

SUPREMACÍA, RIGIDEZ Y GARANTÍA DE LA CONSTITUCIÓN

Luis PRIETO SANCHÍS*

Aun cuando en nuestra cultura jurídica y política estamos acostumbrados a hablar de la “democracia constitucional” o del “constitucionalismo democrático” como si se tratase de un binomio inescindible, lo cierto es que entre Constitución y democracia se advierte una tensión difícil de superar. Al fin y al cabo, la esencia de la democracia —si se permite esta expresión un tanto metafísica—¹ parece consistir en que las decisiones políticas han de ser adoptadas según el principio mayoritario, es decir, al menos por la mitad más uno de los coasociados;² y la esencia del constitucionalismo parece ser que algunas decisiones queden protegidas o atrincheradas frente a esa mitad más uno. En una imagen bastante expresiva, las relaciones entre ley y Constitución pueden compararse con el flujo y reflujo de las mareas, de manera tal que el avance de la ley implica el retroceso de la Constitución, y el mayor protagonismo de esta última supone la bajamar de la ley.³ Desde luego, la tensión comentada nos acompaña desde los albores del régimen liberal y de ella fueron muy conscientes numerosos teóricos del constitucionalismo revolucionario

* Universidad de Castilla-La Mancha.

¹ Aunque diese título a la obra de un crítico de la metafísica iusnaturalista como Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, trad. de R. Luengo y L. Legaz, nota preliminar de I. de Otto, Madrid, Guadarrama, 1977.

² Reducir la democracia al principio mayoritario me parece una simplificación en la que ahora no me detendré y que asumo sólo a efectos dialécticos. Cuando menos habría que reconocer con el propio Kelsen que “por su mismo concepto, la mayoría supone la existencia de una minoría y, por consiguiente, el derecho de la primera también implica el derecho de la segunda a existir”, p. 81 de obra citada en la nota anterior.

³ La imagen corresponde a Laporta, F., “El ámbito de la Constitución”, *Doxa*, 24, 2001, p. 460.

tanto francés como norteamericano, y lo han seguido siendo tradicionalmente en Estados Unidos, tal vez porque allí prosperó desde época temprana un modelo de Constitución rígida y judicialmente garantizada. Sin embargo, todo parece indicar que la preocupación se ha trasladado a Europa a partir del constitucionalismo de la posguerra, seguramente también porque sólo a partir de entonces cabe hablar en el continente de un constitucionalismo fuerte.

Sin detenerme en un análisis de detalle, me atrevo a enunciar cuatro rasgos característicos de ese constitucionalismo fuerte que hasta cierto punto constituyen una novedad entre nosotros y que en conjunto parecen representar un desafío al postulado básico de la democracia:

Primero, la aparente obviedad de que la Constitución debe ser considerada una norma jurídica —y no un catecismo moral o político, por ejemplo— que vincula a sus destinatarios y que pretende ser aplicada, cuando proceda, para disciplinar aquellas parcelas de la realidad que son objeto de su regulación.

Segundo, que la Constitución, además de norma formal o procedimental según la tradición kelseniana, incorpora un denso contenido sustantivo formado por principios, valores, derechos fundamentales, directrices, etcétera; esto es, que la Constitución no sólo establece *quién* manda y *cómo* se manda, sino que pretende condicionar también en una amplia medida *qué puede* o *debe* mandarse.

Tercero, que la tutela de las normas constitucionales y, en particular, de los derechos corresponde a la justicia como institución encargada de brindar las correspondientes garantías secundarias para la anulación de los actos inválidos y la condena de los actos ilícitos realizados en violación de cualquier norma primaria;⁴ a pesar de que el modelo de jurisdicción concentrada sigue llamándose justamente “modelo europeo de justicia constitucional”, no debemos engañarnos: en Europa la aplicación de la Constitución no está monopolizada o secuestrada por ninguna jurisdicción especial, sino que corresponde a todos los operadores jurídicos, empezando, claro está, por los jueces ordinarios; un sistema que provoca por otra parte algu-

⁴ Así define L. Ferrajoli las instituciones de garantía, razón por la cual —añade— es evidente que son antimayoritarias, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, cap. 1.7 y 12.8. Cito por el texto mecanografiado que he consultado por gentileza del autor.

nas tensiones o conflictos (a mi juicio irremediables) en los que no procede ahora detenerse.

Cuarto, resulta que el constitucionalismo de posguerra se muestra bastante rígido, incluso intolerablemente rígido en opinión de algunos. El panorama de conjunto es que la Constitución habla de demasiadas cosas, lo hace en ocasiones con poca imprecisión, se dirige a todos y no sólo a las instituciones y, por si fuera poco, cercena de manera importante la libertad política de las mayorías.

Por mi parte, creo que existen buenas razones a favor de un constitucionalismo moderadamente rígido y, sobre todo, seriamente garantizado.⁵ Sin embargo, y tratando de buscar algún punto, si no de equilibrio, sí de mayor satisfacción o de menor sacrificio tanto de la Constitución como de democracia,⁶ quisiera ocuparme ahora de tres aspectos sin duda relacionados entre sí, aunque no necesariamente implicados en todo caso. Se trata de las nociones de supremacía, reforma y garantía. Muy provisionalmente diré que por supremacía entiendo aquí la cualidad que ostenta una norma para generar un deber de obediencia o acatamiento por parte de otras normas, lo que incluye una vocación de imponerse a las mismas en caso de conflicto, y esto no porque resulte posterior (criterio cronológico) o más adecuada para regular el caso (criterio de especialidad) sino en razón de la mayor fuerza que se la reconoce.⁷ La reforma, por su parte, denominaría al conjunto de las condiciones exigidas para

⁵ Me permito remitir al capítulo III de mi *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 137 y ss.

⁶ Entendidas ambas, insisto, en el sentido indicado en el primer párrafo de este trabajo, que es tal vez el más habitual e intuitivo, aunque no el único ni necesariamente el más correcto.

⁷ Con las salvedades indicadas creo que se superan algunas de las objeciones formuladas por Ruiz Miguel, A., “El principio de jerarquía normativa”, en Laporta, F. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 95. Es verdad que la aplicabilidad en caso de conflicto es un criterio que gobierna no sólo las relaciones de jerarquía, sino también las de especialidad o las cronológicas de sucesión temporal. Pero no me parece secundaria la siguiente diferencia: la ley general o la anterior, que ceden ante la especial y la posterior, no ponen en riesgo su validez; lo que no ocurre con la norma inferior que entra en conflicto con la superior. R. Guastini, por ejemplo, define la norma suprema como “aquella norma a la que ninguna otra norma puede válidamente contradecir”, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de J. Ferrer, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 381. Tal vez por eso también L. Ferrajoli prefiere llamar antinomías en sentido estricto sólo a las que se producen entre norma inferior y superior, *Principia iuris...*, cit., nota 4, cap. 12.13

modificar o derogar un precepto constitucional, es decir, que la institución de la reforma estaría compuesta por las normas sobre la producción jurídica que regulan la emisión de otras normas aptas para alterar una Constitución ya vigente. Y finalmente hablo de garantía para referirme a los procedimientos eventualmente previstos por una Constitución para la tutela judicial de sus normas ya sea frente a otras normas, ya sea incluso frente a conductas que las vulneren o desconozcan.

La supremacía constitucional tiene el mismo fundamento que la Constitución misma, un principio de eficacia externo al propio sistema que a su vez remite a las prácticas de reconocimiento institucional y de los propios ciudadanos; como se ha dicho de manera rotunda, “la determinación de las normas supremas de un determinado sistema jurídico es un problema irresoluble intrasistémicamente”.⁸ Quiero decir que, de entrada, si la Constitución existe como norma (flexible o rígida, garantizada o no) no es porque ella misma lo proclame, o porque lo proclame otra norma cuya validez descansa en la propia Constitución, sino porque de hecho goza de un cierto nivel de eficacia. A pesar de haber intentado expulsar a la eficacia por la puerta de la norma hipotética fundamental, Kelsen lo reconoce en varias ocasiones: “la eficacia se encuentra, como condición de la validez, estatuida en la norma fundante básica”.⁹

Esta realidad suele expresarse apelando a la regla de reconocimiento formulada por Hart, una regla que “sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho”.¹⁰ Es decir que, en último término, es el comportamiento de las instituciones y de los propios ciudadanos y, por tanto, una práctica consuetudinaria lo que sostiene la entera normatividad del sistema. El derecho “es esencialmente un lenguaje: un mundo de signos y significados... es decir, de actos y documentos lingüísticos que funcionan como derecho en tanto en cuanto su función normativa es socialmente compartida y reconocida como vinculante”.¹¹ Algún autor ha

⁸ Atienza, M. y Ruiz Manero, J., “La regla de reconocimiento”, *Constitución: problemas filosóficos*, cit., nota 7, p. 114.

⁹ Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, trad. de R. J. Vernengo, México, UNAM, 1986, p. 127. Véase también p. 224.

¹⁰ Hart, H., *El concepto de derecho*, trad. de G. Carrió, México, Editora Nacional, 1980, p. 137.

¹¹ Ferrajoli, L., *Principia iuris...*, cit., nota 4, cap. 12.1.

recurrido expresamente a esta regla de reconocimiento para fundar el principio de jerarquía normativa.¹²

Ahora bien, conviene recordar que la regla de reconocimiento presenta un contenido redundante respecto del derecho positivo que sostiene o fundamenta, de manera que a la postre los criterios de superioridad o jerarquía que proporcione han de ser los que efectivamente se observen en el sistema. Por ejemplo, la práctica social puede consistir en atribuir a la ley el “poder absoluto y perpetuo”, en cuyo caso difícilmente diríamos que existe una norma superior para el legislador; o puede consistir en reconocer como nulas o inaplicables las normas que vulneren lo prescrito en otra u otras normas; o, en fin, puede consistir en establecer trámites especiales para la reforma de determinados preceptos. Pero con ello el concepto de supremacía se convierte en un concepto jurídico positivo, y la regla de reconocimiento en una noción superflua: la existencia de relaciones jerárquicas dependerá de lo que establezca cada sistema particular y tendrá el alcance que el mismo prevea. La cuestión teórica parece consistir entonces en dilucidar un criterio que proporcione sentido y utilidad a la noción de supremacía.

Tras examinar los diferentes criterios que suelen auspiciar los juristas, Ruiz Miguel propone un significado mínimo: “un determinado tipo de norma es superior... cuando es considerado... como formalmente superior... teniendo como única consecuencia necesaria el deber” de acatamiento, pero sin ninguna condición ulterior como pueda ser la existencia de un mecanismo de fiscalización, especiales procedimientos de reforma, etcétera. Un deber desnudo que “en el peor de los casos, no carece de valor simbólico”¹³. A eso se reduciría la supremacía constitucional, a poder mantener que la Constitución es la norma suprema del sistema, aunque la ley ordinaria pueda desconocerla sin mayores consecuencias, aunque ningún procedimiento o jurisdicción pueda tutelarla; una suerte de deber moral carente de toda garantía.

Dado que la regla de reconocimiento puede tener cualquier contenido, tampoco hay que descartar la posibilidad de este significado mínimo. Con todo, resultaría un poco sorprendente que la práctica social consis-

¹² Me refiero a A. Ruiz Miguel: “tal asunción (de la superioridad de la Constitución) sólo puede consistir en que la Constitución y el sistema que ella fundamenta son regularmente eficaces en conjunto”, “El principio de jerarquía normativa”, *cit.*, nota 7, p. 106.

¹³ *Ibidem*, pp. 104 y 105.

tiera en que la norma *A* debe acatamiento a la norma *B*, pero que ello no es obstáculo para que la primera derogue a la segunda,¹⁴ y de hecho me parece que en este caso los juristas difícilmente estarían dispuestos a ver entre ambas normas una relación de jerarquía. Pero es que, además, un significado así no parece que pueda escapar de la tautología: una norma superior es una norma superior y eso significa *sólo* que debe ser acatada por la inferior, esto es, significa sólo que una norma superior es una norma superior.

Para huir de la tautología Guastini propone seguir un camino inverso: “no es que la invalidez de una fuente se infiera de su inferioridad jerárquica, previamente constatada, sino al contrario la inferioridad jerárquica de una fuente se infiere del hecho de que está destinada a sucumbir cuando entra en conflicto con otra fuente”. En concreto, hay dos tipos de normas que anuncian la existencia de una relación de jerarquía: *a*) aquellas que disponen que una cierta fuente (la legislación, por ejemplo) no puede formular regulaciones que lesionen los preceptos derivados de otra fuente (la Constitución), y *b*) aquellas que confieren a una autoridad judicial el poder de desaplicar o anular las normas de las fuentes inferiores que resulten contradictorias con las superiores. Pero insisto, para el autor italiano en realidad no es que las normas superiores prevalezcan sobre las inferiores, sino que, al contrario, cuando una norma prevalece decimos de ella que resulta superior.¹⁵ La diferencia de enfoque merece subrayarse: la estrategia no consiste en identificar previamente a la norma superior para postular luego que debe imponerse en caso de conflicto, sino que calificamos como superior aquella norma a la que no se puede contradecir válidamente.¹⁶

Desde esta perspectiva, resulta que la predicada supremacía constitucional, más que concebirse como un presupuesto, tiende a presentarse como una consecuencia del modo de articular la reforma y la garantía. Dicho de otro modo, cuando una norma prevalece sobre otra, no pudiendo ser reformada por ella y/o cuenta con protección jurisdiccional, es se-

¹⁴ Es más, cabría preguntarse qué tipo de actos permitirían vislumbrar una práctica social de reconocimiento como la comentada, pues más bien parece que todos los actos institucionales se encaminarían en sentido contrario, es decir, en el sentido de que la norma *A* no debe ningún acatamiento a la *B*.

¹⁵ Guastini, R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milán, Giuffrè, 1998, pp. 124 y 125.

¹⁶ De otra opinión es Ruiz Miguel, A., “El principio de jerarquía normativa”, *cit.*, nota 7, pp. 95 y 96.

ñal de que se halla en una relación de superioridad jerárquica. Las instituciones de reforma han de asegurar que la ley no pueda establecer disposiciones contrarias a la Constitución; las de garantía han de asegurar que, si ello sucede, el propio sistema sea capaz de depurar las infracciones. Por eso, es muy corriente decir que una Constitución sólo es norma suprema si se muestra rígida frente a su reforma y garantizada frente a su infracción. Intentaré examinar sucesivamente ambas cuestiones.

Ciertamente, la rigidez constitucional, es decir, las especiales dificultades que se establecen para que los poderes constituidos y, en particular, la mayoría parlamentaria puedan acometer la reforma del texto, es un factor de fortalecimiento de la Constitución; es más, no resulta infrecuente considerar a la rigidez, no como una garantía, sino como un rasgo estructural de la Constitución: “las Constituciones son rígidas por definición, en el sentido de que una Constitución no rígida no es en realidad una Constitución sino una ley ordinaria”.¹⁷ Sin embargo, a mi juicio, una Constitución flexible sigue siendo —o puede seguir siendo— una norma suprema que debe ser respetada.¹⁸ Una cosa es violar la Constitución y otra reformarla.¹⁹ En cierto modo, la diferencia se aprecia ya en los autores de *El Federalista*, cuyos comentarios a propósito del artículo V de la Constitución, relativo a la reforma, plantean siempre el problema de si es más o menos conveniente facilitar la futura enmienda del texto, pero sin poner nunca en cuestión el tema de la supremacía: el pueblo conserva en todo momento su derecho a cambiar la Constitución, pero de aquí no cabe deducir “que los representantes del pueblo estarían autorizados por esta circunstancia para violar las previsiones de la Constitución vigente”.²⁰ Así que resulta factible que la mitad más uno de los legisladores conser-

¹⁷ Ferrajoli, L., *Principia iuris, cit.*, nota 4, cap. 13.17. También para J. Aguiló la superior jerarquía de la Constitución es el resultado de la conjunción de dos condiciones: 1) la codificación de las normas fundamentales; y 2) “el procedimiento para la reforma o derogación está fuera del alcance del legislador ordinario; o, lo que es lo mismo, es un procedimiento agravado...”, “Sobre la Constitución del Estado constitucional”, *Doxa*, 24, 2001, p. 441.

¹⁸ Como advertía I. de Otto, “una Constitución flexible... es también una norma superior si se exige que esa reforma por la vía ordinaria se haga de forma expresa”, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 62.

¹⁹ Véase Guastini, R., “La Constitución como límite a la legislación”, en Carbonell, M. (ed.), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 51 y 52.

²⁰ Hamilton, A., *El Federalista*, trad. de G. R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, cap. 78, p. 334.

ven el derecho a cambiar la Constitución sin por ello dejar de estar sometidos a la misma; basta con establecer como única regla de reforma la de que ésta se realice de manera expresa. Queda así roto el binomio supremacía-rigidez: la ley posterior no deroga a la Constitución anterior, salvo que expresamente se proponga su modificación.

Esta posición ha merecido la censura de J. C. Bayón, quien me reprocha una doble confusión: no tener claro qué es una Constitución flexible, y tener menos claro aún el concepto de supremacía. Antes de replicar quisiera, sin embargo, comentar una primera confusión, pero esta vez de mi amable crítico: desde luego, no pongo en duda su buena fe, pero desfigura por completo mi argumento al atribuirme la opinión de que una norma constitucional (o superior) sigue siéndolo aunque pueda ser modificada *exactamente* por el mismo procedimiento que cualquier otra ley, es decir, “*sin* la exigencia de que la reforma se haga de manera expresa”.²¹ No le parece a Bayón que esta interpretación sea abusiva. Baste decir que es equivocada;²² parece obvio que si el criterio cronológico opera sin restricción alguna resulta imposible hablar de supremacía; para que la ley posterior no derogue tácitamente a la anterior es precisa alguna condición suplementaria; cuando menos, que se excluya justamente la derogación tácita estableciendo que la derogación o modificación haya de ser expresa.

La primera observación de Bayón —por lo demás ociosa si es que en verdad yo hubiera sostenido la opinión que me atribuye— es que en todo caso la modesta exigencia de reforma expresa convierte a la Constitución en un documento rígido, de manera que la afirmación de que “una Constitución flexible puede ser una norma suprema” resultaría insostenible: el carácter expreso de la reforma sería entonces condición de la supremacía

²¹ Bayón, J. C., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Betegón, J. *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 133.

²² El texto objeto de crítica contenía las siguientes afirmaciones: “la diferencia reside en el carácter expreso y solemne del acto de reforma” (p. 151); “la ley tiene un carácter inagotable... donde unas normas se superponen a otras, derogándolas de modo tácito... la Constitución (flexible) pone fin a esta práctica... (al) impedir las derogaciones tácitas” (pp. 152 y 153); “tan sólo me parece indispensable exigir que la decisión se tome de forma expresa y solemne” (p. 154); “que esa reforma se realice de manera consciente y formal” (p.173). Todas las referencias corresponden al ya citado *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *cit.*, nota 5. No sé si podría haberlo dicho de manera más clara, pero no más reiterativa.

pero, al propio tiempo, representaría también una prueba de rigidez. Tiene razón Bayón al decir que esta discrepancia puede considerarse meramente verbal: aclarada la cuestión, esto es, que la reforma ha de ser expresa, poco importa adscribir esta condición al mundo de las Constituciones flexibles o al de las rígidas. No obstante, el asunto merece un breve comentario.

La dicotomía rigidez-flexibilidad puede entenderse a la manera de todo o nada, o bien como expresión de una escala gradual. En el primer caso, Constitución rígida es toda aquella que establece para su reforma al menos una condición distinta de las condiciones ordinarias previstas para la producción de las leyes: desde la absoluta intangibilidad a la simple exigencia de un breve plazo de reflexión y ulterior decisión, pasando por las múltiples exigencias que pueden arbitrar los derechos positivos, incluida desde luego la reforma expresa; mientras que sería flexible aquel documento que sencillamente pudiera ser reformado del mismo modo que la ley. Aunque también cabría la óptica contraria: llamar flexibles a todas las Constituciones que de algún modo contemplan la posibilidad de su reforma, y reservar el calificativo de rígidas para aquellas otras que sencillamente impiden toda reforma, es decir, que resultan intangibles. La concepción gradual, en cambio, sugiere que rigidez y flexibilidad vienen a expresar una continuidad, como gordo y flaco, alto y bajo, etcétera; así que entre el modelo de Constitución absolutamente rígida (intangible) y el de Constitución absolutamente flexible (carente de toda defensa frente a la reforma o derogación) se situarían las distintas experiencias constitucionales.

Tengo la impresión de que en el lenguaje de los juristas generalmente se reconoce el carácter gradual de la rigidez, pero no el de la flexibilidad.²³ Dicho de otro modo, se denominan flexibles sólo aquellas Constituciones que pueden alterarse exactamente por el mismo órgano y mediante idéntico procedimiento que el habilitado para la ley ordinaria, mientras que serían rígidas todas las demás, aunque eso sí, más o menos

²³ Esta fue ya la posición de Bryce, J., *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, estudio preliminar de P. Lucas Verdú, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 12 y 13. Precisamente dice J. Aguiló que “suele considerarse” que la terminología de Bryce no es la más adecuada porque mientras “en el lenguaje natural los términos flexible/rígido hacen referencia a una propiedad continua o graduable, él los usa en un sentido no graduable”, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, *Doxa*, 26, 2003, p. 301.

rígidas.²⁴ Sin embargo, este punto de vista no me parece el más correcto porque termina agrupando bajo un mismo concepto (rigidez) a documentos absolutamente dispares: una Constitución *poco* rígida se parece mucho más a una Constitución flexible que a una Constitución intangible y ello creo que tanto desde una óptica jurídica como política.²⁵ Criticar global e indiscriminadamente al constitucionalismo usando un concepto tan amplio de rigidez puede resultar así más fácil, pero al precio de no tomar en consideración aspectos relevantes.

Por eso, y reiterando que estamos ante una cuestión clasificatoria, creo preferible extender la idea de gradualidad tanto al concepto de rigidez como de flexibilidad, de modo que, al igual que se reconoce que unas Constituciones son más rígidas que otras, se reconozca también que el grado de flexibilidad resulta variable. Es verdad que, aun relativizada la distinción, la pregunta surge al instante: ¿dónde situar la frontera convencional entre flexibilidad y rigidez? Creo que hay buenas razones para adoptar el siguiente criterio general: una Constitución es rígida cuando ha de ser reformada por un sujeto distinto (referéndum, asamblea convocada al efecto, intervención de varios sujetos colegisladores) o mediante una mayoría cualificada; y es flexible cuando la misma mayoría que aprueba las leyes puede aprobar también la reforma, aun cuando se deba de seguir un procedimiento diferente; por ejemplo, que la modificación haya de ser expresa. El artificio que es el derecho admite cualquier combinación. Y creo que merece la pena mantener este enfoque porque, como dije antes, la característica fundamental de la democracia parece consistir en que (todas) las decisiones políticas se adopten por la mitad más uno de los consociados; más exactamente, en una democracia representativa, por la mitad más uno de los miembros del Parlamento. Mientras que es propio de las Constituciones (rígidas) sustraer a esa mayoría determinadas decisiones. Por eso, dado el sentido político de la distinción, me parece más comprensible decir que una Constitución cuya reforma puede

²⁴ Véase a título de mero ejemplo García Pelayo, M., *Derecho constitucional comparado*, 5a. ed., Madrid, Revista de Occidente, 1959, cap. V, 5, p. 129; Pérez Serrano, N., *Tratado de derecho político*, Madrid, Civitas, 1976, p. 471; Vega, P. de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 50.

²⁵ R. Guastini, parece ser de una opinión coincidente cuando dice que “una Constitución puede ser más o menos rígida, más o menos flexible”, “Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano”, *Estudios de teoría constitucional*, cit., nota 19, p. 189.

ser emprendida por el legislador ordinario es una Constitución flexible, aun cuando se requiera su carácter expreso.²⁶

La segunda crítica de Bayón viene a denunciar mi confusión entre los conceptos de jerarquía lógica o kelseniana y de jerarquía jurídica o positiva. La verdad es que en el texto criticado no existe referencia alguna a este aspecto, pero al parecer dicha confusión tendría su origen en un pasaje de Guastini, del que yo simplemente citaba la referencia, sin reproducir ni comentar.²⁷ Si interpreto bien al profesor italiano, las normas (constitucionales, pero también legales) que regulan las condiciones de validez de otras normas pueden ser derogadas y, en un régimen de Constitución flexible, pueden ser derogadas por leyes ordinarias; pero, mientras se mantengan vigentes, resultan violadas por aquellos actos normativos que se separan de sus prescripciones: los actos normativos, que son conductas y no normas, violan y no derogan a las normas que regulan su producción. La consecuencia es que, incluso en un modelo de absoluta flexibilidad, “es inválida la ley que haya sido creada de manera disconforme con las previsiones constitucionales”.²⁸

Ciertamente, jerarquía formal y jurídica son cosas distintas, si bien no es del todo ocioso recordar que las normas que regulan las condiciones de validez de otras normas tienden a postularse como jerárquicamente superiores (en sentido jurídico) a las normas cuya producción regulan o, al menos, tienden a postularse como parámetros para enjuiciar la validez de esas otras normas. Este es, por ejemplo, el sentido del famoso “bloque de constitucionalidad” sobre el que han corrido ríos de

²⁶ La opinión no es tan insólita. Expresamente la comparte V. Ferreres, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, 23, 2000, p. 30, nota 2; y también parece compartirla Aguiló, J., “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, *cit.*, nota 23, p. 302, nota 21.

²⁷ Es el siguiente: “la derogación o la abrogación de una norma y la violación de una norma (no previamente derogada) son cosas totalmente distintas. Ciertamente, la Constitución, si es flexible, puede ser derogada por la ley, pero lo que sostengo es que el legislador no puede simplemente violarla mientras esté vigente; si no desea observar la constitución, debe primero cambiarla”, “La Constitución como límite a la legislación”, *cit.*, nota 19, p. 52.

²⁸ Guastini, R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, *cit.*, nota 15, p. 123. Una norma “es válida cuando ha sido producida conforme a las normas (estructuralmente superiores) que regulan su creación y cuando no es incompatible con las normas (materialmente superiores) que condicionan su contenido”, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, *cit.*, nota 7, p. 382.

tinta doctrinal y jurisprudencial. No procede detenerse en la cuestión, pero, como observa M. Gascón, esa idea del bloque de constitucionalidad revela que no todas las leyes comparten el mismo régimen de validez,

...puesto que algunas... para ser válidas, además de ser conformes con las normas constitucionales, han de respetar también lo prescrito por las “normas interpuestas”, que formalmente son leyes. Lo que pone de manifiesto que las “normas interpuestas”... son “normas sobre la producción jurídica” que condicionan la validez de otras leyes.²⁹

En cualquier caso, aclarado el asunto de la flexibilidad, no sé si la segunda observación crítica de Bayón mantiene algún sentido. Las normas constitucionales que establecen las condiciones de la reforma son normas sobre la producción jurídica y, por tanto, se encuentran en una relación de jerarquía lógica (estructural, kelseniana) respecto a las leyes que ejecutan la reforma. En un modelo de absoluta flexibilidad tales condiciones no pueden ser otras que las propias de la ley, cuya violación como sabemos, en opinión de Guastini, acarrea la invalidez. Pero esas mismas normas, desde el momento en que introducen alguna peculiaridad en el procedimiento, representan al propio tiempo la expresión de una jerarquía jurídica: si una ley ordinaria contrastante con la Constitución decimos que resulta inválida es justamente porque en su producción no se han observado las condiciones especiales requeridas para modificar o derogar el correspondiente precepto constitucional. Como hemos visto, cabe concebir una jerarquía lógica sin jerarquía jurídica; por ejemplo, una ley que distribuya competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas o, en general, una ley del bloque de constitucionalidad. Pero me parece que no puede decirse lo mismo a la inversa: si en caso de conflicto la Constitución anterior prevalece sobre la ley posterior es señal de que existen condiciones particulares que la ley ordinaria no reúne; y de ahí que una cosa sea reformar la Constitución y otra violarla. Por ello, cabe decir que la exigencia de reforma expresa representa una condición formal relativa al modo de producción de las normas, pero que constituye también un rasgo de la supremacía jurídica de la Constitución por cuanto viene a excluir el juego del mero criterio cronológico.

²⁹ Gascón, M., “El sistema de fuentes del derecho español: constitución y principio de legalidad”, en Betegón, J. *et al.*, *Lecciones de teoría del derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 295.

Todo esto puede parecer un ejercicio simplemente especulativo, pero pienso que no es así, que es jurídica y políticamente importante: lo primero porque mientras no medie una ley de reforma la Constitución será norma segura y vinculante para todos, incluido el legislador. El problema del puro criterio cronológico (la ley posterior deroga a la Constitución anterior) no es sólo el de una pérdida de fuerza normativa, sino el hecho de que al cabo de poco tiempo resultaría imposible conocer cuál es la Constitución vigente, pues es bien sabido que las modificaciones o derogaciones tácitas se prestan siempre a múltiples interpretaciones. Por ello, cabe añadir que sería una sanísima práctica de racionalidad normativa reducir al mínimo las derogaciones tácitas, incluso entre las leyes. Y lo segundo porque el trámite de reforma implica asumir una carga de deliberación, transparencia y generalidad que obviamente no tiene la violación más o menos inadvertida; si el Parlamento puede sencillamente desconocer la Constitución, ni siquiera estará llamado a justificar las decisiones que se aparten de la misma, y me parece que ese esfuerzo de justificación es lo menos que se puede pedir a una democracia que tanto presume de deliberativa. Resulta curioso, pero tengo la impresión de que muchas veces la supremacía que el Parlamento recaba para sí mismo en nombre del principio democrático no se traduce en una pretensión de reforma constitucional —lo que sería lógico— sino más bien en una pretensión de (suprema) interpretación constitucional, precisamente en polémica con la interpretación que hacen los jueces

Rigidez y supremacía son, pues, cuestiones diferentes y por eso deben separarse cuidadosamente las críticas a la rigidez constitucional de las críticas a la superioridad;³⁰ como he intentado mostrar, una Constitución puede ser tan flexible como para permitir su reforma mediante la regla fundamental de la democracia y no por ello dejar de existir como norma

³⁰ Y, por consiguiente, deben distinguirse también las objeciones a la rigidez de las que puedan formularse a la justicia constitucional, cosa que con frecuencia no se hace cuando se critican ambas cosas indiscriminadamente; mejor dicho, se viene a rechazar la existencia de una justicia constitucional justamente *porque* la Constitución es rígida. Por eso dice con razón V. Ferreres que en un marco de Constitución flexible, donde la reforma requiera tan sólo lo indicado en el texto, es decir, carácter formal y expreso, “la objeción democrática en contra de la institución del control judicial de las leyes prácticamente se evapora”. *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 44.; esto es, una Constitución flexible resulta perfectamente democrática, y así lo ve también Laporta, F., “El ámbito de la Constitución”, *cit.*, nota 3, p. 469.

suprema. Sin embargo, recordemos que hay un segundo síntoma de las relaciones de jerarquía, que es la existencia de procedimientos que permitan desaplicar o anular las normas inferiores que resulten contradictorias con la superior. De ahí que sea corriente decir que “la invalidez de las leyes que estén en contraste con la Constitución postula la existencia de alguna forma de control sobre la conformidad de las leyes a la Constitución. *En ausencia* de un control como ese, la rigidez está, por así decirlo, *proclamada, pero no garantizada*”.³¹

Esta idea, que la existencia de alguna fórmula de justicia constitucional se halla conectada a la supremacía constitucional ha sido también objeto de crítica por parte de Bayón, que me reprocha —aunque parece que esta vez estoy en compañía de la mayor parte de la cultura jurídica— la presunta tesis de que “el control de constitucionalidad es el *presupuesto* de la supremacía de la Constitución y que la relación entre ambos sería de carácter *conceptual*”.³² Mi interlocutor, tras reconocer que aquí se enfrentan dos esquemas conceptuales diferentes, considera preferible “decir que una Constitución es suprema si, como parte de la práctica de reconocimiento existente, se acepta efectivamente que los preceptos de la Constitución son obligatorios para el legislador y que las leyes que la contradigan son inválidas, aunque el ordenamiento niegue a los jueces cualquier posibilidad de control y les obligue a aplicarlas”.³³

Ciertamente, y al margen de preferencias, ya he dicho que no existe ninguna “necesidad lógica” de una justicia constitucional y existen experiencias que así lo indican: el control puede ser político e incluso el sistema puede carecer de cualquier forma de fiscalización sobre la normativa

³¹ Guastini, R., “Rigidez constitucional...”, *Estudios de teoría constitucional, cit.*, nota 19, pp. 193 y 194 (la cursiva es del autor). Yo mismo he escrito que la justicia constitucional es el corolario de la supremacía constitucional, *Justicia constitucional y derechos fundamentales, cit.*, nota 5, p. 153.

³² Bayón, J. C., “Democracia y derechos...”, *cit.*, nota 21, p. 137. Y ello a pesar de reproducir a renglón seguido mi afirmación de que “la justificación de un control de constitucionalidad no debe apelar a la lógica, sino a consideraciones prácticas”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales, cit.*, nota 5, p. 156.

³³ Véase J. C. Bayón en las obras citadas en la nota anterior. El autor no profundiza aquí en esta idea, pero, si he entendido bien, significa que el esquema conceptual preferible consiste en concebir a la Constitución como una norma obligatoria cuya infracción genera la invalidez de las leyes; aunque, eso sí, sin que ni la obligación ni la invalidez puedan ser hechas valer ante jurisdicción alguna. Como se ve, algo bastante cercano al significado mínimo de superioridad que antes comentamos.

inferior, de manera que si, por ejemplo, la Constitución estableciese que la ley deberá hacerse de cierta manera o que no podrá tener determinado contenido, las leyes que vulnerasen tales condiciones serían, sin embargo, válidas, obligatorias y aplicables en la medida en que no se hubiese arbitrado ninguna institución o mecanismo para sanar el vicio; o incluso si, habiéndose arbitrado formalmente, fuera costumbre hacer caso omiso de sus exigencias. Los juristas que se encargan de describir cómo funciona efectivamente un sistema jurídico suelen decir que entonces opera una especie de “cláusula alternativa tácita”, hallazgo kelseniano cuyo efecto taumatúrgico consiste en considerar permitido lo que estaba prohibido,³⁴ o que la ley es válida en el sentido de obligatoria e inválida en el sentido de perteneciente.³⁵ Pero los no juristas, e incluso muchos juristas, suelen decir en ese caso que la Constitución carece de fuerza normativa, que es simplemente un *papel* político llamado a desempeñar una función simbólica.

Por motivos seguramente diferentes a los de Bayón, también Ferrajoli insiste en tratar la garantía como un asunto enteramente separado de la normatividad y supremacía constitucionales. Para el autor italiano, la inexistencia de un sistema de garantías constitucionales equivale a una *laguna* que, hablando por ejemplo de derechos fundamentales, da lugar a una categoría particular, la de los *derechos débiles*, que son derechos efectivamente existentes ni normativos, aunque “no garantizados y por tanto inaplicables”. De donde nace “una *obligación constitucional* por así decir *meta-normativa*” consistente en introducir las necesarias garantías y eliminar las correspondientes lagunas.³⁶ Lo que significa que las garantías no representan propiamente un presupuesto de la Constitución, sino más bien una consecuencia reclamada por la plena realización del programa normativo que la Constitución encarna.

Se comparta o no esa obligación meta-normativa, lo que parece (casi) universalmente aceptado es que la competencia de los jueces para aplicar

³⁴ De Kelsen véase, por ejemplo, “El concepto de orden jurídico”, trad. de M. I. Azarretto, *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, p. 103.

³⁵ Véase Bulygin, E., “Sentencia judicial y creación de derecho”, en Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 355 y ss.; Nino, C. S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 262 y ss.

³⁶ Ferrajoli, L., *Principia iuris, cit.*, nota 4, cap. 12.14.

la Constitución y ejercer un control sobre la ley representa un elemento cualificador que implica una auténtica *mutación* respecto de aquellos sistemas jurídicos que cierran el paso a esa posibilidad.³⁷ Es más, incluso para quien defiende un significado mínimo de superioridad, cabe decir que si bien pueden existir Constituciones y relaciones de jerarquía sin un sistema de garantías, no ocurre igual a la inversa: “el criterio de la fiscalización judicial es el único que parece que funciona como indicio seguro de la existencia de una relación de superioridad jerárquica”.³⁸

Otra cuestión es determinar cuál es el modelo óptimo de justicia constitucional, o cuál el más deferente con la autonomía política del legislador democrático. Como es sabido, suelen enfrentarse dos modelos: el llamado norteamericano o de jurisdicción difusa en el que todos los jueces aplican directamente la Constitución para la solución de las controversias ordinarias, pudiendo entonces desaplicar la ley cuando resulte contrastante, y todo ello con los efectos singulares o limitados al caso concreto propios de una sentencia; y el denominado de jurisdicción concentrada donde un órgano especial —el Tribunal Constitucional— viene llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes de modo abstracto, es decir, mediante un recurso directo y al margen de los casos concretos de aplicación de la ley, dictando sentencias con valor general o *erga omnes*. En pocas palabras, en el primer modelo, y aunque parezca redundante, los jueces actúan como jueces que hacen uso de la Constitución, cuando venga al caso, del mismo modo que hacen uso del resto del ordenamiento; mientras que en el segundo los jueces actúan como legisladores, bien que negativos, dado que sus decisiones ostentan el mismo alcance general que las leyes. Históricamente, la adopción de uno u otro modelo en forma alguna ha respondido a simples preferencias “técnico-jurídicas”, sino que ha venido determinada por circunstancias políticas y concepciones ideológicas de profundo calado.³⁹ Pero la verdad es que hoy resulta difícil encontrar modelos puros y el derecho comparado ofrece ejemplos heterogéneos donde se combinan técnicas y procedi-

³⁷ De mutación habla Cruz Villalón, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 27. De “salto cualitativo” hablaba yo en el texto criticado por Bayón, *Justicia constitucional...*, *cit.*, nota 5, p. 155.

³⁸ Ruiz Miguel, A., “El principio de jerarquía normativa”, *cit.*, nota 7, p. 104.

³⁹ Como intenté mostrar en el capítulo I de mi *Justicia constitucional...*, *cit.*, nota 5, pp. 80 y ss.

mientos de distinto origen. En particular, se advierte una tendencia que pudiéramos llamar sincrética consistente en combinar elementos procedentes de ambos modelos en el seno de un mismo sistema jurídico; por ejemplo, en Europa actualmente los tribunales constitucionales conviven (no sin dificultades) con una jurisdicción ordinaria que en modo alguno rehúsa la aplicación de la Constitución.

En la cultura jurídica europea se mantiene una predilección hacia el sistema de jurisdicción concentrada ideado por Kelsen para la Constitución austriaca de 1920; y muy recientemente Ferrajoli sigue escribiendo que “sin duda éste es el más eficaz”.⁴⁰ Creo no estar de acuerdo: no sólo no me parece el más eficaz, sino que diría incluso que resulta de dudosa eficacia para la protección de los derechos Y, por otro lado, puestos a ser deferentes con el legislador, el sistema de jurisdicción difusa puede considerarse más respetuoso con la ley. Resumiré algunos argumentos que ya he defendido.

Para empezar, y si se me permite decirlo así, el control abstracto de inconstitucionalidad no es asunto de ciudadanos, sino de políticos: son casi los mismos sujetos o, en todo caso, sujetos políticos muy cualificados quienes puede poner en marcha tanto el procedimiento parlamentario como el recurso directo.⁴¹ De este modo, con frecuencia sucede que el recurso ante el Tribunal aparece como la verdadera culminación de la actividad legislativa. Es verdad que en España existe un recurso de amparo para la protección de los derechos fundamentales al que pueden acceder los ciudadanos, pero los datos son elocuentes: por ejemplo, en el año 2004, el 95.30% de los recursos fue inadmitido sin un pronunciamiento sobre el fondo, dictándose tan sólo 147 sentencias favorables al recurrente.⁴² Pero no es una cuestión de cifras, que tan sólo nos muestran que la mayor parte de los asuntos constitucionales, es decir, de los problemas jurídicos en que se hace presente la Constitución, discurren al margen de

⁴⁰ Ferrajoli, L., *Principia iuris...*, cit., nota 4, cap. 13.18 BA. El autor reprocha al sistema norteamericano la menor separación orgánica del Tribunal Supremo respecto de las instituciones de gobierno, así como su mayor margen de discrecionalidad, origen por ejemplo de una jurisprudencia conservadora en materia de derechos sociales. Por ello, se muestra partidario del modelo concentrado, si bien sugiriendo no pocas reformas garantistas de indudable alcance.

⁴¹ Ciertamente, no puede decirse lo mismo de la llamada cuestión de constitucionalidad que plantean los jueces cuando dudan sobre la legitimidad de una ley.

⁴² *Memoria del Tribunal Constitucional correspondiente al año 2004*, pp. 33 y 56.

la jurisdicción concentrada, como por otra parte no podía ser de otra forma en el marco de un funcionamiento regular del Estado de derecho. Lo decisivo es que una Constitución con un denso contenido material que impregna o irradia sobre el conjunto del orden jurídico y que además se pretende garantizada, sólo puede ser hecha valer a través de los procedimientos ordinarios para la defensa de los derechos e intereses; y los jueces necesariamente han de tomarla en consideración en todos los procesos, junto a la ley, pero con preferencia a la ley.

En este sentido, el modelo de jurisdicción concentrada no deja de ser un cuerpo extraño en el constitucionalismo de nuestros días, un residuo de otra época y de otra concepción (kelseniana) que hurtaba el conocimiento de la Constitución a los jueces ordinarios, justamente por considerar que la Constitución no era una verdadera fuente del derecho y, sobre todo, de los derechos, sino una fuente de las fuentes. La fiscalización abstracta propia de este modelo representa un exponente de una idea y de una realidad constitucional que ya no son las nuestras, de la Constitución como norma organizativa de las instituciones del Estado, interna a la esfera del poder y separada del resto del sistema jurídico; por tanto, controlable sólo por órganos especiales que, en realidad, forman parte del legislativo y no del Poder Judicial aun cuando actúen según formalidades jurídicas. Lo que ocurre es que, al haber superpuesto ese modelo antiguo sobre el esquema por completo diferente de una Constitución material o de derechos, las dudas sobre la legitimidad de unas sentencias que ya no sólo determinan quién y cómo puede hacer la ley, sino también en gran medida qué puede o debe decirse en la ley, se incrementan de modo notable.

Por otra parte, la justicia constitucional llevada a cabo de modo difuso por el conjunto de los jueces tiene una ventaja desde la perspectiva del principio democrático, y es que en ningún caso desemboca en una declaración formal de nulidad de la ley, con lo que no sólo se salvaguarda el criterio mayoritario y la intangibilidad de sus decisiones, sino que la norma sigue vigente para la eventual regulación de otros casos. Así, cuando una ley sea clara y manifiestamente inconstitucional en toda circunstancia, su desaplicación terminará siendo equivalente a la nulidad, pero, en general y en línea de principio, lo que el juez declara es que una ley resulta inadecuada para disciplinar un caso a la vista de que el resultado de su aplicación se muestra contrario a la Constitución, pero sin que ello

prejujgue que en otro caso diferente la misma ley o alguna de sus interpretaciones no puedan ser perfectamente válidas y aplicables.

En resumen, una Constitución más flexible, pero mejor garantizada. Si hay poderosas razones a favor del constitucionalismo, y la primera y no menos importante es precisamente la preservación del procedimiento democrático, la llamada objeción contramayoritaria es un buen argumento contra las fórmulas más rígidas de reforma constitucional, pero no contra la supremacía, que, al fin y al cabo, en este capítulo sólo viene a exigir que esa reforma se realice de manera consciente, expresa y formal, propiciando así el debate y la responsabilidad de los sujetos que participan. Pero, a su vez, esa supremacía creo que tiene como consecuencia indispensable la garantía judicial; no ya, si se quiere, la garantía que brinda el juicio abstracto sobre las leyes, pero sí cuando menos la que proporcionan los jueces en los procesos ordinarios para la defensa de los derechos.

Ciertamente, y como ya señalé más arriba, ni el modelo de reforma ni el tipo de control de constitucionalidad, ambos diseñados en la propia Constitución, pueden considerarse suficientes para predicar la supremacía constitucional, que se basa en una cuestión de hecho: no basta con proclamar, por ejemplo, la intangibilidad del texto y el más amplio y profundo control jurisdiccional si al mismo tiempo no existe por parte de las instituciones una práctica que implique el reconocimiento de esa superioridad jerárquica; y tampoco faltan experiencias históricas, incluso en España, de Constituciones cuyo articulado sugería el mayor de los vigores y que luego resultaban sistemáticamente obviadas por la práctica institucional. Esa práctica de reconocimiento que es fundamento de la Constitución y del entero sistema jurídico puede sin duda reposar de hecho en la opinión pública o en el más amplio consenso social, o incluso apelar directamente al venerable derecho de resistencia. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, que es el punto de vista del *deber ser* fatalmente expuesto a ser infringido, las dos señales más claras de la supremacía constitucional son justamente de naturaleza normativa y se traducen en las instituciones de la reforma y de la garantía: si para la reforma del texto opera sencillamente el criterio cronológico y si ante la violación de la preceptiva constitucional se carece de algún mecanismo de reacción jurídica, si en eso consiste la práctica institucional, resulta casi contraintuitivo seguir sosteniendo la supremacía de la Constitución. E insisto: no es que esta última represente un postulado autorreferente

que reclame de forma necesaria (como necesidad lógica) un determinado modelo de reforma y de garantía jurisdiccional; dicho modelo puede no existir aunque la Constitución se proclame como norma suprema, incluso aunque eventualmente lo sea merced a una suerte de consenso universal de los ciudadanos y de las instituciones; pero sólo cuando existe y es respaldado por la práctica institucional, esa proclamación de superioridad jerárquica viene a representar una cualidad efectiva del sistema normativo.