitable evolución histórica de la Comunidad cuya vida pretendía regular. Consciente Licurgo del absurdo que suponía el excluir cualquier modificación de las normas jurídicas, así como de la necesidad de dejar operar la Democracia, no le quedó más remedio que admitir la posibilidad de que, con el tiempo, las leyes pudieran ser modificadas. Ahora bien, tal hipótesis estaba fuertemente limitada. En efecto, de acuerdo con la tradición, lo que Licurgo ordenó es que las leyes podrían ser, sí, modificadas. Pero que esto sólo podría llevarse a cabo en caso de manifiesta necesidad y, además, tan sólo por quienes hubiesen sido educados «licúrgicamente» y en un sentido «licúrgico-espartano».

Podría, de esta suerte, parecer que la esencia de la Democracia pasaría a gozar de una plena, total y absoluta eficacia, al mismo tiempo que su materialización no tendría porque implicar la merma de la efectividad de la Libertad. Tal conclusión, sin embargo, resulta en exceso optimista. Y ello, por la sencillísima razón de que la misma no toma en consideración los graves problemas que el esquema jurídico-político atribuido al ingenio de Licurgo presentaba para la ordenada y cabal ordenación de la Comunidad Política. Peligros que se hacen todavía más evidentes cuando se toma en consideración que no es sólo que, a diferencia de la mayoría de las *polis*, Esparta no se sumara al movimiento codificador del Derecho vigente, sino que, además, ocurre que, como nos dice Bengtson, fue el propio Licurgo quien estableció la prohibición de que las leyes fueran recogidas por escrito. De esta suerte, la perniciosa situación que genera el modelo de Licurgo no puede ser más clara. En efecto, privado el Derecho de las deseables notas de certeza, seguridad y demostrabilidad que, como señaló Paine, se derivan de la escritura, nada impediría que pudieran aparecer algunos demagogos que, atribuyéndose la condición de haber sido edu-

cados licúrgicamente, y afirmando actuar en consonancia con ese requerido, pero no demostrable, sentido licúrgico-espartano, procedieran a transformar, incluso de forma radical, el ordenamiento de la *polis*, aun y cuando tal modificación fuese contraria a los intereses de la mayoría de los ciudadanos de Esparta.

Tiene, de esta suerte, toda la razón el Maestro De Vega cuando indica que fue en el marco geográfico de la Atenas clásica donde, en realidad, comenzó a hacerse posible la conciliación de la Libertad y la Democracia, y la superación de las antinomías que generaría la aplicación de sus ideas puras. Igualmente, tiene también toda la razón cuando considera que no fue con Dracón, sino, por el contrario, con Solón, «el padre de la democracia de los antepasados, de la *patrios demokratia*» (C. Mossé), cuando aquel propósito comenzó a adquirir realidad y entidad, y no sólo por el hecho de que sus leyes, a diferencia de las de Licurgo, «fueron registradas en las tablas giratorias de madera [...]; extractos de ellas (o suplementos) se hallaban en columnas de piedra [...] en el Pórtico del Rey» (H. Bengtson). Motivo por el cual, y sin que necesite de mayores justificaciones, resulta conveniente detenerse en su estudio.

También Solón, en cuanto que no pudo substraerse a la lógica inherente a la Comunidad sacral y, en consecuencia, se vio forzado a justificar la legitimidad del Derecho con la apelación a la voluntad divina de los dioses, trató, en primera instancia, de lograr la estabilidad de las normas jurídicas, y el que las mismas fueran obedecidas por todos los habitantes de Atenas, a través del juramento religioso de obediencia a las mismas. Ahora bien, consciente, sin duda, de la poca efectividad que tenía el fiar el cumplimiento de la ley por parte de gobernantes y gobernados a un compromiso de naturaleza religiosa, es lo cierto que Solón no se contentó con esta medida. Antes al contrario, su obra se caracterizó por el dato de que pretendió asegurar el carácter jurídicamente vinculante y obligatorio del Derecho con el establecimiento de medidas de índole jurídico-político y terrenal. Medidas que conocemos, fundamentalmente, merced a la obra de Aristóteles, ejercieron una gran influencia en los primeros procesos revolucionarios liberal-burgueses de finales del siglo XVIII, y de un modo muy particular, como indica De Vega, en el proceso constituyente estadounidense, y que resultan, de cualquier manera, esenciales para encontrar una ponderada y cabal respuesta al interrogante de si la revisión constitucional es un auténtico acto de soberanía, y en cuanto que acción revolucionaria, ilimitada desde el punto de vista material, o si, por el contrario, es tan sólo una operación jurídica que se encuentra materialmente limitada por la voluntad soberana del *Pouvoir Constituant*.

Comprendió Solón que para hacer viable el régimen democrático era necesario, e imprescindible, establecer en el seno de la *polis* una clara y definitiva distinción entre la naturaleza que realmente correspondía a las diversas disposiciones legislativas por las que se conducía su vida pública, en el sentido de que, si de verdad se quiere eludir la hipótesis de que un gobierno ordenado como una auténtica *Politeia* —en el sentido de aquella Democracia legal con la que Aristóteles sentó las raíces del Estado de Derecho (P. De Vega, S. Giner, ...)—, pueda degenerar en su forma impura: Democracia ilegal o demagogia, es menester el establecer una norma suprema en la colectividad jurídico-política, y, al mismo tiempo, limitar las posibilidades del cambio de las leyes. Surge, de esta suerte, la diferenciación entre *nomos* y *psefismata*, así como, y de forma obligada para que aquella dicotomía adquiriera auténtica realidad en la práctica, la puesta en marcha del *graphé paranomon*, o acción de ilegalidad, como acción penal cuya apreciación por la

asamblea se derivaría tanto la derogación del decreto, o ley, que altera y vulnera los *nomoi*, como la responsabilidad penal del demagogo, que podría incluso ser condenado a la pena de muerte.

Como es obvio, lo que debemos preguntarnos es por la naturaleza que Solón y Aristóteles atribuyeron a uno y otro tipo de normas. Y así, hemos de comenzar señalando que, para ellos, los *psefismata* —que Aristóteles nunca confundió y equiparó a los *nomoi*—, serían las resoluciones del Pueblo, elaboradas en la asamblea como leyes o decretos. Éstos, como derivación inmediata y directa de la idea pura de Democracia, pueden ser libremente, y en todo momento, aprobados, modificados, substituidos o derogados. El único límite que, como consecuencia de la operatividad de la idea pura de Libertad, encuentra el Pueblo es el de respetar siempre los *nomoi*, que, en cuanto que norma suprema de la *polis*, nunca podrían ser alterados por los *psefismata*.

Por su parte, los *nomoi* se definen porque se presentan como las normas que, en cuanto afectan a la estructura de la *polis* (Aristóteles), contienen los implícitos elementos que definen la Comunidad Política, y porque, por ello mismo, han de ser considerados como inalterables. De esta suerte, bien podríamos decir, siguiendo al Maestro De Vega, que, *salvata distantia*, los *nomoi* se corresponderían con el moderno concepto político de Constitución. De una manera más concreta, lo que los *nomoi* representaban en la Democracia ática si no era el papel de la totalidad de las Constituciones en el marco de los modernos Estados Constitucionales, sí actuarían como esa parte de aquéllas que, como sabemos, Hesse ha denominado los «fundamentos de orden de la Comunidad», cuya principal nota definidora es la de que una vez han sido establecidos y determinados por el Constituyente originario, y siempre en condiciones de normalidad, han de quedar substraídos al ulterior debate entre las distintas fuerzas políticas, en el entendimiento de que, en cuanto que materias excluidas incluso de la capacidad de acción del poder de revisión, se erigen, entonces, y con independencia de que estén o no incorporados a una cláusula de intangibilidad, el núcleo estable e irreformable de la Constitución.

La idea de la irreformabilidad de la *Lex Superior* de la Comunidad Política, surge, en este contexto, de forma evidente. Y ello, aunque, en realidad, la misma no fuera expresamente afirmada ni por Solón ni por Aristóteles. Lo que, de cualquier forma, no ha de ser muy difícil de comprender, ni de compartir. De Vega ha puesto de manifiesto, y de forma inequívoca, que, a pesar de que el estagirita adoptó siempre una posición evasiva y cargada de ambigüedad, tal es la única interpretación lógicamente aceptable a la vista del conjunto de la obra de Aristóteles. Así, en 2006, afirmó el Maestro que la «imbriación aristotélica de los *nomoi* con las reglas configuradoras de la propia estructura de la *politeia* [...] forzosamente tendría que haberle llevado a concluir en la proclamación de la inmutabilidad de los mismos. [...] De suerte que los *nomoi* que Aristóteles dejó sin definir, ha sido el gran jurista francés [A. Hauriou], quien ha intentado encerrarlos en esa superlegalidad constitucional, que no podrá ser lesionada nunca y deberá quedar inmune a la acción de la reforma».

No podemos realizar aquí un estudio exhaustivo y pormenorizado sobre el cómo las concepciones de Solón y de Aristóteles fueron aceptadas, aunque, necesariamente, actualizadas para adecuarlas al devenir histórico, por el pensamiento político, y de modo fundamental, por el democrático, posterior a ellos. Razones de espacio nos obligan a prescindir de la exposición sobre el cómo, por ejemplo, un Juan de Salisbury articuló un es-

quema teórico, y con una muy escasa, si no nula, realidad en la práctica de su tiempo, tendente a garantizar la efectividad del imperio de la ley, y, sobre todo, el que el *Policraticus* actúe según los dictados de ésta, y que lo hizo en la medida en que el obispo de Chartres se preocupó de atribuir a la colectividad una serie de instrumentos con los que defenderse en el supuesto de que aquél procediese en contra del Derecho, entre los que podemos destacar la posibilidad de expulsar del Consejo al gobernante injusto, y la más radical, con la que, en todo caso, se adelantaba en más de cuatro siglos a Stephanus Junius Brutus, la hipótesis del tiranicidio. Del mismo modo, tendremos que renunciar a poner de manifiesto que fue ya, y de manera inequívoca, Marsilio de Padua quien, por lo menos en el plano teórico, y después de establecer claramente la separación entre el poder religioso y el político terrenal y sus funciones, y atribuir al último el poder absoluto sobre el gobierno de la Comunidad Política, procedió a configurar al gobernante como un sujeto no soberano, al que, como un mero servidor de los ciudadanos, le corresponde única y exclusivamente la tarea de ejecutar fielmente las leyes aprobadas por el Pueblo en cuanto que solo sujeto legitimado para decidir como va a ser gobernado.

Lo que, no obstante, y en tanto en cuanto su pensamiento conforma uno de los pilares teórico-ideológicos fundamentales del moderno Estado Constitucional, no podemos dejar de consignar que, aunque él era más proclive a citar a Licurgo, es lo cierto que son los esquemas soloniano-aristotélico-democráticos los que subyacen en las especulaciones que el «Ciudadano de Ginebra» realizó sobre la problemática de la estática y dinámica constitucionales, y en las que la naturaleza de poder formal y materialmente limitado del Legislador que reforma la Constitución aparece ya de manera clara y definitiva. Y es que, en efecto, sólo puede considerarse que fue desde la aceptación de la idea de Solón y Aristóteles de que el correcto funcionamiento de la *polis* obligaba a establecer la definitiva distinción entre *nomoi* y *pséfismata*, como Rousseau, al igual que, de algún modo, hizo también de Vattel, pudo proceder a la diferenciar los supuestos de «cambio de Constitución» y de «cambio en la Constitución», así como a distinguir la distinta forma y la distinta naturaleza del sujeto que ha de llevarlos a cabo, que fue, en definitiva, y como ha puesto de relieve De Vega, las que terminaron asumiendo, y consagrando a nivel normativo, los primeros revolucionarios liberal-burgueses franceses tanto en el Texto de 1791, como en el de 1793 para consagrar, de esta suerte, la absoluta distinción entre lo que es un auténtico acto revolucionario, que es expresión de la soberanía, y una mera operación jurídica realizada dentro de la Constitución.

Importa advertir que la hipótesis del «cambio de Constitución» será justificada por Rousseau²⁷ desde la consideración de los tres diversos, aunque complementarios, principios que determinan la dinámica de cualquier Comunidad Política. Nos referimos, en primer lugar, a esa vocación de eternidad con la, en principio, son aprobadas todas las normas jurídicas, y que adquiere una mayor realidad en el supuesto de los documentos de gobierno, sobre todo si, como hacía Rousseau, la Constitución se equipara al contrato social mismo. En segundo término, entendió también el «Ciudadano de Ginebra» que el anterior principio, es decir, que el contrato social/Constitución es obligatorio y vinculante

27 ROUSSEAU, J.-J.: *Du Contrat Social ou principes de Droit Politique* (1792), París, 1966; «Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma» (1771), en J.-J. Rousseau, *Proyecto de Constitución para Córcega. Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*, Madrid, 1988.

en la medida en que había sido establecido por la voluntad soberana del Cuerpo Político, ha de ser conciliado con la naturaleza necesariamente temporal y coyuntural que tiene la voluntad del soberano. Por último, comprendió perfectamente Rousseau que, al igual que la propia República, el Derecho por el que se rige el Estado, y el pacto social y la Constitución no podrían ser una excepción, sólo gozarán de una auténtica vigencia, o, si se prefiere, que únicamente se serán normas jurídicas obligatorias y vinculantes, cuando sus preceptos sean aceptados y reconocidos como tales por los ciudadanos de esa Comunidad Política. Enfrentado a la necesidad de conjugar tan diversos principios, el padre de la Democracia moderna encontró una única solución posible. A saber: limitar al máximo las posibilidades de que el instrumento de gobierno fuera modificado durante la vida de la Comunidad Política. Pero, en modo alguno y bajo ningún concepto, podría, empero, concluirse que excluya que ello fuera posible. Ahora bien, lo que es importante, resulta trascendente y, por ello mismo, ha de ser destacado es que desde los esquemas lógicos de Rousseau, y en tanto en cuanto la Constitución se identifica plenamente con el contrato social, la hipótesis del cambio del Texto Constitucional, y su consecuente substitución por uno nuevo, sólo puede ser comprendido como un acto revolucionario y de soberanía, que, precisamente por ser tal, sólo podría ser verificado a través de la actuación directa del Pueblo, y no, y jamás, por la decisión de sus representantes.

Ahora bien, si esto es así en cuanto a la posibilidad de la aprobación de una nueva Constitución en el Estado, el «Ciudadano de Ginebra» es plenamente consciente de que los documentos de gobierno, permaneciendo vigentes, pueden necesitar ser modificados con carácter puntual, y que estas modificaciones formales, en la mayoría de las ocasiones, y por decirlo con la fórmula de la Constitución de 1791, son más conformes al interés nacional. En unos tales supuestos, lo que se pretendería sería simplemente operar lo que hemos denominado «cambio *en* la Constitución», en cuyo caso resultaría excesivo exigir la unanimidad requerida para el supuesto del «cambio *de* Constitución». Por este motivo, Rousseau, como también lo haría de Vattel, admitirá la posibilidad de que las reformas se operen por mayorías cualificadas cuando así lo establezca expresamente la propia Ley Constitucional. Sus palabras, en efecto, no dejan el menor resquicio a la duda. Ahora bien, ocurre que, para Rousseau, y en la medida en que estas modificaciones no pueden tener otra finalidad que la de asegurar la vigencia y efectividad del Código Constitucional al permitir tanto su adecuación a la cambiante realidad social subyacente, como la corrección de los posibles errores técnicos que aquél pudiera contener y cuyo mantenimiento pudiera deparar, incluso, la disolución del Cuerpo Político, estas reformas han de verificarse con el más absoluto respeto a las estipulaciones contenidas en el pacto social por el que nació, o se refundó, la Comunidad Política, el cual, de esta suerte, se convierte en un límite material absoluto, e insalvable, para la actuación del poder de reforma.

Es, de cualquier modo, y con ello empezamos a concluir este escrito, a esta confrontación rousseauiana entre «cambio *de* Constitución» y «cambio *en* la Constitución» a la que ha de enfrentarse todo proyecto de modificación del Texto Constitucional. Y es, asimismo, cuando se admite esta dicotomía establecida por el ginebrino cuando la existencia de los límites materiales a la revisión se presentan como algo totalmente necesario y, en consecuencia, inelectuable. Basta con tomar en consideración que, en el contexto del pensamiento rousseauiano, una primera conclusión se alza ante nosotros como una verdad incuestionable, y que jamás debería ser olvidada por la clase política. Si

el pensamiento democrático, y de una manera muy particular el democratismo radical, reconocen al Pueblo el derecho imprescriptible e inalienable no sólo a introducir en la Ley Constitucional cuantos cambios sean menester para asegurar su pervivencia, sino, incluso, a cambiar el pacto social mismo y, con ello, y en lógica consecuencia, la Constitución, lo que nunca debería olvidarse es que hasta que esta última decisión sea adoptada por el «Pueblo como unidad» en su condición de titular de la soberanía, lo que la lógica democrática impone es el que ciudadanos y gobernantes han de actuar con la más estricta, y escrupulosa, observancia de la legalidad constitucional vigente en el Estado. Fue, de nuevo, el propio Rousseau quien se encargó de explicitar esto cuando, de manera radical, señaló que «interés más urgente del jefe, y su deber más indispensable es velar por la observación de las leyes de las que es ministro y sobre las cuales se funda toda su autoridad». Sentencia con la que, en última instancia, nos dice que es en este celo y extremado cumplimiento de la legalidad constitucional vigente, así como en el más absoluto acatamiento al principio de legitimidad en el que aquella se fundamenta, donde reside, precisamente, la garantía de la Libertad en el futuro, respetando, empero, la plena virtualidad de la idea de Democracia.

Téngase en cuenta que lo anterior se traduce en que si el Pueblo, como titular de la soberanía y actuando como poder revolucionario, es libre para proceder a la apertura de un proceso constituyente, lo que los poderes constituidos, aunque, como el poder de reforma, sean extraordinarios, nunca pueden hacer es utilizar el *amending process* para llevar a cabo un acto revolucionario con el que se crearía un régimen político y constitucional nuevo. La diferencia entre ambos modos de actuación, se nos antoja evidente y diáfana. En el primer supuesto, lo que se propone es substituir un Estado Constitucional por otro Estado Constitucional organizado, eso sí, en base a unos valores y principios diversos del anterior, y determinados en el nuevo contrato social. Al ser el Pueblo soberano el que actúa, éste impondrá su voluntad a todos y cada uno de los ciudadanos, considerados como «Pueblo como pluralidad». La libertad total queda, de este modo, perfecta y enteramente garantizada. Todo lo contrario ocurre cuando se acude al fraude constitucional para introducir en la Constitución soluciones que chocan de manera frontal con ella. En este caso, y porque desaparece la garantía de que las fuerzas políticas van a observar la Constitución en el futuro, lo que sucedería es que un Estado Constitucional sería substituido por una forma de organización política que, en último término, recordará en sus presupuestos basilares al Estado autocrático en cualquiera de sus variantes, en el que la existencia de una Constitución formalmente vigente no tendría otra misión que la de actuar como un instrumento, un mero disfraz (K. Loewenstein), para esconder una realidad política y jurídica muy concreta, y que sería la de una dictadura más o menos encubierta.

La obligatoriedad de admitir la existencia de límites materiales absolutos a la reforma queda, de esta suerte, fehacientemente demostrada. Y ocurre, además, que es tan sólo cuando se admite la existencia de estos límites materiales absolutos cuando puede llegar a comprenderse la verdadera esencia del instituto de la *Verfassungsänderung*. Verdadera esencia que, por decirlo con el título de la conferencia dictada, en 2006, por el Maestro De Vega, se traduce en la consideración de «La reforma constitucional como defensa de la Constitución y de la Democracia».

Que la reforma, en cuanto que ejercicio de una facultad constituyente que ha de desarrollarse, siempre e ineludiblemente, en el marco de la voluntad soberana del Poder Constituyente originario, es un instrumento de defensa de la Constitución vigente en el Estado, es algo que resulta inconcuso desde las ideas y del principio democrático. Del mismo modo que tampoco es discutible que esa garantía del orden constitucional del presente se manifiesta de múltiples maneras, que, sin embargo, conviene explicitar pese a su obviedad.

En este sentido, la primera de las formas en que la *Verfassungsänderung* actúa como mecanismo de defensa de la Constitución vigente se deriva, de un modo muy concreto, de la propia virtualidad que tiene este instituto en el proceso de conversión del dogma político de la soberanía popular en el dogma jurídico de la supremacía constitucional. Recuérdese que han sido, por ejemplo, Jellinek, Barthélemy, Bastid, Vedel, Mortati, Finer y De Vega, quienes, desde las más diversas concepciones científicas y metodológicas y desde los más diferentes posicionamientos políticos, han puesto de relieve que lo que la regulación del *amending process* supone es, en última instancia, reconocimiento de una cierta superioridad formal de las normas constitucionales sobre el resto de las normas jurídicas del Estado, de suerte tal que el Texto Constitucional queda definitivamente configurado como la *Lex Superior*, que es lo que en realidad define a la Constitución y desde donde tan sólo puede desplegar toda su potencialidad como norma jurídica obligatoria y vinculante. Lo que se consigue gracias a que la entrada en la Historia del principio de rigidez determinó que se introdujera, en el seno de la Comunidad Política democrática, una doble distinción que, por lo demás, se erige en el elemento central, nuclear, esencial y basilar para el correcto funcionamiento del Estado Constitucional mismo. Nos referimos a la obligación de diferenciar, atendiendo tanto a la naturaleza de la norma jurídica como a la de su autor, de manera clara y nítida entre *Pouvoir Constituant*, poder de reforma y Poder Legislativo ordinario, por un lado, y entre Ley Constitucional, ley de reforma y leyes ordinarias, por otro. Doble distinción en virtud de la cual, y en primera instancia, se excluye la posibilidad de que los poderes constituidos ordinarios, subrogándose en la posición de un falso y subrepticio soberano, puedan violentar la Constitución con el fácil expediente de emanar normas jurídicas ordinarias, y, en consecuencia, subordinadas a la normativa fundamental, aprobadas con el más estricto y escrupuloso respeto a los trámites establecidos en el procedimiento legal-constitucionalmente previsto para la aprobación, modificación o derogación de la legislación ordinaria. Pero también tiene esta doble distinción otra virtualidad que, en todo caso, reviste una mayor importancia, y adquiere una mayor transcendencia, para el mantenimiento, consolidación y profundización de la misma forma política «Estado Constitucional». Y ésta no es otra que la de que, como ha observado el Maestro De Vega, de la exigencia de que para llevar a cabo la modificación formal del Texto Constitucional haya de observarse un procedimiento distinto al legislativo ordinario, en lo que, en definitiva, se traduce es en la radical elusión de las patológicas hipótesis de que el *Pouvoir Constituant*, como poder soberano, absoluto e ilimitado en el contenido de su voluntad, pueda extender su actuación más allá del momento en que su obra entra en vigor, o de que el Poder Legislativo ordinario, en su condición de poder no soberano y obligado a actuar en los márgenes que le han sido impuestos por el Poder Constituyente, pretenda usurpar las atribuciones que sólo, y de manera exclusiva, corresponden la Poder Constituyente soberano.

Ningún constitucionalista puede desconocer que si el instituto de la revisión actúa como un adecuado instrumento de defensa de la Constitución vigente, ello se debe no sólo al hecho de que excluya la actuación de los poderes constituidos ordinarios en el nivel de la normativa fundamental, sino también, y en segundo lugar, a que establece una serie de requisitos que, a la postre, condicionan también la posible actuación de ese sujeto que ha sido creado por el *Pouvoir Constituant* originario y que aparece facultado para ejercer una facultad constituyente en cuanto que actividad reglada por la propia Constitución y, en consecuencia, limitada por ésta. Y, del mismo modo, a ningún estudioso del Derecho, la Política y el Estado puede ocultársele que la virtualidad de esta garantía reside, en última instancia, en la propia complejidad del procedimiento establecido para realizar la reforma proyectada. Garantía ésta que, ciertamente, puede parecer muy endeble frente a la actuación de las fuerzas políticas. Sobre todo, si la misma se observa, por ejemplo, a la luz de la dinámica jurídico-política mexicana, en la que desde 1921, fecha de aprobación de la primera revisión, a nuestros días la venerable Constitución de Querétaro ha conocido más de cuatrocientas reformas. El mismo juicio merecerá, sin duda, para nuestro célebre amigo el jurista persa cuando, en su proceso de conocimiento del Estado español, se enfrente el estudio de la reforma de 2011, y constate el breve lapso temporal que hubo entre el anuncio de la iniciativa de la reforma hecho, para contentar a los «mercados», por el Presidente del Gobierno, Sr. Rodríguez Zapatero, a su aprobación definitiva, y con la misma intención de atender el interés del gran capital internacional, por parte de los dos partidos mayoritarios en las Cortes Generales. Ocurre, sin embargo, que ni uno ni otro supuesto vienen a negar el carácter garantista del propio *amending process*. Carácter garantista que, en todo caso, alcanza su máxima expresión en relación con aquellas proyectos de reforma con los que lo que se pretende es substituir alguna de las decisiones políticas fundamentales adoptadas por el Constituyente, por otra solución política distinta. Es en estos supuestos donde el carácter garantista de la *Verfassungsänderung* se muestra con toda claridad. Y lo hace en la medida en que, como señala, entre otros, Contini²⁸, al exigirse que toda revisión haya de verificarse mediante un procedimiento distinto, más complejo y agravado que el que ha de observarse para la aprobación, modificación o derogación de las leyes ordinarias, la rigidez actuará como un adecuado y eficaz filtro frente a reformas superficiales o irreflexivas que pretendiera llevar a cabo una eventual mayoría parlamentaria. De esta suerte, no resulta exagerado afirmar que con el requerimiento de procedimientos agravados para modificar la Constitución, se tiende a garantizar que se piense y madure suficientemente la necesidad de cualquier posible reforma, con lo que, en definitiva, no se está sino favoreciendo la permanencia y estabilidad del orden constitucional.

Por último, es menester señalar que la reforma puede actuar, y actúa, como instrumento de garantía de la Constitución en tanto en cuanto que, como, según nos dice Arnoult, hicieron ya los *Founding Fathers* en Filadelfia, lo que el principio de rigidez hace es determinar la existencia de una serie de materias en cuya regulación queda excluida, incluso, de la actuación del poder de revisión, y que únicamente podrían ser mo-

28 CONTINI, G.: *La revisione costituzionale in Italia*, Milán, 1984, reimpr. inalterada.

dificadas con la aparición de un nuevo *Pouvoir Constituant* en el seno de la Comunidad Política. Lo que se explica, y justifica, sin dificultad desde el concepto político de Constitución, desde el que, como hemos visto, se entiende que ésta es la expresión normativa tanto de los principios y valores que determinaron el nacimiento histórico de la forma política general «Estado Constitucional», como del conjunto de principios y valores que, por existir y operar realmente en el marco de la sociedad, fueron consagrados por el Constituyente en el más alto nivel normativo del Estado, y que son, en definitiva, los que caracterizan, definen e individualizan el Código Constitucional. De donde sólo, y desde la más elemental lógica jurídica y política, cabe llegar a una conclusión. A saber: que, porque el poder de revisión está, como, en 1928, sentenció acertadamente Schmitt, facultado para llevar a cabo la modificación formal del Texto Constitucional, pero carece de competencia legítima para proceder a realizar supuestos de destrucción, supresión o cambio de la Constitución, ni está tampoco legitimado —por más que, como ya se ha indicado, este autor lo justificase en 1979—, para actuar cometiendo *fraude à la Constitution*, tales principios y valores se erigen en un límite material a la reforma, el cual no podría ser salvado ni siquiera por la aprobación unánime de la misma por parte de las fuerzas políticas con representación parlamentaria y que pretenden actuar investidas del poder de reforma.

Ocurre, empero, que puede llegar el momento en que, por el motivo que sea, los operadores políticos y jurídicos del Estado estimen conveniente el modificar formalmente la Constitución sin tomar en consideración este límite material. Lo que supondría que la Asamblea parlamentaria estaría yendo, de modo indiscutible, mucho más allá de las facultades que le corresponden en su condición de Legislador que revisa el Texto Constitucional. La Historia del Constitucionalismo europeo es rica en ejemplos de este tipo, y no hace al caso especificarlos, ni detenernos en su estudio pormenorizado, ni siquiera para indicar que los mismos carecerán de toda legitimidad aunque se hayan realizado con total respeto a la legalidad.

Lo que interesa es advertir que también en estos supuestos el instituto de la reforma desplegará toda su potencialidad como mecanismo de defensa de la Constitución vigente. En el fondo, lo que sucede es que el principio de rigidez, en virtud del cual, como, de la mano de Hesse, ya hemos visto, la fórmula política de la Constitución adquiere la condición de ser el núcleo estable e irreformable de la misma, hace es determinar dónde termina la capacidad de obrar de un poder de reforma que, como uno de sus caracteres esenciales, si no el más importante de ellos, es el de que se encuentra obligado a asegurar la continuidad jurídica del Estado. Con lo que lo que la existencia de una regulación específica del procedimiento para verificar la revisión viene a hacer es impedir que esa proyectada reforma pueda llevarse a término. Y ello, por la sencillísima razón de que, como ha señalado De Vega —y aplicando el principio a la realidad jurídico-política española actual—, cualquier modificación formal del Texto Constitucional que pretendiera atribuir la titularidad de la soberanía a algún sujeto distinto del Pueblo español, la supresión del principio de división de poderes y de la Declaración de derechos (G. Arnoult, G. Jellinek, A. Esmein, R. Carré de Malberg), en general, así como la mayoría de los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados por nuestro último Constituyente —que, no obstante, si podrían conocer revisiones de su contenido, tanto para ampliarla como para corregir los posibles errores técnicos que pudieran contener sus preceptos (R.

Calzada²⁹)—, privar a la Constitución de su naturaleza de *Lex Superior*, así como la transformación de la forma de Estado (Estado social y democrático de Derecho, Estado Políticamente Descentralizado), del sistema de gobierno parlamentario, la eliminación del principio de rigidez, la supresión del principio de unidad nacional, de la autonomía como principio estructural del Estado, la división del Estado en centros autónomos de decisión política democrática y legítima y la participación de éstos en el proceso de formación de la voluntad unitaria de la Comunidad Política, una tal reforma jamás podría ser considerado como una mera operación jurídica válida, lícita y legítima por la que se cambian unos preceptos constitucionales por otros, «sino como un acto revolucionario de destrucción de la Constitución existente y de supresión del actual régimen político. Lo que, [...], no entra en las atribuciones y competencias jurídicas, ni en las posibilidades políticas, de ningún poder de reforma».

En tales circunstancias, es sólo una la conclusión a la que podemos llegar. Si, no obstante lo anterior, se persiste en la materialización de estas transformaciones, el carácter garantista de la reforma se manifestará en el sentido de que, de manera inevitable, al menos si se quiere que la operación goce de legitimidad, los poderes constituidos han de ceder el paso a la intervención directa del Pueblo, que, ahora, actuará no como un órgano de control de la actividad de los primeros, sino como Poder Constituyente revolucionario y soberano. Esto fue, en todo caso, lo que, como nos dice Arnoult, sucedió en Francia en 1792, cuando los revolucionarios liberal-burgueses renunciaron a la solución jurídico-política consagrada en el Texto de 1791 en favor de otra nueva. Y es también lo que ocurrió, y por referirnos al único supuesto en el que un documento de gobierno democrático no fue derogado por el peso de las armas, en España el 11 de febrero de 1873 en el que, como manifestación más pura de la Democracia (J. Becker), el Parlamento español, constituido en Asamblea Nacional, decidió renunciar a la solución normativa de la Constitución de 1869 para sustituirla por un nuevo Código Constitucional fundamentado en unos principios distintos. Y éste es también el principio que, en el marco de la monarquía constitucional instaurada por el Texto de 1876, supieron comprender, y que asumieron de forma plena, los socialistas y republicanos españoles cuando a partir de 1917, y mucho más a partir del 13 de septiembre de 1923, lejos de dejarse embaucar por las pretensiones reformistas de los partidos dinásticos, lo que hicieron fue reclamar la inmediata convocatoria de unas Cortes Constituyentes.

La *Verfassungsänderung*, como ha puesto de manifiesto el Maestro De Vega, gira sobre sí misma, y conoce una variación substancial en su naturaleza y función, en la medida en que aquélla deja de presentarse como un mecanismo de garantía de la permanencia de la Constitución vigente, para convertirse en el instrumento de defensa de la Democracia misma. Y es que, en efecto, cuando se terminan las posibilidades legítimas de revisar la normativa fundamental, lo que sucede es que ahora ya no se trata, ni mucho menos, de garantizar la continuidad formal de un determinado instrumento de gobierno que, en realidad, ha dejado de ser una auténtica Constitución, sino de garantizar la subsistencia de

29 CALZADA CONDE, R.: *La reforma constitucional y las mutaciones en el ordenamiento constitucional* (Tesis Doctoral, inédita) Salamanca, 1987, 2 vols.; «La garantía normativa de la rigidez: ¿especial protección de los derechos fundamentales y libertades públicas?», en la obra colectiva *Introducción a los derechos fundamentales*, Madrid, 1988, vol. I.

la forma política «Estado Constitucional», al permitir que aquél pueda ser substituido por un nuevo Texto que, por decirlo en la ya conocida expresión helleriana, sea reconocido por todos, o, al menos, por una muy amplia mayoría, los ciudadanos del Estado y, en consecuencia, sus mandatos gocen del carácter de norma jurídica obligatoria y vinculante. Circunstancia que resulta incontrovertible cuando se actúa desde la ideología del constitucionalismo y no desde la ideología de la Constitución. Una muy larga cita de Pedro De Vega nos servirá, de cualquier modo, para explicar lo que queremos significar. En este sentido, escribe el Maestro que «Cuando desde la abstracción y el formalismo [que son sobre los que se construye la ideología de la Constitución] se desciende a la realidad, [...], y cuando la idea de poder constituyente se coloca en la propia sociedad en donde la normativa constitucional ha de operar, es cuando el problema de la reforma constitucional adquiere su verdadera importancia y mayor complejidad. Porque es entonces cuando la temática de la reforma no podrá desligarse del hecho más grave y más patético que afecta al principio democrático y a la propia noción de poder constituyente. [...]. Constituye una evidencia que democracia y libertad, democracia y derechos fundamentales, democracia y constitución garantista, cuando los dos términos de estos binomios se llevan a sus últimas consecuencias, acaban siendo siempre términos incompatibles. Lo que obliga a recordar dos axiomas que la democracia constitucional no puede ignorar. [...] En primer lugar, que para la debida defensa de la libertad no basta con el concepto racional normativo puramente formalista propio del mundo liberal burgués, sino que será necesario operar con un concepto material de constitución en el que determinados ámbitos del texto constitucional resulten inmodificables. [...] En segundo término, [...], que la reforma constitucional tiene que verse sometida al reconocimientos de ciertos límites que, en ningún caso, se podrán sobrepasar, pues si esto sucediera estaríamos en presencia no de operaciones de reforma que otorgan continuidad al ordenamiento, sino ante otros fenómenos distintos que los franceses han designado, por ejemplo, como falseamiento de la constitución [...], fraude de la constitución [...], o sencillamente actos revolucionarios encubiertos. Todos ellos letales en la óptica garantista de una constitución protectora de la libertad».

Es, en cualquier caso, desde esta óptica, desde donde no puede existir dificultad alguna para comprender el porqué podemos decir que, acaso, sea la temática de la reforma constitucional, y la determinación de si existen, o no, límites materiales absolutos a la misma, el único problema importante que hoy presenta la realidad constitucional española. Del mismo modo, tampoco ha de ser difícil de comprender que cuando afirmamos esto en un contexto político, social y económico como el actual, en el que la libertad de los ciudadanos se ve gravemente acosada por los intereses del gran capital internacional, y en el que las fuerzas políticas mayoritarias, con sus afirmaciones sobre la necesidad de abordar una segunda transición política o la más que lamentable expresión de «recuerda que estábamos en la transición», vienen a poner en duda la operatividad real del Texto de 1978, al que, sin embargo, dicen servir y defender, al mismo tiempo que las fuerzas del nacionalismo conservador de ámbito regional, que empiezan por negar su propia legitimidad, desean relegarla a la condición efectiva de un Tratado internacional por el que se regularía la vida de la Confederación de los Pueblos ibéricos, lo que en realidad estamos diciendo es que tal vez lo que los españoles de hoy tengamos que plantearnos es

si tiene sentido proceder la revisión de la Constitución o si, por el contrario, lo que habría de hacerse es abrir un nuevo proceso constituyente.

Y, en este sentido, una única cosa nos quedaría por decir. A saber: que la opción por una u otra alternativa no la pueden tomar los Profesores universitarios. Éstos, que no crean la realidad jurídica y política, sino que se limitan a tratar de hacerla comprensible (H. Heller), y que están obligados a mantenerse siempre en el plano de la crítica inmanente y a no poner en cuestión el principio de legitimidad sobre el que se cimenta el propio ordenamiento constitucional que estudian (H. Heller, P. De Vega), lo único que podrán hacer será denunciar la existencia de una realidad inconstitucional, pero no, y bajo ningún concepto, llevar a cabo la revolución. Tampoco podrán tomar esta decisión los miembros de la clase política gobernante. Y ello, por cuanto que los mismos, al menos si siguen queriéndose mostrar como gobernantes y no como usurpadores, son sólo, y han de ser únicamente, leales servidores de la ley. Una tal decisión sólo pueden adoptarla los ciudadanos del Estado, en cuanto que son ellos quienes, actuando como el helleriano «Pueblo como unidad», se configuran en el único sujeto legitimado para decidir sobre los modos y las formas en que desean ser gobernados, y, al mismo tiempo, y en tanto que exclusivos dueños de su destino, para decidir cuando aquellos modos y aquellas formas han de ser mudados. Siendo así, nos encontramos con que, y con esto ya termino, vuelve a presentarse ante nosotros la misma disyuntiva que debió haberse resuelto tras la muerte del general/dictador, y ante la que el, para mí, mejor de nuestros poetas contemporáneos escribió aquellos bellos versos conforme a los cuales «Que la ignorancia no te niegue,/ que no trafique el mercader/ con lo que un Pueblo quiere ser./ Lo están gritando/ siempre que pueden,/ lo andan pintando/ por las paredes» (J. M. Serrat).

TITLE: *The constitutional Reform and the material limits*

ABSTRACT: *This paper is an essay of Constitutional Amend Theory. Its fundamental thesis is the necessary differentiation, as a starting point, between the established power of reform and the sovereign and unlimited in the content of its will constituent power. Thus, the constitutional reform become in an operation that, while adapts Constitution to the new demands of social reality, guarantees, at the same time, the fundamental will of the Constituent power which the amending power is submitted. From there, a series of consequences are deduced for constitutional practice, including the compression of the reform as a faculty submitted to limits, explicit, when the Constitution provided through intangibility clauses, and implicit in any case.*

RESUMEN: *El presente trabajo es un ensayo de Teoría Constitucional de la Reforma. Su tesis fundamental es la necesaria diferenciación, como punto de partida, entre el poder constituido de reforma y el Poder Constituyente, soberano, e ilimitado en el contenido de su voluntad. La reforma constitucional deriva, entonces, una operación, que si bien adapta la Constitución a las nuevas exigencias de la realidad social, garantiza a su vez la voluntad fundamental del Poder Constituyente, al que el poder de reforma se haya sometido. De ahí, se coligen una serie de consecuencias para la praxis constitucional, entre las cuales destaca el entendimiento de la reforma como una facultad sujeta a límites materiales, explícitos, cuando así lo establezca el Texto Constitucional mediante las llamadas cláusulas de intangibilidad, e implícitos en todo caso.*

KEY WORDS: *Sovereignty. Constituent Power. Intangibility Clauses. Material Limits to.*

PALABRAS CLAVE: *Soberanía. Poder Constituyente. Poder de Reforma. Cláusulas de Intangibilidad. Límites materiales a la reforma.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 27.06.2012

FECHA DE ACEPTACIÓN: 19.07.2012