

REFORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES: UNA PERSPECTIVA NORMATIVISTA (*) (**)

OTTO PFERSMANN

I. ¿PUEDE LA CONSTITUCIÓN VIOLAR LA CONSTITUCIÓN?—II. EL MARCO TEÓRICO INICIAL: EL NORMATIVISMO POSITIVISTA: A. *Normatividad específica artificialmente organizada*. B. *Concreción dinámica*.—III. POLIMORFISMO CONSTITUCIONAL ABIERTO: A. *Formalización constitucional diversificada*. B. *El caso del polimorfismo no equivalente*.—IV. RETORNO A LAS TEORÍAS: TRATANDO CON LO «NO DICHO»: A. *Realismo jurisprudencial*. B. *Estructuralismo*. C. *Interpretativismo*: 1. *Una teoría de la interpretación no es una teoría política*. 2. *La respuesta al problema de la interpretación (esto es, el significado de las formulaciones de la norma) no viene dada por las opiniones de los tribunales*. 3. *Los significados no cambian en el tiempo*. 4. *La «interpretación» puede no ser interpretación*. 5. *La interpretación no es una teoría sobre la respuesta correcta*.—V. APLICACIONES COMPARADAS: DESDE LA EXCLUSIÓN DE INCLUSIONES IMPLÍCITAS A LAS REVOLUCIONES AUTO-EJECUTADAS: A. *Exclusión estructural*. B. *Inclusión implícita*. C. *Denegación judicial*. D. *Revolución auto-ejecutada*.—VI. CONCLUSIÓN: ELEMENTOS NORMATIVOS IMPLÍCITOS VS. CONCRECIÓN.

I. ¿PUEDE LA CONSTITUCIÓN VIOLAR LA CONSTITUCIÓN?

El 11 de octubre de 2001, el Tribunal Constitucional austríaco emitió la siguiente decisión:

(*) Título original «Unconstitutional constitutional amendments: a normativist approach», publicado en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, núm. 67 (2012), págs. 81-113. Traducción de Carlos Ruiz Miguel.

(**) (N. del T.) En el curso del texto original, a partir del epígrafe II.B se utilizan determinadas abreviaturas en el original. En esta traducción también se emplearán, convenientemente traducidas. Se trata de las siguientes:

«N»: norma, puede ser N1, N2, ...

«sp»: superioridad en el orden de producción de normas.

«ip»: inferioridad en el orden de producción de normas.

«sd»: superioridad en relación a la fuerza de derogación de las normas.

«1. El párrafo 126.^a de la Ley Federal de concesiones públicas [Bundesvergabegesetz 1997-BVergG], BGBl [Boletín Oficial Federal] I n.º 56/1997, en su redacción contenida en BGBl I n.º 125/2000, es declarado inconstitucional y anulado.

El precepto anulado no podrá ser aplicado en adelante.

2. El canciller federal queda obligado a publicar estos pronunciamientos en el Boletín Oficial I» (1).

Nada parece tan banal hoy como la anulación de un artículo de una ley por un tribunal constitucional. Las leyes de concesiones públicas pueden, ciertamente, presentar múltiples problemas de constitucionalidad. Sin embargo, los detalles pueden resultar más sorprendentes.

El precepto anulado, el artículo 126a de la Ley Federal de concesiones públicas (BVergG), reza así:

«Artículo 126.^a (artículo constitucional) Los preceptos de Derecho Estatal en vigor el 1 de enero de 2001 relativos a la organización y competencias de los órganos encargados de proporcionar garantías legales en el curso de las concesiones públicas no son inconstitucionales.»

Y ésta es la principal declaración de la resolución del Tribunal Constitucional:

«Este precepto del artículo 126 g BVergG se concibió evidentemente para que todos los preceptos de los Estados relativos al establecimiento y puesta en marcha del control de las concesiones públicas quedaran completamente exentos de cualquier impedimento proveniente del Derecho Constitucional Federal, o en otras palabras, para que la Constitución federal no se aplicara a tales preceptos. Para que así, cualquiera que fuesen los preceptos de Derecho Estatal requeridos el 1 de enero de 2001 relativos al establecimiento y puesta en marcha de instituciones de control de concesiones públicas, no pudieran ser considerados “inconstitucionales”. De esta suerte, la Constitución federal habrá perdido su función como límite del legislador del Estado.»

Parece que nos encontramos ante la primera anulación por un tribunal constitucional en un país europeo de un artículo formalmente constitucional (2). El

(1) G 12/00-17, colección oficial [Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes] VfSlg 16.327/2001.

(2) El Tribunal Constitucional checo fue el siguiente en anular un precepto constitucional, con una decisión [PI ÚS 27/09, de 10 de septiembre de 2009 (colección oficial 318/2009)] anulando la Ley constitucional núm. 195/009 acortando el mandato de la quinta legislatura de la Cámara de los Diputados. Aquí el argumento fue el siguiente: «la ley constitucional en cuestión no era de

Tribunal Constitucional Federal alemán ha aceptado en varias ocasiones revisar preceptos introducidos mediante reforma constitucional en la Ley Fundamental (3), pero sin llegar al extremo de anular una de esas normas constitucionales

naturaleza “constitucional” porque era una decisión “individual”, “específica”. El artículo 9.2 de la Constitución, de acuerdo con el cual “cualquier cambio respecto a las exigencias esenciales de un Estado democrático regido por el Estado de Derecho es inadmisibles” excluye tales tipos de leyes: «si el Tribunal Constitucional es forzado a contestar la cuestión de si el artículo 9.1 de la Constitución también autoriza al Parlamento a dictar leyes singulares bajo la forma de “leyes constitucionales” (por ejemplo, a dictar veredictos criminales contra personas específicas por acciones específicas, a dictar decisiones administrativas sobre expropiación, a acortar los mandatos de un cargo en particular de un órgano del Estado, etc.), la respuesta es ¡no!».

En ambos casos, el austríaco y el checo, la razón normativa alegada para considerar inconstitucional la reforma cuestionada fue el «Estado de Derecho». Los mecanismos, sin embargo, son muy diferentes. En el caso austríaco, el Estado de Derecho es uno de los principios, declarados por la jurisprudencia del tribunal, que sólo pueden ser modificados en una «revisión total» de la Constitución; en el caso checo, el Estado de Derecho debe regir el Estado democrático y no puede ser modificado mediante ningún procedimiento. Ambos casos conducen a varios rompecabezas. En el caso austríaco, la cuestión podría ser por qué las leyes en vigor en una determinada fecha (p. ej., el 1 de enero de 2001) deberían ser inconstitucionales sólo porque no son mencionadas explícitamente, sino porque son aludidas de forma genérica por su común fecha de validez y porque están limitadas a una determinada materia. En el caso checo, uno podría preguntarse por qué la modificación de la fecha de las elecciones mediante ley constitucional (por tanto, aprobada con una mayoría cualificada) sería contraria a los principios democráticos vigentes en un Estado de Derecho. Acortar el período de los mandatos da a los ciudadanos el derecho a elegir más a menudo, por lo que parece estar totalmente en la línea de las exigencias de la democracia. También es cuestionable si esto puede ser calificado como una ley singular, pues resulta afectada la generalidad de los ciudadanos. También podría considerarse problemático que el «Estado de Derecho» requiera que las leyes constitucionales no regulen asuntos particulares. El artículo 106.1 de la Constitución, por ejemplo, declara que el mandato de la primera cámara checa electa de los diputados concluye el 6 de junio de 1996. Evidentemente, esta previsión es tan particular como la que fue anulada y que estaba relacionada con ésta. Volveremos a enfocar los problemas estructurales de estas decisiones en la última parte de este trabajo.

(3) El Tribunal Constitucional Federal alemán modeló su doctrina en varias fases. En un primer momento, muy pronto, el TCFA reconoció «la existencia de un Derecho supra-positivo, vinculante también para el legislador constitucional, siendo competente el Tribunal para revisar el Derecho positivo con referencias a las exigencias de aquél», como que «(una) norma de la Constitución puede ser nula si infringe en una medida estrictamente inaceptable los postulados fundamentales de justicia que corresponden a la propia Constitución» (BVerfGE 1, 14, 23-X-1951). De acuerdo con este pronunciamiento podría haber una razón para revisar preceptos constitucionales por contradicción tanto con normas «supra-positivas» cuanto con normas y principios de la propia Constitución. Esta posición es ambigua. No queda claro hasta qué punto considera que puede haber normas constitucionales que podrían considerarse inconstitucionales y, por tanto, anularse. Sin embargo, dice, muy claro, que el Tribunal tiene competencia para revisar preceptos de la propia Constitución.

En una segunda fase, con su sentencia de 18 de diciembre de 1953 (BVerfGE 3, 225), el Tribunal consideró que incluso preceptos de la Constitución en su redacción originaria podrían ser inconstitucionales en casos excepcionales, si son contrarios a los principios de la Justicia, aunque

como contrarias a la cláusula de intangibilidad de su artículo 79.3. El Tribunal Constitucional italiano ha llegado a la misma conclusión que el alemán (4).

El Consejo Constitucional francés, sin embargo, ha adoptado una postura totalmente distinta. Cuando se le pidió que emitiese una resolución sobre la constitucionalidad de una reforma constitucional relativa a la organización descentralizada de la República y al respeto a la intangible forma de gobierno republicana, el Tribunal resolvió que tenía limitada su competencia para revisar las «leyes» y que el término «ley» no incluía a la «ley constitucional».

Por tanto, en varios países, en circunstancias diversas, los jueces y la doctrina se han visto enfrentados a la cuestión de si una reforma de la Constitución podría ser «inconstitucional» y, por tanto, anularse. Mientras el Consejo Constitucional francés denegó esta posibilidad, el Tribunal Constitucional Federal alemán la admitió, pero sin haber llegado aún a anular ninguna norma constitucional, mientras que los Tribunales Constitucionales austríaco y checo anularon preceptos formalmente constitucionales y el Tribunal Supremo de India incluso declaró inconstitucional una reforma constitucional que denegó la misma posibilidad de declarar inconstitucionales reformas constitucionales (5). Estos casos

no fue el caso en aquel momento en relación con un precepto que limitaba la igualdad entre hombres y mujeres.

En un tercer (y quizás el más relevante) caso en la actualidad, el Tribunal introdujo la idea de que los límites absolutos establecidos por el artículo 79.3 GG a la reforma constitucional no eran tan absolutos. En la sentencia sobre la intervención de las comunicaciones de 7 de julio de 1970 (BVerfGE 30, 1), el Tribunal establece que «el artículo 79.3 GG prohíbe el abandono total de los principios mencionados en ese artículo, pero no impide una modificación de los principios constitucionales supremos mediante una ley de reforma de la Constitución si ésta se realiza con el respeto debido al sistema de la Constitución». Tras la revisión de los artículos 10.2, inciso segundo, y 19.4, inciso cuarto, de la Ley Fundamental, el Tribunal aceptó una demanda dirigida a revisar la constitucionalidad de las reformas constitucionales y declaró que la cláusula de intangibilidad de hecho no impedía cualquier reforma de la sustancia de los principios cuya modificación se prohíbe, sino sólo aquella modificación que destruyera totalmente su propia esencia. La cláusula de intangibilidad, que limita la reforma de la Constitución, de esta forma, es considerada de un modo flexible dentro de ciertos límites, sin que el Tribunal precise en qué consistirían exactamente esos límites, salvo para indicar su competencia para establecer esos límites *ad hoc*.

(4) En su famosa sentencia 116, de 15 de diciembre de 1988, el Tribunal Constitucional italiano declaró que tenía competencia para revisar las reformas constitucionales porque, si no fuera así «habría una perversión hasta el absurdo del sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución haciéndolo defectuoso e ineficiente precisamente respecto a las normas de más valor». Sintetizando, la sentencia argumenta que los límites del poder de reforma no eran sólo los mencionados explícitamente en el texto de la Constitución (como el art. 139, relativo a la forma republicana de gobierno), sino también «los principios supremos del orden constitucional» y «los derechos inalienables de la persona humana».

(5) El Tribunal Supremo se inventó una «estructura básica» en el caso *Kesavanda Bharati* (1973 [4] SCC 225y sigs.) y de nuevo en *Minerva Mills v. Union of India* (1980 [3] SCC 625).

suscitan diversas cuestiones: conceptuales, teóricas, legales, que implican problemas relativos al análisis del Derecho positivo.

En *primer lugar*, el problema es *conceptual*: poner a la Constitución en contradicción consigo misma parece algo extraordinario y dramático, como si el sistema jurídico llegara a sus límites. ¿Cómo puede algo, que supuestamente es la norma suprema del sistema jurídico, ser contrario a algo aún superior? La misma expresión «reformas constitucionales inconstitucionales» parece una contradicción en sí misma, es decir, parece una expresión anodina con efectos mayormente retóricos y emotivos. O bien la Constitución no ha sido, de hecho, la norma suprema en la jerarquía (y, por tanto, no era realmente la Constitución) y por eso mismo estamos ante una situación distinta, o bien sí que era verdaderamente la Constitución (y, por tanto, el elemento supremo del sistema) y, en consecuencia, no podría violar otra norma porque, antes al contrario, es ella quien ha establecido los criterios a los que deben someterse las demás normas.

En *segundo lugar*, es una cuestión que debe resolver la *Teoría del Derecho*. Si existe una solución satisfactoria, uno debe averiguar qué casos engloba, de haberlos, la problemática expresión «reformas constitucionales inconstitucionales».

En *tercer lugar*, el problema es de *Derecho constitucional positivo*. Una vez que los problemas conceptuales y teóricos hayan sido resueltos, podemos identificar en concretos sistemas jurídicos esas situaciones a las que este concepto se refiere, y cómo estos casos han sido resueltos de acuerdo con las exigencias legales de tal sistema.

El problema, finalmente, es que allí donde preceptos constitucionales han sido anulados por tribunales de diferentes sistemas jurídicos, esos casos deben ser examinados. Su significado debe ser, antes que nada, aclarado. Pero después, de acuerdo con el enfoque que uno adopte sobre bases jurisprudenciales, tales decisiones pueden aparecer, o bien no sólo justificadas, sino además conformes con el Derecho, o bien susceptibles de crítica y eventualmente como actos revolucionarios. Sea como sea, estos casos se enmarcan en diferentes tendencias y parece difícil estudiarlos en el marco de una teoría coherente.

En las páginas que siguen trataré de mostrar que estos problemas pueden ser solucionados satisfactoriamente en el marco del *normativismo positivista* y que esta perspectiva teórica puede proporcionar un mejor análisis de esas situaciones que otras teorías. En primer lugar (I) resumiré rápidamente los elementos relevantes de este enfoque, después (II) trataré de mostrar que esto permite ana-

Otro ejemplo es el caso israelí Migdal (*Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village* 49 [4] P.D. 221 [1995]) a través del cual el Tribunal Supremo introdujo tanto principios constitucionales formales cuanto supraconstitucionales.

lizar las Constituciones contemporáneas como estructuras polimórficas potencialmente normalizadas. Para resolver el problema de una posible competencia de revisión de reformas constitucionales (III) trataré la cuestión de las consecuencias implícitas de una estructura jerárquica dentro de la Constitución, antes de (IV) analizar casos concretos en una perspectiva comparada.

II. EL MARCO TEÓRICO INICIAL: EL NORMATIVISMO POSITIVISTA

La cuestión conceptual suscitada inmediatamente por la misma expresión «reformas constitucionales inconstitucionales» consiste en el hecho de que parece paradójica y por ello auto-contradictoria. Pero puede ser que la contradicción sea sólo aparente, bien porque la expresión no es apropiada para aclarar el objeto referido o porque la relación entre los elementos relevantes no pertenece al ámbito de la estructura lógica conocida como «contradicción» o debido a una combinación de ambas razones. Dicho sin rodeos, el objeto referido es la existencia de dos o más normas de naturaleza «constitucional» que requieren, prohíben o autorizan actos que resulta imposible ejecutar simultáneamente (6), o en otras palabras, un *conflicto* de normas dentro de la «Constitución». Am-

(6) Dicho brevemente, compartimos el punto de vista de *Georg Henrik von Wright* relativo a la naturaleza de los conflictos de normas presentado en su trabajo «Is there a Logic of Norms?», en *Ratio Juris*, 1991, pág. 2653. Contrariamente a la opinión tradicional según la cual el Derecho es por su propia esencia racional y, por tanto, excluye la posibilidad de auténticas contradicciones entre normas (un planteamiento aún mantenido por Kelsen en la primera edición de su «Teoría pura del Derecho» [Hans KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1934), pág. 31] y en otra versión en la segunda edición [1960, pág. 211]: «Si no es posible una primera, ni una segunda, interpretación [es decir, la discreción para elegir entre una de dos exigencias contradictorias o una derogación parcial, Otto Pfersmann] el legislador prescribe algo sin significado (es decir, hay una ley sin significado para establecer una norma y, por tanto, no hay ley) y cuyo significado subjetivo pudiera ser interpretado como su significado objetivo y de esta forma no existe norma en absoluto...»). Kelsen desarrolla en su obra posterior un argumento de acuerdo con el cual no hay estrictamente relaciones lógicas entre normas, y, por tanto, las exigencias conflictuales sólo se pueden resolver, si acaso, a través de otras normas legales [Hans KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), págs. 166 y sig.]. Integrando este planteamiento, von Wright desarrolló el utilísimo concepto de «incoherencia deóntica» para el caso de que el comportamiento pretendido de al menos dos normas válidas no pueda ser ejecutado simultáneamente. Concuere con Kelsen en que tales casos son solucionables (lo que quiere decir que uno o el otro requerimiento prevalece de forma que una acción puede ser ejecutada de acuerdo con normas válidas) sólo dentro de la configuración legal relevante. Sobre este punto, véase también Otto PFERSMANN (recensión de la traducción francesa de la *Allgemeine Theorie der Normen* de Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, Presses Universitaires de France, 1996), en *Droits*, 1997, pág. 197, y Otto PFERSMANN, «Antinomies», en RIALS/ALLAND (eds.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 2003, pág. 67.

bos problemas, es decir, el de la cuestión de qué puede llamarse exactamente «Constitución» en un sistema jurídico y el de cómo pueden concebirse elementos en conflicto dentro de un único sistema jurídico, son problemas ontológicos. Una aclaración de la cuestión ontológica proporcionará una respuesta a este rompecabezas conceptual.

La aproximación genérica para tratar estos problemas será *normativista*, lo que puede también llamarse *normativismo positivista* o *interno* (7). El positivismo interno es una teoría dirigida a explicar los sistemas normativos que tienen la especificidad de que: *a)* han sido establecidos artificialmente por seres humanos, *b)* están organizados dinámicamente, *c)* son relativamente eficientes y *d)* contienen mecanismos (normativos) de coacción para el caso de que las obligaciones previamente establecidas no sean cumplidas. En este contexto, nos preocupa mayormente (A) la diferenciación de distintas clases de sistemas normativos y (B) la organización dinámica de los sistemas jurídicos.

A. *Normatividad específica artificialmente organizada*

El positivismo normativista es positivista precisamente porque considera que las normas jurídicas son objetos artificiales producidos por acciones humanas —y no por otra causa— independientemente de si tales objetos concuerdan o no con la «moral» o con otros requisitos normativos (no «legales») o con cualidades «naturales» externas a aquellas consideradas como propias del objeto de estudio. Se trata de un positivismo interno o, más específicamente, *normativista* por cuanto considera *legal* sólo aquellos objetos que son identificables como normas de acuerdo con algo que previamente ha sido considerado como una norma del sistema. El modo en el que las normas se identifican mediante normas ya existentes establece un vínculo jurídico que reúne todos los elementos en presencia en uno o más sistemas jurídicos. El problema con el que nos enfrentamos aquí se concentra mayormente en las consecuencias de esta cualidad elemental. La distinción entre sistemas legales y otros sistemas normativos

(7) La bibliografía y el debate sobre el positivismo ocupa muchas bibliotecas y no es nuestro propósito recitar tediosamente una larga historia, incluso aunque de hecho es mucho menos bien conocida de lo que se sospecha, sino simplemente exponer aquellos elementos que son relevantes para nuestro debate. Cfr. para un análisis más detallado de la ontología positivista de las normas legales Otto PFERSMANN, «Pour une typologie modale de classes de validité normative», en PETIT (ed.), *La querelle des normes. Festschrift for Georg Henrik von Wright, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, núm. 27 (1995), pág. 69; Otto PFERSMANN, «La production des normes: production normative et hiérarchie des normes», de próxima publicación en TROPER/CHAGNOLLAUD (eds.), *Traité International de droit constitutionnel*.

consiste en el hecho de que los sistemas normativos no legales ni son globalmente eficaces (pueden ser válidos, aunque nadie haya nunca respetado sus exigencias), ni incluyen un mecanismo de sanciones, organizado normativamente, para el caso de incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones declaradas en otros preceptos del sistema. Una «sanción», en el sentido aquí considerado, no es algo desagradable subjetivamente (puede serlo, o no), sino la obligación de ejercer un acto de coerción física contra un individuo que no ha cumplido con una obligación previa. No hay ningún vínculo intrínseco de causalidad entre la eficacia global y la sanción así entendida, por lo que la cuestión de si las sanciones son aplicadas eficazmente o no es algo que queda abierto, por no tratarse de un problema de naturaleza normativa (8).

La principal diferencia entre el positivismo y el no positivismo consiste en la exclusión de cualquier «norma de origen humano entendida como un objeto diseñado artificialmente». De esto se sigue que las normas pertenecientes a otras clases de sistemas normativos, cualquiera que sea su *nombre*, como la moral, los juegos, la política, las costumbres no son, *caeteris paribus*, parte de un sistema *jurídico*. Puede resultar, y por supuesto así ocurre a menudo, que las normas morales motiven al legislador, pero 1) una motivación no es una norma; 2) puede haber, y de hecho habitualmente hay, diferentes sistemas morales y el legislador elige en última instancia una posibilidad de entre muchas incompatibles; 3) una norma moral nunca es, en cuanto tal, una norma legal, pues para serlo debe ser «traducida» o convertida en una norma legal que prescriba una producción de normas (legales) de acuerdo con las técnicas específicas del Derecho; 4) incluso aunque el término «moral» pueda aparecer en el lenguaje jurídico, esto no convierte a la norma en «moral», porque la cuestión de si algo legal es moral no puede ser una cuestión legal, sino que es una cuestión moral.

De lo anterior se sigue que el positivismo normativista considera que quedan fuera del Derecho cualquier cualidad moral «intrínseca» o cualquier pretensión moral del Derecho o cualquier supuesto vínculo intrínseco entre el Derecho y la «justicia» (9). Ciertamente, en una concepción positivista, la cuestión de si

(8) La llamada teoría sancionatoria del Derecho ha dado lugar a muchos malentendidos. Hart la criticó como una forma de psicologismo incapaz de dar cuenta de la normatividad del Derecho y como una concepción represiva del Derecho, no idónea para explicar su función social. Estas críticas ciertamente son relevantes en relación con Austin, pero resultan infundadas respecto al normativismo, si dejamos de lado el hecho de que los propios argumentos dirigidos a criticar este último enfoque son ellos mismos psicologistas, como he tratado de argumentar en «Pour une typologie modale» (nota 7).

(9) La mayor parte de las objeciones al positivismo consideran esto como su principal desventaja. Pretenden que el Derecho o bien es intrínsecamente moral o al menos puede incluir la moral. De acuerdo con el positivismo normativista, la exclusión de la moral en el Derecho es, por

el Derecho es justo o si contiene una cualidad moral o cualquier otra propiedad diferente de aquellas que proporciona el sistema (es decir, el hecho de ser un conjunto de prescripciones —sistemáticamente conectadas— artificialmente establecidas por el ser humano que contienen un cierto grado de efectividad y sanción), es una cuestión totalmente abierta. La principal razón es que es imposible introducir cualquier criterio de evaluación externa en el Derecho porque lo que es externo no puede ser, al mismo tiempo, interno. Para que algo pueda ser el *objeto* de una apreciación moral, ese algo no debe ser la escala previa de valores a través del que se hará dicha apreciación. Precisamente, para permitir que el filósofo moral o político tenga la posibilidad de cumplir su tarea, el positivista considera que el «Derecho» no tiene propiedad «morales» o «justas» intrínsecas. Es bien comprensible que la gente, incluidos los juristas, quieran que el Derecho sea «justo», «pero esto no es razón suficiente para considerar algo, que sólo es un constructo humano, como justo en y por sí mismo. Para entender esto podemos hablar de dos sistemas, «X» e «Y», y definirlos por sus propiedades constitutivas para ver que las normas correspondientes al sistema «X» no son como tales, en esa circunstancia, normas del sistema «Y».

Sin embargo, el positivismo normativista no afirma, que uno deba hacer lo que el Derecho exija, porque lo que uno tenga que hacer no es algo «jurídico» en y por sí mismo, sino que es una cuestión moral y bien puede ocurrir que la obediencia al Derecho sea algo moralmente inconcebible. Lo que pretende el positivismo es que es falso alegar que el Derecho en cuanto dato positivo requiera algo por otra razón que no sea la que está establecida en las normas de Derecho positivo, y que determinar lo que sea justo o injusto es otro problema. Este otro problema, sin embargo, sólo puede ser resuelto después de que haya sido identificado el Derecho, en cuanto Derecho positivo, de acuerdo con sus propios criterios.

El principal objetivo en las concepciones anti-positivistas que no separan distintas clases de sistemas normativos consiste en dejar abiertos estos sistemas para cualquier cosa que pueda ser considerada (por la razón que sea) útil para un caso particular. De nuevo nos hallamos ante una interesante táctica utilizada

el contrario, su principal ventaja. En primer lugar, permite analizar de forma clara y neutral los sistemas normativos de distinta naturaleza y de esta forma presenta una ventaja científica (mientras que la mayor parte de los antipositivistas pretenden, por el contrario, que el conocimiento jurídico nunca es neutral y siempre está cargado de valores, una pretensión ésta mediante la que los antipositivistas tratan, de nuevo, de hacer una mezcolanza confusa de moral, política y Derecho). En segundo lugar, esta circunstancia permite, desde una perspectiva moral, adoptar una posición axiológica externa respecto al Derecho y, de esta suerte, constituye una ventaja en términos de filosofía moral. En otras palabras, de acuerdo con el positivismo, el antipositivismo es desastroso para la filosofía moral.

con el objetivo de evadirse del hecho de que los sistemas normativos son, de un modo u otro, sistemas cerrados, lo que significa que permiten (bajo específicas circunstancias) ejecutar determinadas acciones y no otras, porque de no ser así el sistema sería superfluo pues permitiría cualquier cosa. Las concepciones anti-positivistas pretenden esquivar el carácter cerrado de los sistemas «jurídicos» por razones prestadas de los sistemas «morales». La estrategia puede funcionar retóricamente, pero sigue siendo contradictoria. Porque aun cuando el Derecho sea ya «moral», quedaría nuevamente cerrado frente a otros sistemas (digamos de tipo «Z»), para los que esta pretendida solución puede aparecer «injusta», y así *ad infinitum*.

Esto es particularmente importante cuando tratamos con objetos constitucionales. Dado que las Constituciones son normalmente consideradas como el plano superior del sistema, y dado que el vocabulario usado para su redacción a menudo está tomado de las teorías éticas y morales, hay una tendencia a considerar argumentos «morales» como si fueran en y por sí mismos argumentos jurídicos. De acuerdo con el armazón teórico aquí expuesto, esto es conceptualmente imposible.

La segunda razón para hacer una estricta distinción entre diferentes clases de sistemas normativos es que los jueces, especialmente los jueces constitucionales, a menudo intentan no dejarse vincular por normas jurídicas que ellos mismos consideran abiertas en sentido «moral», «funcional», «finalista» o «interpretativo». Las razones pueden ser muy diferentes. Mientras algunos pueden intentar promover sus ideologías políticas, otros simplemente tratan de ser «justos», mientras otros piensan que la Constitución real es idéntica a sus teorías morales. El positivismo normativista alega que los argumentos judiciales que sobrepasan los límites no son legalmente válidos: el mantenerse dentro de estos límites es una condición necesaria, aunque no suficiente, para que un argumento sea jurídicamente correcto.

El positivismo normativista también excluye el «realismo jurídico», es decir, la opinión para la cual el Derecho es sólo el conjunto de decisiones efectivamente aprobadas e impuestas o un comportamiento de regularidades eficientes. Esta posición, en primer lugar, niega de hecho la normatividad del Derecho y lo identifica con un conjunto de hechos. En segundo lugar, es incapaz de especificar las propiedades constitutivas de los comportamientos o decisiones jurídicos frente a los que no lo son sin introducir un criterio normativo, que es lo que se pretende excluir. En tercer lugar, y de forma más general, utiliza conceptos prestados de enfoques normativos sobre el Derecho con la intención de describir el funcionamiento no normativo, «real», del Derecho quedando en una insuperable contradicción circular. Para nuestro propósito, esto significa que las

decisiones judiciales sobre «reformas constitucionales inconstitucionales» no demuestran nada a favor o en contra de la existencia jurídica de esas supuestas instituciones, como tampoco justifican esa tarea revisora por el mero hecho de que los jueces sean órganos establecidos por normas jurídicas, porque tales decisiones deben aplicar las normas jurídicas pertinentes y porque su aplicación no dice nada acerca de lo que se aplica, sino que sólo se refiere a sí misma, esto es, la aplicación o la que podríamos llamar concreción.

La cuestión de lo que significa un cierto acto o decisión judicial (o de otro tipo), o cualquier acto jurídico, sólo puede ser contestada una vez que se ha contestado la cuestión de qué normas instituyen el órgano judicial relevante, cuáles son sus competencias, qué normas debe aplicar. Como consecuencia de su postura empirista, el realista estima saber lo que un precepto legal significa sólo después de que un tribunal se haya pronunciado sobre la cuestión. Esto es una contradicción en sí mismo. Si algo constituye un tribunal, el Derecho debe preceder a ese órgano; y si no hay una norma que previamente establece lo que es el órgano y lo que puede hacer, entonces no existe tal órgano.

Este aspecto es importante puesto que varios autores admiten, abierta o inadvertidamente, que el juez «establece el Derecho», sin percibir que el problema consiste primeramente en identificar al juez como órgano jurídico [es decir, como dotado de competencias (10)] para después analizar si lo que el juez afirma entra dentro de sus competencias y si, en tal caso, ha concretado el Derecho tal y como lo exigen las normas pertinentes.

(10) Algunos realistas (en especial, Michel Tropper) pretenden superar la dificultad afirmando que un juez establece por sí mismo sus propias competencias al mismo tiempo que determina el Derecho al resolver el caso. Pero, ¿puede saberse que alguien que pretende tener una determinada jurisdicción tiene esa jurisdicción? El problema con tales posturas es que son mucho menos neutras sociológicamente de lo que pretenden ser. De hecho, las teorías realistas mayormente concluyen diciendo que cuando alguien que es juez de acuerdo con los criterios de un determinado conjunto de normas, pretende tener competencias que no le han sido atribuidas por las normas pertinentes, entonces este juez, a pesar de todo, tiene esas competencias porque eso es «lo que realmente ocurre». Bien podría ser que esas pretensiones se correspondan con los hechos realmente ocurridos pero esos hechos no dan validez a la teoría que sigue reposando sobre una referencia incoherente al sistema jurídico considerado normativamente, mezclado con la idea de que todo lo judicial es en sí y por sí mismo jurídico. Contrariamente a su pretensión de ser una teoría «crítica», el realismo jurídico en estos casos simplemente promueve de forma acrítica cualquier cosa que hagan los jueces. Esto puede estar muy bien, si así se declara abiertamente, o si fuera el resultado de una verdadera sociología de los juegos de poder; pero no parece tan bien cuando, por un lado, pretende afirmar lo que el *Derecho* es verdaderamente, mientras que, por otro lado y al mismo tiempo, pretende que la investigación sólo cubre fenómenos fácticos. Sobre este debate, *vid.* Otto PFERSMANN, «Contre le néo-réalisme. Pour un débat sur l'interprétation», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 50 (2002), págs. 279 y sigs., y núm. 52 (2002), págs. 789 y sigs.

B. Concreción dinámica (11)

Si esto se admite, al menos en aras del argumento, esto implica tres consecuencias importantes: el sistema jurídico *a)* es «dinámico», *b)* «se estructura de forma recurrente» y *c)* organiza sus propia modificación así como todas las relaciones entre las normas pertenecientes al sistema.

a) Un orden normativo es «dinámico» si el paso de una exigencia más general y abstracta a una más particular y concreta, requiere un particular acto normativo, mientras que el orden «estático» está dado de una vez para siempre de suerte que todas las cuestiones de particularización y concreción exigen exclusivamente un razonamiento legal. Mientras que la prohibición moral «estática» de mentir es válida en todos los casos posibles (salvo que haya una excepción incluida en una norma general), por el contrario, por muy inapropiado que parezca al caso concreto, la prohibición abstracta y general «dinámica» del asesinato no dice nada acerca de un asesinato en particular en el que el verdadero asesino pueda ser liberado mientras el falsamente acusado del hecho pueda ser condenado, o donde puede que nada ocurre porque se trate del crimen perfecto, o porque los investigadores son vagos o corruptos o el juez esté sobrecargado de trabajo, etc.

b) El carácter *recursivo* significa que las normas legales se identifican como pertenecientes a un sistema dado por otro conjunto de normas que a su vez pertenecen a ese mismo sistema. Una norma N1 que determina la validez de otra norma N2 puede ser considerada como superior en el orden de producción («sp») o como inferior en ese orden de producción («ip»). Las normas de producción determinan las *clases* de posibles normas «ip» (que a su vez pueden ser normas «sp» para otras normas «ip»), lo que también pueden denominarse como «formas» o «categorías» de normas del sistema.

c) Una vez que una proposición prescriptiva es una norma de un sistema dado, insertada en unas relaciones normativas con otras normas del sistema. En

(11) Para una evaluación de este tema, *vid.* PFERSMANN, «Production des normes» (nota 7) y Otto PFERSMANN, «Carré de Malberg et la hiérarchie des normes», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 31 (1997), págs. 481 y sigs. [hay traducción española de Carlos Ruiz Miguel, publicada en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 4 (2001), págs. 157 y sigs.], así como Otto PFERSMANN, «Hiérarchie des normes», en RIALS/ALLAND (eds.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 2003, págs. 779 y sigs. La teoría de los sistemas normativos dinámicos o «jerarquizados» se presenta a menudo de forma simplificada, minusvalorando sus elementos esenciales, esto es, la distinción entre validez y conformidad, la paradoja de la concreción y el cálculo de las deficiencias (las consecuencias legales cuando una norma es deficiente, pero válida).

relación con otra norma N2, una norma N1, que trate sobre el mismo asunto, puede ser «relativamente más fuerte», «relativamente más débil», «absolutamente más fuerte» o «absolutamente más débil». Una norma N2 es relativamente más fuerte que N1 si, *en un principio* prevalece sobre N1; es absolutamente más fuerte si finalmente prevalece frente a N1, incluso si hubiera sido relativamente más débil en un primer momento. N2 puede resultar, por tanto, «relativamente más débil» pero ser luego «absolutamente más fuerte» que N1, si existen procedimientos jurídicamente organizados, esto es, si la estructura provisional primera puede ser invertida.

De lo anterior se sigue que los sistemas dinámicos habitualmente establecen una diferencia, más o menos elaborada, entre *validez* y *conformidad*. Mientras que todas las normas del sistema (es decir, aquellos actos que han sido producidos de acuerdo con las normas reguladoras de la producción de normas) se presumen válidas (12), puede suceder que contengan alguna deficiencia, esto es, alguna cualidad que es condición para que otro órgano pueda anular, modificar o inaplicar tal norma por respeto a las exigencias de otra norma que debe prevalecer o que se considera de «rango superior en relación a su fuerza derogatoria» («sd», que es algo propio de lo que es absolutamente más fuerte). La derogación significa que el Derecho especifica qué forma prevalece sobre otra forma, bajo qué circunstancias legales y con qué consecuencias jurídicas.

Si hay relaciones entre normas, estas relaciones afectan bien a la validez o bien a la derogación, es decir, estas relaciones son normativas y, por ello, consisten o en declarar que algo es una norma o que algo, que es una norma, debe ello mismo obedecer ciertas exigencias. Todas las relaciones entre normas entendidas de este específico modo son relaciones *jerárquicas*.

d) Qué norma prevalezca frente a otro y de qué manera es una cuestión de Derecho positivo. Un sistema jurídico podría estar organizado teóricamente de tal modo que todas las normas «sp» siempre prevalezcan sobre las normas «ip». Esto significaría que el sistema permanece parcialmente estático. Pero

(12) Cuando una disposición constitucional establece que algún acto jurídico que tiene con ciertas deficiencias no es «válido», generalmente no significa tanto que no sea válido, cuanto que puede ser privado de su validez por la jurisdicción competente. Un caso típico lo encontramos en la Constitución de Japón, que en su artículo 98 dice: «Esta Constitución será la norma suprema de la nación y ninguna ley, reglamento, decreto imperial u otro acto de gobierno, o parte del mismo, que resulte contrario a aquélla tendrá vigencia o validez». Se trata de un precepto que parece privar directamente de existencia jurídica a los actos inconstitucionales, sin embargo, el artículo 81 de la misma Constitución atribuye al Tribunal Supremo la competencia «... para determinar la constitucionalidad de cualquier ley, reglamento, decreto o acto oficial», lo que implica que, al contrario de lo que se suponía, la existencia de actos inconstitucionales, pues de no existir no podrían ser revisados.

esto sólo se puede lograr hasta cierto punto, pues de otro modo, el sistema relaja su carácter dinámico y colapsa convertido en un sistema estático. De ahí que la prevalencia de las normas «sp» sobre las normas «ip», incluso si existe, siempre requiere algún mecanismo de concreción y particularización que, en consecuencia, nunca es enteramente estático. Así, decir que una norma N1 «sp» prevalece siempre sobre N2 «ip» significa que un órgano «O» está encargado de hacer que N1 prevalezca mediante la aprobación de una norma N3 que resuelve el caso concreto para el que ambas normas en conflicto (N1 y N2) resultaban en principio aplicables. Pero, de nuevo, constatamos que N3 no tiene relación *lógica* ni con N1 ni con N2, y puede ser claramente deficiente en cuanto a la exigencia de prevalencia de N1 «sp» y, no obstante, tratarse de una norma válida.

Por otro lado, siempre hay un límite estático a la deficiencia; la cuestión de si una norma es o no es válida no puede ser decidida en última instancia por una norma producida a este efecto. Puede ocurrir que la afirmación «La norma Nx es válida», aparentando la formulación de una norma válida, sea sólo un acto jurídico deficiente o jurídicamente nulo. Para atribuir a tal afirmación validez jurídica se requeriría de nuevo otro acto, y así *ad infinitum*. En última instancia, la cuestión de si algo es, o no, una norma válida resulta una cuestión de conocimiento jurídico y no algo que pueda ser resuelto mediante normas.

De lo anterior se deriva que las relaciones «sd» son, en primer lugar, opuestas a las relaciones «sp». E incluso si una norma N1 «sp» prevalece absolutamente sobre una norma N2 «ip» y presenta así una prevalencia «sd» en última instancia, esta relación «sd» existe sólo mediante otra norma N3 que de nuevo podría resultar deficiente y por ello hacer que N2 (o una eventual N4) prevalezca sobre N1.

e) Si no hay normas que especifiquen las consecuencias de una eventual deficiencia, entonces una norma válida no tiene ninguna deficiencia en el sentido de que pueda ser anulada, corregida o inaplicada. Se sigue de ello que el caso relativamente más concreto será resuelto por una norma «ip», incluso si contradice abiertamente una norma «sp». Este mecanismo estructural puede ser denominado «la paradoja de la concreción» en la medida en que opera contra la idea corriente de que todo lo que es superior prevalece sobre todo lo que es inferior, donde los términos «superior» e «inferior» no tienen un significado preciso y objetivo. Una modificación del mecanismo estructural requiere una estructura normativa específica.

De lo anterior se deriva que una norma deficiente puede ser sólo corregida por otra norma, pero esa otra norma puede también resultar deficiente. Esto nos lleva a una regresión o a una recursividad inversa. Dado que el sistema es finito, se presume que hay una deficiencia estructural de conformidad.

f) La «producción de normas» se refiere a las condiciones de validez (esto es, la pertenencia a un sistema dado). Pero puede ser que un conjunto de normas simplemente afirme que determinadas prescripciones no se producirán o que algunas normas ya existentes no se modificarán. Tales estructuras plantean varias cuestiones. En primer lugar, el problema puede ser cómo tales prohibiciones de modificar pueden haber tenido existencia legal por sí mismas. Si son parte de un conjunto establecido originalmente, existen porque todo el conjunto originalmente establecido se supone que existe. Si fueron introducidas más tarde, la cuestión es si tal prohibición es legalmente posible. Y es, bajo idénticas circunstancias, legalmente posible que ninguna norma «sd» lo prohíba. El segundo problema afecta a las consecuencias jurídicas de tales prohibiciones. Hay tres posibilidades; 1) o bien no hay consecuencias, o 2) todo lo que contradiga la prohibición carece de validez, o 3) hay procedimientos para anular, corregir o desaplicar los actos que violan la prohibición. El problema subsecuente será saber cuál de estas variedades se aplica al caso concreto. Sea cual sea la respuesta, las normas que excluyen la producción de normas en ciertos ámbitos no son más que restricciones a las condiciones de producción de normas y la cuestión es si tales restricciones están legalmente organizadas.

El principal problema estructural de todos los sistemas jurídicos positivos es, en consecuencia, el siguiente: una relación de *superioridad en la producción de normas* entre dos clases de normas dadas (N1 y N2) ¿implica *superioridad en fuerza derogatoria*? Hay que insistir que esto no es una cuestión teórica sino una cuestión de Derecho positivo. No es una cuestión teórica porque depende del modo en que las relaciones derogatorias se organizan en un sistema dado y tales relaciones puedan ser establecidas en multitud de modos diversos. El único aspecto teórico es que no hay aspecto teórico alguno.

Los sistemas jurídicos puedan estar conectados; si están conectados, lo están mediante normas jurídicas. Aquellos sistemas jurídicos que son usualmente llamados «Estados» están vinculados mediante normas jurídicas habitualmente llamadas «Derecho Internacional Público» (DIP). Este Derecho es también un sistema jurídico. Por tanto, hay relaciones jerárquicas entre el DIP y los Estados porque entre las normas sólo hay relaciones jerárquicas. Pueden ser más fuertes o más débiles. Son débiles si el DIP impone obligaciones sólo a los Estados como tales. Se convierten en fuertes si, y en la medida en que, las normas del DIP son dotadas de fuerza derogatoria frente a las normas del Estado. Para el presente propósito, adoptamos una perspectiva interna estricta, esto es, el problema de las «reformas constitucionales inconstitucionales» se tratará dejando

de lado el impacto de las normas supranacionales sobre la Constitución nacional.

III. POLIMORFISMO CONSTITUCIONAL ABIERTO

Un sistema jurídico es un sistema de normas organizado jerárquicamente en el sentido específico apuntado antes. En nuestra aproximación al problema, el próximo paso es la presentación del concepto teórico de *Constitución*. Habitualmente, las Constituciones se identifican según criterios subjetivos, poco fiables, como el de los «criterios jurídicos más importantes» o el «sistema de gobierno» o los «derechos fundamentales» o el criterio un poco más técnico de «lo que se aprueba de acuerdo a un procedimiento específico». El problema con estas aceptables definiciones intuitivas es que hacen referencia a ideas extra-legales y, por ello, subjetivas. Si la «Constitución» es lo que es jurídicamente más importante, entonces debe ser identificada con lo que el propio sistema jurídico considera importante y la importancia de las estructuras de los sistemas jurídicos de acuerdo con su propia dinámica, esto es jerárquicamente. De ello se sigue que la *importancia jurídica* es siempre algo estructurado y algo que en su tarea estructuradora abarca tantos planos cuantos existan para ofrecer producción o derogación de normas. Identificar la Constitución como un conjunto de estructuras formales conduce rápidamente a la idea de que (A) tales estructuras poseen una rara homogeneidad; (B) pero una vez que la Constitución se halla formalmente diversificada, debemos indagar la naturaleza de las jerarquías intra-constitucionales.

A. *Formalización constitucional diversificada*

En sentido *material*, la Constitución de un sistema jurídico es un conjunto de normas que organiza la producción y modificación de normas. En sentido *formal*, la Constitución es la clase de norma aprobada según un procedimiento más exigente que el requerido para la legislación primaria si, por legislación «primaria» entendemos la forma mediante la que se producen habitualmente las normas generales y abstractas.

La existencia de una Constitución formal requiere un sistema jurídico relativamente estructurado formalmente y la existencia de una categoría formalizada de «leyes». Si la producción de un elemento de una categoría jurídica requiere más condiciones que la producción de leyes, entonces estamos ante una Constitución formal.

La Constitución formal existe, como la legislación, independientemente de los nombres que eventualmente pueda tener (13) e independientemente del contenido que pueda eventualmente tener. La Constitución formal y la material generalmente se solapan, pero raramente coinciden enteramente.

La formalización de la Constitución permite una reestructuración y un fortalecimiento de las jerarquías jurídicas, esto es, hace que sea una exigencia legal que ciertos asuntos sean regulados, y, por tanto, modificados, sólo mediante el procedimiento de aprobación de instrumentos constitucionales. Puede haber posiblemente elementos adicionales, pero en un primer momento la formalización es siempre la formalización de un determinado asunto.

La doctrina tradicional habitualmente se enfrenta a dos dificultades al conceptualizar la Constitución formal su definición estrictamente formal y, por ello, su relatividad.

La doctrina jurídica a menudo no es muy clara en lo relativo al significado de la formalización constitucional. La formalización significa apertura sustantiva. Para el constitucionalista es difícil admitir que ciertas cosas, que él piensa que son constitucionales por su sustancia, puedan no estar en la Constitución con mayúscula, o que ciertas cosas que no debieran estar integradas en ese documento estén presentes en él. En otras palabras, la mayor parte de las teorías constitucionales son teorías sobre el pretendido contenido necesario de la Constitución formal. Sin embargo, se trata de algo absolutamente contingente y una cuestión de Derecho positivo. La única sustancia necesaria del Derecho Constitucional formal es la sustancia que el Derecho constitucional formal somete a sus procedimientos.

La segunda falla en la argumentación está relacionada con la primera. En la doctrina tradicional, la Constitución con mayúscula se concibe como un cuerpo unitario de normas (o criterios jurídicos, o «principios» o del tipo que sea). A veces incluso niega la posibilidad de que la Constitución pueda figurar en textos separados y diferentes (14).

(13) Por supuesto puede ocurrir que el Derecho Constitucional formal requiera normas constitucionales formales para ser explícitamente cualificado de «Constitucional», como en Austria (art. 44.1 de la Constitución).

(14) Un famoso ejemplo de estas concepciones es la teoría constitucional de Carl Schmitt, que calificaba a las normas que contradecían a la Constitución, aunque hubieran sido aprobadas como preceptos constitucionales, como «rupturas constitucionales» (*Verfassungsdurchbrechungen*) [Carl SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), págs. 99 y sigs.]. Estas consideraciones puramente ideológicas han tenido un profundo impacto en los fundadores de la República de Bonn: la nueva Constitución alemana prohíbe las reformas constitucionales fuera del texto de la *Grundgesetz* (art. 79.1).

Pero, de nuevo, nos encontramos ante una cuestión de Derecho positivo enteramente abierta. La unidad o la multiplicidad puede ser textual o formal. A la unidad formal la llamaremos *monomórfica*, y a la diversidad formal *polimórfica*. Una Constitución es *monomórfica* si sólo hay una, y sólo una, forma supralegislativa; y *polimórfica* si hay más de una forma supralegislativa.

La unidad textual no es una unidad formal, excepto si la Constitución así lo exige. La ausencia de unidad textual puede conducir a problemas en la identificación y la interpretación, dado que incluso las Constituciones históricas aparecen como una colección de elementos textuales dispersos, declaraciones, preámbulos, referencias a otros datos jurídicos. La Constitución norteamericana está compuesta por el texto intacto de la Constitución federal y el texto de varias enmiendas de suerte que el lector debe analizar cómo el contenido normativo de los nuevos preceptos (las enmiendas) deja a un lado el contenido normativo de los elementos textuales aún existentes de la Constitución original. La Constitución francesa está compuesta de textos de status simbólico muy diferente (la Declaración de 1789, el Preámbulo de 1946, los principios fundamentales de la legislación republicana, el texto «Constitución de 4 de octubre de 1958», etc.). Pero en ambos casos, la diferencia de forma no radica en la enumeración de textos, que es jurídicamente irrelevante, sino que consiste en el modo de producción de esos textos.

Si la Constitución formal es el conjunto de las normas de producción, se requiere un procedimiento que pase por encima de las exigencias de la legislación ordinaria, pues todo lo que deba ser producido de ese modo corresponde a esa categoría. Si hay varios procedimientos en el nivel supra-legislativo, entonces hay tantas formas constitucionales cuantos procedimientos supra-legislativos de producción de normas.

Sin embargo, la «producción de normas» debe ser entendida como el establecimiento de las condiciones para que las declaraciones prescriptivas sean válidas normas del sistema. Las condiciones pueden ser positivas o negativas. Si son negativas, excluyen que las declaraciones prescriptivas se conviertan en normas.

Por supuesto se puede afinar la definición para que «constitución» sólo signifique las más altas normas «sp» de entre todas las formas supra-legislativas. Por supuesto esto es perfectamente posible. La consecuencia es, sin embargo, en primer lugar, que si uno restringe el ámbito de la «constitución» al plano superior «sp» del sistema jurídico, entonces bien puede ocurrir que ésta consista sólo de un elemento. En segundo lugar, si hay diferentes formas supra-legislativas «sp», queda pendiente la tarea de conceptualizarlas. En tercer lugar, esto no cambia nada de lo relativo al problema aquí tratado, porque nuestro problema

es precisamente, como brevemente expodré, la relación entre normas supra-legislativas.

Lo que llamaré como la *concepción polimórfica* abierta del Derecho constitucional formal afirma que el que haya una o varias formas supra-legislativas es una cuestión de Derecho positivo. Si sólo hay una forma supra-legislativa, positiva o negativa, cada norma supra-legislativa se presume formalmente constitucional y válida. En tal caso, la inconstitucionalidad puede posiblemente afectar sólo a las normas legislativas y sublegislativas. El monomorfismo constitucional (o su equivalente polimorfismo) excluye cualquier hipótesis de eventuales «reformas constitucionales inconstitucionales».

B. *El caso del polimorfismo no equivalente*

El polimorfismo puede ser equivalente o no equivalente. Existe un *poliformismo equivalente* cuando la revisión de la Constitución abre caminos alternativos de status equivalente. Un caso típico lo encontramos en el artículo V de la Constitución norteamericana, según la cual «el Congreso, cuando dos tercios de ambas Cámaras lo estimen necesario, propondrá reformas a esta Constitución o, a iniciativa de los parlamentos de dos tercios de los Estados, convocará una Convención para proponer reformas que, sea cual sea el caso, serán válidas para todos los efectos, como parte de esta Constitución cuando sean ratificadas por los parlamentos de tres cuartas partes de los Estados o por tres cuartas partes de la Convención convocada al efecto, ya se proponga por el Congreso uno u otro modo de ratificación». La propuesta de reforma por el Congreso es equivalente a la iniciativa de dos tercios de los Estados, y la ratificación de la reforma por ese número de Estados es equivalente a la que haga una Convención convocada al efecto. En Francia e Italia hay formas equivalentes de ratificación de las reformas constitucionales: mediante decisión del Parlamento o por referéndum.

El caso más interesante es el del *polimorfismo no equivalente*. Este modelo puede ser abierto (o positivo) o cerrado (y negativo).

El *polimorfismo abierto no equivalente* parece haberse desarrollado primeramente en Suiza, donde la Constitución distingue entre reforma total o parcial (15).

(15) *Vid.* artículos 138-140 de la Constitución suiza de 1875, convertidos en los artículos 192-195 de la actual Constitución de 1999. La principal diferencia entre ambas es la adición de la exigencia de respetar el *ius cogens*.

Este modelo ha sido adoptado en Austria (16) y en España (17). Todo puede ser reformado, pero no del mismo modo.

Cuando el polimorfismo no equivalente es negativo, ciertas cosas pueden ser modificadas, pero no otras. Este modelo parece haber sido introducido por primera vez en los Estados Unidos (art. V): «reformas que, sea cual sea el caso, serán válidas para todos los efectos, [...] siempre y cuando [...] ningún Estado, sin su consentimiento, pueda ser privado de su voto igual en el Senado». Desde entonces, este método ha sido aprobado en Francia en 1884 (18) para impedir el retorno de la monarquía y fue desarrollada, de forma que se hizo famosa, por Alemania para santificar los principios de los derechos fundamentales, la democracia representativa y el federalismo (19). A Francia

(16) *Vid.* artículos 44-46 de la Ley Constitucional Federal [B-VG]:

«Artículo. 44 (1) Las leyes constitucionales o los preceptos constitucionales contenidos en leyes ordinarias pueden ser aprobadas por el Consejo Nacional sólo con la presencia de al menos la mitad de los miembros y de una mayoría de dos tercios de los votos emitidos; deberán ser especificadas expresamente como tales (“ley constitucional”, “precepto constitucional”).

(2) Las leyes o preceptos constitucionales contenidos en leyes ordinarias restringiendo las competencias legislativas o ejecutivas de los Länder requieren la aprobación adicional del Consejo Federal, que debe ser hecha con la presencia de al menos la mitad de sus miembros y con una mayoría de dos tercios de los votos emitidos.

(3) Cualquier revisión total de la Constitución Federal será, después de concluirse el procedimiento del artículo 42 *supra*, y antes de su promulgación por el Presidente Federal, sometida a referéndum de los ciudadanos federales, si bien una revisión parcial sólo requerirá este referéndum cuando un tercio de los miembros, ya sea del Consejo Nacional o ya sea del Consejo Federal, así lo pida.

Artículo. 45 (1) La aprobación por referéndum requiere la mayoría absoluta de los votos válidamente emitidos.

(2) El resultado del referéndum será publicado oficialmente.

El Polimorfismo se extiende también a otros preceptos, contenidas en el artículo 35.4 B-VG relativo a la modificación de las competencias de los Länder:

(4) Los preceptos de los artículos 34 y 35 sólo pueden ser reformados —además de con la mayoría de votos requerida en general para la adopción de una resolución ahí referida— si en el Consejo Federal aprueban la reforma la mayoría de los representantes de al menos cuatro Länder.»

Los casos austríaco y alemán están tratados en Otto PFERSMANN, «La revision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne: théorie, pratique et limites», en FAVOREU/PFERSMANN (eds.), *La Révision de la Constitution*, 2003, págs. 7 y sigs.

(17) *Vid.* artículos 166-169 de la Constitución Española.

(18) Ley de 14 de agosto de 1884, de reforma de las leyes constitucionales.

Artículo 2: el párrafo 3 del artículo 8 de la ley de 25 de febrero de 1875 se completa como sigue: «La forma republicana de gobierno no puede ser objeto de revisión.» Dicho precepto permanece en el artículo 89.5 de la Constitución de 1958.

(19) Artículo 79.3: «No serán admisibles las reformas de esta Ley Fundamental que afecten a la división de la federación en Länder, al principio de su participación en el procedimiento legislativo o los principios establecidos en los artículos 1 y 20.»

siguió luego Italia (20) y Portugal parece haber asumido la concepción alemana (21).

El polimorfismo supra-legislativo no equivalente es, por tanto, una diferenciación jerárquica dentro del Derecho Constitucional formal, considerado globalmente. Si uno puede atribuir algún significado a la expresión, por otra parte contradictoria, «reformas constitucionales inconstitucionales», sería la de referirla al caso de un conflicto entre normas formalmente constitucionales de distinto rango «s» (de superioridad) con eventuales consecuencias en su correspondiente rango «d» (derogatorio).

El polimorfismo, así considerado, y donde exista, es una diferenciación en el modo de producción de normas supra-legislativas o en la prohibición de modificar tales normas. La cuestión esencial es si, y en qué medida, eventualmente es aplicable a la derogación o si el polimorfismo en la producción es también un polimorfismo en la derogación. Este es el caso, si, y sólo si, la no conformidad de normas supra-legislativas «ip» respecto a normas supra-legislativas «sp» es la condición para la anulación, corrección o inaplicación de aquellas por el órgano judicial.

Éste es un problema de Derecho Constitucional positivo, o dicho en otras palabras, no existe una tal relación en y por sí misma, existe si y sólo si una norma

(20) *Vid.* artículo 139 de la Constitución italiana: «La forma republicana no puede ser objeto de reforma de la Constitución.»

(21) *Vid.* artículo 288 de la Constitución portuguesa:

«Límites materiales de la reforma.

Las leyes de reforma constitucional deberán respetar:

- a) La independencia nacional y la unidad del Estado.
- b) La forma republicana de gobierno.
- c) La separación de las Iglesias del Estado.
- d) Los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos.
- e) Los derechos de los trabajadores, de las comisiones de trabajadores y de las asociaciones sindicales.
- f) La coexistencia del sector público, del sector privado y del sector cooperativo y social de propiedad de los medios de producción.
- g) La existencia de planes económicos en el ámbito de una economía mixta.
- h) El sufragio universal, directo, secreto y periódico en la designación de los titulares electivos de los órganos de soberanía, de las regiones autónomas y del poder local, así como el sistema de representación proporcional.
- i) El pluralismo de expresión y organización política, incluyendo partidos políticos, y el derecho de oposición democrática.
- j) La separación y la interdependencia de los órganos de soberanía.
- l) La fiscalización de la constitucionalidad por acción o por omisión de normas jurídicas.
- m) La independencia de los tribunales.
- n) La autonomía de las entidades locales.
- o) La autonomía político-administrativa de los archipiélagos de las Açores y de Madeira.»

«sp» organiza de ese modo las consecuencias de una deficiencia. Si éste es o no es el caso es una cuestión abierta y es difícil contestarla por la doctrina jurídica. Puede haber disposiciones explícitas. Pero, allí donde existen, se dedican a limitar, más que a abrir, esas posibles competencias. La cuestión entonces es si uno puede decir algo acerca de la presencia o ausencia de consecuencias derogatorias si no hay preceptos explícitos sobre este asunto en el derecho positivo.

La Constitución chilena afirma, en su artículo 82.2 que el Tribunal puede «... resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos... de reforma constitucional... sometidos a la aprobación del Congreso». Esto parece permitir una revisión basada en motivos procesales, pero parece excluirla si está basada en motivos sustantivos. De acuerdo con el artículo 146 de la Constitución rumana, el Tribunal Constitucional decide «*ex officio* sobre las iniciativas dirigidas a la reforma de la Constitución» (22). La Constitución india, en su artículo 368, realiza la famosa afirmación de que «(4) ninguna reforma de esta Constitución (incluyendo los preceptos de la parte III) realizada o con la intención de ser hecha bajo este precepto (ya sea antes o después del inicio del artículo 55 de la Constitución [Ley 42 de reforma constitucional, de 1976] podrá ser cuestionada en ningún tribunal por ningún motivo. (5) Para despejar las dudas, queda aquí declarado que al amparo de este artículo no habrá limitación alguna sobre el poder constituyente del Parlamento para reformar, mediante adición, modificación o supresión, los preceptos de esta Constitución» (23).

Este precepto excluye claramente que el polimorfismo tenga cualquier efecto derogatorio.

El sistema portugués puede ser un ejemplo de polimorfismo no equivalente con consecuencias derogatorias muy ambiguas. Bajo la rúbrica «Inconstitucionalidad por acción», el artículo 277 afirma que «1. Son inconstitucionales las normas que infrinjan lo dispuesto en la Constitución o en los principios en ella consignados. 2. La inconstitucionalidad orgánica o formal de los tratados internacionales debidamente ratificados no impide la aplicación de sus normas en el ordenamiento jurídico portugués desde que tales normas sean aplicadas en el ordenamiento jurídico de otro Estado parte, salvo que la inconstitucionalidad resulte de la violación de una disposición fundamental». ¿Alude el término

(22) El Tribunal Constitucional anuló (en su decisión de 148, de 16 de abril de 2003) ciertos preceptos de la proposición de reforma de la Constitución como contrarios a la limitación de la competencia para modificar la Constitución de acuerdo con el artículo 148.2. En una decisión ulterior (la 686, de 30 de septiembre de 2003), el Tribunal afirma que su competencia queda limitada a un control *a priori*.

(23) Sin embargo, el Tribunal Supremo se ha inventado una «estructura básica» en el caso *Kesavananda Bharati* (nota 5) y ulteriormente en *Minerva Mills Ltd. V Union of India* (nota 5).

«normas» también a las normas *constitucionales*? Si es así, cualquier precepto de la Constitución podría ser anulado si es contrario a otro precepto constitucional. Esto llevaría a consecuencias eventualmente sorprendentes, por no decir absurdas y por ello parece que el término «normas» se refiere sólo a cualquier norma no formalmente constitucional. Por ello, las consecuencias del polimorfismo no están detalladas explícitamente.

Naturalmente, podría ser también que las consecuencias derogatorias explícitas (o la ausencia explícita de tales consecuencias, como en el caso de India) pudieran ser conectadas con otros elementos normativos *en el sistema* que finalmente conduzcan a la conclusión exactamente opuesta.

Para que la cuestión sea relevante, deben por ello reunirse tres condiciones:

1. Polimorfismo constitucional.
2. Jurisdicción constitucional.
3. Ausencia de polimorfismo derogatorio explícito (esto es, de preceptos que suponen efectos derogatorios).

En este punto de nuestro trabajo, un análisis del polimorfismo depende de medios teóricos que ayuden a explicar cómo entender tales caos de indeterminación estructural.

IV. RETORNO A LA TEORÍA: TRATANDO CON LO «NO DICHO»

Las reformas inconstitucionales pueden ser reubicadas como problemas específicos relativos a la ausencia de consecuencias jurídicas establecidas de la diferenciación estructural en un sistema jurídico. Nuevamente nos hallamos ante un problema de Teoría del Derecho. Tres grupos de teorías tratan de la indeterminación de la estructura jurídica: (A) realismo jurisprudencial, (B) estructuralismo jurídico, (C) interpretativismo.

A. *Realismo jurisprudencial*

El realismo jurídico afirma que los problemas jurídicos son problemas empíricos. Si el realismo jurídico admite elementos normativos no simplemente como algo aludido, sino como objetos identificables susceptibles de conocimiento doctrinal, si no científico, entonces no es verdadero realismo, sino que podrá ser entonces una mezcla incoherente de normativismo y empirismo. Naturalmente éste no es el lugar para una discusión en profundidad sobre el

realismo jurídico (24), pero dado que esta teoría pretende resolver la cuestión, debemos brevemente declarar por qué y cómo esto no puede ser así: (1) esta teoría constituye una petición de principio y (2) contrariamente a sus premisas, determina sus objetos según la cualidad orgánica y se basa en (3) la generalidad y (4) veracidad de declaraciones normativas.

En relación a la cuestión de las reformas constitucionales inconstitucionales, el realismo puede tener una respuesta sencilla. Si los tribunales declaran que las reformas constitucionales son inconstitucionales, entonces jurídicamente existe el control de las reformas constitucionales, y si los tribunales dicen lo contrario, entonces es que dicho control no existe.

1. Esa postura es problemática. No demuestra lo que pretende mostrar, y es lógicamente incoherente en sus propios términos porque el realismo pretende que el Derecho es lo efectivamente resuelto, cuando la cuestión es, precisamente, y de acuerdo con su propia concepción, determinar lo que efectivamente ha sido decidido.

Incluso en términos realistas, esto no se sostiene. Pues si los tribunales dicen una cosa o la otra, esto no prueba nada, en términos empíricos, excepto el simple hecho de que DICEN una cosa o la otra. Pero decir algo no prueba nada acerca de lo que estás diciendo. Siendo interesante, la postura de un tribunal debe ser considerada no como un hecho empírico (concretamente, el hecho de la exteriorización de cierto número de sentencias), sino como normativamente epistémico, esto es, como algo que fija lo que pretende decir porque pretende resolver una cuestión. Pero esto no es realismo, esto requiere la premisa de que los tribunales tengan competencia o al menos competencia constitucional de segundo orden y éste fue precisamente el punto que la teoría debería haber demostrado en primer lugar. Por ello, estamos ante una petición de principio.

2. En segundo lugar, el argumento reposa en la idea de que los tribunales son TRIBUNALES, es decir, órganos que resuelven casos jurídicos, y no simples grupos de gánsters o de guerreros actuando en un juego de poder. Esto presupone que los tribunales están establecidos como órganos y esto, a su vez, presupone una estructura normativa ante la cual se puede contrastar lo que los tribunales están haciendo. Pero si lo que los tribunales están haciendo se puede contrastar frente a algo normativo, entonces no nos hallamos ante un dato estrictamente realista. El argumento, por ello, resulta incompleto o lógicamente incoherente.

3. El principal argumento a favor del realismo jurídico se extrae de la indeterminación de los preceptos jurídicos generales, que dejan el camino a un

(24) Para un detallado balance del estado de la cuestión, *vid.* PFERSMANN, «Contre le néo-réalisme» (nota 10).

resultado indeterminado, mientras que, de acuerdo con esta teoría, las decisiones están determinadas. Pero precisamente a menudo esto en sí mismo es muy cuestionable. De hecho, el realismo es mucho menos interesante para el caso real que las razones dadas para la decisión. Y considera estas razones como el resultado jurídico. Sin embargo, bien podría suceder que las opiniones sean difícilmente determinadas o comprensibles. Y tomar las opiniones como «Derecho» significa, nuevamente, aceptarlas como una formulación de algo normativo. Dado que lo interesante, hablando en términos jurídicos, no es obviamente el destino de un particular conjunto de personas, sino el destino general de una cuestión normativa, el caso no es un caso singular, sino una técnica dirigida a establecer *cuestiones generales* mediante resoluciones particulares. Por ello, nuevamente, si esto es cierto, entonces la premisa del realismo no puede ser lógicamente relevante porque su premisa fue que las normas generales no dicen nada acerca de los casos particulares reales.

4. El realismo generalmente admite que los tribunales siempre tienen razón, significando que lo que ellos dicen resuelve el caso y no puede ser cuestionado, mientras que las opiniones doctrinales pueden ser rechazadas por esas resoluciones. Esto supone que resolver un caso sobre una cuestión particular es equivalente a llegar a un arreglo sobre las diferentes razones para llegar a un resultado particular. Pero, en primer lugar, puede ser que el resultado no encaje con las razones dadas y, en segundo lugar, que el acierto o desacierto de las razones sea una cuestión independiente y abierta sobre la que los tribunales no tienen una posición privilegiada, porque contrariamente al poder jurídico de decidir, el razonamiento jurídico simplemente no puede ser atribuido mediante normas de competencia. Y si ello fuera posible —que no lo es— de nuevo nos hallaríamos fuera de un arreglo estrictamente realista.

En cualquier caso, y en la interpretación más caritativa, el realismo no resuelve el problema de si el polimorfismo «sp» no equivalente implica efectos derogativos, antes bien desplaza la cuestión a lo que los tribunales puedan haber dicho sobre ello, a pesar de que la cuestión es precisamente saber si los tribunales pueden estar jurídicamente autorizados a decidir tales asuntos (25).

(25) Como opuesto del realismo jurídico encontramos el realismo moral. El realismo moral presupone la existencia de entidades morales. Nuevamente, no es nuestro interés aquí discutir de teorías morales. El ejemplo puede apuntar a una dificultad. La teoría es contradictoria: quiere que la moral prevalezca, pero ¿cómo puede el tribunal conocer mejor que cualquier otra persona lo que es moral? ¿Y qué sucede si el tribunal no hace que prevalezca la moral, sino, por ejemplo, algo inmoral (si supiera, admitamos como hipótesis, qué es lo moral, entonces, la cuestión es por qué un tribunal sería mejor que cualquier otro ser humano u órgano colectivo de seres humanos)?

B. *Estructuralismo*

El estructuralismo razona en términos de estricta superioridad e inferioridad de criterios jurídicos. Puede ser un estructuralismo negativo, cuando afirma que el polimorfismo es irrelevante, o un estructuralismo positivo, cuando afirma que el polimorfismo es siempre relevante bajo el aspecto de la derogación. Se puede eventualmente distinguir un estructuralismo positivo crítico que podría afirmar que el polimorfismo es relevante bajo ciertas circunstancias.

De hecho, el estructuralismo no es otra cosa sino una versión reducida de una concepción del Derecho como sistema de normas organizado jerárquicamente. Su atractivo no puede ser negado, y obviamente, el Tribunal Constitucional austríaco asumió sus planteamientos en su decisión de 2001.

El argumento es interesante, pero no totalmente convincente. Se puede imaginar perfectamente una Constitución que distingue formas sin organizar el cálculo de las quiebras, es decir, sin organizar los medios para corregir la eventual ausencia de conformidad. El estructuralismo apunta a una condición necesaria, pero no proporciona una condición suficiente.

En su versión más potente, es una petición de principio. El simple hecho de que haya normas «sp» diferenciadas no es suficiente para probar que hay un mecanismo derogatorio conectado con él. Y ésta es precisamente la cuestión.

La cuestión es si el polimorfismo constitucional está organizado de tal modo que facilite o pueda eventualmente hacer obligatorio para los tribunales o para un cierto tribunal echar abajo modificaciones de la Constitución «ip» que se hallen en contradicción con exigencias de la Constitución «sp», cuando la Constitución «sp» no haya dejado la cuestión del todo clara.

Obviamente, esto es una cuestión de interpretación: el estructuralismo tiene que contestar lo que significa la formulación de normas relevantes en relación a la cuestión jurídica del efecto derogatorio.

C. *Interpretativismo*

Pasar la pelota del problema a la interpretación es obviamente como cavar en el océano o abrir una nueva caja de Pandora. Nos lleva a la teoría del Derecho, de donde partimos. Mientras el enfoque normativista en sí mismo es sólo una teoría de la ontología jurídica, la interpretación pertenece a la epistemología jurídica. La ontología jurídica es capaz de identificar el problema, pero no es capaz de resolverlo para un sistema jurídico particular de Derecho positivo.

Desafortunadamente, las teorías de la interpretación del Derecho (en particular, el Constitucional) están concebidas mayormente como teorías políticas, es decir, como teorías mediante las que se puede dar al Derecho, y muy particularmente a la Constitución, un cierto giro, progresista o conservador. Debido al hecho de que tanto los jueces progresistas como los conservadores se basan sobre ciertas teorías de lo que ellos llaman «interpretación» para sostener sus opiniones, la cuestión de la interpretación se ha convertido en un particular campo de batalla entre conservadores y progresistas en lugar de ser una cuestión de cómo identificar el significado de las formulaciones de la norma. No es nuestra tarea aquí presentar una teoría general de la interpretación, sino recordar los principales elementos de la concepción normativista del asunto para acotar la cuestión y proponer algunas sugerencias sobre casos particulares para una ulterior discusión y elaboración.

1. *Una teoría de la interpretación no es una teoría política*

En un postulado normativista, la tarea del investigador consiste en analizar el Derecho tal cual es. Conservador o progresista o lo que sea puede serlo el Derecho, pero no el investigador que emprende la tarea de comprenderlo y presentarlo de manera sistemática. Por supuesto, puede ser que uno no sea enteramente capaz de sobreponerse a las propias preferencias subjetivas, pero no por ello deja de existir el esfuerzo permanente del investigador para reducir los elementos de subjetividad y diseñar métodos para mejor alcanzar su objetivo. Por el contrario, las concepciones políticas de la «interpretación» no sólo consideran que este esfuerzo es infructuoso, sino que además consideran que su tarea es explícitamente moral y política (26).

(26) Ésta es la bien conocida posición de Ronald Dworkin, especialmente en su obra *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, 1996. Las concepciones morales y políticas están sostenidas por varios autores de la doctrina norteamericana [p. ej., Thurgood MARSHALL, «Reflections on the Bicentennial of the United States Constitution», *Harv Law Rev*, 1987, págs. 1 y sigs.; reiteradas en «The Constitution: a Living Document», en MARSHALL/SMITH (eds.), *Supreme Justice: Speeches and Writings*, 2003, pág. 281; Paul BREST, «The Misconceived Quest for the Original Understanding», *Boston U Law Rev*, 1980, págs. 171 y sigs.; William BRENNAN Jr., «The Constitution of the United States: Contemporary Ratification», en RAKOVE (ed), *The Debate over Original Intent*, 1990, págs. 23 y sigs.; Mark TUSHNET, «Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles», *Harv Law Rev*, 1983, págs. 781 y sigs. (793-804); Michel ROSENFELD, *Just Interpretations. Law between Ethics and Politics*, 1998]. Hay varias razones para explicar esta corriente: una confusión entre el análisis del significado y la búsqueda de una «buena» o «justa» decisión; el alto grado de rigidez del

El que a uno le guste o no le guste y por qué razones ocurra eso y qué preferiría en su lugar, no es una cuestión jurídica, sino un problema de filosofía política. De ello se sigue que el Derecho es técnicamente conservador en el sentido de que organiza su propia modificación y de esta suerte limita las posibilidades de modificación. Pero que algo sea técnicamente conservador no significa que no pueda ser sustantivamente progresista si aquello cuya modificación se limita es algo que se estima progresista. El Derecho Constitucional es en este sentido «meta-conservador» pues el Derecho Constitucional impone a la tarea constituyente requisitos más difíciles que a la legislación ordinaria. Y si un sistema jurídico es polimórfico, es técnicamente al menos «meta-meta-conservador». La cuestión es qué es exactamente lo que se conserva de ese modo.

2. *La respuesta al problema de la interpretación (esto es, el significado de las formulaciones de la norma) no viene dada por las opiniones de los tribunales*

Una cuestión de interpretación no es, al menos como lo entiende el normativismo, la cuestión de si los tribunales han dicho que la Constitución significa esto o lo otro. Las sentencias no contestan a esos problemas porque no pueden resolver problemas de interpretación. Las sentencias, cuando son jurídicamente válidas, resuelven un caso, que es una competencia normativa confiada a los tribunales; las interpretaciones son problemas de análisis de significado, que es una cuestión de semántica aplicada. El estructuralismo desarrollado no puede más que señalar el hecho de que el modo como se organizan las estructuras en un concreto sistema de Derecho positivo es una cuestión de interpretación en tanto análisis del significado de las formulaciones relevantes de las normas.

procedimiento de reforma de la Constitución norteamericana, una concepción del Derecho como resolución competitiva donde los jueces deben ser convencidos en términos de una retórica moral más que en términos científicos puede desencadenar mucho debate académico. Por otro lado, existen concepciones políticas que consideran deseable volver al mismo estado en el que previamente se hallaba el Derecho o adoptan posiciones «textualistas» u «originalistas» que son las que mejor encajan con sus preferencias [vid. Robert BORK, «Neutral Principles and Some First Amendment Problems», *Ind L J*, 1971, págs. 1 y sigs., y también en RAKOVE (ed.), *The Debate over Original Intent*, 1990, págs. 197 y sigs.; Robert BORK, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, 1990; Antonin SCALIA/Amy GUTMANN, *A Matter of Interpretation*, 1997]. Por supuesto, puede ser y parece muy probable que un jurista conservador políticamente elija una teoría que haga que sus preferencias encajen en la Constitución como tal, pero de esto no se sigue que los elementos del análisis semántico contenidos en ciertas posiciones «originalistas» o «textualistas» sean *per se* ideológicamente conservadoras.

3. *Los significados no cambian en el tiempo* (27)

Un tercer punto, aún más polémico, es que los significados jurídicos no cambian en el tiempo en y por sí mismos. La razón es que, contrariamente a lo que ocurre con el lenguaje ordinario en perspectiva diacrónica, las normas no son sino el significado de sentencias prescriptivas y las normas están determinando los modos de modificación y aplicación de las normas. Los hechos no modifican las normas, excepto en la medida en que las normas así lo ordenen. De esto se deriva que las normas relativas a la producción de normas no cambian con el tiempo excepto en la medida en que las normas han determinado que el tiempo deba ser un factor de producción de normas. Pero, de nuevo, si esto es así o no, es una cuestión de interpretación, cuestión que no versa sobre el cambio en el tiempo, sino de cómo el tiempo ha sido organizado en la originaria formulación de la norma.

4. *La «interpretación» puede no ser interpretación* (28)

Un cuarto punto es que la mayor parte de las teorías de la interpretación son problemáticas —al margen de lo interesantes que puedan resultar en muchos otros aspectos— en la medida en que consideran cuestiones totalmente diferentes como cuestiones de interpretación simplemente debido a la identidad del uso del término interpretación, como, por ejemplo: procesos de decisión, escritura-opinión, desarrollo de temas relativos a la expresión lingüística, etc.

5. *La interpretación no es una teoría sobre la respuesta correcta*

Un quinto punto relacionado es que la interpretación no es una teoría sobre la respuesta correcta, y mucho menos sobre la única respuesta correcta. Esto

(27) Este punto está desarrollado ampliamente en Otto PFERSMANN, «De l'impossibilité du changement de sens de la constitution», en *Mélanges Pierre Pactet*, 2003, págs. 353 y sigs.

(28) Este punto está tratado en Otto PFERSMANN, «Le sophisme onomastique. À propos de l'interprétation de la constitution», en Melun SOUCRAMAMIEN (ed.), *L'interprétation constitutionnelle*, 2005, págs. 33 y sigs. Por ejemplo, la «interpretación intencionada» patrocinada por Aharon Barak (Aharon BARAK, *Purposive Interpretation in Law*, 2007) no es interpretación en el sentido aquí adoptado, sino una estrategia de modificación de la formulación de una norma una vez interpretada.

es así porque para un problema de interpretación la cuestión no es resolver la indeterminación, sino identificar el grado de indeterminación y vaguedad. El Derecho es ampliamente vago e indeterminado, y dentro del grado de indeterminación y vaguedad hay muchas y diversas soluciones jurídicamente admisibles (29).

V. APLICACIONES COMPARADAS: DESDE LA EXCLUSIÓN DE INCLUSIONES IMPLÍCITAS A LAS REVOLUCIONES AUTOEJECUTADAS

El polimorfismo constitucional es un problema reciente. Puede ser fácilmente captado a partir del hecho de que aún no ha sido (lo ha sido muy pobremente) analizado y teóricamente articulado. De ello se sigue que los constituyentes que diferenciaron modos de producción constitucional pueden no haber diferenciado una derogación intra-constitucional, y mucho menos el control de preceptos constitucionales de un rango inferior. Ha llevado bastante tiempo considerar la Constitución formal como una referencia para el control de la legislación primaria; lleva mucho más tiempo ver que algunos elementos de la Constitución son referencia para el control de otras partes de la misma. Tal proceso de diferenciación es generalmente el resultado de sucesos históricos dramáticos trasladados a exigencias constitucionales. En el texto que sigue ejemplificaré brevemente diferentes variantes: (A) exclusión estructural, (B) inclusión implícita, (C) denegación judicial y (D) revolución autoejecutada.

(29) Nos resistimos firmemente a la famosa idea de Dworkin de la «respuesta correcta», dejando de lado la única respuesta correcta. Puede, a algunos, parecer desafortunado que los casos puedan dar lugar a una amplia gama de respuestas correctas, pero ésta es una propiedad inevitable de los sistemas jurídicos, donde las normas legislativas están formuladas en un determinado nivel de generalidad y abstracción e implican, por ello, un cierto grado de indeterminación. Por supuesto, éste no es el lugar para ceder a la tentación de entrar en este ya viejo debate sobre el que he presentado mi propia tesis en Otto PFERSMANN, «Ontologie des normes juridiques et argumentation», en PFERSMANN/TINSIT (eds.), *Raisonnement juridique et interprétation*, 2001, págs. 1 y sigs.

En un estudio bien documentado, Kemal Gözler propone un enfoque negativista; si no se afirma explícitamente nada, entonces nada existe. A partir de esta premisa, traza la conclusión de que hay un control de las reformas constitucionales sólo en Chile y Rumanía, donde quedó acotado al estudio cuestiones procedimentales (Kemal GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A comparative Study*, 2008). Esta tesis parece demasiado restrictiva por las razones que explico en la sección V de este trabajo: muchas cosas son indirectamente explícitas, es decir, están contenidas en el significado de la formulación de la norma y son accesibles mediante interpretación.

A. Exclusión estructural

Suiza distingue una revisión parcial y una total con diferentes modos de producción, pero este sistema jurídico no reconoce ningún control judicial de la legislación federal. Esto excluye *a fortiori* el control judicial de las reformas constitucionales. La revisión total de 2000 no ha cambiado este elemento estructural. Sin embargo, ha introducido otro límite a la competencia de revisión. Según el artículo 193.4, incluso en el caso de revisión total «las reglas imperativas de Derecho Internacionalmente Públicas no deben violarse». El problema con este precepto es que, dado que no hay ningún control sobre las reformas constitucionales, no puede haber aquí un polimorfismo «sd». Sin embargo, a menudo se sostienen opiniones contrarias en la doctrina jurídica, basadas sobre ciertos casos de la jurisprudencia (30). Tales concepciones carecen de prueba de ensayo, lo que requiere justificación, dejando de lado que los casos sólo prueban su propia existencia.

De acuerdo con la metodología normativista, sería difícil pretender una variedad de polimorfismo «sd» en la India, excepto con argumentos adicionales mostrando que los preceptos que excluyen la prohibición de reformas constitucionales más bien al contrario, incluirían esa prohibición.

B. Inclusión implícita

La inclusión implícita abarca los casos en que el polimorfismo implica el control de preceptos constitucionales de rango inferior («ip»). Obviamente, esto

(30) De acuerdo con Anne PETERS/Isabella PAGOTTO, «Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht in der Schweiz», *Ius Full: Forum für juristische Bildung*, 2004, pág. 54, *ius cogens* (esto es, las «reglas imperativas de Derecho Internacional Público») prevalecen estrictamente frente a las normas legales internas, incluyendo la Constitución federal. Se seguiría de ello que el Consejo Federal tiene que parar cualquier iniciativa popular dirigida a introducir normas constitucionales que violen el *ius cogens*. Pero esto presupone precisamente la solución al problema de la relación entre la producción y la derogación. Y como la derogación es generalmente débil en el sistema constitucional suizo, no hay razón suficiente para considerarlo de otro modo respecto al problema de las normas constitucionales, que serían inconstitucionales «sp» en cuanto fueran contrarias al *ius cogens*. Es interesante ver cómo el Tribunal Federal ha hecho que el Derecho del Convenio Europeo de Derechos Humanos prevalezca frente a la legislación federal en un caso particular [BGE, 125 II 417, S. 424 E. 4c (1999)-PKK]. Pero esto sólo prueba que ha ocurrido en un caso, no que la Constitución ha organizado ciertos principios de control o que haya una prevalencia *ipso facto*.

no significa que haya una anulación automática. Puede aparecer tanto en estructuras polimórficas abiertas o cerradas. Alemania y Austria pueden ser ilustraciones de esta hipótesis.

1. Al contrario que Suiza, Alemania ha adoptado un potente sistema de justicia constitucional después de la Segunda Guerra Mundial y el horror del régimen nazi. Con la idea de que la nueva Constitución no esté abierta a cualquier revisión, sino sólo a aquellas modificaciones que respeten ciertos principios básicos, la competencia para reformar la *Grundgesetz* ha sido limitada (art. 79.3). La Constitución alemana no dice nada acerca de las consecuencias jurídicas de una revisión total de la que viole la «cláusula de intangibilidad», esto es, el polimorfismo negativo. Sin embargo, parece que la fuerza de la limitación ha sido vista desde un primer momento como una norma de referencia para el control de la constitucionalidad, incluso si esto no ha sido clara y explícitamente articulado. Simplemente se deduce de la concepción general de la primacía de la Constitución sobre otras normas y del compromiso fundacional con unos principios que serían, a la vez, permanentes y supremos. Una dificultad específica surge de la relación de esta cláusula de limitación con otro precepto de la misma Constitución, según el cual la *Grundgesetz* perderá su vigencia tras la aprobación de otra Constitución libremente adoptada por el pueblo alemán (art. 146). Esto conduce a tremendas dificultades, pues, o bien ciertos preceptos de la Constitución no pueden ser cambiados, o toda la Constitución puede ser reemplazada por otra. Muchos estudiosos han tratado de proporcionar una solución, pero, de hecho, hay dos sectores defendiendo dos soluciones incompatibles entre sí. La segunda solución parece, sin embargo, más aceptable. La *Grundgesetz* está concebida como una Constitución provisional que ni siquiera lleva el nombre de «Constitución», mientras que la futura Constitución de Alemania está explícitamente designada como tal. La idea es que la redacción de este texto deba ser hecha sólo después de que toda Alemania se unifique, por ello, incluso la cláusula de intangibilidad (de «eternidad» en la terminología en alemán) articula sólo una «eternidad» provisional. Siendo esto así, en tanto en cuanto la *Grundgesetz* sea la Constitución de Alemania, las normas referidas en el artículo 79.3 no pueden ser modificadas y una modificación violando esta prohibición podría ser anulada por el Tribunal Constitucional Federal alemán.

2. La Constitución Federal austríaca ofrece un caso igualmente interesante. Es un texto obviamente polimórfico «sp»: la revisión puede ser parcial (con mayoría parlamentaria cualificada) o total (con un referéndum obligatorio tras el procedimiento parlamentario). Aquí también se plantea la pregunta: ¿implica la diferencia en el modo de producción una competencia para controlar las reformas parciales en contraste con la reforma total? La pregunta ni fue claramente

planteada ni mucho menos discutida en la asamblea constituyente que redactó el texto. La distinción en el modo de producción de las normas constitucionales de reforma fue simplemente una recepción del modelo suizo reconfigurado para un sistema jurídico, el austríaco, donde el referéndum es la excepción. De este modo, en un primer momento, por «total» se entendió el reemplazamiento de un texto completo por otro texto completo, hasta que emergió la idea de que un texto completo puede ser diferente pero decir lo mismo, mientras que una sola palabra (por ejemplo, «dictadura» en lugar de «democracia») puede cambiar toda la sustancia normativa. Esto llevó a la cuestión de qué era exactamente lo que constituía la sustancia normativa o, en otras palabras, cuáles eran los principios esenciales de la Constitución. La doctrina académica y judicial se deslizaron progresivamente a un concepto sustancial de la expresión «revisión total» y los debates se concentraron sobre el contenido de esta estructura básica. Sólo en un tercer momento la doctrina académica y judicial planteó el siguiente problema: ¿tiene el Tribunal Constitucional el poder de someter a control las reformas constitucionales parciales? La pregunta se convirtió en urgente y las reformas constitucionales parciales en extremadamente frecuentes. La elevada flexibilidad de la Constitución austríaca y la situación política en la que los entonces dos partidos principales utilizaron el instrumento de la legislación constitucional para dar estabilidad a los acuerdos, una vez alcanzados, indujo varios cientos de reformas, haciendo que el supremo nivel de normatividad fuera difícil de entender incluso para los más agudos especialistas. El problema adquirió así tres dimensiones: 1) ¿hay un umbral cuantitativo por encima del cual una reforma parcial se convierte en total por acumulación?; 2) ¿cómo exactamente se puede identificar un «orden constitucional fundamental» que pudiera ser modificado sólo mediante el procedimiento de la revisión total?; 3) ¿está el tribunal autorizado para anular una revisión parcial tomando como referencia un «orden constitucional fundamental»?

La doctrina jurídica ha aceptado ampliamente la idea de un «orden constitucional fundamental» a partir de las líneas definidas por las decisiones judiciales. Abarcaría los principios democrático, republicano, liberal (existencia de derechos fundamentales), el Estado de Derecho y la separación de poderes. Esta lista parece relativamente aceptable, pero aún no existe respuesta a la pregunta de cómo la propia Constitución identifica exactamente estos elementos ni a la de cuál es la extensión de los mismos (cuán «democrático» tiene que ser el sistema, etc.). Hay también un consenso relativo respecto al primer problema, incluso si sería difícil encontrar un método para indicar la precisa identificación de ese umbral. La respuesta al tercer problema (para la investigación aquí planteada, la cuestión más esencial) sigue siendo controvertida, aunque parece como si la

solución dada por el Tribunal Constitucional haya sido más o menos aceptada. Igual que en Francia, Italia o Alemania, no hay un precepto explícito relativo al punto de si el Tribunal es competente para someter a control las reformas constitucionales. Éstos son los elementos que se pueden aducir a favor de esta solución. En el lenguaje de la Constitución federal, la palabra «ley» se refiere a todos los actos legislativos en el más amplio sentido. El artículo 44.1 y 2 utiliza la expresión «leyes constitucionales» (*Verfassungsgesetze*) respecto a la legislación formal en materia constitucional. Exige que tales leyes sean explícitamente investidas con el carácter de «derecho constitucional» o «precepto constitucional». Al contrario de lo que sucede en Alemania, no hay una exigencia de mantener un corpus textual único: todos los cambios en la Constitución se producen en cualquier hipótesis como una variedad de legislaciones designadas y producidas de forma alternativa. La expresión «reforma simple» (*Teiländerung*) y «revisión total» (*Gesamtänderung*) cualifican ulteriormente algo que parece ser, en todo caso y en un primer momento, una ley. Por ello, hay buenas razones para creer que la reforma constitucional, referida a un acto legislativo específico, queda englobada en el concepto de «legislación» o «ley» tal y como lo usa la Constitución federal austríaca. En consecuencia, la competencia para controlar «leyes» (*Gesetze*) implica la competencia para revisar leyes constitucionales, puesto que que un término de referencia, y la «estructura constitucional fundamental» ofrece este término de referencia. Se podría además recordar que después de la liberación de la ocupación nazi, la declaración de independencia de 27 de abril de 1945 afirma que «Se restaura la república democrática de Austria y debe establecerse en el espíritu de la Constitución de 1920» (31). Este documento puede considerarse como el acto jurídico fundante de la Segunda República austríaca. Ciertamente, subraya que la «república democrática» es un elemento constitutivo del nuevo orden jurídico. Desde el comienzo de la segunda república, un alejamiento de estos elementos fundacionales está jurídicamente considerado como una «revisión total». A diferencia de lo que ocurre en Francia, no está estrictamente prohibido abandonar el marco republicano y democrático; ahora bien, exige un procedimiento más complejo, característico del polimorfismo constitucional.

C. Denegación judicial

Se produce la denegación judicial cuando la Constitución permite implícitamente (o explícitamente, pero no es el caso ahora) un polimorfismo «sd», pero

(31) Artículo 1 de la Declaración de independencia, Boletín Oficial [BGBl] núm. 1/1945.

los tribunales competentes han rechazado aplicarlo a casos concretos. Francia ofrece la mejor ilustración.

En Francia la prohibición de modificar la *forma republicana de gobierno* fue introducida en 1884, cuando los partidarios de la república lograron la mayoría en el Senado. Intentaban, claramente, evitar la vuelta a la monarquía, pero se trataba sólo de una débil prohibición, pues no había control de la constitucionalidad, mucho menos un control de las reformas constitucionales. «Forma republicana de gobierno» significaba en 1884 un gobierno de cargos electos con límites temporales, por tanto, la exclusión de la atribución hereditaria de competencias constitucionales. El mismo precepto se ha mantenido en la Constitución francesa de 1946 así como en la Constitución de la quinta república (1958). Pero las mismas palabras no significan lo mismo. Después de la liberación del territorio nacional durante la Segunda Guerra Mundial, el gobierno provisional aprobó un decreto según el cual se restauraba la «legislación republicana» y el régimen de Vichy se declaraba como un simple paréntesis fáctico. Pero, sea lo que sea lo que uno piense sobre el régimen de Pétain, ciertamente no era una *monarquía*. Por ello, la restauración de la legislación republicana o bien sólo afecta a la *legislación* previa (y entonces el añadido de «republicana» habría sido superfluo) o había algo más en lo «republicano» que el revertir una cierta etapa de derecho material. En otras palabras, «republicana» presentaba un plus semántico. Dado que el Gobierno Provisional no quiso decir simplemente que habría un retorno —condicional— a la legislación previa, ni que habría un retorno a un gobierno no monárquico (porque no hubo monarquía en ese intervalo) parece bastante admisible que el concepto «república» se refería a un corpus de valores y principios encarnados en el anterior gobierno, pero que de hecho no tenía ninguna relación con el modo de designar al jefe del Estado. Este concepto es ciertamente altamente indeterminado, pero no obstante abarca ciertos elementos que eran suficientemente consensuados como no para no ser cuestionados en el momento en que fue aprobado. Por el contrario, es significativo que las dudas acerca del significado verdadero de «república» emergieron sólo mucho después en un contexto interpretativo jurídico más reduccionista e ingenuo. Por ello, se puede concluir que la cláusula constitucional según la cual se prohíbe una reforma aboliendo la «forma republicana de gobierno», aprobada después del 9 de agosto de 1944, significa algo más que antes del 10 de julio de 1940: sufragio universal, legislación por el parlamento, aplicación de la misma por la administración y los jueces, libertades civiles. Y la Constitución de la cuarta república, de 27 de octubre de 1946, contuvo de nuevo la misma cláusula.

Por supuesto, incluso así, no hubo ningún control de la constitucionalidad de la legislación en sentido fuerte. Esto sólo cambió con la Constitución de 5

de octubre de 1958, que nuevamente afirma la prohibición de una reforma que viole la «forma republicana de gobierno». La cuestión es, por tanto, si la competencia del Consejo Constitucional para someter a control «leyes» (*lois*) incluye la competencia para controlar la legislación constitucional. En su decisión de 26 de marzo de 2003, el Consejo Constitucional sostuvo que no tenía tal poder porque sus competencias estaban estrictamente limitadas y porque la Constitución atribuyó sólo el poder de someter a control la legislación orgánica y la ordinaria (es decir, la primaria), lo que excluía la legislación constitucional. Esta breve argumentación no es muy del todo convincente, por más que sea coherente con opiniones previas del Consejo y especialmente con un caso anterior en el que un referéndum relacionado con el artículo 11 fue utilizado —inconstitucionalmente— para reformar la Constitución y en el que el Consejo se consideró a sí mismo incompetente para efectuar el control porque la ley fue aprobada por referéndum y, por ello, era una expresión directa de la «soberanía nacional», sin mediación de representantes electos. La razón principal, pues, parece ser la idea de que los poderes atribuidos al Consejo están estrictamente limitados y que el «poder constituyente» sigue siendo soberano sólo en la medida en que no está sometido a control (32). Esto es ciertamente un error: el «poder constituyente» aludido no es soberano precisamente porque se le impide la modificación de la forma republicana de gobierno. Por ello, nada impide el control. El Consejo parece no haber entendido la verdadera idea de polimorfismo constitucional. En todos los demás casos, una decisión de este órgano puede ser deshecha mediante una reforma constitucional; si incluimos un segundo nivel, el nivel inferior se convierte en susceptible de control. Esto corta la base del segundo argumento, según el cual «ley» significa sólo ley parlamentaria ordinaria y nada más que eso, mientras que la reforma de la Constitución es referida simplemente como «revisión». Sin embargo, esta línea de pensamiento es igualmente problemática. La palabra «ley» no está suficientemente determinada por sí misma

(32) La justificación de la decisión parece ampliamente inspirada por un artículo del antiguo miembro del Consejo, Georges VEDEL, «Schengen et Maastricht», *Revue Française de Droit Administratif*, 1992, págs. 173 y sigs. Esta referencia es errada porque Vedel planteaba la cuestión de la legitimidad del juez constitucional frente al «poder de reforma» y no el problema de la relación de una reforma constitucional respecto a principios constitucionales superiores. Olivier Dutheillet de Lamothé, miembro del Consejo Constitucional en el momento de esa decisión, desarrolla un argumento similar, citando a Vedel, en defensa de la decisión del Consejo [Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, «L'autorité de l'interprétation constitutionnelle», en Ferdinand MELIN SOUCRAMANIEN (ed.), *L'interprétation constitutionnelle*, 2005, págs. 193 y sigs.]. Es exactamente el mismo argumento que se puede encontrar el comentario oficial hecho por el Consejo de sus propia decisión, accesible en línea en http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2003-469DC-ccc_469dc.pdf.

como para excluir las leyes constitucionales («*lois constitutionnelles*») aunque ciertamente excluye lo que no puede ser considerado como legislativo. En segundo lugar, incluso la Constitución ha sido adoptada como «... la ley constitucional cuyo tenor es el siguiente...» («... *la loi constitutionnelle dont la teneur suit...*») (33), de lo que se sigue que la Constitución se considera a sí misma conceptualmente como una ley constitucional. Y si las «leyes» son revisables, así lo será también una ley constitucional por referencia a otros elementos normativos superiores, que, de esta forma, se han convertido en superiores «sd».

D. *Revolución auto-ejecutada*

Mientras que el Consejo francés ilustra la hipótesis en la que una competencia dada no es llevada a la práctica, también hay casos, ciertamente más numerosos, en los que los órganos jurisdiccionales reclaman competencias de las que carecen. La mejor estrategia para alcanzar este objetivo aparentemente consiste en pretender que eso es natural. La pretensión puede ser denominada con un vocabulario más sofisticado diciendo que es parte de la democracia, del constitucionalismo, del Estado de Derecho y de la protección de los derechos fundamentales. Parece ser la estrategia seguida por el Tribunal Supremo de Israel.

El caso israelí es particularmente complejo e imposible de aprehender en breves líneas. Sin embargo, en los puntos que siguen deberían quedar anotadas estas ideas: 1) sólo hay débiles elementos de formalización constitucional; 2) no existe una competencia constitucionalmente atribuida para someter a control la legislación primaria; 3) hay declaraciones judiciales de naturaleza poco clara reclamando la existencia de una Constitución formal y de una justicia constitucional, y 4) reclamando consecuencias aún más misteriosas.

1. En primer lugar, no existe en Israel nada que sea una Constitución formalizada, en el sentido de reglas de producción claramente diferenciadas del proceso de elaboración de la legislación ordinaria. La decisión *Hariri* de 13 de junio de 1950 estableció un cierto modo de proceso constituyente, pero difícilmente puede ser interpretado como una regla constitucional formal sobre el proceso constituyente: en otras palabras, no es un procedimiento constitucional ni materialmente ni en sentido «sp». La razón fue, y es, que no existe una mayoría en Israel para establecer una Constitución. De ello se deriva que Israel ha mantenido el material heredado de la Constitución de Westminster en tanto en

(33) *Journal Officiel de la République Française*, 05.10.1958, 9151.

cuanto no haya aprobado otra Constitución. Israel ha aprobado catorce Leyes Fundamentales (LF). Algunas de ellas es obvio que son materialmente constitucionales en la medida en la que perfilan la producción de actos normativos de alcance general y abstracto. Algunas de ellas son débilmente constitucionales en sentido formal en tanto en cuanto sus preceptos no pueden ser modificados por normativas de excepción o en tanto en cuanto requieren una mayoría altamente cualificada (dos tercios: arts. 44 y 45 LF de la Knesset) o una mayoría ligeramente cualificada [«mayoría de los miembros de la Knesset» (art. 7 de la LF sobre Libertad de la ocupación) y no simplemente la «mayoría de los votos» (art. 25 LF de la Knesset) y «cualquiera que sea el número de los presentes» (art. 24 LF de la Knesset)]. Incluso la sustancialmente importante Ley Fundamental sobre la dignidad humana no contiene ninguna restricción relativa a su propia modificación, excepto en lo relativo a las normativas de excepción. Este elemento claramente sitúa a la dignidad humana, así como a la ocupación, en un nivel formal inferior del que poseen las reglas relativas al parlamento. Algunas leyes fundamentales (como, de nuevo, la Ley Fundamental sobre la dignidad humana) establecen límites materiales frente a una eventual legislación contraria a los mismos, tomando prestado el lenguaje de la proporcionalidad. Pero resulta interesante advertir que estos límites materiales no están relacionados con una formalización diferenciada. Por ello, no pueden ser formalmente más fuertes que otras leyes, excepto si una ley formalmente más fuerte confiere tal superioridad, lo que no es el caso. Sin duda, las Leyes Fundamentales pueden establecer constricciones a normas jurídicas de rango inferior (reglamentos), pero es difícil ver —excepto en una petición de principio— cómo algo, que no está organizado sobre un mecanismo derogatorio puede beneficiarse de una superioridad derogativa («sd») frente a otra norma producida exactamente de acuerdo con el mismo mecanismo formalmente definido.

2. La Ley Fundamental sobre el poder judicial no otorga ninguna competencia sobre el sometimiento de la legislación a control judicial, ni establece ninguna prevalencia entre preceptos legislativos.

3. No obstante lo anterior, el Tribunal Supremo israelí sostuvo, en su famosa decisión *Mizrahi Bank v Migdal Cooperative Village* (34) que: *a*) las Leyes Fundamentales eran verdaderamente capítulos de la Constitución israelí, *b*) las Leyes Fundamentales estaban «afianzadas» en el significado específico de que tienen superioridad «sd» sobre la legislación ordinaria, *c*) el Tribunal Supremo tiene competencia para anular los preceptos que violen las normas contenidas

(34) CA 6821/93, 1908/94, 3363/94.

en las Leyes Fundamentales (35). Este razonamiento está en obvia contradicción con las formulaciones normativas contenidas en las Leyes Fundamentales. Su única justificación radica en una apelación a la «naturaleza» del constitucionalismo moderno y al rechazo de los puntos de vista «formalistas» y «caducos» que requieren una habilitación expresa. Este artículo no es, ciertamente, el lugar para desarrollar el debate completo relativo a esta acusación. Pero basta decir que las competencias legales no existen en y por sí mismas y que la idea de que hay una naturaleza de lo «básico» o cualesquiera otras leyes atribuyendo en y por sí mismas competencia a los tribunales para anular preceptos conflictivos no se apoya en ningún elemento de Derecho positivo en el sistema israelí. Las Leyes Fundamentales son una construcción específica de la legislación israelí; parece difícil atribuirles propiedades «naturales» o de cualquier otro tipo que no estén proporcionadas por elementos jurídicos pre-existentes en el sistema israelí; si no existe nada sin una razón, entonces las pretendidas propiedades no existen. Obviamente, el razonamiento no se tiene en pie, excepto si uno toma una perspectiva iusnaturalista, en cuyo caso surge el problema de explicar qué propiedades naturales están exactamente vinculadas a qué objetos normativos y cómo podría esto ser cognoscible e identificable y de acuerdo con qué metodología.

Sin embargo, la opinión a favor de ese razonamiento existe (36). En consecuencia, el punto relevante es el siguiente; o bien la opinión es sólo una *opinión* (es decir, una afirmación explicativa sin valor normativo jurídico) o es un ele-

(35) H CJ 6801/93 *Bank Mizrahi vs. Migdal Cooperative Village*, 254. Magistrado Barak: «Desde este punto de vista, el silencio constitucional requiere un control judicial sobre la legislación y autoriza al Tribunal a declarar la legislación nula como inconstitucional.»

La doctrina sobre la revolución constitucional es ya muy nutrida. *Vid.*, p. ej., Aharon BARAK, «Constitutional Revolution: Israel's Basic Law», *Forum Constitutionnel*, 1992-1993, págs. 83 y sigs.; del mismo autor, «The Constitutionalization of the Israeli Legal System as the Result of the Basic Laws and its Effect on Procedural and Substantive Criminal Law», *Israel Law Review*, 1997, págs. 3 y sigs.; Yoseph EDREY, «The Israeli Constitutional Revolution/Evolution, Models of Constitutions, and a Lesson from Mistakes and Achievements», *AJCL*, 2005, págs. 77 y sigs.; Claude KLEIN, «A New Era in Israel's Constitutional Law», *Israel Law Review*, 1971, págs. 376 y sigs.; del mismo autor, «Basic Laws, Constituent Power and Judicial Review of Statutes in Israel», *Eur Publ Law*, 1996, págs. 225 y sigs. (págs. 228 y sig.); desde una perspectiva política: Ran HIRSCHL, «Israel's "Constitutional Revolution": The Legal Interpretation of Entrenched Civil Liberties in an Emerging Neo-Liberal Economic Order», *AJCL*, 1998, págs. 427 y sigs.; Doron NAVOT/Yoav PELED, «Towards a Constitutional Counter-Revolution in Israel?», *Constellations*, 2009, págs. 429 y sigs.

(36) Acerca de la diferencia conceptual, lógica y semántica entre opinión y decisión, *vid.* Otto PFERSMANN, «Concrete Review as indirect constitutional complaint in French Constitutional Law in Comparative Perspective», *EuConst*, 2010, págs. 223 y sigs.

mento normativo jurídico sin valor explicativo. En el primer caso, podría ser un razonamiento válido o inválido, y he tratado de sugerir sucintamente las razones por las que no es válido. En el segundo caso, no precisa ser válido en cuanto ejemplo de razonamiento, porque simplemente no sería un razonamiento. Antes bien, se trataría de una formulación normativa y del establecimiento de un elemento fundamental de nuevo orden jurídico.

Esta concepción sería extremadamente problemática porque reposa sobre el status jurídico normativo (incluso originalmente constitucional) de un texto que se supone que no tenía valor normativo, sino explicativo. Debería tratarse de la aprobación de una norma escondida bajo la forma de la justificación de una decisión (p. ej., el caso *Mizrahi vs. Migdal*). Al no tener la base de una norma previa ni estar presentada como la aprobación de una norma («Constitución del Estado de Israel...»), parece difícil evaluar tanto el exacto status de la afirmación cuanto su alcance para futuros actos similares. No está claro, por otro lado, si la revolución tuvo lugar en 1992 o en 1995 o si fue retroactiva (al cambiar la decisión *Migdal* de 1995 el status de la Ley Fundamental de 1992).

Sin embargo, el hecho de que a través de la Ley Fundamental de 1992 y de la opinión contenida en el caso *Migdal* haya tenido lugar una revolución constitucional parece sostenido, en efecto, por el autor de la opinión mayoritaria en el tribunal, el presidente Aharon Barak. Y ciertamente, si ese cambio se ha producido, ha sido un cambio en el sistema jurídico al margen de las reglas que articulan la modificación del sistema jurídico. Esto introduce una discontinuidad y constituye una revolución jurídica y, por tanto, también constitucional.

Admitamos, a efectos argumentales, que desde 1992 (aprobación de la Ley Fundamental sobre dignidad humana y libertad), exista un corpus de normas en el Derecho israelí con superioridad «sp» y «sd» y atribuyendo a los tribunales, o al menos al Tribunal Supremo, la competencia para anular actuaciones legales que violen las Leyes Fundamentales. La cuestión entonces sería si ciertos preceptos de las Leyes Fundamentales son superiores a otros en términos «sp» y «sd». Si tomamos en consideración el polimorfismo «sp» éste es, obviamente, el caso de los artículos 44 y 45 de la Ley Fundamental de la Knesset que requiere una mayoría altamente cualificada. Resulta difícil admitir un valor «sd» superior a la Ley Fundamental sobre dignidad y libertad, excepto si ello se hace mediante una nueva declaración jurídica. Por ello, debemos admitir que la revolución constitucional no sólo dio al Tribunal Supremo israelí la competencia de anular la legislación ordinaria en conflicto con las Leyes Fundamentales, sino también el poder de introducir una jerarquía dentro de las Leyes Fundamentales. Pero incluso si reconocemos que el constitucionalismo moderno generalmente implica alguna forma de control de la constitucionalidad, parece difícil dar por

hecho que el constitucionalismo moderno implica también en, y por sí mismo, una estructura totalmente vaga de polimorfismo «sd». De esta suerte, incluso si tuviéramos que admitir la existencia de una «revolución constitucional» esto no sería razón para considerar la existencia de un polimorfismo altamente desarrollado en un sistema que hasta el momento ha sido enteramente ajeno al polimorfismo.

Por otro lado, tampoco es tan seguro que la revolución constitucional realmente haya tenido lugar. Para que efectivamente ocurriera, se requeriría al menos su eficacia general, es decir, que estos standards normativos sean globalmente respetados en vez de violados. E incluso aunque se han producido algunos casos de anulación de preceptos legislativos (37), el hecho sigue siendo que el control de constitucionalidad no existe en el largo plazo. Puede que estemos en una fase intermedia donde el éxito (y el éxito es su mera existencia) de la revolución dependa en gran medida de si aquellos que resultan afectados por sus consecuencias creen que ha sido una revolución. Y lo mismo cabe mantener, naturalmente, en relación a una eventual profundización de esta revolución. Hablando en términos del sistema israelí original, simplemente carece de existencia; si el nuevo sistema existe, la cuestión pasa a ser la de hasta dónde se extienden estas nuevas competencias; si existe un sistema aún más reciente, el asunto es aún más difícil de ser aprehendido. Un fenómeno que existe en la medida en que se es capaz de hacer creer a otros que existe es una afirmación auto-ejecutada o performativa. La revolución constitucional israelí pertenece a esta categoría y la cuestión de si también abarca o no el caso de las reformas constitucionales inconstitucionales se encuadra en esta misma categoría, la de la revolución constitucional auto-ejecutada. La estructura es también interesante y complejísima por la razón siguiente: podría ser que urja una revolución que aún no se ha producido; pero también podría ser que si se afirma que el ordenamiento jurídico israelí es aún un sistema ligeramente acomodado al modelo Westminster, se reclame también una vuelta contra-revolucionaria al sistema previo. De esta suerte, las revoluciones auto-ejecutadas son paradójicas en el sentido de que cualquier cosa que digamos acerca del sistema resulta equivocado porque es imposible evaluar, en este momento, si los pretendidos elementos de la «revolución constitucional» existen jurídicamente o no (38).

(37) *Vid.*, p. ej., H CJ 2605/05, *Academic Center of Law and Business v. Minister of Finance*.

(38) He denominado a estas estructuras como «paradojas *gnoseopoiéticas*», en Otto PFERSMANN, «The Only Constitution and Its Many Enemies», en SAJO/UITZ (eds.), *Constitutional Topography: Values and Constitution*, 2010, págs. 45 y sigs.; así como en Otto PFERSMANN, «La producción des normes» (nota 7). En una situación revolucionaria, que se extiende sobre un intervalo de tiempo indeterminado, tanto las opiniones de la doctrina como las de los tribunales, pueden ser

VI. CONCLUSIÓN: ELEMENTOS NORMATIVOS IMPLÍCITOS VS. CONCRECIÓN

Este artículo ha tratado de estudiar la estructura de las «normas constitucionales inconstitucionales» y de aplicar un marco teórico interpretativo normativista a algunos casos concretos: un sistema jurídico excluye la posibilidad de anular reformas a la Constitución (Suiza); otro lo admite, pero nunca lo ha puesto en práctica (Alemania); otro presenta todos los elementos estructurales, pero los jueces lo han denegado en la única ocasión que se les presentó (Francia); dos sistemas europeos han conocido explícitamente anulaciones de preceptos constitucionales (Austria y República Checa); y en un caso, un órgano judicial se ha inventado, y puede que haya llegado a poner en vigor, un control de conformidad con la Constitución con fronteras imprecisas (Israel).

Ninguna de las Constituciones examinadas proporcionan declaraciones normativas explícitas sobre el problema aquí examinado. Allí donde hemos llegado a la conclusión de que efectivamente existe una competencia para anular preceptos constitucionales de rango inferior, hemos tenido que deducirlo a partir de construcciones interpretativas y de deducciones de consecuencias implícitas. Esto pone de relieve una faceta distintiva del Derecho Constitucional contemporáneo. Incluso en las tradiciones más apegadas a la concepción de una lectura estricta de las normas jurídicas con preceptos efectivamente aprobados (como Austria), no se ha identificado claramente el problema inducido por la introducción simultánea de un polimorfismo «sp» y del control de la constitucionalidad. Ha llevado más de medio siglo poner el problema en el centro de atención y aún da lugar a concepciones antagonistas.

El hecho es que estos fenómenos no son infrecuentes. Simplemente significa que las declaraciones normativas tienen consecuencias, que no es preciso que queden explícitamente aprobadas, pero que quizás podrían ser modificadas por la aprobación de una norma explícita. Ésta es una interesante propiedad de los sistemas normativos dinámicos. El principio de un sistema dinámico consiste en requerir una concreción y particularización explícita para que exista una norma relativamente más concreta y particularizada. Esto significa que la transición entre una norma general y abstracta a una norma concreta y particular (generalmente llamada «aplicación») requiere un acto de producción normativa, esto es, alcanzar el nivel más concreto no es una cuestión de deducción

revolucionarias o contra-revolucionarias con independencia de cuáles sean sus intenciones, porque dentro de ese intervalo de indeterminación en relación con la revolución cualquier opinión puede estar en contradicción con la realidad jurídica.

lógica o de razonamiento. Si todos los individuos realizando ciertas prácticas «P» son sometidos a las mismas consecuencias jurídicas «C», el hecho de que «x» haya hecho «P» no implica en y por sí mismo que «x» esté sometido a las consecuencias «C». Por ejemplo, puede ser necesario que exista una decisión judicial o administrativa que precise ser aprobada como tal para que exista. Las consecuencias implícitas incluidas en la norma no requieren concreción, incluso aunque no parezcan haber sido claramente percibidas cuando la norma relevante fue aprobada. Pero la cuestión de si algo está autorizado o exigido aún no dice nada acerca de su posible concreción, como bien muestra el caso francés.

El Derecho Constitucional positivo podría haber organizado las cosas de forma explícita en lo relativo a la extensión del control de la constitucionalidad a normas constitucionales de rango inferior en el orden de producción. Podríamos, p. ej., imaginar un artículo 89.6 de la Constitución francesa declarando que el Consejo Constitucional tiene, o se le impide tener, competencia para controlar los intentos de reformar la «forma republicana de gobierno», pero no existe tal precepto. De ahí que se siga la regla general. Y nuestra tarea consiste en identificar el alcance exacto de esa regla general, no en inventarla.

RESUMEN

¿Pueden ser inconstitucionales algunas partes de la «Constitución»? y, en tal caso, ¿cuáles deberían ser las consecuencias? Varios tribunales han considerado estas hipótesis pero pocos han anulado artículos incluidos en la Constitución formal. Desde el ámbito académico, los debates continúan siendo muy controvertidos y parece que están pendientes explicaciones que sean convincentes a favor de una u otra solución. Este artículo aborda este rompecabezas desde dos puntos de vista: el de la teoría del Derecho y el del Derecho Constitucional comparado desde la perspectiva del normativismo analítico. Defiende la posición de que esta perspectiva permite un mejor análisis de la cuestión subyacente entendida como un problema de jerarquías complejas, y puede proporcionar soluciones a los casos presentados en ordenamientos jurídicos tan distintos como los de Austria, Francia, Alemania o Israel. Tradicionalmente, la Constitución es vista como un bloque único en la cúspide del sistema legal. Pero lo que esto significa resulta a menudo misterioso u oscuro. Si hubiera algo por encima de este elemento de la cúspide ese algo podría ser considerado desde la perspectiva moral o, en la línea de realismo jurídico, como una mera cuestión jurisprudencial.

De acuerdo con la concepción aquí establecida, la pregunta de si existen diferentes niveles de normas y cuáles sean las relaciones normativas aplicables entre los mismos, es una cuestión de Derecho positivo. Por ello, puede haber varios planos por encima de lo que se suele considerar como legislación primaria, si hay varias formas legales,

diferenciadas por su modo de producción. El problema verdaderamente difícil, por tanto, es encontrar si estas diferencias están relacionadas con una supremacía derogatoria organizada, de suerte que las normas inferiores deficientes puedan ser anuladas. Tales estructuras aparecen más y más frecuentemente en el Derecho contemporáneo. Para mejor captar esto, usamos el concepto de «polimorfismo no equivalente». El problema de si los tribunales son competentes para anular artículos constitucionales de un nivel inferior no está hoy en día explicitado en las Constituciones formales. Sin embargo, puede, y debe, ser resuelto por medio de la interpretación constitucional.

PALABRAS CLAVE: Reforma de la Constitución; normas constitucionales inconstitucionales; sistema normativo; supremacía de la Constitución; nulidad; interpretación constitucional.

ABSTRACT

Can elements of the «Constitution» be unconstitutional and what would be the legal consequences? Several courts have considered such hypotheses but few of them have nullified provisions pertaining to the formal constitution. Scholarly debates remain highly controversial and convincing explanations for one or another solution seem to be wanting. This paper addresses the puzzle from both the point of view of legal theory and at the level of comparative constitutional law in the perspective of analytic normativism. It makes the claim that this approach allows to better analyse the underlying question as a problem of complex hierarchies, which can provide solutions to cases in legal orders as different as Austria, France, Germany or Israel. Traditionally, the constitution is seen as one bloc on top of the legal system. But what this means remains often mysterious or unclear. If there could be something above this highest element, it could be considered from a moral perspective or in line with legal realism, a mere question of case-law.

According to the conception set forth here, whether different levels of legal norms exist and what normative relations apply between them, is a question of positive law. Hence there may be several layers above what is usually considered primary legislation, if there are several legal forms, differentiated by their mode of production. The truly difficult problem, then, is to find out whether these difference are related to organized derogatory superiority, such that lower deficient norms can be nullified. Such structures appear more and more frequently in contemporary law. To better grasp this, we use the concept of non-equivalent polymorphism. The problem of whether courts are competent to annul lower level constitutional provisions is presently not explicitly settled in formal constitutions. It can —and should— nonetheless be solved through means of constitutional interpretation.

KEY WORDS: Constitutional reform; unconstitutional constitutional rules; regulatory system; supremacy of the constitution; nullity; Constitutional interpretation.