

LA INSTAURACION DE UNA NUEVA CONSTITUCION Perfiles de teoría constitucional (*)

Por ALESSANDRO PACE (**)

SUMARIO

1. LAS TRES FORMAS DE INSTAURACIÓN DE UN ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL, SEGÚN SANTI ROMANO: LA FORMA «LEGAL», LA FORMA «ALEGAL» Y LA FORMA «LEGAL». CONSIDERACIONES CRÍTICAS A PROPÓSITO DE ÉSTA ÚLTIMA.—2. LA INSTAURACIÓN «DE HECHO» SEGÚN UN PROCEDIMIENTO «QUE NO ES JURÍDICO, NI ANTIJURÍDICO». HIPÓTESIS PRÁCTICAS.—3. EL PODER CONSTITUYENTE COMO PODER «FÁCTICO»: ABSOLUTO, TOTAL E ILIMITADO. AUSENCIA DE FORMAS PREDETERMINADAS EN SUS MANIFESTACIONES. CONSECUENCIAS OBJETIVAS Y SUBJETIVAS.—4. LA INSTAURACIÓN DE UNA «NUEVA» CONSTITUCIÓN. DIVERSOS MODOS DE CONCEBIR LA CONSTITUCIÓN. CONSECUENCIAS RESPECTO AL PROBLEMA DE LOS LÍMITES OponIBLES, POR PARTE DE LA «VIEJA» CONSTITUCIÓN, A LA INSTAURACIÓN DE LA «NUEVA». LA RIGIDEZ DE LA CONSTITUCIÓN COMO CONSECUENCIA DE SU PROPONERSE COMO FUNDAMENTAL Y, POR TANTO, COMO SUPERIOR A LAS OTRAS FUENTES DEL DERECHO. EL PROCEDIMIENTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL COMO «GARANTÍA».—5. CONSECUENCIAS DE DICHA HIPÓTESIS RESPECTO A LOS LÍMITES SUSTANCIALES. LOS LLAMADOS LÍMITES TÁCITOS NO PUEDEN CALIFICAR UN HECHO DE ILÍCITO Y POR TANTO, NO CONSTITUYEN UN OBSTÁCULO JURÍDICO A LAS TENTATIVAS DE INSTAURACIÓN.—6. CONSECUENCIAS DE LA TESIS RESPECTO A LOS LÍMITES FORMALES. EL «PUZZLE» DE ROSS Y SU SUPERACIÓN A LA LUZ DE LA NATURALEZA «SIRVIENTE» DE LAS NORMAS SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL. MAYOR IMPORTANCIA PRÁCTICA DE LOS LÍMITES PROCEDIMENTALES.—7. LA LEGITIMACIÓN DE LA «NUEVA» CONSTITUCIÓN. LEGITIMACIÓN Y SOBERANÍA «POLÍTICA» DEL PUEBLO. LA PROBLEMÁTICA DE LA LEGITIMACIÓN DETERMINA UNA ATEMPERACIÓN DE LAS CONCLUSIONES IMPLICADAS EN LA NATURALEZA «FÁCTICA» DEL PODER

(*) Ponencia presentada en el Congreso anual de la Asociación italiana de constitucionalistas, celebrado en Turin el 25 y 26 de octubre de 1996, sobre el tema «El nacimiento de las Constituciones europeas de la segunda posguerra». Traducción del italiano de la Dra. Montserrat Nebrera, Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad «Pompeu Fabra» de Barcelona.

(**) Catedrático de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad «La Sapienza» de Roma.

CONSTITUYENTE. LA IMPORTANCIA «POLÍTICA» DE LOS HECHOS DE LEGITIMACIÓN. EL REFERENDUM POPULAR SUCESIVO Y OBLIGATORIO NO CONSTITUYE UNA FORMA DE GARANTÍA DE LA SOBERANÍA POPULAR. LOS CUATRO FRENTE EN LOS QUE PUEDE DESARROLLARSE LA DEFENSA DE LA «VIEJA» CONSTITUCIÓN.

1. En el célebre ensayo sobre «*La instauración de hecho de un ordenamiento constitucional*», el jovencísimo Santi Romano, al plantear dicha problemática, anticipaba que se iba a limitar a analizar dos hipótesis: la de la instauración de hecho de un ordenamiento constitucional determinada por «fuerzas superiores y contrarias al Derecho vigente hasta entonces» (1), y la de la instauración, igualmente de hecho, realizada no «en oposición y con la destrucción de las normas mismas, sino al margen de éstas, con un procedimiento que no es jurídico, ni antijurídico» (2). En cambio, el estudioso siciliano negaba explícitamente que pudiese incardinarse en la problemática de la instauración de hecho, y por tanto en el objeto de su estudio, la «instauración de un nuevo orden constitucional» que se produjera de acuerdo con las normas vigentes: «no importa» —precisaba— «si resultan de leyes, o vienen establecidas por la costumbre o incluso son sólo derivables de los llamados principios generales, que regulen o acompañen, en sus diversos grados, el procedimiento por el que deba producirse el advenimiento de un nuevo orden constitucional, y si efectivamente tal instauración tiene lugar de acuerdo con esas normas. En tal caso existe un poder constituyente, sean cuales sean las múltiples relaciones que éste pueda tener respecto al poder legislativo ordinario, el cual se mueve en la órbita del Derecho positivo y es, él mismo, poder constituido» (3).

Con ello el ilustre estudioso, al subrayar que el poder constituyente puede al mismo tiempo ser poder constituido, caía, sin embargo en una evidente contradicción (4). En verdad, un «nuevo» orden constitucional, para llamarse así, no puede consistir en la modificación —consentida por las normas constitucionales vigentes— del orden hasta entonces en vigor. En la medida en que sean respetadas las normas constitucionales vigentes, sean procedimentales o sustanciales (5) se dará la supervivencia del «viejo» orden constitucional, aunque modificado; y no la instauración

(1) SANTI ROMANO: *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* (1901), ahora en *Scritti minori*, vol. I, Giuffrè, Milán, 1950, pág. 110.

(2) *L'instaurazione*, cit., págs. 111, 131 y ss.

(3) *L'instaurazione*, cit., pág. 110.

(4) V. ya en el sentido del texto, C. MORTATE: *La Costituente* (1945), ahora en *Raccolta di scritti*, vol. I, Giuffrè, Milán, 1972, págs. 26 y ss., quien sostiene que «condición para la irrupción de un poder constituyente en sentido propio es el verificarse una ruptura en el sistema de las relaciones jurídicas constitucionales».

(5) A las normas sustanciales alude el propio SANTI ROMANO: *L'instaurazione*, cit., págs. 116 y ss., en coherencia con las tesis, sucesivamente confirmadas por él mismo, de la existencia de límites materiales para el legislador incluso en los regímenes de constitución flexible; y de la naturaleza de «ley superior» que debe reconocerse al Estatuto albertino. V. por ejemplo, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano* (1902), en *Scritti minori*, cit., vol. I, págs. 188 y ss.; *Il diritto pubblico italiano* (1914), Giuffrè, Milán, 1988, pág. 234.

de un «nuevo» orden. En efecto —en tal hipótesis— la introducción de las nuevas normas constitucionales opera en tanto en cuanto ello venga posibilitado por el «viejo» orden (6). El cual, en la medida en que no liga su propio destino a la permanencia de ciertos principios, prevé un procedimiento de reforma constitucional tanto más carente de límites absolutos, cuanto más el viejo orden pretenda adaptarse a las nuevas demandas sociales (7).

Desde un punto de vista totalmente distinto puede observarse también que si, a pesar del respeto formal de las normas vigentes, el ordenamiento constitucional es calificado de «nuevo» por quien ha querido y realizado el cambio, esto significa evidentemente que se habrá realizado un forzamiento interpretativo y/o aplicativo de las normas procedimentales y sustanciales vigentes; es decir, una sustancial violación y/o una falsa aplicación de las mismas, a fin de realizar, en todo caso, la instauración de un «nuevo» orden constitucional. Por tanto, incluso en esta hipótesis, la instauración del nuevo orden constitucional debería calificarse «de hecho», ya que el respeto de las normas vigentes es sólo exterior o ficticio. En otras palabras, el proclamado respeto de las normas vigentes tiene —como explicaré más adelante— la sola función de facilitar la legitimación del nuevo orden constitucional, y no la de obsequiar al «viejo», aunque modificado, orden.

Podría, sin embargo, objetarse que, al menos en una hipótesis, la instauración de un nuevo ordenamiento constitucional puede producirse —según la fórmula de Romano— «en la órbita del Derecho positivo» vigente. Y tal hipótesis se daría cuando el orden constitucional preexistente haya, sin ninguna duda, venido a menos, y el Derecho positivo haya ya percibido la necesidad de dar lugar a un nuevo orden constitucional, individualizando consecuentemente el *iter* procedimental para la instauración del nuevo orden (*referendum* institucional, elección de la consecuente Asamblea constituyente, etc.) (8). La objeción sería, sin embargo, infundada. En primer lugar, hay que subrayar que el Derecho positivo relevante para la calificación del procedimiento que se ejecuta como *secundum legem* está concretado en la normativa constitucional (9). De modo que en el mismo momento en que se consi-

(6) En este sentido, v. R. CARRÉ DE MALBERG: *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, vol. II, Sirey, París, 1922, págs. 497 y ss., el cual, tras haber clasificado como poder «constituyente» el poder de reforma «total» atribuido por la «vieja» Constitución — es decir, el límite consistente en la derogación pura y simple de la previgente Constitución— afirma que, en tal caso, se trataría más bien de poder «constituido». V. *infra* la nota 38. Sobre el particular v. las consideraciones de F. PIZZETTI: *Rigidità e garantismo nella Costituzione spagnola*, vol. I, Cartostampa, Turín, 1979, págs. 56 y ss.

(7) Sobre el particular, v. *infra* el § 4.

(8) Y la hipótesis se concretizó con el d.l. lgt. 25 de junio de 1944, núm. 151, con el que cesó el ordenamiento estatutario (*rectius*, aquella escasa parte del ordenamiento estatutario que había sobrevivido al régimen fascista). Sobre el particular v. C. MORTATI: *La Costituente*, cit., págs. 204 y ss., 218 y ss.

(9) V. en sentido análogo C. MORTATI: *La Costituente*, cit., pág. 121, según el cual «Cada ordenamiento tiene su límite natural de acción en la conservación del propio fin fundamental constitutivo, de modo que en el momento mismo en que se declara la insuficiencia de tal fin y se delibera sobre la voluntad de buscar uno distinto, se supera el límite y se trasciende el ordenamiento».

dera (o incluso se declara oficialmente) «venido a menos» el orden constitucional preexistente, ocurre lo mismo con el parámetro para juzgar la legalidad del procedimiento constituyente en curso. En segundo lugar, el *iter* procedimental para la instauración del nuevo orden, si se excluye la instauración violenta, se desarrolla siempre en la legalidad aparente (siquiera sea para facilitar la legitimación del nuevo). Ello, sin embargo, no consigue esconder la efectiva sustancia de la nueva situación creada, es decir, que el órgano del precedente ordenamiento que adopta las decisiones realizadas para instaurar el nuevo orden no encuentra en el ordenamiento precedente «la investidura de su poder, y por tanto, deja de actuar como su órgano» (10), sino como órgano provisional del nuevo orden, consecuentemente subordinado a las «futuras determinaciones del órgano constituyente» (11). Lo que está *a fortiori* históricamente comprobado por las hipótesis, hoy ya de escuela, pero recurrentes en el siglo XIX, de decisiones constituyentes de monarcas absolutos que, en la concesión al pueblo de estatutos o cartas constitucionales, cambiaban con eso mismo el carácter absoluto de la autoridad regia, innovando de ese modo el régimen constitucional (12). Y que también en tal extrema hipótesis el detentador del poder constituyente (es decir, el monarca) no se moviese en la órbita del derecho positivo «previgente» viene confirmado por las resistencias que tales unilaterales decisiones constituyentes provocaban en los círculos más retrógrados, y por no infrecuentes retornos a un régimen absoluto.

2. Compartible, es, en cambio, la intuición de Romano, según la cual en algunos casos la instauración «de hecho» de un nuevo ordenamiento constitucional se produciría de acuerdo con un procedimiento que no es jurídico, ni antijurídico. Y, en efecto —con el antiformalismo que caracterizará siempre su obra—, subraya desde entonces, no obstante la explícita impostación iuspositivista del ensayo (13), que en Derecho constitucional, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho privado y en las restantes ramas del Derecho público, es admisible la existencia de lagu-

(10) C. MORTATI: *La Costituente*, cit., pág. 121. Con ello no se quiere convenir lo más mínimo con la tesis kelseniana y mortatiana de la novación de las fuentes, contra la cual v. por. ej. C. ESPOSITO: *La consuetudine costituzionale*, in *Studi in onore di E. Betti*, vol. I, Giuffrè, Milán, 1961, pág. 612, así como V. CRISAFULLI: *La continuità dello Stato*, en *Riv. Dir. Internaz.*, 1964, págs. 379 y ss. En cambio, lo que es compartible en las afirmaciones de MORTATI es la siguiente conclusión: habiendo venido a menos (y por tanto, no habiendo sido intencionalmente ejercitada) la precedente relación orgánica, la actividad de tal órgano no se puede seguir refiriendo al viejo ordenamiento.

(11) C. MORTATI: *La Costituente*, cit., pág. 121. En tal sentido, v. ya R. CARRÉ DE MALBERG: *Contribution à la théorie générale de l'État*, vol. II, Sirey, Paris, 1922, pág. 497.

(12) Sobre este punto v. C. MORTATI: *La Costituente*, cit., pág. 105 (que habla de novación de la fuente del poder del monarca). Sobre la diferencia entre poder soberano y poder constituyente monárquico v. A. ROSS: *Diritto e giustizia (Om ret og retfaerdighed)*, 1953), trad. it. G. Gavazzi, Einaudi, Turín, 1965, pág. 79; A. PACE: *La causa della rigidità costituzionale*² Cedam, Padua, 1996, pág. 59. P. G. GRASSO: *voz Potere costituyente*, en *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Giuffrè, Milán, 1985, pág. 646 parecería en cambio considerar que en el caso de las cartas otorgadas, el *octroi* regio constituiría ejercicio de poder constituido.

(13) SANTI ROMANO: *L'instaurazione*, cit., págs. 115, 118, 119, 120, etc.

nas (14), aunque el Derecho constitucional esté «formado, en gran parte, por los llamados principios generales» (15). Y, en efecto, «en la vida del Estado a veces se producen momentos de crisis, en los que la eficacia de su Derecho, si no destruida, queda suspendida de modo que el Estado se sostiene no por el Derecho, sino por energías extrañas a éste, hasta el momento en que la crisis se resuelve» (16).

En tal sentido son ejemplares —en añadido a las hipótesis de Romano— las hipótesis, consecuentes con la derrota bélica, de la extinción de un Estado, o, cuando menos, de la disolución del régimen político y de las conexas instituciones en él vigentes, a las cuales siga la instauración de un «nuevo» orden querido por las potencias victoriosas que impongan al vencido la adopción de una nueva Constitución según las directivas y los principios indicados por los vencedores (17).

Es evidente que en tales hipótesis (a las cuales se puede adjuntar la examinada precedentemente, de procedimiento constituyente sólo aparentemente legal) (18) la instauración del nuevo orden se produce «de hecho» y no según un procedimiento jurídico previamente regulado. Y esto debe mantenerse aunque el Estado considerará como Derecho propio «aquél conjunto de normas y de institutos que nacieron mientras su formación iba madurando y preparándose»; y lo considerará como Derecho propio, no ya por un «reconocimiento verdadero y propio», sino —como dice Romano— por la «imposibilidad lógica de que el Estado reniegue de su origen» (19).

Por tanto, el nuevo «ordenamiento se considerará como si hubiese comenzado no el día en que efectivamente tuvo vida, sino el día en que se inició el procedimiento que debía conducir a su nacimiento» (20). Conclusión, esta última, *a fortiori* compartida por Mortati, por cuanto, a diferencia de Romano, él considera que, consis-

(14) El tema de las lagunas será retomado y desarrollado por SANTI ROMANO a la luz de la teoría de la institución, en el ensayo *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale* (1925), ahora en *Scritti minori*, vol. I, cit., págs. 371 y ss., donde llega a la conclusión de que, mientras desde una óptica normativista no existen lagunas, sino limitaciones del ordenamiento jurídico, en la óptica institucionalista, «la laguna existe si el ordenamiento jurídico se ve privado de una de sus partes integrantes, jurídicamente necesaria para el mismo. Y —nótese el hecho— la laguna existe, aun cuando exista una norma que la cubra, en tanto los que tienen, de acuerdo con ésta, el poder no procedan efectivamente a restituir o sustituir la institución caduca» (*ibidem*, págs. 376 y ss., espec. 378).

(15) Análogamente C. ESPOSITO: *La consuetudine costituzionale*, cit., págs. 626, 628, quien, sin embargo, subraya la «singularidad» de los institutos constitucionales y, por tanto, la imposibilidad de recurrir a la analogía.

(16) SANTI ROMANO: *L'instaurazione*, cit., pág. 134.

(17) No se presenta esta hipótesis, y está por tanto, en línea de principio, crítico sobre la existencia de esta segunda hipótesis de instauración de hecho C. MORTATI: *La Costituente*, cit., pág. 30.

(18) *Supra*, § 1, *in fine*.

(19) SANTI ROMANO: *L'instaurazione*, cit., pág. 129; análogamente v. *Id.*, voz *Costituente* (1900), in *Dig. it.*, vol. VIII, pág. 4, Utet, Turín, 1889-1903, pág. 352; *Id.*, voz *Rivoluzione e diritto*, en *Id.*, *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), Giuffrè, Milán, 1953, pág. 223.

(20) SANTI ROMANO: *L'instaurazione*, cit., pág. 157. Análogamente, C. ESPOSITO: *La consuetudine costituzionale*, cit., pág. 616.

tiendo la instauración en un hecho normativo, produce inmediatamente efectos jurídicos (21). En otras palabras, mientras para Mortati —contra sus propias intenciones— la efectividad opera kelsenianamente como *conditio sine qua non* (22), para Romano, mucho más realistamente, aquélla opera como *conditio per quam* de la juridicidad, asumiendo así la objetiva incertidumbre normativa que sigue a la instauración de hecho de un nuevo ordenamiento, y que perdura en tanto en cuanto esta instauración no sea efectiva (23).

(21) C. MORTATI: *La Costituente*, cit., pág. 14.

(22) Y en efecto, según C. MORTATI voz *Costituzione (Dottrine generali)*, cit., pág. 166, la falta de obediencia desvirtuaría la «presunción» de efectividad, admitiendo así que también la juridicidad está meramente presupuesta. Sobre el pensamiento de MORTATI, v. *anche infra* la nota 35.

(23) Análogamente realista es la impostación de C. ESPOSITO: *La consuetudine costituzionale*, cit., pág. 614, del que parece oportuno recordar integralmente su pensamiento: «... cuando todas las disposiciones de un ordenamiento (comprendidas aquellas que imponen a los jueces y a las autoridades aplicar o seguir sólo las disposiciones emanadas de acuerdo con las normas sobre la producción del Derecho) están cuestionadas y tienen una validez inestable, la conformidad de un acto normativo con las reglas sobre la producción no ofrece ya certeza alguna (y ni siquiera presunción) de la efectiva fuerza normativa de los actos. Certeza de la validez de tales sedicentes disposiciones jurídicas, aunque su modo de producción sea conforme a las reglas sobre la producción del Derecho vigentes hasta entonces, en los casos indicados, que son aquellos de la instauración, de crisis o de revolución de un ordenamiento, puede conseguirse sólo constatando que las disposiciones normativas obtienen obediencia y ejecución estables, es decir, que a los actos de imposición de las disposiciones jurídicas objetivas sigue una costumbre de obediencia y ejecución». Y aún más (pág. 615): «... si es verdad que en los periodos revolucionarios o de instauración de los ordenamientos todos los ordenamientos tienen una eficacia dudosa, verdad es también que el cese de la situación general de incertidumbre se consigue si, y sólo si, las disposiciones fundamentales o constitucionales del ordenamiento (procedimentales o materiales) hayan conquistado una efectiva, habitual o pacífica vigencia».

Hay que resaltar, sin embargo, que Esposito, por un lado, habla de «sedicentes disposiciones jurídicas» (pág. 614) sin distinguir si han sido emanadas de los detentadores del poder legítimo o de los que pretenden instaurar un nuevo orden; por otro lado él insiste en que «la constante aplicación de las reglas creadas en los periodos de crisis de los ordenamientos tiene sólo naturaleza confirmativa de la normatividad de las disposiciones emanadas, y no institutiva o iniciadora de la fuerza normativa de las imposiciones» (pág. 616), también aquí sin distinguir entre detentadores e insurrectos. Esto provoca más de una perplejidad. En efecto, mientras la primera afirmación pone justamente en duda la validez —y, por tanto, la normatividad— de las disposiciones emanadas en los periodos de crisis, la segunda parecería atribuir a la praxis naturaleza confirmativa de la normatividad de las disposiciones emanadas (que por tanto sería presupuesta). Ha sido observado, sin embargo (C. Mortati: voz *Costituzione (Dottrine generali)*, cit., pág. 209, nota 195), que ESPOSITO atribuía a la costumbre una función meramente confirmativa, si los actos son conformes a la constitución vigente, y constitutiva, cuando los actos son disconformes. Sin embargo, esto no parece poder desprenderse del ensayo sobre *La consuetudine*, dado que, para ESPOSITO, la naturaleza de la costumbre, en los periodos de crisis de los ordenamientos, es siempre confirmativa (*op. cit.*, pág. 616). Todo esto podría en cambio ser deducido de *La validità delle leggi* (1934), Giuffrè, Milán, 1964, págs. 206 y ss., donde ESPOSITO subraya que, en el caso de emanación legítima de una regla, «existe la presunción de que la regla valga en tanto no se pruebe lo contrario», mientras en el caso de «que el ordenamiento sea instaurado fuera de o contra las vías legales (...) es necesaria la prueba concreta y efectiva de la instauración *extra legem*».

La verdad es que, en las situaciones de crisis, cada uno de los contendientes «apuesta» por la juridicidad de los propios actos; y los pobres ciudadanos se abocan a «tener que» apostar también, a su propio riesgo,

3. De cuanto se ha expuesto hasta aquí se sigue que un «nuevo» orden constitucional, para ser tal, o constituye la consecuencia de uno o más hechos jurídicamente disconformes con el derecho constitucional hasta entonces vigente con referencia a una dada comunidad política y a un cierto ámbito territorial, o constituye la consecuencia de uno o más hechos para los cuales no existen parámetros legales (constitucionales) de valoración. Pero tales hechos —en cuanto contrastantes con el Derecho constitucional vigente o no subsumibles bajo ningún tipo normativo— no podrán ser jurídicamente calificados, singularmente, como actos jurídicos, ni ser considerados, en su conjunto secuencial, como elementos constitutivos de un «procedimiento» (o de un «proceso») en sentido jurídico (24).

Por lo demás, un «nuevo» orden constituye, por definición, ejercicio de poder constituyente y éste, por una parte, no tiene una forma predeterminada de manifestarse (25) —y, por tanto, bien podría manifestarse bajo el disfraz de un procedimiento de revisión formalmente respetuoso de las normas procedimentales vigentes—; por otra, carece de límites jurídicos. Y, en efecto, si el poder constituyente estuviese vinculado por límites jurídicos, no podría pretender crear un «nuevo» orden, sino que se movería en el marco del orden preexistente y, por tal razón, no sería constituyente, sino constituido. La tesis contraria —según la cual el poder constituyente debe en cualquier caso respetar los valores de dignidad humana, de igualdad y de libertad propios de las democracias liberales (26)— presenta como «jurídico» un límite (el respeto de tales valores) que es, en cambio, exclusivamente «político»; confunde la noción de constitución (que es descriptiva e históricamente condiciona-

en favor de uno u otro. Y aquel de los contendientes que venza, considerará haber actuado correctamente (es decir, legalmente) desde el principio. Lo cual es lógicamente indiscutible si el vencedor es el que detentaba el poder; en el caso de que la victoria sea del oponente, será inevitable para él —como subraya Romano— no renegar de los actos que caracterizan los orígenes del «nuevo» ordenamiento constitucional. Sobre el particular v. también SANTI ROMANO: voz *Rivoluzione e diritto*, cit., pág. 223, donde el autor esboza también la hipótesis de que el éxito definitivo sea de un tercer contendiente ulteriormente introducido en la contienda.

(24) De «procedimiento» o «proceso constitucional» hablan sea SANTI ROMANO: *L'instaurazione*, cit., págs. 110 y ss., 155, sea C. MORTATI: *La Costituente*, cit., págs. 4, 18, 104 y ss., sea P. BARILE: voz *Potere costituente*, en *Noviss. Dig. it.*, vol. XIII, Utet, Turín, 1966, pág. 449, sea P. G. GRASSO: voz *Potere costituente*, cit., págs. 665 y s. (y allí ulteriores indicaciones), sea, en fin, entre otros, J. J. GONZÁLEZ ENCINAR: *La Constitución y su reforma*, en *Rev. esp. der. constitucional*, 1986, págs. 356 y ss. El concepto ha sido recientemente retomado y desarrollado por G. U. RESCIGNO: *La discussione nella Assemblée costituente del 1946 intorno ai suoi poteri, ovvero del potere costituente, delle assemblee costituenti, dei processi costituenti*, en *Dir. pubbl.* 1996, págs. 23 y ss., el cual sostiene que el proceso constituyente tendría naturaleza «prescriptiva» (allí, págs. 37 y ss.). El mismo Rescigno reconoce, sin embargo (allí, págs. 30 y s.) que el poder constituyente, cuando es en verdad tal, no es limitable jurídicamente.

(25) Así E. J. SIEYES: *Che cos'è il terzo Stato? (Qu'est-ce-que le tiers Etat? 1789)*, en *Opere e testimonianze politiche*, a cargo de G. TROISI SPAGNOLI, tomo I, vol. I, Giuffrè, Milán, 1993, cap. V, espec. págs. 256 y ss.

(26) En este sentido, para limitarnos a los estudiosos italianos, v. A. BALDASSARRE: *Il «referendum costituzionale*, en *Quad. cost.*, 1994, págs. 243 y s.

da) (27) con el constitucionalismo (28) (que es una filosofía política axiológicamente caracterizada), negando consecuentemente la calificación de constitución, en contra de la historia, a todas aquellas cartas constitucionales que no reconozcan ciertos principios (29); finalmente, la criticada tesis presupone erróneamente la universal

(27) En tal sentido y por todos, v. SANTI ROMANO: voz *Costituente*, cit., págs. 352 y s. V. también H. HELLER: *Dottrina dello Stato (Staatslehre)*, 1934), obra póstuma, trad. it. U. Pomarici, Ed. Scientif. it., Nápoles, 1988, pág. 423: «Sólo al Constituyente corresponde la decisión sobre qué normas jurídicas son tan importantes como para ser recogidas en la carta constitucional, participando así de su mayor garantía de estabilidad (...). El concepto de constitución formal se convierte, por tanto, en necesario desde un punto de vista científico, porque no existirá nunca coincidencia absoluta entre constitución material y constitución formal. En las cartas constitucionales se aprecian unos contenidos típicos, y sin embargo, no existen principios teóricos para una reserva de ley constitucional. Sobre lo que la carta constitucional regula deciden, como en el caso de la reserva general de ley, la tradición, la finalidad política, la situación del poder y la conciencia jurídica».

(28) La superposición de los dos conceptos es explícita en F. RUBIO LLORENTE: voz *Constitución (derecho constitucional)*, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Civitas, Madrid, 1995, pág. 1525; *Id. La constitución como fuente del Derecho* (1979), CEC, Madrid, 1993, pág. 87. En esta segunda obra el ilustre estudioso español, al aceptar la llamada concepción «axiológica» de la Constitución, acusa —a mi parecer injustamente— de contradicción a G. JELLINEK: *La dottrina generale dello Stato (Allgemeine Staatslehre)*, libro III, 1914), trad. it. M. Petrozziello, Giuffrè, Milán, 1949, pág. 108, allí donde el maestro alemán calificaba de «constituciones» también las napoleónicas, aunque advirtiendo que el cesarismo napoleónico era una «monarquía absoluta con instituciones en apariencia constitucionales». Entre los estudiosos italianos que sostienen la identificación de los dos conceptos, v. por último A. SPADARO: *Contributo per una teoria della costituzione*, vol. I, Giuffrè, Milán, 1994, págs. 72 y s., seguido en tal punto por M. LUCIANI: *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, en *Riv. dir. cost.*, 1996, pág. 154. Las consecuencias de la confusión de la teoría de las constituciones con el constitucionalismo son claramente percibidas por M. DOGLIANI: *La lotta per la Costituzione*, en *Dir. pubbl.*, 1996, págs. 298 y s.

La otra noción de Constitución —la descriptiva— puede, en cambio, remontarse a Oliver Cromwell, y a su idea de que «en cada sistema de gobierno» debe existir «algo de fundamental, algo como una *Magna Charta*, que sea estable e inalterable» (sobre el particular v. A. PACE: *La causa*, cit., págs. 30 y s.). Cromwell no especificaba, en efecto, *qué* debería ser «fundamental» y por ello dejaba al contexto político-cultural tal tarea. La «fundamentalidad», a partir del *Instrument of Government* (1653), ha sido por ello generalmente identificada en la articulación normativa (positiva) concerniente a la «decisión política fundamental» o a las instituciones y los principios de gobierno del Estado [asi, respectivamente, C. SCHMITT: *Dottrina della costituzione (Verfassungslehre)*, 1928), trad. it. A. Caracciolo, Giuffrè, Milán, 1984, págs. 38 y ss., 86 y ss., 109 y ss. y H. HELLER: *Dottrina dello Stato*, cit., pág. 415]. Pero tal identificación no responde a ninguna prescripción contenutística «superior»: las formas de Estado y de gobierno recogidas en la constitución pueden por ello ser las más diversas, y, aun así, satisfacer la exigencia de estabilidad normativa y política, sin tener que garantizar necesariamente con ello los derechos humanos de una manera más que de otra (aunque evidentemente un cierto resultado «útil» deberá recibir el pueblo: un resultado que sea «utilizable», por el constituyente, para facilitar la sucesiva «legitimación» popular de la constitución. Sobre este particular, v. *infra* el § 7). Finalmente a todo esto se añade que la noción «axiológica» de constitución se «conforma» con afirmar la necesaria garantía de los derechos humanos, sin considerar, sin embargo, que las técnicas de garantía no son nunca las mismas; que, por ejemplo, el límite del orden público («ideal») (a propósito del cual permítaseme el reenvío a A. PACE: *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, en *Arch. giur.*, 1963, CLXV, págs. 111 y ss.) puede banalizar un derecho aunque esté formalmente proclamado; y que, por otra parte, no toda intervención pública sobre los derechos individuales debe ser considerada negativamente *a priori*.

(29) Sobre el carácter político-revolucionario de la proclamación del artículo 16 de la *Declaración*

aceptación —en sede internacional— de tales valores, típicamente occidentales, lo que la experiencia histórica demuestra ser del todo insostenible (30).

Paralelamente, el poder constituyente carece de límites jurídicos incluso en el llamado acto de iniciativa constituyente (31) o en las modalidades eventualmente previstas en la deliberación de convocatoria de los comicios para la elección de la asamblea constituyente. En efecto, aun admitiendo que en tal hipótesis el poder constituyente se ejerza colectivamente por quien ejerce la iniciativa constituyente, por el cuerpo electoral en cuanto órgano de investidura y por la asamblea constituyente, se mantiene siempre indiscutible el hecho de que la valoración de la violación de tales límites tiene, para los detentadores del poder constituyente, naturaleza

francesa de los derechos del hombre (1789) («Toda sociedad en la que la garantía de los derechos del hombre no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene constitución»), v. V. CRISAFULLI: *Lezioni di diritto costituzionale*², vol. I, Cedam, Padua, 1970, pág. 89. En el artículo 16 citado, expresamente se apoya F. RUBIO LORENTE: *La constitución como fuente*, cit., pág. 86.

(30) La tesis, a la que se ha hecho referencia crítica en el texto, según la cual en las democracias occidentales el poder constituyente estaría, por así decirlo, «domesticado» (J. J. GONZÁLEZ ENCINAR: *La Constitución*, cit., págs. 361, 364 y s.; P. HÄBERLE: *Die Verfassungsgebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat*, en *Arch. öff. Recht*, vol. 112, 1987, págs. 59 y ss., 85 y ss.; H. P. SCHNEIDER: *Die verfassungsgebende Gewalt*, en *Handbuch des Staatsrechts des BRD*, vol. VII, Müller, Heidelberg, 1992, pág. 27; pero v. las críticas que a tal tesis realiza G. DE VERGOTTINI: *Referendum e revisione costituzionale: una analisi comparativa*, en *Giur. cost.*, 1994, págs. 1383 y s., a la luz de precisos datos comparados), al final coincide con la tesis según la cual en el mundo contemporáneo el poder constituyente habría perdido la propia autonomía conceptual y la carga simbólica (P. G. GRASSO: *voz Potere costituente*, cit., págs. 657 y ss., 663 y s.).

Objeción análoga a la realizada en el texto creo poder realizar a M. DOGLIANI: *Potere costituente e revisione costituzionale*, en *Quad. cost.*, 1995, págs. 23 y ss., donde sostiene que la finalidad del poder constituyente (revolucionario) es la realización de la «ley natural» (es decir —hoy por hoy— a la realización de los derechos fundamentales), con la consecuencia de que —en la situación actual de adquisición constitucional de los derechos humanos— tal poder se resolvería, todo lo más, en el poder de reforma. Por contra, el poder constituyente negador de los derechos se concretaría en el golpe de estado y como tal sería calificado.

Dejando a un lado la perplejidad que produce la afirmación de que el poder constituyente revolucionario haya tendido siempre a la realización de mayores derechos humanos (¿de qué tipo?, ¿con qué estructura?), y de que el poder constituyente no revolucionario (¿monárquico?) se haya concretado siempre en golpes de estado negadores de los derechos; y dejando también a un lado la perplejidad sobre una optimista generalización —a nivel de teoría general— de la afortunada situación de los derechos humanos en las democracias occidentales, creo que no debe olvidarse la notable diferencia que existe entre un derecho individual directamente regulado en la constitución, un derecho regulado con reserva absoluta y reforzada, un derecho regulado con reserva reforzada pero no absoluta, un derecho regulado con reserva de jurisdicción, un derecho regulado con reserva relativa, etc., y temo, por ello, el peligro que conllevan los cambios constitucionales en la regulación de los derechos constitucionales vigentes, incluso con referencia a las diversas estructuras organizativas de los poderes que prestan servicios (piénsese en los derechos sociales).

(31) Sobre el particular v. C. MORTATI: *La Costituente*, cit., págs. 103 y ss. En sentido contrario a la tesis sostenida en el texto v. F. MODUGNO: *Il problema dei limiti alla revisione costituzionale. (In occasione di un commento al messaggio alla Camera del Presidente della Repubblica del 26 giugno 1991)*, en *Giur. cost.*, 1992, pág. 1687.

exclusivamente política (ni más ni menos que la no inclusión en la constitución de ciertos derechos, aun comúnmente considerados fundamentales, o de la previsión en la misma de una forma de gobierno en lugar de otra). En otras palabras, en una tal hipótesis, los sujetos políticos detentadores del poder constituyente valorarán políticamente si, no obstante una tal elección o una tal violación, podrán continuar ejerciendo aquel poder, y consecuentemente, si la constitución que van a crear podrá adquirir el necesario consenso popular y radicarse en la sociedad. En efecto, en la medida en que los detentadores del poder constituyente ganasen la apuesta realizada sobre el consenso futuro, las eventuales carencias y/o las violaciones cometidas por ellos no podrían ser contestadas, justo porque sería esa constitución, y no otra cosa, el acto de autofundación del nuevo orden constitucional (y, por tanto, el parámetro de eventuales valoraciones jurídicas).

Y de aquí se deduce una ulterior consecuencia que corrobora la «ajuridicidad» del proceso constituyente: en tal proceso puede haber más de un «hecho constituyente» (incluso heterogéneos en su contenido); pero sólo una vez acabado el proceso constituyente se podrá decir cuál de ellos ha sido determinante en el nacimiento de la nueva constitución.

Pero si el poder constituyente no tiene límites jurídicos, ni siquiera en los precedentes hechos del llamado proceso constituyente —aunque se «asuma» que tales hechos tengan fuerza normativa (es decir, sean «hechos normativos») (32)— lo que significa de nuevo que el poder constituyente se mueve más allá de la esfera de lo jurídico y que, por tanto, la actividad que lo caracteriza no puede ser calificada «función del Estado» (33). En efecto, es evidente que ningún poder jurídico —sea público o privado— puede carecer de límites, como demuestra, por contra, la problemática de la soberanía (a menudo equivocadamente confundida con el poder constituyente), la cual, justo porque es referible y se refiere a un ordenamiento dado, topa y no puede no topar con límites jurídicos, por tenues que sean, en el régimen político, incluso en el más despótico (34). Lo cual significa que mientras la soberanía

(32) En este sentido, entre otros muchos, v. por ej. C. MORTATI: *La Costituente*. cit., pág. 14. En verdad la fuerza normativa de tales hechos es sólo «presunta»: en efecto, tienen fuerza normativa en la medida en que consiguen «afirmarse en la concreta experiencia jurídica». Exactamente así v. V. CRISAFULLI: *Lezioni di diritto costituzionale*. cit., vol. I, pág. 106. No puede pasarse por alto que es justamente el comportamiento de los detentadores del poder la que debe constituir el primer banco de pruebas de la normatividad de los singulares «hechos constituyentes», en la medida en que tales hechos sean considerados por ellos como «jurídicamente» (y no sólo políticamente) vinculantes.

(33) En sentido contrario, v. P. BARILE: voz *Potere costituente*. cit., pág. 444.

(34) Obviamente se alude a la soberanía jurídica, no a aquella política respecto a la cual v. *infra* el § 7. Sobre la distinción entre ambos conceptos v. J. BRYCE: *The Nature of Sovereignty*, en *Essays in History and Jurisprudence*. vol. II, Clarendon Press, Oxford, 1901, págs. 51 y ss., 59 y ss., 64 y ss. (que distingue la soberanía legal de la soberanía concreta o *de facto*); A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*¹⁰ (1908), a cargo de A. C. S. WADE, Macmillan, London, 1962, págs. 39 y ss., 79 y s. (que distingue la soberanía legal del Parlamento de la soberanía política de los electores); I. JENNINGS: *The Law of the Constitution*³ (1959), Univ. of London, London, 1964, págs. 149 y ss. (que, sobre la base de tal distinción, subraya cómo la locución «soberanía limitada», que es aquella de la que

(jurídica) se sustancia —y se resuelve— en funciones y, en todo caso, en poderes que son jurídicos, el poder constituyente consiste en un poder fáctico (35). Por tanto, éste tendrá sólo aquellos límites procedimentales y sustanciales que el detentador de tal poder considerará, *por motivos políticos*, vinculantes (36).

goza el Parlamento, es en realidad *pure nonsense*). A la soberanía jurídica como soberanía limitada —y, por tanto, como no soberanía, antes bien como atributo de poderes específicos (v. de nuevo I. JENNINGS: *The Law*, cit., pág. 151)— he apuntado ya en *La causa*, cit., págs. 59 y ss.; análogamente v. M. LUCIANI: *L'antisovrano*, cit., pág. 144. Contrapone el poder constituyente a la soberanía también A. NEGRI: *Il potere costituente*, Sugarco, Carnago, 1992, págs. 22, 31 y s., aunque con argumentos parcialmente distintos. Las palabras de NEGRI merecen citarse integralmente, a pesar de no ser por entero compartibles: la soberanía —sostiene NEGRI— «es un vértice allí donde el poder constituyente es una base; es una finalidad cumplida allí donde el poder constituyente carece de finalidad; es un tiempo y un espacio limitados y determinados allí donde el poder constituyente es pluralidad multidireccional de tiempos y espacios; es constitución formal rigidificada cuando el poder constituyente es un proceso absoluto». En particular no es compartible la tesis de que el poder constituyente sea inagotable, no persiga un objetivo (¿carecería de proyecto?) y sea una base (con lo que NEGRI excluye que el poder constituyente pueda ser otro distinto del democrático).

(35) En este sentido opera la mayoría de los estudiosos y no sólo aquellos de orientación iuspositivista (entre los cuales, por ej., G. JELLINEK: *La dottrina generale dello Stato (Allgemeine Staatslehre)*, libros I y II, 1914), trad. it. M. Petrozziello, SEL, Milán, 1921, págs. 302 y ss., 604 y ss., sobre la relación entre el Estado y el Derecho; específicamente sobre el tema —es decir, sobre la naturaleza del poder constituyente— v. R. CARRÉ DE MALBERG: *Contribution*, vol. I, cit., págs. 66 y s.; vol. II (1922), págs. 490 y ss., 503 y s.]. Entre los no iuspositivistas, v. por todos C. SCHMITT: *Dottrina della costituzione*, cit., págs. 38 y ss., 102 y ss.; C. MORTATI: *La Costituente (1945)*, ahora en *Raccolta di scritti*, vol. I, Giuffrè, Milán, 1972, pág. 11; P. DE VEGA: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente (1985)*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 28 y s. y 65 (que concretamente habla de poder absoluto, total e ilimitado); F. MODUGNO: *Il problema dei limiti*, cit., pág. 1661. En el sentido de que el poder constituyente sea jurídico v. explícitamente P. BARILE: voz *Potere costituente*, cit., pág. 445; A. TESAURO: *Sui principi e sulle norme del diritto costituzionale*, en *Scritti in onore di G.M. De Francesco*, vol. II, Giuffrè, Milán, 1957, pág. 699. Pero si el poder constituyente se afirma como «jurídico», ello significa —como exactamente ha puesto de manifiesto A. NEGRI: *Il potere costituente*, cit., págs. 16 y s.—, que el poder constituyente se considera «como integrado, constitutivo, coextensivo y sincrónico del derecho constituido», y por tanto, tendremos frente a nosotros no una «fiera», sino «un animal amaestrado, peor, reducido a comportamientos mecánicos y a la inerte repetición de una base social preconstituida».

Merece resaltarse que, mientras para S. ROMANO: *L'instaurazione*, cit., pág. 152, el nuevo orden constitucional «deviene» jurídico en el momento en que «efectivamente» existe (se puede decir, por tanto, que para Romano la efectividad constituye una *conditio per quam*), para MORTATI: *La Costituente*, cit., pág. 14, la fase formativa del Estado no puede ser jurídica por cuanto, como más extensamente explicará más adelante en la voz *Costituzione (Dottrine generali)*, cit., págs. 161 y ss., espec. pág. 165, «la sociedad de la que emerge y a la que se liga cada particular formación estatal posee una normatividad intrínseca, que le viene dada por su ordenarse en torno a fuerzas y a fines políticos» (con lo que MORTATI *presupone* un consenso en favor del nuevo orden que, en cambio, debe demostrarse, al menos en la hipótesis en la que la instauración de un nuevo orden constitucional constituya la tentativa de una facción política absolutamente minoritaria).

Una aguda visión panorámica de las teorías del poder constituyente, por lo que se refiere a la naturaleza (jurídica o fáctica) de tal poder, se encuentra en M. DOGLIANI: voz *Costituente (potere)*, en *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Utet, Turín, 1989, págs. 285 y ss.

(36) Análogamente, C. MORTATI: *La Costituente*, cit., págs. 316 y s. y, sobre todo, *L'ordinamento della funzione legislativa fra l'entrata in vigore della Costituzione e la convocazione del nuovo Parla-*

De ello se deriva —como ha puesto de manifiesto C. Schmitt— que «todo lo que sucede sobre la base de la constitución en la regulación legislativa constitucional y sobre la base de la regulación legislativa constitucional en el ámbito de las atribuciones constitucionales es de naturaleza esencialmente distinta de un acto del poder constituyente» (37). Y, en efecto, lo que está previsto y regulado en una constitución es, por definición, ejercicio de una «competencia» que deberá ejercitarse en el contexto y sólo en el contexto de una constitución dada. Por otra parte, como ya he señalado, límites jurídicos y poder constituyente son conceptos antitéticos, del mismo modo en que es contradictorio entender que el poder constituyente puede autolimitarse jurídicamente.

A su vez, de ello deriva la insostenibilidad de la tesis de que una constitución pueda atribuir institucionalmente a cualquiera el poder constituyente (38), o que el ejercicio del poder de reforma constituya ejercicio de poder constituyente (39), o, en

mento, en *Raccolta di scritti*, vol. I, cit., págs. 547 y ss., niega la existencia, en teoría, de límites a la actividad del órgano constituyente, soberano por definición. Con referencia a la situación italiana de la época afirma, en cambio, la existencia de límites derivados tanto de las cláusulas del tratado de armisticio, como de las fuerzas inspiradoras de la decisión constituyente. Es, sin embargo, evidente que ni los primeros ni los segundos límites tenían consistencia jurídico-constitucional.

(37) C. SCHMITT: *Dottrina della costituzione*, cit., pág. 138.

(38) ... con la consecuencia de transformar en permanente el ejercicio de tal poder y de negar estabilidad a la decisión constituyente. En efecto, la atribución de un poder constitucional permanente equivaldría a legitimar apriorísticamente la acción revolucionaria (en este sentido v. A. ESMEIN y H. NÉZARD: *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*⁸, vol. I, Sirey, Paris, 1927, págs. 570 y ss.). En esta perspectiva la predisposición de un término final del proceso constituyente no debe entenderse como un límite, sino más bien un objetivo de los detentadores del poder constituyente, los cuales no pueden no ser sensibles al peligro de su propia deslegitimación («¡por haberse perdido en divagaciones!»), consecuencia de un excesivo alargamiento de los trabajos finalizados, en la formulación de la «nueva» constitución.

Para la tesis favorable a la previsión constitucional del poder constituyente, v. en cambio, S. ROMANO: *L'instaurazione*, cit., pág. 120. En este sentido v. también R. CARRÉ DE MALBERG: *Contribution*, cit., vol. II, págs. 497 y s., el cual, después de haber inicialmente calificado como «poder constituyente» el poder de reforma expresamente previsto en la Constitución, subraya, sin embargo, que los órganos llamados «constituyentes» no pueden tener más poderes extraconstitucionales (*antérieurs a la Constitution*) que los de los órganos constituidos. Y concluye: «Cualquier órgano, incluso aquel llamado a ejercer el poder constituyente, procede de la constitución y deriva de ésta su propia competencia. En consecuencia, se puede incluso afirmar que, en rigor, no existen órganos constituyentes: en el Estado no existen más que órganos constituidos» (*op. cit.*, pág. 500). Hay que añadir, sin embargo, que Carré de Malberg basa su afirmación inicial (el poder de reforma como poder constituyente) en formulaciones normativas del tipo de la del artículo I, tit. VII, Cost. fr. 1791 («La Asamblea nacional constituyente declara que la Nación tiene el derecho imprescriptible de cambiar su Constitución (...) de acuerdo con las formas previstas en la Constitución misma (...) mediante una Asamblea de reforma»), formulaciones de las que algunos han pretendido poder deducir la institucionalización del poder constituyente, entendiéndolo erróneamente equivalente al poder de reforma. Favorable a tal equiparación entre poder constituyente y poder de reforma es J. J. GONZÁLEZ ENCINAR: *La constitución*, cit., pág. 369, quien sostiene que «poder constituyente y poder de reforma no son en realidad dos poderes distintos, sino el mismo poder (ejercido) en momentos distintos. V. también *infra* las notas 39 y 86.

(39) Por todos, en tal sentido, v. C. SCHMITT: *Dottrina della costituzione*, cit., págs. 144 y s.; C.

fin, que las votaciones populares favorables o contrarias a referéndum abrogativos de leyes ordinarias tengan fuerza y valor de decisión constituyente (40).

Bien entendido, como ya ha habido ocasión de recordar, que el poder constituyente no tiene formas predeterminadas de manifestación. De ello se deriva que aun

MORTATI: *La Costituente*, cit., pág. 10; P. DE VEGA: *La reforma*, cit., págs. 66, 235 y ss.; M. DOGLIANI: *Potere costituente e potere costituito*, in *Alternative*, 1996, núm. 4, pág. 64. En la nota anterior se encuentran referencias a la tesis contraria, así como *infra* en la nota 86. Se deduce, de cuanto se ha dicho en el texto que el mismo poder de reforma «total» (v. por ej. el art. 168 Const. Esp.) es, por definición, un poder «constituido», ya que la «vieja» constitución pretende que éste siga necesariamente un cierto procedimiento, «domesticándolo» en consecuencia. Sobre el particular v. también F. PIZZETTI: *Rigidità e garantismo*, cit., pág. 57; G. DE VERGOTTINI: *Referendum e revisione costituzionale*, cit., págs. 1347 y s.; G. MORBIDELLI en G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO e MARIO VOLPI: *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Monduzzi, Bologna, 1995, pág. 118. Por otra parte, parece lógicamente imposible que, en tal hipótesis, el poder de reforma «total» se sustraiga a la obligación de respetar, al menos, el «método democrático», evidenciando con ello la distinta «cualidad» del poder (este aspecto escapa al por otra parte atento análisis de J. J. GONZÁLEZ ENCINAR: *La Constitución*, cit., págs. 364 y ss., espec. 369). Desde esta perspectiva parece correcto llevar a sus últimas consecuencias —incluso dándole la vuelta— la vieja opinión de P. BARILE: *La costituzione come norma giuridica*, Barbera, Florencia, 1951, pág. 84, según la cual serían «inválidas las normas que pretenden regular el ejercicio del poder constituyente». A mi juicio, no se trataría tanto de invalidez como del hecho de que el poder de reforma «total» no es, ni puede ser nunca, «constituyente». Por tanto, tales normas o bien se dirigen al poder constituyente y entonces son ineficaces; o bien son eficaces, pero entonces atañen al poder constituido.

(40) La tesis contraria ha sido sostenida en Italia por C. MEZZANOTTE: *Referendum e legislazione*, págs. 26 y ss. del texto dactilografiado de la ponencia presentada en el Congreso de la Asociación italiana de los constitucionalistas celebrado en Siena el 3 y 4 de diciembre de 1993 sobre el tema *Democrazia maggioritaria e referendum*. El autorizado estudioso, con referencia al resultado favorable del *referendum* abrogativo del 18 de abril de 1993 concerniente al sistema electoral del Senado, sostiene en efecto que el poder constituyente habría encontrado en aquella consulta popular «su vehículo de manifestación». Análogamente, v. G. U. RESCIGNO: *A proposito di prima e seconda Repubblica*, en *St. parl. pol. cost.*, núm. 103, 1994, págs. 22 y s. y M. DOGLIANI: *Potere costituente e potere costituito*, cit., págs. 66 y s.

En el terreno de las aplicaciones concretas, la misma tesis ha sido recientemente sostenida con reiteración por el *leader* del partido político «Forza Italia», Silvio Berlusconi, y por los dirigentes del grupo Fininvest (de cuyo ámbito ha nacido «Forza Italia») para afirmar, a la luz del resultado de los llamados referéndum «televisivos» de junio de 1995, la sobrevenida inaplicabilidad (¿ineficacia?) de la sentencia núm. 420 de 1994 de la Corte Constitucional, que declaraba la inconstitucionalidad del artículo 15.4 de la Ley de 6 de agosto de 1990, núm. 223, concerniente al límite máximo de concesiones televisivas nacionales adjudicables a un sujeto individual.

Evito examinar la manifiesta inconsistencia de esta última tesis (cuyos defensores parecen no darse cuenta de que el referéndum abrogativo se desenvuelve en el nivel legislativo ordinario en una lógica de oportunidad política, allí donde las decisiones de la Corte Constitucional aplican las normas constitucionales). En cambio, por lo que se refiere a la tesis de que el poder constituyente podría «emerger» incluso en sede de consulta referendaria, merece subrayarse que el ejercicio de un poder que se mueva en el ámbito de la Constitución vigente no constituye, por definición, manifestación de poder constituyente (v. *supra* § 1). En otras palabras, si ha sido la misma Corte Constitucional la que ha considerado admisible el referéndum en materia electoral (el cual ha tenido un resultado positivo el 18 de abril de 1993), esto significa que tal referéndum no contradecía el ordenamiento constitucional en vigor. Se deduce *a contrario*, que sólo un referéndum que se hubiese celebrado contra el parecer de la Corte Constitucional podría entenderse «subversivo» y, por tanto, dotado de poder constituyente.

el ejercicio de una competencia constitucionalmente prevista podría constituir ejercicio fáctico de poder constituyente cuando, en el desarrollo de aquella competencia, fuesen intencionalmente violadas las normas procedimentales o sustanciales que la regulan, con el objetivo preciso de instaurar estable y definitivamente (41) un nuevo orden constitucional. Por ejemplo, una ley de reforma constitucional que, violando las reglas procedimentales previstas por el artículo 138 de la Const., introdujese un nuevo orden constitucional, con una «ruptura» definitiva y estable del orden precedente, constituiría ejercicio de poder constituyente, no obstante la norma procedimentalmente preseleccionada (42).

Pero si no existe una forma típica de manifestación del poder constituyente, eso significa no sólo que no es apriorísticamente determinable el acto o el procedimiento con el que se expresará la decisión constituyente, sino que —utilizando a Sieyes contra Sieyes— tampoco son apriorísticamente individualizables los entes que tienen la capacidad de realizar una decisión de ese tipo. Contra extendidas opiniones (43), esto conduce a la consideración de que el titular del poder constituyente no es sólo el pueblo, como originariamente se proclamaba en contraposición con la tradicional soberanía de derecho divino (44). Titulares del poder constituyente pueden ser, en efecto, también el monarca (45), una

(41) En este sentido, v. también SANTI ROMANO: *L'instaurazione*, cit., pág. 123.

(42) Análogamente v. C. MORTATI: *La Costituente*, cit., págs. 19, 105, 121; P. BARILE: voz *Potere costituente*, cit., págs. 445 y 447. El ejemplo apuntado en el texto ha sido realizado en Italia de forma puntual con la L. Const de 24 de enero de 1997, núm. 1, que se refiere a la *Institución de una Comisión parlamentaria para la reforma constitucional*, que en concreto permite la modificación, con una única ley de reforma constitucional, de toda la Parte II de la Constitución de 1947.

(43) V. sobre todo T. PAINE: *Il senso comune (Common Sense, 1776)* e *I diritti dell'uomo (Rights of Man, 1791-92)*, en *Id., I diritti dell'uomo e altri scritti politici*, a cargo de T. Magri, trad. it. de M. Astrologo, Ed. Riuniti, Roma, 1978, págs. 69 y ss., 148 y s. (a propósito de cuyo pensamiento, así como el de Thomas Jefferson, v. A. NEGRI: *Il potere costituente*, cit., págs. 173 y ss.) y J. SIEYES: *Che cos'è il terzo Stato?*, cit., pág. 261, el cual, aun atribuyendo el poder constituyente a la Nación, parece aludir al pueblo. Y en efecto, cuando se pregunta: «¿Dónde encontrar la Nación?», responde: «Donde está, en las cuarenta mil parroquias que abrazan todo el territorio, todos los habitantes y todos los contribuyentes de la cosa pública; allí, sin duda, está la Nación.» En favor de la identificación de «Nación» y «pueblo» como titular del poder constituyente, en el pensamiento de Sieyes, v., por lo demás, también R. CARRÉ DE MALBERG: *Contribution*, cit., vol. I, págs. 487 y ss. (v. además, *op. cit.*, vol. I, pág. 167, en cuanto a las diferencias entre soberanía nacional y soberanía popular); en sentido contrario v. en cambio A. BALDASSARRE: *Il «referendum» costituzionale*, cit., pág. 240, según el cual Sieyes aludiría más bien a la Nación «como entidad estructurada en torno a la burguesía, concebida como “clase general”». V. también C. SCHMITT: *Dottrina della costituzione*, cit., pág. 117; F. RUBIO LORENTE: *La Costituzione como fuente del derecho*, cit., pág. 87; *Id.*, voz *Costituzione*, cit., pág. 1525; P. G. GRASSO: voz *Potere costituente*, cit., págs. 643 y s., 646, 649 653 y s.; A. NEGRI: *Il potere costituente*, cit., pág. 8, quien, al inicio de su obra afirma: «Hablar del poder constituyente es hablar de democracia».

(44) En tal sentido, v. P. G. GRASSO: voz *Potere costituente*, cit., pág. 662; análogamente v. J. J. GONZÁLEZ ENCINAR: *La Costituzione*, cit., pág. 357.

(45) En este sentido, J. Bryce, *Flexible and Rigid Constitutions* (1884), en *Studies in History and Jurisprudence*, cit., vol. I, págs. 201 y ss.; J. BARTHELEMY: *La distinction des lois constitutionnelles et*

facción (46) o una elite dirigente (47), uno o más partidos políticos (48). Al contrario, es realista admitir que la función desempeñada por el pueblo en el proceso constituyente es sobre todo de *legitimación* de los actos del detentador del poder constituyente. Además, incluso en el caso en que el pueblo parecería ejercitar el poder constituyente (es decir, cuando elige una asamblea constituyente), en realidad no hace más que librar un cheque en blanco. Y ello es así aunque los titulares efectivos del poder constituyente proclamen (¡obviamente!) actuar en nombre del pueblo (49).

Por lo demás, en favor de la identificación del pueblo como único y efectivo sujeto constituyente no se puede siquiera invocar la tesis según la cual las «verdaderas» constituciones formales —es decir, las rígidas— tendrían exclusivamente un origen popular (50). Y, en efecto, la superioridad de la constitución sobre los demás actos constitutivos del ordenamiento jurídico —y, por tanto, la inmodificabilidad de aquélla por parte de éstos (en lo que se fundamenta la rigidez) (51)— deriva, por

des lois ordinaires dans la Monarchie de Juillet, en *Rev. droit public*, 1909, pág. 12; C. SCHMITT: *Dottrina della costituzione*, cit., págs. 81 y 116; H. HELLER: *Dottrina dello Stato*, cit., pág. 427.

(46) C. SCHMITT: *Dottrina della costituzione*, cit., pág. 117.

(47) C. MORTATI: voz *Costituzione (Dottrine generali)*, cit., págs. 163 y ss.; *Id.*, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Cedam, Padua, 1975, págs. 32 y ss.; P. BARILE: voz *Potere costituente*, cit., pág. 445. Sobre este punto, v. las argumentaciones de P. G. GRASSO: voz *Potere costituente*, cit., págs. 653 y s.

(48) P. DE VEGA: *La reforma constitucional*, cit., pág. 233; J. J. GONZÁLEZ ENCINAR, *La Constitución*, cit., pág. 355.

(49) De aquí la consecuencia de que las enfáticas atribuciones al pueblo, de la paternidad de una Constitución dada (por ej. el «*We, the People of the United States...*», con que se inicia el preámbulo de la Const. USA, en el texto aprobado por los treinta y nueve «Founding Fathers» que autónomamente ejercitaron el poder constituyente) persigan el simple objetivo de atribuir legitimidad a aquel documento, y facilitar su futura legitimación. En cambio, no creo decisivo —para atribuir al pueblo el poder constituyente— el argumento que podría extraerse de las llamadas manifestaciones populares del «lunes» (*Montagsdemonstrationen*) con las que muchísimos ciudadanos de la República democrática alemana quisieron reafirmar, en octubre de 1989, la unidad del pueblo alemán «*Wir sind ein Volk*» (cfr. en este punto P. HÄBERLE: *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Das Beispiel Deutschland 1989/90/91*, en *Revue eur. droit public*, vol. 3, 1991, págs. 125 y ss.). Y, en efecto, es sabido que los actores del proceso de reunificación alemana, en 1990, fueron en definitiva los «poderes estatales, es decir, gubernativos, administrativos y económicos», así como, tras 1865, habían sido los monarcas, los cuales, «a pesar de los movimientos constitucionales, procedieron a la unión según las necesidades, reservando el poder monárquico incluso en el plano imperial» (así D. SCHEFOLD: *Discussione costituzionale, unità costituzionale, unità nazionale*, en *Giur. Cost.*, 1991, págs. 1053 y s.). Por otra parte, es sabido que la norma del *Grundgesetz* aplicada en la reunificación es la contenida en el artículo 23 y no en el 146 (así también en P. HÄBERLE: *op. cit.*, págs. 129 y ss.), norma esta última que, por otra parte, necesita la aprobación por parte del pueblo, no en cuanto «constituyente», sino «en función de legitimación». Sobre este punto, v. *infra* el § 7.

(50) Por todos, v. P. DE VEGA: *La reforma constitucional*, cit., págs. 39 y ss.; C. MORTATI: voz *Costituente (Dottrine generali)*, cit., pág. 143; J. PÉREZ ROYO: *La reforma de la Constitución*. Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, págs. 74 y s.

(51) V. en este sentido J. BRYCE: *Flexible and Rigid Constitutions*, cit., pág. 153; L. ROSSI: *La «elasticità» dello Statuto albertino* (1939), en *Scritti vari di diritto pubblico*, vol. VI, Giuffrè, Milán, 1941, pág. 11. Para el desarrollo de tal tesis se reenvía a A. PACE: *La causa*, cit., págs. 22 y ss., 76 y ss.

una parte, del hecho de presentarse «formalmente» como fundamental respecto a los demás actos normativos; por otra, de la «legitimidad» que se deriva de su contenido «sustancial» (52). Superioridad formal y superioridad (*rectius*: peculiaridad) de contenido sirven para calificar la constitución del Estado como «autofundante» desde el punto de vista jurídico y constituyen los presupuestos —aunque no exclusivos— para la ulterior legitimación popular. La superioridad de la constitución prescinde, por tanto, de la identidad del sujeto constituyente (y, por eso, también una constitución monárquica puede ser rígida), así como prescinde de la pretendida superioridad del órgano constituyente (no siendo tal superioridad más que una manifestación de teología secularizada) (53) y de la especialidad de aquél (siendo tal especialidad generalmente sólo verificable *ex post*: es decir, un tal órgano es «especial» porque es «constituyente», y no «constituyente» por ser «especial»).

Esto último induce a constatar una conclusión, que es oportuno enunciar aunque parezca banal. Exceptuadas las raras hipótesis de un ente indiscutiblemente investido de poder constituyente (un monarca absoluto que se autolimita, los autores de un golpe de Estado o de una revolución, una asamblea expresamente calificada como «constituyente») la calificación de detentador del poder constituyente —genericamente utilizada— es totalmente impropia. En efecto, aquellos que suelen ser llamados tales son sólo sujetos políticos que actúan de un modo u otro con el objetivo de instaurar una nueva constitución; y sólo si su pretensión constituyente tiene éxito (por tanto, sólo *ex post*) podrán ser calificados... como *ex detentadores* de poder constituyente.

Pero sea en uno u otro caso, la conclusión del fenómeno constituyente se refiere siempre sólo a *ex* (constituyentes). De hecho, al menos en el contexto histórico, el poder constituyente se ha agotado definitivamente, desde el punto de vista político, habiéndose resuelto, sin rastro alguno, en la constitución formal y en los actos fundamentales del nuevo orden (54). Con ello no pretendo afirmar, sin embargo, que no pueda resurgir

(52) *Amplius*, v. A. PACE: *La causa*, cit., págs. 78 y ss. Sobre este punto se volverá *infra* en los §§ 4 y 6, también para explicar las características de las constituciones flexibles.

(53) V. de nuevo A. PACE: *La causa*, cit., pág. 63; P. G. GRASSO: voz *Potere costituente*, cit., pág. 649.

(54) Eficazmente M. DOGLIANI: *Potere costituente e revisione costituzionale*, cit., pág. 13 habla de poder «extinguido». Del mismo a., v. también *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1995, pág. 109 y allí la sugestiva descripción del poder constituyente, ya corriente en el derecho romano al final de la república, como «poder que quiere orientar la historia, pero al mismo tiempo pararla, para imprimir al futuro la fisonomía del hoy, eternizándola». Sobre el «agotamiento» del poder constituyente, v. también las bellas páginas de P. DE VEGA: *La reforma constitucional*, cit., págs. 28 y ss., espec. 34 y s. Cfr., en fin, las recentísimas reflexiones de M. LUCIANI: *L'antisovrano*, cit., pág. 154, el cual, tras haber puesto de manifiesto con exactitud (v. *supra* en el texto) que «un poder se manifiesta como constituyente sólo allí donde la manifestación de su voluntad es (consigue ser) una constitución», subraya justamente que, entonces, lo que caracteriza la constitución «no puede ser su inmediata derivación del poder constituyente— porque eso es el *posterius*—, ya sea (para las concepciones descriptivas) su juridicidad y su efectiva vigencia, o bien (para las concepciones prescriptivas) su correspondencia» con el modelo axiológico de constitución. En el mismo sentido v. del mismo a., *Quattordici argomenti contro l'invocazione del potere costituente*, en *Dem. dir.*, 1995, pág. 104.

de aquí a poco tiempo, para alterar el orden tan recientemente asentado. Pero una cosa es defender que el poder constituyente —justo porque carece de límites jurídicos— puede emerger continuamente con los mismos o con diversos sujetos políticos que *de hecho* lo ejercerán nuevamente— y otra distinta equiparar poder constituyente y poder de organización, con el fin de sostener que la emanación de una constitución no consumiría el poder constituyente, así como la emanación de una ordenanza administrativa no agota el poder de organización de quien ostenta la soberanía (55).

Una tal equiparación es totalmente impensable, justo porque, mientras el poder administrativo es un poder jurídico (y, como tal, permanente en el ámbito de un ordenamiento dado), el poder constituyente es, como se ha dicho ya varias veces (56), un mero poder fáctico. Y con referencia a un poder fáctico no tiene sentido sostener su permanencia jurídica.

4. La referencia hasta ahora realizada a la constitución en sentido formal y a su colocación en el sistema de fuentes, nos introduce en la problemática de los límites a las modificaciones constitucionales, problemática que debe afrontarse aquí, siquiera sea brevemente. En efecto, a diferencia del ya citado tratamiento que al tema da Romano —que afronta el problema de la instauración de un nuevo orden constitucional como «modo de ser» del ordenamiento (es decir, como estructura constitucional), confundiendo por ello a propósito los problemas que se refieren a la formación de un nuevo Estado con los derivados de las modificaciones institucionales del mismo (57)—, el tema de esta ponencia es, más específicamente, la instauración de una nueva «constitución»: lo que evoca, en el léxico cotidiano y en el actual momento político de nuestro país, el problema de la relación (opositiva) entre una eventualmente instaurada «nueva» constitución formal y los límites sustanciales y formales que la «vieja» constitución formal pone a su modificación legal, sin que, por otra parte, en el mismo asunto resulten implicados o sufran transformaciones los llamados elementos constitutivos del Estado. Problemática esta última que, por tanto, no se afrontará aquí, así como no serán correspondientemente tratados los problemas de la incidencia de las modificaciones constitucionales sobre la problemática de la continuidad del Estado, del que eficaz y resolutivamente se ha demostrado la irrelevancia (58).

En el afrontar, siquiera sea brevemente, el tema de los límites a las modificaciones constitucionales, permítaseme una simplificación, que espero no sea excesiva.

(55) C. SCHMITT: *Dottrina della costituzione*, cit., pág. 111.

(56) ...y como es concebido por el mismo C. SCHMITT: *Dottrina della costituzione*, cit., pág. 110.

(57) Así explícitamente SANTI ROMANO: *L'instaurazione*, cit., págs. 109 y s.: «Con la expresión "instauración de un nuevo ordenamiento constitucional" se pretende aquí designar tanto las formaciones y las mutaciones que se refieren estrictamente al Estado, como aquellas que más propiamente se refieren al Gobierno: la sustancial identidad de principios para las primeras y las segundas, la cual el presente estudio pretende formular y exponer a la luz, releva de cualquier examen relativo a su no siempre fácil distinción, que, es necesario repetirlo, aunque interesante desde muchísimos puntos de vista, no tiene más que una importancia secundaria para las investigaciones presentes».

(58) V. CRISAFULLI: *La continuità dello Stato*, cit., págs. 386 y ss., 405 y s.

Al vocablo «constitución» se alude, por los juristas, fundamentalmente en tres sentidos: como estructura constitucional de valor meramente descriptivo (por ej., las llamadas constituciones romanas de Cayo Mario o de Lucio Cornelio Sila); como estructura constitucional de valor prescriptivo (la institución según Romano, la decisión fundamental según Schmitt, la constitución material según Mortati); en fin, como un conjunto de reglas cualificadas por signos formales, dotado de prescriptividad (59).

Es indudable que la constitución formal, en cuanto dotada de prescriptividad, provoca en todo caso consecuencias jurídicas a cargo de la estructura constitucional, de forma semejante a lo que sucede —según la metáfora de Romano (60)— en la relación entre el proyecto de restauración y el edificio en parte destruido (que deberá ser restaurado según el proyecto aprobado, y no de otro modo). Esta potencial interdependencia no excluye que los específicos problemas que generan la estructura constitucional y —para continuar con la metáfora— el edificio en parte destruido sean distintos de aquellos que suscitan respectivamente la constitución formal y el proyecto de restauración.

En cambio, cuando se sostiene —como hacen Schmitt (61), Mortati (62), u otros (63)— que la distinción entre constituciones rígidas y flexibles, «basada en la existencia o no de procedimientos agravados para realizar los cambios constitucionales», tendría «un carácter totalmente relativo» —en cuanto «cada constitución tiene una parte sustraída a toda posibilidad de revisión» (64)— se percibe claramente —cuando no es incluso una admisión explícita— que tales misteriosos límites afirmados como insuperables no se encuentran en la constitución formal, aun interpretada teleológicamente, y que éstos se deducen más bien de la estructura constitucional concretamente existente, o bien de la subyacente constitución material. Y todo esto se sostiene, aunque los padres de la constitución se hubiesen dedicado específicamente a explicitar y especificar los eventuales límites absolutos al poder de reforma, con la consecuencia de hacer imposible la detección de hipotéticas lagunas relativas a tales límites (65).

(59) Me limito, en esencia, a reproponer la primera de las distinciones tomadas en consideración por M. DOGLIANI: *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., págs. 11 y ss., el cual a su vez analiza la clasificación propuesta por V. CRISAFULLI: voz *Costituzione*, en *Enc. Novecento*, vol. I, Ist. Enc. it., Roma, 1975, pág. 1030.

(60) *Osservazioni sulla competenza*, cit., págs. 35 y ss.

(61) *Dottrina della costituzione*, cit., págs. 35 y ss.

(62) voz *Costituzione (Dottrine generali)*, cit., págs. 145, 206.

(63) V., por ej., F. MODUGNO: *L'invalidità della legge*, vol. I, Giuffrè, Milán, 1970, pág. 79.

(64) Así expresamente C. MORTATI: *op. loc. ult. cit.*

(65) Es en efecto evidente que no se puede postular la existencia de una laguna allí donde existe una explícita disciplina positiva, a menos que se sostenga que el recurso a los principios sea indispensable no sólo en los casos de carencia legislativa, sino también en la ordinaria aplicación de la ley. En otras palabras —según esta última tesis—, el ordenamiento estaría siempre integrado tanto por los casos no previstos, como —incluso— por los casos previstos y regulados (sobre este punto, v. en tal sentido, M. CORSALE: voz *Lacuna dell'ordinamento*, en *Enc. dir.*, vol. XXIII, Giuffrè, Milán, 1973, pág. 269).

No voy a repetir aquí la clara perplejidad que tales tesis suscitan (66). Lo que, sin embargo, me parece necesario evidenciar en esta sede es que este cambio de perspectiva entre constitución material y constitución formal, aunque admisible para las constituciones flexibles (67), es absolutamente inadmisibles en un régimen levantado sobre una constitución rígida que sea efectivamente tal. Y, en efecto, la constitución como estructura constitucional (o como superconstitución) tiene la posibilidad de proponerse como normativa en tanto en cuanto falte una constitución escrita dotada de prescriptividad que se presente como «superior» en ese mismo ordenamiento (68).

De ahí la reafirmación de la tesis según la cual los límites, sean sustanciales o procedimentales, a la reforma constitucional, son exclusivamente individualizables en la constitución escrita. Lo que es tanto más verdad en tanto se parta de la idea —recordada antes— de que la rigidez de la constitución (es decir, su superioridad sobre los demás actos que componen el ordenamiento) no se deriva de la previsión de un especial procedimiento de reforma, sino del hecho de que la constitución se presente formalmente como fundamental y consiga, en tanto que superior, obtener

En tal sentido vale la pena recordar que la introducción de la norma consuetudinaria (o la decisión política) que permitió la modificación del Statuto albertino por parte del legislador ordinario se dio sobre el (falso) presupuesto de la existencia de una laguna acerca de la previsión de las modalidades para proceder «a la reforma de aquél», con la consecuencia de entenderse que la *lex legum*, la ley principal del Statuto, [estuviese] sujeta a los principios reguladores de las otras leyes». Así G. SAREDO: *Trattato delle leggi*, Pallas, Florencia, 1886, pág. 141, seguido de C. ESPOSITO: *La validità delle leggi* (1934), rest., Giuffrè, Milán, 1964, pág. 183, a pesar de que no escapase a éste último la «especialidad» de la materia regulada por las constituciones y, por tanto, también aquella regulada por el Statuto albertino.

(66) Por ejemplo, el excesivo esquematismo que marca las «descarnadas formulillas» utilizadas por Schmitt para identificar el contenido de la decisión política fundamental (monarquía, democracia, derechos humanos, etc.) (así G. BALLADORE PALLIERI: *Dottrina dello Stato*², Cedam, Padua, 1964, págs. 149 y s.); la extrema generalidad y vaguedad de los criterios utilizados por Mortati para concretar la constitución material (así V. CRISAFULLI: voz *Costituzione*, cit., pág. 1038); la arbitrariedad del procedimiento de individualización de los «principios más generales» que caracterizarían la constitución en sentido sustancial según Romano (así de nuevo V. CRISAFULLI: *Lezioni di diritto costituzionale*², vol. I, Cedam, Padua, 1970, pág. 93); la incomprensibilidad del contraste interno que, en las tesis de Schmitt y Mortati, existiría en el ordenamiento jurídico, el cual, mientras «sería mutable y dinámico en sus singulares y particulares institutos, sería en cambio estático e inanimado en sus principios y en su parte fundamental» (así C. ESPOSITO: *La consuetudine costituzionale*, cit., pág. 633).

(67) ... porque —como decía Cánovas del Castillo a propósito de la *constitución interna* (que era una especie de constitución mortatiana *ante litteram*: en tal sentido v. J. VARELA: *La doctrina de la constitución histórica: de Jovellanos a las Cortes de 1845*, en *Rev. derecho político*, 1994, pág. 76): «Hay mucha diferencia entre hablar de Constitución interna al lado de una constitución expresa y escrita, en cuyo caso existe una contradicción notoria, y hablar de constitución interna en un país donde, por las circunstancias de los hechos, no queda en pie Constitución alguna escrita. Donde esto acontece, no puede menos que decirse que no hay Constitución alguna vigente, y como es imposible que un país viva sin algunos principios, sin algunos fundamentos, sin algunos gérmenes que desenvuelvan su vida, llamada a esto como queráis; si no os gusta el nombre de Constitución interna, poned otro cualquiera, pero hay que reconocer de hecho que existe...».

(68) Sobre este punto, v. de nuevo A. PACE: *La causa*, cit., pág. 80, nota 175.

la correspondiente legitimación. Consecuentemente —en cuanto acto normativo «especial», formalmente superior a las leyes— la constitución —siempre según tal idea— es en principio inmodificable por estas últimas, a menos que ella misma no disponga lo contrario (69).

Partiendo de tales premisas, la constitución podría, por tanto: a) callar completamente en cuanto a su propia modificabilidad y presentarse como inmodificable desde el punto de vista jurídico (70) (ni más ni menos que si hubiese estatuido explícitamente su propia inmodificabilidad) (71); b) prever un procedimiento especial de modificación, con (72) o sin (73) límites absolutos; c) consentir la propia modificación (74), incluso con el procedimiento legislativo ordinario. (En este último caso la constitución —aunque acogida en el documento adecuado— será parcial o integralmente flexible, según lo que haya dispuesto y, por tanto, operará de hecho como si estuviese compuesta de un conjunto de leyes ordinarias y costumbres, a semejanza de la constitución británica.)

El procedimiento especial de reforma eventualmente previsto, no constituyendo el fundamento de la rigidez constitucional, tiene en cambio el objetivo —siempre según la tesis de referencia— de garantizar la duración, en el tiempo, de la constitución misma (75). Correspondientemente, las normas sobre la reforma no son su-

(69) Desde esta última perspectiva la tesis expuesta en el texto se relaciona con la famosísima de A. MERKL: *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff*. Deuticke, Leipzig-Wien, 1923, págs. 228 y ss., 257 y ss.; *Id.*, *L'unità giuridica dello Stato austriaco (Die Rechtseinheit der österreichischen Staats. Eine staatrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der Lex posterior, en Arch. öff. Recht.*, 1917, vol. 37), en *Id.*, *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, trad. it. C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1987, págs. 176 y ss.

(70) En este sentido v. el *Instrument of Government* de Cromwell (1653), las *Chartes constitutionnelles* francesas de 1814 y 1830, el Statuto albertino de 1848, las Constituciones españolas de 1834, 1837, 1845 y 1876 y la constitución iraníana de 1978. Sobre este punto, v. A. PACE: *La causa*, cit., *passim*.

(71) Sobre este punto, permítaseme reenviar de nuevo a *La causa*, cit., págs. 10 y s.

(72) Ejemplos de constitución escrita reformable mediante un procedimiento agravado, con límites absolutos de inmodificabilidad, son, además de la Const. italiana, artículo 139, la Const. USA (1787), artículo V, y la Ley Fundamental de Bonn (1949), artículo 79, III.

(73) Ejemplos de constitución escrita modificable con procedimiento agravado, pero sin límites absolutos de inmodificabilidad, son la Const. belga (1831), artículo 131, y la Const. española (1978), artículos 167 y 168.

(74) V., por ejemplo, las Constituciones de Nueva Zelanda (1852) y de Sudáfrica (1961), que no precisan límites absolutos, sino tan sólo un agravamiento procedimental para la aprobación de tales modificaciones. Es significativo que en esta última Constitución se previese un procedimiento especial de revisión precisamente, además de para los cambios de las dos lenguas oficiales (para la modificación misma de la flexibilidad constitucional!

(75) Permítaseme reenviar de nuevo a *La causa*, cit., *passim*. M. ARAGÓN REYES: *Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional*, Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 1986, pág. 25, llega a mi misma conclusión —según la cual el procedimiento especial de reforma constituiría no el fundamento de la constitución, sino su garantía—, aunque con argumentaciones distintas de las mías, es decir, sin afirmar la «natural» rigidez de todas las constituciones escritas. Análogamente, v. J. J. GONZÁLEZ ENCINAR, *La Constitución*, cit., pág. 346, según el cual la posibilidad de reforma es, en potencia, defensa de la Constitución.

premas, sino «impuestas», «condicionadas» y «servidoras» respecto de la constitución escrita y por ello inmodificables en la medida en que su reforma pueda determinar una mayor flexibilidad de la prevista por la «superior» constitución escrita.

Lo hasta ahora expuesto tiene —como veremos— importantes consecuencias en nuestro tema.

5. Comienzo por las consecuencias sobre los límites absolutos o materiales. Al respecto debe comenzar por señalarse que la reforma constitucional con procedimiento agravado pretende realizar simultáneamente tres funciones: evitar la fragilidad política que se deriva de la absoluta inmodificabilidad de las normas constitucionales (la llamada petrificación) (76); garantizar, de otro lado, la relativa estabilidad de las reglas de la constitución escrita (77); finalmente, respetar el principio de que «cada generación debe ser capaz de afrontar todas las decisiones que le exijan las circunstancias de su tiempo» (78).

En esta lógica —en la que la previsión de un procedimiento especial de reforma perseguiría el objetivo de evitar, en principio, límites materiales absolutos— evidentemente no caben teorizaciones como aquella según la cual existiría «siempre un residuo de inmodificabilidad en el contexto de una constitución, como expresión no delegable y no transferible, del poder constituyente» (79). En realidad, una teorización así, aunque no presuponga explícitamente la existencia de una superconstitución «viviente» (80), se le acerca bastante, sin embargo, en cuanto atribuye a algo distinto

(76) ... con el consecuente riesgo de convertirse en letra muerta, o de ser modificada continuamente mediante procedimientos ilegales. Así, P. DE VEGA: *La reforma constitucional*, cit., pág. 89. V. *amplius*, A. PACE: *La causa*, cit., págs. 12, 18, 87.

(77) V. la opinión de Sieyes, reflejada *infra* en la nota 80.

(78) T. PAINE: *I diritti dell'uomo*, cit., págs. 122 y ss., 276 y ss. Análogamente, v. el artículo 1 del Título VII de la Const. francesa de 1791 y el artículo 28 de la Decl. de los derechos del hombre y del ciudadano antepuesta a la Const. francesa de 1793 («Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede sujetar a sus leyes las generaciones futuras»).

(79) F. MODUGNO: *Il problema dei limiti*, cit., pág. 1660; y ya antes, C. SCHMITT: *Dottrina della costituzione*, cit., pág. 111.

(80) Es dudoso que E. J. SIEYES: *Opinione sulle attribuzioni e l'organizzazione del giurì costituzionale proposta il 2 termidoro*, en *Opere*, cit., tomo I, vol. II, págs. 813 y ss., especialmente 823 y ss. prefigurase «la exigencia de conferir un sentido de continuidad y actualidad al “poder constituyente”», y de hacerlo, de alguna manera, «constitución viviente», como en cambio apunta A. BALDASSARRE: *Il referendum costituzionale*, cit., pág. 241 (quien cita sobre este punto E. ZWEIG: *Die Lehre vom Pouvoir Constituant*, Mohr, Tübingen, 1909, págs. 413 y ss.) En efecto, Sieyes subraya explícitamente en aquel ensayo el peligro insito en «un proyecto que tienda a instituir la permanencia del poder constituyente»; y añade que, en la medida en que eso se llevase a cabo, «sería como no tener Constitución alguna; ésta perdería cualquier principio de estabilidad y vanificaría aquellos sentimientos de amor y de veneración, cuya consagración corresponde sobre todo a los pueblos libres, ya que tales sentimientos son incompatibles con la idea de flexibilidad que le sería inevitablemente asociada. No existe ley que tenga más necesidad de una cierta inmutabilidad que una Constitución». La tesis de Baldassarre podría resultar más convincente si se relacionase con cuanto Sieyes había escrito, en contexto político bien distinto, seis años antes, en 1789, en el ensayo *Che cos'è il terzo Stato?*, cit., cap. V, págs. 252 y ss., espec. 256 y ss. Pero, en verdad,

de la constitución formal (aunque no mejor identificado) una fuerza prescriptiva carente de base textual: de aquella base textual —si se observa bien— en la que se ha realizado, en cambio, el poder constituyente, agotándose histórica y jurídicamente en ella (81).

Sin embargo, ya en la misma Constitución federal de los Estados Unidos (1787) se ponían dos límites al poder de reforma: uno temporal, el otro absoluto (82). Con ello, por una parte, se evidenciaba indiscutiblemente la diferencia entre poder constituyente y poder (constituido) de reforma; por otra, se reconocía que, siquiera excepcionalmente, una generación puede vincular a las futuras respecto de ciertos principios proclamados en la Constitución (en concreto, el derecho de los Estados federados de estar paritariamente representados en el Senado).

Debe quedar claro, no obstante, que se trataba —y se trata— de «límites», es decir, de «prohibiciones» (o mejor, de obligaciones de abstención) puestos al poder de reforma y no de la atribución al mismo de una «función»: la de salvaguardar la vigencia de determinadas normas constitucionales. Porque la función de conservación de los principios constitucionales está ya asegurada, por definición, por la misma rigidez, y no tiene sentido atribuir al órgano de reforma la consecución de una función que el ordenamiento realiza por otro camino (83). Y tanto más hay que rechazar esa tesis, si, con la finalidad de la conservación, pretende tutelar, mediante una dinámica predisposición de límites tácitos, no tanto las normas de la constitución formal, cuanto, y sobre todo, los controvertibles (si no incluso misteriosos) valores de la llamada constitución material (84), o de la estructura constitucional o de la institución subyacente (85).

Pero incluso cuando se haga referencia a las normas de la constitución formal para fundar límites de irreformabilidad, la conclusión no debería ser distinta, en tanto tales normas no fuesen explícitamente calificadas como irreformables (o exegéticamente identificables como tales en razón de una interpretación sistemática) (86). Sé

tampoco en esta obra, Sieyes institucionaliza el poder constituyente. Subraya más bien que «una nación no se sustrae nunca al estado de naturaleza» y que «no son nunca demasiados, para ella, los modos posibles para manifestar su propia voluntad». Pero ésta es una reivindicación de un poder fáctico que nada tiene que ver con la juridificación de un poder constituyente permanente (v. *supra* la nota 38): en verdad un poder de hecho no tiene necesidad de reconocimientos jurídicos para existir. Y lo que es un poder de hecho Sieyes lo repite hasta la saciedad: «No temamos comprobarlo: una nación es independiente de cualquier forma; y en cualquier forma que ella quiera, basta con que ésta su voluntad se manifieste para que el derecho positivo decaiga ante ella que es la fuente y el árbitro supremo de todo derecho positivo.»

(81) V. *supra* el § 3 *in fine*.

(82) Cost. USA, artículo V.

(83) En el sentido criticado v. J. J. GONZÁLEZ ENCINAR, *La Constitución*, cit., pág. 383.

(84) C. MORTATI: *voz Costituzione (Dottrine generali)*, cit., pág. 170.

(85) La pretendida existencia de límites tácitos absolutos al poder de reforma —justificados con un fin de conservación— es criticada también por P. G. GRASSO: *voz Potere costituente*, cit., pág. 661, quien subraya la metamorfosis funcional de la noción de poder constituyente «de causa de innovación radical a instrumento de la conservación más rígida».

(86) De ello se deriva que, en rigor, la existencia de límites absolutos no podría ser predicada sobre

perfectamente que esta tesis es minoritaria. Pero no consigo comprender cómo se puede sostener que disposiciones explícita o implícitamente no calificadas como irreformables por la misma constitución rígida pueden subrepticamente transformarse en irreformables, sólo por incorporar supuestamente valores considerados por la opinión pública como insuprimibles. Nadie niega que en la colectividad determinados valores puedan ser considerados imprescindibles. Pero si, se diera —lo que resulta ausplicable—, la eventual tentativa de supresión de las correspondientes normas constitucionales encontrará un obstáculo en la realizada interiorización de los valores constitucionales en la mayoría de los ciudadanos: un obstáculo que en una democracia es, además, aún más difícil de superar que las propias previsiones normativas constitucionales de irreformabilidad. Es un obstáculo político y por ello fortísimo; pero, como tal, históricamente transeúnte (está... en tanto está). Por lo demás, si por los mismos sostenedores de la teoría de los valores se asume que éstos son, por definición, prepositivos (87), no se podrá negar que sobre ellos reacciona el

todo en aquellas constituciones que prevén un procedimiento superagravado (disolución de las Cámaras, nuevas elecciones, etc.) para la reforma total de la Constitución. No obstante, incluso en tales ordenamientos constitucionales (por ej., España, Suiza y Austria) está extendida la tesis que sostiene la existencia de límites absolutos a la revisión total, justificada ya sea sobre la base de razones axiológicas, ya sea en el presupuesto de la intrínseca limitación del poder (constituido) de reforma. En este sentido, v. P. BARILE y U. DE SIERVO: voz *Revisione della Costituzione*, en *Noviss. Dig. it.*, vol. XV, Utet, Turín, 1968, pág. 776; G. DE VERGOTTINI: *Referendum e revisione costituzionale*, cit., pág. 1347. Con referencia al ordenamiento español, aunque los artículos 167 y 168 de la Const. no prevén límite absoluto alguno, v. en tal sentido P. DE VEGA: *La reforma constitucional*, cit., págs. 219 y ss., 242, 283 y ss.; J. JIMÉNEZ CAMPO: *Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución*, en *Rev. del Departamento de derecho político*, 1980, págs. 90 y ss., espec. 95 y ss.; *contra*, sin embargo, I. DE OTTO: *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, CEC, Madrid, 1985, págs. 29 y ss.; M. ARAGÓN REYES: voz *Reforma constitucional*, en *Encicl. jurídica básica*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, pág. 5656. La tesis es sostenida también en Suiza, a pesar de que la Const. en los artículos 118 y ss. prevea la posibilidad de reforma total. Para indicaciones sobre este punto, v. J. F. AUBERT: *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol. I, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1967, págs. 130 y ss. (Aubert es, sin embargo, contrario a la tesis: *op. cit.*, vol. II, pág. 753). En modo diverso se ha argumentado, en cambio, con referencia a la Const. austriaca, a propósito de la cual se ha sostenido que el procedimiento más dificultoso, previsto para la reforma total (art. 44,2 Const.), se debe utilizar también para las modificaciones de principios considerados fundamentales. Sobre este punto v. L. K. ADAMOVICH y B. C. FUNK: *Österreichisches Verfassungsrecht*³, Springer, Viena, 1985, págs. 118 y s., En otras palabras, en Austria se ha sostenido interpretativamente lo que, en cambio, la Const. española (1978) sanciona explícitamente en el artículo 168, es decir, equiparar la reforma total a la de materias particularmente relevante, lo que debería hacer pensar que todo —absolutamente todo— puede ser modificado. Sorprendente es la opinión, sobre este punto, de G. MORBIDELLI, en G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO y M. VOLPI: *Diritto costituzionale italiano e comparato*, cit., pág. 120, quien, por una parte niega, en tal caso, la posibilidad de invocar límites implícitos, y por otra afirma que, en todo caso, con el procedimiento de reforma «total» no podría ser modificada la forma de Estado. Sobre este punto, v. también *supra*, las notas 38 y 39.

(87) Por todos, v. F. MODUGNO: *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, en F. MODUGNO y A. S. AGRÒ: *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Giappichelli, Turín, 1991, págs. 253 y s.; *Id.*, *Il problema dei limiti*, cit., págs. 1672 y s.; A. RUGGERI: *L'identità costituzionale alla prova: i principi fondamentali*

contexto cultural (88), y por tanto, la mutabilidad de la opinión pública. Consecuentemente, no podrá no convenirse que la llamada insuprimibilidad de los valores (89), colocándose más allá de la normativa constitucional, podrá incidir implícitamente en las decisiones legislativas y judiciales, pero no constituir formalmente un obstáculo a la reforma constitucional.

La exactitud de tal conclusión resulta evidente en esta sede, es decir, cuando el problema de los límites tácitos (90) se aborda desde la perspectiva de la instauración de una «nueva» constitución, en la medida en que esta instauración contradiga la «vieja» constitución; de tal modo que si los hechos instaurativos no tuviesen éxito, serían consecuentemente considerados *ilícitos* —y como tales judicialmente valorados— a la luz del viejo orden (91).

Pero, en esta situación, el juez llamado a decidir sobre tales hechos, ¿cómo podría considerar ilícito un hecho, cuando asumiese su contraste no con una norma específica, sino sólo con valores prepositivos? Me parece, en otras palabras, insostenible que el establecimiento de la ilicitud a cargo de determinados hechos asertivamente considerados eversivos de la «vieja» constitución pueda ser argumentada en la «lógica de los valores». Una lógica que, declaradamente, «no es la lógica rígida y bivalente del verdadero/falso, de lo que es y de lo que no es (o mejor, de lo válido y lo inválido), sino que es la lógica flexible (...) de lo posible, de lo razonable...» (92).

fra revisioni costituzionali polisemiche e interpretazioni-applicazioni «ragionevoli», en *Id.*, «*Itinerari*» di una ricerca sul sistema delle fonti, vol. II, *Studi degli anni 1992/95*, Giappichelli, Turín, 1996, pág. 256.

(88) Sobre la importancia del contexto cultural v. ya J. BURCKARDT: *Considerazioni sulla storia universale (Weltgeschichtliche Betrachtungen. 1870)*, trad. it. M. T. Mandalari, Mondadori, Milán, 1996, págs. 87 y ss., sobre los recíprocos condicionamientos del Estado, de la religión y de la cultura. Desde un punto de vista jurídico, v. por todos P. HÄBERLE: *I diritti fondamentali nelle società pluraliste e la Costituzione del pluralismo*, en AA. VV.: *La democrazia di fine secolo*, a cargo de M. LUCIANI, Laterza, Bari, 1994, págs. 98 y ss., 140 y s., 160; M. DOGLIANI: *La lotta per la Costituzione*, cit., pág. 297.

(89) De intangibilidad, «en su esencia de valor», de las reglas constitucionales que forman la «parte integrante del pacto constitucional», habla M. LUCIANI: *Commento al messaggio del Presidente della Repubblica del 26 giugno 1991*, en *Giur. Cost.*, 1991, pág. 3281. Por su parte, A. BALDASSARRE: voz *Diritti inviolabili*, en *Enc. giur.*, vol. XI, Ist. enc. it., Roma, 1989, pág. 37, «transforma» el reconocimiento de los «derechos inviolables» en la proclamación de la intangibilidad de su «contenido de valor».

(90) Justamente resalta F. MODUGNO: *Il problema dei limiti*, cit., pág. 1650 que se puede hablar de límites lógicos sólo con referencia a límites válidos para cualquier ordenamiento hipotizable, y por tanto, independiente de su particular configuración. Entre ellos no podrían ser ignorados los llamados límites de régimen o de forma de Estado, o sea, los referidos a lo que se entiende que caracteriza un determinado ordenamiento estatal en su esencia política y en sus estructuras fundamentales». Y como precisamente es de estos límites de los que se discute en el texto, me parece más correcto hablar de límites tácitos y no lógicos, como en cambio sugiere V. CRISAFULLI: *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, cit., págs. 101 y ss. (pero v. pág. 104, en la que subraya cómo también los límites «lógicos» acaban, necesariamente, por ser argumentados por el derecho positivo de manera no distinta de los «tácitos» o «implícitos»).

(91) V. *supra* el § 1. Explícitamente en tal sentido, entre muchos, v. SANTI ROMANO: voz *Costituente*, cit., pág. 352; M. DOGLIANI: *Potere costituente e revisione costituzionale*, cit., pág. 8.

(92) En este sentido v. F. MODUGNO: *Il problema dei limiti nella revisione*, cit., págs. 1669 y ss., espec., 1673.

De ahí la consecuencia práctica, con referencia a nuestro ordenamiento constitucional, de que la tentativa —incluso penalmente ilícita— de instaurar una nueva constitución (sancionada por el art. 383 del C. Penal) podría ser configurada con certeza sólo en la hipótesis de una (ilícita) reforma constitucional de la forma republicana (art. 139 Const.) consistente en la restauración monárquica (aunque fuera implícita: previsión de la no elegibilidad del Presidente de la República), o bien en la concentración del poder de decisión política activa en órganos no electivos (93). A tal hipótesis podría ser equiparada —desde la perspectiva de la ilicitud en el sentido del art. 139 (ilicitud que, sin embargo, no es necesariamente penal) (94)— la hipótesis de una reforma constitucional que prejuzgase las situaciones que pueden considerarse coesenciales a la forma republicana (igualdad, universalidad del derecho de voto, paridad en el acceso a los cargos públicos, etc.) (95):

(93) Para esta interpretación de la formulación de la ley francesa de 14 de agosto de 1984, análogamente a la del artículo 139 («La forma republicana de gobierno no puede constituir el objeto de una propuesta de reforma»), v. F. MODERNE: *La naissance des constitutions européennes après la deuxième guerre mondiale. Le cas français*, en *Quad. cost.*, 1997, págs. 58 y ss., quien, a la luz de tal interpretación, sostiene la tesis de la ilicitud constitucional de la instauración del régimen de Vichy. En efecto, la L. Const. de 10 de julio de 1940 delegó todos los poderes al entonces gobierno de la República, bajo el mando del Mariscal Pétain, a fin de promulgar con uno o más actos una nueva constitución del Estado francés. Consecuentemente, las leyes const. 1, 2 y 3 de 11 de julio de 1940 atribuyeron al Mariscal Pétain las funciones de Jefe del Estado, la plenitud de los poderes de gobierno, y disolvieron las Cámaras.

No debe olvidarse, en fin, que son justamente la derivación, a través del gobierno o no, «de la gran masa del pueblo» y la administración del mismo «en un modo precario y por tiempo limitado» los dos elementos que, para los autores del *Federalista*, constituían la característica de la forma de gobierno republicana, en contraposición con la forma de gobierno democrática. Sobre el particular, v. J. MADISON: *Commento*, núm. 14, y, sobre todo, *Commento*, núm. 39, en A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON: *Il Federalista (The Federalist, 1787)*, trad. it. B. M. Tedeschini Lalli, Nistri Lischi, Pisa, 1955, págs. 84 y s., 256 y ss.

(94) En este sentido, explícitamente, v. SANTI ROMANO: *voz Costituente*, cit., pág. 352.

(95) En este sentido, v. A. PACE: *Problematica delle libertà costituzionali. Parte Generale*², Cedam, Padua, 1990, pág. 13, nota 6. Deducen del artículo 139 Const. ulteriores límites de irreformabilidad entre los que se encuentra la elegibilidad (y temporaneidad) del Presidente de la República, la elegibilidad de las Cámaras, la universalidad del sufragio, C. MORTATI: *Articolo 1*, en *Commentario della Costituzione*, a cargo de Gius. Branca, Zanichelli-Foro it., Bolonia-Roma, 1975, págs. 22 y ss. (que añade el principio laborista); A. REPOSO: *La forma repubblicana secondo l'art. 139 della Costituzione*, Cedam, Padua, 1972, págs. 83 y ss. (que añade el sistema electoral proporcional); G. SILVESTRI: *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale*, en *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, vol. II, Giuffrè, Milán, 1987, págs. 1205 y ss. (según el cual el art. 139 tendría un valor no sólo «negativo» —pacto sin retorno—, sino también positivo en el sentido de «su predisposición intrínseca a la innovación», sin «límites jurídicos a la proyección constitucional»); F. MODUGNO: *Il problema dei limiti della revisione*, cit., págs. 1674 y ss. (que incluye, entre otras cosas, la existencia de un poder de control constitucional autónomo, pero que, sin embargo, como ya se ha observado, sigue moviéndose en el plano de los valores, explícitamente no individualizables «en alguna disposición constitucional singularmente considerada»: *ibi.*, pág. 1679). En sentido más restrictivo (pero en todo caso como concreción del artículo 139, en el principio de igualdad en la representación institucional y en la necesaria representatividad, en relación con todos los ciudadanos, de los órganos estatales), v. en cambio, G. VOLPE: *L'immu-*

hipótesis que, sin embargo, sólo podría considerarse realizada con certeza si tales situaciones fuesen explícitamente negadas o, en todo caso, erradicadas del «catálogo de derechos constitucionales», pero no cuando fuesen reguladas de una manera que en su conjunto no fuese restrictiva. Finalmente, consideraría indiscutible la ilicitud de una ley de reforma constitucional que dispusiera la división del Estado italiano en una pluralidad de Estados independientes (o, en todo caso, en entidades territoriales que detentasen en exclusiva el poder de representación internacional, el poder jurisdiccional, el poder de recurrir a la fuerza pública y que no estuviesen vinculadas al respeto a la libertad de circulación y de residencia de los ciudadanos italianos). El fundamento de la prohibición de realizar —incluso respetando el art. 138 Const.— tal división no está en el principio de unidad e indivisibilidad de la República (art. 5 Const.), sino en que sobrepasa manifiestamente las atribuciones constitucionales de los diputados y senadores de la República italiana (y, por tanto, del mandato parlamentario) la posibilidad de poner fin a la estructura de la que son expresión (96).

6. Paso ahora a las consecuencias sobre los límites relativos, o sea, procedimentales o formales.

El primer punto a afrontar respecto a la modificabilidad de las normas sobre la reforma constitucional es el del conocidísimo *puzzle* de la autoreferencia: ¿pueden el artículo 5 de la Const. USA y el artículo 88 de la Const. danesa —son los ejemplos que da Alf Ross— así como, añadido yo, el artículo 138 de la Const. it. ser modificados según los especiales procedimientos que en ellos se prevén? La conocida respuesta que inicialmente dio el estudioso danés fue que no es posible, porque, en un ordenamiento constitucional dado, las normas sobre la reforma constitucional son supremas. Consecuentemente, la modificación —para limitarnos a nuestro derecho positivo— del artículo 138, aunque se efectuase a través del procedimiento en ello prevista, tendría naturaleza revolucionaria, ya que supondría la existencia de una autoridad diversa de aquella originaria (97). Positiva es, en cambio, la respuesta dada más recientemente a la misma pregunta por el propio Ross. El *puzzle* es irresoluble si la norma del artículo 138 es considerada suprema; es, en cambio, resoluble si la norma fundamental del sistema es colocada por encima del artículo 138 y viene explicitada como sigue: «Obedeced a la autoridad instituida por el artículo [138] en

tabilità della forma repubblicana: un contributo al dibattito sulla riforma delle istituzioni, en *Scritti in onore di E. Tosato*, vol. III, Giuffrè, Milán, 1984, págs. 252 y ss.

(96) Sobre el particular, v. A. PACE: *Problemi della revisione costituzionale in Italia: verso il federalismo e il presidenzialismo?*, en *Studi parl. pol. cost.*, 1995, n. 107, pág. 14. Análogamente, v. C. DE FIORES: *Secessione e forma di Stato*, en C. DE FIORES y D. PETROSINO: *Secessione*, Ediesse, Roma, 1996, pág. 98, quien justamente subraya que los parlamentarios, aun siendo libres de ejercer «sus funciones sin vínculo de mandato» (art. 67 Const.), no pueden «en modo alguno comprometer la fuente de legitimación del propio poder». En efecto —pone correctamente de manifiesto el autor—, es el mismo artículo 67 Const. el que coloca un límite intrínseco a la función parlamentaria imponiendo que «Todo miembro del Parlamento representa a la Nación».

(97) A. Ross: *Diritto e giustizia*, cit., págs. 77 y ss.

tanto tal autoridad no establezca un sucesor; entonces obedeced a esa autoridad, hasta que la misma no indique un sucesor; y así indefinidamente» (98).

Pues bien, mientras al «primer» Ross era objetable que —siguiendo sus argumentaciones— se llegaría a la absurda conclusión de que en las constituciones flexibles el legislador ordinario no podría modificar las normas que regulan el procedimiento legislativo (99); al «último» Ross se le puede objetar que la solución que sugiere, si bien es compartible allí donde reconoce que las normas sobre la reforma constitucional no son «supremas» (100) —lo que equivale a reconocer que éstas no constituyen el fundamento de la rigidez—, no satisface cuando coloca como norma suprema otra norma meramente formal («obedece a la autoridad legalmente designada»), cuya estructura podrá incluso ser satisfactoria a los fines lógicos o para las exigencias de la teoría gradualística, pero que es absolutamente insatisfactoria en la óptica jurídica del estudio de las constituciones rígidas (las cuales excluyen o cuanto menos no facilitan su cambio). En otras palabras, mientras el primer Ross impedía a las constituciones flexibles agravar su procedimiento de reforma, el último Ross no se preocupa de la rigidez... de las constituciones rígidas.

En la medida en que se asuma, como yo asumo, que la rigidez —es decir, la superioridad formal— deriva en la constitución escrita de su presentarse como fundamental (101), y no de la previsión de un especial procedimiento de revisión (que, al contrario, la flexibiliza), resultará evidente que la reforma, siendo funcional a la garantía de la constitución rígida, no puede alterar aquel equilibrio entre la conservación del «viejo» orden y la posible apertura hacia el «nuevo» que la norma

(98) A. ROSS: *Sull'autoriferimento e su un «puzzle» nel diritto costituzionale* (1969), en *Id.*, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, trad. it. R. Guastini y P. Pollastro, Il Mulino, Bologna, 1982, pág. 232. Para una interpretación distinta del pensamiento de Ross, v. F. MODUGNO: *Il problema dei limiti*, cit., pág. 1656, quien subraya —a propósito de la nueva impostación dada al problema por el estudioso danés— la consideración no tanto «sincrónica», sino más bien «diacrónica» del asunto, que supondría la individuación, en la norma sobre la reforma, de la previsión de una competencia normativa. A mi parecer la novedad no está en la individuación, en el artículo 138, de una norma atributiva de competencia (v. en efecto A. ROSS: *Diritto e giustizia*, cit., págs. 76 y s.; *Id.*, *Sull'autoriferimento*, cit., pág. 207), sino más bien en la admisión de que el artículo 138 no constituye la norma fundamental, inmodificable, del «sistema» (*Sull'autoriferimento*, cit., pág. 229).

(99) Así, V. CRISAFULLI: *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, cit., págs. 101 y s. En verdad, podría sostenerse, a la luz de la impostación del mismo A. ROSS: *Diritto e giustizia*, cit., pág. 79, que si las modificaciones del procedimiento legislativo fuesen tales como para «rigidizar» la constitución, la «autoridad suprema» ya no sería la misma. En el plano del derecho positivo hay que recordar, sin embargo, que la tesis de Ross podría ser compartida sólo si la flexibilidad fuese impuesta por una... norma constitucionalmente rígida. Así, por ej., el artículo 118 de la Const. sudafricana de 1961, sobre la cual v. *La causa*, cit., pág. 8, nota 7.

(100) La tesis según la cual las normas sobre el procedimiento de revisión constitucional fundamentarían la rigidez constitucional y serían por eso «supremas» es la seguida, en la actualidad, como es notorio, por la doctrina mayoritaria, no sólo italiana. Para indicaciones, v. A. PACE: *La causa*, cit., pág. 2, nota 1 y pág. 25, nota 43. Análoga constatación crítica hace M. ARAGÓN REYES: *Sobre las nociones*, cit., pág. 23.

(101) ... en relación con las demás fuentes del ordenamiento.

superior —es decir, la «vieja» constitución escrita— ha pretendido individualizar y prescribir en las normas sobre la reforma (102).

De lo que se deduce que, a menos que no se incorpore en las mismas normas sobre la reforma un eventual contralímite, una modificación constitucional de las mismas bien puede *agrarar* ulteriormente el procedimiento especial, pero no *deblitarlo* (103). De sostenerse lo contrario, se permitiría, en cambio, que las normas sobre la reforma, que son «instrumentales» y «servidoras» respecto a la constitución rígida, la contradijesen hasta el punto de perjudicar su misma rigidez, lo que no compete, ni puede competir, a las normas sobre la reforma, que son instrumentales. En verdad es sólo la norma fundamental, es decir, la misma constitución escrita, la que puede establecer el grado de flexibilidad de las propias disposiciones; y sólo ella puede, como caso límite, admitir la propia general modificabilidad por parte del legislador ordinario (104).

Lo que, sin embargo, no significa que todas las normas de una constitución flexible puedan ser implícitamente contradichas o eludidas por el legislador ordinario. En efecto, son excepción de tal regla las normas que regulan la formación de las leyes. Su característica es «la de cesar sólo a través de su última aplicación, por lo que es posible también decir, con toda propiedad, que, en tanto existen, no toleran

(102) V. ya en este sentido mi *Commento al messaggio del Presidente della Repubblica del 26 giugno 1991*, en *Giur. Cost.*, 1991, pág. 3309. El ineliminable condicionamiento del poder de reforma por parte de la constitución es subrayado con particular vigor por C. MORTATI: *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale* (1950), ahora en *Raccolta di scritti*, cit., vol. II, págs. 15 y ss., incluso partiendo de premisas distintas.

(103) Por tanto, cuando el «primer» Ross sostenía que la modificación del artículo 5 de la Const. USA sería revolucionaria, en el supuesto de que la mayoría de los Estados necesaria para la ratificación de las enmiendas constitucionales fuese elevada de tres cuartos a cuatro quintos, él estaba en la verdad, en la medida en que el valor tutelado por el artículo 5 esté incorporado en la soberanía de los Estados federados; y, en cambio, se equivocaba si el valor primario tutelado por el artículo 5 se identifica con la rigidez.

(104) De ahí la ulterior consecuencia de que el procedimiento de reforma constitucional no puede ser utilizado para derogar el artículo 139 Const. En este sentido, v. ya C. MORTATI: *Concetto*, cit., págs. 23 y s. *Contra*, v. P. BISCARETTI DI RUFFIA: *Sui limiti della revisione della revisione costituzionale*, Jovene, Napoli, 1949, pág. 47; I. GUCHET: *La Vème. République*³, Economica, París, 1994, págs. 29 y s.; B. BRANCHET: *La révision de la Constitution sous la Vème. République*, LGDJ, París, 1994, pág. 64 (con referencia al artículo 89.5 Const. fr. que análogamente prescribe la irreformabilidad de la forma republicana, según la fórmula, ligeramente diversa, originariamente introducida en la III República con la L. de 14 de agosto de 1884, parcialmente modificativa del § 2 del artículo 5 de la L. Const. de 25 de febrero de 1875); L. DUGUIT: *Manuel de droit constitutionnel*³, Fontemoing, París, 1918, pág. 558 (con referencia a la L. de 14 de agosto de 1884); G. VEDEL: *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, París, 1949, pág. 117 (con referencia al art. 125 Const. de 1946). En sentido contrario a la posibilidad de eludir la prohibición, mediante la previa supresión de esa prohibición, v. J. BARTHELEMY y P. DUEZ: *Traité de droit constitutionnel*², Dalloz, París, 1933, pág. 231; R. CARRÉ DE MALBERG: *Contribution*, cit., vol. II, págs. 583 y ss., 592; A. ESMEIN y H. NÉZARD: *Éléments*, cit., vol. II, págs. 544 y s.; P. PACTET: *Institutions politiques. Droit constitutionnel*¹¹, Masson, París, 1992, pág. 78.

desaplicaciones» (105). Sin embargo, esto no es suficiente para afirmar, a propósito de las constituciones flexibles, que aquéllas sean superiores al legislador ordinario (106); y que, por tanto, la superioridad sea un concepto distinto de la rigidez. En efecto, si la rigidez consiste —como enseña Bryce— en la imposibilidad de las leyes ordinarias de cambiar la constitución (107), es evidente que la superioridad de ésta sobre aquéllas es la otra cara de la misma moneda. Y, en consecuencia, si la constitución permite al legislador ordinario modificar las reglas fundamentales del ordenamiento, esto implica el reconocimiento de que el legislador ordinario es la suprema autoridad del ordenamiento y que sus elecciones son, por tanto, incontrolables (108).

El segundo punto a afrontar —a propósito de los límites procedimentales— es el papel de la soberanía popular (art. 1 Const.) en el procedimiento de reforma. Y en tal sentido no puede no manifestarse una aparente paradoja: tal soberanía es, por una parte, exaltada por los políticos, en la línea del ex Presidente de la República Cossiga (109), hasta el punto de proponer la modificación del artículo 138 en el sentido de transformar el *referéndum* popular en el previsto en «obligatorio», en vez de «eventual» (110); en cambio, por otra parte la soberanía es minusvalorada al sostenerse la legitimidad de reformas constitucionales referidas a bloques normativos heterogéneos, con la consecuencia de privar al ciudadano de la efectiva libertad de voto. Y, en efecto, como se ha puesto de manifiesto extensa y profundamente en otras sedes (111), sobre la base, por otra parte, de las enseñanzas de la Corte

(105) Así, muy perspicazmente, F. MODUGNO: *L'invalidità della legge*, col. 1., cit., pág. 71.

(106) En sentido contrario, v. por ej., I. DE OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, págs. 62 y s., a propósito del cual, para ulteriores observaciones, v. A. PACE: *La causa*, cit., pág. 76, nota 167.

(107) J. BRYCE: *Flexible*, cit., pág. 153. A la misma conclusión han llegado, consciente o inconscientemente, en la línea de Bryce, C. ESPOSITO: *La validità delle leggi*, cit., pág. 164; L. ROSSI: *La «elasticità» dello Statuto albertino* (1939), en *Scritti vari di diritto pubblico*, vol. VI, Giuffrè, Milán, 1941, pág. 11; F. MODUGNO: *La invalidità delle leggi*, vol. 1, cit., pág. 70; M. ARAGÓN REYES: *Sobre las nociones*, cit., págs. 21 y ss.; I. DE OTTO: *Derecho constitucional*, cit., pág. 62.

(108) Véase la Const. sudafricana de 1961 a propósito de la cual permitásemee reenviar a A. PACE: *La causa*, cit., pág. 8, nota 7.

(109) V. el *Messaggio presidenziale del 26 giugno 1991 «sulle riforme costituzionali e sulle procedure idonee a realizzarle»*, en *Giur. Cost.*, 1991, págs. 3343 y ss., espec. 3379 y ss. y, sobre ello, los diversos comentarios publicados en la misma *Rivista*, 1991, págs. 3210 y ss., y 1991, págs. 1649 y ss.

(110) V. ahora la ya citada L. Const. de 24 de enero de 1997 n. 1, que establece la *Institución de una Comisión parlamentaria para las reformas constitucionales*, y disciplina el iter procedimental para aportar modificaciones a toda la parte II de la Constitución de 1947. Tal ley, ex artículo 4, dice: «La ley constitucional aprobada en votación única final de acuerdo con el artículo 3.4 es sometida a *referendum* popular único dentro de los tres meses siguientes a la publicación, y es promulgada si en el *referendum* ha participado la mayoría de los legitimados para hacerlo y ha sido aprobada por la mayoría de los votos válidamente emitidos».

(111) Permitásemme el reenvío ya sea a algunos artículos aparecidos en los periódicos (*Riforma della Costituzione: attenti alle deleghe in bianco*, en *L'Unità*, del 20 de noviembre de 1992; *La nuova Costituzione*, en *La Repubblica* de 4 de junio de 1994; *Se si vuole cambiare, Assemblea costituente*, en

constitucional a propósito del referéndum abrogativo de leyes ordinarias (art. 75 Const.) (112), el ciudadano es libre al realizar su elección, sólo se encuentra frente a una ley constitucional —que rechazar o aprobar— con una «matriz racionalmente unitaria». Por contra, no es libre de elegir en la medida en que se encuentre ante una ley constitucional que integre bloques de materias heterogéneas entre sí (113).

Pero la paradoja, como avanzaba, es sólo aparente. En efecto, la transformación del *referendum* de «eventual» en «obligatorio», opera en contraste no sólo con la garantía de la rigidez —recuérdese en tal sentido que la propuesta referendaria tiene naturaleza «opositiva» (114), y que no está previsto un *quorum* para rechazar la ley de reforma constitucional—, sino también con la soberanía popular, porque impide a los promotores de los *referendum* constitucionales proponer tantos *referendum* cuantas son las partes de la ley constitucional a la que pretenden oponerse. En otras palabras, la modificación del *referendum* de «eventual» en «obligatorio» opera, por otra parte, sobre el papel de la intervención popular, transformándolo de potencialmente «opositivo» en un factor de «legitimación» de las opciones «constituyentes» subrepticamente realizadas en sede de reforma constitucional.

El último punto es un corolario de los anteriores. Es evidente que si el artículo 138 Const. —u otra norma similar— prevé un determinado procedimiento especial de reforma, tal norma, así como no puede ser modificada de modo que vuelva,

La Voce de 20 de noviembre de 1994; debo especificar que los títulos no fueron establecidos por mí, en particular, los últimos, que no corresponden al contenido), sea, sobre todo, al ensayo *Problemi della revisione costituzionale in Italia*, cit., págs. 14 y ss. Sustancialmente en el mismo sentido, v. E. BETTINELLI: *Referendum e riforma «organica» della Costituzione*, en AA. VV.: *Cambiare o modificare la Costituzione?*, a cargo de E. Ripepe y R. Romboli, Giappichelli, Turín, 1995, págs. 42 y s.; *Id.*, *Avventure costituzionali e riforme costituzionali*, en *Dem. dir.*, 1995, págs. 273 y ss.; M. DOGLIANI: *Potere costituente e potere costituito*, cit., págs. 65 y s.; G. DOSSETTI: *La Costituzione ha solide radici*, en *Id.*, *Conversazioni*, Coop. cult. In dialogo, Milán, 1994, pág. 84; R. ROMBOLI: *Le regole della revisione costituzionale*, en AA. VV.: *Cambiare o modificare*, cit., págs. 91 y s.; R. TARCHI: *Leggi costituzionali e di revisione costituzionali*, en *Commentario della Costituzione*, a cargo de G. Branca y A. Pizzorusso, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1995, pág. 281.; M. VOLPI: voz *Referendum* (*dir. cost.*), en *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, Utet, Turín, 1995, pág. 516.

(112) Para este aspecto concreto, la tesis referida era ya sostenida entre la doctrina por A. CERRI: voz *Revisione costituzionale*, en *Enc. giur.*, vol. XXVII, 1st. Enc. it., Roma, 1991, pág. 2. A tal argumento la tesis que sostengo añade: la consideración de la naturaleza «opositiva» de la pregunta referendaria, el argumento sistemático ex artículo 133.2 Const. y, sobre todo, la valorización, con referencia al artículo 138, de la soberanía (jurídica) del pueblo.

(113) Debe subrayarse que este principio no decae en caso de aprobación de la ley de reforma constitucional con la mayoría de dos tercios (así, en cambio, M. DOGLIANI: *La lotta per la Costituzione*, cit., pág. 302). En efecto, sólo *ex post* —es decir, sólo después de que la ley constitucional haya sido votada incluso por segunda vez— se podrá saber si sobre ella cabrá la intervención popular. De lo que se deriva que ya en el momento de presentación del proyecto de ley de reforma constitucional, tal proyecto, para respetar los artículos 1 y 138 de la Const., no podría proponer modificaciones sobre bloques de materia no homogéneos.

(114) En favor de esta tesis v. G. GUARINO: *La revisione della Costituzione. Il referendum*, en *Rass. dir. pubbl.*, 1948, págs. 132 y s.; S. P. PANUNZIO: *Riforme costituzionali e referendum*, en *Quad. cost.*, 1990, págs. 433 y s.; A. PACE: *Commento*, cit., pág. 3309; *Id.*, *Problemi della revisione*, cit., págs. 15 y s.

según lo ya dicho, más flexible la constitución escrita, así *a fortiori* no puede ser tampoco «derogada» *una tantum* a fin de permitir cambios que, de otro modo, no sería posible conseguir (115). Y tanto más ilícita sería la «derogación» cuanto más sirviese —contradictoriamente— para permitir la constitución de una asamblea constituyente (116).

En conclusión —y a pesar de que pueda parecer paradójico—, son los límites procedimentales o formales los que —a mi parecer— interponen los mayores obstáculos —en términos de ilicitud— en la introducción de un nuevo orden constitucional (117). Y esto es tanto más evidente en la medida en que se tenga presente que, mientras los límites materiales configuran hipótesis, desde el punto de vista histórico, difícilmente realizables (restauración monárquica, eliminación de la democracia republicana, supresión de los derechos humanos, etc.), los límites procedimentales obstaculizan la contextual transformación de la constitución en sus diversas partes: de la forma de Estado a la forma de gobierno, del procedimiento legislativo a la concreta consistencia de los derechos sociales, el todo con consecuencias indirectas, pero no menos evidentes, sobre el *status* constitucional de los ciudadanos (118).

A la idea de la constitución como «ley superior» —que lo es no sólo formalmente, sino también en la conciencia de los ciudadanos— se añade, por ello, la tesis de que todo, o casi todo, en una constitución puede ser cambiado para adecuarla a los cambiantes tiempos y a las nuevas exigencias sociales; pero el cambio se realiza gradualmente y en el respeto de las normas sobre la reforma constitucional, para evitar la traumática (y por ello indeseable) destrucción de aquel extenso patrimonio de experiencias institucionales y de recuerdos personales que hacen que una constitución no sea sólo un documento y un acto normativo, sino viva, interiorizada, en el ánimo de todos nosotros.

7. La instauración de una nueva constitución escrita —sea rígida o flexible— no puede, sin embargo, entenderse efectiva, si no cuando se transforma en el punto de referencia (119) del comportamiento social de los participantes de una comunidad política determinada (120). Sólo en ese momento puede considerarse «legítimo» el

(115) V. sobre este punto las argumentaciones de F. MODUGNO: *Il problema dei limiti*, cit., págs. 1651 y ss., 1680 y ss..

(116) V. *supra* la nota 38.

(117) Análogamente v. M. DOGLIANI: *La lotta per la Costituzione*, cit., págs. 301 y s.

(118) Sobre la importancia de las normas de organización, no menor que la de las normas concernientes a los derechos, v., entre muchos otros, J. J. GONZÁLEZ ENCINAR: *La Constitución*, cit., pág. 362.

(119) Cfr. sobre este punto las precisas y esclarecedoras consideraciones de M. DOGLIANI: *La lotta per la Costituzione*, cit., pág. 295.

(120) V. en sentido parecido, pero no del todo coincidente, F. RUBIO LLORENTE: *La Constitución como fuente*, cit., pág. 98 (seguido en ese punto por J. J. GONZÁLEZ ENCINAR: *La Constitución*, cit., pág. 368), según el cual «la aprobación de un texto constitucional no es todavía más que una hipótesis de Constitución. La constitución será una realidad viva cuando todos la hagamos eficaz». Lo que debe ser tenido bien presente, a mi parecer, es que los dos planos del discurso no se confunden, y que el problema de la legitimación es —y debe seguir siendo— estrictamente sociológico. Consecuentemente, la eficacia

ordenamiento constitucional (121): es decir, «aceptado» por los propios consociados. Es más, puede incluso decirse que se pone aquí de manifiesto la soberanía «política» del pueblo. Tal soberanía, presupuesta por las constituciones y nunca disciplinada (ni disciplinable) por ellas —a diferencia de la soberanía «jurídica» (cfr. art. 1 Const. it.)— se manifiesta, no ya en la fase constituyente, sino más bien en la de la «legitimación», es decir, en las formas... más informales (positivas y negativas), directas e indirectas, capilares y difusas (122). Ningún ordenamiento, ni siquiera el más despótico, puede sostenerse únicamente en el uso de la fuerza y con amenazas. Incluso el ordenamiento más despótico necesita (cuanto menos *también*) del consenso popular (123). Sin embargo, esto no significa que el consenso sea necesariamente genuino. La presencia constatada del consenso no excluye, en efecto, el problema de *cómo* tal consenso popular haya sido obtenido: si se deriva de una elección efectivamente libre y consciente, o bien es el fruto de creencias «emotivas» o «religiosas», o bien del «carisma» de un jefe o, en fin, de la manipulación de las conciencias, o de un conjunto de estos factores.

Sea como sea, lo que hay que subrayar aquí es que, en la fase de legitimación de la constitución, el poder constituyente, aunque ya agotado, deberá rendir cuentas a la soberanía política del pueblo. Y la puesta en juego es, justamente, *aquella* constitución (124).

de la que habla Rubio Llorente debería ser —bajo este distinto ángulo visual— «efectividad», no eficacia jurídica. Sobre este punto, v. *infra* en el texto.

(121) M. WEBER: *Economía e società (Wirtschaft und Gesellschaft, 1922)*, trad. it. P. Rossi, vol. 1, Comunità, Milán, pág. 28.

(122) Esto puede decirse, incluso con argumentos *a contrario*, implícitamente compartido por C. MORTATI: voz *Costituzione (Dottrine generali)*, cit., pág. 164, ya que, incluso negando que la obediencia pueda fundamentar el poder constituyente, admite, con Spinoza, que *oboedientia facit imperantem*. Sobre la distinción entre la soberanía jurídica y la soberanía política v. *supra* la nota 34.

(123) Algunos fundamentos del consenso (*compliance*) —es decir, la indolencia, la deferencia, la simpatía, la razón y el miedo— son examinados con las acostumbradas agudeza y exhaustividad de referencias historiográficas— por J. BRYCE: *Obedience*, en *Studies*, cit., vol. II, págs. 6 y ss. En el sentido del texto, v. entre otros, A. V. DICEY: *Introduction*, cit., págs. 77 y s. que cita, sobre este punto, a favor de la tesis, la opinión de D. HUME: expuesta en el cuarto ensayo de la primera parte (1742) de los *Essays, Moral, Political and Literary*. V. en efecto, el ensayo *Dei primi principi del governo*, en D. HUME: *Saggi e trattati morali letterari politici ed economici* a cargo de M. DEL PRA y E. RONCHETTI, Utet, Turin, 1974, pág. 207: «... mientras la fuerza está siempre de la parte de los gobernados, aquellos que gobiernan para regirlos no recurren más que a la opinión. Por eso sólo sobre la opinión se funda el gobierno y esta máxima se aplica tanto a los gobiernos más despóticos y peligrosos como a los más liberales y populares».

(124) Lo que significa que la victoria de los detentadores del poder constituyente no puede darse nunca por descontada; o mejor, esa victoria puede darse por descontada sólo en la medida en que exista acuerdo entre los mayores sujetos políticos del momento. Si se piensa en el rechazo popular (5 de mayo de 1946) del proyecto de la Constitución de la IV República francesa de 19 de abril de 1946, que había sido caldeado por los socialistas y comunistas y hostigado por el General de Gaulle (en el discurso de 1 de enero de 1946 ante la Asamblea), así como por los liberales y los democristianos del MRP. Sobre este punto, v. también F. MODERNE: *La naissance*, cit., pág. 70, que cita, al respecto, J. J. CHEVALLIER y G. CONAC, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à nos jours*⁸, Dalloz,

De esto se deriva que muchas de las conclusiones teóricas a las que se ha llegado anteriormente a propósito del carácter absoluto e ilimitado del poder constituyente, así como a propósito de la inexistencia formal de límites absolutos al poder de reforma, encuentran aquí —es decir, en la problemática de la «legitimidad» y de la «legitimación» de la constitución— una obvia atemperación. Lo que, bien entendido, no constituye contradicción con lo anteriormente observado, porque son distintos los planos en los que se mueven ambos discursos: jurídico el primero, sociológico este último (125).

O bien —como es de todos conocido y hoy extensamente compartido (126)— la «validez legítima» puede ser atribuida a un ordenamiento «en virtud de la tradición», o bien «en virtud de una creencia afectiva», o bien «en virtud de una creencia racional respecto al valor», o en fin, «en virtud de un establecimiento positivo en cuya legalidad se cree». A su vez, «esta legalidad puede valer como legítima: 1) en virtud de una estipulación de los interesados individuales; 2) en virtud de una imposición fundada en un poder legítimo de hombres sobre otros hombres, y en una correspondiente disposición a obedecer» (127).

Pero si tienen presentes tales premisas sociológicas, no es difícil comprender: el porqué de la observancia por parte de los llamados detentadores del poder constituyente de normas referibles al «viejo» ordenamiento constitucional en las distintas fases del procedimiento de formación de la «nueva» constitución (128); por qué, en

París, 1991, pág. 509. Por contra, la duradera oposición del general de Gaulle no fue suficiente para hacer naufragar también el segundo proyecto de constitución de 29 de septiembre de 1946. El voto favorable al segundo proyecto fue, en efecto, caldeado en el *referendum* del 13 de octubre de 1946, por los tres partidos mayoritarios: MRP, MCF y SFIO, es decir, el partido democristiano, el comunista y el socialista, respectivamente.

(125) La distinción del plano de los discursos permite no confundir por límites jurídicos los que, en efecto, son sólo límites políticos (los riesgos que se derivan de la confusión de ambos planos son evidentes en aquellos que asumen estos últimos límites como límites jurídicos intrínsecos al poder constituyente: v. *supra* la nota 30). Del mismo modo, la distinción de los planos jurídico y moral permite al jurista afirmar que una cosa es el contenido de los derechos de libertad, y otra cosa son los condicionamientos que en el ejercicio de los mismos derivan de la responsabilidad moral del titular del derecho. Sobre este último punto, permítaseme reenviar a A. PACE: *Diritti fondamentali al di là della Costituzione?*, en *Pol. dir.*, 1993, págs. 8 y ss.

(126) P. P. PORTINARO: voz *Legittimità*, en *Enc. sc. sociali*, vol. V, Ist. Enc. it., Roma, 1996, págs. 236 y ss.

(127) M. WEBER: *Economía e società*, cit., vol. I, pág. 34.

(128) Si se piensa en la serie de actos que caracterizan el proceso constituyente de la vigente Constitución de la República italiana que se fundaban (aparentemente) y, por tanto, «utilizaban» la legitimidad del ordenamiento monárquico (d.l. lgt. de 25 de junio de 1944 n. 151, d. lgs. lgt. de 16 de marzo de 1946 n. 98, d. lgs. lgt. de 23 de abril de 1946 n. 219; pero v. también el d. lgs. pres. de 19 de junio de 1946 n. 1). Análoga es la experiencia de otros países: piénsese en la «transición» española, con referencia a la cual I. DE OTTO: *Derecho constitucional*, cit., pág. 67 justamente conecta —desde el punto de vista «histórico», que no «jurídico»— la Constitución de 1978 a la *Ley para la Reforma Política* de 15 de diciembre de 1976 (a su vez «históricamente» conectable con la *Ley para la Sucesión en la Jefatura del Estado* de 26 de julio de 1946): en efecto, él comparte la tesis de que el poder constituyente es un

el procedimiento constituyente, se evita contradecir cuanto ha sido decidido en las fases precedentes, aunque tales decisiones no vinculen jurídicamente al detentador del poder constituyente (129); por qué, en cualquier caso, se pretende instituir un órgano constituyente siguiendo las normas previstas para el procedimiento de reforma constitucional (130); por qué el constituyente no puede evitar incluir en la constitución (o en todo caso, no puede explícitamente contradecir en ella) los valores mayoritariamente difundidos en ese momento histórico en esa comunidad (131); por qué es importante la elección popular del órgano constituyente; por qué el poder constituyente, allí donde es posible, se ejerce en espacios «institucionales» que evocan en la memoria colectiva el ejercicio legítimo del poder. Y tantos más.

Por eso es del todo compatible la tesis según la cual «el añadido del *referendum* o, en todo caso, del voto popular directo en el ejercicio del poder constituyente (...) se valora desde la perspectiva de la legitimación» (132). Consecuentemente, parece del todo inútil distinguir entre la intervención popular sucesiva y la previa, como si la forma temporal de intervención fuese capaz de atribuir al pueblo la paternidad de una constitución dada. En efecto, mientras el voto previo se resuelve en una mera investidura (una legitimación «en blanco») (133) o en un mero acto de iniciativa, el *referendum* popular confirmativo, aunque previsto como obligatorio, no puede nunca constituir ejercicio de poder constituyente, limitándose, los votantes, a confirmar el texto íntegro aprobado por el órgano constituyente, sin poder disentir en aspectos singulares ni añadir nada (134).

poder fáctico y, consecuentemente, considera que la «cobertura» del ordenamiento anterior sea sólo «aparente». Sobre este punto v. también A. BALDASSARRE: *Il «referendum» costituzionale*, cit., pág. 246; A. PACE: *La causa*, cit., págs. 64 y s.

Pero ello no significa, a mi juicio, que esto suceda *siempre* (como entiende M. LUCIANI: *L'antisovrano*, cit., pág. 151, nota 119). No sucede, por ejemplo, en los casos de instauración violenta de un nuevo ordenamiento constitucional y, por tanto, en la medida en que los llamados detentadores del poder constituyente quieran marcar la diferencia con el régimen político preexistente (en cuyo caso, incluso la misma utilización de los espacios «institucionales» —v. *infra* en el texto— es rechazada para evidenciar la ausencia de continuidad). Sucede en cambio de forma harto frecuente en las instauraciones pacíficas, porque el «traspaso» de un ordenamiento constitucional a otro es más ágil en la medida en que se realice en la «apariciencia» del respeto de reglas pacíficamente aceptadas.

(129) V. sobre este punto *supra* el § 3.

(130) Sobre el particular, a propósito de la conocida propuesta del Presidente Cossiga, v. los apuntes de F. MODUGNO: *Il problema dei limiti*, cit., pág. 1701.

(131) V. sobre este punto *supra* el § 3.

(132) Así A. BALDASSARRE: *Il «referendum» costituzionale*, cit., pág. 247; en sentido análogo, v. G. DE VERGOTTINI: *Referendum e revisione costituzionale*, cit., págs. 1376, 1397. V. ya *supra* el § 3.

(133) ...de ahí la propuesta del Hon. Damiani, monárquico, según el cual la Constitución de la República italiana no podía ser promulgada sino después de su aprobación por el pueblo italiano: *Atti Ass Cost.*, sesión del 8 de marzo de 1947, en *La Costituzione della Repubblica italiana nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, vol. I, Segr. Cam. Deputati, Roma, 1970, pág. 284.

(134) J. J. GONZÁLEZ ENCINAR, *La Constitución*, cit., págs. 357 y 367 justamente evidencia que, en la hipótesis del *referendum* confirmativo, el poder constituyente popular estaría condicionado por «otro» poder, el que formula la pregunta. V. ya antes en tal sentido también P. DE VEGA: *La reforma*, cit., pág. 117.

A esto se añade que a menudo tales *referendum* son aprobados sólo por mayoría. Pues bien, aun siendo verdad que la «legitimidad» de tales *referendum*, aun aprobados por mayoría, se basa sobre una «estipulación por parte de los individuos interesados», es también verdad que «el principio de mayoría vale como técnica procedimental para obtener decisiones colectivas jurídicamente vinculantes, pero no es capaz por sí mismo de proporcionar legitimidad al ordenamiento» (135). De ello se deduce que un *referendum* aprobado por mayoría, aunque sea capaz de *facilitar* la legitimación, no proporciona legitimidad. La soberanía «política» del pueblo supera, en efecto, el propio principio de mayoría para expresarse en formas más bien difusas y desarticuladas.

En conclusión —como ha observado perspicazmente Baldassarre—, «el recurso al *referendum* o a la intervención directa del voto popular en el proceso constituyente tiene (...) un doble significado, aunque no siempre concurrente en concreto: 1) conferir una formalización al proceso constituyente, lo que significa un aspecto de legalidad; 2) colmar el eventual *déficit* de legitimación democrática de las decisiones «constituyentes» impuestas por la vía de hecho o aprobadas por órganos de los que es posible dudar sobre su actual correspondencia con la voluntad popular, cuanto menos en relación al especial papel «constituyente» asumido o en vía de asunción» (136). Palabras —estas ahora citadas— que evidencian el verdadero significado (cualquier cosa menos garantista) que el *referendum* popular confirmativo asumiría en la medida en que la actual Constitución de la República italiana fuese modificada según el procedimiento previsto por la recentísima l. const. de 24 de enero de 1997 n. 1 (137).

Lo hasta aquí argumentado vale tanto para el caso de instauración de un nuevo ordenamiento, como para el caso de simple instauración de una nueva constitución formal. Es en todo caso evidente, por lo que se refiere a esta segunda hipótesis, que, superada positivamente la fase *necesaria* para la plena legitimación popular de la constitución (138), la efectividad del «total ordenamiento» afecta a la propia constitución, y la creencia en la legitimidad de uno se refleja en la otra, ejerciendo, por otra parte, un efecto de refuerzo en la legitimidad de ambos (139).

Se deriva, entonces, que «para deslegitimar una constitución, la cual, justo porque es escrita, pretende ser superior, no es suficiente la más o menos vasta y repetida desaplicación de sus normas, si a tal constitución se presta o se continúa prestando formal obsequio. Para eliminar el fundamento a la superioridad de la

(135) P. P. PORTINARO: voz *Legittimità*, cit., pág. 240.

(136) A. BALDASSARRE: *Il «referendum» costituzionale*, cit., pág. 247.

(137) V. *supra* la nota 110.

(138) Legitimación que va mucho más allá de la mayoría favorable expresada en el eventual *referendum* confirmativo, porque en ella se refleja no sólo la positiva observancia de la «nueva» constitución, sino también las violaciones de ésta cuando las mismas sean sancionables y valorables como tales.

(139) P. P. PORTINARO: voz *Legittimità*, cit., pág. 236.

constitución (y, por tanto, a su rigidez), es necesario, más allá de la desaplicación de la misma, el explícito rechazo de su superioridad jurídica» (140).

Lo que puede suceder, y en efecto ha sucedido, tratando como flexible no sólo una constitución escrita —y por ello «naturalmente» rígida, como el Estatuto albertino (que no preveía un procedimiento especial de revisión)—, sino incluso sosteniendo la flexibilidad de una constitución escrita indudablemente rígida como el *Verfassungsurkunde* prusiano de 1850 (que preveía en el art. 107 un procedimiento especial de revisión).

Con ello no estoy entendiendo que la reiterada desaplicación de normas constitucionales o el continuo debilitamiento de la «vieja» constitución no sean, a la larga, en sí y por sí perjudiciales para la estabilidad constitucional. Justo por eso me parece evidente que la defensa de la «vieja» constitución reclame una articulada política constitucional y, por tanto, su defensa en cuatro distintos frentes: *en el plano político*, resistiendo a la deslegitimación consistente en atribuir a la «vieja» constitución todas las culpas posibles del mal funcionamiento del sistema, individualizando consecuentemente las causas o las responsabilidades efectivas (de los políticos y de la burocracia); *en el plano judicial*, reaccionando con firmeza ante las violaciones de la constitución y, en todo caso, a las tentativas de desaplicación; *en el plano doctrinal*, rechazando los métodos interpretativos que, identificando la constitución sólo en los valores prepositivos, acaban por banalizar la importancia del texto e, implícitamente, la importancia de la escritura como fundamento de la rigidez (141); finalmente, *en el plano legislativo-constitucional*, volviéndose efectivamente accesibles para todas las necesarias (142) integraciones e innovaciones que sean constitucionalmente admisibles, pero con la condición de que sean específicas y graduales.

(140) A. PACE: *La causa*, cit., pág. 66. En el mismo sentido v. M. LUCIANI: *Riforme elettorali e disegno costituzionale*, en AA. VV.: *Riforme elettorali*, a cargo de M. LUCIANI y M. VOLPI, Laterza, Bari, 1995, pág. 106. Sobre este punto, v. ahora M. DOGLIANI: *La lotta per la Costituzione*, cit., págs. 308 y ss., 315 s..

(141) Con ello no pretendo sostener que la rigidez constitucional vincule al estudioso y al operador jurídico a una interpretación talmudística de las disposiciones constitucionales. V. en efecto, sobre este punto, el mismo J. BRYCE: *Flexible*, cit., pág. 233, quien subraya, paradójicamente, que «... si la Constitución es rígida, la flexibilidad debe ser asegurada por la inteligencia de los jueces». Sobre este punto, permítaseme reenviar de nuevo a A. PACE: *La causa*, cit., págs. 92 y ss., nota 193.

(142) Sobre este punto v. J. J. GONZÁLEZ ENCINAR, *La Constitución*, cit., pág. 387. V. también P. DE VEGA: *La reforma*, cit., pág. 92.