

# LA REFORMA DE LA CONSTITUCION

POR

JAVIER PEREZ ROYO  
Catedrático de Derecho Político  
Universidad de Sevilla



## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN EN LA TRADICIÓN AMERICANA.—III. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN EN LA TRADICIÓN EUROPEA: 1. *La reforma en el constitucionalismo revolucionario*; 2. *La reforma de la Constitución en la Monarquía limitada*; 3. *La reforma de la Constitución en el constitucionalismo democrático*: 3.1. Período de entreguerras; 3.2. Constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial.—IV. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCION

Por lo general, en el mundo del Derecho, de las diferentes ramas del ordenamiento jurídico, no existen cláusulas de reforma. El ordenamiento jurídico se va integrando por el conjunto de normas que los poderes públicos (prescindiendo por el momento de la cuestión de su legitimidad y de la posibilidad de reconducirlos a la voluntad mayoritaria de la sociedad)<sup>1</sup> estiman en cada momento que son necesarias para hacer frente a los problemas que se plantean, resolviéndose las posibles antinomias que puedan producirse a través del juego de criterios suficientemente conocidos, como son el jerárquico, el temporal y el de especialidad<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Esta no es una cuestión baladí, como se verá detenidamente a lo largo de la exposición. Una de las tesis centrales del trabajo consiste en la afirmación de que la reforma de la Constitución sólo puede desarrollarse plenamente y llegar a alcanzar el nivel de garantía jurídica cuando el Estado democrático es una realidad incontestable. Y en este sentido, la reforma de la Constitución, el que se pueda hacer uso de ella con normalidad, es uno de los mejores índices para medir la salud del Estado democrático de que se trate.

<sup>2</sup> Criterios que, sin embargo, cuando entra en juego la Constitución, no dejan de plantear problemas específicos, como se ha puesto de manifiesto en el uso de los mismos por los Tribunales Constitucionales alemán, italiano y español. Sobre el tema en general, Santiago Valera y Miguel Satrústegui, «Constitución nueva y leyes viejas», en *Revista del Departamento de Derecho Político de la UNED*, núm. 4, 1979, págs. 59-77. Concretamente sobre la posición del TCE, además de las Sentencias de 2 febrero 1981, 8 y 29 abril 1981, en dos de las cuales (1.ª y 3.ª) hay que destacar los votos particulares de los magistrados Rubio

En el campo del Derecho constitucional, por el contrario, la cuestión se ha planteado de manera completamente diferente casi desde siempre. La Constitución es la única norma<sup>3</sup> que contiene previsiones acerca de los mecanismos a través de los cuales han de introducirse cambios, modificaciones, en su texto. Es decir, que contiene previsiones sobre el procedimiento de reformarse a sí misma.

Evidentemente, esta singularidad de la Constitución como norma jurídica es expresión de otras varias, entre las que se podrían señalar las siguientes:

1.<sup>a</sup> *Del carácter único de la Constitución como norma jurídica.* Independientemente de que esté compuesta por un único documento o por varias leyes constitucionales, la Constitución es, por definición, una norma que se diferencia de todas las demás existentes en el ordenamiento jurídico precisamente porque como ella no hay ninguna otra<sup>4</sup>. Todas las demás normas del ordenamiento jurídico, independientemente de que algunas de ellas se diferencien netamente de otras que ocupan su mismo lugar en la jerarquía normativa, ya que expresan en cierta medida la «Constitución de la sociedad civil», la «Constitución económica» de la sociedad, carecen de esta característica definitoria de la norma constitucional. Y carecen de ella porque esta última es la única que constituye un presupuesto lógico (y en cierta medida histórico) para la existencia de las otras<sup>5</sup>. Naturalmente, esto posibilita, facilita y, al mismo tiempo, hace recomendable el que esta norma única quede marcada en esta característica por un procedimiento de reforma adecuado a esta singularidad.

2.<sup>a</sup> *De la superioridad de la Constitución sobre todas las demás normas y de su consiguiente carácter condicionante respecto a ellas.* Aunque los instrumentos necesarios para garantizar esta supremacía de la Constitución tardaran bastante tiempo en imponerse, especialmente en el continente europeo, sin embargo, la idea de la Constitución como una norma superior a las demás se va imponiendo de una manera continua con la afirmación del Estado en el proceso de la revolución burguesa<sup>6</sup>. Ya Hobbes, al definir qué es «ley funda-

Llorente en ambas y de Díez Picazo sólo en la última, puede leerse con provecho el comentario de M. Aragón, «La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, págs. 185-207.

<sup>3</sup> Casi la única habría que decir con más precisión. En cualquier caso, la inclusión de cláusulas de reforma en normas como los Estatutos de Autonomía, por citar un ejemplo especialmente significativo y que no deja de plantear algunos problemas, no puede entenderse como excepción a esta regla, ya que nos encontramos en este caso ante una suerte de normas más próximas, por la materia y por la función que cumplen, a la Constitución que a cualquiera de las otras que existen en el ordenamiento jurídico.

<sup>4</sup> Y ello independientemente de que la Constitución sea flexible o no lo sea, ya que «superioridad formal» y «rigidez» son dos cosas distintas. Véase Ignacio de Otto, *Lecciones de Derecho Constitucional* (Introducción), Oviedo 1980, págs. 109 y sigs.

<sup>5</sup> En este sentido puede verse la exposición de B. Clavero, «La idea de Código en la ilustración jurídica», en *Historia, Instituciones, Documentos*, núm. 6, Sevilla, 1979, donde pone de manifiesto las insuficiencias de la idea de Código en el pensamiento ilustrado, insuficiencias que sólo se superarán con la imposición del Estado constitucional, en el sentido más preciso del término, págs. 81 y sigs.

<sup>6</sup> El concepto de Estado se utiliza aquí en el sentido de forma de organización del poder político que corresponde a las relaciones de producción capitalistas (J. Pérez Royo, *Introducción a la teoría del Estado*, Barcelona, 1980).

mental», utiliza la expresión en el sentido de Constitución<sup>7</sup>, separando claramente esta expresión de las ambiguas «leyes fundamentales del reino»<sup>8</sup>. Y la misma idea se manifiesta de manera inequívoca en la guerra civil inglesa del siglo XVII<sup>9</sup> y en los sucesivos conflictos constitucionales de comienzos del siglo XVIII<sup>10</sup>, constituyendo el *background* histórico a partir del cual dicha idea se afirmará con todas sus consecuencias jurídicas en los Estados Unidos de América<sup>11</sup>.

Ahora bien, una norma «superior» y que condiciona a todas las demás debe estar claramente diferenciada, asegurada y protegida por la propia importancia que tiene para el funcionamiento del ordenamiento jurídico. El principio tantas veces invocado de la seguridad jurídica reside en muy buena parte en la certeza de que se sabe cuál es la Constitución a partir de la cual se construye el resto del ordenamiento jurídico. De ahí la conveniencia de evitar equívocos y de que a la Constitución sólo se la pueda tocar en la forma en ella misma prevista.

3.<sup>a</sup> *De la naturaleza básicamente política de la norma constitucional.* Aun prescindiendo de la idea mítica del carácter fundacional de la Constitución<sup>12</sup> y de la carga política que ella comporta, de lo que no parece que se pueda tener duda desde un punto de vista racional es de que la Constitución es la única norma del ordenamiento jurídico a la que se le plantea como tarea la realización de un objetivo inalcanzable por hipótesis: armonizar la existencia de un Estado que consiste en el monopolio del ejercicio de la fuerza y que es el creador de todo el Derecho, con la tendencia de la sociedad civil a juridificar todas las relaciones sociales, a convertir todas las relaciones sociales en relaciones jurídicas y a someter, en consecuencia, al poder del Estado al control de formas jurídicas<sup>13</sup>. La Constitución es la síntesis de las relaciones entre el

<sup>7</sup> Hobbes, *Leviathan*, cap. XXVI.

<sup>8</sup> Marcel Marion, *Dictionnaire des Institutions de la France aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles*, París, 1969, pág. 341.

<sup>9</sup> J. R. Tanner, *English Constitutional Conflicts of the Seventeenth Century 1603-1689*, Cambridge, 1928, Reprint, 1966.

<sup>10</sup> Gerald Stourzh, *Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit: Zum Problem der Verfassungswidrigkeit im 18. Jahrhundert*, Graz, 1974, págs. 9 y sigs. y 13 y sigs.

<sup>11</sup> Edward S. Corwin, «The 'Higher Law' Background of American Constitutional Law», en *Harvard Law Review*, vol. 42 (1928-29), págs. 149-185 y 365-409.

<sup>12</sup> En realidad, esta idea mítica tan viva en la teoría del contrato social desde Hobbes en adelante ha seguido operando después incluso de la afirmación del Estado constitucional, lo cual se refleja bastante bien en la teoría del poder constituyente, que continúa siendo fuente de discrepancias abundantes en la teoría jurídica. De la literatura reciente destacaría el trabajo de Wilhelm Henke, «Staatrecht, Politik und Verfassungsgebende Gewalt», en *Der Staat* (1980), Heft 2, págs. 181-213, que ofrece una buena síntesis de las posiciones enfrentadas, así como una aportación propia realmente positiva.

<sup>13</sup> Esta es la cuestión que está en la base de toda la reflexión sobre la Constitución como norma jurídica. En las relaciones entre la sociedad civil y el Estado hay que tener presente que el Estado es necesariamente monopolio del ejercicio de la fuerza y es el «creador» del derecho en el ámbito en el que es soberano. Entre Estado y Derecho hay, pues, una relación de creador a criatura. Simultáneamente, la sociedad de la que el Estado nace se caracteriza por su tendencia a generalizar todas las relaciones sociales en la forma de relaciones jurídicas, a presentar, como diría Pashukanis, «la sociedad en su conjunto como una cadena ininterrumpida de relaciones jurídicas» (*Teoría general del Derecho y marxismo*, Madrid, 1976, pág. 73), y a intentar someter, en consecuencia, el poder del Estado al control de formas jurídicas. De ahí que esta cuestión no pueda resolverse jamás de manera absoluta, sino que las únicas respuestas posibles sean cuantitativas. Se puede dar

Estado y el Derecho; es, como dice Burdeau, «el punto de intersección entre la política y el Derecho»<sup>14</sup>. Es el resultado de un compromiso entre las distintas fuerzas sociales políticamente operativas. Y de ahí que, una vez alcanzado, no se la pueda ni se quiera dejar, por lo general, a merced de cualquier cambio que pueda producirse en el futuro y se opte por introducir en el propio texto garantías de su permanencia en la forma de procedimientos de reforma.

Prácticamente desde los orígenes del constitucionalismo propiamente dicho esta concatenación de circunstancias condujo a introducir cláusulas de reforma en los textos constitucionales, lo cual ha conducido a su vez a que el tema de la reforma de la Constitución sea de los más añejos, de los temas con más solera dentro de la teoría y práctica constitucionales. Prácticamente desde que ha habido Constituciones, en el sentido estricto del término, ha habido cláusulas de reforma. Y también desde entonces el tema no ha dejado de estar presente en la teoría constitucional.

Ahora bien, precisamente por todo esto, por ser, por un lado, una institución que refleja el carácter singular de la Constitución como documento político y como norma jurídica, y por otro, por haberse planteado de manera casi ininterrumpida a lo largo de casi dos siglos, es por lo que es necesario intentar descubrir qué es lo que hay por debajo de la expresión «reforma de la Constitución» cada vez que de ella se habla<sup>15</sup>.

O dicho con otras palabras: la reforma de la Constitución, como ocurre, por lo demás, con casi cualquiera de los otros conceptos centrales del Derecho Constitucional, refleja de manera bastante fiel tanto las diversas tradiciones, a partir de las cuales se ha impuesto el Estado Constitucional, como los diversos momentos históricos de evolución del mismo. Y de ahí que resulte engañoso hablar de «reforma de la Constitución» en general, como si se tratara de una única institución, y que sea preferible, desde mi punto de vista, hablar de «reformas» en plural de la Constitución. Pues una es la «reforma» de la Constitución en la tradición americana y otra en la europea. Y dentro de esta última, una es la «reforma» en los momentos de ruptura con el Antiguo Régimen, otra en la Monarquía constitucional o Monarquía limitada y otra en el tránsito y posterior consolidación del Estado democrático. Y, por último, y éste es un tema al que aludo aquí, aunque no lo voy a desarrollar después, porque des-

un mayor o un menor control del poder del Estado mediante formas jurídicas. Pero es imposible ni juridificar al 100 por 100 el poder del Estado ni sustraerlo por completo del control de formas jurídicas. Hasta el momento, lo que se puede decir es que las «sociedades estatales» han ofrecido en la historia de la humanidad ejemplos tanto del mejor control del poder político por el derecho (democracias occidentales) como de la sustracción más brutal del poder político al control de formas jurídicas (dictaduras fascistas).

<sup>14</sup> George Burdeau, *Traité de Science Politique*, vol. III, París, 1950, pág. 171.

<sup>15</sup> En cierta medida es esto lo que está detrás de la reflexión de Bryce acerca de las constituciones flexibles y rígidas. En último extremo se trata de la utilización de conceptos constitucionales como reflejo del proceso de democratización del Estado en curso ya relativamente avanzado en el momento en que Bryce escribía. Esto es lo que le otorga valor todavía a su investigación, más que la propia clasificación hoy superada por la práctica constitucional. Sin embargo, las páginas dedicadas a la conexión entre constitucionalismo flexible y sociedad aristocrática continúan siendo de lo más útil para la comprensión de la estructura constitucional del siglo XIX en Europa en general y en Inglaterra en particular. James Bryce, «Flexible and Rigid Constitutions», en *Constitutions*, Aalen, 1980, págs. 81 y sigs.

bordaría ampliamente los límites que he fijado a mi trabajo, también es diferente la «reforma» en los países que han transitado hacia el Estado democrático actual, sin grandes rupturas, y otra la de aquellos países que, como España, han necesitado un período largo y contradictorio. Lo cual es lógico, ya que, como se verá en el curso de la exposición, la «reforma», en cuanto garantía jurídica, es un resultado tardío del proceso de democratización del Estado y únicamente puede alcanzar tal carácter y funcionar como tal garantía jurídica cuando el Estado democrático es algo que está por encima de toda discusión.

De ahí que esta primera parte del trabajo, en lugar de destinarla a tratar, como en principio podría parecer más lógico, del tema del poder constituyente y de los poderes constituidos, naturaleza del poder de revisión, etc., se vaya a dedicar a la reconstrucción del sentido de la institución hasta el momento presente. Pienso que un estudio de este tipo puede ser mucho más provechoso que el otro como introducción a los problemas que plantea el título X de nuestra Constitución.

## II. LA REFORMA DE LA CONSTITUCION EN LA TRADICION AMERICANA

Ciertamente, el punto de partida de cualquier estudio de la reforma de la Constitución del tipo al que se ha aludido en las páginas anteriores tiene que ser necesariamente los Estados Unidos de América.

Por varios motivos, entre los que serían de destacar los siguientes:

Ante todo, y siguiendo un criterio puramente cronológico, es evidente que los Estados Unidos de América han sido el primer país del mundo en el que se impuso una Constitución escrita y en la que expresamente se contemplaba cuál había de ser el procedimiento para introducir reformas en su texto<sup>16</sup>. En consecuencia, parece lógico que sea dicho país y su experiencia en este tema la que haya de ser estudiada previamente a todas las demás.

Pero no es únicamente este motivo, aun siendo de peso, el único, ni siquiera el más importante, para tomar a los Estados Unidos como punto de arranque de la investigación. Al menos, desde mi punto de vista, los dos decisivos son los siguientes:

En primer lugar, el hecho de que la cláusula de reforma de la Constitución federal americana se presenta como la culminación, como la traducción jurídica de una idea específicamente americana, que no se había planteado con anterioridad en el continente europeo. Como ha dicho un buen conocedor del tema, «como tercer componente digno de ser resaltado en la génesis de la Constitución en América del Norte hay que citar la afirmación del poder de reforma de la Constitución o *amending power*. El desarrollo de un procedimiento propio previsto en la Constitución para su reforma, tan evidente en nuestros días, representaba, a finales del siglo XVIII, una novedad sorprendente, para la que apenas si existían precedentes, a lo sumo en las construcciones constitucionales de William Penn, en Pensilvania, de finales del siglo XVII. La

<sup>16</sup> Como es sabido, el Artículo V de la Constitución Federal Americana está dedicado a regular el procedimiento de reforma de la misma.

idea de Constitución tradicional en Europa (incluida Inglaterra) de comienzos de la Edad Moderna descansaba todavía en la doctrina aristotélica de las formas de Estado y su sustitución violenta (μεταβολή πολιτεῶν), en las reformas de la Constitución como *mutationes* (subrayado en el original) en forma de ruptura o (desde 1689) eran concebidas como «revoluciones». A esta tradición aristotélica, en los siglos XVI y XVII, se incorpora la teoría del derecho de resistencia del pueblo, cuya utilización en la lucha contra el dominio tiránico podía llevar consigo cambios en la Constitución. Pero reformas en la Constitución de manera pacífica, sin aplicación de la violencia, con ayuda de un procedimiento regulado, era algo nuevo»<sup>17</sup>.

Y en segundo lugar, porque en la experiencia americana se produce una adecuación casi perfecta o, en cualquier caso, mucho más perfecta que en cualquier otra, entre el curso de los acontecimientos históricos y la lógica de la institución que estamos estudiando. La cadena ininterrumpida de razonamientos lógicos que va de la afirmación del poder constituyente del pueblo, pasando por la superioridad de la Constitución sobre los poderes constituidos, a la introducción de cláusulas de reforma que hacen a dicha Constitución intocable para dichos poderes constituidos, actuando de forma ordinaria, se refleja de manera bastante fiel en el curso de los acontecimientos históricos que condujeron a la implantación de la Constitución federal americana<sup>18</sup>. Desde este punto de vista podríamos decir que los Estados Unidos de América constituyen un laboratorio privilegiado para el estudio del tema de la reforma de la constitución, como, en general, para todos los temas de Derecho constitucional. Sin temor a exagerar, se podría decir que, si Marx en *El Capital* afirmaba que había tomado como ejemplo histórico para ilustrar los diferentes pasos teóricos a Inglaterra, no en cuanto tal formación social, sino en cuanto «modelo», en cuanto que era el país donde el modo de producción capitalista se había impuesto de forma más completa, lo mismo cabría decir de los Estados Unidos de América por lo que a los temas de Derecho Constitucional se refiere<sup>19</sup>. El Derecho constitucional democrático, los problemas que plantea la organización jurídica de un Estado democrático se reflejan en la experiencia americana casi desde sus orígenes y con una nitidez con la que sólo mucho más tarde aparecerán en el continente europeo<sup>20</sup>.

Así pues, tanto desde un punto de vista cronológico como por razones es-

<sup>17</sup> Gerald Stourz, *Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit: Zum Problem der Verfassungswidrigkeit im 18. Jahrhundert*, Graz, 1974, pág. 19.

<sup>18</sup> En el proceso de descolonización, en la lucha contra la metrópolis, se va gestando paso a paso la teoría político-constitucional que culminaría en la Constitución federal. Véase Edmund S. Morgan (ed.), «Prologue to Revolution», en *Sources and Document on the Stamp Act Crisis, 1764-1766*, Chapel Hill, 1959.

<sup>19</sup> Este es el sentido en el que, en cierta medida, toma Alexis de Tocqueville a los Estados Unidos, como ejemplo para Europa. En esta última, al haberse suprimido la estructura social del Antiguo Régimen, el poder no puede ser controlado por «privilegios», sino que tiene que serlo por el «derecho». En consecuencia, la transformación de las cuestiones políticas en cuestiones jurídicas, sobre las que pueda pronunciarse en última instancia el poder judicial, es una cuestión clave para la afirmación del Estado de Derecho. Y en esto América va muy por delante de Europa. Véase Alexis de Tocqueville, «De la Démocratie en Amérique», en *Oeuvres Complètes* (ed. J. P. Mayer, t. I, París, 1979, págs. 99 y sigs.

<sup>20</sup> En este sentido se podría aceptar la vinculación entre democracia y constitución que postula García de Enterría. Véase *La Constitución como norma jurídica*, Madrid, 1981.

strictamente teóricas, iniciar el estudio de la reforma de la Constitución en la tradición americana parece obligado.

\* \* \*

Ahora bien, ¿qué es lo que aporta la experiencia de los Estados Unidos de América por lo que a la institución de la reforma se refiere?; ¿en qué medida dicha experiencia, constituida a partir de un texto de finales del siglo XVIII, puede ser relevante para nosotros hoy?

En principio, pienso que se puede calificar a la experiencia americana en este terreno de paradójica y hasta cierto punto contradictoria. Al menos aparentemente. Pues, por un lado, fueron los Estados Unidos, como ya se ha dicho, los que introdujeron la técnica de la reforma como instrumento democrático de protección de la supremacía de la Constitución sobre los poderes constituidos. Y de manera además plenamente consciente, ya que, como diría Iredell, «una manera acorde con la Constitución para reformar la Constitución no se ha conocido jamás antes»<sup>21</sup>. Por otro, sin embargo, la utilización de la institución en la práctica ha sido muy escasa, relegándola como instrumento de adaptación de la Constitución a la evolución histórica a un muy segundo plano<sup>22</sup>.

Dicho con otras palabras: la reforma de la Constitución juega un papel importante en los Estados Unidos de América en el proceso de imposición del Estado constitucional, más como instrumento de institucionalización del poder constituyente originario del pueblo y de la supremacía de la Constitución como norma jurídica que como institución realmente operativa para lo que originalmente se pensaba que debía servir: para adaptar la Constitución a la marcha de los acontecimientos históricos. Es decir, la reforma es operativa más como idea que como institución. Hasta que queda recogida en el texto constitucional, es sumamente importante. A partir del momento en que está inserta en él, va perdiendo importancia.

¿Por qué es esto así? Aquí confluyen ciertos acontecimientos históricos con algo que va más allá de la relatividad histórica, y que constituye, en mi opinión, algo esencial de la organización jurídica del Estado constitucional democrático.

Pero vayamos por partes. Primero, los condicionamientos históricos.

Suele ser frecuente, al constatar la diferente trayectoria constitucional de los Estados Unidos de América y de Europa, hacer referencia al hecho de que, mientras el constitucionalismo europeo está marcado en sus orígenes y evolución posterior por la Monarquía Absoluta, a la que se enfrenta y con la que tiene necesariamente que romper, en los Estados Unidos de América no ocurre nada de esto. El constitucionalismo americano no tiene que liberarse de entra-

<sup>21</sup> Jonathan Elliot (ed.), *The Debates in the Several State Conventions, on the Adoption of the Federal Constitution*, t. 4, Washington, D. C., 1954, pág. 130.

<sup>22</sup> Si exceptuamos las diez primeras enmiendas que ya en el año 1791 pasaron a formar parte de la Constitución, resulta una media de casi trece años por cada enmienda a la Constitución.

da de las ataduras de una forma política anterior con vigencia secular, como ocurría en Europa<sup>23</sup>.

No suele serlo tanto, sin embargo, llamar la atención sobre el hecho de que los Estados Unidos sí tienen que atravesar un proceso de liberación colonial no frente a cualquier tipo de sociedad, sino frente a la única que en ese momento había consumado su «revolución burguesa»<sup>24</sup>.

Esta doble circunstancia va a conducir, por un lado, a que el constitucionalismo de los Estados Unidos no tenga que superar los obstáculos, los residuos del modo de producción anterior y de su forma de organización política, que tanto peso tuvieron en la génesis y evolución del constitucionalismo europeo incluso hasta nuestros días<sup>25</sup>. Y por otro, a que los problemas que se plantean de entrada y los peligros a los que la organización constitucional ha de hacer frente sean los problemas de una sociedad moderna, capitalista, y los de su forma de organización del poder político, del Estado.

*El Federalista* refleja de manera bastante fiel este hecho diferencial americano, sobre todo cuando se lo compara con las obras de los autores europeos que asisten al proceso de imposición del Estado en el continente. En ningún momento se plantea el tema de cómo vencer las resistencias internas para constituir un poder único<sup>26</sup>, sino cómo federar repúblicas independientes<sup>27</sup>; frente a la preocupación europea por consolidar el monopolio del ejercicio de la fuerza en el Estado y la simple búsqueda de soluciones «mecánicas», tipo división de poderes<sup>28</sup>, para hacer frente al uso despótico del mismo, los americanos se plantean ya a finales del siglo XVIII el problema clave de la democracia de cómo proteger a las minorías contra las mayorías, de cómo impedir

<sup>23</sup> El planteamiento del constitucionalismo europeo del siglo XIX como un proceso de liberación de la sociedad civil de los obstáculos que para su pleno desarrollo suponía el Antiguo Régimen, tan visible, por ejemplo, en los «Dictámenes de presentación de nuestras Constituciones de 1837 y 1869» (*Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, vol. I, Madrid, 1969, págs. 317-325 y 515-521), no es rastreable en ningún momento en los EE. UU.

<sup>24</sup> El concepto de revolución burguesa se utiliza en el sentido que ya es habitual en la historiografía reciente, como proceso a través del cual se impone el capital como relación social de producción dominante. Para Inglaterra, véase Christopher Hill, *The Century of Revolution, 1603-1714*, Nueva York, 1966, en especial la Introducción, en la que contrapone de manera gráfica insuperable el cambio absoluto que supone la revolución burguesa, págs. 1-5.

<sup>25</sup> La Jefatura del Estado sería desde este punto de vista la institución más significativa. Sobre el tema, O. Kimminich, «Das Staatsoberhaupt in der parlamentarischen Demokratie», en *VVDStRL*, Heft 25, Berlín, 1967.

<sup>26</sup> Como es sabido, éste es el problema central de la teoría hobbesiana y roussoniana, por sólo citar los dos ejemplos más significativos, aunque en modo alguno únicos. El poder del Estado debe ser absoluto en su origen (Hobbes, *Leviathan, English Works*, t. III, Aalen, 1966, págs. 153 y sigs., y J. J. Rousseau, *Du Contrat Social*, edición de Vaughan, *The Political Writings of J. J. Rousseau*, Nueva York, 1962, vol. 2, pág. 33) y lo que es tan importante en su ejercicio. De ahí la condena de los partidos definidos como «factions for government» (Hobbes, *op. cit.*, pág. 224) o «pandillas y asociaciones parciales a expensas de la total» (Rousseau, *op. cit.*, págs. 42-43).

<sup>27</sup> *El Federalista*, México, 1974. Aunque el tema es abordado prácticamente en todos los artículos, el examen del problema, desde el punto de vista general, se efectúa en los veinticinco primeros.

<sup>28</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Madrid, 1972, págs. 151 y sigs.



el dominio tiránico de los más sobre los menos<sup>29</sup>; la consideración del Estado como expresión política de la sociedad y la necesidad de articular ésta a través de partidos políticos<sup>30</sup>, etc.

Pero esto nos llevaría demasiado lejos. Lo que me interesa resaltar es que, a nivel constitucional, esta singularidad se traducirá en una congruencia sorprendente, sobre todo desde la perspectiva europea, entre el desarrollo histórico y el desarrollo lógico de las instituciones constitucionales. Tanto la afirmación del poder constituyente del pueblo como distinto y superior a los poderes constituidos y, en especial, al poder legislativo<sup>31</sup>, la existencia de una Constitución escrita en un texto cerrado que expresa esa diferenciación<sup>32</sup>, como la institucionalización del poder constituyente a través del poder de reforma<sup>33</sup>, son buena prueba de ello<sup>34</sup>.

Y sobre todo me interesa llamar la atención sobre el hecho de que la institución más característica del sistema constitucional americano, que es además, como se verá a lo largo de la exposición, la que tiene más relevancia para la investigación que aquí se hace —me refiero obviamente al control de constitucionalidad de la ley—, debe muchísimo a esa doble singularidad histórica a la que acabo de referirme. Como ha sido puesto de manifiesto de manera especialmente contundente por la investigación en la materia, la decisión del juez Marshall sí, por un lado, se puede considerar como el punto de partida de la institución del control de constitucionalidad de la ley, por el otro puede ser considerada como el punto de llegada de un largo proceso que se abre con la Revolución Gloriosa de 1688. La decisión del juez Marshall estuvo preparada por acontecimientos políticos ocurridos en la metrópolis, así como por varias otras decisiones judiciales en las colonias, sin las cuales difícilmente se hubiera podido producir.

Los pasos son conocidos:

- 1.º Revolución Gloriosa de 1688-89, que, desde el punto de vista que aquí interesa, presenta la característica de la inculpación de un gobernante a través de la utilización de una construcción conceptual constitucional: James II es responsable de la violación de la Constitución (así, en singular), y frente a tal violación es legítimo el uso del derecho de resistencia<sup>35</sup>;

<sup>29</sup> *El Federalista*, núm. 51, pág. 222, en particular. Este tema sólo se planteará en Europa tras la Revolución francesa. Véase Benjamín Constant, *De la liberté chez les modernes*, escritos editados por Marcel Gauchet, París, 1980, págs. 269 y sigs.

<sup>30</sup> *El Federalista*, núm. 10, págs. 35 y sigs.

<sup>31</sup> Oscar y Mary F. Handlin, *The Popular Sources of Political Authority. Documents of the Massachusetts Constitution of 1780*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1966.

<sup>32</sup> Benjamin F. Wright, «The Early History of Written Constitution in America», en *Essays in History of Political Theory in Honor of Charles H. McIlwain*, Cambridge, Mass., 1936, págs. 344-371.

<sup>33</sup> G. Stourzh, *op. cit.*, pág. 19.

<sup>34</sup> En el continente europeo, desde un punto de vista histórico, también se da esa concatenación, pero, como se verá más adelante, el desarrollo histórico la modificará sensiblemente.

<sup>35</sup> G. Stourzh, *op. cit.*, pág. 7.

- 2.º Pero ¿qué ocurre si la violación de la Constitución, en lugar de proceder de un monarca hereditario, procede de la propia representación de los ciudadanos, es decir, de la Cámara de los Comunes? Este es el tema que se plantearía en dos importantes conflictos constitucionales en los primeros años del siglo XVIII: la petición de la ciudad de Kent y el Septennial Bill, que darían lugar a una literatura política abundante, en la que el tema de la anticonstitucionalidad de los actos del poder legislativo se planteó de manera abierta, aunque conceptualmente poco rigurosa<sup>36</sup>;
- 3.º A partir de aquí el problema ya no se volverá a plantear en la metrópolis, sino que estos acontecimientos resonarán en las colonias, donde además las conclusiones teóricas a las que ellos habían dado lugar serían llevadas hasta sus últimas consecuencias. En efecto, en las colonias americanas, la cuestión de la supremacía de la Constitución sobre los poderes constituidos, incluido el poder legislativo, y la consiguiente posibilidad de declarar nulos los actos del legislador contrarios a la Constitución se planteará, en primer lugar, contra el legislador inglés<sup>37</sup>, y en segundo, contra los propios legisladores de los Estados<sup>38</sup>. En este proceso se va afirmando claramente la idea de la superioridad de la Constitución sobre la ley y de que es al poder judicial al que corresponde garantizar dicha superioridad mediante la correspondiente declaración de inconstitucionalidad<sup>39</sup>.

Es desde esta perspectiva, con este *background* histórico, como se entiende perfectamente la decisión del juez Marshall en el muy conocido caso de *Marbury v. Madison*<sup>40</sup>. La institución del control de constitucionalidad de la ley, tan revolucionaria e incluso impensable en Europa por motivos estrictamente históricos<sup>41</sup>, fue introducida por motivos de este tipo básicamente en el derecho constitucional americano.

En cualquier caso, lo que me interesa resaltar es que una vez introducido el control de constitucionalidad de la ley a través del poder judicial, es decir, una vez que esta garantía de la Constitución es operativa, la reforma de la Constitución en cuanto instrumento de adaptación del texto a la realidad pierde gran parte de su significado. El desarrollo de la Constitución no se hará tanto por vía de reforma como por vía de interpretación. En la práctica, es ésta la que ocupa el lugar y cumple la función que inicialmente se había pensado para aquélla.

Se podría pensar que tal vez esto ha sucedido así porque el mecanismo de reforma previsto por el constituyente americano era tan costoso y difícil de

<sup>36</sup> G. Stourzh, *op. cit.*, págs. 9-14.

<sup>37</sup> G. Stourzh, *op. cit.*, pág. 17.

<sup>38</sup> G. Stourzh, *op. cit.*, págs. 20 y sigs.

<sup>39</sup> G. Stourzh, *op. cit.*, pág. 24.

<sup>40</sup> Lockhart, Kamisar, Choper: *Constitutional Law: Cases-Comment Questions*, 3.ª ed., St. Paul, 1970, págs. 1 y sigs.

<sup>41</sup> Esta cuestión se analiza más adelante, en particular en el capítulo dedicado a la reforma bajo la Monarquía constitucional, en el que se pone de manifiesto cómo, por la estructura constitucional de ésta, sólo es posible una «garantía política», pero no «jurídica» de la Constitución.

transitar, que hubiera sido imposible utilizarlo para adaptar el texto a la realidad cambiante. Y no hay duda de que en parte es así, como prueba el hecho, por una parte, de que de las cuatro vías previstas en el artículo V de la Constitución Federal, dos estén todavía inéditas, una haya sido utilizada una sola vez y sólo una haya sido utilizada regularmente, y por otra, el que incluso la vía de reforma que se ha utilizado generalmente y, por tanto, la más fácil, ha supuesto un consumo de tiempo tan amplio para la aprobación de las respectivas enmiendas, que se ha considerado oportuno limitar el tiempo desde que se inicia el proceso de reforma hasta que culmina<sup>42</sup>. En este sentido, John Hart Ely ha ironizado recientemente sobre el hecho de que, dadas las dificultades que se interponen en el camino de la reforma de la Constitución en los Estados Unidos de América, cualquier enmienda, «en la medida en que representa la 'voz del pueblo', representa la voz del pueblo que está muerto desde hace un siglo o dos»<sup>43</sup>, es decir, que la reforma de la Constitución, más que un instrumento de adaptación del texto a la realidad, es un instrumento de reconocimiento retardado de progresos que ya se han producido en la práctica<sup>44</sup>.

Esta tesis ya la formuló Edward S. Corwin en su clásico libro *The Constitution and What It Means Today*, en los términos siguientes: «Chief Justice Marshall characterized the Constitution-amending machinery as 'unwieldy and cumbersome'. Undoubtedly it is, and the fact has had an important influence upon our institutions. Especially has it favoured the growth of judicial review, since it has forced us to rely on the Court to keep the Constitution adapted to changing conditions»<sup>45</sup>.

Sin embargo, yo tengo la impresión de que esta versión del no hay mal que por bien no venga no refleja adecuadamente el curso de los acontecimientos. Pienso que sería más exacto plantear la cuestión en los términos inversos: ha sido el hecho de que hubiera un control de constitucionalidad de la ley a través del poder judicial lo que ha posibilitado colocar en un muy segundo plano el tema de la reforma de la Constitución, sin darle mayor importancia a las dificultades que el artículo V plantea. Más aún, si se tiene en cuenta el propio carácter antidemocrático del procedimiento de reforma, que el mismo Corwin señalaba con absoluta precisión: «What is more the machinery is, prima facie at least, highly undemocratic. A proposed amendment can be added to the Constitution by 38 States containing considerably less than half of the population of the country, or can be defeated by 13 States containing less than onetwentieth of the population of the country»<sup>46</sup>. Si, a pesar de ello, el mecanismo de reforma no ha sido puesto en cuestión, el mérito tiene que estar en otra parte. Dicho con otras palabras: no ha sido el artículo V lo que ha conducido al desarrollo de la Constitución por la vía de la interpretación judicial,

<sup>42</sup> El tema aparece por primera vez a propósito de la enmienda 18 (Prohibition), cuando el Congreso fijó un plazo de siete años para la ratificación de la enmienda.

<sup>43</sup> John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Mass., 1980, pág. 11.

<sup>44</sup> En realidad, ésta era la función ideal que se le asignaba a la reforma por parte de la teoría liberal. Véase B. Constant, *op. cit.*, págs. 265-266.

<sup>45</sup> Edward S. Corwin, *The Constitution and What it Means Today*, Nueva Jersey, 1978, págs. 270-271.

<sup>46</sup> Edward S. Corwin, *op. cit.*, pág. 271.

sino que ha sido la afirmación de la interpretación judicial la que ha minimizado en la práctica las dificultades del artículo V.

En cualquier caso, lo que está claro es que el tema de la reforma de la Constitución, una vez que la Constitución Federal estuvo en vigor, ha sido un tema prácticamente relegado a un no segundo, sino quinto o sexto plano en el Derecho constitucional americano. Prácticamente es un tema sin importancia, al que apenas si se le presta atención, limitándose los manuales a describir los diferentes mecanismos de reforma de la Constitución previstos en el artículo V y a consignar estadísticamente el uso que se ha hecho de los mismos y poco más. En el libro de Corwin que antes citaba, el comentario del artículo V apenas si ocupa cuatro páginas, en tanto que cualquiera de los otros ocupa casi un centenar <sup>47</sup>.

Asimismo, apenas si ha habido alguna polémica en torno al tema de la reforma de la Constitución en cuanto tal institución, al margen hasta cierto punto de su regulación concreta en la Constitución Federal, como ha ocurrido abundantemente en el continente europeo. La única que yo conozco es la que enfrentó en 1920 a William L. Marbury y Frierson a propósito de los «Límites del poder de reforma», con ocasión de la enmienda sobre la prohibición del alcohol. La polémica, por lo demás, se redujo a dos artículos publicados en la *Harvard Law Review* <sup>48</sup>. Los temas en discusión consistían esencialmente en la posibilidad o no de declarar anticonstitucionales determinadas enmiendas, que hubieran sido aceptadas por alguno de los procedimientos previstos en el artículo V. Mientras que Marbury afirmaba expresamente que sí podían y debían ser declaradas anticonstitucionales determinadas enmiendas, en especial en la medida en que sustrajeran determinadas competencias a los Estados miembros, poniendo en peligro la estructura federal de los Estados Unidos <sup>49</sup>, Frierson argumentaba lo contrario, basándose en los dos siguientes puntos: 1.º, que no había más límites a la reforma de la Constitución que los que el constituyente había fijado, bien temporales, bien en la práctica, al exigir el acuerdo de todos y cada uno de los Estados miembros para modificar la composición del Senado; que, por lo tanto, si el constituyente hubiera querido introducir otro límite, lo hubiera hecho, y que, al no haberlo introducido, el poder de reforma era ilimitado; 2.º, que, evidentemente, el poder de reforma está pensado para mejorar y no para destruir la Constitución, pero que para eso se imponían condiciones muy difíciles en el artículo V y que no era posible ir más allá <sup>50</sup>. Ni antes ni después el tema ha despertado particular interés entre los estudiosos del Derecho constitucional en los Estados Unidos.

Lo que sí se han planteado han sido algunas cuestiones concretas, puntuales, como se dice hoy, acerca del procedimiento de reforma que se ha utilizado por lo general en la práctica constitucional americana, como, por ejemplo, la limitación de tiempo que tiene que transcurrir entre la proposición de una

<sup>47</sup> El del artículo I comprende de la pág. 5 a la 148; el del II, de la 148 a la 204, etc.

<sup>48</sup> William L. Marbury, «The Limitations upon the Amending Power», en *HLR*, vol. XXXIII (1919-1920), págs. 223-235; Frierson, *Amending the Constitution of the United States: A Reply to Mr. Marbury*, págs. 659-666.

<sup>49</sup> Marbury, *op. cit.*, pág. 234.

<sup>50</sup> Frierson, *op. cit.*, pág. 664.

enmienda y su aceptación<sup>51</sup>; la posibilidad de que el Congreso, una vez que ha fijado un período de tiempo, pueda ampliarlo o no<sup>52</sup>; la mayoría que se exige para adoptar esta decisión, si dos tercios o mayoría simple<sup>53</sup>; la participación del presidente en el proceso de reforma<sup>54</sup>; la posibilidad de que un Estado retire su previa ratificación a una enmienda<sup>55</sup>, o la posibilidad de controlar las decisiones del Congreso en este terreno por el poder judicial<sup>56</sup>.

Pero planteamientos acerca del sentido y de la función de la institución en el Estado constitucional democrático, insisto, no se han dado en los Estados Unidos. El sentido y la función de la reforma se presentan en cierta medida como algo evidente, sobre lo que no es necesario detenerse, como ocurre por lo demás con otros temas, que también han hecho correr en Europa ríos de tinta y sobre los cuales apenas si ha habido debate en los Estados Unidos. Piénsese en el tema de la soberanía o en el del poder constituyente<sup>57</sup>. La reforma es una garantía de la Constitución, garantía extraordinaria, a la que se recurre cuando la garantía ordinaria, la justicia constitucional, no alcanza a resolver el problema. Y nada más.

Ahora bien, lo que me interesa resaltar, para poner fin a esta parte del trabajo, es que este proceso de sustitución de la reforma por la interpretación como instrumento de adaptación de la Constitución a la realidad en la que ha de aplicarse no es algo casual, sino que responde a la propia naturaleza del poder político estatal.

En otro lugar<sup>58</sup> he insistido en que el Estado, en cuanto forma histórica de organización del poder político, se diferencia por completo de todas las demás que han existido con anterioridad, y que los problemas metodológicos y sustantivos que se plantean a la teoría política con su implantación cambian de manera sustancial. Lo que quiero añadir ahora es que el Estado también se diferencia netamente de las demás formas de organización del poder por lo que a las relaciones entre la política y el Derecho hace referencia.

En las formas políticas preestatales, el elemento jurídico aparece como un elemento constituyente, como un elemento determinante del poder político. No existe, en principio, separación entre la política y el Derecho, sino más bien coincidencia inmediata. Dicho con otras palabras, el poder político no es más que la suma de determinados derechos o, mejor dicho, de determinadas situa-

<sup>51</sup> Véase nota 42. El Congreso fijó plazo de ratificación al texto de las enmiendas 18, 20, 21 y 22.

<sup>52</sup> *Equal Rights Amendment Extension: Hearings on H. J. Res. 638 Before the Subcomm. on Civil and Constitutional Rights of the House Comm. on the Judiciary, 95th. Cong., 1st. and 2d. Sess.*, págs. 68 y 83.

<sup>53</sup> Ruth Bader Ginsburg «Ratification of the Equal Rights Amendment: A Question of Time», en *Texas Law Review*, vol. 57 (1979) págs. 919-945.

<sup>54</sup> Black, «On the Article I, Section 7, Clause 3- and the Amendment of the Constitution», en *Yale L. J.*, vol. 87 (1978), pág. 896.

<sup>55</sup> Ginsburg, *op. cit.*, pág. 937.

<sup>56</sup> Henkin, «Is There a "Political Question", Doctrine?», en *Yale L. J.*, vol. 85 (1976), pág. 597.

<sup>57</sup> La simplicidad con que está resuelto el tema en la Constitución americana: «Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos...», contrasta con las dificultades que ha encontrado la tesis de la soberanía popular y del poder constituyente en el continente europeo. Sobre el tema se vuelve más adelante.

<sup>58</sup> J. P. Royo, *Introducción a la teoría del Estado*, Barcelona, 1980.

ciones jurídicas particulares, de determinados «privilegios»<sup>59</sup>. Esto aparece con bastante claridad en la obra de casi todos los clásicos de la teoría política preestatal. En el propio concepto de ciudad en sentido estricto y en el análisis de la virtud del ciudadano que hace Aristóteles en la *Política*<sup>60</sup>; en la exposición de la soberanía de Bodino<sup>61</sup>, o en la exposición de la Monarquía absoluta de Loyseau<sup>62</sup> o Richelieu<sup>63</sup>. A mediados del siglo pasado, Gerber lo diría con toda precisión, al intentar deslindar el Derecho público moderno, el Derecho del Estado de los planteamientos preestatales en la materia. Y diría: «Si se quiere decir la verdad, entonces hay que reconocer que la mayor parte de los territorios no constituían en modo alguno Estados auténticos, que para la mayoría de estos últimos sólo parece apropiada aquella organización que hoy día se suele llamar la del Estado de Derecho privado o Estado patrimonial. En sentido estricto, no se trata de un Estado, sino de una suma de prerrogativas históricas tradicionales con conformación externa similar a la que se obtiene en el Derecho privado, la cual debería ocupar el lugar del Estado. El carácter general de estas situaciones consistía en la transformación de todas las relaciones jurídicas referentes a la vida total de un pueblo en relaciones jurídicas entre individuos y, concretamente, a través de las mismas formas jurídicas en las cuales se presentan los derechos de los individuos como personas privadas. El derecho a gobernar se presenta como el Derecho privado consuetudinario de un individuo, cuyo ámbito está delimitado a su vez por límites jurídico-privados y cuyos medios proceden en gran medida del patrimonio privado del príncipe»<sup>64</sup>.

Por el contrario, el problema se plantea en términos completamente diferentes con la imposición del Estado.

El Estado se caracteriza ante todo por la concentración y monopolización del poder político en una única instancia, por ser una forma política que no admite la existencia de competidores, la existencia de intermediarios entre el ciudadano y el Estado.

Ahora bien, para que exista el Estado en cuanto forma política es absolutamente necesario que todos los individuos tengan el mismo *status* jurídico formal, que no existan relaciones de *supra* y subordinación política entre ellos, pues, de ser así, al Estado le sería imposible tener el monopolio del poder político.

El poder del Estado no puede ser, por lo tanto, la suma de situaciones jurídicas particulares, ya que éstas no existen, ya que el proceso de imposición

<sup>59</sup> Sobre la distinción entre «derecho» y «privilegio» como dos principios diferentes y opuestos de constitución de las relaciones entre los individuos, véase B. Clavero, «Derecho y privilegio», en *Materiales*, núm. 3, 1978.

<sup>60</sup> Aristóteles, *Política*, La Habana, 1968, págs. 425 y 430.

<sup>61</sup> Bodin, *Les Six Livres de la Republique*, Aalen, 1966, págs. 222 y sigs.

<sup>62</sup> *Traité du droit des offices; Traité des ordres et simples dignitez par Charles Loyseau, parisien, 1608; Traité de seigneuries par Charles Loyseau, parisien, 1620*. En especial la descripción del «tercer Estado» como una forma de expresarse y no como un «Estado» propiamente dicho, ya que en su seno coexisten individuos capaces de ocupar oficios públicos y de tener dignidad con aquellos que sólo son capaces de ocupar «oficios serviles» (*Traité des ordres*, págs. 129 y 137).

<sup>63</sup> Richelieu, *Testament Politique*, pág. 156.

<sup>64</sup> C. F. Gerber, *Über öffentliche Rechte*, Tübingen, 1913, pág. 3.

del Estado es el proceso de supresión de la desigualdad jurídica, de los privilegios, sino que tiene que ser necesariamente el resultado, la síntesis de las relaciones que mantienen los individuos en la sociedad civil.

El elemento jurídico no interviene, pues, de manera constituyente en el poder político estatal. El Derecho sólo puede encauzar, pero no determinar, el contenido del poder político estatal. Dicho con otras palabras: el Derecho interviene como canalizador de la actuación de un poder político constituido al margen de él<sup>65</sup>.

Pienso que, para hacer más visible esta separación del Estado de las formas políticas previas, se podría recurrir a la distinción que introdujo Montesquieu entre la naturaleza y el principio de los gobiernos en *El espíritu de las leyes*<sup>66</sup>. Como es sabido, Montesquieu definía a la «naturaleza» del gobierno como «aquello que le hace ser tal»<sup>67</sup>, en tanto que definía al «principio» como «aquello que lo mueve a actuar»<sup>68</sup>. Con esta distinción, a la que él atribuía «suma importancia», diciendo incluso en nota a pie de página que de ella sacarían «muchas consecuencias, pues es la clave de infinidad de leyes»<sup>69</sup>, Montesquieu lo que venía era a poner el acento en lo que diferencia a las formas políticas preestatales, y concretamente a la Monarquía absoluta, que eran en buena medida formas políticas en las que predominaba la «naturaleza», es decir, la enumeración y fijación *a priori* de situaciones jurídicas particulares, de privilegios, del Estado propiamente dicho, que es una forma política carente casi por completo de «naturaleza» y consistente casi exclusivamente en «principio».

Precisamente por eso es por lo que, frente a la extraordinaria complicación institucional del Antiguo Régimen<sup>70</sup>, la Constitución del Estado se distinga, precisamente por su simplicidad, por su sencillez. La Constitución del Estado es casi exclusivamente la fijación de un cauce, de un procedimiento a través del cual el Estado ha de manifestar su voluntad y ha de actuar en consecuencia. Este es el núcleo racional del concepto de «constitución material» de Kelsen<sup>71</sup>. Y la adaptación de ese cauce, de ese procedimiento a una realidad que cambia, y de manera constante, no puede hacerse, por lo general, por vía de reforma, sino únicamente por vía de interpretación, del tipo que sea, por un órgano judicial o por un órgano político<sup>72</sup>.

<sup>65</sup> Siempre se ha de tener en cuenta, sin embargo, el hecho al que se hacía referencia en la nota 12 de la Introducción, de la generalización de las relaciones sociales en la forma de relaciones jurídicas que se produce necesariamente en la sociedad civil, de la que surge el Estado. De ahí el carácter casi natural, casi espontáneo que adquieren buena parte de las normas jurídicas, en especial las de derecho privado. Véase I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten. Erster Teil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, pág. 48.

<sup>66</sup> *Del espíritu de las leyes*, Madrid, 1972.

<sup>67</sup> Montesquieu, *op. cit.*, pág. 63.

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> A ello se refería Gerber, cuando afirmaba que la literatura jurídico-pública del XVIII se tenía que limitar a ofrecer una «estadística» de las instituciones, pero no podía alcanzar la dignidad de «ciencia» (*op. cit.*, pág. 8).

<sup>71</sup> H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1925, págs. 248 y sigs.

<sup>72</sup> Al primer tipo podríamos adscribir el de aquellos países que han desarrollado una justicia constitucional, aun siendo conscientes de la importancia política y del carácter polí-

Le reforma de la Constitución es una institución que puede servir para corregir errores, para colmar lagunas que se han puesto de manifiesto en la práctica. En esta operación puede, y normalmente tiende, la reforma no sólo a adaptarse al presente, sino en cierta medida a prever el futuro. Pero esto sólo puede hacerlo la reforma en grandes ocasiones y, por lo tanto, de manera relativamente excepcional. Lo normal es que una vez que funciona un Estado democrático y que es posible constantemente reconducir la voluntad estatal a la mayoría social, donde no hay instancias ajenas a la sociedad civil que condicionen el proceso político, lo normal, digo, es que la reforma de la Constitución siga teniendo sentido como institución, en la medida en que preserva el compromiso subyacente al pacto constitucional de cualquier abuso por parte de una eventual mayoría parlamentaria, pero no puede tenerlo como instrumento de adaptación diaria y normal del texto constitucional a la realidad. Para ello es un medio demasiado poco ágil, independientemente de que se lo configure de forma no tan rígida como lo hace el artículo V de la Constitución federal americana. La reforma como garantía ordinaria de la Constitución no es congruente con el carácter del poder político estatal. La reforma tiene que dejar paso a la interpretación.

Esta, junto a la vinculación y juridificación de las dos garantías constitucionales por excelencia, la reforma y el control de constitucionalidad, es otra de las grandes aportaciones de los Estados Unidos al Derecho constitucional.

### III. LA REFORMA DE LA CONSTITUCION EN LA TRADICION EUROPEA

Completamente diferente a la tradición americana, que acabamos de analizar, es la tradición europea en el tema de la reforma de la Constitución.

Diferente, ante todo, por la complejidad de la cuestión. Frente a la concatenación de razonamientos de tipo lógico y de acontecimientos históricos que van a conducir en los Estados Unidos de América a afirmar la reforma de la Constitución como un instrumento de institucionalización del poder constituyente y a dejar con posterioridad el camino expedito para que sea la otra gran garantía del texto constitucional, el control de constitucionalidad de la ley, el vehículo de adaptación de la Constitución a la realidad, con lo que se consolida el carácter de norma jurídica de la Constitución, en Europa no va a ocurrir nada de esto. Cuando se estudia la reforma de la Constitución en el continente europeo, lo primero que llama la atención es el hecho de que es imposible encontrar una mínima coherencia entre los planteamientos de la institución en las diferentes fases de evolución del Estado constitucional. Ciertamente que el problema aparece siempre. En ningún momento deja de estar presente. Pero en ningún momento se presenta de la misma manera. Ni siquiera en los presupuestos políticos a partir de los cuales la institución se plantea.

tico que tiene el órgano encargado de desempeñar esa función. Sería el caso de los Estados Unidos, Alemania Federal, Austria o España. Al segundo tipo responderían los países europeos con más larga tradición democrática, empezando por Inglaterra.



Aunque tal vez sería más correcto decir, precisamente porque los presupuestos políticos de los que se parte en cada fase son diferentes.

Sea como sea, y esta cuestión es necesaria dejarla de lado, porque desbordaría el marco de la investigación, cuatro son, al menos, las fases que se pueden distinguir en el estudio de la reforma de la Constitución en el continente europeo, en cada una de las cuales, insisto, la institución cumple una función distinta y es pensada expresamente de manera diferente.

La primera es la que corresponde al constitucionalismo revolucionario, es decir, al constitucionalismo que se inicia a finales del siglo XVIII y que comprende experiencias breves, pero decisivas, en el terreno político y constitucional.

La segunda, por el contrario, es una experiencia considerablemente más dilatada en el tiempo, que se extiende a todo el período de vigencia de esa singular forma política que fue la Monarquía limitada o Monarquía constitucional, de tanta importancia en Europa.

La tercera corresponde al período de entreguerras, es decir, al constitucionalismo democrático en sus primeras manifestaciones e intentos de imposición como forma general de organización del poder en el continente europeo.

La cuarta y última cubriría la trayectoria de la institución tras la derrota de los fascismos europeos en la Segunda Guerra Mundial y el establecimiento de manera general y consolidada del Estado democrático en Europa.

A la reconstrucción de la institución de la reforma en cada una de estas fases van dedicadas las siguientes páginas.

Antes una observación. El esquema que acabo de trazar es eso, un esquema en el que, únicamente forzándolo más allá de lo razonable, se podría incluir de manera exhaustiva toda la experiencia histórica de los diferentes países europeos en la materia. Pienso que de todas maneras es un esquema útil y que se adapta de manera particularmente adecuada al constitucionalismo español, que, en último extremo, es el que aquí nos interesa más que ningún otro.

### 1. *La reforma en el constitucionalismo revolucionario*

Si a las Constituciones se las juzgara exclusivamente por su duración, es evidente que al constitucionalismo revolucionario no habría que prestarle mucha atención. Pero si se las considera desde otra perspectiva, la de su incidencia en la organización institucional del Estado, entonces la cosa es diferente. Pues lo que caracteriza a las Constituciones de este período es justamente el hecho de intentar reproducir institucionalmente la idea de organización política correspondiente al nuevo modelo de sociedad. Y en este sentido, el constitucionalismo revolucionario se proyecta de una manera u otra en toda la organización constitucional posterior. De ahí la atracción que el constitucionalismo de este período siempre ha tenido y que cualquier investigación constitucional tenga que arrancar de él.

Por lo que al tema de la reforma de la Constitución se refiere, hay que decir de entrada que hay similitudes y diferencias respecto a la tradición americana.

Las similitudes son formalmente mucho más numerosas.

Está, en primer lugar, la afirmación del poder constituyente como superior a los poderes constituidos y la intangibilidad de la Constitución para estos propios poderes constituidos. O para decirlo con palabras de Sieyés: «La nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma... Si queremos una idea justa de la serie de leyes positivas que no pueden emanar sino de su voluntad, vemos en primer término las leyes constitucionales... Estas leyes son llamadas fundamentales no en el sentido de que pueden hacerse independientemente de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen y actúan por ellas no pueden tocarlas. En cada parte, la Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente. Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación. Es en este sentido en el que las leyes constitucionales son fundamentales»<sup>73</sup>.

En segundo lugar, hay coincidencia en el planteamiento racionalista de la organización del poder político, así como también en la creencia de que se está intentando organizar por primera vez el poder político de una forma que realmente corresponde a la naturaleza del hombre<sup>74</sup>. Y, en consecuencia, se piensa que la obra constituyente tiene unas perspectivas de vigencia ilimitada, a la que simplemente habrá que introducir algunas reformas de detalle con el paso del tiempo. La liberación de la Constitución del Estado de circunstancias fortuitas o históricas y la construcción de la misma según puros principios racionales era un ideal para no pequeña parte de los constituyentes revolucionarios. De ahí la resistencia incluso a incluir cláusulas de reforma en la Constitución o a hacerlas extraordinariamente gravosas<sup>75</sup>.

Hay coincidencia, por último, en el propio carácter rígido de las Constituciones revolucionarias europeas y de la Constitución federal americana, aunque, como veremos en seguida, esta coincidencia es más aparente que real, es decir, se trata de una coincidencia puramente formal.

Se puede afirmar, pues, que hay coincidencia en lo que podríamos denominar planteamiento teórico o planteamiento abstracto del tema de la reforma de la Constitución. Dicho con otras palabras: desde el punto de vista de las ideas, no hay prácticamente diferencia entre el planteamiento europeo y el planteamiento en los Estados Unidos.

Sin embargo, no ocurre lo mismo desde el punto de vista de la práctica constitucional, donde las divergencias son muy superiores a las similitudes.

Fundamentalmente por la propia función que se le asigna a la institución de la reforma, que, mientras en los Estados Unidos es una función positiva, lo que supone convertir a la reforma en una auténtica garantía jurídica de la superioridad de la Constitución en cuanto norma a través de la técnica de las «enmiendas» al texto constitucional, en Europa es una función básicamente negativa, de impedir la enmienda, la reforma del texto constitucional, con lo

<sup>73</sup> Sieyés, *¿Qué es el «tercer Estado»?* Madrid, 1973, págs. 76-77.

<sup>74</sup> Esto resulta especialmente llamativo porque lo que distingue al Estado en cuanto forma de organización del poder político es que se afirma como un «ente artificial» frente al carácter «natural» de todas las formas anteriores de organización del poder. Véase Javier Pérez Royo, *op. cit.*, cap. 3.

<sup>75</sup> Hildesheimer, *Über die Revision moderner Staatsverfassungen*, Tübingen, 1918, páginas 6-7.

cuál no puede obviamente cumplir ese papel de garantía constitucional en sentido estricto.

Para comprobar esto basta comparar el mecanismo de reforma de la Constitución federal americana con los mecanismos previstos en dos de las Constituciones más características del período revolucionario, como fueron la francesa de 1791 y la española de 1812.

En el apartado anterior ya se hizo referencia a las técnicas de reforma de la Constitución previstas en el artículo V de la Constitución americana y al uso que se ha hecho de ellas. Aquí basta añadir que la Constitución americana contiene un mecanismo ciertamente complicado, pero un mecanismo que poder ser puesto en funcionamiento inmediatamente después de la entrada en vigor de la Constitución, y que ha sido utilizado después. En no demasiadas ocasiones es verdad, pero sí en las bastantes como para que se haya podido poner de manifiesto que es un mecanismo aplicable.

Las Constituciones europeas revolucionarias, por el contrario, preveían unos mecanismos de reforma absolutamente imposibles de poner en funcionamiento, no pensados para la eventual introducción de reformas, sino para hacerlas impracticables.

Así, por ejemplo, la Constitución francesa de 1791 distinguía entre reforma total (*changément*) y reforma parcial (*revision*), con la peculiaridad de que la reforma total se prevenía, pero no se organizaba constitucionalmente, con lo cual era como si no se la incluyera en la práctica <sup>76</sup>.

Por lo que se refiere a la segunda, la reforma parcial o revisión, definida como la «*réformation d'articles dont l'expérience aurait fait sentir les inconvénients*» (título VII, art. 1º), se articulaba de la forma siguiente:

- 1.º Tendría lugar la revisión cuando «*trois législatures consécutives émettaient un voeu uniforme pour le changément de quelque article constitutionnel*» (art. 2.º). Las dos legislaturas siguientes no podrían volver a tomar la iniciativa de una decisión semejante. Únicamente la tercera tendría derecho (art. 3.º). Además, según el artículo 4.º, las dos primeras de las tres legislaturas no podían expresar su decisión sino en los últimos meses de su última sesión, y la tercera, al final de su primera sesión anual o al comienzo de la segunda.
- 2.º Por otra parte, el rey, que no podía emitir una opinión de este tipo, no podía tampoco hacer valer su veto frente a estas decisiones de la Asamblea Legislativa (art. 4.º).
- 3.º Una vez regulada la iniciativa en estos términos, la Constitución precisaba la composición del órgano encargado de la revisión. Este sería una cuarta legislatura, elegida en condiciones ordinarias, pero con estas dos diferencias: primera, que no serían elegibles los miembros de la tercera legislatura, y segunda, que comprendería 249 diputados más elegidos en los departamentos en proporción a la población y que únicamente tomarían parte en la revisión constitucional (arts. 5.º y 6.º).

<sup>76</sup> Maurice Deslandres, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, t. I, París, 1932, págs. 126 y sigs.

- 4.º Por último, la competencia de esta asamblea sería una competencia limitada, debiendo respetar el edificio constitucional que iban a reformar. Así se disponía que los miembros de la Asamblea «après avoir prononcé tous ensemble le serment de vivre libres ou mourir», debían prestar además el juramento de «se borner à statuer sur les objets qui leur auront été soumis par le voeu des trois législatures précédentes» y «de maintenir de surplus, de tout leur pouvoir, la Constitution du royaume décrétée par l'Assemblée Nationale Constituante aux années 1789, 1790, 1791 et d'être en tout fidèles à la Nation, à la Loi et au Roi».

Como puede verse por la simple descripción, el camino era absolutamente intransitable.

Pero es que si además se acude a los debates de la Constituyente para obtener información sobre cuáles eran las ideas de los autores de la Constitución en este tema, se refuerza todavía más el carácter negativo, de desconfianza general con que conciben la institución de la reforma. Desconfianza frente al rey, lo cual era absolutamente lógico. Pero desconfianza no menor hacia el pueblo, hacia la nación, a quien se reconoce como principio el derecho a cambiar la Constitución e incluso a cambiar de Constitución<sup>77</sup>, pero a la que se hace todo lo posible por dejarla fuera a la hora de organizar la reforma<sup>78</sup>. En esto, la diferencia respecto a los Estados Unidos es patente.

De forma similar, los constituyentes españoles de 1812 dedicarán un título íntegro al tema de la reforma de la Constitución, en el que establecerán un mecanismo extraordinariamente complejo para introducir cambios en ella.

Los pasos eran los siguientes:

- 1.º Intangibilidad total de la Constitución por un plazo de ocho años después de que hubiera sido puesta en vigor en todas sus partes;
- 2.º Proposición de la reforma por escrito firmado por veinte diputados como mínimo;
- 3.º Triple lectura con intervalos de seis días, con deliberación y votación al final de la última sobre su admisión o no;
- 4.º Tramitación de la reforma como una ley ordinaria, con la doble peculiaridad de que la decisión ha de ser tomada por mayoría de dos tercios

<sup>77</sup> Chapelier: «El primero de los principios en esta materia es que la nación tiene el derecho de revisar, de perfeccionar su Constitución» (*Arch. Parl.*, t. XXX, pág. 35); Frochot: «Nosotros admitimos todos como atributos del poder nacional el derecho de modificar o de cambiar la Constitución» (*Arch. Parl.*, t. XXX, pág. 96).

<sup>78</sup> Frochot, después de haber declarado que la reforma de la Constitución es un «asunto del pueblo», añadía que era la Asamblea Legislativa la que tenía que expresar su voluntad, ya que «el cuerpo legislativo expresa la voluntad general», mientras que los «ciudadanos no expresan sino las voluntades particulares», para acabar diciendo que, en último término, se trataba de «garantizarle al pueblo la Constitución contra él mismo, contra el amor al cambio» (*Arch. Parl.*, t. XXX, p. 98). Barnave decía, en el mismo sentido, que atribuir la iniciativa de la revisión al pueblo sería «reemplazar el poder representativo, el más perfecto de los gobiernos, por aquello que hay en la naturaleza de más odioso, de más subversivo, de más perjudicial para el propio pueblo, el ejercicio inmediato de la soberanía, la democracia, que la experiencia ha demostrado que es el peor de los azotes» (*Arch. Parl.*, t. XXX, pág. 115).

- y de que el objeto de la decisión no es la aprobación de la reforma, sino la remisión de la misma a la siguiente Diputación general;
- 5.º Esta Diputación general, por mayoría de dos tercios, determinará si ha lugar el otorgamiento de los poderes especiales para hacer la reforma, así como también si es la diputación próximamente inmediata o la siguiente a ésta la que ha de traer los poderes especiales para aprobar la reforma;
  - 6.º Estos poderes especiales serán otorgados por las Juntas Electorales de provincia, incluyendo la cláusula siguiente: «Asimismo, les otorgan poder especial para hacer en la Constitución la reforma de que trata el decreto de las Cortes, cuyo tenor literal es el siguiente: (aquí el decreto literal). Todo con arreglo a lo prevenido por la propia Constitución. Y se obligan a reconocer y tener por constitucional lo que en su virtud establecieron»;
  - 7.º Por último, la reforma propuesta se discute de nuevo y se aprueba por mayoría de dos tercios.

Como puede verse, el mecanismo es costosísimo y difícilmente practicable. De ahí la perplejidad de los constituyentes de 1837, que, queriendo presentar su obra, por un lado, como reforma de la Constitución de 1812 y como legitimada por la existencia de ésta<sup>79</sup>, se encontraban, por otro, ante el obstáculo de que no podían cumplir con lo previsto en el título X<sup>80</sup>.

Una vez analizadas estas técnicas de reforma, la cuestión que se plantea de manera inmediata es la siguiente: ¿Por qué esos mecanismos tan costosos y tan difícil por no decir absolutamente impracticables?; ¿por qué esa desconfianza tan extraordinaria en la reforma de la Constitución?

La respuesta más adecuada pienso que es la siguiente: porque la reforma no está pensada como una institución jurídica<sup>81</sup>, como instrumento de afirmación de la superioridad de la Constitución sobre los poderes constituidos, sino como una institución pura y exclusivamente política. Lo que se pretende es defender el nuevo orden, que, a nivel institucional, consiste básicamente en la existencia de la representación de la nación en la forma de una Asamblea Legislativa frente al Antiguo Régimen, frente al monarca<sup>82</sup> y frente al desbordamiento del régimen representativo por la participación directa del pueblo<sup>83</sup>. Se

<sup>79</sup> «Dictamen de la Comisión de Constitución, proponiendo a las Cortes las bases de la reforma que cree debe hacerse en la Constitución de 1812, leído en la sesión del 30 de noviembre de 1836», en *Constituciones...*, vol. I, Madrid, 1969, págs. 307 y sigs.

<sup>80</sup> «Así es que, para que se tratase de su reforma, fijaron el plazo de ocho años; y si bien es verdad que en los que han pasado desde 1812 no ha estado constantemente puesta en práctica como exige al efecto el artículo 375, no lo es menos que las mismas vicisitudes por que ha pasado este Código en tan largo período han fijado de tal modo la atención de todos los hombres pensafres, que bien puede suplir su estudio a la observación y servir de guía para su reforma la opinión nacional, que por éste y otros medios se ha formado en los puntos más esenciales con admirable uniformidad» («Dictamen...», pág. 309).

<sup>81</sup> La dificultad de pensarla en esos términos se pone de manifiesto en Sieyès, *op. cit.*, págs. 79, 80, 81 y 83.

<sup>82</sup> Esto será una constante en el constitucionalismo del siglo XIX, sobre todo hasta la Revolución del 48.

<sup>83</sup> La defensa del sistema representativo frente a la posible competencia de formas de participación directa de la población es algo que se manifiesta desde los orígenes del Es-

trata de impedir bien la vuelta atrás, bien la huida hacia adelante. De ahí todas esas cláusulas, destinadas, como ha dicho Deslandres, a «limiter la revision —la rendre comme impossible—, la retarder a l'extrême —la monopoliser au profit du pouvoir législatif—, en écarter le peuple et le roi»<sup>84</sup>.

Es decir, en último extremo, el instrumento de adaptación del texto a la realidad, destinado a realizar esa aparente contradicción a la que se referían nuestros constituyentes de 1812 de «conservar reformando»<sup>85</sup>, está pensada para justamente lo contrario. Es una concepción puramente negativa, que no introduce obstáculos razonables, sino que impone condiciones imposibles de cumplir.

De ahí la inutilidad de todas ellas. O bien fueron simplemente innecesarias, porque la destrucción del Antiguo Régimen había sido prácticamente total<sup>86</sup>, o bien fueron impotentes frente a la reimposición del mismo<sup>87</sup>.

## 2. La reforma de la Constitución en la Monarquía limitada

Sensiblemente diferente es el planteamiento de la reforma de la Constitución en el período de vigencia de esa forma política específica del continente europeo, que se conoció como Monarquía constitucional o Monarquía limitada<sup>88</sup>. Y no tanto porque sea diferente la naturaleza de la institución en cuanto garantía política y no jurídica del texto constitucional, sino porque la forma de instrumentarla va a ser completamente distinta.

En general, el planteamiento de la reforma de la Constitución, como no podía ser de otra manera, es tributario de las premisas políticas de las que la Monarquía constitucional o limitada arranca. Premisas que, como ha sido puesto de manifiesto de manera reiterada desde hace ya mucho tiempo<sup>89</sup>, son más bien ambiguas e incluso contradictorias, ya que la Monarquía constitucional o limitada se presenta como una forma política de transición, en la que, a nivel de principios, conviven algunos que proceden de la forma política anterior, de la Monarquía absoluta, con otros que son específicos del nuevo régimen, del Estado constitucional<sup>90</sup>.

tado constitucional. El tema es tratado detenidamente en la segunda parte del trabajo, al estudiar el tema de la iniciativa de la reforma constitucional.

<sup>84</sup> Maurice Deslandres, *op. cit.*, pág. 133.

<sup>85</sup> «Discurso preliminar de la Constitución de 1812», en *Constituciones...*, pág. 158.

<sup>86</sup> Es el caso de Francia y del primer intento de restauración de la Monarquía.

<sup>87</sup> Es el caso de España tras el retorno de Fernando VII.

<sup>88</sup> En realidad, no es fácil delimitar con precisión un modelo general de esta forma política, ya que lo que caracterizó a la misma fue su extraordinaria flexibilidad, lo que le permitió, sin modificación del marco constitucional, convertirse en algunos países en Monarquía parlamentaria y cerrar en otros el paso hacia el sistema parlamentario. En cualquier caso, el principio de transacción entre el Estado-monarca y la sociedad-Parlamento sí es un elemento común a esta forma política, cuya institucionalización jurídica se reduce prácticamente a reconocimiento formal de los agentes de dicha transacción.

<sup>89</sup> L. Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents*, París, 1903.

<sup>90</sup> L. Duguit, *op. cit.*, pág. 297: «La Monarquía limitada es casi siempre una Monarquía absoluta transformada»; Hintze, «Das monarchische Prinzip und die konstitutionnelle Verfassung», en *Staat und Verfassung. Gesammelte Abhandlungen zur allgemeinen Verfas-*

Precisamente por esta ambigüedad y por este carácter contradictorio de los principios políticos sobre los que esta forma política se levanta se ha planteado la doctrina la cuestión de si la Monarquía constitucional o Monarquía limitada fue una auténtica forma política o, por el contrario, fue sólo un compromiso apropiado para un momento de transición, un parche para solucionar momentáneamente el problema del tránsito al Estado constitucional y nada más. Es decir, si la Monarquía constitucional o limitada llegó a adquirir la dignidad suficiente como para ser considerada una auténtica forma política. La polémica que, en cierta medida, está ya implícita en la discusión que, en torno a esta forma política, se tiene en el continente europeo en la primera mitad del siglo XIX<sup>91</sup>, ha sido resucitada a partir de la exposición del tema en la historia constitucional de Alemania desde 1789 de Huber<sup>92</sup>, siendo abordada desde diferentes perspectivas<sup>93</sup>.

No es necesario, evidentemente, para nuestra investigación seguir con este tema. Sí parece, sin embargo, oportuno llamar la atención sobre el hecho de que, en último término, la Monarquía constitucional o limitada descansa básicamente sobre la idea de pacto, de compromiso, de acuerdo entre fuerzas sociales y políticas diferentes<sup>94</sup>.

En consecuencia, parece lógico que esta idea de pacto o compromiso debería haber sido bastante útil en principio para el desarrollo de las garantías constitucionales propiamente dichas, es decir, de la reforma de la Constitución y del control de constitucionalidad incluso, como instrumentos que evitaran que el pacto quedara a merced del que eventualmente pudiera inclinarlo a su favor. Pero en modo alguno va a ser así. El concepto de garantía constitucional en este sentido es incluso desconocido en la época, siendo utilizado el concepto de garantía exclusivamente como garantía de los derechos individuales<sup>95</sup>.

La garantía del pacto, de la Constitución, por el contrario, se va a buscar simplemente en la institucionalización de las partes que pactan, en el reconocimiento constitucional de los agentes del pacto. Por un lado, el Estado, representado por el monarca; por otro, la sociedad, representada por el Parlamento<sup>96</sup>. En esto básicamente es en lo que consiste la Constitución y en muy poco más. Por lo tanto, todo lo que ellos pacten se puede considerar que es, en principio, legítimo o, lo que viene a ser lo mismo, no hay límites jurídicos para la voluntad conjunta del rey y el Parlamento. El artículo 23 de la Carta

*sungsgeschichte*, Göttingen, 1962, pág. 359): «El constitucionalismo monárquico es más bien una metamorfosis del viejo Despotismo ilustrado.»

<sup>91</sup> Hans Boldt, «Voz Monarchie», en *Geschichtliche Grundbegriffe*, (Hrg.) Otto Brunner, Werner Conze, Reinhart Kosellek, Band 4, Stuttgart, 1978, págs. 192 y sigs.

<sup>92</sup> E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, vol. 3, Stuttgart, 1963, página 4.

<sup>93</sup> E. W. Böckenförde, «Der Verfassungstyp der deutschen konstitutionellen Monarchie», en *Moderne Deutsche Verfassungsgeschichte (1815-1919)*, Hrsg. von E. W. Böckenförde unter Mitarbeir von Rainer Wahl, Köln, 1972, págs. 146-170.

<sup>94</sup> Esto es tan evidente, que el concepto de constitución que expresa esta idea de manera paradigmática, el concepto sociológico de Lasalle, arranca justamente de una reflexión sobre el conflicto constitucional prusiano de la década de los sesenta. Véase Lasalle, *Über Verfassungswesen*, Berlín, 1907.

<sup>95</sup> P. Cruz Villalón, *El Estado de sitio y la Constitución*, Madrid, 1980, págs. 225 y sigs.

<sup>96</sup> Esto lo expresarían de forma magistral los constituyentes españoles de 1845 y 1876 Véase *Constituciones...*, págs. 351-370 y 589-596.

del Gran-Ducado de Saxe-Weimar, modelo de la mayor parte de las redactadas en los Estados secundarios de la Confederación Germánica, lo expresaba con gran claridad: «A esta ley fundamental del Gran-Ducado de Saxe-Weimar-Eisenach y a la Constitución que ella establece no se introducirá cambio alguno, en ningún punto, ni directa ni indirectamente, ni por abrogación ni por ampliación, sin el acuerdo del príncipe y de los estamentos del país.»

Ciertamente hay un momento, primera mitad del siglo XIX, en el que la desconfianza hacia el Antiguo Régimen, hacia el monarca, está todavía tan viva, que se recurre a la introducción de cláusulas especiales de reforma, es decir, a dotarlas de un cierto grado de rigidez. Como decía Charles Borgeaud a finales del siglo pasado: «Desde la perspectiva de las Asambleas no se ponía en cuestión el carácter contractual de las Cartas. Pero se tenía miedo a las reservas mentales de los gobernantes; además, el deseo que se tenía de impedir que los gobernantes jamás volvieran a sustraerle su libertad, conducía a estipular expresamente que ninguna modificación se podría introducir en la Constitución sin el asentimiento de los representantes del país. Además, como una mayoría simple o única podía ser ganada muy fácilmente a los puntos de vista del soberano, se creyó en seguida necesario recurrir a las garantías excepcionales: la consulta a dos Asambleas sucesivas, los quórum extraordinarios, las mayorías especiales. Estas disposiciones, que, en América y Francia (revolucionaria se entiende), habían tenido por finalidad poner freno al peligro de *entraînements* parlamentarios, se convertía en Alemania en una precaución contra los intentos de reacción de los consejeros de la corona»<sup>97</sup>.

O también a introducir la irreformabilidad de la Constitución por vía de interpretación de la misma, como ocurrió en Francia bajo la Carta de 1814 y la del 30<sup>98</sup>. Precisamente el hecho de que no previeran su propia reforma fue interpretado como prueba no del carácter flexible, sino, al contrario, del carácter absolutamente rígido del texto constitucional<sup>99</sup>. Esta tesis se justificaba con la doctrina acerca de la soberanía de la Constitución, de la cual el rey y el Parlamento no serían sino meros órganos. Tocqueville lo diría con claridad: «¿De dónde tiene los poderes el rey? De la Constitución. ¿De dónde los tienen los diputados? De la Constitución... Una de las dos cosas: o bien sus esfuerzos son impotentes frente a la Carta, que continúa existiendo a pesar de ellos, y entonces ellos continuarán gobernando en su nombre, o bien ellos consiguen cambiar la Carta, y entonces, al no existir la ley por la que ellos existían, ellos mismos ya no son nada»<sup>100</sup>.

Pero una vez que el fantasma del Antiguo Régimen va dejando de ser temible y que aparecen otros en el horizonte, la desconfianza hacia el pasado va dejando paso al temor al futuro, y más que garantías contra la reforma arbitraria y unilateral de la Constitución por parte del monarca se busca reafirmar la vinculación del monarca y de la representación parlamentaria como fuente de todas las cosas legítimas. La Constitución es la existencia del rey y las Cámaras. No hay límites jurídicos para la acción conjunta de ambas instituciones.

<sup>97</sup> Charles Borgeaud, «Établissement et Revision des Constitutions», en *Amerique et en Europe*, París, 1893, págs. 70-71.

<sup>98</sup> Hildesheimer, *op. cit.*, pág. 7.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>100</sup> A. de Tocqueville, *op. cit.*, pág. 311.



El ejemplo de Inglaterra sirve además para avalar esta operación. La Constitución no se cambia no porque no se pueda, porque se establecen obstáculos que lo dificultan o lo impiden, sino porque no se quiere, porque se considera que tal como existe es razonable. Únicamente cuando el tiempo lo pone claramente de manifiesto es necesario introducir las reformas oportunas. Y para ello basta la apreciación conjunta de los poderes constituidos. Benjamin Constant lo diría con su precisión característica: «La felicidad de las sociedades y la seguridad de los individuos descansan sobre ciertos principios positivos e inmutables. Estos principios son verdaderos en todos los climas y en todas las latitudes: No pueden variar nunca, cualquiera que sea la extensión del país, sus costumbres, su religión, sus hábitos. Es incontestable tanto en un poblado de veinte cabañas como en una nación de treinta millones de hombres, que nadie debe ser detenido arbitrariamente; castigado sin haber sido juzgado; no juzgado sino en virtud de leyes anteriores y siguiendo formas prescritas; verse impedido, por último, en el ejercicio de sus facultades físicas, morales, intelectuales e industriales de una manera inocente y pacífica. Estos derechos fundamentales de los individuos no deben poder ser violados por todas las autoridades reunidas: pero la reunión de estas autoridades debe ser competente para pronunciarse sobre todo lo que es contrario a estos derechos inviolables e imprescriptibles. Así, en Inglaterra, el concurso del rey y de las dos Cámaras puede introducir en los mecanismos del Gobierno y de la Administración: todos los cambios que les parezcan necesarios... El axioma de los barones ingleses: no queremos cambiar las leyes de Inglaterra es mucho más razonable que si hubiesen dicho: no podemos cambiarlas. La renuncia a cambiar las leyes porque no se quiere se explica o por su bondad intrínseca o por el inconveniente de un cambio inmediato. Pero una tal renuncia motivada por no sé qué imposibilidad misteriosa deviene ininteligible. Las Constituciones rara vez se hacen por la voluntad de los hombres. El tiempo las hace. Ellas se introducen de una manera insensible, gradualmente. Hay circunstancias, sin embargo, que hacen indispensable hacer una Constitución. Pero entonces no haced sino lo indispensable: dejad espacio al tiempo y a la experiencia, a fin de que estos dos poderes reformadores dirijan vuestros poderes ya constituidos en la mejora de lo que ya se ha hecho y en la finalización de lo que queda por hacer»<sup>101</sup>.

La cita es larga, pero pienso que vale la pena. En ella se expresa admirablemente el razonamiento político de fondo que subyace a todo el constitucionalismo de la Monarquía constitucional o limitada. El concurso del rey y las Cámaras no puede tener más límites que el respeto de los derechos fundamentales. En la organización político-administrativa pueden introducir todos los cambios que estimen oportunos. Únicamente la prudencia política es lo que tienen que tomar en consideración.

De manera más o menos voluntaria, esta concepción se irá imponiendo en las Constituciones monárquicas europeas. El caso de Italia, con el Statuto Albertino, es uno de los ejemplos más conocidos y citados<sup>102</sup>. Y lo mismo ocurre en Alemania a partir de 1850, a pesar de la irritación que tal cuestión provoca

<sup>101</sup> B. Constant, *op. cit.*, págs. 265-266.

<sup>102</sup> Bryce lo cita junto a la Constitución inglesa y la húngara como modelo típico de constitucionalismo flexible (*op. cit.*, pág. 46).

en tan eminente jurista como Robert von Mohl <sup>103</sup>, consolidándose esta posición como consecuencia de la interpretación efectuada por la doctrina jurídica acerca de la indistinguibilidad de la Constitución y la ley ordinaria en cuanto fuentes del Derecho. Laband la resumiría en las siguientes palabras: «No hay en el Estado voluntad superior a la del soberano y es de esta voluntad de la que tanto la Constitución como las leyes extraen su fuerza de obligar. La Constitución no es un poder místico que planea por encima del Estado, sino que, como cualquier otra ley, es un acto de voluntad sometido a continuación a las consecuencias de los cambios de ésta. Un texto puede, ciertamente, prescribir que la Constitución no debería ser modificada por vía de consecuencia (es decir, por leyes que afecten a su contenido), que sólo puede serlo directamente, por leyes que modifiquen su texto. Pero cuando una tal limitación no está establecida por una regla positiva, no puede ser deducida de la naturaleza jurídica de la Constitución y de una diferencia esencial entre el acto constitucional y las leyes ordinarias. El principio de que las leyes particulares deben estar siempre en armonía con la Constitución y que es necesario que no sean incompatibles con ella es únicamente un postulado de la práctica legislativa, no un axioma jurídico. Aunque parezca deseable que el sistema de Derecho público y privado establecido por las leyes no esté en contradicción con el texto de la Constitución, la existencia de una tal contradicción es posible de hecho y admisible de derecho, de la misma manera que lo es una divergencia entre el Código Penal, el Código de Comercio o la Ley de Procedimiento Civil y una ley especial posterior» <sup>104</sup>.

Pero tal vez la experiencia constitucional española sea la más expresiva por lo que hace referencia a la institución de la reforma en la Monarquía constitucional o limitada. En las dos Constituciones que dominan el XIX español, la moderada de 1845 y la canovista de 1876, se va a plantear expresamente el tema de la reforma de la Constitución en la propia obra constituyente y se le va a dar una solución al problema que, podríamos decir, es conceptualmente la más adecuada para esta institución en dicha forma política.

Esta solución quedaría admirablemente plasmada tanto en el «Proyecto del Gobierno sobre la reforma de la Constitución» como en el «Dictamen de la Comisión sobre Reforma de la Constitución». En ambos se contiene la mejor teoría sobre la institución que estamos estudiando en la Monarquía constitucional.

Los pasos son conocidos:

- 1.º Refutación de la tesis de que las Cortes con el rey no tienen poder para introducir reformas en la Constitución. Dicha tesis procede de un planteamiento erróneo del tema de la soberanía, que la reconduce bien al origen divino del poder del monarca o bien a la nación <sup>105</sup>;
- 2.º Rechazo expreso de cualquier planteamiento de esta naturaleza, que el constituyente califica de «metafísica constitucional» para el tema

<sup>103</sup> Robert von Mohl, *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, t. I, Tübingen, 1862, pág. 83.

<sup>104</sup> Paul Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, t. I, 2.ª ed., Freiburg, 1888, pág. 546.

<sup>105</sup> *Constituciones...*, pág. 359.

de la soberanía <sup>106</sup>, dejándola reducida a una cuestión perfectamente soluble a la luz de la experiencia histórica, la cual, por un lado, pone de manifiesto que cuando se plantea en aquellos términos se acaba en el despotismo <sup>107</sup>, y, por otro, que «los pueblos miran como cosa sencilla y natural que las reformas políticas procedan de aquella suprema autoridad de donde todo procede como de un manantial fecundísimo <sup>108</sup>;

- 3.º Esta autoridad no es ni puede ser otra que la autoridad constituida, que las Cortes con el rey. «La potestad constituyente no reside sino en la potestad constituida ni ésta es otra en nuestra España que las Cortes con el rey. "Lex fit consensu populi et constitutione regis": esta máxima de nuestros padres, sublime por su misma sencillez, ha llegado hasta nosotros vencedora de los tiempos y de las revoluciones... Las Cortes con el rey son la fuente de todas las cosas legítimas: su potestad alcanza a todo menos a aquellas leyes primordiales contra las cuales nada puede intentarse que no sea nulo de toda nulidad, porque son como los fundamentos de todas las sociedades humanas» <sup>109</sup>. En consecuencia, la «Comisión entiende, por las razones expuestas, que las Cortes con el rey tienen la autoridad necesaria para reformar la ley política del Estado» <sup>110</sup>.

Esta argumentación se completaría en la Constitución de 1876 con la referencia a la «Constitución interna» expresada en el principio monárquico-constitucional, que está por encima de todas las Constituciones escritas y que tiene, por lo tanto, vitalidad suficiente para «reconstruir el conjunto de las instituciones del país a ella adecuadas» <sup>111</sup>. «Quien quiera que dijese, o diga ahora, que las naciones tienen siempre una Constitución interna, anterior y superior a los textos escritos, que la experiencia muestra cuan fácilmente desaparecen, o de todo punto cambian y se transforman, ya en uno ya en otro sentido, al vario compás de los sucesos, dijo o dice verdad, y verdad tan cierta y palmaria que sufre apenas racional contradicción. Y la Constitución interna, sustancial, esencial, de España, está, a no dudar, contenida y cifrada en el principio monárquico-constitucional... De esta Constitución no hay con vida sino dos instituciones: el rey y las Cortes; pero ellas bastan a restablecer o crear las demás» <sup>112</sup>.

De ahí que en el constitucionalismo correspondiente a esta forma política fuera frecuente que no hubiera cláusulas de reforma, como ocurre en las Constituciones españolas de 1837, 1845 y 1876. La garantía de la Constitución está en la institucionalización del Parlamento y prácticamente en nada más.

<sup>106</sup> *Ibid.*, pág. 359.

<sup>107</sup> Se trata de una reproducción del pensamiento de Royer Collard, según el cual «preguntar dónde reside la soberanía es ser despótico y declarar que se es» (*Arch. Parl.*, tomo XXVII, pág. 655).

<sup>108</sup> *Constituciones...*, pág. 360.

<sup>109</sup> *Ibid.*, pág. 360.

<sup>110</sup> *Ibid.*, pág. 360.

<sup>111</sup> *Ibid.*, pág. 582.

<sup>112</sup> *Ibid.*, págs. 582-583.

Como puede verse, aunque desde una perspectiva diferente, nos encontramos también con otro planteamiento puramente político del tema de las garantías constitucionales. No se llega siquiera a ver la posibilidad de darle a estas garantías la entidad de instituciones jurídicas; los problemas políticos no han llegado a adquirir todavía la madurez suficiente como para poder enfrentarse con ellos a través de su juridificación. Naturalmente esto tenía que reflejarse en la institución de la reforma <sup>113</sup>.

### 3. *La reforma de la Constitución en el constitucionalismo democrático*

#### 3.1. *Período de entreguerras*

Cuando, en las páginas finales de su estudio sobre las «Constituciones flexibles y rígidas», se enfrenta Bryce con el futuro probable de estos dos tipos de Constituciones, toma como punto de partida, por un lado, el dato puramente estadístico de que las Constituciones que habían sido flexibles se habían ido transformando en Constituciones rígidas, mientras que no se había producido ningún caso en el que una Constitución rígida se hubiera convertido en flexible, y por otro, de la adecuación que había establecido a lo largo de la investigación entre constitucionalismo flexible y gobiernos aristocráticos y constitucionalismo rígido y gobierno democrático, para llegar a la conclusión de que el proceso de democratización del Estado, ya muy visible en el momento en el que él redactaba su trabajo, conduciría a la imposición generalizada de la Constitución rígida como forma prácticamente única de articulación político-jurídica del Estado <sup>114</sup>.

Ciertamente, la historia iba a darle la razón. Y hasta tal punto, que la propia clasificación de Bryce iba a ser una de sus víctimas. La clasificación de las Constituciones en rígidas y flexibles, que tenía un sentido en el siglo XIX, cuando, como acabamos de ver en el apartado anterior, el constitucionalismo monárquico era en gran medida del segundo tipo, pierde todo su sentido con la generalización del constitucionalismo democrático. La clasificación deviene obsoleta. A lo sumo sirve para poner de manifiesto la especificidad tantas veces señalada del constitucionalismo británico y nada más.

Pues, en efecto, con el final de la Primera Guerra Mundial y el hundimiento, por un lado, de las Monarquías autoritarias centroeuropeas, y por otro, de la Rusia zarista, se inicia en el continente europeo de forma generalizada el constitucionalismo democrático, es decir, un constitucionalismo que arranca expresamente del axioma, que incluso se convierte en cláusula de estilo, de que todo poder procede del pueblo. Con él se va a generalizar la práctica de la rigidez constitucional. Y también con él se va a replantear todo el tema de las garantías constitucionales y concretamente el de la reforma.

La lógica del proceso es evidente. Como puso de manifiesto de manera re-

<sup>113</sup> Interesantes sobre el tema las reflexiones preliminares de R. Wahl, «Der Vorrang der Verfassung», en *Der Staat* (1981), Heft 4.

<sup>114</sup> J. Bryce, *op. cit.*, págs. 84 y sigs.

petida uno de los juristas que más contribuyó a la articulación jurídica del Estado democrático en el período, Hans Kelsen, dicho Estado tenía que basarse sobre dos columnas: la primera, obvia, consistente en la reconducción de la voluntad del Estado a la mayoría generada a partir de la propia sociedad civil; la segunda, complementaria de la anterior, consistente en la organización de instituciones de control de esa voluntad socialmente mayoritaria. Pues «la esencia de la democracia —decía Kelsen— no reside en el imperio sin límites de la mayoría, sino en el *compromiso* permanente entre los grupos del pueblo representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría»<sup>115</sup>.

La Constitución no es otra cosa que la explicitación del compromiso originario y el fundamento del compromiso permanente posterior<sup>116</sup>, y de ahí que las instituciones de control en la forma de garantías constitucionales, en la forma de garantías que la Constitución se da a favor de sí misma se convierta en el tema clave del Derecho constitucional democrático<sup>117</sup>. Garantías que pueden revestir la forma de garantía ordinaria (control de constitucionalidad a través de la justicia constitucional)<sup>118</sup> o de garantía extraordinaria (reforma de la Constitución, que viene a convertirse de esta manera en el núcleo esencial de la Constitución, en «la Constitución de la Constitución»<sup>119</sup>.

Existe, pues, como ocurre por lo demás casi siempre en el Derecho constitucional, una estricta correspondencia entre la lógica política y la lógica jurídica. La Constitución democrática, como la Constitución monárquica decimonónica, descansa en un compromiso, en un pacto, pero no en un pacto entre el Estado monárquico y la sociedad civil, filtrada a través del sufragio censitario, es decir, la sociedad burguesa, sino en un pacto interno a la propia sociedad, en un pacto entre fuerzas sociales diferentes e incluso antagónicas y portadoras en principio de un modelo de sociedad diferente. Y de ahí que si a la decimonónica le bastaba y le convenía incluso el modelo de constitucionalismo flexible basado en la garantía política de la institucionalización de los agentes del pacto, al constitucionalismo democrático esto le resulte absolutamente insuficiente. Como se intuyó entonces<sup>120</sup> y se ha teorizado después<sup>121</sup>,

<sup>115</sup> H. Kelsen, «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», en *Verfassungsgeschichte*, Hrsg. Peter Häberle, Darmstadt, 1976, pág. 104.

<sup>116</sup> Pues lo importante no es sólo la idea de pacto que está en el origen de la Constitución y que, con valoraciones positivas (Kelsen) o negativas (Schmitt), se admite de forma general, sino también la idea de la permanencia de dicho pacto, la idea de que hay límites que no pueden ser sobrepasados, pues el dominio de la mayoría sobre la minoría sólo es soportable en la medida en que se lo ejerza jurídicamente. Véase H. Kelsen, *op. cit.*, página 103.

<sup>117</sup> Democracia no es simplemente reconducción de la voluntad del Estado a la mayoría social, sino también control jurídico de dicha voluntad. Véase Kelsen, *op. cit.*, pág. 103.

<sup>118</sup> De esta época proceden los primeros Tribunales Constitucionales en Europa, Austria, Checoslovaquia y España.

<sup>119</sup> Este es el sentido que le da Kelsen, lo cual es lógico, ya que si la Constitución material es el complejo de normas que determina el órgano de la legislación, el complejo de normas que determina el órgano de la legislación constitucional tiene que ser necesariamente el núcleo esencial de la Constitución.

<sup>120</sup> En el Discurso de Jiménez de Asúa presentando la Constitución del 31 a las Cortes Constituyentes se pone esto claramente de manifiesto. Véase *Constituciones...*, vol. II, pág. 209.

<sup>121</sup> U. Cerroni, «Comunismo y Constitución», en *Problemas de la transición al socialismo*, Barcelona, 1979, págs. 204 y sigs.

el constitucionalismo democrático es el compromiso entre dos concepciones diferentes de la sociedad y del Estado, la liberal-democrática y la democrático-socialista, y para los partícipes en un tal tipo de compromiso es esencial que éste no quede a disposición de cualquier posible mayoría parlamentaria futura, sino, al contrario, que esté garantizado contra ella <sup>122</sup>.

La rigidez es, pues, un elemento esencial del constitucionalismo democrático. De ahí la generalización de las cláusulas de reforma. Y de ahí también la importancia que cobra el tema en este período. Realmente es de aquí donde procede casi toda la teoría de la reforma de la Constitución <sup>123</sup>.

Ahora bien, para entenderla adecuadamente hay que insertar el estudio de la institución en el contexto del proceso de gestación del Estado democrático en Europa, de las difíciles condiciones en que transcurrió el intento de construir por primera vez en Europa de forma general ese Estado basado sobre el principio de que todo poder procede del pueblo. Sin ello difícilmente se entendería el porqué de los problemas que se plantean en esta época a propósito de la reforma de la Constitución.

La literatura política y jurídica de la época reflejó con bastante exactitud las condiciones de gestación del Estado democrático en Europa, si bien las valoraciones coyunturales que se hicieron de esta forma política, con algunas notables excepciones <sup>124</sup>, no fueron excesivamente afortunadas <sup>125</sup>. En cualquier caso, la mera consulta de la bibliografía del período, en la que la utilización del vocablo «crisis» aparece constantemente («crisis del parlamentarismo», «crisis de la democracia», etc.), es un índice fiel del carácter convulso del período. Pero éste es un tema en el que no puedo detenerme.

Lo que sí me interesa resaltar es lo siguiente: en el fondo de todo el proceso de imposición del Estado democrático en Europa, y marcando el debate constitucional posterior a la Primera Guerra Mundial, está la alternativa entre democracia parlamentaria y dictadura del proletariado, entre el parlamentarismo y los soviets <sup>126</sup>. Uno de los mejores conocedores del tema, Mirkine-Guetzevitch, lo dijo en su momento con toda precisión. Haciendo una especie de balance de lo que después se ha llamado constitucionalismo de entreguerras, escribía: «En el momento de elaboración de varios textos constitucionales en varios países de la Europa central y oriental, la lucha política se libró menos entre el nuevo y el Antiguo Régimen, entre la Monarquía derrocada y la República proclamada, que entre los partidarios de la democracia y los partidarios del bolchevismo. La historia constitucional de la Europa central y oriental des-

<sup>122</sup> La necesaria transformación de las garantías exclusivamente individuales del siglo XIX en garantías de las minorías contra las mayorías y el enfoque de las garantías desde esta perspectiva es algo que captó perfectamente Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, 1977, págs. 82-83.

<sup>123</sup> Antes, realmente, no hay demasiado y fundamentalmente de tipo descriptivo, como son las obras de Bryce, de Borgeaud o de Hildesheimer.

<sup>124</sup> La posición más consecuente fue la representada por lo que Hans Boldt ha llamado «liberalismo de izquierda». Véase «Voz Parlament», en *Geschichtliche...*, págs. 672-673.

<sup>125</sup> Tanto la posición de la izquierda comunista con la contraposición entre democracia burguesa y dictadura del proletariado y la alternativa soviética al sistema parlamentario como las posiciones de derecha, que acabarían confluyendo en el fascismo, incurrieron en el error de no comprender las potencialidades del Estado democrático parlamentario y de ver el parlamentarismo como un sistema anacrónico. Véase Boldt, *op. cit.*, págs. 670 y sigs.

<sup>126</sup> A. Agosti, *La terza internazionale*, vol. I, 1, Roma, 1974, págs. 119 y sigs.

pués de la guerra se desarrolló bajo el signo de una lucha decisiva entre la democracia y el sovietismo»<sup>127</sup>.

Ese enfrentamiento entre la desconfianza hacia el pasado por parte de los partidos de izquierda radical y el temor al comunismo soviético por todos los demás informaría prácticamente el debate sobre todas las cuestiones constitucionales (Jefatura del Estado, Tribunal Constitucional, protección extraordinaria del Estado, reforma de la Constitución, etc.) y condicionaría de manera muy notable el planteamiento del tema de las garantías constitucionales. Como dijo en su día Gerber, «en general, una época en la que una organización desplaza a otra, en la que todas las relaciones públicas son concebidas en una oscilación permanente y en la que lo existente está amenazado en todo momento por una revolución es desfavorable para la ciencia jurídica; es una época para la política y no para el Derecho»<sup>128</sup>. Y desde cualquier punto de vista que se mire la cuestión, es evidente que la crisis de la primera posguerra fue muy superior a cualquiera de las conocidas con anterioridad, incluida la del 48, que es la que está detrás de las palabras del autor alemán.

En cualquier caso, y esto es lo decisivo para nuestro tema de investigación en el momento de gestación del Estado democrático, éste que cuanto más progresa más necesita instituciones de control en la forma de garantías jurídicas, más necesita edificar todas las garantías posibles sobre los cimientos de la juridicidad de las funciones del Estado<sup>129</sup>, se vio sometido a presiones de tipo político radicalmente antagónicas que hicieron a la postre inviable una organización de este tipo.

El Estado democrático, en el período de entreguerras, se va a debatir constantemente entre la necesidad de garantías jurídicas para poder subsistir como tal Estado democrático y la imposibilidad de imponerlas por la radicalidad del enfrentamiento político sobre el que se eleva. Las controversias sobre la Jefatura del Estado<sup>130</sup>, sobre la protección extraordinaria del Estado<sup>131</sup>, sobre el control de constitucionalidad de la ley y sobre la naturaleza del órgano encargado de tal función y, en general, sobre el «guardián de la Constitución»<sup>132</sup>, por sólo citar algunas, son buena prueba de ello. El Estado democrático, en especial cuando no es el resultado de un proceso histórico largo en el que se ha gestado un consenso muy amplio entre la población acerca de esta forma política y se han desarrollado unas prácticas políticas que no precisan la formalización jurídica, no puede funcionar sin la mediación racionalizadora del Derecho expresamente reconocida como tal en el texto constitucional. Y esto es lo que en el período de entreguerras resultó a la postre imposible.

<sup>127</sup> M. Guetzevitch, *Les Constitutions de la nouvelle Europe*, 2.<sup>a</sup> ed., París, 1930, página 42.

<sup>128</sup> C. F. Gerber, *op. cit.*, pág. 11.

<sup>129</sup> H. Kelsen, *Wesen...*, pág. 103.

<sup>130</sup> O. Kimminich, «Das Staatsoberhaupt in der parlamentarischen Demokratie», en *VVDSiRL*, Heft 25, Berlín, 1967.

<sup>131</sup> «Die Diktatur des Reichspräsidenten nach art. 48 der Reichsverfassung», en *VVDSiRL*, Heft 1, Berlín, 1924.

<sup>132</sup> Carl Schmitt, «Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung», en *Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben*, Bd. I., págs. 154-179; *Der Hüter der Verfassung*, Berlín, 1969; H. Kelsen, *Wer soll Hüter der Verfassung sein?*, en *Die Justiz*, 1930-31, Heft 11-12, Bd. VI, 576-628.

Pero volvamos al tema de la reforma de la Constitución. Lo que me interesa resaltar es que este enfrentamiento de fondo se reflejará de forma extraordinariamente fiel en la institución que estamos estudiando, la cual va a estar marcada en el período por una serie de «novedades».

En primer lugar, y como la más destacada de todas, está el planteamiento general de la cuestión de los «límites» de la reforma constitucional.

En realidad, desde un punto de vista formal, el tema no era nuevo. Ocasionalmente había parecido en el constitucionalismo anterior, en parte por vía de interpretación de la Constitución, como ocurrió bajo la Carta de 1814<sup>133</sup>, en parte de manera anecdótica, como ocurre con la Constitución griega de 1864<sup>134</sup>, la portuguesa de 1911<sup>135</sup>, la noruega de 1814<sup>136</sup> y, en general, con la finalidad de proteger la forma de gobierno contra la posible restauración de la forma anterior, como ocurrió con la revisión constitucional francesa de 1884<sup>137</sup>.

Pero no hay un planteamiento de fondo de la cuestión con todo lo que ello supone. Dicho de otra manera: no es el planteamiento de fondo de la cuestión lo que ha de reflejarse en la interpretación de la Constitución y en la práctica constitucional, sino que es la introducción de determinadas cláusulas de intangibilidad en ciertas Constituciones lo que va a motivar la discusión entre los especialistas, reducida, por lo demás, al tema menor de la admisibilidad o no de la revisión en dos fases<sup>138</sup>.

Esto era absolutamente lógico, ya que, en el fondo, el tema de los límites de la reforma no podía ser, en el siglo XIX, un tema radical, es decir, un tema que afectara de raíz a la organización de la sociedad y a su articulación jurídico-política. Por el contrario, en el período de entreguerras, como acabamos de ver, el problema, formalmente al menos<sup>139</sup>, se plantea justamente en esos términos. Y de ahí que el tema de los límites de la reforma de la Constitución deje de ser una cuestión anecdótica, una curiosidad de algunas Constituciones, para convertirse en un tema central en el estudio de la institución.

Prácticamente no hay autor de una cierta relevancia del período que no se pronuncie sobre la cuestión como, en general, sobre el tema de la reforma<sup>140</sup>, si bien el grado de intensidad y la profundidad con que lo aborda es diferente.

Sin duda, entre todos los planteamientos destaca el de Carl Schmitt, quien vincula el tema de los límites de la reforma al propio concepto de constitución que él defiende. Esto es lo que singulariza su aportación y lo que le confiere

<sup>133</sup> Perny, *Le pouvoir constituant sous la Monarchie juillet*, Thèse, París, 1901, pág. 16.

<sup>134</sup> Artículo 107, que incluía una prohibición de revisión total y de los principios fundamentales.

<sup>135</sup> Art. 82.

<sup>136</sup> Art. 112.

<sup>137</sup> «La forma republicana de gobierno no puede ser objeto de una proposición de revisión».

<sup>138</sup> A favor de la admisibilidad se pronunciaron autores como Duguit (*Droit constitutionnel*, París, 1907, pág. 1102) y Bryce (*The American Commonwealth*, vol. I, 3.ª ed., 1908, pág. 368, nota 1); en contra, autores como Jellinek (*Allgemeine Staatslehre*, 3.ª ed., 1914, pág. 484), Esmein (*Elements de Droit Constitutionnel*, París, 1896, pág. 810) y Hildesheimer, *op. cit.*, págs. 31 y sigs.

<sup>139</sup> Digo formalmente porque, en realidad, las posibilidades de una negación radical del sistema parlamentario por el soviético eran nulas, al menos, cuando se las examina desde una perspectiva histórica. Véase Al do Agosti, *op. cit.*, vol. I, 2, págs. 671 y sigs.

<sup>140</sup> El art. 76 es, junto con el 48, el artículo «estrella» de la Constitución de Weimar.



una profundidad y amplitud únicas en el tratamiento del tema. La cuestión de los límites de la reforma no es incorporada, por así decirlo, desde fuera, sino que es deducida desde dentro, es decir, es una consecuencia lógica del propio concepto de Constitución que se propone.

En efecto, como es sabido, Carl Schmitt se sirve para definir su concepto de Constitución de la distinción entre «Constitución» y «ley constitucional»<sup>141</sup>. Es ésta una distinción que impregna toda la *Teoría de la Constitución* de Schmitt. Dicha distinción constituye, según él, «el comienzo de cualquier discusión ulterior». Schmitt la prepara mediante una descripción crítica del concepto de Constitución tradicional, que él designa como «concepto de Constitución relativo» y cuyas características él las califica como «formales»: una suma de leyes constitucionales que se caracterizan por su inclusión en un texto de modificabilidad dificultada<sup>142</sup>. De esta manera se ha relativizado de manera incorrecta el concepto de Constitución, ya que se ha equiparado Constitución y ley constitucional.

Por el contrario, el concepto de Constitución en sentido auténtico es el «concepto positivo de Constitución». Este concepto se distingue por su contenido, que consiste en la «forma y manera de la unidad política cuya existencia se da por supuesta»<sup>143</sup> y por su origen, ya que «es un acto del poder constituyente»<sup>144</sup>. Pues «una tal Constitución es una decisión consciente que la unidad política se da a sí misma y adopta para sí misma a través del portador del poder constituyente»<sup>145</sup>. Esta Constitución puede consistir a su vez en una pluralidad de decisiones políticas fundamentales, que Schmitt, para la Constitución de Weimar, consideraba que eran la forma republicana de Estado, la forma democrática y federal del Estado, la calificación de Estado burgués de Derecho con reconocimiento de los derechos fundamentales y la división de poderes<sup>146</sup>.

Una vez establecida esta distinción y definida la Constitución por la incorporación de las decisiones políticas fundamentales que afectan a la vida de la comunidad, Carl Schmitt sacaba la conclusión de que estas decisiones políticas fundamentales no son modificables por los poderes constituidos, ya que «las leyes constitucionales tienen vigencia únicamente sobre la base de la Constitución y presuponen la Constitución»<sup>147</sup>, pues «toda ley en cuanto regla normativa, también, por tanto, la ley constitucional, necesita para su vigencia, en última instancia, de una decisión política que la preceda, que ha sido adoptada por una autoridad o un poder político existente»<sup>148</sup>.

El tema quedaría así sobre la mesa y se convertiría en objeto de discusión en general, así como de interpretación del artículo 76 de la Constitución de Weimar en particular. Como diría Walter Jellinek, la cuestión es la siguiente: «Según el artículo 76, la Constitución puede ser modificada por la vía de la

<sup>141</sup> C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlín, 1957, pág. 21.

<sup>142</sup> *Ibid.*, pág. 21.

<sup>143</sup> *Ibid.*, págs. 11 y sigs.

<sup>144</sup> *Ibid.*, pág. 20.

<sup>145</sup> *Ibid.*, pág. 21.

<sup>146</sup> *Ibid.*, pág. 21.

<sup>147</sup> *Ibid.*, págs. 23 y sigs.

<sup>148</sup> *Ibid.*, pág. 22.

legislación dificultada. Pero ¿puede y debe el legislador constitucional ordenar todo, o está sometido a ciertos límites, de tal suerte que una vez aprobada una ley por el *Reichstag* con mayoría de dos tercios, y estando presentes dos tercios de sus miembros, aceptada por el *Reichsrat* con mayoría de dos tercios, publicada por el presidente del Reich en el *Boletín Oficial del Reich*, con el refrendo del ministro correspondiente, no pueda tener cualquier contenido?<sup>149</sup>

Walter Jellinek se inclinaba por la respuesta afirmativa, poniendo de manifiesto que si bien «hay una forma ordenada de reformar la Constitución», «no todo tipo de reforma de la Constitución está permitido en esa forma ordenada»<sup>150</sup> y estableciendo una distinción entre límites heterónomos, autónomos y absolutos, que quedaría como uno de los intentos más completos de abordar el tema<sup>151</sup> y que sería retomado con posterioridad por la investigación en la materia<sup>152</sup>.

Sin embargo, esta opinión favorable a los límites de la reforma constitucional no llegó a imponerse como opinión unánime, ni siquiera como opinión dominante en la doctrina, sino que fue criticada abiertamente desde distintos puntos de vista.

Ante todo, y desde el punto de vista de la propia regulación de la reforma en el texto constitucional, se argumentó que la propia Asamblea Constituyente pudo haber introducido esos límites y que no los introdujo. Nos guste o no, diría Thoma, «la Asamblea Nacional..., igual que los constituyentes de la mayor parte de las demás naciones, privilegió un sistema abierto, que puso a disposición del poder legislativo del Reich el desarrollo y la transformación del sistema constitucional, cuando esto último le pareciera deseable a la gran mayoría»<sup>153</sup>.

Este dato, de hecho, continuaba Thoma, haciendo una referencia al debate político de fondo que estaba detrás de la teoría de los límites de la reforma, no puede ser modificado ni por ningún entusiasmo por la República, la democracia, el parlamentarismo o los derechos de libertad o cualquier otro contenido de la Constitución de Weimar, ni por el temor ante una mayoría socialista futura de dos tercios que sustituyera al *Reichsrat* por un *Reichsarbeiterat* (Consejo de Obreros del Reich) y que suprimiera el artículo 153,2 de la Constitución<sup>154</sup>.

Pero es que, además, ni desde el punto de vista de la historia de las ideas ni desde el punto de vista de la historia dogmática, esa postura es sostenible. Más bien nos encontraríamos ante un «residuo inconsciente de las ideas racionalistas acerca de un contrato social sólo modificable por unanimidad o de un *ordre naturel* inmodificable»<sup>155</sup>.

Por último, tampoco los argumentos jurídicos que se utilizan para avalar la tesis son aceptables. Pues se puede admitir que una competencia esté some-

<sup>149</sup> Walter Jellinek, *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, Berlín, 1931, pág. 4.

<sup>150</sup> W. Jellinek, *op. cit.*, pág. 7.

<sup>151</sup> *Ibid.*, págs. 8 y sigs.

<sup>152</sup> Paul Siegenthaler, *Die materiellen Schranken der Verfassungsrevision als Problem des positiven Rechts*, Berlín, 1970.

<sup>153</sup> R. Thoma, *HDSiR*, Band II, pág. 154.

<sup>154</sup> *Ibid.*, pág. 154.

<sup>155</sup> *Ibid.*, pág. 154.

tida a límites externos, pero con esto no se demuestra nada respecto a la vinculación del creador de toda competencia, es decir, no se demuestra nada respecto al legislador constituyente, que es de lo que aquí se trata<sup>156</sup>.

El único límite a la reforma que se puede admitir es un límite práctico, de prudencia política, es decir, un límite referido al tipo de reforma que es admisible introducir en la práctica sin encontrar una resistencia general y una desobediencia destructora de todo el ordenamiento jurídico<sup>157</sup>. Pero, desde el punto de vista de la normatividad, concluía Thoma, el poder legislativo es *de lege data* soberano»<sup>158</sup>.

Esta misma sería también la posición de Hermann Heller, para quien plantearse el tema de los límites de la reforma era como intentar ponerle puertas al campo. «En última instancia —escribe en su *Teoría del Estado*—, siempre veremos confirmarse la tesis de que la Constitución real consiste en las relaciones reales de poder. La nueva teoría del Derecho político se ha ocupado de los casos menos importantes de cambios de las normas constitucionales por relaciones sociales de poder que las contradicen, en la doctrina de la reforma de la Constitución. Pero en todos los casos en que el poder propio del depositario supremo del poder se oponga con éxito a las normas constitucionales, se da la posibilidad —no obstante las firmes barreras del Estado de Derecho— de una creación jurídica por violación del derecho. Por muchos controles que se establezcan, nunca podrá resolverse el problema: "Quis custodiet custodem?" No hay forma ninguna de inviolabilidad de las normas constitucionales que pueda detener revoluciones o restauraciones; ninguna división de poderes de Derecho constitucional puede impedir que, en un conflicto insoluble, por ejemplo entre el Gobierno y el Parlamento, decida, a falta de una unidad de acción superior, el poder prácticamente más fuerte, realizando así la necesaria unidad de poder del Estado<sup>159</sup>.

Evidentemente no se trata ahora de entrar en el análisis del tema y en el de la sostenibilidad o no desde un punto de vista lógico de la teoría de los límites de la reforma<sup>160</sup>, aunque se pueda aceptar, desde un punto de vista práctico, la opinión que formulara en su día Posada de que es conveniente introducir tales límites como forma de ilegítimizarse a quienes están dispuestos a no respetarlos y tirar la Constitución por la borda<sup>161</sup>. Lo que interesa, desde el punto de vista de la investigación que aquí se está haciendo, es poner de manifiesto la relativa desnaturalización de la institución, es decir, la desjuridificación de la reforma, que adquiere un carácter sustancial y casi exclusivamente político<sup>162</sup>.

En otro contexto, aunque no desconectado de éste ciertamente, Carl

<sup>156</sup> *Ibid.*, pág. 154.

<sup>157</sup> Con esta observación, Thoma conectaba con el tema de los límites del poder constituyente, al que se le prestaría atención en la literatura jurídica tras la Segunda Guerra Mundial. Véase H. Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlín, 1953, págs. 84 y sigs.

<sup>158</sup> R. Thoma, *op. cit.*, pág. 155.

<sup>159</sup> H. Heller, *Teoría del Estado*, p. 278.

<sup>160</sup> H. Ehmke se enfrenta con el tema en la obra citada en la nota 157.

<sup>161</sup> A. Posada, *La reforma constitucional*, Madrid, 1931, pág. 25.

<sup>162</sup> En el sentido de que se convierte en una suerte de trinchera que ha de ser defendida o atacada, según la perspectiva desde la que se mire la Constitución, pero no una garantía global de todos los que participaron en el pacto constituyente.

Schmitt llegó a decir que cuando se plantea el tema del «guardián de la Constitución» es señal de que los tiempos no son buenos constitucionalmente hablando, sino más bien de todo lo contrario<sup>163</sup>. Lo mismo podría decirse del tema de los límites de la reforma de la Constitución. Cuando se plantea como problema real, no como problema exclusivamente formal, es señal de que la Constitución no se basa sobre un suelo muy firme, es índice de discrepancias políticas de fondo, que necesariamente tienen que afectar a la estabilidad de la Constitución y a su propia fuerza normativa<sup>164</sup>. Intentar asegurar en estas circunstancias, como pretendía Kelsen, la supervivencia del Estado democrático mediante la edificación de todas las garantías posibles sobre los cimientos de la juridicidad de las funciones del Estado<sup>165</sup> deviene una tarea absolutamente imposible. Es el propio concepto de garantía constitucional el que pierde su dimensión jurídica, debilitando con ello la afirmación del carácter de norma jurídica de la Constitución entera.

Pero no sería ésta la única forma de manifestación de la desnaturalización de la reforma como garantía jurídica y de la politización de la misma, sino que habría otras, que vamos a examinar brevemente a continuación.

El problema de fondo que está detrás de este proceso continúa siendo el mismo al que ya se ha hecho referencia, y no es necesario gastar más tiempo en ello. Sí conviene, sin embargo, hacer algunas reflexiones sobre la evolución del compromiso constitucional que está en la base del constitucionalismo democrático característico del período.

Ya se ha aludido antes al carácter de compromiso que tuvieron las Constituciones posteriores a la Primera Guerra Mundial, compromiso entre fuerzas sociales antagónicas, valorado además de manera igualmente opuesta no sólo por los políticos, sino desde la misma ciencia jurídica. Así, mientras para Kelsen era un elemento positivo<sup>166</sup>, para Carl Schmitt sería una simple maniobra «dilatoria»<sup>167</sup>, sin más valor que el de la necesidad impuesta por los tiempos.

Pero éste no es el tema. Lo que sí importa es lo siguiente: este compromiso sería un compromiso sumamente inestable, que se decantaría de una manera rápida y clara hacia una de las posiciones en litigio, concretamente hacia la posición que valoraba como menos positivo el hecho de que la Constitución fuera resultado de un compromiso, es decir, hacia las posiciones de derecha. Esto, como no podía dejar de suceder, se reflejaría, por un lado, en las reformas institucionales que se introducirían en los diferentes sistemas constitucionales<sup>168</sup>, y por otro, en la propia institución de la reforma que sufriría en el período una devaluación importante<sup>169</sup>.

Realmente, cuando se relee hoy la literatura sobre la reforma de la Cons-

<sup>163</sup> C. Schmitt, *Das Reichsgericht...*, pág. 167.

<sup>164</sup> La tentación de pasar por encima del Texto constitucional de manera fáctica ante la imposibilidad de hacerlo jurídicamente no sólo fue una tentación en el período de entre-guerras.

<sup>165</sup> H. Kelsen, *Wesen...*, pág. 103.

<sup>166</sup> H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, págs. 324, 355, 359.

<sup>167</sup> C. Schmitt, *Das Reichsgericht...*, pág. 163.

<sup>168</sup> M. Guetzevitch, *op. cit.*, págs. 166 y sigs.

<sup>169</sup> Tanto por el número como por la forma en que se produjeron las reformas. Véase K. Loewenstein, *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung*, Tübingen, 1931.

titución del período de entreguerras no puede uno dejar de sorprenderse por la «relativa alegría» e incluso falta de rigor con que se procede en materia tan delicada. Que toda una reunión anual del *Deutschen Juristentags*, la de 1924, celebrada en Heidelberg, se dedicara el tema «Zulässigkeit und Form von Verfassungsänderungen ohne Änderung der Verfassungsurkunde» y que en ella se llegara a una definición prácticamente coincidente de «reforma de la Constitución» en los términos siguientes: «toda ley cuyo contenido está en contradicción con el contenido del texto constitucional es una ley de reforma de la Constitución en sentido amplio»<sup>170</sup>, confundiendo la reforma de la Constitución con la anticonstitucionalidad pura y simple, no puede dejar de resultar chocante<sup>171</sup>. De la misma manera que tampoco puede dejar de serlo la sistematización que ofrece Loewenstein de las formas de manifestación de la reforma de la Constitución en el siguiente esquema<sup>172</sup>:

	Unmittelbare	Mittelbare
	Vfänderung	Vfänderung
1. <sup>a</sup> Vermehrung	= Vfergänzung	= Vferweiterung
2. <sup>a</sup> Verminderung	= Vfaufhebung	—
3. <sup>a</sup> Auswechslung	= Vfsubstitution	= Vfverdrängung
4. <sup>a</sup> Ausserkraftsetzung	= Vfsuspension	= Vfschließung
5. <sup>a</sup> Durchbrechung	= Vfergänzung	= Vfdurchbrechung
6. <sup>a</sup> Überschreitung	= Vfergänzung	= Vfüberschreitung

Todo esto además sin tener en cuenta que esta clasificación hace referencia exclusivamente a las reformas que Loewenstein llama «reformas sustanciales»<sup>173</sup>, y que no comprende las llamadas «reformas funcionales»<sup>174</sup>.

Los datos creo que son suficientemente elocuentes y hablan por sí mismos acerca de esa devaluación de la reforma a la que me he referido.

Ahora bien, donde tal vez se pondría más claramente de manifiesto este fenómeno es en el concepto más característico de este período, la *Verfassungsdurchbrechung*.

Aunque en cierta medida se podría hacer arrancar el concepto de la obra de Georg Jellinek *Gesetz und Verordnung*, en la cual se describe con relativa precisión el fenómeno<sup>175</sup>, la verdad es que la primera formulación en sentido preciso y la que lo introduce de manera definitiva en el comercio científico procede de Jacobi, quien lo utiliza en su exposición sobre el artículo 48 de la Constitución de Weimar en la Primera Reunión Anual de los Profesores Alemanes de Derecho del Estado<sup>176</sup>, para designar aquel fenómeno por el cual una ley aprobada con la mayoría necesaria para modificar la Constitución regula una materia de manera diferente a como lo hace la Constitución, sin derogar la Constitución en este punto, sin modificarla<sup>177</sup>. Sería una especie de excep-

<sup>170</sup> Tesis 1 de los *Referenten Graf zu Dohna y Düringen-Triepel, Verhandlungen d. 33 Deutschen Juristentags, Heidelberg, 1924*, págs. 31, 45 y 547.

<sup>171</sup> Loewenstein así lo señalaría, *op. cit.*, pág. 78.

<sup>172</sup> Loewenstein, *op. cit.*, pág. 114.

<sup>173</sup> *Ibid.*, pág. 105.

<sup>174</sup> *Ibid.*, págs. 105-106.

<sup>175</sup> G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, pág. 263.

<sup>176</sup> E. Jacobi, *Die Diktatur...*, págs. 105-136.

<sup>177</sup> *Ibid.*, págs. 109, 118.

ción a la regla, que no afectaría a la validez de la norma constitucional, sino a su vigencia a un caso concreto.

En general, este concepto de *Verfassungsdurchbrechung* sería aceptado por el resto de la doctrina<sup>178</sup>, aunque algún autor intentara definirla de manera más amplia, como modificación de la Constitución sin modificar el texto constitucional, suprimiendo el requisito de excepción a la regla<sup>179</sup>. Por lo demás, aunque no dejaron de plantearse algunas dudas por parte de la doctrina<sup>180</sup>, la institución sería considerada plenamente admisible por la mayor parte de ésta<sup>181</sup>, siendo de destacar que, como informa Jeselsohn<sup>182</sup>, se hizo uso con frecuencia de la misma bajo la Constitución de Weimar. Los problemas que se plantearon fueron de tipo menor, referidos casi todos a que se pudiera tener constancia de tales *Verfassungsdurchbrechungen*, es decir, a que se pudiera saber con exactitud que se estaba operando una *Verfassungsdurchbrechung*, para evitar lo que el propio Jacobi llegó a llamar «reformas inconscientes» (*sic*) de la Constitución<sup>183</sup>.

A estas alturas no es, obviamente, necesario gastar mucho tiempo para poner de manifiesto hasta qué punto estas prácticas son incompatibles con la afirmación de la Constitución como norma jurídica. En términos generales, bien de manera expresa en los propios textos constitucionales<sup>184</sup>, bien por vía de interpretación, la *Verfassungsdurchbrechung* se considera hoy un fenómeno anticonstitucional y, por lo tanto, inadmisibile. Y, sin embargo, fue uno de los grandes temas del período de entreguerras, índice bastante elocuente de la transmutación de la reforma de la constitución de garantía jurídica en una cuestión básicamente política a la que me he referido insistentemente.

Por lo que a España se refiere, la experiencia del período está marcada por algunas peculiaridades que acompañaron el primer advenimiento del Estado democrático en nuestro país y que podrían formularse en los siguientes términos: en primer lugar, el Estado democrático surge como consecuencia de la crisis de la Primera Guerra Mundial, pero lo hace considerablemente más tarde y de una manera relativamente menos radical<sup>185</sup>; en segundo lugar, inicia su curso en el momento de agudización de la crisis del Estado democrático, que iba a conducir a su temporal desaparición en buena parte de Europa, y en ter-

<sup>178</sup> Loewenstein, *op. cit.*, págs. 243 y sigs.; Bilfinger, AÖR, 1926, pág. 174; Beibholz, *Die Verfassungsdurchbrechung*, AÖR, 1932, págs. 2 y sigs.

<sup>179</sup> Walter Jellinek, *HDSiR*, Bd. 2, pág. 187.

<sup>180</sup> H. Preuss, «Verfassungsändernde Gesetze und Verfassungsurkunde», en *DJZ*, 1924, págs. 650-654.

<sup>181</sup> Prácticamente, la totalidad de los autores mencionados en las notas precedentes.

<sup>182</sup> Jeselsohn, *Begriff, Arten und Grenzen der Verfassungsänderung nach Reichsrecht*, Heidelberg, 1929, págs. 51 y sigs.

<sup>183</sup> E. Jacobi, «Reichsverfassungsänderung», en *Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben*, p. 263.

<sup>184</sup> La Ley Fundamental de Bonn o la Constitución portuguesa de 1976.

<sup>185</sup> La crisis de 1917 no se traduciría en España en el hundimiento de la Monarquía de manera inmediata como ocurrió en Centroeuropa y en el cambio inmediato de todo el sistema político-constitucional, sino que esto sólo ocurriría catorce años más tarde, con lo cual, dado el curso posterior de los acontecimientos, puede decirse que nuestra experiencia democrática y nuestra tradición constitucional democrática antes de 1978 es prácticamente inexistente.

cer lugar, y como consecuencia de todo ello, la experiencia constitucional democrática iba a ser en España considerablemente más corta y todavía más agitada y convulsa que en el resto del continente europeo<sup>186</sup>.

Con estos antecedentes, no es de extrañar que la politización de todas las cuestiones en general y de las garantías en particular<sup>187</sup> fuera notable, con la consiguiente pérdida de fuerza normativa del texto constitucional. Manuel Contreras y José Ramón Montero, en un reciente artículo sobre la reforma de la Constitución de 1931 lo han dicho con bastante precisión: «Reflexionando sobre el tema de la 'jurisdicción constitucional y de la crisis de la Constitución', Pedro de Vega significaba cómo es lícito solamente hablar de la justicia constitucional cuando la Constitución se entiende como una auténtica realidad normativa y no como una mera configuración semántica, porque de otro modo ello supondría condenar la teoría constitucional y la labor de los constitucionalistas al más menesteroso y errante de los quehaceres. Acaso ocurra que el problema de la reforma constitucional en la II República tenga algo también de menesteroso y errante quehacer, al menos desde la perspectiva jurídico-constitucional, por aquello de que el corto período republicano contempló una polarización social y política tal que marginó las cuestiones normativas a un plano de inferior relevancia. Si no hubo ocasión de llevar a término todo el proceso de revisión constitucional fraguado en el seno de la República fue precisamente porque las tensiones dialécticas culminaron en la consabida ratificación de lo que alguien llamó nuestra muy hobbesiana condición»<sup>188</sup>.

Y, en efecto, así es. Pues el punto de partida (el artículo 125 de la Constitución republicana) era un compromiso razonable entre la «excesiva rigidez» y la «facilidad extrema» para revisar el texto constitucional, en el cual se ponía el énfasis, por un lado, en un plazo inicial de aclimatación de la Constitución relativamente breve (cuatro años), y por otro, en la participación del cuerpo electoral a través de la disolución del Congreso de los Diputados, que aprobaba la necesidad de la reforma y la nueva elección del que hubiera de proceder a la decisión de la misma<sup>189</sup>. A pesar de las críticas que se formularon en su momento contra dicho mecanismo<sup>190</sup>, la verdad es que ni a la luz de las restantes experiencias constitucionales de la época ni a la de la simple reflexión político-constitucional puede considerarse que el procedimiento de reforma no era razonable. El carácter de tales críticas se debió mucho más al ambiente convulso y polarizado en que se desarrolló la vida política y constitucional de la República que a la propia regulación de la reforma en la Constitución. Desde este punto de vista, pueden ser consideradas como una manifestación más de la «politización» de las garantías constitucionales típicas del período.

<sup>186</sup> Los efectos combinados de la crisis del 29 y del ascenso del fascismo son sobradamente conocidos.

<sup>187</sup> Por lo que se refiere a la politización de la justicia constitucional, véase Eduardo Espín, «Crisis de Gobierno y confianza presidencial en la II República», en *REP*, núm. 17, 1980, págs. 104-112.

<sup>188</sup> M. Contreras y J. R. Montero, «Una Constitución frágil: Revisionismo y reforma constitucional en la II República española», en *Revista de Derecho Político*, núm. 12, 1981-1982, pág. 26.

<sup>189</sup> Art. 125.

<sup>190</sup> Niceto Alcalá Zamora, *Los defectos de la Constitución de 1936*, Cívitas, Madrid, 1981, pág. 255.

Buena prueba de ello es que el procedimiento de reforma de la Constitución se intentó poner en práctica y que no fueron dificultades de tipo jurídico-constitucionales las que impidieron que dicha reforma pudiera ser culminada <sup>191</sup>.

En cualquier caso, lo que hoy se puede afirmar de manera relativamente rotunda es que la reforma de la Constitución republicana, exactamente igual que en las demás Constituciones de la época, no fue lo que debería haber sido, a saber: una garantía jurídica de la Constitución, en la que se prevé su forma de adaptación a la realidad, sino que fue la ocasión de un debate muy vivo entre dos posiciones políticas distintas y que llegaron a adquirir un grado de radicalización notable acerca de la organización del Estado y, en muchos aspectos, de la sociedad española. No se trataba tanto de una polémica sobre la reforma de la Constitución como de un cambio de Constitución, de una sustitución de una Constitución por otra <sup>192</sup>. Es lógico, en consecuencia, que lo que vengo llamando la desnaturalización de la institución, la pérdida de su carácter de garantía jurídica, llegara a adquirir en nuestro país una de las cotas más altas.

### 3.2. *Constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial*

Aunque, como se dijo en el apartado anterior, el conflicto de fondo que dominó el constitucionalismo del período de entreguerras fue, inicialmente, el dilema entre comunismo soviético y democracia parlamentaria, la verdad es que la alternativa al Estado democrático que se plantearía en la práctica en el continente europeo no sería el régimen de los soviets, sino el Estado autoritario de tipo fascista <sup>193</sup>. La democracia europea pudo sentirse amenazada, y de hecho se sintió amenazada por la Rusia soviética, al menos durante los primeros años de la posguerra, pero en la práctica no sería puesta realmente en peligro, ni mucho menos suprimida por ella, sino por la Alemania nazi, produciéndose como resultado final del curso de los acontecimientos históricos la alianza entre las democracias occidentales y la Rusia soviética frente al enemigo común: el fascismo.

En cualquier caso, y esto es lo que realmente aquí nos interesa, la derrota de los regímenes fascistas de manera concluyente en la Segunda Guerra Mundial sentaría las bases para la implantación general y estable del Estado democrático en el continente europeo, iniciándose con ello una experiencia constitucional, que se ha ido desarrollando desde entonces de una manera prácticamente ininterrumpida, y en la que se han ido poniendo en práctica soluciones tendencialmente coincidentes a los problemas que plantea la organización jurídica del Estado.

<sup>191</sup> *Constituciones...*, t. II, págs. 319-326.

<sup>192</sup> M. Contreras y J. R. Montero, *op. cit.*, págs. 48 y sigs.

<sup>193</sup> Como la evolución de los acontecimientos históricos pondrá pronto de manifiesto, el sistema soviético, en cuanto alternativa a la democracia parlamentaria, era un espejismo absolutamente inconsistente. La reivindicación de los soviets se mantiene en la propaganda de la Internacional Comunista, sin que tenga la más mínima conexión con la realidad. Véase Aldo Agosti, *op. cit.*, vol. I, 1, págs. 671 y sigs.

<sup>193</sup> Sobre las diversas interpretaciones del fascismo, puede consultarse el volumen *Faschismus-theorien*, editado por Nolte, Köln, 1967.



Evidentemente, no se puede entrar aquí siquiera a caracterizar el constitucionalismo del período, ni aun en términos generales. No es, por lo demás, necesario. Basta con resaltar el proceso de juridificación de las funciones del Estado que se va a ir imponiendo en el período, y en el que, en buena medida, se van a ir haciendo realidad el proyecto kelseniano sobre la importancia del elemento jurídico en la afirmación y defensa del Estado democrático<sup>194</sup>.

Dos son las piezas esenciales en este proceso de juridificación del Estado: 1.º, la afirmación del carácter jurídico del propio texto constitucional, la afirmación de la Constitución como norma jurídica<sup>195</sup>, y 2.º, la introducción de mecanismos de control y aseguramiento de ese carácter jurídico del texto constitucional a través de la justicia constitucional, de los Tribunales Constitucionales<sup>196</sup>. Con ello, lo que se ha hecho es introducir en la práctica un concepto de Constitución diferente al que se había ido imponiendo en el continente europeo desde la Revolución francesa y más próximo al que se impuso en los Estados Unidos de América. O para decirlo con palabras de Rubio Llorente: «La recepción de un concepto de constitución fundamentalmente distinto al impuesto en Europa desde comienzos del siglo XIX implica necesariamente una transformación radical del ordenamiento, que se judicializa; las sentencias del juez de la constitucionalidad se convierten necesariamente en fuente del Derecho; la ley, como fuente privilegiada, comparte este puesto con la decisión judicial, y el sistema basado en la ley se transforma en *case law*»<sup>197</sup>.

Como no podía ser de otra manera, la institución de la reforma de la Constitución se verá profundamente afectada por este cambio en la propia comprensión de la norma a la que ella misma se refiere. En la práctica, ello se va a traducir en que la reforma se va a ver sometida al mismo proceso al que se vio sometida en los Estados Unidos desde sus orígenes. La afirmación de la Constitución como norma jurídica y el control de su supremacía por un Tribunal Constitucional va a hacer pasar a un segundo plano la institución de la reforma, por un lado, como garantía del compromiso, del pacto constitucional, y por otro, como instrumento de adecuación del texto constitucional a la realidad.

Sería erróneo, sin embargo, pensar que sólo hay similitud en el proceso que tiene lugar en Europa y el que tuvo lugar en su momento en los Estados Unidos de América. También hay diferencias y de no poca importancia.

En primer lugar está el dato obvio de que la Europa de finales de los años cuarenta no es la América de finales del siglo XVIII y de que, independientemente de otro tipo de consideraciones que podrían hacerse, el propio compromiso, el propio pacto constitucional en los países europeos en el siglo XX es un pacto muy «formalizado» en el que intervienen actores políticos, partidos políticos, que articulan de manera bastante sólida a la población y que influyen de manera notable en las propias instituciones de control del compromiso

<sup>194</sup> Este proyecto está presente prácticamente en toda la obra de Kelsen, pero tal vez donde lo exprese con más claridad sea en los dos trabajos repetidamente citados, *Esencia y valor de la democracia* y *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*.

<sup>195</sup> García de Enterría, *La Constitución como norma jurídica*, Madrid, 1981.

<sup>196</sup> R. Wahl, «Der Vorrang der Verfassung», en *Der Staat*, 1981, Heft 4.

<sup>197</sup> Rubio Llorente, «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», en *REDC*, núm. 4, 1982, pág. 54.

constitucional, sobre todo en la composición de las mismas<sup>198</sup>. Esto influye en las relaciones entre la reforma de la Constitución y la interpretación de la misma por parte del Tribunal Constitucional de forma difícilmente imaginable en los Estados Unidos de América, como puso, por ejemplo, de manifiesto la reforma constitucional de 1956 en Alemania<sup>199</sup>.

En segundo lugar está el hecho de que el texto constitucional americano es, por un lado, sensiblemente diferente a los textos constitucionales europeos, sobre todo a los de este siglo, y por otro, que ha funcionado de manera ininterrumpida durante casi dos siglos, lo que quiere decir que está a cubierto de cualquier reforma sustancial, al menos por un período de tiempo previsible. En Europa, por el contrario, los textos constitucionales suelen ser menos «instrumentales» que el americano<sup>200</sup>, suelen hacer referencia a materias no incluidas en la Constitución americana y han funcionado durante un tiempo considerablemente menor. Todo ello hace que el tema de la reforma constitucional no desaparezca del horizonte, sino que, al contrario, esté presente con relativa fuerza en el panorama europeo<sup>201</sup>.

Por último, hay que tener presente que la introducción del control de constitucionalidad es relativamente reciente en el continente europeo y que la consolidación de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales no se produce hasta mediada la década de los sesenta. En consecuencia, nos encontramos en una posición bien distinta a la de los Estados Unidos de América desde esta perspectiva.

En estas circunstancias es lógico que no se haya producido en Europa la desproblematización de la reforma que se ha producido en los Estados Unidos. Pero sí que se haya producido una desradicalización del tema y, sobre todo, un planteamiento cada vez más acusado de la institución, desde el punto de vista del Derecho, de la reforma como garantía jurídica de la supremacía de la Constitución. La Constitución es el documento en el que se refleja el compromiso entre fuerzas sociales políticamente diferenciadas, compromiso que, prácticamente todo el mundo está de acuerdo en que no debe estar a merced de cualquier mayoría parlamentaria futura, pues, de lo contrario, la protección de las

<sup>198</sup> Normalmente, en la designación de los magistrados de los Tribunales Constitucionales intervienen los Parlamentos de los diferentes países de manera exclusiva o dederminente, y, por lo tanto, los partidos políticos en ellos representados.

<sup>199</sup> Aunque la mayoría democristiana había sostenido reiteradamente que la reorganización de la *Bundeswehr* no requería una forma de la ley fundamental, sin embargo, tras alcanzar una mayoría suficiente para asegurarse la reforma de la Constitución y con la finalidad de evitar que el Tribunal Constitucional Federal tuviera que pronunciarse sobre el tema, procede a la reforma de la Constitución. Véase Alexander Rossnagel, *Änderungen des Grundgesetzes*, Francfort, 1981, págs. 98 y sigs.

<sup>200</sup> La complejidad del constitucionalismo posterior a las dos guerras mundiales ha sido resaltado con frecuencia. La Constitución ya no es garantía de la libertad y la propiedad más esqueleto organizativo del Estado, sino bastante más. Y esto, obviamente, plantea unos problemas de interpretación diferentes. Por un lado, se amplía el margen de maniobra del intérprete, al encontrar en el Texto constitucional fundamento para resolver cuestiones en las que no podría entrar sin dicho pretexto. Por otro, se limita ese margen, en la medida en que hay un texto escrito que debe ser respetado.

<sup>201</sup> En general, el tema de la reforma constitucional es uno de los temas de moda en buena parte de los países europeos, especialmente desde la mitad de los sesenta. En algunos países, como Alemania, desde antes. En otros, como Italia, desde después.

minorías sería ilusoria y el dominio de la mayoría sería difícilmente sometible a formas jurídicas, única manera de que tal dominio sea soportable<sup>202</sup>; pero tal compromiso no puede traducirse en inactividad, sino que tiene que concretarse, tiene que ser actuado en la práctica. Y esto supone siempre una cierta desviación del texto de la Constitución<sup>203</sup>. Para controlar esta desviación, para mantenerla dentro de límites aceptables, sin impedir por ello el desarrollo de la actividad de los órganos del Estado, es para lo que la Constitución en cuanto norma jurídica exige, por un lado, una garantía ordinaria, la justicia constitucional, que es la que día a día va marcando vía interpretación de la Constitución los límites jurídicos permisibles al ejercicio del poder político, y por otro, una garantía extraordinaria, la reforma de la Constitución, necesaria cuando se trata de alterar los límites fijados en el texto constitucional, dentro de los que no es posible en un momento determinado resolver un problema. Esta relación entre lo ordinario y lo extraordinario, entre la regla y la excepción, es, justamente, la que se va a imponer entre las garantías constitucionales y la que va a conducir a que se ponga en énfasis en la primera, en tanto la segunda pasa a un segundo plano<sup>204</sup>.

Naturalmente, esto ha conducido también a que los problemas específicos que se plantean en torno a la cuestión de la reforma de la Constitución hayan variado sensiblemente, como vamos a ver a continuación.

\* \* \*

En primer lugar hay que decir, de entrada, que se ha producido una reducción considerable de las prácticas anticonstitucionales, que fueron frecuentes en el período de entreguerras. Evidentemente, no es que se hayan suprimido por completo, ya que, prácticamente, no hay ordenamiento constitucional en el que no sea posible constatar violaciones de la Constitución que, o no han sido corregidas, subsanadas o bien han sido «legalizadas *a posteriori*» mediante «reformas de la Constitución»<sup>205</sup>. En Alemania ha llegado a formularse incluso por parte de la doctrina la tesis de que la reforma de la Constitución es justamente un instrumento para adaptar la Constitución a las «violaciones» de la misma que se han producido en la práctica<sup>206</sup>. Tesis que, aunque puede apar-

<sup>202</sup> H. Kelsen, *Wesen...*, pág. 103.

<sup>203</sup> Ciertamente no puede entenderse como «desviación» la concreción de la Constitución en uno de los posibles sentidos en que sea legítimo efectuarla. Las normas constitucionales suelen estar redactadas en unos términos que permiten, como se dice hoy, diversas «lecturas», y una lectura determinada no es desviación, sino concreción de la Constitución. Pero en esa lectura se pueden producir, y de hecho se producen, desviaciones. Aquí es donde entra en juego la justicia constitucional. Véase, por ejemplo, la STCE de 13 de febrero de 1981 sobre el Estatuto de Centros Docentes, donde se aborda detenidamente este problema.

<sup>204</sup> Ilustrativo desde este punto de vista, incluso en el propio espacio que se le dedica, resulta el volumen del *Comentario a la Constitución italiana*, dirigido por Branca, dedicado a las garantías constitucionales, en el que la casi totalidad del mismo está dedicado al Tribunal Constitucional, en tanto que la reforma figura como una especie de apéndice. Véase *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, arts. 134-139, Bolonia, 1981.

<sup>205</sup> Es el caso de Francia, con la reforma de la Constitución, que introdujo la elección del presidente de la República por sufragio universal; el de Italia, con el uso del Decreto-ley, o el de España, con la reforma de la Ley sobre Diversas Modalidades de Referéndum.

<sup>206</sup> Seifert, *Grundgesetz und Restauration*, Neuwied-Darmstadt, 1977.

tar a su favor determinados ejemplos, resulta obviamente incorrecta si se la formula como tesis general <sup>207</sup>.

Como tesis general se podría decir más bien que las prácticas constitucionales que se han producido han sido no la «regla», sino la «excepción», que en buena medida han sido sentidas, experimentadas como tal y que, o bien han sido corregidas a través de la propia reforma del texto constitucional <sup>208</sup> o bien han sido prácticas «legitimadas» por un apoyo considerable en la opinión pública e incluso en fuerzas parlamentarias suficientes para operar una reforma de la Constitución, que, sin embargo, no se consideraba oportuna, cuando no impracticable, por motivos coyunturales de gran importancia política. Es el caso de Francia con la elección del presidente de la República por sufragio universal <sup>209</sup>, o el de España con la modificación de la Ley Orgánica sobre Distintas Modalidades de Referéndum, operada para subsanar los problemas planteados por el 28 de febrero andaluz <sup>210</sup>.

En cualquier caso no se puede decir en modo alguno que la práctica constitucional haya caminado tan al margen del texto constitucional como para que se pudiera formular en este período un concepto de reforma de la Constitución como el que vimos en el apartado anterior del *Deutschen Juristentags* de 1924, en el que la reforma de la Constitución y la anticonstitucionalidad pura y simple aparecían equiparadas <sup>211</sup>, así como tampoco se han producido, ni se podrían haber producido, en parte como consecuencia del control difuso operado por la opinión pública mucho más sensible a estas cuestiones hoy día, y en parte y sobre todo por el control de los Tribunales Constitucionales, las diferentes formas de manifestación de la reforma de la Constitución a las que hacía referencia la literatura de entreguerras, y que tan acertadamente sintetizara Loewenstein para las reformas expresas de la Constitución <sup>212</sup>.

La afirmación de la Constitución como norma jurídica se ha ido imponiendo de manera efectiva, con consecuencias prácticas indudables. Por un lado, los Tribunales Constitucionales han sido unos instrumentos que, si no han eliminado por completo las prácticas anticonstitucionales, sí las han reducido de manera muy notable. Por otro, el procedimiento de reforma ha sido un procedimiento generalmente respetado, que ha cumplido su misión de dar estabilidad al texto constitucional, de suerte que estuviera protegido contra cualquier mayoría parlamentaria.

En segundo lugar, aunque siga coleando el problema central del período

<sup>207</sup> A. Rossnagel, *op. cit.*, págs. 124 y sigs. y 171 y sigs.

<sup>208</sup> Caso de Alemania respecto a ciertas prácticas anticonstitucionales antes de la reorganización constitucional de la *Bundeswehr* o antes de ser aprobadas la reforma constitucional sobre la protección excepcional del Estado. Véase A. Rossnagel, *op. cit.*, págs. 124 y sigs. y 171 y sigs.

<sup>209</sup> L. Favoreu y L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, París, 1975, págs. 188-189.

<sup>210</sup> Obviamente, plantear la cuestión de la reforma en ese momento hubiera supuesto poner sobre la mesa todo el tema autonómico. Y eso era totalmente imposible. La solución fue mala. Pero el quid de la cuestión no estaba en ella, sino en el planteamiento inicial del problema, que fue disparatado.

<sup>211</sup> Véase nota 170.

<sup>212</sup> Loewenstein, *Erscheinungsformen...*, pág. 114.

de entreguerras, es decir, el tema de los límites de la reforma constitucional, la verdad es que el planteamiento que se hace del mismo es completamente diferente.

Hay que decir, ante todo, que, en la práctica, los límites se imponen con mucha más frecuencia que en el constitucionalismo posterior a la Primera Guerra Mundial. En parte porque en países como Italia, como consecuencia de la sustitución mediante disputadísimo referéndum de la Monarquía por la República, se introduce la irreformabilidad de la Constitución por lo que hace a la forma republicana del Estado y, en parte, porque la experiencia de las dictaduras fascistas, y en especial de la nazi, eliminó gran parte de las reservas que pudieran existir contra la introducción de tales límites.

Pero esta incorporación de las cláusulas de intangibilidad a las Constituciones va acompañada de una desproblematización del tema de los límites de la reforma.

En efecto, como vimos en el apartado anterior, ésta-era una cuestión íntimamente ligada al problema de fondo, comunismo soviético *versus* democracia parlamentaria, que dominó, sobre todo inicialmente, el constitucionalismo de entreguerras y era, al mismo tiempo, una expresión de la fragilidad de dicho constitucionalismo, de la fragilidad del compromiso político sobre el que se basaba.

La situación constitucional posterior a la Segunda Guerra Mundial es, por el contrario, completamente diferente. Ni existe ese enfrentamiento inicial de fondo en los términos radicales en que se produjo en la primera posguerra, ni el compromiso sobre el que se eleva el constitucionalismo de este período es un compromiso endeble, frágil. Más aún, si en los momentos inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial podían existir ciertas dudas acerca de la solidez del consenso sobre el que se basaban las nuevas Constituciones, estas dudas se han ido disipando con el transcurso del tiempo. Prácticamente no hay fuerza política con apoyo mínimamente mensurable en el continente europeo que se plantee como programa la negación de la democracia sin adjetivos, es decir, del sufragio universal, de la pluralidad de partidos, de la alternancia en el poder, de los derechos individuales y las libertades públicas, etc. En consecuencia, falta la base material sobre la que plantearse como problema político actual el tema de los límites de la reforma. El sentido de estos límites era mantener dentro de unas fronteras la actividad reformadora de fuerzas parlamentarias, eventualmente de una mayoría parlamentaria cualificada para poder operar la reforma de la Constitución. En la medida en que esto se ha conseguido como punto de partida de todo el debate político, el problema político real deja de existir, pues en relación con fuerzas extraparlamentarias, marginales, el problema es casi exclusivamente un problema académico.

De ahí que el tema de los límites de la reforma haya pasado a ser un tema más bien pacífico. Las investigaciones en este terreno posteriores a la Segunda Guerra Mundial, en la medida en que todavía tienen un cierto carácter polémico, de documento de combate, proceden de los primeros momentos de la posguerra y están influidas por motivos coyunturales. Es el caso de la obra de Horst Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung* (1953), redactada en el período en el que se discutía en Alemania el tema del rearme y de la necesidad

o no de reformar la Constitución para volver a organizar la *Bundeswehr*<sup>213</sup>, momento además en el que se abordará también por última vez en Alemania como problema real el otro gran tema de la reforma del período de entreguerras, la *Verfassungsdurchbrechung*<sup>214</sup>. A medida que el transcurso del tiempo va consolidando los sistemas constitucionales vigentes, el tema se desradicaliza y se reduce o bien a la mera exégesis de los preceptos constitucionales<sup>215</sup> o aparece, como en Suiza, como investigación «sistemática», cuando se inicia el debate sobre la reforma total de la Constitución<sup>216</sup>, o es tratado, por último, como una cuestión «histórica» en la que se pasa revista a todos los intentos de justificación del tema, para defender la necesidad de los procedimientos de revisión y la irreformabilidad de los previstos en el texto constitucional, llegándose a la conclusión de la «legitimidad» de la «vinculación del legislador que reforma la Constitución a la voluntad del constituyente histórico»<sup>217</sup>.

En la medida en que, parafraseando a Carl Schmitt, podríamos decir que los tiempos en que se plantea la cuestión de los límites de la reforma son malos tiempos constitucionalmente hablando, el que esta cuestión haya ido desapareciendo como problema político actual para quedar reducida a una cuestión puramente jurídica y, además, no particularmente problemática, es buena señal, es índice de que los tiempos, constitucionalmente hablando, no son tan malos<sup>218</sup>.

Pero, sobre todo, lo que cambia es la perspectiva central desde la que se plantea el tema de la reforma de la Constitución. ¿Qué función cumple la reforma dentro del sistema constitucional? ¿Qué sentido tiene la institución? ¿En qué medida es el único procedimiento de adecuación del texto a la realidad o simplemente uno más y ni siquiera el más importante? ¿Hasta qué punto es compatible la existencia de otros procedimientos de desarrollo de la Constitución con la reforma? Y en el caso de que se admita esto último, ¿qué relaciones existen entre ésta y aquéllos? Estos han sido los temas de fondo que han dominado la investigación sobre la reforma de la Constitución en el período posterior a 1945.

Evidentemente, la reflexión no es totalmente nueva. Ya en la literatura jurídica de finales del siglo pasado y comienzos de éste aparece el tema<sup>219</sup>. Asimismo, en el período de entreguerras la cuestión es rastreable en la obra de Smend, de su discípulo Hsü Dau lin sobre la *Verfassungswandlung* y, en menor medida, en la de Heller, obra con la cual conectan en buena medida y a la que mucho deben parte de la literatura jurídica reciente que se ocupa de la reforma. Pero la desvalorización del momento jurídico del texto constitu-

<sup>213</sup> H. Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlín, 1953.

<sup>214</sup> H. Ehmke, «Verfassungänderung und Verfassungsdurchbrechung», en *AÖR*, 1953-1954, págs. 386-418.

<sup>215</sup> Lo normal en los comentarios constitucionales, tipo Maunz-Dürig, Ingo von Münch para Alemania o de Branca para Italia.

<sup>216</sup> Paul Siegenthaler, *Die materiellen Schranken der Verfassungsrevision als Problem des positiven Rechts*, Bern, 1970.

<sup>217</sup> Erich Tosch, *Die Bindung des Verfassungsändernde Gesetzgebers an den Willen des historischen Verfassungsgebers*, Berlín, 1979.

<sup>218</sup> Cuando así no es, suele ser índice de las dificultades de consolidación del Estado democrático. Tal vez el caso de Portugal puede ser citado en este sentido.

<sup>219</sup> Bryce, *op. cit.*, págs. 77 y sigs.; Hildeheimer, *op. cit.*, págs. 17 y sigs.

cional, analizado casi exclusivamente como un elemento del proceso de integración en que el Estado consiste y sometido por completo a los avatares y necesidades que se manifiestan o pueden manifestarse en dicho proceso de integración, diferencian por completo el planteamiento del tema en este período del que se hace en la actualidad<sup>220</sup>.

Porque, en efecto, lo que caracteriza a la investigación actual sobre la reforma es el hecho de que parte de la Constitución como auténtica norma jurídica. Que es una norma jurídica singular que voluntaria y conscientemente deja muchas cuestiones reguladas de manera relativamente incompletas y «abiertas», por lo tanto, al futuro, que utiliza expresiones sumamente generales y susceptibles, en consecuencia, de ser interpretadas de manera muy diversa, etc. Pero es norma jurídica. Hay un texto escrito que debe ser respetado. En consecuencia, el texto es punto de partida para el desarrollo de la Constitución, pero también punto de llegada por encima del cual no se puede pasar. La Constitución no debe ser reformada mientras sea posible encontrar una solución congruente con su texto al problema que se plantea mediante la interpretación de la Constitución, pero tiene que serlo cuando ello no es posible. Esto, evidentemente, también puede ser materia de interpretación. Hay, por lo tanto, la posibilidad de caer en una suerte de círculo vicioso. Y de ello la teoría constitucional es plenamente consciente. Pero, en cualquier caso, es característico de ella la pretensión de respetar al máximo posible el texto constitucional.

Como puede verse, el tema de la reforma aparece conectado con la afirmación de la Constitución como norma jurídica y con la institucionalización de los Tribunales Constitucionales como garantes de la juridicidad de dicha norma. En esta tarea, el Tribunal Constitucional opera necesariamente como intérprete supremo de la Constitución, fijando los límites dentro de los cuales únicamente son posibles prácticas constitucionales<sup>221</sup>, por encima de los cuales no se puede pasar. A través de esta interpretación, la Constitución va experimentando una mudanza, sufre una evolución que puede ser, y de hecho suele ser, muy importante. Sobre esto no hay duda. Pero esta mudanza tiene sus límites. Y justo en éstos es donde empieza a plantearse el tema de la reforma.

Argumentado de manera diversa, éste es el planteamiento dominante por lo que al tema de la reforma se refiere. La reforma no es, por lo general, objeto de un estudio específico, no es estudiada en cuanto tal institución de manera autónoma, sino que las reflexiones sobre la reforma suelen aparecer como una especie de apéndice, no de los más problemáticos además, de la investigación sobre la «interpretación» de la Constitución.

Esto aparece con toda claridad, por ejemplo, en la obra de Hesse, en la cual la teoría de la reforma está directamente vinculada a su propio concepto de Constitución y a la especificidad del proceso de interpretación de la misma.

En efecto, para Hesse, la Constitución no es simplemente un reflejo de la realidad en el sentido lassaliano del concepto<sup>222</sup>, sino que la Constitución se

<sup>220</sup> R. Sniend, «Verfassung und Verfassungsrecht», en *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2.ª ed., Berlín, 1968, págs. 119-276; Hsü Dau-Lin, *Die Verfassungswandlung*, Berlín-Leipzig, 1932.

<sup>221</sup> Sentencia de 8 de abril de 1981, *FJ*, núm. 7.

caracteriza de manera muy principal por su pretensión normativa, es decir, por su voluntad de incidir en la realidad expresando un deber ser <sup>223</sup>.

Ahora bien, esta pretensión normativa no es separable de sus condiciones de realización <sup>224</sup>, sino más bien al contrario. Una pretensión normativa irrealizable en la práctica no es en realidad nada. La Constitución, por lo tanto, en cuanto norma jurídica, es inseparable de su proceso de realización, de lo que Hesse llama proceso de concretización <sup>225</sup>.

Naturalmente esto quiere decir que la interpretación de la Constitución se convierte en una cuestión clave, si no en la cuestión clave del Derecho constitucional. La interpretación de la Constitución se convierte en el instrumento básico de realización, de concretización de la Constitución, es decir, en el instrumento que permite que la Constitución sea tal <sup>226</sup>, al adaptarla al cambio que se produce en las relaciones sociales, ya que, como Hesse dice textualmente, «con el cambio de las relaciones que se dan en la realidad también la interpretación de la Constitución puede cambiar e incluso tendrá que cambiar» <sup>227</sup>.

El contenido de la Constitución tiene que ser, por lo tanto, un contenido que permanece «abierto al tiempo» (*in die Zeit hinein offen*) <sup>228</sup>, es decir, un contenido susceptible de experimentar mutaciones vía interpretación a medida que cambien las relaciones reales en las que la Constitución tiene que realizarse, que concretarse.

Este contenido se corresponde con las características de las normas constitucionales, que Hesse, siguiendo a Friedrich Müller <sup>229</sup>, define por la combinación del programa normativo (*Normprogramm*) y del ámbito normativo (*Normbereich*), es decir, por la combinación de la voluntad expresada en la norma y por la realidad que pretende normar.

En consecuencia, en la medida en que se producen cambios en el ámbito normativo tienen que producirse cambios en el programa normativo <sup>230</sup>. Y de ahí que se produzca necesariamente una mutación constitucional constante, de mayor o menor importancia según los casos, pero ininterrumpida <sup>231</sup>.

Esta mutación, esta mudanza, no puede, sin embargo, ser ilimitada, según Hesse, uno de cuyos trabajos lleva significativamente el título de *Grenzen der Verfassungswandlung*. La mudanza constitucional que es consustancial con su concepto de constitución tiene que tener sus límites. Y ésta es una cuestión sumamente importante, pues la Constitución no puede disolverse en «pura dinámica» <sup>232</sup>, ya que dejaría de ser el elemento estabilizador y asegurador de

<sup>222</sup> K. Hesse, *Die Normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, 1959, pág. 8.

<sup>223</sup> K. Hesse, *op. cit.*, pág. 16.

<sup>224</sup> K. Hesse, *op. cit.*, pág. 8; también del mismo autor, «Grenzen der Verfassungswandlung», en *Festschrift für U. Scheuner zum 70. Geburtstag*, Berlín, 1973, pág. 137, y *Grundzüge des Verfassungsrech der Bundesrepublik Deutschland*, Karlsruhe, 1977, páginas 17 y sigs.

<sup>225</sup> K. Hesse, *Grundzüge...*, pág. 17.

<sup>226</sup> K. Hesse, *Die normative...*, pág. 15.

<sup>227</sup> *Ibid.*

<sup>228</sup> K. Hesse, *Grundzüge...*, pág. 12.

<sup>229</sup> F. Müller, «Thesen zur Struktur von Rechtsnormen», en *ARSP*, 1970, págs. 493-509.

<sup>230</sup> K. Hesse, *Grundzüge...*, pág. 19, y *Grenzen...*, pág. 138.

<sup>231</sup> K. Hesse, *Grundzüge...*, pág. 19.

<sup>232</sup> K. Hesse, *Grundzüge...*, pág. 30.



la vida en sociedad que pretende ser <sup>233</sup>, además de que dejaría de jugar el papel sumamente importante que Hesse, siguiendo una importante tradición jurídica democrática, le otorga de «protección de las minorías» <sup>234</sup>.

Ciertamente, esta cuestión de los límites de la *Verfassungswandlung*, de la mudanza constitucional, a través de la interpretación de la Constitución es también una cuestión de interpretación. Y con ello, como decía antes, nos encontramos en una suerte de círculo vicioso. Hesse no puede dejar de reconocer esto. Pero como solución propone el respeto al texto constitucional en la operación interpretativa. Escribe Hesse: «Allí donde acaban las posibilidades de una comprensión llena de sentido del texto normativo y donde se produciría una mudanza constitucional en inequívoca contradicción con el texto de la norma, terminan las posibilidades de la interpretación de la norma y con ellas acaban también las posibilidades de una mudanza constitucional» <sup>235</sup>.

Es a partir de este momento cuando entra en juego la institución de la reforma de la Constitución. La reforma es un instrumento para resolver los problemas que no pueden serlo por medio de la interpretación. «Pues la cuestión de la reforma de la Constitución aparece exclusivamente en el momento en el que la elasticidad y el carácter abierto de la Constitución no son suficientes para enfrentarse con el problema que se plantea» <sup>236</sup>. Es decir, «allí donde el sentido de la regulación normativa no puede ser realizado en la realidad que ha cambiado, sólo queda la posibilidad de una revisión de la Constitución» <sup>237</sup>.

Entre la *Verfassungswandlung*, a través de la interpretación, y la reforma existe, pues, un *Stufenverhältnis*, ya que, en palabras de Hesse, «la problemática de la reforma de la Constitución comienza allí donde acaban las posibilidades de la mudanza constitucional» <sup>238</sup>.

Como puede verse, el tema de la reforma no es tratado sino como un apéndice, como una consecuencia que Hesse extrae del propio concepto de Constitución del que él arranca y de la importancia que en tal concepto ocupa la interpretación de la Constitución. Esta última es la que plantea auténticamente problemas. La reforma en sí misma, por el contrario, apenas si los tiene. Se trata simplemente del cumplimiento de los trámites previstos en la propia Constitución y nada más.

De forma similar aborda el problema Häberle, para quien la Constitución es la expresión jurídica de una sociedad abierta, pluralista y en la que pueden hacerse valer diversas alternativas <sup>239</sup>. Y de ahí la caracterización que él hace de la Constitución como un «sistema abierto» que «exige un desarrollo ulterior dinámico de las normas constitucionales» <sup>240</sup>. En términos casi machadia-

<sup>233</sup> K. Hesse, *Grundzüge...*, pág. 30, y *Grenzen...*, págs. 134 y 139.

<sup>234</sup> K. Hesse, *Grenzen...*, pág. 134.

<sup>235</sup> K. Hesse, *Grenzen...*, pág. 139.

<sup>236</sup> K. Hesse, *Grenzen...*, pág. 140.

<sup>237</sup> K. Hesse, *Die normative...*, pág. 16.

<sup>238</sup> K. Hesse, *Grundzüge...*, pág. 17.

<sup>239</sup> Esta concepción se refleja en toda la obra de Häberle, incluso en el propio título de sus artículos: «Öffentlichkeit und Verfassung» (*ZfP*, 1969), «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten» (*JZ*, 1975), «Zeit und Verfassung» (*ZfP*, 1974), «Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken» (*AÖR*, 1977), etc.

<sup>240</sup> P. Häberle, «Grundrechte im Leistungsstaat», en *VVDStRL*, Heft 30, Berlín, 1971,

nos, Häberle nos dice en este sentido que la Constitución está siempre *unterwegs* (en el camino)<sup>241</sup> y la define como *law in public action*, como «proceso público», como «norma marco» (*Rahmenordnung*)<sup>242</sup>.

En este proceso básico en que la Constitución consiste se pueden distinguir diversos instrumentos a través de los cuales dicho proceso se realiza, se pone en práctica, sin que exista una diferencia de naturaleza entre unos y otros. La reforma de la Constitución, la interpretación constitucional, la legislación sobre derechos fundamentales en uso de la reserva de ley son instrumentos para mantener la Constitución a la altura de los tiempos, para mantenerla como Constitución «pública», «abierta»<sup>243</sup>.

Más aún, Häberle afirma que tanto la reforma de la Constitución como la *Verfassungswandelnde Interpretation* (interpretación que produce una mutación de la Constitución) son formas de manifestación del «poder constituyente» en sentido amplio<sup>244</sup>, que él entiende como un proceso permanente y no temporalmente delimitado<sup>245</sup>. La Constitución no se hace en un momento determinado, sino que se va haciendo constantemente. En este hacerse la redacción del texto es un momento, sin duda, muy o el más importante, pero la interpretación constitucional, el desarrollo legislativo y la reforma de la Constitución son también momentos capitales<sup>246</sup>.

Häberle, sin embargo, aunque lleva la argumentación algo más lejos que Hesse en la valoración del elemento «temporal» en el desarrollo del texto constitucional, así como en las posibilidades de la mudanza de este último, se resiste también a disolver la Constitución en pura dinámica. Y de ahí que si, por un lado, define a la reforma de la Constitución y a la *Verfassungswandelnde Interpretation* como formas de manifestación de un mismo fenómeno, por otro se esfuerza en distinguirlas y en resaltar que no pueden sustituirse una a otra. Para él, como para Hesse, no puede existir una mudanza constitucional a través de la interpretación sin límites, y la relación entre ésta y la reforma de la Constitución es también una *Stufenverhältnis*, de tal suerte que la última empieza donde acaba la otra, si bien Häberle valora las posibilidades de desarrollo, de mudanza del texto constitucional por medio de la interpretación, de manera más amplia a como Hesse lo hace. «Cuanto más sutiles sean los métodos de interpretación, tanto mayor es el margen de maniobra frente a la reforma de la Constitución; la interpretación de la Constitución puede, en consecuencia, hacer superfluas determinadas reformas constitucionales»<sup>247</sup>.

Pero las reformas de la Constitución pueden llegar a ser necesarias. Y ello es así, según Häberle, o bien allí donde la solución del problema que se plantea mediante la interpretación de la Constitución puede llegar a ser disfuncional, es decir, donde la interpretación por los tribunales sobrecargaría al

pág. 70; *Das Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II Grundgesetz*, Karlsruhe, 1972, pág. 214; *Zeit und Verfassung*, págs. 115, 117, 136.

<sup>241</sup> P. Häberle, *Öffentlichkeit...*, pág. 282.

<sup>242</sup> P. Häberle, *Zeit...*, pág. 115.

<sup>243</sup> P. Häberle, *Zeit...*, pág. 135.

<sup>244</sup> P. Häberle, «Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung», en *Zeitschrift für das Schweizerische Recht*, 1978, págs. 16, 17, 20 y 27.

<sup>245</sup> P. Häberle, «Verfassungsinterpretation...», pág. 25.

<sup>246</sup> *Ibid.*, pág. 17.

<sup>247</sup> P. Häberle, *Zeit...*, pág. 136.

sistema total<sup>248</sup>, o bien cuando se tienen que introducir cambios abruptos, bruscos en el Derecho constitucional, para lo cual la vía interpretativa no es la adecuada<sup>249</sup>.

De esta manera, Häberle llega a la conclusión de que la reforma de la Constitución y la interpretación de la Constitución son «instituciones que se diferencian realmente o que son susceptibles de ser diferenciadas una de otra, menos desde un punto de vista cualitativo, que instituciones que se diferencian en el curso del tiempo»<sup>250</sup>, que se diferencian «más *ex ante* que *ex post*, y más en la estructura formal que en el resultado práctico»<sup>251</sup>.

En última instancia, la desproblematización de la reforma o, si se prefiere, la disolución del tema de la reforma dentro del tema más general de la aplicación, de la realización de la Constitución en la práctica, se produce en la obra de Häberle exactamente igual que en la de Hesse.

No muy diferente tampoco es el análisis de la reforma de la Constitución y de la función que cumple dentro del ordenamiento constitucional que efectúa Lerche, a pesar de que la posición de la que arranca es diferente de la de Hesse o Häberle. De nuevo la reforma de la Constitución aparece como un apéndice de la cuestión más general del desarrollo de la Constitución a la cola del tema de la interpretación constitucional.

En efecto, para Lerche, la Constitución es «un concentrado de aquellas ideas que subyacen a la ley constitucional y que han llegado a alcanzar fuerza jurídica vinculante»<sup>252</sup>, que son «una expresión concentrada, de rango superior, de ideas jurídicas fundamentales»<sup>253</sup>. En consecuencia, en la medida en que cambian esas ideas que subyacen a la Constitución (*unterverfassungsgesetzlichen Vorstellungen*) a través del desarrollo legislativo de la Constitución o a través de la interpretación constitucional, cambia también de manera necesaria el contenido de la Constitución<sup>254</sup>.

De esta manera se abren unas posibilidades de desarrollo del texto constitucional sumamente amplias. Tanto que Lerche se preocupa de fijar los límites a un tal «*Verfassungswandel durch Besserwissen*» (mudanza constitucional mediante un mejor conocimiento)<sup>255</sup>, que, según él, serían los siguientes: todo cambio rápido, abrupto, en las estructuras fundamentales, profundas, de la Constitución debe efectuarse a través del procedimiento de reforma previsto en la Constitución, porque lo contrario iría contra la propia esencia de la Constitución de ser un instrumento de seguridad jurídica<sup>256</sup>. Hay determinadas materias, determinados cambios, pues, que tienen que estar sustraídos al legislador ordinario y a la interpretación constitucional.

Por el contrario, sí son admisibles cambios progresivos, paulatinos a través de la legislación o de la interpretación constitucional, que pueden llegar

<sup>248</sup> P. Häberle, *Zeit...*, pág. 137.

<sup>249</sup> P. Häberle, *Zeit...*, pág. 136.

<sup>250</sup> P. Häberle, *Zeit...*, pág. 133.

<sup>251</sup> P. Häberle, *Zeit...*, pág. 122, nota 78.

<sup>252</sup> P. Lerche, «Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum», en *Festgabe für Th. Maunz zum 70 Geburtstag*, München, 1971, pág. 286.

<sup>253</sup> P. Lerche, *op. cit.*, pág. 286.

<sup>254</sup> P. Lerche, *op. cit.*, pág. 287.

<sup>255</sup> P. Lerche, *op. cit.*, pág. 289.

<sup>256</sup> P. Lerche, *op. cit.*, págs. 291, 292 y 294.

incluso, con el transcurso del tiempo, a modificar el sustrato sobre el que la Constitución se levanta y a producir como resultado cambios en las estructuras profundas, fundamentales de la Constitución<sup>257</sup>.

El planteamiento, como puede verse, sigue rondando siempre por los mismos caminos. El problema central es siempre el de la especificidad de la Constitución como norma jurídica, los problemas que plantea el desarrollo del texto constitucional y el de los instrumentos de tal desarrollo, es decir, de las vías de concreción o realización de la Constitución. Dentro de esta problemática general se inserta la cuestión de la reforma de la Constitución como un problema más, no el primero, ni siquiera el más importante. La reforma es simplemente la garantía excepcional del pacto constitucional y el recurso último de adecuación del texto constitucional a la realidad cuando no bastan los demás.

Esta posición se refleja incluso, como la otra cara de la moneda, en la literatura jurídica que sostiene una teoría de la reforma de la Constitución que se enfrenta de plano a la que acabo de exponer, y que procede de corrientes socialistas o democrático-radicales.

En general, para esta corriente, de la cual serían exponentes un Abendroth, un Seifert, etc.<sup>258</sup>, el punto de partida es una valoración de la Ley Fundamental de Bonn como norma que está «a la izquierda» de la realidad constitucional que se ha ido generando en la República Federal de Alemania a través del desarrollo legislativo de la Constitución o a través de la *Verfassungswandelnde Interpretation*<sup>259</sup>. Como consecuencia de ello, estos autores mantienen una postura de respeto escrupuloso del texto constitucional, que sólo es modificable a través del procedimiento de reforma previsto en el artículo 79 de la Ley Fundamental, y rechazan como anticonstitucional todo lo que no coincida de manera indubitable con él. Lo que se ha ido produciendo a través del desarrollo legislativo o a través de la interpretación de la Constitución es una realidad anticonstitucional que, la mayor parte de las veces, subsiste como tal, y que a veces es «legalizada *a posteriori*» mediante la reforma de la Constitución<sup>260</sup>.

En la propia defensa del compromiso originario que se plasmó en la Ley Fundamental de Bonn, por ser más progresista que la realidad y en la negación de las posibilidades de evolución del Derecho constitucional, si no es a través de la reforma de la Constitución, esta doctrina está poniendo patéticamente de manifiesto cómo en la realidad del Estado constitucional democrático las cosas no son así, no van por ese camino. Al contrario, a medida que el Estado democrático se estabiliza, la reforma de la Constitución queda en un muy segundo plano frente a la interpretación constitucional como instrumento de concreción, de realización de la Constitución, de adaptación de la Constitución a la realidad.

<sup>257</sup> P. Lerche, *op. cit.*, págs. 293 y 297.

<sup>258</sup> W. Abendroth, *Das Grundgesetz*, Pfullingen, 1972; Seifert, *op. cit.*

<sup>259</sup> W. Abendroth, *op. cit.*, pág. 103.

<sup>260</sup> Sifert, *op. cit.*, pág. 35.

## IV. CONCLUSIONES

El análisis histórico efectuado hasta el momento de la función que ha cumplido la reforma de la Constitución en las diversas fases de evolución del Estado constitucional permite extraer una serie de conclusiones que podrían sintetizarse en los siguientes términos:

En primer lugar, y a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos de América, la reforma de la Constitución no alcanza el nivel de una auténtica garantía jurídica en el continente europeo hasta una fase muy reciente de desarrollo del Estado constitucional, concretamente hasta el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial, al menos de forma general. Antes, la institución está pensada más como una institución política que jurídica, y de ahí su escasa consistencia como garantía y su débil aportación a la estabilidad de la Constitución como norma.

En segundo lugar es de destacar que, justamente a partir de ese momento, es decir, justamente desde el momento en que adquiere el nivel de una auténtica garantía jurídica, la propia institución de la reforma deja de ser el instrumento fundamental para adecuar el texto constitucional a la mutable realidad social y política sobre la que pretende operar, convirtiéndose, por el contrario, en la «garantía excepcional», que se yuxtapone a la garantía «normal», la justicia constitucional, la cual, a través de la interpretación de la Constitución, es la que efectúa básicamente la operación de adecuar la norma constitucional a la realidad. La reforma de la Constitución queda en cierta medida como un recurso de emergencia, al que hay que acudir cuando no es posible solucionar el problema de que se trate mediante la interpretación constitucional.

En tercer lugar, esto es así, en mi opinión, porque responde a la propia naturaleza del poder político estatal, que no admite, a un determinado nivel de desarrollo prescindir de las garantías jurídicas del pacto político que subyace a toda convivencia civilizada, y que tampoco puede extender *a priori* el control del poder político mediante formas jurídicas, sino a través de fórmulas muy generales y abiertas, concretables con un cierto grado de discrecionalidad controlada o, mejor dicho, susceptible de ser controlada en última instancia.

Esto es lo que me interesaba poner de manifiesto en esta primera parte del trabajo. Confío en que a esta altura haya quedado claro. De ahí que no le prestara excesiva atención a los mecanismos de reforma de la Constitución contenidos en los diferentes textos constitucionales extranjeros o españoles mencionados a lo largo de la exposición, sino que simplemente se aludiera a ellos como ilustración de la tesis que se estaba formulando y se pretendía demostrar.

Tras este recorrido histórico pienso que estamos en buenas condiciones para pasar al análisis del título X, en el cual tendremos en buena medida que cambiar de terreno y entrar en el examen de los procedimientos concretos de reforma de la Constitución previstos en dicho título y de los problemas que se plantean.

Antes, sin embargo, desearía añadir algo que estimo importante y que ten-

go la impresión de que tal vez no lo haya dejado suficientemente claro en la exposición anterior.

Me refiero concretamente a lo siguiente: la reforma de la Constitución ha pasado a ser ciertamente una garantía excepcional, pero una garantía que se cumple y que se pone en práctica, de la que se hace uso. En un país como la República Federal de Alemania, con un Tribunal Constitucional que funciona con regularidad desde hace treinta años, las reformas constitucionales han sido importantes. Y lo mismo cabría decir de otros países europeos. La desproblematización, la desradicalización de la reforma supone al mismo tiempo el que se pueda recurrir a ella cuando las circunstancias lo requieran sin especiales dificultades. Y en este sentido, la posibilidad de plantear el tema de la reforma de la Constitución como un tema en cierta medida «normal», o, si se prefiere, normalizado, aunque «excepcional», como un tema que deja de ser tabú, es uno de los índices más claros de la salud democrática del Estado en el que esto ocurre.

Dicho con otras palabras: hemos visto que, para que la reforma de la Constitución alcance el nivel de una garantía jurídica, se tienen que dar determinados presupuestos políticos, tienen que madurar ciertas condiciones políticas, que coinciden con la plena afirmación del Estado democrático. No es de extrañar, en consecuencia, que todas las circunstancias que influyen en la evolución democrática del Estado repercutan en la función que se le asigna a la reforma de la Constitución. Cuanto menos firme, cuanto más frágil sea el sistema democrático, tanto más se politizará el tema de la reforma de la Constitución, más perderá su carácter de garantía jurídica, para pasar a ser una suerte de trinchera en la lucha política, trinchera que habrá de ser defendida o asaltada según la peculiar posición de las fuerzas en lucha, pero trinchera al fin y al cabo. En estas circunstancias es difícil que se pueda hacer uso de ella.

Explicando el éxito de la Constitución americana, Alexis de Tocqueville resumió de manera admirable el porqué de tal éxito, diciendo que «apenas si hay en los Estados Unidos una cuestión política que no acabe convirtiéndose, más pronto o más tarde, en una cuestión judicial». La juridificación de la política, la canalización de la política mediante formas jurídicas. Este es un aspecto esencial, si no el aspecto esencial del Estado democrático. Pero éste es un resultado tardío en el continente europeo y de casi nula tradición en España. Por eso la Constitución en cuanto norma jurídica ha tardado en afirmarse tanto en Europa y por eso la reforma en cuanto «Constitución de la Constitución» ha tenido que pasar por tantas fases antes de afirmarse como institución jurídica. En algunos casos esto está todavía por hacer, se está todavía en la fase de crear las condiciones para que la reforma de la Constitución llegue a ser lo que conceptualmente debe ser en el Estado democrático. Y esto no puede ser olvidado, so pena de hacer una investigación exclusivamente académica en el mal sentido del término.