



UNIVERSITAS
Miguel Hernández

Trabajo Fin de Grado

*Los límites materiales a la reforma constitucional y al poder
constituyente.*

Alumno: Carlos Pérez Olivares

Tutora: María Amparo Calabuig Puig

Universidad Miguel Hernández

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Orihuela

Ciencias Políticas y Gestión Pública

Curso académico 2020-2021

“ ¿Es por la libertad del pueblo por lo que os arrogáis el poder de sorprender y

arrebatarse su confianza?”

Emmanuel Sieyès



ÍNDICE

Resumen/abstract	2
1. Introducción	3
2. Objetivos y metodología	4
3. Los límites de la reforma constitucional	6
3.1. La naturaleza y fundamento del poder de reforma	6
3.1.1. El fundamento del poder de reforma	7
3.1.2. La naturaleza del poder de reforma	15
3.2. Los tipos de límites a la reforma constitucional	22
3.2.1. Los límites materiales frente a los límites formales	24
3.2.2. Los límites autónomos/heterónomos y absolutos/relativos	26
3.2.3. Límites expresos a la reforma: las cláusulas de intangibilidad	31
3.2.4. Los límites implícitos a la reforma constitucional	37
3.3. La transgresión de los límites y el carácter positivo de los mismos	43
4. Límites del poder constituyente	49
4.1. La naturaleza del poder constituyente	50
4.2. El intento de limitación del poder constituyente y su significado	56
5. En busca de un límite ontológico no valorativo del Derecho	71
6. Conclusiones	80
7. Anexo I	82
Referencias bibliográficas	83
Legislación y jurisprudencia consultada	86

Resumen

Los acontecimientos de la primera mitad del siglo XX produjeron una reflexión de amplio calado en la Ciencia Jurídica que hizo resurgir la teoría del Derecho natural, al atribuir la existencia de excesos políticos a la doctrina del positivismo jurídico.

En este trabajo se tratará de analizar cómo puede operar este orden superior que el iuspositivismo propugna como obligatoriamente respetado por el Derecho positivo para poder existir. Se enfocará el análisis en dos ámbitos de vital importancia para los regímenes políticos, a saber, el poder constituyente y el poder de reforma constitucional. Asimismo se tratará de abordar las consecuencias de la aceptación de estos axiomas inalterables tanto para un principio democrático enarbolado prácticamente de manera universal, como para el mismo concepto bajo el que podemos entender el Derecho.

Para realizar esta exploración teórica se ofrecen tres secciones diferentes. En la primera se tratará la cuestión de los límites a la reforma constitucional y la naturaleza y tipología de estos. En la segunda se indagará el asunto de la limitación del poder constituyente como presupuesto para limitar el posible contenido material del Derecho y las implicaciones que ello conllevaría para con nuestras sociedades democráticas. Finalmente, un último apartado tratará de articular desde una visión no valorativa una noción de limitaciones ontológicas al Derecho derivados de su funcionamiento como técnica social.

Palabras clave: Estado, positivismo jurídico, Derecho natural, democracia.

Abstract

The events that took place during the first half of the XX century produced a deep reflection in Legal Science that made natural Law theories resurface due to the attribution of some political excesses to the legal positivism doctrine.

In this paper we will try to analyze how this superior order could operate advocated by iusnaturalism as mandatorily required to be respected by positive Law to be able to exist. We will focus the analysis in two vital areas for political regimes, namely, the constituent power and the constitutional amendment power. Likewise, we will try to address the consequences that accepting these unalterable axioms could entail to an almost universally held democratic principle just as to the same concept of Law.

To do this theoretical exploration we offer three different sections. In the first one we will tackle the question of the limits of constitutional amendment and the nature of those limits. In the second section we will enquire into the issue of the limitation of the constituent power as a presupposition to materially limit the Law and its implications for

our democratic societies. Finally, the last section will try to articulate a notion of ontological limits of Law derived from its functioning as a social technique from a non-valorative perspective.

Key words: State, legal positivism, natural Law, democracy.

1. Introducción

Con el fin de la II Guerra Mundial la Ciencia Jurídica, al igual que sucedió con muchas otras ramas de conocimiento, se sumió en una profunda crisis que llevó al replanteamiento de sus fundamentos y tesis más básicas. Esta crisis de la Ciencia Jurídica vino desde la observancia de que el dogma propio del positivismo jurídico, según el cual todo Derecho existente es el Derecho positivo, y que, por tanto, toda norma producida formalmente dentro de un sistema normativo es Derecho válido; había servido de cobertura para el despliegue jurídico de los regímenes totalitarios europeos que habían sumido al mundo en la guerra y le habían hecho testigo de grandes atrocidades. Muchos “descalificaron la construcción positivista y le atribuyeron la responsabilidad de lo acaecido por debilitar las referencias morales en el Derecho” (Peces-Barba, 2003, p.11), y se precisaba por ello reestructurar la concepción del Derecho mediante un criterio que permitiese valorar el contenido de las leyes para dilucidar si se trataba de Derecho válido o no, fijando la doctrina la mirada en la tradición del Derecho natural, entendido como un conjunto de normas obligatorias para todo ser humano, como canon de validez para el Derecho positivo (Bobbio, 2018).

Sí debe reconocerse que el refugio en un supuesto Derecho natural, esta “revuelta contra el formalismo” (Bobbio, 2018, p.34), cumpliría con el objetivo de dotar al sistema jurídico de un elemento superior y absoluto cuyo respeto condicionase la validez y existencia misma del Derecho positivo que refugiase al género humano de sucesos como los acontecidos durante la primera mitad del siglo XX; ya que, en palabras del propio Kelsen, el iusnaturalismo:

“Consiste en la idea de que, por encima del orden estatal del Derecho positivo, hay un orden jurídico natural, racional o divino, de rango superior y cuya función, en lo esencial, era conservadora y legitimadora [...] del orden jurídico positivo, [y] asimismo imponer ciertos límites a su contenido” (2011, p.67).

Si trasladamos esta cuestión al asunto de la reforma constitucional, y del poder constituyente en general, observamos que la cuestión se concreta en la obligación de que el orden constitucional, es decir, que la manifestación de voluntad soberana para la organización de la vida sociopolítica no transgreda determinados valores o axiomas. Así,

la idea resultante de esta reacción contra el formalismo sería un concepto de Constitución dentro del cual no caben propuestas políticas con “carácter absoluto y totalitario, inspiradas en la idea del enemigo en sentido radical y por consiguiente dirigidas a su destrucción; [...] asume la forma del lugar en que están custodiados, y declarados inviolables, los derechos fundamentales de la persona” (Fioravanti, 2016, p.121).

Pero ¿a qué coste estaríamos dispuestos a aceptar este refugio, esta zona segura frente a ideologías que consideramos nocivas? ¿No estaríamos acaso desvirtuando en cierta manera el paradigma democrático al aceptar un determinado entramado ideológico-valorativo, como es el contenido que se dé a ese Derecho natural, como un acervo de valores absolutos y válidos por definición?

Encontramos así una doble interrogante que se interrelaciona en una misma problemática filosófico-jurídica. En primer lugar, la cuestión de si el Derecho existe tan solo en tanto en cuanto comparta de unos valores y principios inherentes a la propia existencia. O dicho de otro modo, si se puede predicar la existencia de unos límites materiales ontológicos del Derecho.

Y, en segundo lugar, si la posición que acepta la presencia de estos límites es compatible con un fundamento democrático del Estado basado en el pilar de la soberanía popular o si, por el contrario, este posicionamiento supondría igualmente la existencia de límites ontológicos del poder constituyente, lo que implicaría la necesidad de aceptar que el pueblo soberano no puede transgredir según qué principios o valores por considerarlos immanentes a la propia condición y realidad humana y social.

A la exploración de esta problemática pretende el que escribe dedicar el presente Trabajo de Fin de Grado.

2. Objetivos y metodología

Este trabajo se propone como objetivo general la exploración y análisis crítico del problema teórico relativo a los límites ontológicos del Derecho, y las manifestaciones de dicha discusión en torno al concepto de soberanía nacional manifestada a través de la reforma constitucional y del propio poder constituyente, como particularización de dicho objetivo.

Mediante esta exploración se pretenden observar las posiciones doctrinales sobre la materia. Pero por ser una cuestión que se sitúa en la frontera de aquello considerado Derecho en sentido estricto y el ámbito de lo político, consideramos necesario abordar la cuestión desde una perspectiva multidisciplinar y transversal en un estudio que invadiría al mismo tiempo los respectivos campos de la Teoría del Derecho y de la Constitución,

así como la Teoría del Estado y la Teoría Política. Es decir, tratar de emplear un prisma que trate de coordinar los esfuerzos y aportaciones de ámbitos de la Ciencia Política, la Ciencia Jurídica y la Filosofía.

Para ello, la metodología que se empleará será la revisión bibliográfica de las distintas posiciones doctrinales existentes y su análisis y contraste, tratando de extraer de ello los principios teórico-doctrinales básicos que nos permitan, mediante su exploración racional, extraer las dinámicas e implicaciones que conlleven desde una visión crítica.

Con el objetivo de realizar esta exploración teórica estructuraremos el trabajo en tres secciones diferentes. En la primera se tratará la cuestión de los límites a la reforma constitucional y la naturaleza y tipología de estos. En la segunda se indagará el asunto de la limitación del poder constituyente como presupuesto para limitar el posible contenido material del Derecho y las implicaciones que ello conllevaría para con nuestras sociedades democráticas. El último apartado tratará de articular, desde una visión no valorativa, una noción de limitaciones ontológicas al Derecho derivadas de su funcionamiento como técnica social.

En esta labor nos inclinaremos por mantener dos posturas. En primer lugar, por considerar que la perspectiva del positivismo jurídico en que solo es Derecho el Derecho positivo, el existente eficazmente, es el único que nos ofrece un objeto de análisis jurídico delimitado y cierto, al entenderlo simplemente como una técnica social específica (Kelsen, 2011), un elemento concretable e inteligible que nos aportaría un terreno firme como observadores y un suficiente grado de seguridad jurídica como ciudadanos. Creemos que es esta la postura doctrinal, que debe mantenerse en el entendimiento del fenómeno jurídico, si se quiere perfilando y moderando sus aspectos más extremadamente formalistas para no perder su esencia como instrumento social y no como un mero sistema lógico carente de vida.

En segundo lugar, observaremos toda la cuestión objeto de estudio desde el paradigma democrático, no solo porque en él se trata de introducir a nuestros Estados, permitiéndonos así tratar de dilucidar si nuestros regímenes son compatibles con la limitación mística del Derecho; sino también porque, como se verá, el principio democrático puede ser considerado una mecánica esencial para el funcionamiento efectivo del Derecho como herramienta social. Debe advertirse de antemano que no pretenden estas páginas ser un ensayo sobre el significado, funcionamiento, y contenido material de la democracia, y que se entenderá esta en un sentido amplio como la capacidad

de que los valores presentes axiológicamente sean introducidos en el sistema jurídico-político que organiza de forma imperativa la vida en sociedad.

3. Los límites de la reforma constitucional

Como un primer intento de establecer limitaciones a la voluntad del pueblo en la configuración concreta del Estado para tratar de garantizar una serie de valores materiales inmutables y atemporales podría mirarse hacia la imposibilidad de realizar una reforma constitucional que contradiga estos principios o axiomas.

No obstante, como se intentará demostrar, la problemática de los límites a la reforma constitucional posee una naturaleza sustancialmente distinta a la de la existencia de un orden natural superior indisponible, de forma que aquellos límites a la reforma constitucional que desde la doctrina se han dado pueden reconducirse fácilmente a exigencias propias del sistema jurídico-positivo.

Para analizarlo, se exploran a continuación la naturaleza del poder de reforma o de revisión de la Constitución y se ofrece un paseo a través de las principales limitaciones que respecto al mismo se han desarrollado teóricamente desde la doctrina.

3.1. La naturaleza y fundamento del poder de reforma

El poder constituyente constituido, referido igualmente como poder de reforma o de revisión de la Constitución, consiste, como puede fácilmente desprenderse de sus denominaciones, en un poder que tiene la capacidad de modificar contenido del régimen constitucional existente en términos formales, es decir, la Constitución escrita.

La existencia de este poder así, como su naturaleza y carácter limitado o ilimitado, constituyen asuntos teóricos lejos de ser pacíficos y unánimes. Por ello, a continuación se tratará de exponer, en primer lugar, el razonamiento que lleva a fundamentar su existencia como una necesidad impuesta por la realidad de la vida política; y, en segundo lugar, el debate sobre su naturaleza que lleva a afirmar que el poder de revisión de la Constitución se trata de un poder limitado.

Pero antes de pasar al siguiente apartado, conviene realizar un inciso. Aquí se va a abordar la cuestión de la reforma constitucional entendida como ‘‘el cambio parcial de su literalidad, consistente en modificar el texto original suprimiendo, añadiendo o cambiando algo’’ (Sánchez, 2006). O, en el mismo sentido, como aquella ‘‘operación normativa tendente a modificar, parcial o totalmente, una Constitución a través de órganos especiales o procedimientos diversos de los establecidos para la legislación ordinaria y que [...] producirá siempre una alteración, expresa o tácita, de la Constitución’’ (Ruipérez, 1997, p.457). Se trata, en conclusión, de un cambio formal en

la Constitución. No obstante, estos cambios formales del texto constitucional no son la manifestación exclusiva de modificación constitucional.

Muy al contrario, cabe la posibilidad de modificar la Constitución por medio de la mutación constitucional entendida como ‘‘la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente y que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación’’ (Jellinek, 2018, p.9), esto es, un cambio altera el contenido de las normas constitucionales, de la forma que sea, otorgándoles una nueva significación (Hesse, 1992). Es un punto común en la doctrina sobre las mutaciones constitucionales, tal y como Pedro de Vega (1995) y Tajadura (2018) se han encargado de recoger, que este cambio informal del contenido de la Constitución por medio de la modificación del significado de las mismas puede darse de distintas maneras y clasificarse en distintas taxonomías; pero la cuestión se podría resumir, como hace Loewenstein (2018), en que se produce un cambio en cualquier dimensión de la realidad social que no queda trasladada formalmente al texto constitucional, por lo que se procede a acomodar el significado de esto a los requerimientos de la Constitución material.

Consideramos que, precisamente por ser cambios materiales que se traducen en interpretaciones distintas del texto constitucional, la posible limitación de la capacidad de hacer mutar la Constitución podrá, bien incluirse como un límite al propio poder constituyente como una hipotética frontera impuesta a su evolución material so pena de la invalidez del ordenamiento constitucional que dichas evoluciones ha producido por vía de mutación, si es que esto fuese posible; o bien subsumirla en el ámbito de los límites genéricos de la reforma constitucional, cuyo traspaso supondría la creación de un nuevo orden constitucional, como más adelante se tendrá la oportunidad de explicar; pero nunca consistir en una problemática de limitación *sui generis*. Por esta la razón se ha considerado que no es necesario abordar esta temática con un apartado independiente, dado que ambos casos en que se podrían explorar sus límites ya van a ser analizados en sus correspondientes espacios.

3.1.1. El fundamento del poder de reforma

La reforma constitucional, frente a los postulados del racionalismo jurídico más intransigente que, en el ámbito de la revolución francesa, tal y como expone Tajadura (2018), creía que la Constitución era un producto de la Razón y por consiguiente debía organizar de forma permanente e inmutable la vida del Estado y considerando ‘‘que la reforma constitucional debía ser prohibida con amenaza de muerte’’ (Tajadura, 2018, p.18); aparece como una imposición de la realidad de la vida social y política del Estado.

Esto es así porque la Constitución, lejos de constituir, como pretendían los constituyentes franceses, un instrumento con vigencia ilimitada al que se debía liberar de las fortuitas circunstancias históricas (Pérez-Royo, 1986), un producto fundado ‘en las bases inmutables de la Justicia y la Razón [que] debe concebirse, como logro definitivo del espíritu humano, [y] otorgada para siempre’ (De Vega, 1995, p.54); debe entenderse, como hace Loewenstein (2018), como la manifestación de un equilibrio temporal de unas fuerzas sociales que la confeccionan, equilibrio inherentemente temporal dado el dinamismo propio de las tensiones sociopolíticas. Debe precisarse, como exigirá Aláez (2000) desde un posición positivo-funcional, que este pacto o equilibrio axiológico es per se la Constitución, que es una norma jurídica diferenciada de dicho sustrato social.

Esta es la premisa del concepto de la llamada Constitución abierta, según el cual, como dijo Hesse (1992), ‘la Constitución debe permanecer incompleta e inacabada por ser la vida que pretende normar vida histórica y, en tanto que tal, sometida a cambios históricos’ (p.18).

Esta fenomenología sobre la necesidad de adaptación a la realidad se expone en igual sentido por Jellinek (2018) cuando escribe:

‘La estabilidad de las leyes fundamentales no es mayor que la de las otras. [...] Expresan siempre un deber ser cuya transformación en ser nunca se consigue plenamente porque la vida real produce siempre hechos que no corresponden con la imagen racional que dibuja el legislador. [...] Más bien se vuelve contra la misma norma. El legislador se enfrenta con poderes que se cree llamado a dominar, pero frecuentemente se alzan, plenamente inadvertidos, contra él atreviéndose incluso a sustituirle’ (p.8).

No deja de ser característico que, aunque este fenómeno de necesidad de adaptación al medio es común al conjunto de las leyes, como dice Jellinek (2018), subraya Pérez-Royo (1986) que es exclusivo de la Constitución la previsión de sus propias cláusulas de reforma, extraña para el resto de normas. Derivaría, según él, del carácter básicamente político de sus contenidos, de su naturaleza como norma suprema del Ordenamiento Jurídico y, en consecuencia, de su carácter único como norma jurídica que sirve de presupuesto jurídico-positivo para la producción de otras normas (Pérez-Royo, 1986).

Dicho esto, si siguiendo a Loewenstein (2018) afirmamos que las Constituciones no son perfectas, y por ello deben reformarse, en el sentido de que nunca pueden conseguir la identidad entre el contenido de la Constitución material -entendida como el

conjunto de valores y conflictos sociopolíticos presentes en la sociedad, los cuales son cambiantes por definición dada la naturaleza del medio social en que se manifiesta- y la Constitución formal -de carácter permanente y estático que adquiere la forma de enunciaciones jurídicas-; se podrá afirmar, como ha venido haciendo la doctrina (De Vega, 1995, p.68; Tajadura, 2018, p.32; Álvarez y Tur, 2018, p.119; García-Atance, 2017, p.88), que, dado que la realización de reformas constitucionales supone una adaptación del texto constitucional a las nuevas condiciones materiales de la vida social, este proceso no debe ser visto con el recelo con que se mira a una herramienta que erosiona el aparato constitucional, sino muy al contrario, debe considerársela como una auténtica mecánica de defensa y protección de la Constitución.

Esta defensa se produce porque, como explicaría Aláez (2000) con un lenguaje excepcionalmente técnico que trataremos de reformular lo más fiel y comprensiblemente posible, son condiciones para la existencia como norma positiva, tanto de la Constitución como para el resto de normas jurídicas, tres elementos, a saber: que sea una norma que objetiva una voluntad subjetiva realmente existente en la sociedad garantizando contrafácticamente unas expectativas por medio de la movilización de la fuerza física del Estado, esto es, que las pretensiones y valores que el Derecho garantiza coactivamente son emanadas del medio social, productos humanos, y no una inferencia de Dios o del orden natural; que sea una norma que se inserta eficazmente en el medio social como una norma obligatoria, esto es, el principio de eficacia; y que se institucionalice la posibilidad de cambio de la norma para que se adecúe a las voluntades subjetivas existentes en la realidad y así se inserte eficazmente en el medio social. Desde esta perspectiva puramente positivista reconoce que la reforma de la Constitución es precisamente la institucionalización de la posibilidad del cambio de la norma para poder insertarse eficazmente en la sociedad.

Esto es lo que Aláez (2000) denomina apertura cognitiva del sistema jurídico como la posibilidad de que permeen valores axiológicos en el contenido de un sistema social, el jurídico, que mediante su clausura operativa se diferencia de su medio, la sociedad en su conjunto, para poder realizar su función de estabilización de expectativas, estribando el valor de esta posibilidad en que se trata de un mecanismo puramente jurídico basado en la autorreferencialidad de la Constitución, en el sentido de que institucionaliza su propia vía de apertura cognitiva, por lo que se garantiza que se trata de un mismo ordenamiento constitucional y no uno impuesto *ex novo*.

Por lo tanto, la afirmación que realiza Ruipérez (2012) de que la revisión constitucional “termina por configurarse como una institución garantista cuya finalidad no es tanto, aunque también, la de permitir la variación formal de su texto, cuanto asegurar la permanencia del Código Jurídico-Político fundamental, al menos en su contenido esencial” (Ruipe rez, 2012, p.92) no sería del todo coherente, puesto que esta función de adecuación de la Constitución al medio es, per se, la forma de mantener su vigencia y continuidad en el tiempo como una norma jurídico-positiva.

Esta es en efecto la idea subyacente a la reforma, el mantenimiento de la vigencia de la Constitución ante las inclemencias del tiempo, lo que pasa ineludiblemente por garantizar su continuidad jurídica en el tiempo. Esto se da por medio de su apertura cognitiva, (Aláez, 2000) la permeabilización del sistema jurídico, y por lo que nos ocupa, la Constitución, con los valores sociales existentes con la finalidad de que su contenido sea insertado en el medio de forma eficaz y, por tanto, continúe vigente positivamente.

Se trata entonces de compatibilizar la “tendencia irrenunciable al cambio, al que se encuentran impelidos los textos constitucionales, con la idea de permanencia” (García-Atance, 1992, p.321), permanencia sin la cual la Constitución como herramienta de regulación de la vida del Estado no podrá realizar efectivamente (Ruipe rez, 1997). Será, entonces, la reforma constitucional un mecanismo que pretende desarrollar autorreferencialmente, y por tanto perpetuando la vigencia y continuidad del Ordenamiento Jurídico, la vía para garantizarse el mecanismo necesario para su existencia (Contreras, 2002).

Lo innovador del concepto de la reforma constitucional como el instrumento por el cual la propia Constitución posibilita su apertura cognitiva, en términos de Aláez (2000), es que, como apunta Pérez-Royo (1986) esta se concibe como un método pacífico de dinamización del orden jurídico-político, frente al binomio integrado por la teoría aristotélica y el derecho de resistencia que desembocaría en cambios de régimen de manera violenta.

En cualquier caso, la relevancia de mantener vigente el texto constitucional como una norma jurídico-positiva y no dejarlo caer en letra muerta deviene del papel central que se da a la Constitución ya desde los albores del constitucionalismo liberal. Pedro de Vega (1995), en la que es una de las más brillantes obras referentes a la temática del poder constituyente y del poder de reforma constitucional, explica de forma magistralmente clara cómo la Constitución supone la síntesis del principio democrático de la soberanía popular en que se pretendió sustentar la existencia del Estado, y el principio de limitación

de los poderes constituidos con el fin, propio del mismo concepto de constitucionalismo, de proteger al individuo frente al poder público a través de la “consolidación de esferas de autonomía garantizadas mediante normas” (Fioravanti 2014, p.17); explicación que se puede resumir como sigue.

Si, frente a la concepción de Rousseau (2017) según la cual el pueblo como soberano solo debe obedecerse a sí mismo ejercitando directamente el poder político, y dado que quien ejerce el poder político es el pueblo soberano es inaceptable concebir una Constitución limitadora del poder político más que aquella que se identifica con el mismo contrato social; aceptamos como imposición de las posibilidades históricas que la única forma de democracia con posibilidades fácticas de desarrollarse es la democracia representativa (Kelsen, 2015) en que se da la diferencia entre gobernantes y gobernados, resulta obligado entonces el nacimiento de la Constitución como manifestación del poder constituyente que regula y limita a los poderes constituidos. Pero dado que esta democracia representativa implica una dinámica en que el poder constituyente, una vez realizado el acto constitucional, desaparece y deja de actuar entrando en un estado de trance que algunos han venido denominando como el “letargo del poder constituyente” (Sauquillo, 2018, p.120); la forma exclusiva de garantizar la pervivencia del principio democrático de la soberanía popular es, y no puede ser otra, que la proclamación del dogma de la supremacía de la Constitución como *lex superior* que encarna la pervivencia de la suprema voluntad del constituyente, que vincula tanto al pueblo soberano como a los poderes constituidos, de forma que “la soberanía política se convierte así en soberanía jurídica” (De Vega, 1995, p.40).

En palabras del mismo Sieyès (2019), “el gobierno solo ejerce el poder real porque es constitucional; solo es legal porque es fiel a las leyes que le han sido impuestas” (Sieyès, 2019, p.181).

Esta soberanía jurídica tendría como precedentes teóricos, según Ruipérez (1997) las obras de Juan de Salisbury, Marsilio de Padua o Althusius, en que se defenderá como esencia del buen gobierno el imperio de la Ley sobre los gobernantes frente a otras teorías medievales que afirmaban la calidad del Príncipe como soberano y, por tanto, *legibus solutus*.

Y de esta misma soberanía jurídica se desprende que el concepto de Estado democrático, como aquel que se fundamenta en la soberanía del pueblo a través de su funcionamiento acorde a una Constitución emanado de este, y el concepto de Estado de

Derecho solo podrían separarse bajo el coste de pasar a considerar al Derecho constitucional como un mero Derecho estatal (Hernández, 1993).

Así, la soberanía del Derecho o soberanía jurídica, el imperio de la ley o *Rule of Law* bajo el cual nace el concepto de Estado de Derecho, no se proclama en términos de oportunidad como lo haría Aristóteles (2007), esto es, como una necesidad de un buen gobierno en que no gobiernan hombres guiados por pasiones, sino ‘‘ el gobierno exclusivo de la divinidad y la inteligencia’’ (p.158) porque la ley es ‘‘razón sin deseo’’ (p.159). Por el contrario, este ‘‘government of laws, and not of men’’ [gobierno de las leyes, y no de los hombres] (Adams, 6 de marzo de 1775, p.314), viene vinculado a la pervivencia del principio democrático a través de la supremacía de una ley que es emanación de la voluntad general del pueblo.

Adquiere, en estos términos, la reforma constitucional la significación política de defensa del principio de soberanía popular al garantizar la vigencia de una norma suprema del Ordenamiento Jurídico que encarna la permanencia de la voluntad del constituyente.

No obstante, si bien se puede inferir la necesidad de la figura de la reforma constitucional en base a que, al concebir esta como la defensa de la vigencia de la Constitución, y dado que la Constitución como norma suprema supone la limitación de los poderes constituidos salvaguardando la permanencia de la voluntad del pueblo soberano, coadyuva al mantenimiento y consolidación del principio democrático; hay que reconocer que no es más que un artificio lógico que, por otro lado, nos lleva a una conclusión a la que se llegó desde la teoría política y constitucional revolucionaria de una forma mucho más simple, y es que el poder de revisión es una manifestación de un principio democrático de autodeterminación política del conjunto del pueblo.

En definitiva, si existe un pueblo que consideramos soberano, ¿no debe tener esta la capacidad para modificar su Constitución en el sentido que desee para adaptar su texto a la voluntad política agregada del mismo? Esto es, si un texto constitucional previamente dado ya no corresponde con los valores axiológicos mayoritarios, solo sería legítima la vigencia de esta Constitución, como norma suprema que limita a los poderes del Estado en un determinado sentido para hacer permanecer viva la voluntad soberana en una democracia representativa, si el pueblo puede modificar y adecuar su contenido a la realidad político-valorativa.

Esta idea, ciertamente, ‘‘derivada de la propia noción de poder constituyente [surge] la creencia de que el poder constituyente de un día no puede condicionar al poder

constituyente del mañana” (De Vega, 1995, p.57) puesto que si, como dice Rousseau (2017),

“el soberano puede decir: quiero actualmente lo que quiere tal hombre o, al menos, lo que dice querer, pero no puede decir: lo que este hombre quiera mañana yo también lo querré, porque es absurdo que la voluntad se encadene para el futuro” (p.76);

y entendemos que el soberano no es sino el pueblo, que ostenta el poder constituyente, se puede asegurar que en virtud de dicho poder constituyente se podrá modificar la constitución ya que es absurdo pensar que la existencia de la Constitución, producida por el pueblo, pueda en algún sentido impedir esta posibilidad dado que un poder soberano no puede autolimitar de forma absoluta su futura voluntad. En resumidas cuentas, que “si esa Constitución es suprema porque es voluntad del pueblo soberano, no se puede impedir que ese mismo pueblo revise continua y periódicamente [...] la misma Constitución” (Fioravanti, 2007, p.111)

En este sentido aseguraría Sieyès (2019) que “sería ridículo suponer que la nación estuviera sujeta a sí misma por las formalidades o por la Constitución a que ha sometido a sus mandatarios” (Sieyès, 2019, p.180) y que, por tanto, “la nación siempre es dueña de reformar su Constitución. Sobre todo, debe otorgarse otra más válida, si la suya es contestada” (Sieyès, 2019, p.187).

Efectivamente, del principio plasmado en su máxima expresión en el artículo 3 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (Asamblea Nacional, 26 de agosto de 1789), y, dicho sea de paso, en el mismo artículo 3 de la Declaración de Derechos de la Mujer y de la Ciudadana, de Olympe de Gouges (2015); según el cual se concibe que la soberanía reside en el pueblo, o en la nación desde una óptica sieyesiana, deriva ineludiblemente que este tiene derecho a autodeterminar su futuro político y, por tanto, a revisar el régimen político-constitucional establecido.

Como no podía ser de otro modo, tal y como explica Fioravanti (2007), la construcción de este dogma teórico tiene un sustento en el contexto sociopolítico e histórico de la revolución francesa y que en los Estados Unidos no llega a aparecer de forma clara y definida. Esta motivación histórico-política consiste en la necesidad francesa, a diferencia del proceso revolucionario estadounidense surge inicialmente con la pretensión de reclamar los derechos que poseían en base a la constitución del Reino Unido; de destruir por completo el edificio del Antiguo Régimen, lo que exigía configurar al pueblo como un auténtico soberano de naturaleza activa y que, de forma que “la

Constitución deberá disciplinar los poderes que la misma revolución instituye, pero nunca podrá pretender apagar ese motor” (Fioravanti, 2007, p.112) que comenzó la insurrección revolucionaria.

A modo de resumen de este pensamiento, merece ser mencionada la directa y vehementemente clara argumentación que realizó en este sentido, e irónicamente en lo relativo al contexto geográfico al que pertenecía, Thomas Paine (2008), figura destacable, aunque a menudo olvidada, de la revolución estadounidense, al razonar de la siguiente forma:

“Las circunstancias del mundo cambian constantemente, y también cambian las opiniones de los hombres; y como a quien se gobierna es a los vivos, y no a los muertos, son los vivos los únicos que tienen algún derecho en él. Lo que puede considerarse adecuado y juzgarse oportuno en una época, puede considerarse erróneo y juzgarse inoportuno en otra. En esos casos, ¿quiénes han de decidir, los vivos o los muertos?” (p.67);

siendo esta la réplica de Thomas Paine a la argumentación conservadora de Edmund Burke (2016) según la cual la posibilidad de revisar el gobierno y la Constitución no existe en la concepción inglesa debido al pacto de por vida realizado por sus predecesores, en el contexto de la Revolución Gloriosa de 1688 pero con antecedentes remotos, que les comprometía para con unas instituciones políticas que les habrían sido transmitidas hereditariamente a través de las generaciones.

En cualquier caso, la diferenciación de estas dos líneas de argumentación, aparentemente superficiales, suscitan una cuestión de gran relevancia que nos lleva al siguiente apartado. Y es que si bien ambas vías nos lleva a asegurar que el poder de reforma garantiza el principio democrático de la soberanía popular, entender esta defensa dentro de la dinámica de la Constitución como *lex superior* en una democracia representativa nos lleva a asumir que se trata de un mecanismo que se ejerce eminentemente dentro del funcionamiento del Estado en su manifestación concreta, dado que siempre queda dentro del ámbito de la Constitución que se pretende defender; mientras que sustentar la reforma de forma directa en la soberanía popular puede llevarnos a pensar que esta opera más allá del marco constitucional concreto.

Así, mientras que en los Estados Unidos la reforma se idea como mecanismo de institucionalizar el constituyente y garantizar la supremacía de la Constitución frente a los poderes constituidos a los que se impone, surgiendo como una concatenación de razonamientos lógicos que queda dentro del ámbito de la Constitución; por el contrario,

en Europa, donde se trata de dismantelar todo el aparato del Estado absoluto, se enfatiza el papel del poder constituyente, aunque no sin reticencias, negándose el carácter jurídico de la reforma para pasar a considerarla como un fenómeno político (Pérez-Royo, 1986).

Esto nos abre las puertas de la discusión en torno a la naturaleza del poder constituyente constituido o poder de revisión en que se trata de dilucidar si se trata de un poder limitado o ilimitado. En definitiva, si la reforma supone defender el principio democrático por medio de la defensa de la Constitución como una norma jurídica suprema manifestación de la voluntad soberana del pueblo; o si la reforma constituye en sí misma una facultad del poder constituyente de un pueblo soberano.

3.1.2. La naturaleza del poder de reforma

Como hemos dicho, la reforma constitucional es un fenómeno necesario para hacer pervivir la vigencia de la Constitución; además de que constituye

“the very essence of civil liberty that a people shall have the right to change their laws from time to time, and not to be compelled to live under laws enacted in previous centuries by their ancestors which may have become totally unsuited to their changed conditions” [la verdadera esencia de la libertad civil que un pueblo tenga el derecho a cambiar sus leyes de tanto en tanto y no permanecer obligado a vivir bajo leyes establecidas en siglos pasados por sus ancestros que podrían devenir en totalmente inadecuadas para sus diferentes condiciones] (Marbury, 1919, p.230).

Pero de ello deriva lógicamente la pregunta de si dicha reforma debe realizarse por los poderes constituidos del Estado o bien debe surgir directamente del poder constituyente.

Nos enfrentamos, pues, a decidir cuál debe ser el concepto del poder de reforma entre las dicotómicas opciones de asegurar que el poder de revisión sea un poder constituido previsto en la propia Constitución, en un marco de objetivación del poder constituyente que se materializa en el principio de supremacía constitucional (Sauquillo, 2018, p.121), con la consiguiente complicación de reconocer que entonces los poderes estatales se reforman a sí mismo y, por lo tanto, el fundamento democrático del poder constituyente originario no es más que una quimera al tener la capacidad los poderes constituidos de modificar un texto que le fue dado como su límite; o bien defender que se trata de una manifestación directa del poder constituyente, suponiendo por tanto un acto de soberanía política, pero comprometiendo en este caso, por un lado el principio de primacía de la Constitución al tener que entenderla sometida a un constante evolución de

carácter revolucionario (De Vega, 1995, p.61), y, por otro lado, consecuencia de lo anterior, la propia delimitación de las figuras de poder constituyente y de poder de reforma, e incluso la misma existencia de este último.

De forma preliminar, debe concederse que, se considere que la reforma consiste en un proceso jurídico regulado en la propia Constitución o por el contrario se entienda que supone una manifestación directa del poder constituyente; este procedimiento debe quedar ajeno a las manos del legislador ordinario. Principio que quedó ya manifiesto en la celeberrima sentencia del juez Marshall sobre el caso *Marbury v. Madison* (Corte Suprema de los Estados Unidos, 24 de febrero de 1803), en la que se consagra los principios de supremacía de la constitución y de rigidez constitucional -y como consecuencia de aquellos estatuiría la institución de la *judicial review*- en base a que si el Parlamento puede reformar de forma ordinaria la Constitución, esta última pierde su carácter de norma jurídica suprema y, por tanto, el fundamento democrático del Estado caería en saco roto y el principio de soberanía popular carecería de operatividad práctica (De Vega, 1995).

Se consolida así la rigidez constitucional como la clave de bóveda de toda la estructura democrática del Estado constitucional, pues sin ella no existe supremacía de la Constitución, y sin esta no pervive el principio democrático a través de la voluntad permanente y superior del constituyente. En otras palabras, “la rigidez es, pues, un elemento esencial del constitucionalismo democrático” (Pérez-Royo, 1986, p.36). Tanto es así que “no es posible pensar en una Constitución liberal-burguesa sin imaginarse un texto, obra del Poder Constituyente, con la forma de Constitución escrita y rígida” (Ruipérez, 1997, p.466).

De esta forma, la generalización del Estado democrático supondrá una igual generalización de la rigidez constitucional, quedando de esta manera la clasificación doctrinal entre Constituciones flexibles y rígidas prácticamente obsoleta excepto en su valor explicativo de la especificidad del constitucionalismo británico (Pérez-Royo, 1986)

Pero se abre así la cuestión de que, si no es el legislador ordinario el titular del poder de reforma, ¿quién ha de erigirse en la capacidad de reformar el texto constitucional?

Esta cuestión fue abordada por Sieyès, quien, vaticinando el principio posteriormente consagrado por el juez Marshall (Corte Suprema de los Estados Unidos, 24 de febrero de 1803), afirmaba que “ese derecho [el de una nación a reformar su Constitución] solo corresponde a la nación, independiente de toda forma y toda

condición” (Sieyès, 2019, p.188), excluyendo de esta forma la posibilidad de que sean los cuerpos constituidos ordinarios los encargados de tal función y optando por entregar la competencia a unos cuerpo de representantes extraordinarios elegidos al uso para dicha labor, cuerpo que “no está sometida a ninguna forma en particular: se reúne y delibera, como lo haría la nación misma” (Sieyès, 2019, p.185). Se conceptualiza así el poder constituyente constituido como una posición a caballo entre las dos opciones, al no tratarse de una modificación por parte de los órganos ordinarios del Estado ni una modificación operada de forma directa por el pueblo.

No obstante, si bien el autor realiza un avance al introducir un principio representativo en el mecanismo de reforma, excluyendo así la deliberación directa de la nación por su imposibilidad práctica (Sieyès, 2019); deja en cambio sin resolver el problema de su naturaleza, pues niega la posibilidad de imponer límite o procedimiento alguno a su funcionamiento, lo que deja la puerta abierta a cualquier tipo de modificación y correría el riesgo de que, lo que en realidad se trata de un cuerpo constituido de representantes, aunque extraordinarios, se arrogase la capacidad de cambiar por completo el orden constitucional. Se confundiría así el poder de revisión con el poder constituyente y se cercenaría la nación hasta entender por tal a la Asamblea extraordinaria encargada de reformar la Constitución. Sucedería entonces “que los elegidos dejan de ser los representantes de la nación soberana para convertirse en los representantes soberanos de la nación” (Berliá, 1945, como se citó en De Vega 1995, p.231).

Y es que, si bien Sieyès acierta en la atribución a unos representantes extraordinarios de las competencias revisoras como mecanismo para evitar que el legislador ordinario modifique el régimen limitador que le ha sido impuesto por la población a través de la Constitución; yerra finalmente al dotar a este cuerpo extraordinario de una soberanía que se considera que esencialmente reside en el pueblo, pues con el fin de asegurar los principios de rigidez y primacía constitucional y de soberanía popular no hace sino concebir una forma extraordinaria de vulnerarlos.

Comparte de esta opinión Ruipérez (2012) cuando afirma que tenía razón Sieyès, al sustraer la función de reformar la constitución al legislador ordinario, pero que al no entender el poder de revisión constitucional como un poder jurídico y limitado, “sentó las bases para la confusión tan extendida entre poder de constituyente y poder de reforma” (Ruipe rez, 2012, p.104).

Sin embargo, Sieyès no es el único autor que comparte de esta perspectiva. Destaca, por ejemplo, Jellinek (2018), cuando años más tarde aseguraría que el soberano, con poder ilimitado,

“puede modificar a discreción su Constitución, abrogarla o sustituirla. Y no sólo ajustándose a Derecho [...], puede sufrir mediante el poder una subversión total. Toda revolución abre el camino a una reforma de la Constitución. En efecto, no hay poder alguno por encima del Estado que pueda impedir lo hecho por tales revoluciones, [...] así cada revolución triunfante crea un Derecho nuevo” (p.11).

Así el autor asegura que la Constitución puede reformarse sin límite alguno, ni formal ni material. Si bien podemos afirmar la veracidad de su opinión respecto de la validez de ese nuevo Derecho creado por la vía revolucionaria, cuestión que analizaremos más adelante, por otro lado él mismo denota la problemática que envuelve el asunto de considerarlo como una reforma constitucional. Al asegurar que cada revolución constituye un nuevo orden jurídico no hace sino reconocer que la transgresión de determinados límites, es decir, que la construcción de un nuevo orden político, consiste no en una reforma constitucional, sino una emanación del mismísimo poder constituyente que realiza una función creativa *ex novo*.

En cualquier caso, la única posibilidad de diferenciar el poder constituyente constituido del poder constituyente del pueblo soberano, y así poder mantener vivos los principios de primacía constitucional y de soberanía popular, reside en concebir al primero como un poder limitado que realiza un proceso jurídico dentro de un marco constitucional previamente dado por el constituyente, idea la cual es una de las “más elementales exigencias del Estado constitucional” (Pedro de Vega, 1995, p.221)¹.

Todo lo anterior implica que el poder de reforma no puede sino siempre darse respetando unos límites jurídicamente determinables que se consideran la esencia del régimen constitucional existente, puesto que el poder de enmendar la Constitución no incluye el poder de destruirla (Marbury, 1919, p.225), lo que sucedería si se permitiese que un poder constituido como es el de revisión dispusiese total y absolutamente del contenido de la Constitución, ya que según el principio de rigidez constitucional, tan contrario es al principio de soberanía popular el no permitir que el pueblo instituya un régimen constitucional como vulnerar el ya existente por medio de un cuerpo constituido distinto al pueblo soberano.

¹ Se ha tratado de desarrollar esta línea argumental en un diagrama de flujo que puede encontrarse en el Anexo I de este trabajo.

Es decir, supone que un poder limitado de revisión constitucional, dado que encuentra su legitimidad jurídica en el propio texto de la Constitución, no puede contravenir la esencia de este orden constitucional. De esta forma, negar que existan límites a la reforma constitucional encarna la “desnaturalización de la institución, es decir, la desjurificación de la reforma, que adquiere un carácter sustancial y casi exclusivamente político” (Pérez-Royo, 1986:41), hasta el punto de llegar a considerarse que sólo será un poder de reforma real aquel limitado jurídicamente (García-Atance, 1992).

Esto es, si, como Loewenstein (2018), entendemos que la Constitución surge como un instrumento jurídico con la teleología concreta de plasmar y mantener vigente una determinada correlación de fuerzas sociales y su sustrato ideológico, es decir, mantener con vida un determinado *ethos* político que responde a una constitución material concreta existente en un momento determinado en que se dota a la Constitución de una ideología juridificada (Belda, 2012); debemos afirmar entonces que existe un determinado ámbito material que resulta indisponible para el legislador constitucional constituido y cuya transgresión produce un nuevo régimen distinto, rompiendo la continuidad jurídico-política del Estado.

En igual sentido observa Schmitt (2019) que como el poder de reforma es una facultad otorgada a un cuerpo de forma positiva, esta queda supeditada a la garantía y mantenimiento de la identidad y continuidad de la Constitución, entendida como un todo. Esta idea de Schmitt (2019) parte de la base de la distinción entre Constitución en sentido positivo, que él entiende como un todo que, en síntesis, representa conjuntamente la unidad del Estado en sus normas de funcionamiento más elementales entendidas en su conjunto; y regulación legal-constitucional, entendida como el desarrollo jurídico que encuentra de forma concreta la Constitución y que surge de un acto de un poder constituyente como unidad política preexistente y que con este acto tan solo juridifica sus particularidades en unas proposiciones normativas.

No quiere decirse con esto que exista la imposibilidad absoluta de cambiar el orden constitucional de forma profunda y disruptiva, modificando la base y esencia teleológica de la ordenación constitucional del Estado, sino tan solo que estos terremotos constitucionales son manifestaciones de un poder constituyente soberano “operando como *res facti, non iuri*” (De Vega, 1995, p.65) ya que “a través de la reforma se puede legalizar el cambio, pero lo que en ningún caso resulta posible es legalizar la revolución” (De Vega, 1995, p.239). La Constitución dentro de la que opera, y en base a la cual obtiene

su legitimidad, puede “ser demolida para construir otra distinta, pero no subvertirse alterando sus bases más sustanciales” (Belda, 2012, p.262).

Tampoco supone esto una vulneración de la perspectiva sieyesiana de que la nación no puede estar sometida a procedimientos formales, pues acabamos de asegurar que el poder constituyente es libre de movilizarse por vía de hecho cuando así lo considere necesario, independientemente de requisito formal alguno, porque el poder constituyente “es un poder revolucionario o fáctico y, en ese sentido, no sometido a Derecho” (Tajadura, 2018, p.61); sino tan solo entender que el poder de reforma, como concepto diferente de la nación o el pueblo, y por tanto del poder constituyente, sí encuentra ese sometimiento y se moviliza siempre dentro de un orden constitucional determinado y de conformidad con un proceso prescrito en ella con el fin único de permitir una adición o cambio en las líneas del instrumento original para producir una mejora en la forma de llevar a cabo el propósito para el cual fue concebida (Marbury, 1919, p.225) pero nunca para facultar que un cambio políticamente disruptivo sea gestado en las entrañas de un poder constituido, lo que a todas luces quebrantaría la soberanía popular que se manifiesta a través de la supremacía y rigidez constitucional.

Manuel Aragón (2018) ha considerado que el procedimiento previsto para la reforma es la formalización de una autolimitación del poder constituyente que deriva del propio carácter de la Constitución como tal proceso de autolimitación, coincidiendo en este sentido con el discurso pronunciado ante la Asamblea Nacional por Frochot (como se citó en De Vega, 1995) según el cual la reforma es la manera en que el pueblo soberano decide “estatuir su propia limitación” (De Vega, 1995, p.64); pero añadiendo que “la única autolimitación del poder constituyente que resulta compatible con la conservación de su carácter soberano es la autolimitación procedimental, y no la autolimitación material” (Aragón, 2018, p.45).

No obstante, esta idea alberga dos problemas. En primer lugar, resulta insostenible desde el punto de vista del poder constituyente como poder política y fácticamente soberano, ya que, incluso en los casos de autolimitaciones formales, el pueblo soberano “tanto puede decidir el acatamiento de los procedimientos de reforma como su infracción” (Tajadura, 2018, p.63). No se podría hablar entonces de límites materiales pero tampoco formales, pues su observancia o inobservancia quedaría como una mera potestad facultativa (Ruipérez, 2012), es decir, que la existencia de estos límites no se extrae de su prescripción constitucional sino de la propia voluntad hipotéticamente soberana de un poder de reforma hipertrofiado, y por lo tanto no existen como tales; y

“la propia institución de la reforma constitucional, en cuanto expresión de la continuidad jurídica del ordenamiento deja de tener sentido” (De Vega, 1995, p.230) con el consiguiente daño que para el principio de supremacía de la Constitución de ello deriva, al presentarse que un poder pretendidamente sometido a ella puede vulnerar sus prescripciones de forma libre. Todo ello por no hablar de la posibilidad, al tratarse de un poder limitado exclusivamente en términos formales y que no encuentra su fundamento competencial en la Constitución, de realizar una de las llamadas reformas de doble grado y desarticular la autolimitación que impuso el constituyente del pasado, por lo que no solo supondría la caricaturización de la llamada soberanía de la Constitución, sino que también sería un risión operativamente ineficaz.

En segundo lugar es incoherente, precisamente, con la distinción que se hace desde la doctrina entre poder constituyente y poder de reforma para mantener la vigencia de la Constitución como *lex superior* que garantiza el fundamento democrático del Estado. Esto es así debido a que la autolimitación del poder constituyente solo podría predicarse en tanto en cuanto la reforma fuese efectuada por este. Pero si, muy al contrario, entendemos que el poder de reforma es un poder constituido y claramente diferenciado del poder constituyente, este último no hace más que, como con el resto de poderes constituidos, imponer al poder de revisión un marco límite. Prescindir de esta dualidad constituyente-reforma implicaría, como ya se ha dicho, arrebatar la soberanía del pueblo mediante el cercenamiento de este y ponerla en manos de un órgano representativo que sería el nuevo soberano.

Queda claro, pues, que la limitación meramente formal de un poder constituyente autolimitado por su inclusión en la Constitución es un absurdo desde la perspectiva del Estado democrático de Derecho. Pero ¿tendría algún sentido defender que dicho poder constituyente, mediante su autolimitación, se impusiese algún límite material? Quizá ello hiciese viable esta idea como defensa de la primacía de la Constitución al hacer derivar todas las posibles reformas de su propio texto; pero lo haría a costa del propio fundamento democrático que sustenta la idea de Constitución como norma suprema del Ordenamiento Jurídico, pues si hemos asegurado que la reforma constitucional posee la idiosincrasia de, como diría Paine (2008), hacer que los muertos no gobiernen y limiten a los vivos, será inadmisibles que este procedimiento de reforma limite absolutamente a un supuesto poder constituyente, de forma que “niega la existencia y legitimidad política del poder soberano del presente” (De Vega, 1995, p.73).

En cualquier caso, como dijo Carl Schmitt (2019) ‘‘es especialmente inexacto caracterizar como poder constituyente [...] la facultad atribuida y regulada sobre la base de una ley constitucional, de cambiar, es decir, de revisar, determinaciones legal-constitucionales’’ (p.151), aunque se caracterizase como un poder constituyente autolimitado.

Se concluye de lo expuesto que la articulaci3n de los principios de soberan3a popular y de supremac3a de la Constituci3n, en un contexto de democracia representativa, exige considerar el poder de revisi3n constitucional como un poder constituido, diferente del poder constituyente, y que, por lo tanto, est3 sometido a determinados l3mites, los cuales han de ser tanto de naturaleza formal como material, con el fin de, en primer lugar, garantizar que el ejercicio del poder constituyente, de car3cter extrajur3dico y eminentemente revolucionario o disruptivo, quede siempre en manos del pueblo y no sea arrojado por un poder constituido. Y, en segundo lugar, para evitar que dicho poder constituido, que opera dentro del marco constitucional, no pueda dinamitar todo el edificio constitucional, con sus correspondientes valores ideol3gicos y su correspondiente configuraci3n de las fuerzas sociales, manteniendo as3 la continuidad jur3dico-pol3tica del orden constitucional y la primac3a y rigidez constitucional.

3.2. Los tipos de l3mites a la reforma constitucional

Si aceptamos que, ‘‘a diferencia del originario, el constituyente derivado [es decir, el poder de reforma,] no es supremo, no puede ser ejercido de manera absoluta sino que debe someter su actuaci3n a la Constituci3n’’ (Oyarte, 1998, p.72) porque ‘‘la revisi3n, s3, permite el cambio, pero se trata siempre de un cambio limitado y controlado’’ (Ruip3rez, 1997, p.466).

Si entendemos que la reforma constitucional, como acto que opera siempre dentro del sistema jur3dico, debe ser limitado para que su ejercicio no suponga subvertir el orden que lo habilita, el cual, a la postre, es la manifestaci3n del poder constituyente y, por tanto, su limitaci3n supondr3a negar la voluntad de un pueblo soberano pol3ticamente.

Si partimos de esta premisa, entonces la pregunta que l3gicamente se suscita en consecuencia es cu3les son dichos l3mites a los que el poder constituyente-constituido se encuentra sometido. Esta pregunta es capital, puesto que hallar estos l3mites supone hallar ‘‘la frontera entre lo que, en rigor, es un acto jur3dico, la t3cnica de revisi3n, y la ejecuci3n de un acto revolucionario’’ (Ruip3rez, 1997, p.479).

De Vega (1995) ha considerado que del sometimiento del poder de reforma a la Constitución y su carácter exclusivamente derivado de ella se desprenden dos principales implicaciones:

“En primer lugar, que sus posibilidades formales de actuación son solamente las que el ordenamiento constitucional le confiera. [...] En segundo lugar, que sus posibilidades materiales en la modificación de los contenidos de la Constitución tienen, por necesidad, que ser también limitadas” (De Vega, 1995, p.237).

Estos corolarios dan lugar a la diferenciación de dos tipos de límites, a saber, los límites formales más allá de los cuales la operación de reforma es inválida jurídicamente de forma intrasistémica; y los límites materiales, más allá de los cuales se entenderá que la reforma es inválida porque precisamente rompe y se sitúa al margen del sistema jurídico y constituye uno nuevo.

A este binomio se podría adicionar, según Tajadura (2018), los límites temporales de la reforma en los que se proscribe su empleo en un determinado lapso con el fin de “dar posibilidad a la Constitución de aclimatarse, y a la Nación a familiarizarse con ella” (Loewenstein, 2018, p.188). No obstante, siguiendo a Aláez (2000) pienso que los límites temporales no son sino un límite material, referido, si se quiere, a la totalidad del texto constitucional, pero que está sometido a un periodo de caducidad trascurrido el cual pierde su eficacia, dado que realiza la misma función de los límites materiales, que es la clausura cognitiva del sistema jurídico ante determinadas expectativas cuya posibilidad de juridificarse se excluye por el constituyente (Aláez, 2000). Por ello considero que no son este tipo de limitaciones merecedoras de un tratamiento diferenciado.

Asimismo, ha sido objeto fundante de la conceptualización de distintas categorías taxonómicas tanto el hipotético origen interno o externo al ordenamiento jurídico de los límites, la llamada dicotomía entre límites autónomos y heterónomos; así como su carácter relativo o absoluto, teniendo estos últimos significados diferentes según el autor de que se trate.

Para explorar estas diferentes clasificaciones teóricas el presente epígrafe tratará, en primer lugar, abordar la cuestión de los límites formales-materiales, primero por oposición entre ambas categorías; y, en segundo lugar, de ofrecer una sucinta aproximación a los conceptos, dentro de los límites materiales, de límites autónomos-heterónomos y de límites relativos-absolutos, así de cómo se manifiestan estos límites de forma explícita o implícita.

3.2.1. Los límites materiales frente a los límites formales

Tal y como se acaba de introducir, la existencia de limitaciones formales a la reforma constitucional surge de que únicamente podrá el poder de reforma desplegarse cuando atienda a los requerimientos de forma que la Constitución, en base a la cual existe, le impone como poder jurídico y limitado (De Vega, 1995).

Esto significa que los límites formales son aquellos requerimientos procedimentales exigidos, para Oyarte (1998), dado lo extraordinario del asunto y la necesidad de diferenciar la reforma del poder legislativo ordinario, adquiriendo un carácter agravado.

La existencia de estos mismos requerimientos es la consecuencia natural del carácter rígido de una Constitución, esta rigidez es “la principal limitación de carácter formal que define al instituto de la reforma” (Tajadura, 2018, p.65), pues, opuestamente, las Constituciones flexibles lo son por no prescribir forma alguna en concreto para realizar esta reforma.

Por contraposición, los límites materiales suponen la delimitación de los ámbitos en que esta reforma puede operarse válidamente. Esto significa para Aláez (2000) que los límites materiales, tomando como premisa que el Derecho es la regulación del uso de la fuerza coactiva monopolizada por el Estado para garantizar contrafácticamente unas determinadas expectativas presentes en la sociedad, son normas jurídicas que operan una “clausura cognitiva del sistema respecto de determinados sectores del medio que no pueden ser objeto de constitucionalización” (p.169) lo que no es sino garantizar “la expectativa de que no se constitucionalicen determinadas expectativas” (p.169).

Formula inversamente, pero en mismo sentido, esta misma idea García-Atance (1992), aunque concretamente respecto a las cláusulas de intangibilidad cuando expone que “tienen por objeto garantizar la subsistencia de los supuestos ideológicos y valorativos que identifican el régimen político definido por la Constitución” (p.326); lo que es lo mismo que decir que garantizan la expectativa de que no se introduzcan a la Constitución valores contrarios a ese núcleo esencial de la misma.

En otras palabras, los límites materiales ofrecen una delimitación negativa de lo que puede ser objeto de constitucionalización por medio de la apertura a los valores axiológicos que opera la reforma de la Constitución. Y en tanto realizan esta función definen y marcan al poder de reforma “sus posibilidades materiales de actuación, [que] terminan donde la modificación constitucional implique su destrucción de su legitimidad como poder de revisión” (De Vega, 1995, p.239), lo que sucede cuando trasgrede su

naturaleza como acto jurídico y, por tanto, sometido a los términos en que su habilitación competencial se da, para pasar contradecir la norma suprema del Ordenamiento Jurídico, la Constitución, y cambiarla convirtiéndose en un nuevo poder constituyente.

Puede apreciarse entonces la distinción de las funciones que ambos límites realizan según Aláez (2000), para quien mientras que los límites formales realizan una “función selectiva afirmativa” (p.171) en tanto en cuanto determinan de forma positiva cuáles son los caminos por medio de los cuales la reforma operativiza la apertura cognitiva constitucional; los límites materiales “cumplen tanto una función selectiva afirmativa como una función selectiva negativa” (p.172), puesto que excluyen la posibilidad de cognición de según qué valores o expectativas sociales, esta sería su selección negativa, al tiempo que también determina, delimitando negativamente, el ámbito material respecto del cuál sí se puede permear axiológicamente y actualizar la Constitución.

En cualquier caso, tanto los límites formales como los límites materiales deben entenderse, desde la óptica positivista que aquí se trata de manejar, como normas jurídicas y no como una serie de valores trascendentes al mundo jurídico. Esto es así porque se integran y emanan del propio texto constitucional, que establece la forma en que la Constitución puede abrirse a conocer las preferencias sociales y adecuar su texto a ellas de manera estrictamente autorreferencial, que es el modo de cerrar el sistema jurídico basado en habilitaciones de producción normativa escalonada hasta la Constitución como norma suprema en base a la cual el resto de normas obtienen validez jurídica.

Son proposiciones jurídicas que condicionan la apertura cognitiva de la Constitución de forma autorreferencial para garantizar la clausura operativa del sistema jurídico y, con ello, su diferenciación funcional como sistema diferenciado del medio social y otros subsistemas sociales como el moral o el religioso (Aláez, 2000), estableciendo de esta manera de forma estrictamente jurídico-positiva las posibilidades materiales de actuación del poder de revisión (De Vega, 1995) dentro de las cuales solamente podrá actuar como poder jurídico y más allá de las cuales se rompe la Constitución como norma mediante un mecanismo extrajurídico al margen de los cauces autorreferencialmente previstos para imponer de forma paralela nuevo sistema jurídico cuyo contenido no se fundamenta en una norma jurídica previa, requisito esencial de la reforma constitucional.

3.2.2. Los límites autónomos/heterónomos y absolutos/relativos

La distinción entre límites autónomos y heterónomos se debe a W. Jellinek (1931, como se citó en García et al., 2016), quien, en resumidas cuentas, entendía que existen límites que son establecidos por la propia Constitución, tanto formales como materiales, siendo estos los que denomina límites autónomos; mientras que otros límites son impuestos por una norma jurídica ajena a la Constitución, los denominados límites heterónomos.

Estos límites heterónomos serían, efectivamente, límites emanados de una “voluntad normativa externa al Estado” (Aláez, 2000, p.29). Serían los ejemplos más característicos de los mismos los límites que al poder de reforma de un Estado federado le impone la Constitución Federal, así como aquellos que se impondrían desde el Derecho Internacional (De Vega, 1995).

En estos casos, como bien apunta Aláez (2000), estos límites no podrían considerarse como límites materiales *strictu sensu*, puesto que en realidad se trataría de la aplicación de los principios de coordinación del Ordenamiento Jurídico interno con un Derecho, hipotéticamente, supraordenado jerárquicamente, precisándose para su existencia, por tanto, la validez del principio de primacía del Ordenamiento internacional sobre el nacional, cuestión cuya aceptación es de todo menos pacífica en la doctrina jurídica.

Siguiendo este argumento, solo podrían considerarse como verdaderos límites materiales heterónomos aquellos intentos de imponer “desde posturas iusnaturalistas, los principios de Derecho natural que, en ningún caso, se piensa, pueden ser contradichos por el Derecho positivo” (De Vega, 1995, p.241); aunque, en primer lugar estos son difícilmente concretables y generan no pocos problemas teóricos, como se tendrá oportunidad de ver, y, en segundo lugar, podría considerarse también como una relación jerárquica por entender que el Derecho positivo se encuentra siempre inserto bajo las premisas del natural.

Por el contrario, los límites autónomos serían aquellos “cuya fuente de producción eran las normas jurídicas manifestación de la propia voluntad expresa o tácita del Estado” (Aláez, 2000, p.33). En este caso sí podremos hablar de los límites materiales a los que nos referimos en el presente trabajo, y dentro de esta categoría se podrían encontrar los dos principales tipos de límites que derivan bien de si la voluntad de limitación es expresa o implícita, que son las cláusulas de intangibilidad y los límites implícitos.

Por su parte, la categorización de los límites como absolutos o relativos no son tan unívocos para la doctrina como lo son los límites autónomos y heterónomos.

Para Tejada (2018) se pueden clasificar los límites materiales en los que llama absolutos o universales, por contraposición a los relativos o específicos, cuya diferencia “reside en si estos revisten un carácter universal, esto es, son predicables respecto a todos los textos constitucionales [...] o si, por el contrario, son específicos y característicos de una Constitución determinada” (p.66).

Siguiendo este mismo concepto de límite absoluto como un límite universal a la reforma de la Constitución, común a cualquier texto constitucional, encontraríamos un sector doctrinal que afirma que “existen en todo Ordenamiento Jurídico principios que no son susceptibles de ser modificados. En otros términos, que en toda Carta Política existen límites implícitos absolutos” (Hernández, 1993, p.153). Esta tesis sería afirmar y proclamar lo que Schmitt (2019) denomina concepto ideal de Constitución según el cual solo “se designa como «verdadera» o «auténtica» Constitución, por razones políticas, la que responde un cierto ideal de Constitución. [...] Así cada Estado no tiene ya por sí mismo una Constitución, sino que hay Estados con y sin Constitución” (p.76).

Ejemplo de esta doctrina se pueden observar en Ruipérez (1997) que, una vez ha desarrollado la necesidad de concebir el poder de reforma como un poder inherentemente limitado materialmente, pasa a “diferenciar aquellos que serían predicables de cualquier Texto Constitucional, y aquellos otros que son propios de una Constitución concreta y determinada” (p.481), identificando como estos límites absolutos o universales aquellos principios derivados del mismo concepto liberal-burgués de Constitución, como el principio democrático, la supremacía de la Constitución, la soberanía popular, los derechos fundamentales o la separación de poderes, sin los cuales no se podría hablar de Constitución (Ruipepérez, 1997).

En ese mismo sentido entiende Belda (2012) que “es una realidad limitativa, siempre presente, que el proceso de la reforma puede llevar hacia cualquier nuevo marco institucional y de derechos, pero de corte democrático” (p.263), considerando por tanto como universal y común a toda Constitución que su revisión no puede en ningún caso positivizar y consagrar valores antidemocráticos.

Acierta Hernández (1993) al hablar de estos límites absolutos como una cuestión inserta en los límites implícitos, pues de esta forma ya está indicando la estrecha vinculación perceptible entre los límites absolutos y una determinada concepción de los límites implícitos que los entiende como imposiciones metajurídicas y sociales que no

derivan del propio texto constitucional positivo. Debe rechazarse como jurídicamente posible la existencia de este tipo de límites absolutos o universales, porque, en primer lugar no podría aceptarse que tuviesen carácter limitativo jurídicamente válido una serie de valores axiológicos si no es por medio de existir en una norma jurídica, como exigirá Aláez (2000), y este no sería el caso en el supuesto de aceptarlos, porque surgirían de un razonamiento extrajurídico, su existencia no se fundaría en una norma que los prescribe basada a su vez en una norma jurídica que habilita dicha prescripción, sino en un determinado requisito metajurídico.

También se deberá rechazar esta idea porque permitirlos no supondría en realidad limitar jurídicamente la reforma, sino que, como en todas las Constituciones deben pervivir dichos elementos materiales, nos encontraríamos realmente con un límite metajurídicamente impuesto al poder constituyente para poder hablar de que la Constitución que se ha dado fuese válida.

No obstante, sí que hay que mencionar que también se intentaron establecer este tipo de límites desde el positivismo jurídico entendiendo que, si bien generalmente los límites impuestos a la reforma constitucional eran voluntariamente establecidos, por lo que serían relativos al introducirse en una Constitución en concreto, sí existirán una serie de limitaciones materiales de carácter absoluto que emanarían de la propia esencia del Derecho como sistema social con pretensión de vigencia y eficacia en la normación de la vida en sociedad, de manera que serían límites absolutos lógico-rationales a la reforma aquellos que impedirían la inclusión en el texto constitucional que imposibilitasen su existencia jurídico-positiva eficaz, como serían, entre otros, la incomprensibilidad lingüística de su contenido o la imposibilidad física de su despliegue fáctico (Aláez, 2000). Como diría Spinoza (1670, como se citó en Bobbio, 1989), aunque el soberano, en este caso en su imposición del Derecho, pueda hacer lo que desee no puede hacer que una mesa coma pasto.

Diametralmente opuesta a esta línea doctrinal es la mantenida, entre otros, por Benito Aláez Corral (2000), Pedro De Vega García (1995) o María Victoria García-Atance y García de Mora (1992); según la cual la relatividad o absolutidad de los límites se refiere a la posibilidad o imposibilidad, respectivamente, de ser superados.

Desde esta perspectiva en que “la diferenciación dependerá del grado de superación de tal limitación” (García-Atance, 1992, p.322) se considerarán como límites absolutos los que “bien por voluntad expresa del poder constituyente [...], bien por deducción implícita de las normaciones del sistema, no pueden de ningún modo

superarse. Por el contrario, los límites relativos serían aquellos que, con procedimientos especiales, podrían ser eliminados” (De Vega, 1995, p.243).

La base de esta categorización reside en dilucidar si en los límites materiales se da la existencia o inexistencia de “fuerza pasiva, es decir, su capacidad para resistir la derogación por otra norma posterior” (Aláez, 2000, p.211).

El origen de esta supuesta capacidad de resistencia podría buscarse en, al menos, dos justificaciones. Una de ellas sería entender que son absolutos porque lo que encarnan son unos valores no jurídicos que son insuperables, como habría dicho, según Belda (2012), García-Atance (2002), con el consiguiente problema de que a pesar de que la autora reconoce que el carácter absoluto deviene por su naturaleza insuperable, el hecho de que obtenga tal naturaleza por su valor político-trascendental lo aleja de ser concebido como un límite jurídico, como exigirían las tesis iuspositivistas que se tratan de seguir en este trabajo. De este modo, al encontrar su rigor en un orden metajurídico, para poder predicar efectivamente su existencia debería darse que este orden superior y axiomático sea común a todos los ordenamientos jurídicos como un requisito de la Razón, de la Naturaleza, o donde quisiera encontrarse; por lo que coincidiría entonces este concepto de límite absoluto con el anteriormente expuesto que entendía como tal aquel límite que es consustancial a la propia idea de Constitución.

No obstante, es cierto que también podría concebirse que este fundamento metajurídico no se base en un orden superior como podrían ser las tesis del Derecho natural, sino que derivan de la propia sociedad concreta en la que operan. De esta forma se salvaría el acoplamiento entre este concepto de límite absoluto como insuperable y el concepto de límite absoluto como un límite universal y ontológico; aunque continuaría negando la naturaleza jurídica de dicho límite puesto que operaría realmente, estuviese positivizado o no, por emanar de un orden extrajurídico como sería la axiología. Pero esto nos obligaría a aceptar también que el carácter absoluto de dichos límites es un elemento fluido y cambiante, precisamente por una de las causas que hace necesaria la reforma constitucional, y es que la sociedad de hoy no considerará como límites absolutamente infranqueables los mismos que considerará mañana.

Por otro lado encontraríamos una justificación de lo absoluto o relativo de los límites, en términos de insuperabilidad, desde una perspectiva lógico-formal propia de posiciones iuspositivistas. Desde este prisma el asunto de la capacidad o incapacidad derogatoria se encuentra “íntimamente vinculado a su posición jerárquica en el Ordenamiento Jurídico” (Aláez, 2000:211) al entender estos límites puramente como

normas jurídicas, por lo que su mecánica de validez estaría supeditada al funcionamiento lógico interno del sistema jurídico. De esta suerte se entenderá que serán absolutos los límites si ellos mismos como normas jurídicas están incluidos en el ámbito material cuya modificación se proscribe y, por tanto, la clausura cognitiva del sistema jurídico no se da solamente frente a las expectativas cuya posibilidad de positivización el límite excluye, sino también frente a las expectativas de modificar la propia norma que constituye el límite (Aláez, 2000).

Esta perspectiva guardaría una estrecha relación con la problemática teórica de las reformas constitucionales de doble grado, en virtud de las cuales un proceso de reforma constitucional modificaría las cláusulas establecidas sobre los límites materiales -o formales- para, en una ulterior reforma, proceder a modificar este ámbito material hasta entonces indisponible al poder de reforma. No es el propósito de este trabajo abordar con profundidad la amplísima cuestión de las reformas de doble grado, las cuales podrían ser objeto único de todo un trabajo, ya que considero que se trata de un problema lógico-formal que, aunque digno de reseñar, escapa del concepto de límites materiales que se persiguen aquí como unos principios generales y ontológicos que se supraordenan al sistema jurídico y condicionan su validez.

Por ello tan solo añadiré que Aláez (2000) niega la posibilidad de absolutizar los límites en base a que “los mismos tienen un carácter declarativo de unos valores inmutables, preexistentes y superiores a las demás normas constitucionales” (Aláez, 2000:215), criticando la línea argumental anteriormente expuesta para justificar el carácter absoluto de los mismos; pero también niega dicha posibilidad desde un punto de vista totalmente lógico-positivo al afirmar la posibilidad lógica de aplicar una norma jurídica a sí misma para reformarse y debe considerarse que esta “norma jurídica que contiene esta clausura ha de ser considerada por regla general relativa, es decir, susceptible de reforma constitucional [y] sólo excepcionalmente si así se deduce [...] del enunciado del límite material es posible afirmar su carácter absoluto” (p.221), considerando este mismo autor que en el caso de que se produzca esta absolutización derivará no de la imposibilidad de aplicar la propia norma de reforma a sí misma, sino de la existencia en este precepto que introduce el límite a la reforma de dos normas jurídicas diferenciadas, delimitando una el ámbito material que se excluye de la apertura cognitiva del sistema, y otra que prohíbe la modificación de esta exclusión. De esta forma, Aláez (2000), aceptará la posibilidad de realizar esta reforma de doble grado por término general, posibilidad que igualmente aceptaría, entre otros, Contreras (1992).

No obstante, partiendo de la teleología concreta de la Constitución y de la propia institución de la reforma constitucional como un proceso jurídico como diferencia entre poder constituyente y constituyente-constituido para garantizar en último término la supremacía de la Constitución como requisito de una concepción de la misma desde un paradigma democrático, pienso como De Vega (1995) que debe predicarse la imposibilidad de realizar reformas de doble grado, pero considerarlo no como una imposibilidad en términos místicos y metajurídicos, sino que esta imposibilidad deriva como una imposición positiva del propio contenido de la constitucional, aceptando la base de la argumentación de Aláez (2000) pero entendiendo inversamente que del propio contenido de la Constitución, o al menos de las constituciones democráticas, se deducirá con carácter general que no se puede aplicar y que solo podrá realizarse esta reforma cuando del texto se pueda inferir que se desea posibilitar al poder de reforma su modificación, porque al entender el poder de revisión como una facultad limitada de modificación jurídica de los preceptos constitucionales no debe permitir ni dar una nueva Constitución ni ‘ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional’ (Schmitt, 2019, p.158).

En cualquier caso, a modo de cierre de este asunto, puede mencionarse que es evidente que para aquellos que consideran que no existen límites por entender que el poder de reforma es el propio constituyente y el acto de revisión es un acto políticamente soberano y jurídicamente ilimitado, aquellos límites que se hubiesen impuesto explícitamente no podrán sino ser considerados únicamente como límites relativos y carentes de cualquier tipo de operatividad jurídica real puesto que si lo desea el constituyente podría pasarlos por encima (De Vega,1995).

3.2.3. Límites expresos de la reforma: las cláusulas de intangibilidad

Si hay un punto común en la doctrina es en diferenciar conceptualmente las categorías de límites expresos, es decir, aquellos que se encuentran textualmente incorporados en la Constitución, y límites implícitos, ya sea para negar su posibilidad ya sea para afirmar su existencia, como aquellos que se imponen al poder de revisión a pesar de no encontrarse explícitamente tipificados en el texto constitucional.

Los límites expresos o explícitos, que reciben comúnmente el nombre doctrinal de cláusulas de intangibilidad, o de disposiciones intangibles según Loewenstein (2018), ‘son aquellos que se encuentran expresamente formulados en el texto constitucional’ (De Vega, 1995, p.242) como prohibiciones al ejercicio del poder de reforma que se

diferencian de los límites formales, también positivizados expresamente, en que estos últimos son los requerimientos para encauzar este ejercicio mientras que los primeros surgen como cláusulas pétreas (Oyarte, 1998).

Loewenstein (2018) considerará que estos límites explícitos que se manifestarían, como él llama, en forma de “intangibilidad articulada” (p.189), serviría para “proteger unas concretas instituciones constitucionales” (p.189) por oposición a otros tipos de intangibilidad que servirían para garantizar determinados valores fundamentales inherentes a la Constitución como “intangibilidad no articulada” (p.192).

Creo sin embargo que es algo ambiguo en este asunto el autor y que realmente está incluyendo bajo el mismo concepto de disposiciones intangibles tanto los límites expresos, que denomina intangibilidad articulada, y unos límites inmanentes que derivan de los valores propios de la Constitución, pareciendo que los distingue no en tanto en cuanto si la prohibición se realiza expresamente o debe deducirse, base para la dicotomía límite expreso-límite implícito, sino en tanto en cuanto el objeto de dicha prohibición se encuentra articulada expresamente en forma de instituciones constitucionales concretas y determinadas o si este objeto es deducible del conjunto de la Constitución y su teleología, dado que si estos límites no articulados “no deben estar necesariamente expresados en disposiciones concretas” (Loewenstein, 2018, p.189) significa que sí podrían estarlo y seguirían perteneciendo a esta clase siempre que se refiriesen a una serie de principios generales inherentes a la Constitución que no estarían muy concretados pero que serían consustanciales a la propia teleología constitucional concreta.

Aunque no quede totalmente claro de qué forma Loewenstein (2018) concibe y diferencia estas tipologías, parece más adecuado afirmar y dejar claro, pese al riesgo de resultar excesivamente reiterativo, que nos circunscribimos en esta clase de límites a aquellos que se encuentran positivizados textualmente.

Este tipo de limitaciones se impondrán más frecuentemente a partir de la II Guerra Mundial “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” (Pérez-Royo, 1986, p.51). Por ello, con la intención de tratar de contener posibles subversiones del régimen constitucional existente desde dentro del mismo, se trató mediante estos límites de “perpetuar sus fundamentos políticos y axiológicos [...] [a través de] la prohibición expresa de reformar determinadas decisiones constitucionales básicas” (Tajadura, 2018, p.67).

Podría pensarse, dicho lo anterior, que la necesidad de estos límites surge ante momentos de crisis en que los fundamentos ideológicos del régimen político son puestos en duda y no consiguen ser hegemonizados, puesto que en caso de gozar estas instituciones básicas de un amplio respaldo social no se precisaría recurrir a limitar y proteger expresamente unos determinados elementos materiales frente al poder de reforma (De Vega, 1995), y esto es lo que habría sucedido en la Europa de entreguerras.

En cualquier caso, la introducción de estas cláusulas de intangibilidad “tiene como básica finalidad asentar, claramente, en el más alto nivel normativo, los supuestos ideológicos y valorativos en que descansa el régimen político” (De Vega, 1995, p.248). Esta afirmación del Profesor Pedro de Vega introduce, con la noción del más alto nivel normativo, la idea de que estos límites lo que hacen es permitir la distinción “dentro del texto constitucional de que se trate dos tipos de normas constitucionales: por un lado, las susceptibles de reforma; por otro, aquellas que, protegidas por los límites explícitos [...] se consideran irreformables” (Tajadura, 2018, p.69).

Se crea así abiertamente un ámbito de “superlegalidad constitucional de la que hablaba Hauriou” (Tajadura, 2018, p.67), un “núcleo estable de aquello que debe considerarse decidido, estabilizado” (Hesse, 1992, p.19) y que como tal “ha de quedar sustraído a la posterior discusión” (Ruipérez, 1997, p.481).

Si bien, con la discutible salvedad de Loewenstein (2018), la doctrina comparte prácticamente de forma unánime la noción de lo que estos límites representan, no todos los autores coinciden en la posibilidad de que existan. Aunque por términos generales su aceptación es menos conflictiva, por cuestiones evidentes, que los límites implícitos que a continuación veremos, no dejan de haber autores que niegan su existencia jurídica.

Representa este pensamiento, por ejemplo, Hernández (1993), quien asegura en primer lugar que “la existencia de cláusulas pétreas no es posible admitirlas desde el punto de vista jurídico” (p.151) porque como pacto contingente de las fuerzas sociales, la Constitución como norma jurídica está siempre abierta a posibles modificaciones; y, en segundo, lugar que dado que considera que la reforma constitucional es el modo en que el constituyente juridifica su soberanía para proceder a la modificación de la Constitución lo que se estaría realizando es impedir

“que cada generación sea arquitecto de su propio destino, dado que su existencia implica que los valores materiales prevalecientes en el seno de la constituyente originaria tendrían vigencia indefinida, a pesar de que se encuentren en contradicción con los de las generaciones futuras” (p.151).

Todo esto le llevaría a concluir que “la existencia de límites expresos a la reforma constitucional no es jurídicamente posible, salvo desnaturalizando los conceptos de soberanía popular y de democracia constitucional” (Hernández, 1993, p.153).

Sin embargo, esto no hace sino demostrar, desde mi punto de vista, lo confuso de sus premisas, dado que parte de la base de considerar al poder de reforma como poder constituyente autolimitado, ya criticado más arriba. Y es que si hemos concluido que es de la separación entre poder constituyente y poder de revisión como poder constituido desde tan solo podríamos hacer coexistir los principios de supremacía de la Constitución y la soberanía popular (De Vega, 1995), será irónicamente esta concepción de Hernández (1993) de la revisión como poder soberano autolimitado procedimental pero no materialmente, idea que comparte con Aragón (2018), la que vulneraría todo el edificio teórico que compatibiliza la apertura de la Constitución a las variaciones axiológicas producidas por el propio tiempo y la supremacía de la Constitución como manifestación propia del principio democrático.

Por otra parte, es harto claro que esta limitación no constituirá un impedimento para que “cada generación sea arquitecto de su propio destino” (Hernández, 1993, p.151) porque tan solo evita que dichos cambios se produzcan quebrantando la integridad jurídica de la Constitución en que se plasma la continuidad del orden sociopolítico del que emanó, pero nada impide al pueblo soberano a que modifique el régimen constitucional *res facti, non iuri*, como indica De Vega (1995).

Además, por la parte de su supuesta imposibilidad jurídica, si partimos de la base de que este poder de reforma es un poder jurídico -y no el constituyente como pretende- que surge como un mecanismo, también por definición jurídico, que operativiza la apertura cognitiva del sistema jurídico por una vía autorreferencial y por tanto limitada a y supeditada a los términos de dicha habilitación autorreferencial, no producirá conflicto alguno asumir que esta disposición autorreferencial lo someta a determinados límites como garantía de unas expectativas sociales de inmutabilidad de determinados elementos constitucionales o de exclusión de valores concretos de la Constitución (Aláez, 2000).

Creo por ello, como se ha venido afirmando durante todo el trabajo, que sí cabe proclamar la existencia de límites materiales a la reforma positivizados en el texto constitucional.

Aunque no es la voluntad del que escribe realizar un estudio sobre los límites a la reforma constitucional en ordenamientos jurídicos concretos, sí le parece pertinente a modo de ilustración del tipo de limitaciones sobre los que se está disertando indicar

algunos ejemplos observables en el Derecho constitucional comparado; dado que en el caso de que nuestra Constitución de 1978 no introduce de forma clara límite explícito alguno, a pesar de la posibilidad de considerar como tal el propio procedimiento agravado de reforma impuesto por el artículo 168 de la Constitución Española (1978) dado que por su dificultad ‘‘más que de un procedimiento de reforma se debería hablar de un procedimiento para evitar la reforma’’ (De Vega, 1995, p.148) de los ámbitos materiales sobre los que recae.

El primero de los ejemplos que podríamos citar sería el famoso caso del artículo 139 de la Constitución de la República de Italia (1947) que dispone que ‘‘la forma Republicana no puede ser objeto de revisión constitucional’’. Esta exclusión habría venido motivada, según Pérez-Royo (1986) por el contexto en que se habría instaurado esta forma republicana en Italia tras la II Guerra Mundial, la cual se habría dado mediante un ‘‘disputadísimo referéndum’’ (Pérez-Royo, 1986, p.51) entre Monarquía y República el día 2 de junio de 1946 en que habría jugado un determinante peso en contra de la institución monárquica la complacencia que habría mostrado Víctor Manuel III frente al golpe de Estado de Mussolini en 1922 (Martín, 2016).

Siguiendo en nuestro entorno más cercano, la Constitución de la República Portuguesa (1976) establece en su artículo 288, denominado expresamente como ‘‘límites materiales a la revisión’’, un total de catorce cláusulas de intangibilidad, a saber, la independencia nacional y la unidad del Estado; la forma republicana de gobierno; la separación de las Iglesias del Estado; los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos; los derechos de los trabajadores, las comisiones de trabajadores y las asociaciones sindicales; la coexistencia de los sectores público, privado, cooperativo y social de propiedad de los medios de producción; la existencia de planes económicos en el marco de una economía mixta; el sufragio universal directo, secreto y periódico; el pluralismo de expresión y organización política, así como el derecho de oposición democrática; la separación de poderes; el control de constitucionalidad; la independencia de los Tribunales, la autonomía de las corporaciones locales; y la autonomía político-administrativa de las Azores y Madeira.

También en el ámbito europeo podría destacarse el caso Alemán. La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949), también conocida como Ley Fundamental de Bonn, establece en su artículo 79 que no podrá efectuarse una reforma que afecte a la organización de la Federación en Länder, en la participación de estos Länder en la producción de la legislación, o a los artículos 1 y 20, en que, respectivamente,

se proclama la protección de la dignidad humana y reconoce los derechos humanos como inviolables e inalienables así como fundamento de toda comunidad humana, la paz y la Justicia -lo que no deja de recordar al artículo 10 de nuestra Constitución Española (1978)-; y el carácter de la República como un Estado federal, democrático y social, la soberanía popular, y el derecho de resistencia de todos los alemanes frente a cualquier intento de subvertir este orden político cuando no existiese otra posibilidad. Son de especial interés estas dos últimas cláusulas de intangibilidad alemanas, las cuales, parece evidente, nacen casi como una consecuencia lógica frente a lo acontecido bajo el régimen nazi, habiéndose dado también el suceso de que “como reacción a la ilegalidad del Tercer Reich, una serie de Constituciones de los Länder alemanes tras 1945 han recogido expresamente el derecho de resistencia en sus catálogos de Derechos fundamentales” (Loewenstein, 2018, p.393).

Finalmente, y alejándonos ligeramente de nuestro entorno más inmediato, me parece especialmente reseñable el caso de Turquía, a pesar del escaso interés que ha suscitado por lo general en la doctrina española. La Constitución de la República de Turquía (1982) establece en su artículo 4 que no podrán ser objeto de revisión constitucional las cláusulas en las que se dispone que la forma de su gobierno es la República; su carácter de un Estado secular, social y democrático de Derecho que respeta los derechos humanos y es leal al nacionalismo de Atatürk; la indivisibilidad del Estado turco; el reconocimiento de la lengua turca, la bandera e himno oficiales y la capitalidad de Ankara. Si en términos generales la razón para la institucionalización de las cláusulas de intangibilidad deriva de “contingentes y circunstanciales motivaciones históricas y políticas de los diversos Estados” (De Vega, 1995, p.247), en el caso de Turquía esta razón es nítidamente observable.

Esta claridad es fruto de una constante pugna que atraviesa toda la historia constitucional entre la consagración de unos valores constitucionales propios del Imperio Otomano y la introducción de principios modernos de corte occidental introducidos por primera vez por Mustafá Kemal «Atatürk», que dirigirá el proceso de transición del Imperio a la República tras la I Guerra Mundial y sentará las bases del nacionalismo turco, frente al plurinacionalismo otomano y de un Estado basado en la soberanía nacional y el laicismo (Rivisi, 1959), pudiendo observarse que esta pugna ha dado lugar a un progresivo proceso de desarticulación de los principios kemalistas por vía de reforma constitucional orquestado desde posiciones políticas más o menos islamistas como las del actual presidente Erdogan (Cook, 2017).

3.2.4. Los límites implícitos de la reforma constitucional

Mucho más debatida, aunque también, como dice Loewenstein (2018), interesante, es la cuestión sobre los límites implícitos de la reforma constitucional.

La cuestión es si esa superlegalidad a la que hacíamos referencia como creación de las cláusulas de intangibilidad estaría integrada igualmente por otros elementos diferentes a los expresados de manera explícita por el texto constitucional, constituyendo así unos límites que serían cognoscibles por medio de su inferencia a partir de los contenidos y principios esenciales del régimen político establecido en la Constitución.

Esta es la idea según la cual debe considerarse que

“la superlegalidad formal demanda acompañar los compromisos con algunos rasgos sustanciales del sistema. Al final, sin referencias axiológicas que respalden el porqué de la reserva de ciertas materias [...], el poder constituyente y el de revisión, absolutamente libre, se situarían en el mismo plano” (Belda, 2012, p.264).

Esta perspectiva vendría a confirmar, como así hará Ruipérez (1997), que si bien podría pensarse que el hecho de que el constituyente hubiese optado por no incluir cláusulas de intangibilidad expresas, como en el caso español, significaría que no deseó haber establecido ningún núcleo estable, este pensamiento sería erróneo.

Es decir, que más allá de la voluntad soberana del constituyente explícitamente plasmada en el texto constitucional, habrá siempre un conjunto material de elementos que por definición deben quedar excluidos de su alcance por el poder de revisión, existiendo este conjunto intangible independientemente de que existiesen o no cláusulas de intangibilidad textuales. En definitiva, subyace a este razonamiento la idea, ya apuntada a lo largo del trabajo, de que existe un contenido constitucional esencial cuya transgresión supondría encontrarnos ante un nuevo régimen constitucional.

Tesis como estas se pueden encontrar en la obra de Carl Schmitt (2019), quien partiendo de la ya explicada anteriormente distinción entre Constitución en sentido positivo y absoluto como una decisión holística del modo y forma en que la unidad política existe de forma concreta, y leyes constitucionales como un conjunto de leyes particulares que conforman la Constitución en un sentido que él llama relativo; llega a concluir:

“Que «la Constitución» pueda ser reformada no quiere decir que las decisiones políticas fundamentales que integran la sustancia de la Constitución puedan ser suprimidas y sustituidas por otras cualesquiera mediante el Parlamento. [...]

Semejantes reformas fundamentales no podría establecerlas una mayoría parlamentaria, sino sólo la voluntad directa y consciente de todo el pueblo” (p.63).

Puede observarse el mismo fondo de esta idea cuando Tajadura (2018) aclara que “a diferencia del cambio «de» Constitución, el cambio «en» la Constitución se concibe al servicio de su perdurabilidad” (p.19).

El juego con esta distinción entre ley constitucional y Constitución es fundamental en Schmitt (2019), puesto que le lleva igualmente a afirmar que la misma palabra de revisión o reforma Constitucional es abiertamente confusa e incorrecta porque “no se trata de reformas de la Constitución misma, sino tan sólo de las determinaciones legal-constitucionales” (p.153).

Es de esta forma que Marbury (1919) habría llegado a afirmar que sería imposible para el poder de reforma el tomar decisiones que implicasen la desintegración alguno de los Estados federados porque ello socavaría la esencia del concepto de la Unión sobre la que se cimienta el mismo concepto de los Estados Unidos como unidad política.

Consiste este tipo de limitaciones implícitas, en definitiva, en afirmar que no puede contravenir la revisión constitucional la esencia de la comunidad jurídico-política que se encuentra manifestada en las decisiones políticas fundamentales (Schmitt, 2019) que sustentan toda la Constitución.

Para el caso español, donde no existen límites explícitos a la reforma constitucional incluidos en la Constitución Española (1978), se han identificado por la doctrina como algunos límites implícitos que encarnarían la identidad política propia de la Constitución, sin ánimo alguno de exhaustividad, el reconocimiento dado en su artículo 10 a la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, extendiéndose por dicha consideración como inviolables a todos los Derechos Fundamentales consagrados en el la Sección 1ª del Capítulo II del Título Primero de la Constitución Española (1978), según Javier Jiménez (1980), lo que concordaría con la atribución que hace Schmitt (2019) a los Derechos Fundamentales principios que constituyen el ethos político sobre el que se asienta la unidad política de un pueblo; el núcleo esencial de los principios estructurales que configuran a España como un Estado social y democrático de Derecho en el artículo y como un Estado autonómico en los artículos 1 y 2 de la Constitución Española (1978), respectivamente, según Benito Aláez (2000); o, en un intento de síntesis completo de todos los límites, Rogelia Calzada (1987 como se citó en Ruipérez, 1997) ha concluido que serían los principios del Estado social

y democrático de Derecho, la soberanía del Pueblo español, los Derechos Fundamentales y Libertades públicas, los procedimientos de reforma y la división en Comunidades Autónomas.

Nos podría llevar esta perspectiva a aceptar que la cuestión de la limitación material de la reforma ‘no es, estrictamente, una cuestión de Derecho positivo’ (Tajadura, 2018, p.69), debido a que ‘más allá del concreto contenido normativo de determinados preceptos, esta lógica del sistema constitucional [...], a la que forzosamente hay que reconducir, y desde la que se hace necesario en todo caso explicar la problemática de los límites’ (De Vega, 1995, p.220). Sería, a la postre, concluir que la problemática de la reforma no puede entenderse circunscrita exclusivamente a la ‘mera exégesis jurídico-formal’ (Ruipérez, 1997, p.461).

Y es que si continuamos la idea de Loewenstein (2018) de que cada Constitución posee una teleología concreta que encarna la protección y mantenimiento de una serie de valores axiológicos presentes en la sociedad de conformidad con una determinada correlación de fuerzas de los grupos sociales, parece lógico afirmar que exista una ‘prohibición de reforma [que] se produce a partir del «espíritu» o *telos* de la Constitución’ (Loewenstein, 2018, p.189) cuyo quebrantamiento significará juridificar una constelación ideológico-material diferente, cambiando todo el *telos* constitucional y, consiguientemente, creando una nueva entidad constitucional diferente a la anterior.

Afirma en este mismo sentido Schmitt (2019), no sin cierto tinte cómico, que ‘sería inexacto sostener que Inglaterra pudiera transformarse en una República soviética mediante «simple acuerdo mayoritario del Parlamento»’ (p.151).

Pero más allá de considerar imposible confrontar por vía de reforma los valores y principios teleológicos de «una» Constitución, no ha faltado toda una cohorte que han asegurado que estos límites operan a raíz de unos rasgos teleológicos de «las» Constituciones, como se ha podido introducir en el apartado sobre los diversos significados del concepto de límites absolutos a la reforma.

De esta forma, Tajadura (2018) entiende que existen tres límites implícitos universales, que se identifican con el principio político democrático según el cual la Constitución es una emanación del pueblo, el principio liberal integrado por la separación de poderes y la garantía de los derechos, y el principio de la supremacía jurídica; los cuales son indisponibles para el poder de reforma, so pena de incurrir en una destrucción de la Constitución.

Idéntico razonamiento realiza Oyarte (1998), que asegura que existen unos “valores y principios del constitucionalismo que todo Código Político, para ser materialmente tal, debe respetar para ser materialmente tal” (p.75) y que por tanto la reforma no podrá eliminar, acabando por identificar por tales el reconocimiento de la soberanía popular, la separación de poderes, una declaración de derechos, y el respeto de la dignidad humana.

Habrá que incluir entre los propugnadores de estas tesis al binomio ya mencionado más arriba de Enrique Belda y Javier Ruipérez. Como ya se tuvo oportunidad de indicar, estos autores consideran que es inválido por definición que mediante la reforma se eliminen derechos y se tienda hacia un régimen antidemocrático (Belda, 2012); y que existen unos límites comunes a todo régimen constitucional que “se derivarían del propio concepto liberal-burgués de Constitución [...] porque tan solo se pueden ser considerados como auténticas Constituciones aquellos instrumentos de gobierno que se inspiran y sancionan los principios democrático, liberal y de supremacía constitucional” (Ruipérez, 1997, p.481).

Ciertamente, estos requerimientos que no dejan de recordar al ilustre y sonado artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 según el cual “toda sociedad en que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución” (Asamblea Nacional, 26 de agosto de 1789).

Esta tesis no hace sino dotar a la propia Constitución de un valor inherentemente liberal-democrático sin el cual no existirá realmente, que correspondería con la conceptualización ideal de la Constitución que expone y critica Schmitt (2019), según la cual sólo existiría esta Constitución siempre y cuando se respeten los principios de la libertad burguesa que él identifica con la necesidad de ofrecer ciertas garantías de la libertad, la separación de poderes y el requerimiento del carácter escrito de la Constitución.

Sin embargo “el error fundamental de la tesis expuesta consiste en no distinguir entre legitimidad y validez de la Constitución” (Hernández, 1993, p.151). Esta afirmación se basa en la necesidad de distinguir claramente desde el positivismo jurídico la fuente de legitimidad axiológica, la cual como se explicará más adelante guarda cierta relación con validez; y la fuente de validez de una norma jurídica en tanto tal.

Esta validez de las normas jurídicas, por término general, solo existe “porque se ha establecido de una determinada manera, porque ha sido creada de en conformidad con

vierta regla, porque ha sido establecida siguiendo un método específico” (Kelsen, 2011, p. 83). Y dado que la Constitución es la cúspide de la pirámide normativa kelseniana, la que da validez a todas las normas del Ordenamiento Jurídico por servir de su presupuesto, la Constitución no puede fundarse en una norma superior, “no es generada por un procedimiento jurídico” (Kelsen, 2011, p.85); sino que, como dirá Aláez (2000), esta tan solo existe basándose en la existencia misma del Ordenamiento Jurídico como Derecho positivo, que dependerá de que el conjunto de voluntades subjetivas presentes en la sociedad que se imponen como normas prescriptivas se inserten eficazmente en el medio social como tales. Es decir, que la existencia de la Constitución, como, en consecuencia, del resto del Ordenamiento Jurídico, “se encuentra en relación de dependencia con su eficacia” (Kelsen, 2011, p.87).

Por tanto, si entendemos que no es lo mismo los valores que hacen que la Constitución sea aceptada y legitimada socialmente, como los democrático-liberales, valores que son contingentes y relativos a un tiempo y lugar; y la validez jurídica de la Constitución, no podremos en ningún caso afirmar que estos valores sean límites a la reforma inherentes a toda Constitución. Esta lógica de hacer depender la validez como norma jurídica de la Constitución de un determinado contenido valorativo supone ciertamente negar todos los principios del positivismo jurídico. Ciertamente, la idea de la existencia de estos límites implícitos como manifestaciones de los valores políticos en estos términos consistiría, según el mismo Loewenstein (2018), en “un renacimiento del Derecho natural, emprendido como defensa frente al positivismo jurídico, especialmente de la escuela vienesa de Kelsen” (p.192).

Y es que si bien aceptamos el hecho de que se puedan derivar del contenido y esencia de la Constitución una serie de valores ideológicos como límites que el constituyente-constituido puede superar puesto que supondría una extralimitación de los términos de su habilitación, esto no niega que la naturaleza de la producción de este límite sea estrictamente jurídica. Solo se puede entender que estos límites materiales implícitos es una de las manifestaciones en que se pueden configurar los límites a la reforma como norma jurídico-positiva, que serían entonces “desentrañables la luz de una operación interpretativa. [...] Pues de otro modo los fines o los valores ajenos al sistema jurídico estarían suplantando u positividad” (Aláez, 2000, p. 178).

No podemos entender de modo alguno que existe, por tanto, un alma metafísica común a todo texto constitucional y del que derivarán de forma absoluta límites a su reforma. “No existe más espíritu o voluntad constitucional que los contenidos en sus

normas positivas, extraíbles de ella a partir de una interpretación constitucionalmente adecuada” (Aláez, 2000, p.213). Hay que entender entonces estos límites, desde esta perspectiva que me parece la correcta, como límites positivos porque

“justificar la existencia de limitaciones implícitas a la reforma [...] basándose en el carácter indiscutible y absoluto de los derechos, y en la naturaleza irrenunciable del principio de la división de poderes, representaría sencillamente una operación sin fundamento. [...] La deducción de los límites tendrá que operarse al margen de los esquemas del iusnaturalismo racionalista” (De Vega, 1995, p.273).

No se trata, por tanto, de una deducción realizada a partir de lo que socialmente se considera el alma política de la Constitución, ni considerarlos como límites por el mero hecho de ser principios políticos aceptados por la Constitución. Eso sería negar la diferenciación del sistema jurídico e introducir un elemento exógeno al procedimiento jurídico que constituye la reforma. Deben tratarse de unas contribuciones al núcleo estable, en términos de Hesse (1992), emanadas del propio texto constitucional, del que se extraen hermenéuticamente como normas jurídico-positivas y no en tanto proclamaciones políticas.

Restaría tan solo explorar muy brevemente la relacionada cuestión sobre la posibilidad o imposibilidad de la reforma total de la Constitución. Aunque en la doctrina española, por la expresa permisión de ella que realiza el artículo 168 de la Constitución Española (1978), han corrido ríos de tinta sobre este extremo, debemos abordar el asunto de forma sucinta, debido a la necesidad de no extender excesivamente el presente trabajo.

Cuando dábamos la definición de lo que se iba a considerar aquí como reforma constitucional, se hizo referencia a la definición de Ruipérez (1997) como aquella “operación normativa tendente a modificar, parcial o totalmente, una Constitución [...]” (p.457). No obstante, el mismo autor reconocería que considera que esta reforma total solo sería admisible cuando esta tuviese únicamente el objeto de producir “la variación de la literalidad de toda la Constitución y no la pretensión de verificar un acto revolucionario” (Ruipe rez, 1997, p.457), con lo que parece que se refiere únicamente a cambios meramente gramaticales que no modificarían la esencia ideológica de la misma.

Por su parte, García-Atance (2017) acepta que esta posibilidad presupuesta constitucionalmente es jurídicamente impecable pero cree que debería concebirse como un nuevo proceso constituyente. Aunque esto ha sido objeto de amplias discusiones, considero que si aceptamos que existen una serie de límites materiales implícitos en toda constitución como normas jurídico-positivas que identifican la esencia misma del

contenido que se da a la constitución como norma suprema del ordenamiento, el hecho de realizar una reforma total supondría contravenir estos límites, y por tanto romper estos límites materiales, por lo que nos encontraríamos, como afirma García-Atance (2017), ante un proceso revolucionario en que el poder constituyente produciría libremente una nueva Constitución sin límite jurídico alguno.

3.3. La transgresión de los límites y el carácter positivo de los mismos

Como cierre de esta primera parte del trabajo relativo a los límites de la reforma constitucional, se afrontará el asunto de la transgresión de los límites materiales, su significado y consecuencias, lo que nos permitirá igualmente observar el verdadero carácter de los límites materiales como límites positivos del orden constitucional y no como elementos trascendentales al Derecho positivo, tal y como se ha adelantado más arriba.

La doctrina francesa habría sabido distinguir entre los supuestos de «falseamiento constitucional» de aquellos en que se producirá un «fraude constitucional», aludiéndose en el primer caso al suceso en el que se interpretaría el texto constitucional de una forma distinta al sentido que realmente tiene, mientras que por el segundo se referirán al fenómeno por el que mediante reforma constitucional se habría creado un régimen político distinto al modificar el contenido constitucional fundamental (De Vega, 1995). Nos hallaríamos en el primer caso en el terreno de las mutaciones constitucionales (Tajadura, 2018), y tan solo podríamos hablar de transgresión de los límites por vía de reforma *strictu sensu* en el segundo de ellos.

Según De Vega (1995), lo que, realmente, ‘el fraude Constitucional pone de manifiesto es el enfrentamiento [...] entre la operación de reforma, en cuanto actividad amparada por el sistema de legalidad, y el orden de valores y principios en que descansa el sistema de legitimidad’ (p.292). Contra esta idea podríamos decir con Aláez (2000) que, en estos términos, ‘hablar de fraude a la constitución o de su subversión no será sino hablar de fraude o subversión de unas operaciones comunicativas ajenas funcional y operativamente al sistema político’ (p.189).

No obstante, como él mismo reconoce que existe un espíritu constitucional positivizado como normas jurídicas, que se puede conocer por medio de un ejercicio de exégesis, que limita la acción del poder de revisión; sí debemos aceptar que suprimir dichos elementos supondrá subvertir la norma suprema del ordenamiento jurídico al variar los elementos básicos que la propia Constitución impone, o se interpreta que impone, como parcelas intangibles e indisponibles para el poder de reforma.

Se trataría, en estos términos, de los que Schmitt (2019) denomina como destrucción de la Constitución, para lo que él exige que se elimine la Constitución como el conjunto de decisiones políticas fundamentales, lo que se dará al pervertir el núcleo político elemental que la Constitución impone jurídicamente, y que se elimine igualmente el poder constituyente sobre el que se basaba la anterior Constitución, lo que sí sucedería porque un poder constituido, como no podemos olvidar que es el poder de reforma, se erigiría en un nuevo poder constituyente, como dice Berlia (1945, como se citó en De Vega, 1995), en los representantes soberanos de la Nación. Considero que en estos casos, al suplantarse la soberanía del pueblo, se estaría desarrollando lo que en términos schmittianos sería un acto apócrifo de soberanía (Schmitt, 2019).

Esto es lo que habría ocurrido, como indica Ruipérez (1997), en España mediante la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política (1977) -en adelante referida tan solo como Ley para la Reforma Política-, la cual ya no adquiriría “el carácter de una reforma constitucional sino, por el contrario, el de una auténtica destrucción de la Constitución” (Ruipe rez, 1997, p.484) franquista. Esta sería también la tesis mantenida por Morodo (1984), quien asegura que supondría una auténtica ruptura política con el régimen anterior.

No obstante, podría aducirse que la Ley para la Reforma Política (1977) no constituido tal ruptura realmente. Es más, como acusa Aláez (2000), “tradicionalmente, el aserto sobre el que se explica el fundamento de validez de la Constitución Española ha sido el de que la misma es el fruto de una reforma constitucional válidamente operada sobre la base de las Leyes Fundamentales franquistas” (p.281).

Es decir, que por mucho que políticamente la Constitución Española (1978) sea contraria a los valores del régimen franquista, lo que determinaría que se hablase realmente de un fraude y una ruptura de la Constitución no sería una ruptura política, sino una ruptura jurídica, esto es, que el nuevo orden no se sustente, en la cadena de validez jurídica, en una norma anterior que se procede a reformar. Y esto no habría ocurrido, dado que, como en la transición “el presupuesto insoslayable [...] para el cambio en sentido democrático era el respeto a la legalidad existente, de la que inexcusablemente se partía” (Contreras y Cebrián, 2015, p.90), lo que realmente habría sucedido es que se pasó, como afirmó Tierno Galván (1976, como se citó en Contreras y Cabri n, 2015), “de un Estado fascista a un Estado democrático, utilizando la propia legalidad fascista” (p.90).

Esto abre la pregunta que se hace De Vega (1995), y en idéntico sentido Tajadura (2018), de si realmente “   puede el ordenamiento y la legalidad constitucional servir de

cauce para su propia destrucción? ” (De Vega, 1995, p.293). O lo que es lo mismo, ¿puede introducirse a la Constitución una norma inconstitucional por vía de la reforma?

Este problema, para Pfersmann (2013) se resolvería, en caso de que existan una serie de normas que limiten el contenido a introducir por la reforma, lo cual ya hemos comprobado como cierto, de una de las tres formas que siguen: “o bien no hay consecuencias, o todo lo que contradiga la prohibición carece de validez, o hay procedimientos para anular, corregir o desaplicar los actos que violan la prohibición” (p.31). Y dado que “las normas que excluyen la producción de normas en ciertos ámbitos no son más que restricciones a las condiciones de producción de normas” (Pfersmann, 2013), entiendo que la solución que debe darse para el caso que nos ocupa es de afirmar que estas normas introducidas por vía de reforma carecen de validez.

Si entendemos, como hacemos, que los límites a la reforma constitucional son límites que necesariamente operan jurídicamente sobre un poder constituido de revisión, estos determinan la validez del proceso de reforma efectuado. En caso de que este poder transgreda las condiciones que le han sido impuestas para desarrollarse válidamente lo que sucederá, evidentemente, es que el procedimiento para la producción de esta norma será contrario a Derecho. Y como entendemos que “una norma es válida como norma jurídica únicamente [...] porque ha sido establecida siguiendo un método específico” (Kelsen, 2011, p.83) esta norma introducida por vía de reforma nunca habría pasado a formar parte del Ordenamiento Jurídico, porque es nula de pleno derecho, carece de toda validez; y por lo tanto no deberemos plantearnos más allá si la Constitución puede ser contraria a sí misma porque es, desde este razonamiento, lógico-normativamente imposible. La imposición de esta lógica normativista a la validez del proceso de reforma es de una vital importancia, porque situarlo sobre ella supondría dotar al poder de revisión de un carácter político, suprajurídico, y no la naturaleza jurídica y constituida que merece para garantizar el principio de soberanía popular.

Podemos concluir de lo anterior que “desde un punto de vista jurídico positivo el proceso de instauración de la Constitución Española de 1978 es la consecuencia de una ruptura formal con el ordenamiento anterior operada por la Ley para la Reforma Política” (Aláez, 2000, p.287) y que, por tanto, esta ley constituyó realmente el *harakiri* de las Cortes franquistas, como habría tenido por bien bautizar la prensa (Contreras y Cebrián, 2015).

Este habrá sido un *harakiri* que “derogaba *de facto* la estructura básica del régimen” (Contreras y Cebrián, 2015, p. 96). Es una derogación *de facto* porque

realmente, como hemos dicho, se trató de una ruptura del Derecho, de la creación de un nuevo contenido constitucional de forma inválida desde una perspectiva jurídica. Pero, si se trata de una ruptura *de facto* y jurídicamente inválida, ¿cómo es que esta norma serviría de sustento al desarrollo de la transición española? ¿cómo es posible que suceda que se dan estas reformas ilegales y su contenido sea operativo realmente?

Cuando la ruptura jurídica ocurre, lo que sucede es un acto político-revolucionario que abre un nuevo proceso constituyente. Precisamente por eso rompe la constitución, porque impone un nuevo orden constitucional paralelo, coexistiendo dos Ordenamientos Jurídicos que pugnan por regir como un conjunto de normas obligatorias. Y cuando esto tiene lugar solo pueden darse dos posibilidades.

La primera, que en un proceso de control constitucional se declarase la nulidad de dicha reforma y su contenido desapareciese, siendo excluido exitosamente del Ordenamiento constitucional e ignorado por el medio social.

La segunda posibilidad, que esta norma perviviese de hecho y consiguiese existir positivamente, insertándose eficazmente en el medio social (Aláez, 2000), suplantando por tanto a la anterior Constitución y sirviendo de fundamento y norma suprema al resto de normas jurídicas que integrarán el Ordenamiento Jurídico. Esto significa que inicialmente se debe considerar como una infracción constitucional, y solo si posteriormente consigue instaurar un nuevo régimen eficazmente podrá considerarse que el acto constituyente inaugura un nuevo sistema jurídico (Aláez, 2000). Como explicaría Kelsen (2011) respecto a los procesos revolucionarios:

“Si alcanzan el éxito, esto es, si expira el viejo orden y comienza a ser eficaz el nuevo debido a que la conducta real de los individuos -para los que pretende ser válido el nuevo ordenamiento- se adecúa en términos generales a este y no al anterior, si tal cosa sucede, entonces se comenzará a operar con el orden nuevo en su calidad de Ordenamiento Jurídico, lo que significa que los actos realizados en cumplimiento del orden nuevo se interpretarán como actos jurídicos y las conductas que lo vulneren, como actos ilícitos” (Kelsen, 2011, p. 86).

No es la transgresión de los límites de la reforma, pues, una ruptura política en el sentido de romper el conjunto de principios políticos. Es una ruptura en un sentido jurídico, una ruptura del sistema jurídico, que deriva de la ruptura de las premisas políticas que constituyen su contenido y, por lo tanto, se excede el ámbito de la reforma como procedimiento jurídico autorreferencial al no sustentarse dicha nueva norma jurídica en la norma superior que la permite, esto es la propia previsión Constitucional de la reforma.

Se trata de un acto apócrifo de soberanía que impone un nuevo ordenamiento jurídico paralelo al existente hasta el momento. Este acto, revolucionario en términos jurídicos, no se produce por el fraude de unos principios políticos, sino por el quebranto de la cadena de validez jurídica.

Será cierto, por lo tanto, lo que afirmó García de Enterría (1984) de que el sistema de valores que la Constitución configura es “normativos y no meramente ornamentales o retóricos” (p.15) y que el “Estado de Derecho es, pues para la Constitución bastante más que un mecanismo formal resuelto en una simple legalidad; es una inequívoca proclamación de valores supralegales y de su valor vinculante directo” (p.22). Pero tiene por qué, como hace García de Enterría (1984), recurrirse a entender que estos valores son entidades paralelas y superiores a las normas jurídicas, nos es necesario acudir a justificaciones metapositivas, sino que se puede comprender su carácter esencial desde la propia dinámica normativa positivista y entenderlos como normas jurídicas.

No se trata de una ruptura basada en el menoscabo de unos principios, sino que la ruptura de esos principios supone implantar un régimen paralelo cuya validez se impone políticamente de facto hasta erigirse en un sistema jurídico *ex novo* que no basa su validez en la norma previamente existente.

En este sentido, debemos considerar que tanto el quebrantamiento de los límites formales como el de los límites materiales a la reforma constitucional producen idénticos resultados. Ambas contravenciones resquebrajan las prescripciones de la norma suprema del Ordenamiento Jurídico, y con ellas la cadena de validez de las normas que de ella emanan.

Es de esta forma que se atisba el por qué la cuestión de los límites a la reforma constitucional no supone una respuesta a la pregunta inicial de si existen límites materiales y ontológicos del Derecho que encarnan unos valores superiores infranqueables. Y es que los límites al poder constituyente constituido no son sino unos límites que se imponen para garantizar el entendimiento de la organización jurídico-política concreta del Estado como un producto históricamente determinado de la soberanía del pueblo. Porque permitir la ruptura del orden jurídico al poder de revisión sería otorgarle a este la calidad de un poder soberano, y no un poder constituido y, por tanto, jurídico.

Que no se pueda realizar una reforma que dinamite, por ejemplo, las bases actuales del Estado social y democrático de Derecho español, no supone una cesión a una concepción iusnaturalista, sino la garantía misma de la voluntad del pueblo y de la

continuidad del sistema jurídico. Son límites intrínsecamente positivos, no ontológicos. Encuentran su sentido en la pervivencia del orden jurídico-político establecido. Pero nada impide que el poder constituyente, de nuevo, pueda desmontar la significación política que ha sublimado en la forma de su Constitución.

Se refieren, en última instancia, a requerimientos lógico-normativos derivados de una determinada concepción del Estado, de un *ethos* concreto, que se juridifica como normas; y que, en consecuencia, no tienen por qué ser tenidos por tales desde perspectivas diametralmente opuestas.

La esencia de los límites materiales reside en que el alma de la Constitución se encuentra en su ideología juridificada, y modificarla no se plantea como una operación jurídica, sino como un mecanismo político que trasciende el Derecho (Belda, 2012). Pero no por el hecho de violar un contenido valorativo determinado, sino porque hacerlo cuando se encuentra consagrado jurídicamente por la norma jurídica suprema rompe por completo toda la dinámica lógica interna del sistema jurídico. En otras palabras:

“Si la Constitución debe ser, precisamente como un acto de fundación de los derechos y las libertades, una verdadera y auténtica norma jurídica, y ya no un mero manifiesto político-ideológico [...], aparece enseguida el problema de la ilegitimidad [o invalidez] de esas normas de Derecho positivo estatal, que están vigentes en cuanto formalmente emanadas de manera correcta, pero que en cuanto a los contenidos sustanciales resultan en contraste con la Constitución como norma fundamental de orden superior” (Fioravanti, 2016, p.124).

De esta forma, solo podrían considerarse como verdaderamente materiales en el sentido que estamos buscando en este trabajo aquellos que entrarían en el concepto de límites absolutos comunes a todo texto constitucional, como los que pretenden imponer a todo texto constitucional Belda (2012), Ruipérez (1997), Oyarte (1998), o Tajadura (2018), tal y como se expuso en el apartado dedicado a los límites implícitos a la reforma constitucional.

Como ya se ha dicho, los límites materiales entendidos en este sentido, ya que es esencial para la validez y existencia real de cualquier Constitución el que habiten en ella los principios del constitucionalismo liberal, no solo limitará al poder de reforma sino también al mismo constituyente al no poder establecer un marco constitucional que los contradiga. Estas limitaciones materiales son las que, como explica Contreras (2002), se trataron de imponer desde las concepciones iusnaturalistas, fundamentando estos límites en la existencia de unos aspectos valorativos metajurídicos que, aunque de muy difícil

concreción, funcionarían como fundamento de validez dentro de los cuales existiría el Derecho y cuya transgresión supondría, necesariamente, la invalidez de todo el Ordenamiento que configura.

Queda entonces claro que los límites ontológicos del Derecho no pueden encontrarse en los límites del poder de revisión, sino en la posibilidad de limitar las formas en que el poder constituyente pueda manifestar su voluntad, puesto que los límites materiales de la reforma no son sino necesidades derivadas de la propia Constitución como norma jurídico-positiva y más allá de los cuales se deja de considerar esta operación como una reforma y se invade el territorio de la autodeterminación política de un constituyente que impone un nuevo sistema jurídico. La verdadera limitación material surgirá en el entendimiento de que existen unas barreras infranqueables más allá de las cuales no existe Constitución ni Derecho, las cuales operará, como es claro, respecto de la voluntad del constituyente. Sería, en todo caso, en la base de este dogma de la soberanía popular donde deberíamos buscar un supuesto origen natural de que derive un canon de validez para la forma en que dicha soberanía manifieste su voluntad concreta.

4. Los límites del poder constituyente.

Hemos concluido en el apartado anterior que existen una serie de límites jurídico-positivos que se imponen al poder de revisión como delimitación del ámbito dentro del cual su actuación podrá ser tenida por una revisión y cuya transgresión supondría la ruptura jurídico-política del Estado y, por tanto, la inauguración de un nuevo proceso constituyente, la organización de un nuevo régimen político y, por tanto, de una nueva Constitución.

Dado que la exploración de los límites materiales a la reforma constitucional no nos ha brindado una respuesta a la pregunta inicial de si existen límites materiales y ontológicos del Derecho que encarnan unos valores superiores infranqueables comienza a vislumbrarse una nueva cuestión, y es si, en el marco de dicho nuevo proceso constituyente, puede predicarse la existencia de algún tipo de límite a la constitución jurídico-política de la organización social que condicione su existencia. Esto es, si se puede proclamar que el poder constituyente se encuentra a determinados límites en el desarrollo de su acción lo que, como se verá, significará a su vez esgrimir la existencia de verdaderos límites al Derecho.

Estas hipotéticas limitaciones han sido argumentadas a lo largo de la historia en base a diferentes criterios, que se sustentaban en unas concepciones concretas del Estado y el Derecho.

Es por esto que, tratando de continuar con la labor de este trabajo, el conocer si existe algún tipo de esencia inalienable e indisponible que constituye la materia fundamental del Derecho, trataremos de seguir la trayectoria lógica que nos marcan las propias carencias del intento de su encuentro anterior, es decir, trataremos de analizar la cuestión en torno al concepto del poder constituyente.

Para ello, en primera instancia se ofrecerá una escueta introducción sobre la naturaleza del poder constituyente para continuar explorando los distintos marcos teóricos desde los que se ha intentado delimitar el posible contenido del Derecho y sus implicaciones para, finalmente, tratar de ofrecer una noción de lo que creo que únicamente puede entenderse por límite ontológico del Derecho desde una perspectiva democrática, que deberá ser ajeno a cualquier contenido valorativo y derivan del propio funcionamiento y naturaleza del Derecho como técnica social.

4.1. La naturaleza del poder constituyente

De esta forma, considerado que el poder constituyente soberano está identificado en el pueblo, ‘el soberano ha constituido un orden y lo ha concretado materialmente, pero el soberano ha de quedar libre para cambiarlo y establecer uno enteramente nuevo si en el futuro cambia su voluntad’ (Aragón, 2018, p.47).

Debe entonces considerarse este poder constituyente como un poder político, metajurídico, y en consecuencia ilimitado jurídicamente. Como diría Sieyès (2019), ‘la nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, ella es la propia ley. Antes y por encima de ella solo existe el Derecho natural’ (p.179).

En idéntico sentido, Bodino (1576, como se citó en Sabine, 2015) definiría el poder soberano como un ‘poder supremo sobre los ciudadanos y súbditos, no sometido a leyes’ (p.317), aunque creyese que el soberano era ‘responsable ante Dios y estaba sometido la ley natural’ (Sabine, 2015, p.317). Se trataría, por tanto, de un poder absoluto y perpetuo, donde ‘absoluto significa que no está sometido a otras leyes más que a las leyes naturales y divinas, y perpetuo significa que logra obtener obediencia a sus mandatos con continuidad’ (Bobbio, 1989, p.109). Por su parte, Grocio (como se citó en Sabine, 2015) definiría soberanía como un poder ‘cuyos actos no están sujetos a otro Derecho, de suerte que puedan anularse por el arbitrio de otra voluntad humana’ (p.327).

En definitiva, que, como ya hemos apuntado, el entendimiento del poder de reforma como un poder limitado jurídicamente no implica que el poder constituyente, considerando por tal al pueblo, sea incapaz absolutamente de transgredir dichos límites y cambiar el orden constitucional completamente, pero esto ‘será en ejercicio de sus

atribuciones soberanas, operando como *res facti, non juris*” (De Vega, 1995, p.65). Esto es así porque “a constituent moment is the inversion of the relation between facts and norms” [un momento constituyente es la inversión de la relación entre hechos y normas] (Atria, 2020, p.51), un momento en que la norma no inspira el sentido de los comportamientos humanos, que es su cometido, sino que los comportamientos humanos, de forma agregada como organización política, inspiran la creación de una nueva norma fundamental e inauguran un nuevo sistema jurídico.

Esta posición parece totalmente coherente con las exigencias del concepto del principio democrático de la soberanía popular desde cuya perspectiva se limita el poder de los poderes constituidos al imponérseles la Constitución, y que parece requerir que este pueblo soberano sea libre de autodeterminarse políticamente en la forma que guste. Este principio ya habría sido apuntado por Lenin (1917) en su Decreto sobre la paz tras la I Guerra Mundial, y habría sido definitivamente recogido como un principio general del Derecho internacional público tras la II Guerra Mundial en la Resolución 2625 (XXV) (1970) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Aunque en estos textos se configura el derecho de autodeterminación política como un derecho de las naciones frente a la dominación por otros Estados, y que en última instancia motivaría un proceso de descolonización en la segunda postguerra mundial, esta protección ad extra de la soberanía popular no puede darse si no se considera que esta nación o pueblo es efectivamente soberana y capaz de decidir por sí misma cuál debe ser su futuro político.

En esta decisión de autodeterminación, el poder constituyente es entendido por la doctrina como un poder ilimitado, “se caracteriza por su libertad total [...] es un poder con competencia total; que ninguna norma anterior, ni de fondo ni de forma, puede limitarlo” (Hernández, 1993, p.144). Como un poder “extra normativo, original y superior, anterior al proceso legal que funda y construye la constitución normativa de un determinado pueblo o sociedad [...] es previo a todo poder constituido legalmente [...] y posee una dimensión ineludiblemente política y fundacional” (Aguilera, 2011, p.35) que no tiene otra labor que “a través de un acto prejurídico [...] determinar sin embargo el nacimiento mismo del Estado y del Derecho” (Porras, 1981, p.176).

Para De Vega (1995) la discusión “respecto de la naturaleza del poder constituyente, no admite duda alguna de que se trata de un poder absoluto y total [...] se justifica por sí mismo. Su fundamentación no es jurídica, sino ontológico-existencial” (pp.28-29). Parece entonces que se configura como un poder soberano.

Schmitt (2019), quien hizo a mi parecer una de las más lúcidas definiciones de este poder, considera que “el poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política” (pp.123-124), siendo el resultado de esta voluntad una Constitución al que se dota de la absoluta gravedad del sistema jurídico y hace orbitar entorno a sí la validez del resto de normas jurídicas, la cual “no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un *ser* político, acerca del modo y forma del propio ser” (Schmitt, 2019, p.124), y por lo tanto es un poder que no está sometido en su obra a límite alguno.

Cuestión distinta es a quién otorguemos la potestad de emanar esta decisión. En el contexto teórico en que nos movemos, el del Estado democrático, debe entenderse que tal poder lo ostenta el pueblo. Se considera que el origen de la soberanía popular en la fundamentación del régimen jurídico-político se encontraría en la idea puritana del pacto de gracia según el cual se regían las normas de culto, que se transformaría en las colonias inglesas en la idea de un pacto político para establecer las normas de la comunidad política, los llamados *covenants*, en cuya aprobación debe participar directamente el pueblo al que concierne dicho pacto, lo que sería posteriormente rectificado por los revolucionarios franceses para entender que la confección del pacto podría realizarse por medio de representantes del pueblo en Asamblea constituyente (De Vega, 1995).

Esta idea del decisionismo schmittiana que hemos dado como la clave del entendimiento del poder constituyente revive los ecos del intenso debate que mantuvo este autor, Carl Schmitt, con Kelsen y su teoría positivista, cuyos principios aquí se intentan seguir. Según este positivismo, a diferencia de un Schmitt (2019) que pensaría que el soberano es el poder constituyente que puede producir esa decisión política fundamental, consideraba que el poder constituyente soberano se trata de un poder jurídico porque emana de la propia Constitución como norma de la que depende la validez del resto de normas jurídicas obligatorias (Aláez, 2000) y, en consecuencia, en la que se fundamentará todo el poder de coacción y la capacidad de generar obediencia, que es la noción de soberanía.

No obstante, creo que estas posiciones, a pesar de lo conflictivo de la relación de sus autores, no tienen por qué considerarse ideas totalmente contrapuestas. La perspectiva schmittiana se centra en el funcionamiento del poder constituyente como ente político extrajurídico que da lugar a la norma fundamental de su existencia como unida política. La posición kelseniana, desde una perspectiva formalista, se focaliza en la producción de

los mandatos obligatorios, la cual se ha de fundamentar en la Constitución y no en un ente metajurídico. Pero ambas pueden coexistir.

Es claro que mientras nos encontremos en un orden establecido ningún poder exógeno al Derecho puede producir estas normas imperativas, pues de lo contrario no existirá el Derecho como técnica social al ser ninguneado e ignorado y existir otra fuente de regulación coactiva de la vida social. No obstante, cuando una pulsión política irrumpe revolucionariamente nada o muy poco tiene esto que ver con una legitimidad obtenida jurídicamente para producir nuevas normas jurídicas. En definitiva, como dirá Farrell (2015), Kelsen, por un lado, “se preocupaba por situaciones normales, por aquellas que constituyen la regla, y que su normativismo resuelve de manera impecable. Schmitt se preocupaba por situaciones anormales, por aquellas que constituyen la excepción, y que su decisionismo resuelve de manera correcta” (p.34).

Sin embargo, ambas manifestaciones son poderes soberanos, una interna y otra externa al orden jurídico, pero ambos lo son. Y la soberanía intrajurídica, por así decirlo, posee tan solo su fuerza como tal de la voluntad del pueblo soberano de permanecer bajo dicha forma jurídico-política que se manifiesta en un Estado en particular.

La soberanía desde la perspectiva kelseniana se trata de la soberanía de los mecanismos internos propios de la sociedad organizada de forma institucionalizada, así entendida se traduce en “el poder de crear y aplicar el Derecho en un territorio y hacia una población” (Bobbio, 1989, p.128). La soberanía en sentido decisionista de Schmitt en el poder de dicha sociedad de organizarse institucionalizadamente. Ambas son manifestaciones de un mismo poder popular, y la una sin la otra carecen de eficacia. Sin la organización social como tal, el Derecho no puede surgir y no puede proceder a configurar sus mecanismos de autopoiesis, como diría Aláez (2000); pero sin el Derecho y su funcionamiento autorreferencial que marca el carácter de la soberanía formal del Ordenamiento Jurídico la sociedad carecería de un mecanismo de organización y regulación de la fuerza coactiva que posee como unidad institucionalizada y fracasaría en su intento de conformar una decisión en que determine su propia forma de vida política, puesto que este orden nunca llegaría a surgir como tal, como entidad coactiva. Es decir, para que existan Derecho y Estado es necesario que haya una comunidad política que se organiza, pero para que esta comunidad política pueda existir como tal y diferenciarse de un mero conjunto de individuos es preciso se pueda constituir un orden político, un poder social coactivo que rija tal organización.

Esto es así porque si entendemos que el Estado es la forma en que el conjunto social se organiza de forma que coordina e institucionaliza la fuerza física de la misma para que su ejercicio se considere socialmente legítimo, porque el concepto del Estado se encuentra dentro del ámbito de la organización política, y esta, a su vez, en la del poder (Bobbio, 1989); y el empleo de esta fuerza física se regula por el Derecho, encontramos que, como dirá Kelsen (2011) Estado y Derecho están indisolublemente unidos, son dos conceptos que derivan de la esfera de la fuerza física organizada socialmente.

De esta forma el poder constituyente de esta sociedad se imbrica con el Estado y el Derecho de manera que su decisión es la de organizar esta forma en un sentido concreto. Pero mientras el Estado no desaparecería tras el desempeño del poder constituyente, puesto que, como hemos dicho, se encarna en la propia organización política, esto es, de la organización con poder coactivo de la sociedad, el Derecho es la forma en que esta fuerza es dirigida y regulada para ser ejercida en unos u otros casos, en uno u otro sentido. Debo discrepar ligeramente de Kelsen (2011) en el punto de la unidad del concepto de Estado y el de Derecho, pues si bien es cierto que están unidos por la raíz común de la fuerza coactiva política, creo que son dos elementos discernibles pero inseparables. Mientras que el Estado es el elemento continuo y permanente del poder político, el Derecho es la parte dinámica del mismo; pero ambos son conceptos intrínsecos a la fuerza coactiva de una comunidad política que no existirá si esta no existe como unidad. Percatémonos que, de esta forma, el Derecho se concibe como una extensión del Estado, que sería la organización política; y el Derecho sería así el «brazo» de la política -sin tener la intención de ofrecer aquí un análisis profundo del concepto de política de lo que se podría debatir largo y tendido- a pesar de lo tremendamente reticente a aceptarlo que teóricos como Sergio Cotta (2014) pudiesen presentarse, como veremos.

Así pues, la soberanía kelseniana del poder constituyente opera siempre en un mismo sentido dado al poder del Estado, esto es, dentro del Derecho ya establecido; mientras que el poder constituyente desde el decisionismo schmittiano se enfoca en la capacidad soberana de darle precisamente ese sentido al poder del Estado. Y si bien el positivismo exigiría que en el ámbito de la Ciencia Jurídica, como estudio totalmente aséptico, se excluyesen las consideraciones sobre la sociedad que se postergan a su estudio por la sociología jurídica (Kelsen, 2011), que las condiciones que hacen que un Ordenamiento Jurídico sea efectivamente positivo sean estudiadas por la sociología por quedar al margen del funcionamiento interno del Derecho en términos binarios de validez e invalidez (Aláez, 2000); como aquí no se pretende únicamente abordar la cuestión sobre

las limitaciones del Derecho desde una óptica exclusivamente formal-normativista, relativa al funcionamiento *ad intra* del Ordenamiento, y se quiere ofrecer un análisis completo de aquellos supuestos límites y cómo se podrían encontrar, creo que es adecuado optar por la perspectiva del poder constituyente soberano como un poder político en términos schmittianos que, una vez juridifica un orden determinado, abre paso a la soberanía a través del Derecho sin nunca eliminar la posibilidad de poder volver a actuar porque “tampoco puede la emisión de una Constitución agotar, absorber y consumir el poder constituyente. Una vez ejercido, no por ello se encuentra acabado y desaparecido” (Schmitt, 2019, p.125).

Por otro lado, Bobbio (1989) explica que a lo largo de la historia se ha tratado de justificar el poder político a través de las figuras de la Naturaleza, la Historia y la Voluntad, y dentro de estas últimas se podría diferenciar entre los que lo fundamentan en la voluntad de un ente superior y aquellos que lo hacen en la voluntad del pueblo, pero en cualquier caso como principios de legitimidad que harían válido este poder coactivo. Podría pensarse que atribuir el poder constituyente al pueblo sería caer en una fundamentación voluntarista del Derecho y del Estado que sería incompatible con la perspectiva del positivismo jurídico. Nada más lejos de la realidad.

Lo que pretendo decir con esto no es que el Estado y el Derecho existen sola y exclusivamente si están de acuerdo con la voluntad valorativa de un poder mítico y místico del pueblo, o que esta atribución sea una exigencia de una justicia percibida como absoluta y universal. Hablo aquí en términos de realismo fáctico. El Derecho existirá como tal en el seno de una sociedad organizada, llámese Estado o como se desee. Así este solo existirá bajo las premisas axiológicas en que se funda dicha organización y lo hacen aceptable. Solo existirá positivamente cuando sea eficaz (Kelsen, 2011), cuando se inserte eficazmente en el medio que pretende regular (Aláez, 2000), cuando, en definitiva consiga regular la vida en sociedad, y esto solo podrá hacerlo en tanto en cuanto el pueblo así lo desee o lo permita, pues “no hay que deducir que las órdenes de los jefes no puedan hacerse pasar por voluntades generales si el soberano con capacidad para oponerse, no lo hace. En tal caso, del silencio universal se presupone el consentimiento del pueblo” (Rousseau, 2017). Es un fenómeno ontológico del Derecho, lo que no implica que esta voluntad del conjunto político no pueda considerar que el poder constituyente reside en el Rey, en Dios, en la Naturaleza o en sí mismo, “tan poder constituyente es el de un Monarca absoluto como el que corresponde a la ciudadanía” (Álvarez, 2016:51). La determinación de la titularidad del concepto de poder constituyente es variable, pues es

tan solo una manifestación de la conciencia del que realmente es soberano, el que realmente puede imponer o destruir Derecho fácticamente: el conjunto agregado de personas que constituye la sociedad política. Pero no adelantemos acontecimientos.

Volviendo a lo que nos ocupa, y una vez explorado lo que consideraré por poder constituyente, tanto Bodino (1576, como se citó en Bobbio, 1989) como Sieyès (2019), hacen referencia en sus postulados sobre la soberanía, como concepto en el primero de ellos, como cualidad de la Nación en el segundo; aluden a su sometimiento a un orden superior y natural. Esta idea estaría presente igualmente en los autores que, como anteriormente vimos, defendían la existencia de unos límites absolutos universales al posible contenido de la Constitución, en tanto en cuanto si estos no fuesen respetados, la Constitución no existiría y no existiría Derecho posible basado en ella, partiendo estas posiciones de un concepto ideal de Constitución (Schmitt, 2019).

Entonces se aparece delante de nosotros una nueva cuestión. Si el pueblo es soberano, ¿puede ser limitado ontológicamente en su actuación? ¿Puede considerarse que un poder político en principio ilimitado también encuentra esferas que le son indisponibles y que necesariamente ha de respetar? Puede parecer incongruente que se considere que el poder constituyente no se encuentre con limitación alguna para la destrucción de la anterior Constitución y la confección de un nuevo texto constitucional pero, al mismo tiempo se diga que en su acción se encuentra con un contenido místicamente insuperable; pero como se verá a continuación no han sido pocos quienes han teorizado sobre que este poder político, que el Estado y el Ordenamiento Jurídico, no pueden eliminar ni modificar determinados elementos de un orden considerado superior que se le impone, aunque se difiera en el origen y contenido de este orden superior.

4.2. El intento de limitación del poder constituyente y su significado

Si entendemos entonces que, como un poder de naturaleza política, el constituyente es un poder soberano fundamentado tan solo en sí mismo, ¿podría decirse que está sujeto a algún tipo de límite?

Hemos visto cómo algunos de los más grandes teóricos sobre la soberanía argumentan que el poder constituyente se encuentra limitado en tanto no puede sobreponerse a unos límites que se inferirían de un orden superior como axiomas, y que por tanto, no pueden manifestar la voluntad de configurar un orden jurídico-político contrario a dicho supuesto orden natural.

Sobre esto se pueden comentar dos extremos, a saber, la cuestión de cuál es el contenido de este Derecho natural indisponible para los hombres y mujeres, por un lado;

y por otro, la de que esta limitación al constituyente se traduce en un límite, a su vez, del Derecho y del Estado en tanto aquel no puede dotar a estos de una forma concreta.

La segunda de estas cuestiones es la más simple y es observable de forma clara, puesto que si el poder constituyente es el poder que instaura una norma jurídica que sirve de cúspide al Ordenamiento y de la que deriva la validez de toda norma jurídica inferior en tanto estas deben sustentarse lógicamente en las superiores, si el poder constituyente es la *grundnorm* kelseniana de la que emana la validez de la Constitución como una imposición política eficaz que se erige en norma jurídica, debe entenderse que la limitación material de las posibilidades de desarrollo de su actuación no pueden ser más que límites a la forma y contenidos en que el Derecho puede existir.

Esto es así porque “el conocimiento de un Ordenamiento Jurídico derivado de una Constitución parte de un presupuesto básico consistente en que tiene que valer como norma lo que el primer órgano constituyente haya manifestado ser su voluntad” (Kelsen, 2011, p.84), y por ello “suponiendo que dicha norma sea válida, también será válido el Ordenamiento Jurídico que se basa en ella” (Kelsen, 2011, p.85). Por lo tanto, si se afirma que existen limitaciones de las que depende la validez o invalidez de la actuación del poder constituyente, considerado soberano, con ello se afirma igualmente que la Constitución emanada por un acto constituyente inválido es también inválida, y con dicha invalidez deviene necesariamente la del resto del Ordenamiento Jurídico. Es en este momento de la regresión de la lógica jurídico-positiva donde el Derecho natural actúa e impide hipotéticamente la creación de según qué contenidos normativos.

De esta manera se puede observar que la limitación al soberano, es decir, al constituyente, y la limitación del Derecho son un idéntico mecanismo. Creo importante resaltar esto para aclarar que el abordaje de la cuestión de los límites al poder constituyente no es ocioso, sino que corresponde realmente a la problemática analizada en el trabajo sobre la supuesta existencia de unos límites materiales ontológicos del Derecho, así como que la exposición de los intentos de establecer un Derecho natural sobre el positivo no es un elemento disonante en un apartado dedicado al poder constituyente.

Dicho esto, ahora podemos enfocarnos en los diferentes marcos bajo los que se han concebido el Derecho natural así como el significado que este orden, como canon de validez del Derecho positivo, posee.

Pese a que la revuelta contra el formalismo y el renacimiento del Derecho natural encontraron su motivación y la fuente de su revigorización en el trauma de la II Guerra

Mundial (Bobbio, 2018) al hacer responsable de estos sucesos a ‘un positivismo falto de fe y enemigo de la Metafísica y la Religión’ (Brunner, 1945, como se citó en Kelsen, 2008, p.60), lo cierto es que la tradición iusnaturalista tiene poco de novedosa.

Sabine (2015) sitúa el origen de la noción del Derecho natural en un momento en que el paradigma de las ciudades-estado de la Grecia clásica había perecido, un momento en que la *polis* deja de tener sentido como unidad política dentro del cual el hombre existe y a la que pertenece. Como expresó Fioravanti (2007), una decadencia causada por la ‘transformación de la ciudad de lugar de ejercicio de los derechos políticos de ciudadanía, de reconocimiento colectivo de una pertenencia política común, a lugar caracterizado preferentemente por la economía y el intercambio’ (p.15).

Con esta pérdida del sentido de pertenencia a la comunidad política surgirá la idea de pertenencia a un género común, la humanidad, dentro del cual los individuos comparten de una naturaleza y esencia, de lo que derivó una idea de igualdad y de justicia universal inherente a tal calidad como comunes, sirviendo estas ideas de base a la filosofía estoica según la cual los hombres, como creaciones racionales de un ser racional como es Dios, son hermanos sometidos a un orden superior que es la ley de la naturaleza (Sabine, 2015).

Es consecuencia de lo anterior que la filosofía estoica terminase por entender que ‘hay siempre dos leyes para todo hombre, la ley de su ciudad y la ley de la ciudad universal, la ley de la costumbre y la ley de la razón. Es la segunda la que debe tener superior autoridad y la que debe aportar el canon al que deben conformarse las leyes y costumbres de las ciudades’ (Sabine, 2015, p.136).

A partir de este nacimiento del Derecho natural lo que se deba entender por esta naturaleza que debe regir sobre todas las cosas como Derecho obligatorio es ‘uno de los términos más ambiguos que pueden encontrarse en la historia de la filosofía’ (Bobbio, 2018, p.159) bajo el cual se ha entendido y del cual se han derivado prescripciones de lo más variadas y contradictorias.

Una segunda parada relevante en la historia del iusnaturalismo se encuentra en Bodino, quien a pesar de ser uno de los grandes teóricos de la soberanía, considerado por muchos un teórico del absolutismo por su entendimiento del soberano como poder supremo, estaba convencido de que este poder estaba sometido a las leyes naturales de Dios que ‘es superior a la humana, y establece ciertos cánones inmutables de justicia’ (Sabine, 2015, p.319). Esto le llevaría a entender que existen ámbitos indisponibles al soberano por ser derechos naturales sagrados como, la propiedad, e incluso que existen

unas normas que regulan el ejercicio del poder soberano y cuya transgresión supondrían la eliminación misma de la soberanía, las denominadas *leges imperii* (Sabine, 2015). En definitiva, que existe una ley superior impuesta al soberano y que no le permitirá, por lo que nos ocupa, imponer una ley que sea contraria al orden natural sagrado.

Es apreciable esta misma naturaleza limitada de una soberanía por definición suprema en la propia definición del Estado dada por Bodino (1576, como se citó en De Felice, 1836) como “el recto gobierno de muchas familias, y de lo que les es común, con poder soberano” (p.11 Tomo 2). De esta forma, el Estado es la entidad que gobierna con soberanía, pero este gobierno soberano debe ser recto, “cuando dice Bodin el recto gobierno distingue las sociedades aprobadas o fundadas en la justicia de las criminales, como son las de los salteadores de caminos, piratas, etc. Toda sociedad civil está reputada de tener por base a la justicia” (De Felice, 1836, p.11 Tomo 2).

Esta idea de la rectitud y de la necesaria consonancia con la noción de justicia del poder del Estado, regulado y desplegado en el Derecho, está presente desde que plantease San Agustín (como se citó en Bobbio, 1989) “¿sin la justicia qué serían en realidad los reinos si no bandas de ladrones? ¿y qué son las bandas de ladrones si no pequeños reinos?” (p.118). Subyace aquí la idea de que el Derecho como mandatos impuestos por el Estado deben tener en su razón de ser algo cualitativamente diferente a una mera norma impuesta por la fuerza. Debe responder al valor de la justicia, que es lo único que diferencia al Estado y su ley del poder de una banda de ladrones y sus normas.

Es igualmente obligatorio en una exposición sobre Derecho natural mencionar a personalidades como Althusius o Grocio. Por una parte, Althusius (como se citó en Sabine, 2015) justificaría la existencia de un Derecho natural a partir de los Diez Mandamientos, aunque realmente su teoría política no estaba apoyada sobre ellos, sino que entendió que la sociabilidad natural humana llevaba a conformar comunidades que, a su vez, venían a unirse con otras para dar lugar finalmente a un Estado con poder soberano, siendo primordial que esta soberanía deriva de la unión contractual de las distintas comunidades de manera federal y que, por lo tanto, la soberanía se vincula al pueblo que conforma el Estado, lo que le dará a su vez derecho natural a resistirse frente a la tiranía.

Grocio trataría de realizar una aportación al marco teórico del iusnaturalismo menos asentada en la religión al tratar de hacer renacer la idea romana del Derecho de gentes para regular las relaciones de pueblos cristianos y no cristianos, pero también, dentro de la cristiandad, entre pueblos católicos y protestantes (Sabine, 2015); y le dará

una nota más centrada en un racionalismo que, sin embargo, nunca llega a ser capaz de desembarazarse de una concepción místico-religiosa. Esto se puede ver en su definición del Derecho natural, dada como sigue:

“El Derecho natural es un dictado de la recta razón, que señala que una acción, según sea o no conforme a la naturaleza racional, tiene en sí una calidad de fealdad moral o necesidad moral; y que, en consecuencia, tal acto es prohibido y ordenado por el autor de la naturaleza, Dios” (Althusius, 1625, como se citó en Sabine, 2015, p.330).

Implican estas concepciones que, en efecto, existe un Derecho impuesto por la propia Razón o por Dios que constituyen axiomas innegables por las leyes temporales de los hombres. Al fin, que existe una fuente adicional de Derecho diferente a las fuentes de Derecho positivo, una fuente cósmica, ontológica. Este “dualismo iusnaturalista consiste en la idea de que, por encima del orden estatal del Derecho positivo, hay un orden jurídico natural, racional o divino, de rango superior” (Kelsen, 2011, p.67), o lo que es lo mismo, que no solo es Derecho aquello impuesto por el Estado y que este otro Derecho es de orden superior al positivo.

García de Enterría (1984) creyó haber encontrado el reconocimiento de este Derecho etéreo en la Constitución Española (1978) cuando dispone que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa [...] con sometimiento pleno a la ley y al Derecho” (artículo 103.1), de lo que él concluye que “existe un Derecho [...] que tiene otro origen distinto del de la Ley; más simplemente, que la Ley no es el único origen del Derecho” (García de Enterría, 1984, p.14), aunque a decir verdad, si bien es cierto que asume que este “misterioso Derecho no encapsulado en leyes” (p.14) responde a unos valores de justicia que considera trascendentes, con esto él se refiere al carácter vinculante y constitutivo por sí mismo de los principios que aparecen reconocidos constitucionalmente, por lo que quizá esta opinión pudiese reconducirse a la postura positivista que hemos mantenido más arriba sobre que el contenido de estos principios son, realmente, normas positivas, a pesar de la reticencia del autor a plegarse a lo que él llama un “seco positivismo legalista” (p.23).

Por su parte, Sergio Cotta (2014) propone que la naturaleza humana como seres limitados, imperfectos, sociales y conscientes de tales cualidades mediante una capacidad de raciocinio que les impulsa a perseguir la perfección y a la mejora, lo que hace necesaria la cooperación con los demás dada su naturaleza social, para lo que se intenta proveer de unas normas. Como él dice, “detrás de artificiales disposiciones jurídicas [...] se perfila

la dimensión existencial del derecho, su correspondencia con las exigencias propias de la existencia humana” (p.35), exigencias que son universales e inherentes a todos los humanos por su cualidad común como tales y, por lo tanto, existe una necesidad de existencia de unas normas racionales comunes a todos los humanos.

Ahora bien, esta propuesta solo nos indicaría una supuesta tendencia natural a la existencia de un Derecho universal, pero no su contenido. Cotta (2014) argumentará que este Derecho universal comparte de la esencia de la justicia que deriva de la propia consideración de la dignidad humana y que “es fundamento del Derecho por ser conceptualmente universal, extensible a todos los hombres” (p.137). Como se ve, esta noción de Derecho natural parte de la necesidad de un ordenamiento que resuelva unos problemas que son comunes a todos los humanos en base a un principio de justicia que se infiere de la propia naturaleza y dignidad humana universal que, aunque no se concrete, dejar entrever Cotta (2014) que es una cualidad otorgada por un Creador común.

Para Hervada (2011) el Derecho natural es “el conjunto de leyes racionales que expresan el orden de las tendencias o inclinaciones naturales a los fines propios del ser humano, aquel orden que es propio del hombre como persona” (p.144-145), y llega a esta definición desde la idea de que las personas por naturaleza tienden a realizar juicios deónticos sobre cómo debe ser la realidad en base a una valoración positiva o negativa de los hechos, y afirma que esto se debe a “la estructura psicológico-moral del ser humano” (p.141) que impone un determinado actuar moral cuyo sentido se relaciona con una pulsión natural del hombre a conseguir unos fines de perfección del hombre y la sociedad. Y es esta pulsión que determina los fines humanos surgen y su persecución es obligatoria por la propia condición de persona humana como un “ser que domina su propio ser” (p.148) y que como tal reclama la persecución de su perfección, dado su carácter perfectible, del que es autoconsciente. Como dirá Cotta (2014) es consciente de su propia indigencia e imperfección.

Expone Hervada (2011) que, mientras en Dios, “o sea, en el Ser Subsistente, todo es acto puro [acto de ser, se entiende], toda capacidad de ser en Él es ya no capacidad sino acto puro. La persona humana, en cambio, es participación finita del ser” (p.149), y tal participación finita significa que es un ser imperfecto pero que, como ser racional, exige su perfección por medio de un comportamiento moral. En otras palabras,

“estimulado por lo infinito, por lo eterno, por lo absoluto que hay en él, el hombre tiende sin cesar al movimiento, a la acción, a superar su propia imperfección y realizar su naturaleza íntegra también del lado de lo infinito, de lo eterno, de lo

absoluto. [...] La dualidad ontológica del hombre, que le confiere su conciencia de la imperfección provoca el dinamismo existencial, tendente a un desarrollo de sí mismo hasta alcanzar la plenitud y la perfección” (Cotta, 2014, p.40).

Es esta búsqueda de la perfección lo que para Hervada (2011) constituye la esencia de la dignidad humana y “la ley natural es la expresión primera y más auténtica de la dignidad humana” (p.151).

En cualquier caso, termina por considerar Hervada (2011) que el contenido de estos fines naturales que el ser humano persigue en búsqueda de su perfeccionamiento son siete, a saber:

“la inclinación o tendencia a la conservación del ser [...], la inclinación a la unión conyugal de varón y mujer [...], la inclinación a la relación con Dios [...], la tendencia al trabajo como expresión de la índole dominadora y transformadora del hombre respecto del mundo [...], la inclinación a la sociedad política [...], la tendencia a la comunicación [...], y la inclinación al conocimiento y las diversas formas de cultura y arte” (p.145).

Ahora bien, estas tendencias, en caso de que las aceptásemos, tan solo estarían demostrando una tendencia natural, un hecho fáctico del cual no puede derivarse una proposición valorativa. Esta es la crítica basada en la falacia naturalista, pero sobre ello hablaremos más adelante.

En otro orden de cosas, también reconoce Hervada (2011) la existencia de unos derechos subjetivos que son inherentes a la persona. Estos derechos encuentran su fundamento en la propia noción de persona como “un ser que es ser tan intensamente que domina su propio ser. Por eso la persona es dueña de su propio ser. El propio dominio [...] es el distintivo del ser personal y el fundamento de su dignidad” (p.64). De esta capacidad de autocontrol, de dominio de la propia persona como ser racional, surge “el dominio sobre cuanto le constituye, su vida, su integridad física, su pensamiento, su relación con Dios, etc.” (p.65) que se manifiesta en forma de derecho natural sobre estas cosas; y al mismo tiempo esta capacidad de actuar libre y racionalmente supone la otra cara del derecho subjetivo, el deber de respetar los derechos que por naturaleza corresponden a otros, que surge como deuda de las personas para con la calidad ontológica del resto de las personas, porque “atacar ese dominio ataca su estatuto ontológico” (p.67).

La existencia de una serie de derechos naturales, para Hervada (2011), es deducida inmediatamente de la propia noción de la persona, y por tanto “en realidad la deducción

no solo es inmediata sino también evidente [...]. Si esto no se ve con evidencia, se debe a que no se ha penetrado suficientemente en la esencia de la persona” (p.83). Yo, que no tengo esta capacidad de observación penetrante de la esencia humana y no puedo dar una lista exhaustiva, me limito a recoger los derechos que Hervada (2011) reconoce como naturales de la persona, que vendrían a ser, por su capacidad de autodomínio, el derecho a su vida, integridad física, libre conciencia y en general todos aquellos relativos a la misma entidad de la persona tanto física como espiritual; pero también porque “la capacidad de dominio se extiende a aquel círculo de cosas que encuentra en el Universo” (p.65), porque el humano tiene capacidad de transformar y dominar el medio, el autor justifica como natural el derecho de propiedad sobre aquellas cosas sobre las que pueda desplegar su dominio.

En definitiva, toda esta argumentación se articula sobre la defensa de que el ser humano es una entidad que posee un plusvalor ontológico respecto del resto de elementos del mundo que se basa en la participación de una perfección absoluta que encarna el principio que ordena todo, entiéndase como Dios, y esto es lo que lo convierte en persona, concepto al que se dota de un significado de excelencia. Dice Hervada (2011): “la plenitud y perfección absolutas de este rasgo sólo se dan en Dios. El hombre es, en relación a Dios, ser por participación y también por participación es persona” (p.65).

Pero dado que entender que exclusivamente existen estos derechos naturales evidentes a partir de un concepto estático de la persona sería quizá demasiado restrictivo, junto a ellos, que denomina derechos naturales originarios, existe una serie de derechos naturales, que denomina subsiguientes, que “dimanan de la naturaleza humana en relación a situaciones creadas por el hombre” (Hervada, 2011, p.93). Serían ejemplos el que ante un ataque ilegítimo contra la vida surge un derecho natural a la legítima defensa; que ante la creación humana del fenómeno de la guerra surgen de la naturaleza humana una serie de derechos naturales; o que incluso ante la constitución de Estados surge en toda persona una serie de derechos naturales mínimos como extranjeros (Hervada, 2011).

En cualquier caso, esta línea de pensamiento de los derechos que pertenecen naturalmente a la persona en tanto tal, más allá de las normas jurídico-positivas, parece ser la mantenida por los revolucionarios franceses y estadounidenses.

Ilustra bien este sustrato común la Declaración Unánime de los Trece Estados Unidos de América, es decir, la declaración de independencia estadounidense realizada por el Congreso Continental (4 de julio de 1776), en que se proclamó:

“Mantenemos que las siguientes verdades son evidentes en sí mismas: que todos los hombres han sido creados iguales; que su Creador les ha dotado con ciertos derechos inalienables; que entre estos derechos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que los gobiernos se instituyen entre los hombres para asegurar esos derechos, y obtienen sus limitados poderes del consentimiento de los gobernados; que cuando cualquier forma de gobierno se convierte en dañino para esos fines, el pueblo tiene el derecho a modificarlo o abolirlo” (p.157).

Por su parte, la Asamblea Nacional (26 de agosto de 1789) en su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano dispuso que “el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión” (artículo 2); además de considerar que es “la propiedad un derecho inviolable y sagrado” (artículo 17).

En ambos textos se puede observar como se deduce un derecho natural y sagrado a la resistencia. Este es un derecho que Althusius ya había proclamado al deducirlo de la soberanía popular que dimana de su concepto de Estado de formación federal (Sabine, 2015), y que ha sido un hilo conductor a lo largo de la teoría iusnaturalista que se puede ver también cuando Hervada (2011) se pregunta si la ley positiva impuesta por el Estado que es contraria al Derecho natural tiene efectos jurídicos, a lo que responde “Sí los tiene, pero precisamente los opuestos a la ley justa: da origen al derecho a la desobediencia cívica, a la resistencia pasiva y activa, y en su caso a la rebelión” (p.174).

La motivación de estas declaraciones de derechos habría estado, según Jellinek (2009), en el propio proceso político-religioso de la Reforma, que desembocaría finalmente en el entendimiento de la necesidad de la tolerancia religiosa basada en la existencia de un derecho inherente a la persona a su propia espiritualidad, a su conciencia, sobre la cual las comunidades políticas no podrían ejercer coacción alguna sino tan solo permisión.

Se puede percibir en ello así como en el propio desarrollo teórico del iusnaturalismo cómo siempre tiende a imbricarse con fundamentos religiosos trascendentales. Surge un orden superior que, por mucho que se defienda que se deduce racionalmente de la observación de la naturaleza, esta se ve desde una posición sincrética entre la ciencia y la fe. La razón y la ordenación divina, esencia de lo absoluto y lo perfecto, van de la mano de forma que la una permite percibir a la otra. El Derecho natural,

ciertamente, se interrelaciona con un concepto religioso de la razón como participación y comprensión de un orden divino.

Loewenstein (2018) lo plantea de una forma interesante cuando se pregunta si sería posible establecer una Constitución en que los pelirrojos no tuviesen derechos, concluyendo que

“de lo que se trata es de si los derechos fundamentales -o mejor, los derechos del hombre- son traídos consigo por el hombre con su nacimiento, siendo pues inviolables e inalienables dado su carácter natural, o si por el contrario son otorgados por la sociedad estatal [...]. Más que de un problema jurídico se trata de una cuestión de creencias” (p.193).

En conclusión, el Derecho natural vendría a justificar la existencia de unos límites ontológicos inherentes a la propia existencia impuestos por el Creador o un Principio Ordenador, que limitan las formas en que los humanos pueden organizar su vida. Por decirlo en palabras de Kelsen (2008),

“para ser consistente la doctrina del Derecho natural debe asumir un carácter religioso. En la medida en que considera que la naturaleza es una revelación de la voluntad divina y que, por tanto, examinar la naturaleza equivale a dilucidar la voluntad divina, la doctrina del Derecho natural puede deducir de la naturaleza reglas justas. De hecho, no se conoce ninguna doctrina del Derecho natural importante que no revista un carácter religioso” (p.65).

No es intención de este trabajo abordar la discusión teológica y metafísica sobre la existencia de esta deidad. Pero incluso presuponiendo su existencia surgen dos problemas.

En primer lugar, no podrá negarse que esta concepción implica necesariamente concebir el poder constituyente y la soberanía popular como una mera posibilidad de reforma del orden natural dado, como un poder constituido dentro de un orden superior que lo legitima y que lo limita, el orden natural o divino. Pero además, si el poder constituyente está limitado por el orden superior que impone la autoridad divina, el cual legitima su existencia y más allá del cual no puede existir, todo régimen jurídico-político existente constituye una teocracia, independientemente de la idea y forma con la que se identifique a Dios. En consecuencia, el principio según el cual la organización política de la sociedad civil en un Estado se fundamenta en sí misma de forma secular carece de todo sentido y validez, destruyendo así uno de los pilares básicos sobre los que se asientan las organizaciones políticas contemporáneas.

Si queremos fundar todo nuestro aparato social entendiendo que nuestros Estados, nuestras comunidades políticas, no se justifican y emanan de un poder divino sino del poder temporal del conjunto social, de nosotros mismos y despreciamos un argumento teocrático debemos entender que nuestra forma particular de vida política, el Derecho, no puede aferrarse a dogma alguno de carácter trascendental y que todo contenido valorativo no emana sino de la propia comunidad política que constituye el Estado y se autodispone unas normas.

Pero esto va más allá. Que estos dictados de la recta razón grociana sean principios autoevidentes e incontestables supone necesariamente un elemento moral absoluto, esto es, la certeza de que lo bueno y lo justo es universalmente apreciable, o al menos válido. Al contrario de la concepción kelseniana de que la justicia es un conjunto de valores inherentemente sociales, que se instalan en las distintas sociedades de forma axiológica en función de su cultura y necesidades, lo que la hace cambiante y relativa (Kelsen, 2008); el iusnaturalismo exige el absolutismo moral, una noción de justicia válida por definición.

Pero si esto es así, si existe realmente un orden natural del que emanan los rectos principios de la vida en sociedad, ¿tiene algún sentido la democracia? Por qué nos íbamos a preocupar de asegurar la participación de la ciudadanía en la formación del Derecho que va a regular su vida y en la acción del Estado bajo el que vive si el contenido de aquel y la acción de este ya están regidos por un Derecho absoluto y verdadero. El pluralismo político que aparece como la piedra angular de los ordenamientos jurídicos democráticos contemporáneos carecería de sentido y esa apertura al libre mercado de las ideas del que hablaba Oliver Wendell Holmes (Corte Suprema de los Estados Unidos, 10 de noviembre de 1919) supondría un evidente peligro.

El iusnaturalismo argumentaría que los principios naturales son lo más esencial y que constituyen un marco dentro del cual la sociedad puede operar democráticamente, funcionamiento que además sería el exigido dada la natural igualdad y libertad que corresponde a cada persona. No obstante, incluso en aquellos principios más esenciales encontraríamos que se veda la entrada a la competición ideológica a posturas, por ejemplo, que negasen la propiedad privada; a pesar de que, como veremos, se ha llegado a defender la propiedad colectiva como exigencia del Derecho natural.

En segundo lugar, el iusnaturalismo realiza un razonamiento falaz. Este argumento naturalista pretende inducir de un hecho observado, asumiendo que dicha naturaleza racionalmente observable exista realmente, un juicio de valor como válido, pero realmente existe una "imposibilidad de derivar lógicamente de una premisa fáctica

una consecuencia axiológica” (Miró-Llinares, 2017, p.3). Y es que, el Derecho y la naturaleza o la física poseen un funcionamiento radicalmente distinto, puesto que en la naturaleza “si se da A, entonces se dará B, mientras que la regla moral o jurídica dice que si se da A, entonces debe darse B” (Kelsen, 2008, p.67). El asumir que lo que es debe ser porque es por definición bueno ya denota una posición maniqueísta que rodea a todo el iusnaturalismo, y es que dicha naturaleza es buena por definición por ser una obra racional y el mal pretende negarla y establecer formas de vida antinatura. Debe diferenciarse claramente lo que es un ser de un deber ser, puesto que una cosa sea de una forma no implica necesariamente la obligación de percibirlo como un debe ser; y aquí el Derecho natural se confunde,

“daba siempre por supuesto que sus proposiciones evidentes por sí mismas eran [...] normativas, y que establecían un canon ideal no sólo de lo que es sino de lo que debe ser. Sin embargo, la necesidad de un axioma en geometría y la necesidad de que el derecho sea justo son, sin duda, dos especies diferentes de necesidad, ya que la última se refiere a la realización de fines y propósitos humanos” (Sabine, 2015, p.333).

Lo que es, es; pero ello no conlleva la necesidad de que deba ser así. De lo contrario, nuevamente, estaremos reconociendo que en cierto sentido la democracia carece de valor, pues, ¿por qué decidir lo que debe ser de forma conjunta, por qué definir axiológicamente lo que son y cómo alcanzar nuestros fines, si lo que es debe ser?

Pero incluso si hacemos un esfuerzo y todavía llegamos a soslayar la cuestión de la falacia naturalista, aceptando el argumento de Hervada (2011) de que, como la existencia del Derecho natural deriva de las propias tendencias y fines de la persona humana como elementos existentes racionalmente, el deber ser se origina necesariamente de forma igual en todos los hombres; seguimos viendo que las exigencias del Derecho natural son ambiguas y polimórficas.

A la hora de concretar cuál es el sentido esa recta razón, el contenido de la justicia que emana de forma evidente y diferencia al Estado y sus leyes de un grupo de ladrones, encontramos ciertamente que el acuerdo entre los autores brilla por su ausencia. En efecto,

“ la palabra divina no es posible conocerla sino es a través de los profetas o de los llamados representantes de Dios en la tierra, pues no se manifiesta por sí misma a todos los creyentes. Así, igualmente, los valores o fines metafísicos y su significación jurídica tampoco se manifiestan por sí mismos y requieren de una

individualización y concreción que, en atención a quién la ha de realizar, no podrá escapar a la subjetividad” (Aláez, 2000, p.214).

Esto se puede apreciar con la sola observación de las distintas propuestas de lo que debe considerarse por el contenido de la naturaleza, así explica Kelsen (2008) que mientras que para Robert Filmer la monarquía absoluta es la única forma de gobierno natural, mientras que para Locke la forma de gobierno justa será la democracia. También se han “dividido de manera permanente en dos campos opuestos, el de los defensores del deber incondicionado de obediencia, incluso a una ley injusta, y el de los defensores del derecho de resistencia” (Bobbio, 2018, p.162).

De igual manera se observan posiciones dicotómicas en lo relativo al derecho de propiedad,

“por un lado el pensamiento liberal-burgués que se manifiesta en las Declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII leerá en el libro de la naturaleza que la propiedad individual es un derecho natural, inviolable y sagrado; por otro el pensamiento del socialismo utópico invocará el código de la naturaleza para demostrar que el único régimen que la naturaleza prescribe es el de la comunidad de bienes” (Bobbio, 2018, p.161).

Y efectivamente la defensa “de la abolición de la propiedad privada y el establecimiento de una sociedad comunista como única organización social justa se basó durante el siglo dieciocho y principios del diecinueve en la misma doctrina del Derecho natural” (Kelsen, 2008, p.58).

Mientras que Hervada (2011) considera que la persona “se pertenece a sí misma y en virtud de su misma ontología es incapaz radicalmente de pertenecer a otra persona” (p.65), es decir, es por naturaleza libre, y en igual sentido Rousseau (2017) considera que “ningún hombre tiene una autoridad natural sobre su semejante” (p.51) y “las palabras esclavitud y derecho son contradictorias y excluyentes” (p.55); por el contrario Aristóteles (2007) expondría en su Política que “está claro que unos son libres y otros esclavos por naturaleza” (p.53).

Podría también reflexionarse en este sentido ya no sobre el contenido de esta ley y estos derechos naturales que más inmediatamente se deducirían de la naturaleza y la dignidad humana, como la propiedad, la vida, o la integridad física; sino sobre si estos son exhaustivos. Es decir, si los derechos enumerados, aunque con discusión en algunos puntos críticos como en la propiedad, son los únicos derechos naturales o si la dignidad humana puede ser interpretada para concebir nuevos derechos.

De hecho, el propio Hervada (2011) establece una cláusula de apertura en el concepto de derechos subsiguientes como reacción lógica de la naturaleza humana ante elementos creados artificialmente por las personas, como las guerras o las fronteras. Cabría preguntarse entonces si, por ejemplo, de la desigualdad económica surge un derecho natural a cierta redistribución que garantice unas condiciones mínimamente dignas de vida.

Esta sería la premisa desde la cual el nuevo constitucionalismo democrático del siglo XX del que habla Fioravanti (2016) establece unos derechos sociales y económicos basados en la dignidad humana, teniendo como insignia la Constitución de Weimar de 1919, sin ánimo de desmerecer a la Constitución Mexicana de 1917 que ostenta el honor de ser el primer documento constitucional en incorporarlos.

Pero afirmar esta posibilidad de inferir unos derechos naturales perceptibles por el observador racional de la naturaleza humana parece algo rebuscada y ambigua para la defensa de un Derecho y unos derechos autoevidentes. Parecería más lógico concebir la dignidad humana como lo hace Peces-Barba (2003), como un valor prejurídico, sí, pero un valor cuya realización es un proyecto de acción del poder público, pero no un concepto jurídico por sí mismo. Así se pasa a entender que su contenido es cambiante y axiológico; pero sobra decir que esta es una postura contraria a la defendida por el Derecho natural.

Lo cierto es que, para ser normas autoevidentes, el nivel de concreción es el mínimo. Nos vemos abocados así a someter el destino de nuestro Derecho positivo a unas prescripciones naturales que son polimórficas, imposibles de concretar y que se basan en una entidad humana que también es cambiante.

Pero además de polimórfico parece ser totalmente ineficaz. La existencia de todo tipo de Estados con las más diversas Constituciones y Ordenamientos Jurídicos parece indicar que, independientemente del contenido de las normas y la forma jurídico-político concreto que se adopte en un Estado, dichas normas continúan perviviendo. Esta es la crítica que ya haría Carnéades (como se citó en Sabine, 2015), quien “señaló la dificultad de creer que existiese una norma universal de justicia dadas las discrepancias existentes en la realidad entre las diversas creencias y prácticas morales” (p.137).

Si existen estos límites, no son límites “causales” porque existen de hecho estos sistemas, lo que viene a significar que lo que sea en un plano trascendental no tiene por qué vincularnos a ello, pues aunque se desvirtúe el principio democrático al limitarlo materialmente, el funcionamiento social del Derecho positivo continúa abriéndose paso aunque tenga contenidos contrarios a este orden natural. Siguen existiendo

Ordenamientos Jurídicos como tales a pesar de estar de acuerdo o no con los valores hipotéticamente naturales, por lo que estos principios autoevidentes no operan en términos de necesidad causal constriñendo a las formas de organización social de hecho, no son leyes físicas.

Quiero decir con esto que a pesar de que existan los principios naturales que se infieren por medio de la recta razón, en caso de que aceptemos que existen, no vinculan directa e ineludiblemente al grupo social más que en un plano de moral religiosa, pero nada impediría realmente que una unidad política impusiese, si así lo considerase oportuno, un ordenamiento jurídico y rigiese su vida contra los dogmas de la naturaleza, de Dios, o de la Razón, por mucho que estos puedan parecerse del todo benéficos.

La respuesta del iusnaturalismo será que aquellos ordenamientos no son Derecho sino injusticia, que constituyen un ejemplo de violencia como dirá Hervada (2011), para quien

“La ley injusta tiene los rasgos empíricos y fenoménicos de toda ley: aparece como un mandato del legislador, con todos los caracteres externos y formales de una ley. Pero esta ley carece de la esencia de la juricidad: no engendra el deber de justicia y, por tanto, no engendra la vinculación” (p.174).

Queda claro que el iusnaturalismo impone un concepto del Derecho que es diferente al Derecho fácticamente obligatorio, y que solo lo será en tanto en cuanto respete la justicia natural. Pero este concepto, dado el polimorfismo de la justicia naturalista que ya se ha podido exponer, desemboca en un concepto del Derecho muy líquido, incapturable, que da lugar a arbitrariedad e indeterminación en el objeto de estudio del jurista así como falta de certeza y seguridad para los ciudadanos sobre las normas que han de regir sus vidas.

Lo expresa de forma perfecta Bobbio (2018) cuando dice:

“Es preciso confesar que si uno de los ideales de una sociedad jurídicamente constituida es la certeza, en una coexistencia basada sobre los principios del Derecho natural es donde reina el máximo de incertidumbre. Si la característica de un régimen tiránico es la arbitrariedad, habría que decir que el regido por el Derecho natural es el más tiránico de todos, en cuanto que este gran libro de la naturaleza no suministra criterios generales de valoración y cada cual lee en él a su modo” (p.160).

De lo expuesto creo que se pueden extraer tres asertos a modo de conclusión que explican las razones últimas por las que se debe rechazar la doctrina iusnaturalista.

En primer lugar, atenta contra nuestra concepción secular de las sociedades civiles y contra el concepto de soberanía popular para exigir un principio teocrático en la existencia de los Estados y su Derecho.

En segundo lugar, niega, o al menos limita sustancialmente, el principio de democracia en la conformación del Derecho y las normas sociales al establecer un orden de absolutismo moral.

En tercer y último lugar, impone una noción de Derecho basado en una Justicia inconcretable que se traduce en arbitrariedad e inseguridad para los ciudadanos y en un objeto de estudio líquido para los juristas.

Considero por todo lo anterior que para poder pisar tierra firme debemos entender que solo es Derecho el Derecho positivo y que todo Derecho positivo, existente, es Derecho. Este es el paso dado por Kelsen (2011) en la Teoría Pura del Derecho al tratar de dar una noción del Derecho ajeno a las valoraciones ideológicas que cada contexto social pueda reproducir imperantemente. En otras palabras, se trata de asumir que el Derecho, como tal, es válido más allá de su contenido siempre y cuando exista de forma efectiva.

5. La búsqueda de un límite ontológico no valorativo del Derecho

Ha quedado entonces claro que, dado que no existen unos principios naturales absolutos que condicionen la validez y eficacia del Derecho positivo y que, por tanto, la labor del constituyente en la creación de Derecho es, en lo relativo a su posible contenido, ilimitado. Debe por tanto entenderse el Derecho desde un concepto positivista que le configura como una técnica social (Kelsen, 2011), como subsistema social (Aláez, 2000).

Esta perspectiva positivista implica que no se puede predicar la existencia de un contenido moral universalmente válido e imperativo y que lo que sea la dignidad no puede determinarse en estos términos e inferir de ello unos derechos naturales inherentes a toda persona existentes más allá del Derecho positivo. Desde este prisma la dignidad humana, los derechos fundamentales e incluso la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Resolución 217 A (III), 1948) deben considerarse derechos positivos, creados por el Derecho, proclamados y defendidos por la sociedad. Esto concordaría con la idea de Peces-Barba (2003), para quien la dignidad humana es ‘una construcción de la filosofía para expresar el valor intrínseco de la persona [...]. Por eso la dignidad humana no es un rasgo o una cualidad de la persona que genera principios y derechos, sino un proyecto que debe realizarse y conquistarse’ (p.68).

Por consiguiente, no se pueden declarar unos principios morales exclusivos y excluyentes, puesto que si aseguramos inferirlos de la realidad natural estaríamos cayendo en la falacia naturalista; y si los pretendemos como justicia absoluta socavaríamos el principio democrático que asumimos debe regir nuestros regímenes políticos, según el cual se debe mantener el orden basado en el Ordenamiento Jurídico existente como marco para la convivencia, ‘‘pero sin prohibir ni prevenir la libertad de expresión pacífica’’ (Kelsen, 2008, p.61), punto de vista que sigue nuestra Constitución Española (1978) puesto que según nuestro Tribunal Constitucional en ella ‘‘no tiene cabida un modelo de «democracia militante», esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución’’ (Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, F.J.4). Igualmente tampoco podremos defender en términos absolutos un núcleo de dignidad humana totalmente indisponible ni imposibilitar que haya quien lo desvalore o considere que su contenido es distinto al que generalmente se acepta.

¿Significa esto la total inexistencia de moral? ¿O negar que los actos cometidos por el régimen nazi fueron humanamente atroces? ¿Sería defender que las personas pueden ser esclavizadas o encarceladas por sus ideas, orientación sexual, raza, o, como diría Loewenstein (2018), por ser pelirrojas? Es claro que no. La posición del relativismo moral que impele el principio democrático, y que adquiere pleno desarrollo y coherencia en el prisma positivista, exige, precisamente, una lucha más ferviente y una defensa activa de los valores que consideramos deseables y que fundamentan nuestras sociedades.

‘‘¿Es compatible el relativismo con la responsabilidad moral? ¡Cómo no! El punto de vista según el cual los principios morales constituyen sólo valores relativos no significa que no sean valores. Significa que no existe un único sistema moral, sino varios, y hay que escoger entre ellos. De este modo el relativismo impone al individuo [y, por qué no, también a las sociedades] la ardua tarea decidir por sí solo qué es bueno y qué es malo. Evidentemente, esto supone una responsabilidad muy seria, la mayor que un hombre puede asumir’’ (Kelsen, 2008, p.59).

Significa, pues, esta postura, única y exclusivamente, reconocer que las normas que rigieron el régimen nazi, la Unión Soviética estalinista, la Italia fascista o la España franquista fueron Derecho, al igual que lo son el actual Ordenamiento Jurídico español, francés, alemán o norcoreano; y que somos responsables moralmente de determinar cuál de estos modelos deseamos que rijan nuestras vidas como nuestro Derecho. Nada más.

Hay entonces que negar el concepto ideal de constitución del que hablaba Schmitt (2019) y que profesa la pléyade de autores que establecen unos límites absolutos a la reforma constitucional como exigencia del propio concepto de Constitución, como Oyarte (1998), Belda (2012), Ruipérez (1997) o Tajadura (2018). Se podrá hablar entonces de constituciones liberales o constituciones iliberales, de constituciones de un tipo u otro, de Estados democráticos o autocráticos, pero no entender que toda Constitución, como norma jurídica, debe corresponder necesariamente con el concepto de constitucionalismo como un movimiento encaminado a “la limitación de los poderes públicos y en la consolidación de esferas de autonomía garantizadas mediante normas” (Fioravanti, 2014, p.17); pues esta norma jurídica existe más allá de sus contenidos valorativos.

Por todo ello creemos que debe mantenerse un concepto iuspositivista del Derecho que no limite materialmente al constituyente por suponer que toda voluntad del soberano puede ser convertida en Derecho. Pero ello no significa que desde el concepto positivista del Derecho no puedan trazarse unas líneas que limitan y marcan las necesidades del Ordenamiento Jurídico para poder existir, unos límites ontológicos desprovistos de toda carga valorativa que deriva del propio concepto y funcionamiento del Derecho como técnica social.

La concepción positivista del Derecho, alejándose de la necesidad de según qué valores para su existencia como Derecho, lo concibe como, ya se ha apuntado, como una técnica social. “Esta técnica consiste en que la situación social a la que se aspira se consigue, o se intenta conseguir, vinculando la conducta humana que es contraria a la situación social deseada y el acto coactivo como consecuencia” (Kelsen, 2011, p.59), es decir, se trata de un subsistema social que garantiza contrafácticamente determinadas expectativas en que se basa la convivencia social mediante el empleo de la fuerza física estatal (Aláez, 2000).

Este subsistema social, que sirve de técnica social específicamente encaminada al mantenimiento de la vida en comunidad bajo unos principios determinados, existe siempre en “dependencia con el hecho de que la conducta real de los individuos se corresponda con lo que él establece; [...] se encuentra en una relación de dependencia con su eficacia” (Kelsen, 2011, p.87), eficacia que le hace existir de hecho como tal subsistema social, siendo este su carácter de positividad.

Esta positividad del Ordenamiento Jurídico, que le merece su calidad de Derecho positivo, depende para Aláez (2000) de que su contenido corresponda con actos valorativos subjetivos realmente existentes en la sociedad, esto es, que corresponda

realmente con valores existentes axiológicamente; de su capacidad para abrirse cognitivamente al medio y permitirle permearse de los cambios en los valores socialmente imperantes, lo que viene a garantizar el primero de los requisitos a largo plazo; y, finalmente, que se inserte eficazmente en el medio social realizando su función de estabilización de expectativas, o lo que es lo mismo, que exista eficazmente.

Mientras los dos primeros requisitos operarán indirectamente en la existencia del Derecho al producir la no consecución del tercero de los elementos en el largo plazo; es realmente el tercero de ellos el elemento constitutivo que hace que el Derecho exista fáctica y efectivamente.

Esta apreciación nos hace darnos cuenta de que no podemos menospreciar las advertencias de Cotta (2014) de que “la eficacia de una regla que se basa sólo en la fuerza es ciertamente precaria y provisional” (p.103).

Es cierto que el Derecho existe si existe eficazmente impuesto porque “es un determinado ordenamiento, una determinada organización del poder” (Kelsen 2011, p.88) del Estado; pero si el Estado no posee poder no podrá existir el Derecho como conjunto de normas coactivas que regulan la vida en sociedad a través del empleo de la fuerza física estatal. Si mantenemos una noción relacional del poder como una “relación entre dos sujetos de los cuales el primero obtiene del segundo un comportamiento” (Bobbio, 1989, p.104) debemos entender que la eficacia deriva en última instancia de la interiorización y reproducción voluntaria de la ciudadanía de las normas de Derecho, lo que exige su legitimación social, puesto que en el largo plazo un conjunto normativo denostado por la población será ignorado y el Estado perderá su poder de imponerlo, por lo que dicho Derecho será ineficaz e inexistente.

En síntesis, el Derecho depende del poder del Estado para la imposición de conductas, y este poder, como relación, precisa de la obediencia de los receptores del mandato, que mostrarán esta debida obediencia si consideran al del Estado un poder legítimo, o no lo harán si no lo consideran tal. En el segundo de los casos, el Estado y el Derecho dependerán de la capacidad de imponer por la fuerza de forma mantenida en el tiempo sus exigencias y del número de ciudadanos desafectos al propio Estado.

Parece correcto afirmar que “cuando la regla es justa, entonces es plenamente ella misma, es decir, capaz de establecer per se la más amplia regularidad en los comportamientos” (Cotta, 2014, p.103), porque aunque “la legitimidad es un puro y simple estado de hecho no quita [...] pueda ser sometido a juicios axiológicos de

legitimidad que pueden llevar a una gradual, más o menos rápida, inobservancia de las normas” (Bobbio, 1989, p.125).

Podemos percibir de esta manera que sí existe una relación entre la justicia y el Ordenamiento Jurídico. Que el Derecho persigue la realización de una determinada noción de justicia es algo evidente, pues como técnica social ningún conjunto político trataría de organizar su vida en común de forma que consideran manifiestamente injusta desde el punto de vista axiológicamente mayoritario. Pero ello no lleva consigo aparejado el que un conjunto de normas jurídicas sea inválido como tal por el mero hecho de no corresponder con un orden valorativo absoluto y superior, como querrían los iusnaturalistas o los teóricos teocráticos, ni siquiera de un orden valorativo concreto y consustancial a la sociedad sobre la que impera. El derecho, como conjunto de normas de obligado cumplimiento será tal, de nuevo, si consigue tal cualidad de imperatividad, mas no se interpone a ello de directamente el incumplimiento de ideas algunas, produciéndose esto en todo caso de forma indirecta. La invalidez devendrá por su pérdida de legitimidad, y con ella de la obediencia y la capacidad de imponerse.

Se ve así que la legitimidad, la correspondencia con los valores de justicia no suponen límites ontológicamente directos, directamente causales, del Derecho; sino que opera tan solo como una limitación indirecta que incide por medio de la influencia que pueden tener los individuos en la eficacia de las normas. Y, además, dado que hemos dejado claro que no podemos afirmar la existencia de unos valores absolutos de justicia sobre los que asentar el Estado sino que estos son relativos a las sociedades y los momentos históricos; parece lógico afirmar que la cuestión de la legitimidad se trata más bien de un problema de legitimación, palabra que considero denota mejor el carácter dinámico y axiológico del asunto.

Por ello tan inteligentemente Aláez (2000) reconoce como requisitos para la positividad del Ordenamiento Jurídico el que este constituya una objetivación de una voluntad subjetiva realmente existente en la sociedad y la articulación de un método para actualizar las voluntades subjetivas que objetiva junto con el requisito principal de la eficacia. Ahora bien, que el Derecho deba corresponder con una concepción de la justicia axiológicamente determinada para perdurar no implica su necesidad para existir como Derecho, puesto que para ello lo esencial es el elemento constitutivo de la inserción eficaz en el medio social (Aláez, 2000) y el resto son requisitos complementarios de este principal.

Que por medio de su legitimación consiga que su fuerza adquiera una entidad de *auctoritas* y no de una mera *potestas* como poder y fuerza física es una cuestión tan solo de utilidad, una condición potencialmente necesaria, pero no suficiente, puesto que ante la deslegitimación y desafección, el Derecho continuará existiendo si se impone eficazmente, aunque de forma más o menos precaria y perdurable; y aunque constituya tan solo mero poderío y dominio, ello no le hace menos Derecho, pues continúa siendo un acervo normativo obligatorio que rige la vida en sociedad.

Esta reflexión se puede intuir igualmente en Jellinek (2017) cuando afirma que “es suficiente la existencia de un poder de hecho que mantenga la unidad del Estado para tener el mínimo de Constitución preciso para la existencia del propio Estado; más por lo común, en los pueblos cultos existe un orden jurídico reconocido en principios de Derecho” (Jellinek, 2017:457).

Al reconocer que la existencia de la Constitución como norma que rige la vida del Estado y de los súbditos puede fundarse en un poder de hecho, esto es, que es impuesta y pervive fáctica y efectivamente; postergando su fundamento en determinados principios a un ámbito secundario, como una mera forma de operar de algunos pueblos, pero que, en ningún caso, puede constituir su inobservancia una razón de invalidez del ordenamiento constitucional.

Lo que diferencia entonces al Estado y su Ordenamiento Jurídico de un grupo de bandidos, como se planteó San Agustín (como se citó en Bobbio, 1989), no es la consagración de unos valores determinados. No difieren en nada más Estado y Derecho de la mera fuerza física que en que mientras esta última consiste en una fuerza física individual o de una agregación reducida de individuos que contraviene el marco normativo que la colectividad impone; mientras que el Estado y el Derecho, el poder político, es la fuerza de la colectividad social por entero para estabilizar unas expectativas colectivas de comportamiento.

La legitimación social es lo que determina que la fuerza sea empleada por toda la sociedad o que esta no la acepte, lo que hará que caiga en ineficacia. En caso de que un conjunto más o menos grande de personas se rebele ante este poder político de forma eficaz e imponga para sí, o para todos, un nuevo orden coactivo no puede sino significar que o se ha escindido una parte del sustrato social que crea una nueva entidad política diferenciada, en el primer caso, o que la previamente existente ha transformado la manera en que ejerce su poder político.

Los ladrones o el pirata de San Agustín (como se citó en Bobbio, 1989) ejercían la fuerza física como individuos aislados contra el poder político del conjunto social. El Estado, por el contrario, ejerce la fuerza como agregación de todos los individuos en una sociedad política sobre la base de que este ordenamiento es deseable o aceptable axiológicamente, o al menos, hay que reconocerlo, porque tiene la capacidad para imponerse y arrogarse en la función de representar la fuerza de la sociedad. Esto es así porque, en realidad, la dinámica de la efectividad del derecho es esencialmente axiológico.

La justicia en la que se intenta sustentar la diferencia entre Derecho y la mera fuerza, en primer lugar no es una justicia trascendental y absoluta sino la justicia de la sociedad, y en segundo lugar la no correspondencia perfecta entre los valores que impregnan este Derecho y los valores axiológicos en un momento determinado solo impiden que el Ordenamiento Jurídico sea tal de forma indirecta a través de la ineficacia, lo que hace que sea una situación temporal de transición hacia la imposición de un nuevo régimen jurídico-político.

Al entender que la existencia fáctica del sistema jurídico depende en última instancia de la voluntad de la agregación de individuos que conforman el conjunto social debemos entender que tras la positividad del Derecho, esto es, tras su existencia fáctica de forma efectiva como lo que es, como Derecho, lo que se esconde es un principio axiológico, una inherente mecánica de concreción democrática de lo que el poder constituyente desee que sea el orden jurídico político.

Esta es una concesión que se debe dar a la teoría iusnaturalista de Althusius (1625, como se citó en Sabine, 2015) que defiende que es natural la residencia de la soberanía en el pueblo, pues realmente lo es fácticamente, lo que no conlleva realmente emisión de juicio de valor alguno y no determina la forma en que este pueda desarrollar el orden político. A lo único que se hace referencia es que la población posee el poder de facto para producir la efectividad o inefectividad, y por tanto la existencia o inexistencia del Derecho, así como para producir una insurrección que destruya todo el aparato estatal y el sistema jurídico. Por lo tanto, el derecho de resistencia que la teoría de Althusius (1625, como se citó en Sabine, 2015) no es realmente tal, en tanto no se puede considerar un derecho, pero sí que existe como una facultad de poder fáctico del conjunto social, solo condicionada por la capacidad efectiva de su ejercicio.

El humano, como animal social o político, como *zoon politikón* como dirá Aristóteles (2007), lleva consigo la creación de la comunidad política, y es en esta

facultad constitutiva, pero también destructiva pues puede desarrollarla en el sentido y forma que se desee a nivel agregado, es donde reside la soberanía popular como realidad inherente a la vida en sociedad.

Esto supone que el Derecho, para existir en el largo plazo, debe estar vivo, debe vivir en los corazones de las personas cuyas vidas regula, quienes habrán de reproducir estas normas y exigir las para que perviva el Derecho, pues sin este requisito cae en letra muerta e ineficaz. Este es el razonamiento hecho por Ihering (1993) que, aunque centrado en la necesidad del ejercicio de los derechos subjetivos, puede aplicarse igualmente a la defensa y legitimación genérica de del Ordenamiento, puesto que

“no basta para que el Derecho y la justicia florezcan en un país que el juez esté dispuesto siempre a ceñir la toga, y que la policía esté dispuesta a desplegar sus agentes; es preciso aun que cada uno contribuya por su parte a esta grande obra, porque todo hombre tiene el deber de pisotear, cuando llega la ocasión, la cabeza a esa víbora que se llama la arbitrariedad y la ilegalidad” (Ihering, 1993, p.49); puesto que si no se vive así el Derecho este terminará por desaparecer al no ser efectivo.

Y si el Derecho, y la Constitución de forma concreta por el interés que aquí nos ocupa, es la forma en que un poder soberano articula su voluntad en el marco de un Estado como una serie de enunciados imperativos que regulan la vida en sociedad así como el propio funcionamiento del Estado; y este Derecho es válido siempre y cuando sea efectivo, puede concluirse que el único límite ontológico del Derecho, y por tanto de la manifestación y despliegue del poder constituyente, serán aquellos factores que determinan que el mismo sea efectivo y exista fácticamente, independientemente del contenido y forma en que se dé la Constitución. Lo que es lo mismo que referirse a aquellos factores que inciden en la dinámica axiológica que inherentemente subyace a la positividad del Derecho y producen la hegemonización e interiorización de su contenido.

Por tanto, como ya hemos dicho, estamos en un terreno en que la legitimidad no es un fundamento de validez en términos directos, sino una legitimación social que infunde el respeto a las normas, y ello puede y debe analizarse no desde posiciones teóricas más o menos especulativas, sino que haciendo uso de los datos que nos ofrecen las Ciencias Sociales, como la Psicología Social y Política, la Sociología y la Ciencia Política. Nos hayamos, entonces, ante un «paso empírico» en las consideraciones acerca de los límites del Derecho y del poder constituyente, tal y como diría, aunque en un ámbito jurídico distinto, Fernando Miró-Llinares (2017).

Pero independientemente de que los factores socio-psicológicos que producen la legitimación de los regímenes jurídico-políticos puedan ser diversos y complejos y que su estudio deba ser objeto de otros proyectos por lo dilatado del presente trabajo; sí cabe recalcar una cuestión paralela a este asunto de la legitimación de los sistemas políticos. Y es que, en cualquier caso, el funcionamiento democrático de los mismos, entendiéndolo por tal simplemente que de forma efectiva la población pueda introducir una serie de valores y convicciones al Ordenamiento Jurídico que rige sus vidas, aunque no sea un factor esencial en la existencia del Derecho sí permite que este se adecúe de forma más fácil y suave a su condición inherentemente axiológica al facilitarle un mecanismo que le permita adaptarse al medio social que debe regir. Esta es la razón por la que Aláez (2000) incluye como uno de los requisitos para la positividad del Derecho la posibilidad de operativizar su apertura cognitiva, aunque él sitúa dicha apertura en el mecanismo de la reforma constitucional.

En conclusión, todo esto supone defender en definitiva que, como dijo Kelsen (2011), ‘‘no hay conducta humana que, a causa de su valor intrínseco, quede excluida de la posibilidad de formar parte del contenido de una norma de Derecho’’ (p.83); y por tanto el constituyente es libre de construir un Ordenamiento Jurídico sobre la base valorativa que desee, estando tan solo supeditado a su capacidad de hacerlo en términos de eficacia, sobre la que incide la legitimación que consiga obtener y una serie de mecánicas que pueden facilitar o dificultar la obtención de la misma.

Así, pretender limitar el ámbito material del horizonte de posibilidades constituyentes para tratar de garantizar su libertad y dignidad no solo sería incoherente frente a un poder que fácticamente puede hacer lo que desee en tanto pueda hacerlo, sino que también supondría traicionar la confianza de ese mismo cuerpo social al que paternalistamente se busca proteger de sí mismo.

6. Conclusiones

De las páginas que preceden se pueden extraer las siguientes conclusiones que vienen a resumir la idea de que las limitaciones materiales al poder de reforma o al constituyente no son satisfactorias desde una óptica que nos permita concebir el Derecho de una forma clara y compatible con el principio democrático.

En primer lugar, el poder de reforma constitucional debe considerarse un poder jurídico y limitado, y no como un poder soberano, pero tan solo como una exigencia de la lógica constitucional como norma jurídico-positiva, y no como una imposición de un orden de valores intangibles. Esta limitación se reconduce así a una necesidad propia del sistema formal de Derecho para delimitar el ámbito de actuación del poder de reforma en tanto tal, y más allá del cual su actividad no será válida jurídicamente al contradecir la norma suprema del Ordenamiento Jurídico o se considerará nuevo poder constituyente cuyo fruto podrá adquirir la condición de Derecho positivo en tanto opere efectivamente.

En segundo lugar, la imposición de límites materiales al poder constituyente presupone la existencia de límites materiales ontológicos del Derecho que se justifican en una fuerza mística y que no pueden ser atravesados en ningún caso por los poderes terrenales. Por tanto, al no poder ningún poder constituyente inaugurar un sistema jurídico que los vulnere, se traducen en una limitación de la autodeterminación política de un pueblo que consideramos soberano. Adicionalmente, el sometimiento del poder secular a un orden cuasi divino que exige la obediencia a la voluntad de un Principio Ordenador, y sin la cual el poder estatal no podrá considerarse tal, acerca peligrosamente el fundamento de nuestras comunidades políticas a un modelo teocrático. Finalmente, esta perspectiva resulta en la necesidad de adoptar una serie de valores como absolutos e incontestables, lo que socava el funcionamiento democrático de los sistemas políticos.

De forma paralela, la total ausencia de consenso alguno en torno al contenido de ese hipotético orden superior, que constriñe al legislador temporal, implica la necesidad de adoptar un concepto extremadamente líquido del Derecho que lo hace inconcretable, lo que genera una alta inseguridad jurídica y un objeto de estudio para los juristas volátil e indeterminable.

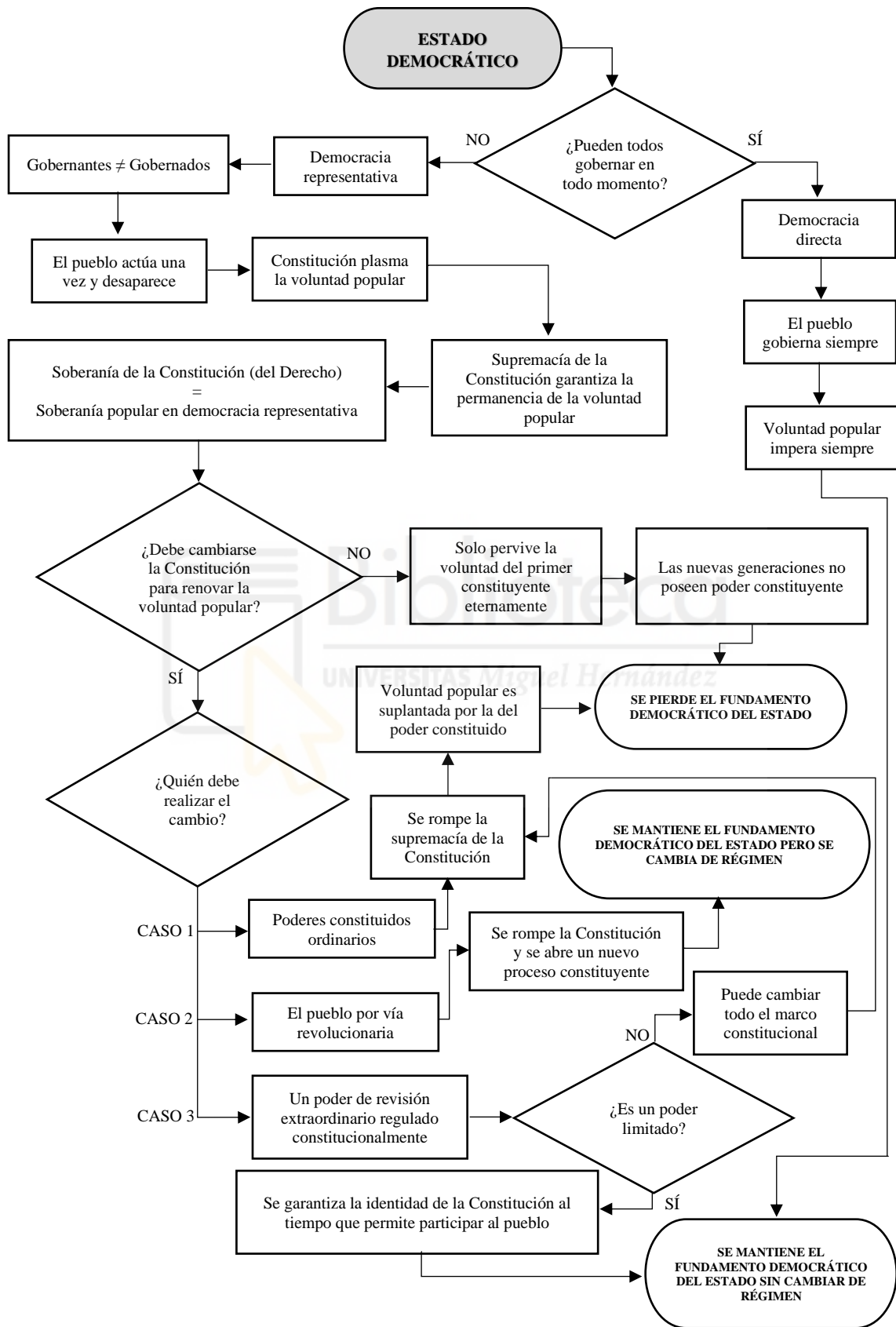
Por ello, al rechazarse la existencia de limitaciones materiales valorativas al Derecho, tan solo puede observarse que existen algunas condiciones para su existencia fáctica que derivan de su necesidad de eficacia como técnica de organización social. De esta forma, el pueblo como entidad política es el sujeto que ostenta la capacidad de crear o destruir el Estado y el Derecho por medio de la obediencia o desobediencia, y por tanto

es titular de la soberanía en términos fácticos y puede derrocar el régimen precedente sin limitación más que la resistencia del sistema jurídico-político que trata de demoler o algún otro tipo de poder de hecho como podrían ser potencias políticas extranjeras. En consecuencia, estos límites ontológicos que el Derecho desprovistos de cualquier contenido valorativo solo pueden sustraerse de los factores que producen esa eficacia y legitimación social, pudiéndose apreciar que la democracia operaría como un mecanismo que permite la mejor adaptación del Ordenamiento Jurídico al medio social para mantener su eficacia y afección ciudadana.

En definitiva, y como imagen de conjunto, debe afirmarse que los intentos surgidos tras la II Guerra Mundial por revitalizar la teoría iusnaturalista como un supuesto cinturón de seguridad frente a tendencias totalitarias y de vulneración de lo que pueda considerarse la dignidad humana no consisten sino en un intento de articular una defensa por medio de la imposición de unos límites que no solo no son realistas ni eficaces. Pues de facto, cualquier régimen puede vulnerarlos sin perder su condición de poder político; sino que también menoscaba la edificación democrática de las comunidades jurídico-políticas a las que se trata de tutelar paternalistamente.

Si realmente deseamos organizar nuestros sistemas de forma democrática, e institucionalizar la condición de hecho de que el pueblo tiene la capacidad de crear o destruir el Derecho, el prisma bajo el cual se pretende afirmar que determinados ideales están exiliados como potencial contenido de Derecho es contraproducente y, a pesar de las dificultades que pudiese conllevar, debe adoptarse y mantenerse una concepción positivista de la Ciencia Jurídica.

Anexo I: Justificación del poder de reforma como poder constituido limitado desde la perspectiva del Estado democrático de Derecho.



Fuente: elaboración propia

Referencias bibliográficas

- Adams, J. (6 de marzo de 1775) *The letters of Novanglus, no. VII*. Massachusetts Historical Society <http://www.masshist.org/publications/adams-papers/view?&id=PJA02dg5>
- Aguilera, R.-E. (2011) El poder constituyente, la legitimidad democrática y el pacto constitucional en la teoría política contemporánea. *Revista de Estudios Jurídicos*, N.º11 (pp. 33-68) <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4926623>
- Aláez, B. (2000) *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Primera edición).
- Álvarez, E. (2016) Los cambios constitucionales en R. Tur Ausina (Dir.) *Poderes públicos y privados ante la regeneración constitucional democrática* (pp. 31-59) Dykinson.
- Álvarez, E. y Tur, R. (2018) *Derecho constitucional*. Tecnos (Edición original publicada en 2011).
- Aragón, M. (2018) Artículo 1. En M.-R. Rodríguez-Piñero y M.-E. Casas (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I* (pp. 29-60). Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2018-94_1
- Aristóteles, (2007) *Política*. Gredos (Obra original escrita en el s. IV a.C.).
- Asamblea Nacional (26 de agosto de 1789) Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. En Jellinek, G. (2009), *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (pp. 123-125). Comares.
- Atria, F. (2020) Constituent Moment, Constituted Powers in Chile. *Law and Critique*, N.º31 (pp. 51-58) <https://doi.org/10.1007/s10978-020-09258-8>
- Belda, E. (2021) Los límites a la reforma constitucional ante propuestas más propias de una revolución. *Teoría y realidad constitucional*, N.º 29 (pp. 261-288) <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3962811>
- Bobbio, N. (1989) *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*. Fondo de Cultura Económica (Edición original publicada en 1985).
- Bobbio, N. (2018) *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Editorial Trotta. (Edición original publicada en 2015).
- Burke, E. (2016) *Reflexiones sobre la Revolución en Francia*. Alianza Editorial (Edición original publicada en 1790).
- Contreras, M. (1992) Sobre el Título X de la Constitución Española: de la reforma constitucional. *Revista de Derecho Político*, N.º 37 (pp. 303-317) <https://doi.org/10.5944/rdp.37.1992.8606>
- Contreras, M. (2002) Un nuevo enfoque de la reforma constitucional y sus límites materiales. *Revista española de Derecho constitucional, año n.º 22*, N.º 65 (pp. 381-386). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=267441>
- Contreras, M. y Cebrián, E. (2015) La ley para la Reforma Política. Memoria y legitimidad en los inicios de la transición española a la democracia. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, N.º 168, (pp.77-114) <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5683185>
- Cook, S. (2017) DEP Turquía, 1921-2017. *Política Exterior*, vol. 31, N.º 177 (Mayo/Junio 2017) (pp. 29-33) <https://www.jstor.org/stable/26451927>
- Cotta, S. (2014) *¿Qué es el Derecho?* Rialp (Edición original publicada en 1979).
- De Felice, F.-B. (1836) *Lecciones de Derecho natural y de gentes* (Trad. de J. de Aces y Pérez). Imprenta Nueva D. Bernardo Martín.
- De Vega, P. (1995) *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos (Edición original publicada en 1985).

- Farrell, M.-D. (2015) Carl Schmitt, Hans Kelsen y la Corte Suprema. *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, N.º2 (pp.1-39) <https://udesa.edu.ar/revista/revista-juridica-de-la-universidad-de-san-andres-nro-2/articulo/carl-schmitt-hans-kelsen-y>
- Fioravanti, M. (2007) *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Editorial Trotta (Edición original publicada en 2001).
- Fioravanti, M. (2014) *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Editorial Trotta (Edición original publicada en 2009).
- Fioravanti, M. (2016) *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Editorial Trotta (Edición original publicada en 1996).
- García de Enterría, E. (1984) Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia de la Constitución. *Revista Española de Derecho constitucional*, N.º10 (pp.11-62) <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=249929>
- García, L. et al. (2016) *Sinopsis del Artículo 169*. Congreso de los Diputados (Publicación original en 2003) <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=169&tipo=2>
- García-Atance, M.-V. (1992) La reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad. *Revista de Derecho Político*, N.º 37 (pp. 319-329) <https://doi.org/10.5944/rdp.37.1992.8607>
- García-Atance, M.-V. (2002) *Reforma y permanencia constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García-Atance, M.-V. (2017) Algunas Consideraciones Sobre La Reforma Constitucional: Garantía De Permanencia O Ruptura De Consenso. *Estudios De Deusto* Vol. 65, N.º 2 (pp. 85-118). [https://doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp85-118](https://doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp85-118)
- Hernández, R. (1993) El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional. *Revista española de Derecho constitucional*, Año n.º13, N.º 37, 143-158. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79478>
- Hervada, J. (2011) *Introducción crítica al Derecho natural*. Ediciones Universidad de Navarra S.A. (Edición original publicada en 1981).
- Hesse, K. (1992) *Escritos de Derecho constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Edición original publicada en 1982)
- Ihering, R. (1993) *La lucha por el Derecho*. Editorial Heliasta (Edición original publicada en 1872).
- Jellinek (2009) *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Comares (Edición original publicada en 1895).
- Jellinek, G. (2017) *Teoría general del Estado*. Fondo de Cultura Económica (Edición original publicada en 1899)
- Jellinek, G. (2018) *Reforma y mutación de la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Edición original publicada en 1906).
- Jiménez, J. (1980) Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución. *Revista de Derecho político*, N.º 7 (pp. 81-103) <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3265588>
- Kelsen, H. (2008) *¿Qué es la Justicia?* Ariel (Edición original publicada en 1953).
- Kelsen, H. (2011) *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Trotta. (Edición original publicada en 1934).
- Kelsen, H. (2015) *Esencia y valor de la democracia*. Coyoacán (Edición original publicada en 1920).

- Lenin, V. (1917) Decreto sobre la Paz. En E. Barbé, *Relaciones Internacionales* (pp.45-46). Tecnos.
- Loewenstein, K. (2018) *Teoría de la Constitución*. Ariel. (Edición original publicada en 1957).
- Marbury, W. (1919) The limitations upon the amending power [Los límites al poder de enmienda]. *Harvard Law Review*. Vol. 33 (No. 2), 223-235. <http://www.jstor.com/stable/1327162>
- Martín, P. (2016) Italia, de la Creación de la República a la crisis actual (1946-2014). En Navajas, C. y Iturriaga, D. (coord.) *Siglo: Actas del V Congreso Internacinoal de Historia de Nuestro Tiempo* (pp. 497-512). Universidad de la Rioja. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5669857>
- Miró-Llinares, F. (2017) La función de la pena ante el paso empírico del Derecho penal. *Revista General de Derecho Penal*, (27), 6.
- Morodo, R. (1984) *La Transición Política*. Tecnos.
- Oyarte, R. (1998) Límite y limitaciones al poder constituyente. *Revista chilena de Derecho*, Vol. 25, N.º1 (pp. 65-84) <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650093>
- Paine, T. (2008) *Derechos del hombre*. Alianza Editorial (Edición original publicada en 1791).
- Peces-Barba, G. (2003) *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. Dykinson.
- Pérez-Royo, J. (1986) La reforma de la Constitución. *Revista De Derecho Político*, N.º 22 (pp. 7-60) <https://doi.org/10.5944/rdp.22.1986.8324>
- Pfersmann, O. (2013) Reformas constitucionales inconstitucionales: una perspectiva normativista (Trad. C. Ruiz Miguel). *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 99 (pp. 17-60) <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4560794>
- Porras, A.-J. (1981) Notas sobre la teoría del poder constituyente y la experiencia española. *Revista de Estudios Políticos*, N.º24 (pp. 175-200) <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=26676>
- Rivisi, S. (1959) La Constitución turca republicana. *Revista de estudios políticos*, N.º 104 (pp. 127-156) <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2129286>
- Rousseau, J.-J. (2017) *El contrato social*. Akal (Edición original publicada en 1762).
- Ruipérez, J. (1997) Una cuestión nuclear para la teoría de derecho constitucional sobre la reforma de la Constitución y sus funciones en el estado constitucional democrático. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, N.º1* (pp. 455-498). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=194190>
- Ruipérez, J. (2012) De la reforma constitucional y sus límites materiales. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución. *Teoría y realidad constitucional*, N.º30 (pp. 89-138) <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4097785>
- Sabine, G.-H. (2015) *Historia de la Teoría Política*. Fondo de Cultura Económica (Edición original publicada en 1937).
- Sánchez, S. (2006) *Reforma, mutación y quiebra constitucionales*. II Jornadas de Derecho Constitucional sobre la reforma de la Constitución. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5768406>
- Sauquillo, J. (2018) *La reforma constitucional. Sujetos y límites del poder constituyente*. Tecnos.
- Schmitt, C. (2019) *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial (Edición original publicada en 1928).

- Sieyès, E. (2019) *¿Qué es el Tercer Estado?* Alianza Editorial (Edición original publicada en 1789).
- Tajadura, J. (2018) *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978.* Marcial Pons.

Legislación y jurisprudencia consultada

- Congreso Continental (4 de julio de 1776) Declaración Unánime de los Trece Estados Unidos de América. En Fioravanti, M. (2016) *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones* (pp.157-159).
- Constitución de la República de Italia (1947) *Gazzeta Ufficiale*, n.º 298, de 27 de diciembre de 1947 (Trad. al castellano por la Corte Constitucional de la República de Italia)
https://web.archive.org/web/20070420213816/http://www.cortecostituzionale.it/esl/testinormativi/costituzionedellarepubblica/costituzione_principii.asp
- Constitución de la República de Turquía (1982) *Resmî Gazete*, n.º 17844, de 20 de octubre de 1982 (Trad. al inglés por el Tribunal Constitucional de la República de Turquía)
<https://www.anayasa.gov.tr/en/legislation/turkish-constiution/>
- Constitución de la República Portuguesa (1976) *Diário da República*, n.º 86/1976, série I, de 10 de abril de 1976. <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>
- Constitución Española (1978) *Boletín Oficial del Estado*, núm. 31, sec. I, de 29 de diciembre de 1978, 29313-29424. [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)
- Corte Suprema de los Estados Unidos (10 de noviembre de 1919) *Abrams v. United States*, 250 U.S.616. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/>
- Corte Suprema de los Estados Unidos (24 de febrero de 1803) *Marbury v. Madison* 5 U.S. 1 Cranch 137 137. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>
- De Gouges, O. (2015) La Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana, 1791. En G. Ramírez, *La declaración de derechos de la mujer de Olympe de Gouges 1791: ¿una declaración de segunda clase?* (pp. 7-9). Cátedra UNESCO de Derechos Humanos de la UNAM. https://catedraunescohdh.unam.mx/catedra/catedra/materiales/u1_cuaderno2_trabajo.pdf
- Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política (1977) *Boletín Oficial del Estado*, núm. 4, sec. I, de 5 de enero de 1977, 170-171
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1977-165>
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949) *Bundesgesetzblatt*, n.º 1, de 23 de mayo de 1949. (Trad. al castellano por la Dieta Federal Alemana)
<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>
- Resolución 217 A (III) (1948), de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, por la que se aprueba la Declaración Universal de Derechos Humanos [https://undocs.org/es/A/RES/217\(III\)](https://undocs.org/es/A/RES/217(III))
- Resolución 2625 (XXV) (1970), de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, por la que se aprueba la Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.
[https://www.undocs.org/es/A/RES/2625\(XXV\)](https://www.undocs.org/es/A/RES/2625(XXV))
- Sentencia del Tribunal Constitucional (235/2007), de 7 de noviembre.
<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6202>