

LA REFORMA CONSTITUCIONAL COMO DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LA DEMOCRACIA

Por Pedro de Vega García

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad Complutense de Madrid

El Estado constitucional cimenta su estructura en dos pilares fundamentales: por un lado, en el principio político democrático; por otro, en el principio jurídico de la supremacía constitucional. Conforme al principio político democrático se entiende que corresponde al pueblo, en cuanto titular de la soberanía, el ejercicio indiscutible del poder constituyente. Según el principio de supremacía, se considera que la Constitución es *lex superior*, que obliga por igual a gobernantes y gobernados.

Confluyen de esta suerte en la organización estatal que históricamente surge como consecuencia de los procesos revolucionarios burgueses, dos líneas de pensamiento perfectamente diferenciables. La primera sería la que, intentando proporcionar una justificación racional del poder, arranca de las incipientes formulaciones medievales de la doctrina pactista (Nicolás de Cusa, Marsilio de Padua, etc.), para terminar en la formidable construcción del iusnaturalismo contractualista (Althusius, Locke, Rousseau, Kant, etc.).

La segunda, preocupada no tanto en justificar el poder como en propiciar su limitación, y que podría situar su génesis en la teoría medieval de la supeditación del gobernante a la ley (Bracton, Fortescue, etc.) llegaría, a través de las versiones y matices más dispares (entre las que no resultaría ocioso

recordar la literatura política monarcómaca del derecho de resistencia), a la más completa y acabada formulación en la obra de Montesquieu, en los umbrales mismos del triunfo y la institucionalización de la revolución burguesa.

Entre ambas líneas de pensamiento, que responden a objetivos diversos y cumplen finalidades distintas, subyace, sin embargo, una contraposición indudable, de la que es necesario dejar constancia, en la medida en que anticipa históricamente en el plano teórico la problemática desde la que, por extraño que pueda resultar, sólo se hace posible comprender el significado, el fundamento y el alcance de la reforma constitucional.

Como es de sobra conocido, fue Rousseau quien, al llevar hasta sus últimas consecuencias la doctrina del pacto social, estableció la contraposición más rotunda entre el principio político democrático y la teoría limitadora del poder sobre la que se asentarían luego los fundamentos más sólidos para poder proclamar la concepción de la Constitución como ley suprema. El razonamiento de Rousseau es contundente y claro: porque el pueblo es soberano, y porque la soberanía es inalienable, el pueblo solo debe obedecerse a sí mismo, ejercitando directa e inmediatamente el poder político. Lo que significa que la única democracia concorde con las exigencias del contrato social, es la democracia directa o de la identidad, de la que derivarán, a su vez, dos importantes corolarios. En primer lugar, que al actuar el pueblo permanentemente dentro de ella en su condición de sujeto soberano, una teoría coherente de la limitación del poder resulta imposible, pues un poder soberano es por definición un poder ilimitado. En segundo lugar, que si la idea de Constitución, en cuanto mecanismo limitador del poder, carece de fundamento en el ámbito de la democracia de la identidad, igualmente se hará inadmisibile su entendimiento como aparato a través del cual se organiza la vida del Estado. La comunidad política surge por mediación del *pactum societatis*, en el cual el acuerdo de todos los consociados da lugar al tránsito de

la *societas naturae* a la *societas civile sive política*. La única Constitución imaginable sería la que se identificara con el mismo contrato social.

Ahora bien, cuando el concepto de Constitución se hace equiparable al contrato social, y se entiende que la firma del pacto social, por cuya mediación surge la *societas civilis sive política*, es el mismo acto constitucional, nada tiene de extraño que las condiciones establecidas para modificar el contrato sean las exigidas para cambiar la Constitución. Esta es la postura, por ejemplo, mantenida por Rousseau en sus *Considérations sur le gouvernement de la Pologne*, donde, en el capítulo IX afirma : “Conforme al derecho natural de las sociedades, la unanimidad es requerida para la formación del cuerpo político y de las leyes fundamentales vinculadas a él [...]. Ahora bien, la unanimidad exigida para su establecimiento, debe ser la misma requerida para su abrogación”. En idéntico sentido Vattel (cuyo pensamiento sería, con el de Rousseau, sin duda alguna, el más influyente en las elites ilustradas del siglo XVIII), al identificar la noción de contrato con la de *loi fondamentale*, entendería que, de igual manera que el pacto social requiere la unanimidad para su modificación, la *loi fondamentale* la exige también. En los comentarios al *Jus naturae* de su maestro Wolf, lo especificaría con claridad: “*Populus ipse cum rege quacumque in republica leges fundamentales mutare non potest sine consensu unanimi totius nationis*”.

No se necesita demasiada perspicacia para darse cuenta de que, al exigirse la unanimidad para la modificación de la Constitución, lo que en realidad se estaba proclamando, como con acierto observa Esmein, era su inmutabilidad. Y ello, porque la unanimidad suponía una condición y “un dato quimérico, imposible de conseguir”.

Para paliar las nocivas consecuencias que, en el orden práctico derivarían de la exigencia de la unanimidad, pues si hacía imposible la

modificación de la Constitución, también hacía inviable su aprobación, los procesos revolucionarios burgueses se verían obligados a proceder con urgente necesidad a la separación entre contrato social y acto constitucional. La distinción, planteada con precisión en América, en la obra del pastor John Wyse (*A vindication of New England Churches*), uno de los mentores ideológicos más conspicuos de la revolución, como le llamó Adams, sería desarrollada en Francia en la época de la Convención, justamente en el momento en que la influencia de Rousseau era más notoria. Los discursos pronunciados ante la *Convención*, en Abril de 1793, por Valdruche, Romme, Isnard van todos encaminados a distinguir categorial y cronológicamente tres supuestos distintos: Declaración de Derechos, que es lo primero; en segundo término, el pacto social, por el que se crea el cuerpo político; y, por último, el acto constitucional por el que se organiza el Estado y se controlan sus poderes. Valgan como testimonio las siguientes palabras de Isnard pronunciadas en la sesión del 10 de Mayo de 1793 (*Archives parlementaires*, vol. LXIV): “Debe reconocerse en primer lugar cuáles son los derechos naturales de todos y proclamarlos [...] . Inmediatamente después de la declaración de derechos, proceder a redactar la Constitución decretándola por mayoría de votos supondría la violación de todos los derechos de los asociados. Para seguir el orden natural de la organización social hay que proceder, antes de toda ley constitucional, a la redacción de un pacto social. Este acto debe ser intermedio entre la declaración de derechos, que le sirve de base, y la Constitución, a la que sirve de barrera y regulador. Si el pacto social difiere de una simple declaración de derechos, difiere más aún de un acto constitucional. Hacer un pacto social es redactar el instrumento por el que ciertas personas consienten formar una asociación con tales o cuales condiciones previas. Hacer una Constitución, por el contrario, es únicamente determinar la forma de gobierno [...]. En un caso se crea la sociedad, en el otro se organiza”. Con lo cual, el acto constitucional (la Constitución), siendo “una magnífica y espléndida creación del espíritu humano” (como dijera el propio Isnard), no por ello se convierte en

su definición conceptual en un supuesto que, por requerir la unanimidad, se transforma en inmodificable. La unanimidad, que se sigue considerando necesaria para la firma y modificación del pacto social, ya no se exigiría para el acto constitucional que, de esta suerte, podría aprobarse o cambiarse por mayoría.

La exclusión del requisito de la unanimidad resultaba tanto más obligada cuanto que los propios requerimientos de la realidad ponían de manifiesto las contradicciones y compromisos a que, inexorablemente, se veía sometida la obra revolucionaria, y que impedían su consideración como algo perfecto y definitivo. La idea de que la Constitución podía ser susceptible de cambios y mejoras es una constante que se repite por todas las figuras más significativas de los procesos constituyentes americano y francés.

Al mismo tiempo, derivada de la propia noción de poder constituyente, se compartiría igualmente la creencia de que “el poder constituyente de un día no podía condicionar al poder constituyente del mañana”. Lo que, traducido en otros términos, significa que la Constitución no podía ni debía tampoco entenderse como una ley eterna. Jefferson en sus escritos denuncia en varias ocasiones como tremendo absurdo que los muertos puedan, a través de la Constitución, imponer su voluntad contra los vivos. En similar sentido, escribe Paine estas impresionantes palabras: “Sólo los vivos tienen derechos en este mundo. Aquello que en determinada época puede considerarse acertado y parecer conveniente, puede, en otra, resultar inconveniente y erróneo. En tales casos, ¿quién ha de decidir?, ¿los vivos o los muertos?”. La respuesta a tan gráfico interrogante la ofrece la propia Constitución francesa de 1793 que, en el artículo 28, establece: “Un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras”.

En la medida en que el constitucionalismo adquiere una proyección histórica cada vez más amplia, y que en la práctica se comprueba que las leyes fundamentales, sometidas a la dinámica de la realidad y al *panta rei* heraclitiano de todo lo viviente, sufren transformaciones inevitables, se generalizará la conciencia de que bajo ningún concepto puede entenderse las como leyes permanentes y eternas. Frente a la idea de inmutabilidad se contraponen entonces la idea de cambio. Porque las Constituciones necesitan adaptarse a la realidad, que se encuentra en constante evolución, porque su normativa envejece con el paso del tiempo y porque la existencia de lagunas es un fenómeno inevitable, que deriva de la compleja e inabarcable realidad que con ellas se pretende regular, su modificación resulta inexorable. Con profunda intuición Sieyès mantuvo en 1789, en la presentación del proyecto de Declaración de Derechos, no sólo que la Constitución podría reformarse, sino “que además es conveniente determinar épocas fijas en que tendrá lugar dicha revisión”. La pregunta a contestar sería: ¿cómo organizar dentro de la lógica del Estado constitucional sus propios procesos de transformación? Obvio es indicar que es éste el interrogante al que pretende dar respuesta la técnica de la reforma constitucional.

Ni que decir tiene que se trata de un interrogante que, por carecer de sentido en los planteamientos de Rousseau y en la lógica de la democracia de la identidad, el pensador ginebrino había dado por resuelto con la identificación conceptual y cronológica del pacto social y el Acto Constitucional. Para hacer viable la idea de Constitución como instrumento limitador y organizador de los poderes del Estado, se requería, por lo tanto, partir de unas premisas contrarias a las que llevaba como conclusión inexorable la doctrina del pacto social. Frente a la democracia de la identidad, como exigencia del racionalismo contractualista, se coloca entonces la democracia representativa, como imperativo impuesto por la realidad y por la historia. Y es de esta impresionante y obligada claudicación de la lógica de la razón del iusnaturalismo pactista ante

la lógica de la historia, y que el propio Rousseau no pudo por menos de reconocer, de donde habrá siempre que partir en el entendimiento de la Constitución como una ley suprema capaz de controlar y limitar el poder.

Al producirse, en el marco de la democracia representativa, la escisión entre gobernantes y gobernados, se establecerán las premisas para consagrar la Constitución como una ley suprema que, surgida de la voluntad soberana del pueblo, puede domeñar la voluntad no soberana del gobernante. Por otro lado, paralela a la distinción entre gobernantes y gobernados, la democracia representativa implica, frente a la democracia de la identidad, una distinción, una distribución y una organización de los diversos poderes del Estado. Cuando el gobernante es soberano, bien se trate del monarca absoluto, bien de la *volonté générale* rousseauiana, la organización del Estado depende única y exclusivamente de su voluntad. Cuando, por el contrario, se considera que el gobernante no es soberano, sus competencias y atribuciones tendrán previamente que venir configuradas por la ley. Lo que equivale a indicar que la Constitución pasará a entenderse como mecanismo de control del poder y como ley suprema, en la medida en que es, a su vez, el mecanismo de organización de las competencias y atribuciones de los diferentes órganos estatales. Mientras la democracia de la identidad expresa la espontaneidad política, la esencia de la democracia representativa radicará precisamente en cómo proceder a su organización.

No es, por supuesto, el momento de discutir ahora en sus pormenores la confrontación entre Rousseau y Montesquieu, entre la democracia de la identidad y la democracia representativa. Lo que importa tan sólo señalar es que el evidente triunfo en la praxis histórica y política de la democracia representativa frente a la democracia de la identidad, y la consiguiente aparición de la teoría constitucional, más que obedecer al desarrollo efectivo del principio político democrático, a lo que en realidad responde es a la

amputación y a la negación más rotunda de ese principio en el terreno de la práctica. Porque se renuncia previamente a la democracia de la identidad como posibilidad histórica, es por lo que se hace posible plantear una teoría de la limitación del poder y, en definitiva, una teoría de la Constitución como ley suprema, en el marco de la democracia representativa.

Como es bien sabido, la contraposición y la distancia entre el principio legitimador democrático de la soberanía popular y la teoría de la limitación del poder, expresada en el entendimiento de la Constitución como ley suprema, adquirieron su dimensión más significativa y, a la vez, más conflictiva, con la aparición histórica de la bautizada por Benjamín Constant con el nombre de Democracia Constitucional. El problema comenzó planteándose con el establecimiento de la misma noción de poder constituyente, del que a todas luces se desprende una ambigüedad y una contradicción manifiestas. Ciertamente, al asignarse al pueblo, como titular único de la soberanía, la titularidad del poder constituyente con la facultad de dictar y aprobar la Constitución, se intentaba salvar el principio democrático. Pero, no es menos cierto que se trataba de una salvación efímera, ya que una vez realizada su obra y aprobada la Constitución, el poder constituyente quedaba reducido a una pura abstracción conceptual, y el dogma de la soberanía popular abandonaba con él la realidad de la historia para pasar igualmente a los cielos de la metafísica. En su lugar aparecía entonces, con la aprobación de la Constitución, concebida como norma obligatoria y suprema, aplicable por igual a gobernantes y gobernados, la idea de supremacía constitucional como único principio verdaderamente operante en el Estado Constitucional. En un ejercicio prodigioso de taumaturgia jurídico-política, la soberanía política del pueblo podía transformarse así en una soberanía del Derecho con Krabbe, o directamente en una soberanía de la Constitución con Kelsen.

No obstante, la anulación, la negación o el olvido del principio democrático, en aras del reconocimiento del principio de supremacía constitucional, en vano pudo justificarse desde la consideración milagrosa del texto constitucional como expresión viviente del poder soberano del pueblo y como manifestación de la presencia efectiva de éste en la vida del Estado. El conflicto entre la soberanía popular y la soberanía de la Constitución tenía que estallar por necesidad como un fenómeno inevitable en todos los momentos en los que, respondiendo a exigencias y requerimientos de la realidad y de la historia, se hacía necesario introducir modificaciones en la legalidad constitucional.

El dilema a resolver en esas circunstancias, y al que la racionalización jurídica de la Democracia Constitucional no podía dejar sin respuesta, cabe formularlo en los siguientes términos: o se considera que la Constitución como ley suprema puede prever y organizar sus propios procesos de transformación y de cambio, en cuyo caso el principio democrático inexorablemente queda aniquilado, o se estima que, para salvar la soberanía popular, es al pueblo a quien corresponderá siempre, como titular del poder constituyente, realizar y aprobar cualquier modificación de la Constitución, en cuyo supuesto la que se verá corrosivamente afectada será la propia idea de supremacía constitucional. Difícilmente cabe otorgar a la Constitución el calificativo de ley suprema, si sus obligadas y más elementales adaptaciones al cambio histórico no pueden ser previstas ni reguladas por ella misma, y tiene que dar entrada en su seno al soberano, a quien precisamente se trata de controlar.

Como solución a este dilema y, en definitiva, como punto de confluencia y lugar de encuentro de toda la problemática que suscita el antagonismo entre un poder soberano y un poder limitado por el Derecho, que está en la base del Estado Constitucional moderno, aparece la temática de la reforma constitucional, cuyo fundamento descansa en un doble postulado: en primer

lugar, en la afirmación indubitable del poder constituyente. “De igual forma – decía Sieyès en su *Exposition raisonnée* ante el Comité de Constitución de la Asamblea Nacional el 20 de Julio de 1789- que los poderes constituidos no pueden cambiar la Constitución, el poder constituyente todo lo puede en este orden”. En segundo término, en el reconocimiento del hecho en virtud del cual se considera que el poder constituyente, en el ejercicio de sus facultades soberanas, del mismo modo que organiza y establece las atribuciones y competencias de los poderes constituidos, puede crear también un procedimiento y un poder especial (el poder de revisión), capaz de ordenar y regular las transformaciones futuras del ordenamiento fundamental.

Fueron estas dos ideas, inicial y paradójicamente formuladas por Vattel y Rousseau, las que alentarían la discusión del proceso constituyente francés de 1791, y que de una forma explícita se recogerían luego en el artículo 1 del título VII de la Constitución, que reza así: “La Asamblea Nacional constituyente declara que la Nación tiene el derecho imprescindible de cambiar su Constitución, sin embargo, considerando que es más conforme al interés nacional, usar únicamente por los medios expresados en la propia Constitución del derecho de reformar los artículos que, según la experiencia, se estime deben ser cambiados, establece que se procederá a ello por medio de una Asamblea de revisión”.

No se niegan de este modo las facultades soberanas del poder constituyente, que, como poder previo, ilimitado y sin control, en cualquier momento tiene la posibilidad, en el ejercicio de su propia fuerza, de reformar y cambiar la Constitución. Lo que en realidad se consagra en este artículo es una separación fundamental –aunque no siempre bien comprendida- en el ejercicio de la facultad constituyente. Puede, en efecto, concebirse la actividad constituyente como una actividad libre y soberana y, como tal, no sometida a ningún tipo de procedimientos jurídicos. Pero puede también entenderse como

una actividad reglada por la propia Constitución. El poder constituyente que es libre y soberano, decide, en este caso, como en pleno momento revolucionario proclamó Frochot, estatuir su propia limitación. “Es precisamente como consecuencia de su omnímoda potestad –dijo Frochot- por lo que la Nación, consagrando su derecho, se prescribe a sí misma un medio pacífico y legal de ejercerlo. Lejos de ver en este acto una alienación de la soberanía nacional, yo lo entiendo, al contrario, como una de las más hermosas manifestaciones de su fuerza y de su independencia”.

No vamos a discutir ahora el gran interrogante sobre cómo y en qué condiciones cabe admitir esa autolimitación del poder constituyente, y que, con razón, Burckhardt, colocó como la pregunta fundamental y al mismo tiempo más corrosiva para el impresionante intento de racionalización jurídica del Estado constitucional. A ella me referiré luego. Lo que por el momento me interesa dejar bien sentado, y sin equívoco alguno, es el hecho de que, cuando se admite la posibilidad de autolimitación del poder constituyente, y frente al ejercicio de unas facultades soberanas y sin control jurídico, se reconoce la existencia de un poder de reforma, reglado y ordenado en la propia Constitución, lo que ya no cabe bajo ningún concepto es entremezclar y confundir las nociones de poder constituyente y poder de revisión. El poder constituyente, como poder soberano, previo y total, podrá en todo momento, claro es, modificar, transformar, y destruir incluso, el ordenamiento constitucional. Pero será en el ejercicio de sus atribuciones soberanas, operando como *res facti, non juris*. Lo que significa que, por la misma razón que se le considera y cataloga como poder político y de hecho, no se le puede encuadrar ni definir como poder jurídico y limitado. A la inversa, el poder de reforma, en la medida en que aparece reglado y ordenado en la Constitución, se convierte en un poder limitado, lo que quiere decir que la actividad de revisión no puede ser entendida nunca como una actividad soberana y libre. Se

concretaría de esta forma la distancia y la separación que media entre la acción legal y la revolución.

Por no haber sabido o por no haber querido comprender la diferencia en el ejercicio de las facultades constituyentes (bien como actividad soberana y, a la postre, revolucionaria, bien como actividad legal y, en consecuencia, limitada), y por la inexorable confusión que de esa circunstancia deriva entre el poder constituyente y el poder de reforma, no han sido pocos los disparates, los errores y las incongruencias en el tratamiento teórico y en la regulación legal de la problemática de la reforma constitucional.

No deja de ser significativo que, dando por válido el argumento de Frochot, y la solución brindada en el artículo 1º, título VII de la Constitución francesa de 1791, para fundamentar la reforma constitucional, en lugar de definir el poder de reforma como un poder constituido y limitado, se haya desarrollado, sin embargo, tanto en la doctrina como en la práctica legislativa más generalizadas, su consideración como un auténtico poder constituyente soberano. Con lo cual, la conclusión a la que habría que llegar sería a la de que el poder de reforma, que se justifica en un acto de autolimitación del poder soberano, terminaría siendo un poder ilimitado y sin control. Para que esto no suceda, la única interpretación correcta del poder de reforma, no puede ser otra que la de entenderlo como un poder limitado (*pouvoir constituant institué*, lo llamaban los franceses). A fin de cuentas, sólo así podrán comprenderse debidamente el significado y las funciones de la reforma constitucional.

Cuatro son las perspectivas desde las que cabe analizar la problemática y las funciones de la reforma en la moderna organización constitucional democrática. Primero, como instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política. En segundo término, como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado. En tercer lugar, como la

institución básica de garantía en la Democracia Constitucional. Y, por último, como solución al problema que, en la dialéctica entre el principio democrático y el principio de soberanía constitucional, presenta el hecho de la temporalidad del poder constituyente.

Es incuestionable, en primer lugar, que la realidad política que la Constitución debe regular es una realidad en permanente devenir. También es evidente que la normativa constitucional, como cualquier otro complejo normativo, aparece como una estructura en la que cristalizan en imperativos atemporales, fijos y permanentes, una serie de relaciones que, en su dimensión histórica y práctica, son esencialmente cambiantes y variables. La necesidad de adecuar la realidad política a la realidad jurídica se presentará de este modo como la primera exigencia del sistema constitucional. Es a esta exigencia a la que responde la reforma constitucional. No apelar a la revisión, cuando los requerimientos y urgencias de la realidad lo imponen, significaría establecer un distanciamiento suicida entre la normativa constitucional, que iría por un lado, y la vida política efectiva, que caminaría por otro. Por eso, con razón, ha podido afirmarse que en la medida en que, a través de la reforma, se produce el acoplamiento de la Constitución con su propia realidad, y se impide que la normativa fundamental quede reducida a un conjunto de fórmulas sin proyección histórica y sin relevancia práctica, la revisión de la Constitución, lejos de interpretarse como un instrumento de deterioro del ordenamiento fundamental, debe entenderse como su primera y más significativa defensa.

Ahora bien, en segundo término, hay que advertir inmediatamente, que esa adecuación de las normas constitucionales a la realidad, operada a través de la reforma, se produce sin quebrantamiento de la continuidad jurídica. Porque el poder de revisión es un poder constituido que obtiene su legitimidad en el propio ordenamiento, la operación de reforma es una operación esencialmente jurídica. Lo que no sucedería si al poder de revisión se le

configurara como un poder constituyente y soberano. Llevando el razonamiento a sus últimos extremos, se podría sostener que el poder constituyente que, como poder absoluto, soberano y total, puede realizar la revolución, lo que, sin embargo, por paradójico que parezca, no puede llevar a cabo es la reforma constitucional. O, dicho con más rigor, el poder constituyente no podría hacer una reforma sin convertirla en un acto revolucionario. Por la misma razón, y a la inversa, cabe igualmente afirmar que el poder de revisión, que tiene competencia para efectuar la reforma, para lo que en ningún caso puede tenerla es para hacer la revolución. Esto quiere decir que la reforma está por necesidad sometida a límites. Incluso, cuando, disparatada y absurdamente, en la propia normativa legal, se reconoce, como sucede en algunos ordenamientos, la posibilidad de reformas totales. Reformar la Constitución no significa destruirla, sino simplemente acoplarla a la realidad histórica, sin que pierda su identidad como estructura conformadora del Estado. La destrucción de la Constitución es tarea que no corresponde al poder de revisión, sino al poder constituyente.

En tercer lugar, hay que indicar que, si frente al poder constituyente y soberano el poder de reforma aparece como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado, frente al resto de los poderes constituidos se presenta como la institución básica de garantía. Al establecerse un procedimiento más agravado y difícil para reformar la Constitución que el que se sigue para modificar las leyes ordinarias, se opera formalmente la separación entre ley constitucional y ley ordinaria. Es, pues, a través del procedimiento de reforma como la Constitución se transforma y se consagra como *lex superior*. De ello derivarán dos consecuencias importantes.

La primera sería que, desde el punto de vista jurídico-formal, es a través de la rigidez constitucional, como se invierte el criterio clásico de interpretación de las normas. Las fórmulas contenidas en los aforismos: *lex posterior derogat*

legi priori, lex specialis derogat legi generali, aparecen así sustituidas por esta otra: *lex superior derogat legi inferiori*. Lo que significa que las únicas leyes válidas contrarias a la Constitución, y posteriores a ella, sólo pueden ser las que, por atenerse a los procedimientos de reforma, se presenten como revisiones constitucionales. Y lo que significa, además, que la gran institución de garantía del constitucionalismo moderno (la Justicia Constitucional) sólo adquiere sentido sobre la premisa de la rigidez. En un sistema constitucional flexible, un Tribunal Constitucional representaría un cómico esperpento.

Por otro lado, y desde un punto de vista político, al establecerse claramente la distinción entre el poder de reforma y el poder legislativo ordinario, por la naturaleza más compleja de las formas y procedimientos del primero, lo que se pretende es evitar que los poderes constituidos (concretamente el Parlamento) puedan transformarse en efectivos poderes constituyentes; de tal suerte que, en lugar de estar las Asambleas sometidas a la Constitución, sería la Constitución la que se vería a merced de los avatares parlamentarios, de los vaivenes electorales y de los caprichos de mayorías más o menos coyunturales. Con lo cual, la Constitución perdería el carácter de institución protectora de las minorías, donde, en definitiva, y al margen de su significado etimológico original, reside la esencia de la democracia representativa moderna.

Por último, no se puede olvidar la perspectiva que la reforma ofrece en la tensión entre democracia y libertad para dilucidar el problema de la temporalidad inevitable que en la Democracia Constitucional se asigna al poder constituyente. Hemos dicho que la configuración del poder de reforma como un poder jurídico descansaba, para los revolucionarios franceses, en un acto de autolimitación del poder constituyente, por cuya virtud, en el ejercicio de sus omnímodas y supremas atribuciones, se conferiría a un órgano constituido la actuación de sus facultades soberanas. De este modo, al igual que en la

Constitución se regulan y ordenan los distintos poderes del Estado, aparecería también, establecido y regulado por ella, el poder de revisión, cuya misión no sería otra que la de operar jurídicamente, cuando las circunstancias lo requirieran, el cambio constitucional.

El interrogante que, no obstante, pesaba sobre este planteamiento, era el que con toda nitidez formuló mucho después Burckhardt, y que reza así: “¿Puede una Constitución prescribir, obligando en derecho, cómo debe ser cambiada?”. O, expresado en otros términos, ¿puede el poder constituyente proceder a su propia limitación?. Ya Rousseau había aludido en El Contrato social a la imposibilidad de la autolimitación del soberano. “El soberano – escribe Rousseau- puede perfectamente afirmar “yo quiero actualmente lo que quiere tal persona o al menos lo que dice querer”; sin embargo, lo que no puede afirmar es: “yo querré también lo que esa persona quiera en el futuro”, ya que es absurdo que su voluntad se encadene cara al porvenir, y se ponga a depender de otra voluntad ajena a la suya”.

A esta afirmación formulada por Rousseau, habría que añadir todavía una segunda dificultad, que será la que permita comprender la verdadera dimensión del problema. Aun admitiendo, como pretendía Frochot, que el poder constituyente actual, en el ejercicio de su soberanía, puede conferir al poder de revisión la facultad de realizar los cambios que la realidad imponga en la normativa constitucional, la cuestión estriba en determinar hasta qué punto esa concesión de competencias soberanas puede tener un carácter vinculante para los posibles poderes constituyentes futuros. Porque el problema no consiste tanto en la autolimitación que derivaría para el poder constituyente, como consecuencia del establecimiento de un poder de reforma, sino en la negación de posibles actuaciones y en la limitación que ese poder de reforma implica para los poderes constituyentes del porvenir.

Como antes hemos dicho, representó un axioma en la forja del constitucionalismo moderno el postulado según el cual “el poder constituyente de un día no puede condicionar al poder constituyente del mañana”. Y qué duda cabe que, cuando un poder constituyente soberano crea un procedimiento de revisión constitucional y establece un poder de reforma, lo que está condicionando y limitando realmente -y en esto tenía razón Frochot- no son sus propia facultades soberanas, sino las posibilidades de actuación de los poderes constituyentes futuros. Por eso, entendería Burckhardt, y no sin falta de fundamento, que toda operación de reforma ofrece un doble planteamiento: o bien considerar que se trata de una actividad jurídica, en cuyo caso hay que prescindir de la legitimidad política que pudiera otorgarle el poder soberano del presente, ya que el único poder soberano sería el que promulgó la Constitución originaria, o bien estimar que se trata de una actividad democráticamente legitimada por el poder soberano del presente, en cuyo supuesto, al prescindir del poder constituyente del pasado, las normas sobre la revisión de la Constitución no deberían considerarse como normas jurídicamente vinculantes. La conclusión de Burckhardt es contundente: porque el poder constituyente actual no puede verse controlado, limitado y negado por el poder constituyente del pretérito, y porque las normas de reforma en quien actúan realmente es sobre él, la revisión constitucional, para no convertirse en una mera ficción de fantasmales operadores jurídicos, sin legitimidad política alguna, sólo podrá ser concebida como obra del poder soberano del momento en que ha de llevarse a cabo. Lo que equivale a indicar que, en cuanto acto de soberanía, la reforma no es una actividad jurídica y, por ende, explicable jurídicamente, sino una pura y simple actividad política que, al romper la continuidad del ordenamiento, bien puede calificarse como revolucionaria.

Para salvar las objeciones desarrolladas por Burckhardt, y ante la necesidad de reconstruir una teoría jurídica del Estado basada en la hipótesis del mantenimiento del orden regular vigente, la única posibilidad que se

presenta es la de reconocer, como ya vio con agudeza Schmitt, la continuidad política del poder constituyente. Expresado en otros términos, la reforma constitucional sólo podrá presentarse como una operación jurídica, que no rompa con la idea de la continuidad estatal, en la medida en que se estime que el poder soberano y constituyente permanece. De esta forma, su autolimitación inicial, en el momento de aprobar la ley fundamental, seguiría siendo perfectamente legítima y válida en el plano político en el momento posterior en que se procediera a realizar cualquier reforma. Por ello, toda la problemática de la reforma y, en definitiva, de la teoría de la Constitución, tendrá que centrarse por fuerza en la pregunta: ¿cómo explicar la permanencia y la continuidad del poder constituyente?.

Hasta ahora nos hemos referido al poder constituyente y a la Constitución como puras categorías formales, producto de las abstracciones de la lógica. Sucede, en cambio, que tanto el uno como la otra, se encarnan siempre en determinadas realidades históricas. Cuando el pueblo americano, por ejemplo, aprobó, en el ejercicio de su soberanía, la primera y probablemente la más significativa Constitución moderna, lo hizo ciertamente actuando como poder absoluto y total, pero, al mismo tiempo, desde el sistema de limitaciones que le venían impuestas por el *ethos* colectivo de creencias políticas, convicciones jurídicas e intereses históricos que conformaban la estructura y la organización social en la que operaba como poder constituyente. Fueron aquel *ethos* colectivo y aquella realidad social, que definían en la práctica histórica al poder constituyente, los que, de una u otra forma, quedaron reflejados en la normativa fundamental. La Constitución real, la Constitución material, como forma efectiva de la vida política del Estado (Mortati), pasaron de esta suerte a constituir el presupuesto sobre el que se forjó sin duda la Constitución formal. El poder constituyente, entendido en estos términos, no sería más que el instrumento a través del cual la Constitución real obtuvo su traducción jurídica legal.

Al hablar, por lo tanto, de la continuidad del poder constituyente, a lo que en términos prácticos se está aludiendo es a la continuidad de la Constitución material, que es el supuesto sobre el que se vertebra la permanencia histórica de cualquier colectividad humana. De ahí el significado profundo del viejo aforismo *forma regiminis mutata, non mutatur ipsa civitas*.

En este contexto, es evidente, continuando con el ejemplo histórico americano, que, cuando pocos años más tarde de proclamada la Constitución, se aprobaron por el procedimiento de reforma las primeras enmiendas, aunque los autores directos fueran distintos, la Constitución real del país, en donde se definía socialmente el auténtico poder constituyente, seguía siendo la misma. En términos generales, cabría sostener que el poder constituyente permanece, y la reforma, en cuanto operación jurídica, se verá legitimada siempre políticamente mientras no se produzca el divorcio y la separación radical entre la Constitución formal y la Constitución real. Se invierten así los términos del problema tal y como Burckhardt lo planteara. No se trata de que, a través de la reforma se vulnere la voluntad política del poder constituyente del presente, al cumplir las exigencias del poder soberano del pasado, sino que, justamente al contrario, de lo que se trata es de producir por su actuación la integración de la voluntad constituyente (de la Constitución material) en la Constitución formal elaborada en el pretérito. Lo que explica que sea en la técnica de la reforma donde terminan por confluir los supuestos políticos y los imperativos jurídicos de los que, forzosamente, ha de dar cuenta el Derecho Constitucional que, consciente de su propio contenido, abarque y considere tanto la realidad política como la realidad jurídico-normativa.

Es desde esta perspectiva desde la que únicamente, a mi juicio, cabe dilucidar el enorme embrollo que, derivado de los planteamientos de Sieyès, se sigue cerniendo sobre la doctrina de la reforma constitucional, y que ya fue

denunciado por Laboulaye, con palabras cargadas de desprecio para el teórico francés del poder constituyente, cuando afirmaba: “ Sieyès lo confundió todo, lo embarulló todo y lo enredó todo”. Sólo cuando se hace descender al poder constituyente de los cielos metafísicos a la realidad de la historia, es cuando comienzan a comprenderse las limitaciones y carencias del pensamiento revolucionario francés.

Para empezar, la polémica entre Sieyès y La Fayette deja de tener sentido y aparece como una pura banalidad teórica. Sostuvo Sieyès, en la sesión del 2º Termidor del año III, que la noción de poder constituyente era “una conquista definitiva de la ciencia debida al genio francés”. En contra, La Fayette mantuvo, en el Tomo IV de sus *Memorias*, que no fue en Francia, sino en América, donde el concepto de poder constituyente adquirió una configuración más precisa. No se necesita demasiado talento, sin embargo, para percatarse –como con toda agudeza advirtió Bryce- de que no se puede hablar de una creación americana o francesa de la doctrina del poder constituyente, sino que, en cuanto respuesta a las exigencias de la realidad y de la historia, dicha doctrina surge simplemente como resultado obligado de las condiciones sociales y políticas que determinaron la aparición de la democracia representativa en el momento de las revoluciones burguesas. De esta suerte, dijimos ya, que fue, por un lado, la forzosa separación entre gobernantes y gobernados, propia de la democracia representativa, y, por otro lado, la necesidad de someter a la ley la voluntad del gobernante, lo que condujo a consagrar la noción de poder constituyente para, en nombre de la voluntad soberana del pueblo, estatuir una Ley Suprema que obligara por igual a gobernantes y gobernados. Con lo cual, en nombre del principio democrático, el poder constituyente del pueblo estatuyó el principio jurídico de la supremacía constitucional y con ello terminaba su misión, retirándose a las comodidades del Olimpo. Pero se trataba de una superioridad normativa puramente formal en la que, por quedar sin definir los contenidos materiales de la misma,

cualquier disquisición sobre la reforma tenía que quedar reducida igualmente al análisis formalista y avalorativo en el que se situaba la propia normativa constitucional.

Cuando desde la abstracción y el formalismo se desciende a la realidad, esto es, cuando el Derecho Constitucional, como dice el profesor Haberle, se hace un derecho que opera en el tiempo y en el espacio, y cuando la idea del poder constituyente se coloca en la propia sociedad en donde la normativa constitucional ha de operar, es cuando el problema de la reforma constitucional adquiere su verdadera importancia y mayor complejidad. Porque es entonces cuando la temática de la reforma no podrá desligarse ya del hecho más grave y patético que afecta al principio democrático y a la propia noción del poder constituyente. Ya que, si bien pueden presentarse como sintagmas indiscutibles en cuanto criterios racionales de justificación del poder, no por ello dejan de mostrar sus peligros como elementos distorsionantes cuando aspiran a ser operativos en el marco de la democracia representativa. Constituye una evidencia que democracia y libertad, democracia y derechos fundamentales, democracia y constitución garantista, cuando los dos términos de estos binomios se llevan a sus últimas consecuencias, acaban siendo siempre términos incompatibles. Lo que obliga a recordar dos axiomas que la democracia constitucional no puede ignorar.

En primer lugar, que para la debida defensa de la libertad no basta con el concepto racional normativo puramente formalista propio del mundo liberal burgués, sino que será necesario operar con un concepto material de constitución en el que determinados ámbitos del texto constitucional resulten inmodificables.

En segundo término, y como consecuencia, que la reforma constitucional tiene que verse sometida al reconocimiento de ciertos límites que, en ningún

caso, se podrán sobrepasar, pues si eso sucediera estaríamos en presencia no de operaciones de reforma que otorgan continuidad al ordenamiento, sino ante otros fenómenos distintos que los franceses han designado, por ejemplo, como falseamiento de la constitución (*faussement de la constitution*), fraude de la constitución (*fraude à la constitution*), o sencillamente actos revolucionarios encubiertos. Todos ellos letales en la óptica garantista de una constitución protectora de la libertad.

No es mi intención realizar en esta conferencia una exposición exhaustiva sobre los límites de la reforma constitucional. Me ceñiré solamente a hacer un breve comentario sobre las llamadas cláusulas de intangibilidad, esto es, los límites establecidos en los propios textos constitucionales como cláusulas inaccesibles al poder de reforma. No obstante, antes de entrar en este asunto acaso resulte conveniente una mínima referencia a las afirmaciones que acabo de realizar y sobre las cuales se asentará mi última argumentación.

Corresponde a Aristóteles el indiscutible mérito de haber sido el primero en plantear y resolver con acierto, sobre la experiencia democrática ateniense, la tensión inevitable entre democracia y libertad. Dándose cuenta de que los tiempos gloriosos de la democracia de Pericles, que llevaron a Tucídides a componer su famosa *Oración Fúnebre*, comenzaban a periclitarse, y a diferencia de su maestro Platón, que buscó refugio en la grandiosa utopía de *La República*, para hacer desde ella la gran crítica de la democracia ateniense, Aristóteles abordará con realismo en *La Política* (IV, 1291a, hasta 1292b) la confrontación inexorable entre libertad y democracia. Su punto de partida es claro: “puesto que la democracia se funda en la igualdad” y puesto que “la libertad, -escribe Aristóteles- también forma parte integradora de la democracia” (*Política*, IV, 1291,b, 30), libertad y democracia terminan siendo expresiones equivalentes. Ahora bien, Aristóteles no ignora que el dogma del

respeto y de la obediencia a la ley, también formaba parte de las creencias políticas colectivas del mundo griego, desde los tiempos de Solón, con cuya legislación inició su andadura la democracia ateniense. Nada tiene de extraño, por lo tanto, que fuera el propio Aristóteles quien, en *La Constitución de Atenas*, comenzara la historia de la democracia ateniense enjuiciando la obra de Solón desde la trilogía: libertad, igualdad y respeto a la ley. De ahí su juicio positivo de la legislación soloniana, porque no sólo mejoraba con criterios igualitarios la condición de los pobres, y “liberaba al pueblo para el presente y el futuro con la prohibición de los préstamos sobre la persona” y con la supresión de la esclavitud por deudas (*Constitución de Atenas*, 6,1), sino que además consagraba el respeto a la ley como único mecanismo capaz de suprimir la *stasis* (el desgobierno), y mantener la *eunomía* (el buen gobierno) para que la democracia pudiera funcionar. Hacía suya de esta forma el Estagirita la tradición creada por los poetas yámbicos desde los tiempos de Alceo, y que llevaron a Píndaro (frag. 169) a hablar del *nomos basileus*, esto es, de la ley como único rey.

Con estos precedentes, nada tiene de particular que, cuando Aristóteles realiza en *La Política* la abigarrada clasificación de las posibles formas que la democracia puede revestir, otorgue particular relevancia a la distinción entre la democracia “legal, en la que el soberano es la ley” y “la democracia en la que la soberanía no corresponde a la ley, sino al pueblo” (IV 1292,a 1 y sigs.). Como cabe suponer, para Aristóteles la única democracia sobre la que merece la pena discutir es la democracia legal pues, “cuando la ley deja de ser soberana, y su lugar lo ocupa el pueblo, es cuando aparecen los demagogos [...] que, convertidos en monarcas, se transforman automáticamente en tiranos”. (*Polít.* IV, 1292 a, 5).

Planteadas las cosas de este modo, la cuestión a resolver no puede ser otra que la que se encierra en el interrogante que ha recorrido toda la historia

del pensamiento político occidental, y que cabe formular así: Si la democracia es el gobierno que otorga al pueblo la titularidad de la soberanía, y por lo tanto es al pueblo a quien corresponde dar las leyes, ¿cómo se puede garantizar que el pueblo soberano respete las leyes cuando es él mismo quien las otorga y quien, en consecuencia, también las puede derogar?. Para responder a esta pregunta procedió Aristóteles a la separación contundente, primero en *La Ética a Nicómaco* (V,1138,a), y después en *La Política* (IV, 1292,a), entre las leyes (*nomoi*) y los decretos (*psephismata*), dando a entender que si bien los decretos pueden ser creados y derogados por el pueblo, las leyes están por encima de la voluntad popular y, en consecuencia, no pueden ser abolidas por ella. Lo que no realiza, sin embargo, Aristóteles es una definición precisa en la que se establezca la auténtica naturaleza de unos y otros. Hasta donde a mí se me alcanza, se limitó a escribir en *La Política* vaguedades de este tenor: “ que cuando el soberano es el pueblo y no la ley, los decretos de la Asamblea sustituyen a las leyes”, o “que cuando esto ocurre es por causa de los demagogos, porque en la democracia donde se gobierna de acuerdo con la ley, no hay demagogos”.

A diferencia, no obstante, de otros teóricos de la política más o menos coetáneos suyos, como es el caso de Jenofonte, en las *Memoriabilias* (I, 2, 42-43) o de su propio discípulo Teofrasto, de cuyos 24 Libros sobre *Las Leyes*, sólo se conservan fragmentos, para quienes las resoluciones del pueblo (*psephismata*) se acababan equiparando siempre a los *nomoi*, para Aristóteles, la separación entre ambos implica una distinción de la que no se puede prescindir. Es el gran reproche que, en el Libro 2 de *La Política*, realiza a su maestro cuando, al comentar la obra de Platón sobre *Las Leyes*, le acusa “precisamente de eso, de haber escrito de leyes equiparándolas a los *psephismata*, y olvidándose de que los *nomoi* son los que afectan verdaderamente a la estructura de la *Politeia*”(Pol. II, 3, 1265 a 2). Con lo cual, cabe interpretar que las leyes (*nomoi*) que Aristóteles sitúa siempre por encima

de la voluntad popular y que, por consiguiente, el pueblo no puede cambiar a través de los decretos (*psephismata*), eran las reglas que se fueron conformando a lo largo de la historia como elementos estructuradores de la propia lógica de la *politeia* entendida como constitución de la organización democrática ateniense. No en vano, al realizar la clasificación de los distintos regímenes políticos, aunque nos hayamos acostumbrado a repetir que Aristóteles distingue entre gobierno de uno (Monarquía), gobierno de pocos (Aristocracia), y gobierno de todos (Democracia), a los que opone como formas impuras la tiranía, la oligarquía y la demagogia, lo cierto es que, de lo que realmente habla como formas puras, es de “Monarquía, Aristocracia y *Politeia* (República)” (*Pol.*, IV,1289,2), contraponiendo como forma impura de la *politeia* precisamente a la democracia “por ser en ella donde los demagogos confunden y equiparan *nomoi* y *psephismata*”.

La imbricación aristotélica de los *nomoi* con las reglas configuradoras de la propia estructura de la *politeia* (República), forzosamente tendría que haberle llevado a concluir en la proclamación de la inmutabilidad de los mismos. Sin embargo, no fue así. En lugar de pronunciarse abiertamente sobre la inmutabilidad de los *nomoi*, adoptó Aristóteles una posición evasiva y cargada de ambigüedad. En el libro II de *La Política*, después de advertir “que no conviene cambiar las leyes”, porque “los cambios pueden romper la costumbre de obedecer a la ley”, y porque “las leyes que adquieren su fuerza con el uso, la pierden con las modificaciones continuas de las mismas”, termina preguntándose: “Pero aunque se puedan cambiar las leyes ¿podrán cambiarse todas y en todos los regímenes, o no?, ¿podrá cambiarlas cualquiera o sólo algunos?. Son estas cuestiones -escribe Aristóteles- que tienen una gran importancia. Pero ahora no es el momento de hablar de ellas” (*Política*, II, 1269, b).

Hasta donde yo sé, esas importantes cuestiones dejadas sin respuesta en *La Política* y a las que Aristóteles confiere una evidente trascendencia, no aparecen contestadas en ninguna otra parte del enorme *corpus* científico aristotélico.

No deja, sin embargo, de ser significativo que el interrogante formulado por Aristóteles y dejado sin responder, sea el mismo que, como recordaba hace un momento, ha recorrido toda la historia del pensamiento político, y al que la propia experiencia histórica de ese pensamiento no ha encontrado todavía una solución definitiva. Hablaron los griegos de la constitución ancestral (*patrios politeia*), que teorizó Isócrates en *El Areopagítico* (7, 15-16), hablaron los romanos de los *mores maiorum*, se habló en la Edad Media de las *Leges Terrae* y de las tradiciones antiguas, se habló en los albores de la modernidad de las leyes fundamentales (de las que con ironía Hobbes –que no era precisamente un demócrata- decía que nadie le había explicado dónde estaban ni en qué consistían), y hablamos nosotros ahora de una Ley Suprema, desde el entendimiento de que, todas esas expresiones, concebidas a lo largo de la historia como los grandes referentes para ordenar la convivencia política de los hombres no podían ser alteradas, ni modificadas, ni mucho menos destruidas.

Ahora bien, habida cuenta de que el cambio histórico es inevitable, como ya los antiguos no pudieron dejar de reconocer, la transformación de algunas leyes se hacía también inexorable. El problema de determinar el cómo y el por quién debían de realizarse esos cambios, y a los que ni los antiguos ni los modernos lograron otorgar una respuesta definitiva, pone de manifiesto el significado, el alcance y la importancia de la revisión constitucional, que si bien puede aparecer como un peligro amenazante de los supuestos vertebradores de la *politeia* aristotélica, cabe entenderla, a la inversa, como el mecanismo más efectivo para la defensa de la Constitución, y con ella, de la libertad, de la democracia y del propio Estado.

Más allá, por lo tanto, de las disquisiciones propias del normativismo formalista, en cuyo ámbito se planteó en las revoluciones burguesas, y se sigue planteando a veces en la actualidad, la problemática del poder constituyente y del poder de revisión, nos enfrentamos ahora a un horizonte más amplio y complejo en el que no se puede desconocer el conglomerado de valores que conforman las propias ideas de Constitución, libertad, democracia y Estado, a la hora de establecer las fronteras que el poder de reforma no puede sobrepasar con sus actuaciones.

Acuñó felizmente A. Hauriou, uno de los mayores juristas del siglo XX, la expresión “superlegalidad constitucional” para designar aquellos preceptos de los textos constitucionales en los que se condensaban los principios y valores legitimadores de toda la legalidad constitucional, y que lógicamente no podían ser objeto de reforma constitucional. De suerte que los *nomoi* que Aristóteles dejó sin definir, ha sido el gran jurista francés, quien ha intentado encerrarlos en esa superlegalidad constitucional, que no podrá ser lesionada nunca y deberá quedar inmune a la acción de la reforma. Es desde ella, desde donde habría que explicar el significado jurídico y, sobre todo, político de las llamadas en los modernos ordenamientos constitucionales, cláusulas de intangibilidad. Pero este es otro tema que sobrepasa ahora los límites de mi conferencia y, sospecho que también, la paciencia de todos ustedes, que han tenido la amabilidad de escucharla.

Barbastro, 28 de octubre de 2006.