

RIGIDEZ CONSTITUCIONAL. UN CONCEPTO TORAL

A Jorge Carpizo. In memoriam

Sergio DÍAZ RICCI*

Cada persona es un universo
que convive con terceros universos,
cuya esencia es la misma que la suya:
la dignidad humana.
Jorge CARPIZO

Se presenta a la rigidez constitucional como una consecuencia de la supremacía de la Constitución. Desde el punto de vista político, es exacto: porque se quiere asegurar la supremacía de la Constitución se le da un carácter rígido. Pero, jurídicamente, en tanto la Constitución es rígida, se puede hablar de su supremacía dado que, si ella no fuere rígida no se distinguiría, desde un punto de vista formal, de las leyes ordinarias.

George VEDEL, *Manuel elementaire de droit constitutionel*,
París, Sirey, 1949, p. 117.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Rigidez material y formal*. III. *Concepto*. IV. *Fundamento*. V. *Naturaleza*. VI. *Finalidad*. VII. *Efectos*. VIII. *Reflexiones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

La rigidez constitucional es un elemento de que se vale el constituyente para asegurar políticamente el resultado y perdurabilidad de su obra y jurídicamente para establecer la supremacía del texto constitucional so-

* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Tucuman, Argentina.

bre otras normas. Estas finalidades se buscan alcanzar estableciendo un procedimiento dificultado para modificar, válidamente (o sea, en perfecta continuidad jurídica) las disposiciones constitucionales.¹ En suma, a través de una herramienta procesal se intenta asegurar la permanencia efectiva de la Constitución. Esto es lo que la doctrina constitucional ha denominado “rigidez” constitucional.

Titulamos al epígrafe “rigidez constitucional” porque entendemos que la rigidez alude a una cualidad que se manifiesta en un conjunto de Constituciones que, en la actualidad, componen la casi absoluta mayoría

La rigidez es una característica que solo se puede dar en las Constituciones escritas.² Advirtamos que no existe paralelismo entre la dupla rigidez-flexibilidad, por un lado, y Constitución escrita-Constitución no escrita, por el otro. En efecto, no solo hay rigidez propiamente dicha en las Constituciones escritas pues puede haber flexibilidad también en Constituciones escritas.

Rehusamos el empleo apriorístico de la clasificación de Constituciones rígidas en contraposición a Constituciones flexibles porque ello connota una significación recíprocamente excluyente, una categorización restrictiva de las Constituciones. No creemos que la “rigidez” sirva como criterio de clasificación de Constituciones porque no llega a configurar un tipo constitucional definido en la medida que todas las Constituciones tienen un cierto grado de rigidez en un sentido amplio o político. En efecto, la rigidez en sentido estricto es característica en gran parte de las Constituciones y se encuentra ausente solo en el sistema constitucional británico (o sus imitaciones). Además, estimamos poco útil una clasificación que tenga, por un lado, la casi totalidad de las Constituciones existentes y, por el otro, solo un caso excepcional pues más que una classifica-

¹ En contra Laferriere, Julien, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 2a. ed., París, Editeurs Domat-Montchrestien, 1947, p. 285, y Duverger, Maurice, *Manuel de Droit Constitutionnel et Science Politique*, París, PUF, 1948, p. 200 cit. por Lucas Verdú, *Curso de derecho político*, Madrid, Tecnos, 1981, vol. II, p. 506, quienes citan como caso de rigidez las leyes fundamentales del Reino en la Antigua Monarquía francesa, en su mayor parte consuetudinarias, que no podían ser modificadas por el legislador ordinario, o sea, solo por el rey, sino era necesario contar con el consentimiento de los Estados generales. No creemos que pueda en este caso, hablarse propiamente de rigidez constitucional cuando la calificación de “fundamental” las leyes del Reino, así como la oportunidad de su convocatoria y el procedimiento para recabar en consentimiento, estaba librado a las reglas ordinarias. Además, no estamos en presencia de una Constitución en sentido moderno.

² Véase Díaz Ricci, Sergio, “Sentido y valor de una Constitución escrita”, *Revista Jurídica*, núm. 9, invierno de 2005, pp. 164-197.

ción (relación entre conjuntos) estamos ante un caso de regla-excepción. Por ello consideramos inútil la distinción Constitución rígida y flexible, porque la rigidez es un atributo jurídico característico de todas las Constituciones escritas, susceptible de presentarse en grados diversos.

La rigidez se refiere a la calidad de rígido de algún objeto. Es la expresión sustantivada del adjetivo rígido característico de alguna cosa. Se califica algo como “rígido” cuando no se puede o resulta difícil, doblar o torcer, es decir, que no es flexible.³ Observamos, por tanto, que es una cualidad que se define negativamente por la ausencia de flexibilidad, por la imposibilidad o dificultad de ser flexible, de doblarse fácilmente, de adaptarse o torcerse. En consecuencia, es un concepto relativo que se relaciona con una cualidad positiva, la flexibilidad, cuando ella no existe o está ausente.

La aplicación de esta terminología en materia constitucional es obra del autor irlandés James Bryce que en 1901, en su trabajo *Studies in History and Jurisprudence*,⁴ propuso clasificar las Constituciones en flexibles y rígidas. Ésta se basa en la facilidad o dificultad que existe para modificar la Constitución.

Las constituciones de tipo más antiguo —expresa Bryce— pueden llamarse flexibles, porque poseen elasticidad y se adaptan y alteran sus formas sin perder sus caracteres principales. Las constituciones del tipo más moderno —añade— no poseen esta propiedad porque su estructura es dura y fija. Por lo tanto, no hay inconveniente en darles el nombre de constituciones rígidas.⁵

El criterio clasificatorio de esta distinción está dado por el valor de la fuente de normación constitucional, es decir, se corresponde con la pregunta de quién está legitimado para dictar normas constitucionales. Mientras el sistema flexible no reconoce una jerarquía en las fuentes de derecho, el sistema rígido se funda en un principio jerárquico de las fuentes de derecho.

³ Cfr. Moliner, María, *Diccionario de uso del español*, Madrid, Gredos, p. 104; Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Espasa Calpe, 1984, vol. II, p. 1190.

⁴ Véase Bryce, James, *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1901, t. I, pp. 145 y ss.

⁵ Cfr. Bryce, James, *Constituciones rígidas y flexibles*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963 (2a. ed. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú), p. 26; Carl J. Friedrich crítica la expresión “rígida” empleada “En realidad —propone— sería mejor denominarla Constitución ‘firme’, ya que el adjetivo ‘rígida’, prejuzga, intencional o accidentalmente, el caso” (*Gobierno constitucional y democracia*, Madrid, I.E.P., 1975, vol. I, p. 287).

Esta denominación merece las críticas que arriba hicimos a este género de clasificación puesto que se reduce a efectuar la descripción de un tipo único —la “Constitución inglesa”— por un lado, y el resto de las Constituciones, por el otro. Además emplea un método epistemológicamente contradictorio. En efecto, basa su construcción conceptual sobre el sistema constitucional británico —que califica de flexible—, pero lo analiza desde criterios ajenos al mismo que extrae de los sistemas constitucionales que acusan rigidez. En alguna medida su intento corresponde a lo que Lucas Verdú calificó como la “pretensión formalista de explicar unitariamente la naturaleza de la flexibilidad desde la rigidez”.⁶ Una Constitución es flexible porque no existe impedimento alguno —como lo hay en los sistemas rígidos— para que el orden constitucional establecido sea modificado por la vía legislativa ordinaria o por la formación de nuevas costumbres. En efecto, el sistema constitucional inglés, tomado como eje de la reflexión de Bryce, es susceptible de ser alterado por medio de una ley que dicte el omnipotente Parlamento británico (norma legal que será escrita) o a través de la aparición de un nuevo uso que desplace a una norma o a una costumbre constitucionales preexistentes.⁷

En último análisis, en el planteamiento de Bryce —cuya preocupación central es la descripción del orden constitucional británico del cambio de siglo XX— subyace la intención de colocar bajo un mismo manto, según un criterio único, el sistema constitucional inglés junto a las demás Constituciones escritas democráticas. Por eso, calificar de “Constitución” al sistema político inglés responde a la clara intención de asimilarlo a las demás Constituciones, escritas y rígidas, difundidas universalmente. En conclusión, hoy resulta inconsistente la clasificación propuesta por Bryce aunque algunas de sus consideraciones merecen ser tenidas en cuenta.

⁶ *Cfr.* Lucas Verdú, Pablo, *Curso...*, *cit.*, vol. II, p. 599.

⁷ El punto de referencia alrededor del cual gira la exposición de Bryce, es el sistema constitucional inglés al que califica de “flexible” porque este ordenamiento —compuesto de costumbres, usos constitucionales, decisiones judiciales, y algunos documentos constitucionales (tratados, estatutos, cartas y leyes)— puede ser libremente modificados por el Parlamento. El Parlamento es el único órgano con competencia para dictar todo tipo de leyes, cualquiera sea su naturaleza, constitucional u ordinarias, y lo hace a través de un mismo procedimiento legislativo. Si bien existe la práctica que en estos casos se proceda a disolver la Cámara de los Comunes para llevar adelante un proceso electoral en el que la propuesta de modificación será dirimida por el pueblo (indirectamente a través de la elección los representantes de las distintas opiniones), sin embargo, no existe ninguna regla que señale cuándo y bajo qué circunstancias este requisito debe ser cumplido.

II. RIGIDEZ MATERIAL Y FORMAL

El presupuesto fáctico que sostiene la construcción jurídica de la rigidez constitucional es el propósito de introducir modificaciones en la normativa de la Constitución a fin de adecuar la preceptiva constitucional para que siga siendo, en lo concreto, efectiva normación ordenadora de la realidad constitucional. En efecto, el principio de efectividad, sobre el que se funda la existencia misma de la Constitución, determina la necesidad del cambio del texto normativo ante los requerimientos y la presión de una realidad socio-política. La modificación del ordenamiento constitucional reclama una tarea de elaboración normativa (derogando, enmendado, añadiendo preceptos al texto constitucional). En el fondo, como señalamos más arriba, la cuestión jurídica de la rigidez constitucional reside en la determinación de la fuente de la normativa constitucional. De lo expuesto, podemos decir que la “rigidez” en derecho constitucional nos conduce a una cuestión de naturaleza jurídica por lo que se impone diferenciar una noción de rigidez de índole material, de la rigidez en sentido propio de índole jurídico-formal.

- a) En sentido material o político, la rigidez tiene un carácter amplio que no coincide con el concepto de “rigidez” propio de la dogmática constitucional.

La rigidez constitucional en sentido amplio alude a la genérica resistencia que todo sistema constitucional ofrece a las presiones y a las insinuaciones de modificación que provienen de la realidad social, política o económica. Es un fenómeno de naturaleza política dado que la firmeza del sistema constitucional vigente se apoya en la constancia de la voluntad política de los detentadores y destinatarios del poder, y perdurará mientras ésta subsista con fuerza suficiente para mantenerse.⁸ Podemos decir, en este sentido, que la rigidez de un ordenamiento constitucional participa de la permanencia, por voluntad política y por inercia, de su sistema político.

⁸ Véase Miceli, Vincenzo, *Principii di Diritto Costituzionale*, 2a. ed., Milano, Societa Editrice Libreria, 1913, expresa: “Sono appunto questi convencimento che assicurano la stabilita di una Costituzione o di alcune parti assai meglio che non tutti gli altri provvedimenti di carattere formale, poiche essi hanno le loro radici nella coscienza della collettivita, cioe in quelle forze psichiche dalle quali, in ultima analsi, deriva al diritto la sua efficacia a la sua forza imperativa”, pp. 164 y 165.

La duración del orden político se comunica al ordenamiento constitucional dándole resistencia a los cambios.⁹ Todo orden constitucional goza de cierta rigidez y permanencia en cuanto usufructúa de la estabilidad propia de todo sistema político que, naturalmente, no está en continuo cambio.

Pero esta noción de rigidez la encontramos en todas Constituciones, incluso en las predominantemente consuetudinarias y flexibles. Justamente la Constitución inglesa, modelo de Constitución no escrita y flexible, en los hechos, ha sufrido muy pocos cambios en su larga vida, es decir, es la que ofrece un mayor grado de rigidez en este sentido amplio o político.

Desde una perspectiva formal, puede constatarse que una cierta rigidez corresponde a la natural resistencia que toda Constitución escrita —en mayor grado si es codificada— ofrece a las presiones y demandas de la realidad socio-política. “*Formalmente, —enseña Miceli— tutte le Costituzioni sono rigide, come e rigido il diritto. Una costituzioni veramente flessibile non sarebe giudici*”.¹⁰

También, desde otro ángulo, encontramos un elemento rigidez en toda Constitución escrita porque la invariabilidad textual de toda grafía, al fijar los significados, dificulta cualquier cambio de contenido. En este sentido afirma Lucas Verdú que “no hay Constitución escrita flexible, sino sólo rígidas... Habrá, pues, mayor o menor grado de rigidez pero, siempre algo de ella”.¹¹ Además, cierta rigidez se alcanza por la forma codificada de las Constituciones escritas porque, de ese conjunto sistematizado y unificado de principios y normas, se puede extraer respuestas para evitar cualquier proposición de cambio normativo.¹²

Sin duda, todos estos aspectos confluyen a otorgar a una Constitución un cierto grado de resistencia a ser alterada, sin embargo, no se debe confundir esta rigidez con la noción de rigidez propiamente dicha, elaborada por la dogmática constitucional.

En este sentido amplio, todas las Constituciones son en cierto modo rígidas. La rigidez desde este punto de vista constituye un concepto relativo pues no puede haber nunca rigidez absoluta.¹³ Por caso, la modificación de la sedicente “Constitución” inglesa es muy dificultosa en los hechos porque el valor de lo tradicional, fuertemente arraigado en las

⁹ Ver Lucas Verdu, Pablo, *Curso...*, cit., vol. II, pp. 600 y ss.

¹⁰ Cfr. Miceli, V., *op. cit.*, p.163.

¹¹ Cfr. Lucas Verdu, Pablo, *Curso...*, cit., vol. II, p. 595.

¹² Dejamos de lado el fenómeno de la mutación constitucional, sobre lo cual puede verse Díaz Ricci, S., “*Introducción a las mutaciones constitucionales*”, *Revista “Estado & Derecho*”, núm. 21-26, 1998-2000, pp. 93-125.

¹³ Cfr. Miceli, V., *op. cit.*, p. 163.

fuerzas políticas, hace que, en realidad, no se admitan cambios en el sistema constitucional. Es casi una ironía que el ejemplo paradigmático del tipo constitucional flexible (teórico y jurídico), en la práctica, presenta el grado más elevado de rigidez material. Y, sin embargo, en esto, no existe una contradicción, pues, precisamente este caso nos demuestra que esta noción de rigidez existencial o política —pura cuestión fáctica— no se corresponde con el concepto de rigidez constitucional en sentido propio. En efecto, un sentido tan amplio de rigidez es verdaderamente inútil pues, precisamente, como en el caso del sistema constitucional británico mientras, por un lado, presenta la máxima rigidez de hecho o política, por el otro, es tenida por la de máxima flexibilidad formal. Esto es revelador de que este enfoque de la rigidez no se corresponde con lo que en el campo del derecho constitucional se conoce por “rigidez constitucional”.

- b) Lo expuesto nos lleva a analizar el concepto propiamente constitucional de la rigidez que, según lo elaborado por la dogmática constitucional, es de naturaleza jurídico-formal. En efecto, un elemento formal —el procedimiento de reforma agravado— es el que, al dificultar la modificación de los preceptos constitucionales, provoca como consecuencia una relativa invariabilidad del texto de la Constitución, es decir, la rigidez constitucional.

Es necesario dejar señalado que esta categoría conceptual solo es aplicable partiendo del supuesto de una Constitución ya existente, pues, precisamente, debe preceder un texto constitucional que establezca con anticipación las pautas formales sobre las que se funda la rigidez. En efecto, solo preexistiendo una Constitución que tenga establecido un procedimiento de enmiendas con condiciones y requisitos que dificulten su empleo, podrá tener lugar la rigidez constitucional, es decir, la aparición de tal característica en la Constitución.

En el momento de gestación primigenia de una Constitución no existe un procedimiento de elaboración predeterminado por el texto constitucional preexistente simplemente porque aún no existe tal Constitución. En estos momentos liminares de ejercicio de poder constituyente primario no se puede hablar de rigidez pues no existe una Constitución precedente. “*Ces formes particulieres par quoi se caracterissent les lois constitutionnelles* —enseña Laferriere— *n’apparaissent pas toujours dans leurs elaboration premiere*.¹⁴ La rigidez presupone una Constitución porque, desde un punto

¹⁴ Cfr. Laferriere, J., *op. cit.*, p. 284.

de vista lógico, por referirse al momento de modificación o alteración de un documento constitucional demanda la presencia de la Constitución a reformar, por ello es una categoría jurídica que no aparece en el caso de establecimiento de una Constitución de nueva planta.¹⁵

Dentro de este marco conceptual es posible demarcar la rigidez como una cuestión que se relaciona con la producción subsecuente de normas constitucionales. La rigidez es el efecto que sobre una Constitución tiene lugar como consecuencia de los obstáculos que se disponen para entorpecer la producción futura de normas constitucionales, y conduce a revestir al conjunto de los preceptos existentes con una cierta permanencia. El procedimiento de reforma aunque, en principio está dirigido a alterar puntos del ordenamiento constitucional establecido, por exigir requisitos más difíciles de cumplir, produce un efecto indirecto, en sentido opuesto, de rigidizar al texto constitucional existente.

III. CONCEPTO

Una vez hechas estas aclaraciones previas, podemos definir adecuadamente el concepto de rigidez constitucional en sentido propio.

La rigidez constitucional consiste en el efecto de permanencia relativo de los textos constitucionales producido por la disposición de obstáculos procesales que dificultan el mecanismo de elaboración de normas constitucionales, a través de un procedimiento constituyente que se diferencia del legislativo ordinario por su mayor complicación.

La rigidez constitucional es el resultado de la presencia de elementos formales. En efecto, en la medida que para modificar los preceptos constitucionales o, lo que es lo mismo, para el dictado ulterior de normas constitucionales, haya que superar ciertos obstáculos procedimentales, mientras ello no suceda, el documento constitucional existente gozará de una cierta intangibilidad, lo que le confiere al texto de la Constitución existente un alto grado de permanencia.

A veces suele emplearse impropiaemente el término “rigidez” para referirse a la pesadez del *procedimiento de elaboración* de normas constitucionales que por estar sometido a requisitos y condiciones especiales lo hacen más gravoso que el procedimiento legal ordinario. No es esta complicación procesal que interesa a la teoría de la Constitución sino la rigidez

¹⁵ Cfr. Duverger, M., *op. cit.*, p.194, cit. nota 1.

constitucional como efecto sobre *el conjunto de los textos constitucionales*, es decir, sobre la Constitución.

La rigidez constitucional se manifiesta en el procedimiento agravado de reforma constitucional. Sin embargo, la regulación de un procedimiento especial, excede el marco de una mera cuestión de técnica constitucional, pues tiene una serie de implicaciones y produce una variedad de consecuencias que explican que el fenómeno de la “rigidez constitucional” haya atraído la atención de la dogmática constitucional. La importancia de la rigidez constitucional radica en la riqueza y diversidad de *efectos* que se derivan de establecer un procedimiento agravado de reforma constitucional. Teniendo en vista estas consecuencias, Bryce elaboró la categoría de las Constituciones rígidas teniendo en cuenta el grado de dificultad para introducir cambios en la Constitución, esto es, el efecto de rigidez sobre los textos constitucionales que ocasiona el procedimiento establecido para producir los cambios constitucionales.

Desde un punto de vista complementario, vemos que lo que se dificulta es la elaboración de nuevas normas constitucionales sometiénosela al cumplimiento de un procedimiento especial, el que actúa como condición formal para que el producto legislativo obtenido por esta vía, revista la calidad de “constitucional”, es decir, goce de la supremacía jurídica propia de los preceptos constitucionales. “La definición entre Constitución rígida y flexible —enseña Pizzorusso— es aquella que más directamente repercute sobre la calificación de la Constitución como fuente del derecho”.¹⁶

El procedimiento especial de elaboración normativa constitucional, en sí mismo, no produce inmanentemente ningún efecto jurídico, es una condición formal cuyo cumplimiento permite identificar a las normas así obtenidas como “constitucionales”, es decir, reviste a las normas jurídicas de naturaleza constitucional para pasar así a formar parte del texto constitucional. Pero estos nuevos preceptos que se estiman como constitucionales invisten la calidad de normas jurídicas “supremas” en virtud de la supremacía de la Constitución.¹⁷

¹⁶ Cfr. Pizzorusso, Alessandro, “Garanzie Costituzionali”, *Comentario della Costituzione a cura di G. Branca-art.134-139*, Banicelli Editore Bologna, Il foro Italiano Roma, 1981, p. 708.

¹⁷ Véase Díaz Ricci, Sergio, “Supremacía de la Constitución”, en Morodo, Raúl y Vega, Pedro de (dir.), *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor a Pablo Lucas Verdú*, México-Madrid, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, t. II, pp. 895-930.

Para caracterizar la superior importancia, sobre las demás normas jurídicas, de aquéllas que, por expresa voluntad del legislador histórico de la Constitución, valían como normas fundamentales y tenían su expresión en el documento constitucional, —enseña Heller— les fue asegurada en muchos textos constitucionales una alta garantía de permanencia, debían tener una mayor duración y estabilidad que los restantes preceptos jurídicos de la ordenación estatal, subordinados a ellas y de ellas derivados. Por esta razón —concluye diciendo el maestro alemán— muchos textos constitucionales exigían para su modificación, ciertos supuestos especiales y difíciles, y especiales responsabilidades a los órganos del Estado garantizaban su observancia.¹⁸

Solo gozarán de la permanencia que conlleva la rigidez, aquel conjunto de preceptos contenidos dentro de los límites textuales formales de una Constitución. Únicamente respecto de esas normas (en caso de modificación) debe observarse el procedimiento agravado preestablecido. Otras normas aunque traten materia constitucional si no están comprendidas dentro del cuerpo de la Constitución, no serán rígidas pues pueden ser modificadas por el mismo procedimiento establecido para el dictado de normas de su mismo grado o categoría normativo.

IV. FUNDAMENTO

De lo expresado resulta que el procedimiento agravado de reforma encuentra su razón de ser en el principio de supremacía constitucional. Es decir, que la rigidez constitucional halla su fundamento último en el superior valor jurídico de las normas constitucionales preexistentes, cualidad que se atribuye a los preceptos dictados según el procedimiento establecido.¹⁹ Las normas constitucionales subsecuentes se recubren de la misma fuerza especial que goza el resto de las normas constitucionales, jurídica-

¹⁸ Cfr. Heller, H., *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 293.

¹⁹ Actualmente habría que agregar dentro de ésta aquellas normas que a las que se atribuye jerarquía constitucional aunque revisten el carácter de leyes del Parlamento, como las leyes constitucionales en Italia o los tratados de derechos humanos en Argentina (artículo 75, inc. 22, Constitución argentina). Sin embargo, no obstante ser dictados por el Parlamento ordinario, se exige un procedimiento especial de sanción que las distingue de las leyes ordinarias.

mente superiores respecto a las demás normas del ordenamiento jurídico. En otros términos, la observancia del procedimiento formal de revisión establecido permite a las normas elaboradas en su consecuencia, participar de la posición de supremacía jurídico-política de la Constitución.

En efecto, en aquellos sistemas donde la normativa constitucional no goce de supremacía jurídica respecto de las restantes disposiciones legales, es decir, donde no rija el principio *norma superior derogat priori*, la Constitución, será flexible por cuanto no existe obstáculo alguno para ser libremente modificada, por tanto, carece de aquellos requisitos formales para su modificación, los que dan a la Constitución una complejión rígida, haciendo perdurable su texto.

Recordemos que las razones de la supremacía constitucional, de la que deriva la superior fuerza jurídica de las normas constitucionales que justifica la rigidez, es una consecuencia del poder constituyente popular que, ejercido en el marco de una democracia representativa, tiene por objeto asegurar el contenido de la voluntad popular expresada frente a los órganos constituidos representativos.²⁰ “*In realta la funzione dell’aggravamento —expone Mortati— non si adempia per il semplice fatto di rendere piu difficile la formazione della legge costituzionale risultando essa piuttosto dal ricorso a certe particolari difficoltà idonee a conferirle un’impronta di maggiore autorità...*”²¹ En efecto, la supremacía constitucional despliega su efecto normativo en un doble sentido: *a*) uno activo referido a la fuerza innovadora, es decir, a la aptitud de introducir nuevas normas en el ordenamiento constitucional y, por lo tanto, en el ordenamiento jurídico en general (relativo a la reforma constitucional y su procedimiento); *b*) uno negativo —referido propiamente a la cuestión de rigidez que nos ocupa— representado por la fuerza de resistencia frente a actos normativos de grado inferior que la contradijeren.²²

Para Bandeira de Melo:

La aparición de la idea de rigidez denuncia la influencia de dos principios filosóficos: *a*) que la comunidad política se origina en un contrato, el cual es la fuente de las autoridades; *b*) que hay derechos naturales del hombre anterior-

²⁰ Cfr. Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 38-53.

²¹ Cfr. Mortati, C., voz “Costituzione” (Doctrina Generali e Costituzione della Repubblica Italiana)”, en varios autores, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1962, vol. II, p. 188.

²² Cfr. Spagna Musso, Enrico, *Diritto Costituzionale*, Padova, CEDAM, 1979, Vol. I, p. 104.

res a la sociedad, por el contrato social esta se obliga a protegerlos y garantizarlos contra cualquier atentado.²³

La fuente filosófica de la rigidez constitucional, entendida como la supremacía jurídica de las normas constitucionales fundada en un procedimiento especial de reforma, se encuentra en la Escuela de derecho natural y de gentes, al formular la doctrina de contrato social. La Constitución como expresión del contrato social suscrito por todo el pueblo en ejercicio de su poder soberano de autoconstitución, se coloca por encima de todos los poderes estatales instituidos, incluso del Poder Legislativo, creados y organizados por la Constitución. En consecuencia, “*les pouvoirs constitués, et notamment le pouvoir législatif*—enseñan Barthelemy y Duez— *n’existent que par la constitution et dans les limites de celle-ci, il ne leur appartient pas de modifier les conditions de leur existence*”.²⁴ Si los legisladores reciben sus poderes de la Constitución “¿Cómo pueden cambiarla sin destruir el fundamento de su autoridad?” se preguntaba Vattel. Para aventar este peligro se establece un mecanismo que prevenga la posibilidad de atentados por el Legislativo ordinario, manteniendo la Constitución en una posición jurídica superior, fuera de su alcance.

En Norteamérica, la génesis de la rigidez constitucional reconoce, además, otras causas: por una parte, ya en la época colonial las legislaturas coloniales no podían vulnerar las cartas coloniales que las establecían y, por otra parte, por imperativo del sistema federal adoptado se impuso una forma rígida (artículo V). La Constitución federal era un acuerdo de convivencia política entre Estados particulares iguales e independientes entre sí que concurrieron a la formación de órganos comunes, federales. En consecuencia, no puede existir ningún órgano federal instituido que pueda alterar los términos del convenio de federación en el que no ha intervenido y del que depende su misma existencia. La manera de garantizar los términos de la Constitución federal contra los ataques de los órganos federales es a través del sistema de rigidez constitucional que

²³ Cfr. Aranha Bandeira De Melo, Oswaldo, *A Theoria das Constituicoes Rígidas*, Sao Paulo, Empreza Graphica da “Revista do Tribunaes”, 1934, p.17. Junto a los principios filosóficos añade razones morales y jurídicas, y a los sentimientos de la propia tradición como fundamentos de la rigidez: “As razoes jurídicas tem —a educacao cívica do cidadao pelo proclamao de seus direitos— a superioridade da lei scripta sobre o costume. A tradicao constia no principio... do distincacao entre a lei constitucional e a lei ordinaria”, p. 18.

²⁴ Cfr. Barthelemy, Joseph et Duez, Paul, *Traité de Droit Constitutionnel*, París, Dalloz, 1933, p. 189.

sustraiga a éstos de la capacidad reformadora, porque la obligación de dar intervención a las voluntades que concurrieron a originar el pacto federal para poder modificar sus términos, dio lugar a un procedimiento agravado sobre el que se apoya la superioridad de la Constitución federal sobre el Estado federal y sobre cualquier Estado federado en particular (caso *Marbury vs. Madison*).

V. NATURALEZA

Todos concuerdan en sostener que la rigidez constituye una garantía de la Constitución escrita. Solo gozan de esta protección los preceptos que componen el texto constitucional, sean o no de contenido materialmente constitucional, por tanto, aquellas normas con sustancia constitucional contenidas en leyes ordinarias o en otros cuerpos legales no gozan de la garantía de la rigidez.

Esta garantía se alcanza a través de un elemento formal: el procedimiento de elaboración de normas constitucionales agravado (respecto del procedimiento legislativo ordinario), y de un elemento jurídico: la superior fuerza jurídica atribuida a las normas constitucionales. Spagna Musso expresa en este sentido “...que la rigidità si traduce in uno strumento garantistico di una data normazione attraverso il conferimento ad essa di una superiorità nel sistema delle fonti collegato determinato procedimento di formazione”.²⁵ Este sentido garantístico se refleja en la ubicación del procedimiento de reforma dentro de sistemática, pues algunas Constituciones lo establecen en la parte dedicada a las “Garantías” así, por ejemplo, la Constitución argentina en su primera parte que se ocupa a las “declaraciones, derechos y garantías”, la Constitución italiana en el Título VI de las “garantías constitucionales”, la Constitución portuguesa de 1976, en su Parte IV habla de “garantía y revisión de la Constitución”.

VI. FINALIDAD

Cuidando en no confundir los efectos con la finalidad de la rigidez constitucional, vemos que el establecimiento de un procedimiento de reforma

²⁵ *Cfr.* Spagna Musso, E., *op. cit.*, p. 105.

agravado persigue (a) como fin *inmediato* el impedir (sentido negativo) que el ordenamiento constitucional cambie, sea modificado por una mayoría contingente de ciudadanos o una mayoría ocasional de representantes; lo que en sentido positivo, significa asegurar que la reforma de la Constitución sea efectuada por una mayoría suficientemente cualificada como para ser tenida como la expresión del pueblo en ejercicio de su Poder Constituyente. Para Mortati el agravamiento de la formación de leyes constitucionales a través de particulares dificultades está dirigido, entre otras funciones “... a raccogliere intorno di essa un consenso piu vasto, o ad attestare l'esistenza di una volonta meglio consolidata”.²⁶

(b) El fin *mediato* de esta garantía consiste en proteger contenidos constitucionales comprendidos en el documento constitucional de cualquier intento precipitado de modificación que pueda estar impulsado por opiniones políticas coyunturales. De este modo se alcanza la protección de los derechos de las minorías, tutelados por la Constitución, de esporádicas y transitorias mayorías que pudieren producir la modificación de derechos, fijados en la Constitución, en su propio provecho.²⁷ “Con la dificultad de la reforma —enseña Bidart Campos— se tiende a asegurar la estabilidad del texto que confiere a sus disposiciones el carácter de ley suprema de garantías”.²⁸

VII. EFECTOS

La rigidez constitucional constituye un complejo fenómeno jurídico de naturaleza constitucional, cuya manifestación exterior, objetiva y formal está dada por la presencia de un procedimiento de reforma complejo que genera un espectro variado de efectos que debemos pasar a analizar. En otros términos, el agravamiento del procedimiento de revisión constitu-

²⁶ *Cfr.* Mortati, C. que apunta como una de las funciones de la rigidez “... raccogliere intorno di essa un consenso piu vasto, o ad attestare l'esistenza di una volonta meglio consolidata”, en “Costituzione...”, *cit.*, p.188; Spagna Musso, E., *op. cit.*, p.105.

²⁷ *Idem* conc. Jellinek, Georg, *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1954, trad. de Fernando de los Ríos, *op. cit.*, pp. 403 y 404; Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 272; Spagna Musso, E., *op. cit.*, p. 105; Friedrich, C. J., *op. cit.*, vol. I, p. 288.

²⁸ *Cfr.* Bidart Campos, G., *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, vol. I, p. 177.

cional, que da lugar a la rigidez, tiene una riqueza de implicaciones que conforman el polifacético fenómeno de la “rigidez constitucional”.²⁹

Por razones expositivas vamos a abordar el estudio de los efectos desde tres puntos de vista atendiendo: *a)* al procedimiento de modificación agravado; *b)* a la resistencia del texto constitucional al cambio que resulta, y *c)* al patrón formal de infracción constitucional que se extrae del procedimiento especial.

(A) Atendiendo al procedimiento especial agravado de reforma, podemos señalar que este aspecto formal conduce a establecer una diferenciación entre las fuentes normativas, por cuanto, por un lado, se regula un procedimiento especial propio para la producción jurídica constitucional y, por otro, se establece uno distinto para la producción legislativa ordinaria.

De esta circunstancia se deriva un orden jerárquico entre las normas legales, dado que a las normas que son producto del procedimiento de reforma especial establecido, se les atribuye una fuerza jurídica superior a cualquiera de las otras normas originadas por los otros procedimientos normativos. En consecuencia, se produce una distinción jerárquica entre las normas legales proveniente del diferente valor jurídico que se reconoce a sus respectivas fuentes normativas, que se diferencia por los diversos procedimientos de elaboración. Sobre la base de esta distinción formal entre Constitución y ley surgen inmediatamente algunas consecuencias:

1.- Significa que para modificar válidamente las normas constitucionales solo lo puede hacer siguiendo la vía procedimental trazada por la misma Constitución. Es decir, que una norma constitucional será tenida por tal solo si ha sido elaborada según el procedimiento establecido. Esta consecuencia, derivada de la regulación de un procedimiento especial, a hecho decir a Chiarelli, que este se transforma en una condición de validez de las normas constitucionales,³⁰ es decir, la norma que resulte a través de observarse el procedimiento agravado —la cuestión de contenido es indiferente— será formalmente válida y, por tanto, producirá los efectos que les son propios de las normas constitucionales.

El reconocimiento de idéntica fuerza jurídica, tanto a las normas constitucionales preexistentes a la reforma como a las normas constituciona-

²⁹ Véase Díaz Ricci, Sergio, *Teoría de la reforma constitucional*, Buenos Aires-México, Ediar-UNAM, 2004, *passim*.

³⁰ Chiarelli, G., “Elasticità della Costituzione”, *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, 1959, p.17.

les originadas en una revisión ulterior, las coloca en el mismo nivel de jerarquía normativa, con idéntico valor jurídico, aunque se hayan originado en momentos distintos. Así lo entendió la Constitución Federal de 1787 de Norteamérica cuando dispone en el artículo V, que las enmiendas que se hagan “poseerán la misma validez que si fueran parte de esta Constitución desde todos los puntos de vista y, para cualesquiera fines, una vez que hayan sido ratificadas...”.

Consecuencia de esta paridad, en caso de que una nueva norma constitucional contradiga lo dispuesto por una anterior, esta última será modificada o reemplazada por la más reciente en virtud del principio de precedencia temporal (*lex posteriori derogat anterior*). No rigiendo respecto de las normas constitucionales entre sí el principio de gradación jerárquica de las normas —esto es, que la norma de grado superior prevalece sobre la de grado inferior sin importar el momento en que hubiesen sido dictadas— pues todas tienen idéntico valor jurídico, entonces, la norma posterior deroga a la anterior de igual grado “...*data una successione nel tempo di norme gradi loro in contrasto* —concluye Spagna Musso—, *un norma determina l'abrogazione, ossia l'annullamento in via immediata at automatica, di tutte le norme contrastanti... di pari grado, nei cui confronti sia sucesiva nel tempo*”.³¹

Las normas que se sancionen observando las formalidades establecidas para la fuente de normación constitucional, sean de sustancia constitucional o no, revisten el carácter de preceptos constitucionales y, se incorporan al cuerpo normativo de la Constitución con todos sus efectos. Es por ello que observan Barthelemy y Duez que “*L'element formel contenu dans la notion de lois constitutionnelle rigide, juridiquement superieure aux lois ordinaires, reagit sur le contenu de la constitution*”.³²

El procedimiento de reforma constituye una vía para “constitucionalizar” ciertas cuestiones sustrayéndolas de la acción del legislador ordinario, es decir, que se sirve del elemento formal de la rigidez para comunicar a ciertas disposiciones legales el carácter de ley suprema, que su propio objeto es insuficiente para asegurar.³³ El principio de legalidad que rige la relación de entre la ley ordinaria (superior) y las normas legales subordinadas (inferiores), se transfiere a la relación entre aquella y el orden constitucional como “Principio de legalidad constitucional” determinando la relación de supraordinación de la Constitución respecto del resto del ordenamiento normativo, en consecuencia, todos los contenidos en ella incorporados, como las Declaraciones de Derecho, se levantan

³¹ Cfr. Spagna Musso, E., *op. cit.*, p. 91.

³² Cfr. Barthelemy y Duez, *op. cit.*, p. 187.

³³ Cfr. *ibidem*, p. 188.

como límites a la actividad de legislador. Incluso se introducen por esta vía cuestiones no sustancialmente constitucionales para ponerlas al abrigo de los ataques del legislador ordinario.³⁴ “*Le norme così emanate degli organi costituenti e nelle forme fiate —enseña Crosa— sono norme formalmente costituzionale. Queste possono riguardare anche materie che non rientrano nell’ambito della legislazione costituzionale materiale —concluye Crosa—, e vi sono introdotte come limite agli organi legislativi normali. La legislazione costituzionale formale costituisce infatti il limite per gli organi legislativi comuni*”.³⁵ A raíz de este efecto limitador de la actividad legislativa inferior, Esposito invierte el razonamiento y señala que no es la mayor dificultad en modificar las normas constitucionales la que determina la rigidez constitucional, sino la prohibición que las leyes ordinarias cambien las normas constitucionales.³⁶

2.- La otra consecuencia derivada de la existencia de un procedimiento especial para producir normas constitucionales es que aquellos asuntos que, aun siendo de naturaleza constitucional, se tenga el propósito de convertir en normas constitucionales, pero sean elaborados sin observar el procedimiento establecido para la fuente de normación constitucional, no devienen en normas constitucionales, en consecuencia, no pasan a formar parte del cuerpo de la Constitución y carecen del superior valor de estas. No son normas constitucionales.

La disposición de un procedimiento especial de reforma constituye un parámetro formal para realizar en la práctica, la prohibición de modificar normas constitucionales por disposiciones legales ordinarias.

El procedimiento especial de reforma constitucional regula una fuente de producción de normas jurídicas, es decir, el ejercicio de una actividad legislativa que en los sistemas democráticos suele estar a cargo de un cuerpo que representa del modo más inmediato la voluntad popular (generalmente órgano representativo más ratificación popular directa). En cambio para la producción de normas legislativas ordinarias basta un órgano representativo permanente, que forma parte del Estado, al que se le señala ámbitos dentro de los cuales debe desenvolver su competencia normativa. La regulación de un procedimiento agravado, permite distinguir formalmente dos clases de fuentes del derecho, y por lo tanto, diferencia claramente la Constitución de las leyes ordinarias.

La regulación de un procedimiento especial (propio de la rigidez constitucional), para el ejercicio de la actividad normativa constitucional esta-

³⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 188, 193 y 194.

³⁵ Cfr. Crosa, Emilio, *Diritto Costituzionale*, 4a. ed., Torino, UTET, 1955, p.13.

³⁶ Cfr. Esposito, Carlo, *La validità delle leggi*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1964, p. 189.

blece una diferencia formal con el procedimiento de producción legislativa ordinaria. Puede llevarse a cabo solo por medio de órganos representativos especiales (Convención o Asamblea Constituyente Extraordinaria) o por el mismo Parlamento ordinario pero observando especiales requisitos procesales), e, incluso, a través de la directa participación del pueblo (iniciativa popular, ratificación popular sobre proyecto elaborado por un órgano especial) conjuntamente con el órgano legislativo ordinario (Parlamento o Congreso). Allí donde se reconoce que el poder constituyente emana única e inmediatamente del pueblo, por tanto, el procedimiento de producción constitucional es claramente diferente al procedimiento legislativo ordinario, es decir, se manifiesta con mayor nitidez la diferenciación entre la fuente normativa constitucional y la legislativa.

Mientras en Europa, a diferencia de América, el reconocimiento de la soberanía popular se encarnó en el Parlamento, por lo tanto no se manifestó una clara diferenciación subjetiva entre el órgano constituyente y el órgano legislativo, por ello, la distinción de las fuentes normativas constitucional y legislativa se hizo a través de elementos formales, adjetivos, requisitos procesales como la disolución del Parlamento y convocatoria de nuevas elecciones quórum especiales, mayorías agravadas, plazos prolongados, etcétera.

En un Estado federal, donde la subsistencia de los Estados particulares es condición indispensable para existencia de un tal sistema, es imposible concebir un órgano que pueda modificar el pacto federativo sin que se tenga en cuenta la voluntad política de las unidades integrantes, es decir, sin que los estados miembros participen de modo directo e inmediato. Mientras que la legislación ordinaria, como debe elaborarse dentro de los parámetros acordados, puede desarrollarse por un órgano permanente en el que la presencia de los Estados se da de manera cualitativamente diferente porque ya han expresado en la Constitución su voluntad política como unidades preexistentes. En consecuencia, en un sistema federal suele darse una distinción subjetiva entre las fuentes de creación constituyente y las fuentes legislativas ordinarias, por ello la rigidez, el procedimiento particular de reforma reviste una relevancia esencial, una importancia sobresaliente, en los Estados federales.

En los regímenes democráticos las formas agravadas de producción legislativa constitucional procuran acercar lo más posible la elaboración normativa a la voluntad popular depositaria del poder constituyente, mientras que en la producción legislativa ordinaria el principio representativo se despliega más fácilmente a través del órgano legislativo.

De lo expuesto vemos que un elemento formal es el que permite distinguir entre ley constitucional y ley ordinaria. En efecto, si por un momento hacemos abstracción del procedimiento empleado en su sanción, la distinción entre leyes constitucionales y ordinarias si sólo atendemos a sus contenidos materiales aparece poco nítida porque nada indica si una cuestión puede tener superioridad jurídica respecto de otra. Si bien podemos llegar a ponderar una diferente valoración política en razón de su objeto, esto es una simple diferencia de valoración o fáctica porque careceríamos de un elemento diferenciador del valor jurídico entre ley constitucional y ley ordinaria, consideradas, claro está, desde un punto de vista puramente material. Esta distinción solo se hace, pues, posible por razones formales, es decir, por los procedimientos especiales cumplidos de su elaboración.³⁷

La importancia del procedimiento agravado como dato formal que permite distinguir las leyes constitucionales de las leyes ordinarias, es puesta de relieve por Laferriere en estos términos: “*Il peut y avoir dessaccord entre le fond et la forme. En ce cas, c'est la forme que l'emporte. N'importe quelle regle, fut-elle meme totalement etrangere a la Constitution politique du pays, du moment ou elle a ete etablie en forme constitutionnelle a juridiquement la qualite de loi constitutionnelle, avec les consequences qui en resultent*”.³⁸

Por tanto, por un lado, la Constitución puede extender la rigidez a otras normas sin sustancia propiamente constitucional, como fue el caso de la incorporación en las Leyes Constitucionales francesas de 1875, a la Caja de Gestión de Bonos de la Defensa Nacional y de Amortizaciones de la Deuda pública, a través de la revisión de 1926, cuya modificación no podría ser operada por ley ordinaria; así como, por otro lado, encontramos disposiciones que si bien por su objeto sean sustancialmente constitucionales (*v. gr.* el Título Preliminar de cualquier Código Civil), sin embargo, han sido sancionadas según el procedimiento legislativo ordinario como leyes ordinarias,³⁹ y por lo tanto, modificables según el proce-

³⁷ Laferriere señala como unos de los principales efectos del elemento formal de la rigidez es la distinción entre ley constitucional y ley ordinaria, del que derivan una serie de consecuencias. Que no se puede modificar la ley constitucional sino, conforme a las formas especiales establecidas. Que la revisión de las constituciones rígidas no puede ser operada por la vía legislativa ordinaria. Que las leyes constitucionales no pueden ser modificadas por leyes ordinarias., en *Manuel de Droit Constitutionnel*, cit., pp. 281, 282, 284 y 285.

³⁸ *Cfr.* Laferriere, J., *op. cit.*, p. 285.

³⁹ *Cfr.* Laferriere, J., *op. cit.*, pp. 285 y 286. Puede citarse como otro ejemplo a la Constitución Sueca de 1974, que incorpora como parte de la Constitución a los

dimiento legislativo ordinario, por el Parlamento ordinario sin limitación alguna cuando estas no hayan sido establecidas por la Constitución.

La rigidez constitucional constituye una característica de los textos constitucionales susceptible de darse en grado diverso, pues según sea el procedimiento de reforma estatuido la Constitución será más o menos rígida. Así podemos decir que los obstáculos para reformar son mayores en la Constitución Española de 1978, que en la Constitución Italiana de 1947. “Es posible ordenar las constituciones según su grado de rigidez, —señala Wheare—, aunque sin duda sería difícil en algunos casos decidir entre dos series de obstáculos a la enmienda, cuál presenta mayor grado de rigidez”,⁴⁰ por ejemplo, comparando el sistema norteamericano y el suizo.

Pasando una breve revista a las técnicas empleadas para lograr la rigidez constitucional, vemos que pueden ser tan variadas como creativo sea el ingenio del constituyente y como lo exija la realidad política.⁴¹ Podemos distinguir el procedimiento de elaboración normativo teniendo en cuenta diferentes elementos: subjetivo, procesal, temporal o sustancial.

1. *Elementos subjetivos*

- a) La reforma puede ser llevada a cabo por un cuerpo legislativo especialmente elegido al efecto. Por ejemplo, la Constitución Argentina dispone que la reforma se efectuará por una convención convocada especialmente a dicho efecto. En Francia, el órgano especial se denomina “Asamblea Nacional” (modelo francés).
- b) O puede ser la propia institución parlamentaria la que sea competente para elaborar las normas constitucionales (Constitución del Perú de 1979, artículo 306, apartándose del sistema dominante en América admitía que la aprobación en dos tiempos, por dos Legislaturas, por tanto supone, la convocatoria de elecciones de nuevos parlamentarios que tendrán a su cargo la aprobación final) (modelo escandinavo).

Reglamentos Parlamentarios. (La anterior Constitución de 1809 incorporaba a su texto la antigua ley de libertad de prensa).

⁴⁰ Cfr. Wheare, K. C., *Las Constituciones modernas*, trad. de Fernando Morera y Ángel Alandi, Barcelona, Labor, 1971, p. 21.

⁴¹ Existen cuatro modelos de procedimientos reformadores, de menor a mayor grado de rigidez: alemán, italiano, escandinavo y francés. Puede ampliarse esta clasificación en Díaz Ricci, *Teoría de la reforma*, cit., pp. 428 y ss.

El elemento subjetivo a quien se encarga la reforma en un sistema democrático dependerá de la concepción de Poder Constituyente que se sostenga: *a)* si el poder constituyente se reconoce inmediatamente en el pueblo, éste ejercerá de la forma más directa posible su potestad constituyente, por medio de la iniciativa y/o el referéndum ratificatorio constituyente. Sin embargo, el pueblo como órgano electoral suele ir acompañado por la intervención de un órgano representativo, sea un cuerpo especial o el órgano legislativo ordinario, que tendrá a su cargo elaborar el proyecto de modificación que puede o no requerir *a posteriori* la aprobación popular. En consecuencia resulta menos relevante la posición del órgano representativo. Por ello la Constitución de los Estados Unidos establece que el proyecto de enmienda puede emanar tanto del Congreso federal como de una Convención especial, puesto que siempre se exigirá la ratificación posterior por el pueblo de los Estados miembros; en cambio, *b)* si el Poder Constituyente se deposita en el órgano representativo —como es la tradición europea— adquiere gran relevancia el tipo de cuerpo constituyente por darse una confusión subjetiva en el Parlamento tanto cuando ejerce la función constituyente como cuando, también, desarrolla función legislativa. Aunque la modificación de la Constitución queda sujeta a la libre actividad parlamentaria pues depende de su voluntad, a veces resulta difícil identificar un acto normativo de este tipo como constitucional (por ejemplo, eso ocurre en Italia con las leyes constitucionales). Por ello, el ingrediente procedimental acude a eludir esta peligrosa confusión.

2. Elementos procesales

Puede distinguirse en el proceso de revisión de una Constitución una etapa previa de iniciativa, otra de decisión del principio de revisión, y la operación de revisión propiamente dicha.

- 1) *Iniciativa: a)* reducida: existe la tendencia de restringir los sujetos habilitados para tomar la iniciativa constituyente, sea facultando taxativamente solo a unos cuantos sujetos, sea prohibiéndoles a otros, sea fijando ciertos requisitos para poder formalmente dar impulso al procedimiento de revisión. Así se puede facultar a un órgano especial como, por ejemplo, al Consejo de Ancianos en la Constitución francesa del año III o al Senado en la Constitución del año VIII. La Constitución Española de 1978 como la Argentina se cuidan de

prohibir la iniciativa popular para revisar la Constitución (artículo 166 conc. artículo 87 inciso 3, CE, *idem* la Constitución argentina en su artículo 39). También se puede atribuir la iniciativa de reforma al órgano legislativo ordinario, agravado con alguna condición; *b*) ampliada: cuando para la iniciativa legislativa constitucional se habilitan más sujetos que los autorizados para una iniciativa legislativa ordinaria. Por ejemplo: por iniciativa popular, por los Estados miembros de una Federación (artículo V, Constitución de Estados Unidos), o la iniciativa constituyente en Suiza.

- 2) *Decisión acerca del principio de revisión*: suele establecerse un órgano con potestad para resolver si se hace lugar o no a la iniciativa de reforma propuesta: *i*) por órgano legislativo ordinario con mayoría especial (Constitución Argentina: el Congreso por el voto de dos tercios de los miembros de cada cámara; Constitución de Estados Unidos: dos terceras partes de ambas cámaras); *ii*) por el pueblo mismo, aprobando por referéndum el comienzo del proceso constituyente a iniciativa de algún sujeto autorizado (Constitución del Perú de 1993, artículo 206); *iii*) por un órgano especial: Convención, como lo dispone el artículo V de la Constitución de Estados Unidos. En el caso estadounidense tanto cuando el Congreso como cuando una convención disponen el principio de revisión acompañan un proyecto de reforma. Por el contrario, en el caso argentino, el Congreso al aprobar el principio de reforma no presenta un proyecto de revisiones, cuanto más señala puntos a reformar sin determinar su contenido. No siempre se distinguen las etapas de iniciativa y de decisión del principio de revisión. Las Constituciones por lo general establecen solo los sujetos facultados para decidir el principio de reforma asimilándose esto a la iniciativa constitucional.
- 3) *Operación de revisión propiamente dicha*: puede exigirse una infinidad de requisitos: un quórum especial en los órganos colegiados, o mayorías agravadas en los órganos representativos para la adopción de la propuesta de reforma, por sucesivas aprobaciones durante ciertos lapsos de tiempo (como en el modelo italiano). Puede exigirse que esta “ratificación” reúna un número determinado de Estados miembros o de convenciones estatales, en los sistemas federales. O por referéndum ratificadorio el pueblo decide sobre la aprobación del proyecto de reforma propuesto.

3. *Elementos temporales*

Se puede emplear de variadas maneras para obstaculizar la reforma:

- a) Cláusulas prohibiendo las modificaciones durante cierto periodo de tiempo. Así lo hicieron la Constitución de Estados Unidos prohibiendo las enmiendas de ciertas cláusulas hasta 1808, (artículo V Constitución de Estados Unidos), al igual que la Constitución Argentina de 1853 prohibía la reforma por 10 años (CA artículo 30 hasta la reforma de 1860). Disposiciones de este tipo, suelen encontrarse cuando la Constitución establece un régimen político de nuevo cuño para evitar poner en discusión los principios políticos sobre los que se funda el novel régimen, sin admitir propuestas de perfeccionamiento antes que este se haya consolidado. “*L’interdiction de révision pendant un certain délai* —explican Barthelemy y Duez— *essai de faire acquérir artificiellement a la Constitution le prestige d’une anciennete qui lui permetra plus tard de lutter avec avantage contre les revisionistes qui l’attaqueraient*”.⁴²
- b) La fijación de plazos para deliberaciones o aprobaciones sucesivas. Por ejemplo, la Constitución francesa de 1791 preveía que debían sucederse 3 legislaturas con voto afirmativo, y como cada legislatura duraba dos años, en realidad se establecía un plazo de inmodificabilidad de 6 años (*idem* Constitución Italiana).
- c) La prohibición de revisión de la Constitución bajo determinadas circunstancias (Constitución francesa, artículo 89: en caso de ocupación del territorio, y la Constitución Española, artículo 169, que prohíbe la iniciativa de reforma en tiempo de guerra o durante la vigencia de algunos de los estados de excepción).
- d) La obligación de revisión después de determinados plazos, como la Constitución de Polonia de 1921 que imponía el deber de hacerlo cada 25 años. Ha merecido la crítica de Barthelemy y Duez, porque obligaba al pueblo a someterse a la dura experiencia de un periodo constituyente aun cuando una reforma no fuera necesaria.

4. *Elementos materiales*

También cuestiones de contenidos suelen emplearse para rigidizar el documento constitucional, a través de las llamadas “cláusulas de intangibili-

⁴² Cfr. Barthelemy y Duez, *op. cit.*, p. 231.

dad”; que prohíben la modificación de ciertos puntos de la Constitución. Por ejemplo la forma republicana de gobierno (Constitución Francesa, artículo 89, la Constitución italiana, artículo 139), la forma federal, democrática y social de Estado (Ley Fundamental de Bonn, artículo 79 conc., artículo 20), o los derechos fundamentales del hombre consagrados en el texto (Ley Fundamental de Bonn, artículo 79 conc., artículo 1).

Estas cláusulas de intangibilidad introducen cuestiones de contenidos alejadas a las consideraciones formalistas características de la rigidez constitucional, estableciendo un factor de obstaculización insuperable, que da lugar a una “hiper-rigidez” constitucional.

En algunas Constituciones sobre la base de una distinción de contenidos se establece un procedimiento de modificación para diferentes casos. Por ejemplo, la Constitución Española de 1978 regula un tipo de procedimiento para cuando se pretenda modificar la forma del Estado y el régimen de la Corona y los derechos fundamentales y libertades públicas (artículo 168 conc., Título Preliminar Título II, y capítulo de los casos) (artículo 167). También, se llega a establecer procedimientos diferentes según se pretenda llevar a cabo una reforma total (más agravado), o una modificación parcial (menos agravado), de la Constitución (por ejemplo la Constitución Española de 1978, artículos 167 y 168).

Por último, queda analizar el caso en que los documentos constituyentes no dispongan procedimiento alguno para llevar a cabo la reforma. Aunque algunos interpretaron que se pretendía de este modo asegurar su absoluta inmodificabilidad, la mayor parte de la doctrina atribuyó un sentido opuesto, dando a estos casos carácter de flexibles, es decir, modificables por vía legislativa ordinaria. El silencio u omisión en regular un procedimiento de revisión se debió en la mayoría de los casos a la naturaleza de Carta otorgada o pacto de los textos constitucionales (cartas francesas de 1814 y 1830, el Estatuto Albertino de 1848, el Estatuto Real de 1834 en España al igual que las Constituciones de 1837, de 1845 y la canonista de 1876). Más modernamente omitieron regular la modificación de la Constitución de la URSS de 1918 y la Constitución del Estado Libre de Irlanda de 1922. En todos éstos se admitió en general su carácter flexible. Schmitt fundándose en su distinción de ley constitucional y Constitución, sostiene que la omisión de una regulación de reforma significa prohibición absoluta de modificar las leyes constitucionales, en cambio libertad absoluta para que el poder constituyente modifique la Constitución.⁴³

⁴³ Cfr. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982, p. 42.

La combinación de estos factores en distinto grado da lugar a que el procedimiento de reforma dificulte de modo diverso la modificación de la Constitución, es decir, origina distintos niveles de rigidez constitucional, así habrá Constituciones más rígidas, y otras menos rígidas.

Con lo expuesto hemos querido, simplemente, dar un panorama de la variada gama de elementos y técnicas constitucionales que existen para dificultar la reforma constitucional, consiguiendo una mayor o menor rigidez según el propósito del constituyente. Estos se presentan en la realidad combinados de tal manera que resulta imposible hacer una clasificación completa, conformándonos con una sistematización ilustrativa como la arriba presentada.

La segunda consecuencia de un procedimiento de reforma agravado corresponde a la “rigidez constitucional” propiamente dicha, esto es, que las dificultades impuestas al procedimiento de reforma de la Constitución al obstaculizar las iniciativas para alterar el documento constitucional, producen una relativa permanencia del texto de la Constitución durante el lapso de tiempo que se tarde en superar dichos obstáculos (elecciones especiales, mayorías agravadas, plazos de espera, etcétera). Estamos frente a una situación de hecho, efecto indirecto de la presencia de un procedimiento de modificación agravado.

Esta consecuencia mediata de la presencia de requisitos formales de un procedimiento particular origina la “rigidez constitucional” en sentido estricto, pues al no reconocerse a cualquier fuente de derecho la facultad de dictar válidamente normas constitucionales sino solo a aquélla que reúna las formalidades especialmente difíciles de cumplimentar, suele pasar algún tiempo hasta que ello ocurra —en algunos casos resultan prácticamente imposibles superarse— en el texto, mientras tanto, mantiene intacta su configuración textual.

De esta circunstancia fáctica se deriva una importante consecuencia jurídica, porque el documento constitucional no solo conserva su exposición literal sino que se asegura una relativa inmutabilidad jurídica al contenido de la Constitución. Decimos relativa porque perdurará hasta que la iniciativa de reforma supere los obstáculos dispuestos. Bryce al desarrollar su doctrina, había ya señalado como notas distintivas de la rigidez constitucional, la precisión y estabilidad que confiere a los textos constitucionales.⁴⁴

Por ello, como dicen Barthelemy y Duez, “el carácter rígido eleva al máximo la idea de supremacía de la Constitución”⁴⁵ porque, el resultado

⁴⁴ *Cfr.* Bryce, J., *op. cit.*, pp. 125 y ss.

⁴⁵ *Cfr.* Barthelemy y Duez, *op. cit.*, p. 187.

fáctico de establecer condiciones para que se alteren válidamente las normas constitucionales, es la permanencia inalterada del texto constitucional, lo que viene a reforzar su supremacía jurídica y política.

Recordemos que la rigidez beneficia a un conjunto de preceptos numerados claramente delimitados e identificables, a los cuales el poder constituyente ha conferido naturaleza constitucional. Cuando la Constitución tiene forma codificada se identifican más fácilmente los preceptos y conforman un número determinado comprendido dentro de un orden sistemático interno, por lo tanto la rigidez será también mayor y más eficaz. La rigidez abarca, entonces, a los preceptos estatuidos por escrito en el cuerpo único y sistemático que nos permite fijar con certeza las normas constitucionales que se encuentran aseguradas por esta garantía, en cuanto señala el perímetro dentro del cual hallamos los preceptos solo reformables por un procedimiento dificultado.

La rigidez constitucional derivada como consecuencia de un procedimiento agravado, se manifiesta de dos maneras:

- a) Como una fuerza de resistencia no solo respecto a los actos normativos de grado inferior, como lo señalara Spagna Musso,⁴⁶ sino también respecto de actos normativos futuros de grado inferior.

Firmemente definidas, las constituciones rígidas —enseña Bryce— no permiten las pequeñas desviaciones y corrupciones a que, probablemente, da lugar la vaguedad de una Constitución flexible o ‘no escrita’... Cuando se las ataca... es muy difícil que el ataque pase inadvertido para el observador. Entonces, los defensores de la Constitución mostraran al pueblo el perjuicio de un cambio solapado.⁴⁷

- b) Pero, además, las Constituciones establecen principios jurídicos y señalan directrices políticas que deben ser desarrolladas por las normaciones subsecuentes, por tanto, la presencia de tales principios y contenidos impregnan el ordenamiento normativo y, mientras no sean modificados, repercuten en todo el ordenamiento jurídico del Estado trasmitiéndole una cierta perdurabilidad a todo el cuerpo normativo estatal. “... *con l’annunziazione di quei principi generali, la rigida della costituzione influenza l’intero ordenamento giuridico*”, enseña Chia-

⁴⁶ Cfr. Spagna Musso, E., *op. cit.*, p. 109.

⁴⁷ Cfr. Bryce, J., *op. cit.*, p. 133.

relli.⁴⁸ Es una consecuencia del principio de legalidad aplicado al orden constitucional como arriba hemos señalado.⁴⁹

Muchas veces las dificultades a la alteración del texto constitucional, se establecen con la expresa voluntad de resguardar el contenido de una determinada Constitución. El propósito directo de estas formalidades es obstaculizar la actividad normativa, tanto constitucional como legislativa, que pudiera alterar el orden constitucional vigente. Es decir, cumplen una función conservadora. Jellinek considera a estos factores de gran utilidad en los sistemas democráticos donde la actividad legislativa es poderosa, “son de gran importancia práctica. Estas formalidades que oponen obstáculos, especialmente allí donde faltan elementos retardatarios de la actividad legislativa o, de existir, carecen de fuerza”.⁵⁰

La permanencia inalterada de la Constitución, por el simple hecho de existir obstáculos para la modificación, indica que la fórmula política de la Constitución permanece en el tiempo.⁵¹ Esta estabilidad de la Constitución, Bryce la considera como “una cualidad muy deseable, porque da a la conciencia de los ciudadanos una sensación de seguridad que redundará en beneficio del orden, la industria y la economía”.⁵² Vemos cómo la rigidez nace impregnada por los valores sostenidos por la burguesía en la época del capitalismo en expansión “la burguesía —señala Lucas Verdú— quiere seguridad jurídica, prefiere la clara delimitación de las esferas de actuación del Estado, de los derechos y deberes de los ciudadanos, anhela un orden jurídico estable y duradero que consagre definitivamente los cambios realizados por la Revolución”.⁵³ Sin embargo, hoy el sistema de la rigidez se ha generalizado y es empleada como garantía en beneficio de las Constituciones cualquiera sea su techo ideológico.

Este efecto tuitivo del contenido constitucional pone de relieve la naturaleza de la rigidez, es decir, ser garantía de la Constitución impidiendo la libre modificación por el legislador ordinario. El procedimiento de reforma —agravado en relación con el proceso de formación de las leyes ordinarias— es el instrumento, el medio que revela el tipo de garantía

⁴⁸ Cfr. Chiarelli, G., “Elasticita...”, *cit.*, p. 48.

⁴⁹ Cfr. Barthelemy y Duez, *op. cit.*, p. 193; véase nota 33.

⁵⁰ Cfr. Jellinek, G., *op. cit.*, p. 404.

⁵¹ Ver Lucas Verdú, Pablo, *Curso...*, *cit.*, vol. II, pp. 610 y ss.

⁵² Cfr. Bryce, J., *op. cit.*, pp. 131 y 132. Recordemos que este autor sostiene la hipótesis que el cambio frecuente de las instituciones no permite a éstas asentarse ni acumular experiencias necesarias para el manejo de la cosa pública.

⁵³ Cfr. Lucas Verdú, P., *Curso...*, *cit.*, vol. II, pp. 596 y 604.

que el poder constituyente ha elegido para asegurar su obra: la Constitución.⁵⁴

Asimismo, mediante el establecimiento de obstáculos se consigue hacer tomar conciencia a la opinión pública de la importancia de una modificación constitucional, procurando provocar la reflexión de las fuerzas políticas “El proceso prescrito para la enmienda —advierte Bryce— retrasa mediante frenos y formalidades la realización de un cambio, dando tiempo a que el pueblo estudie de nuevo los resultados implicados y desista del proyecto que al principio le atrajo si lo cree oportuno”.⁵⁵ Desde otro punto de vista, la rigidez derivada de un elevado grado en la jerarquía de las fuentes normativas, superior a la ley ordinaria, “constituye —indica Mortati— el medio más difundido de garantía de respeto del texto, a fin de que su modificación sea al menos dentro de ciertos límites, no impedido, sino rodeada de especiales garantías, de donde presumir que esa es el resultado de una profunda ponderación y se apoya sobre un consenso suficientemente difundido”.⁵⁶

Añadamos que, cuando en el transcurso del tiempo se mantiene más o menos idéntico un texto constitucional, se genera un sentimiento de reverencia que refuerza la rigidez y estabilidad de la Constitución. A esta altura del siglo, contemplando la Constitución Argentina que data de 1853 podemos aplicarle unas reflexiones de Bryce que parecen referidas a una actitud muy difundida en Argentina: “... una nación, —enseña este autor— aunque no esté contenta con su Constitución, y se vea en pugna exasperada contra partes de ella, puede encariñarse con la misma, simplemente por la convivencia y por haber conseguido cierta prosperidad con ella, y acaso porque haya alardeado de sus méritos ante otras naciones y brindado por ella en lugares públicos”.⁵⁷

Por último, señalemos que no se debe exagerar el rol de las normas que establecen el procedimiento de reforma porque cumplen una función ambivalente. Por un lado, persiguen el propósito de regular los inevitables procesos de modificación de la estructura constitucional y, por el otro, las formalidades especiales establecidas consiguen un efecto tuitivo del documento constitucional existente.

No compartimos por exagerada, la posición de Finer que reduce la problemática constitucional a las normas que regulan la elaboración sub-

⁵⁴ Cfr. Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito constitucional*, 3a. ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1983, pp. 768 y 769.

⁵⁵ Cfr. Bryce, J., *op. cit.*, p. 133.

⁵⁶ Cfr. Mortati, C., voz “Costituzione...”, *op. cit.*, p. 189.

⁵⁷ Cfr. Bryce, J., *op. cit.*, p. 138.

secuente de normas constitucionales. “Podemos definir una Constitución —sostiene éste— como el proceso de su enmienda. Porque enmendar es desconstituir y reconstituir... no es lo escrito lo que protege sino la dificultad de su enmienda”.⁵⁸ Afirmar que la existencia y duración de la Constitución descansa sobre las prescripciones de la reforma constitucional es llevar demasiado lejos el razonamiento formalista. Se asimila, desacertadamente, las normas constitucionales de primera generación —que pueden haberse originado según un procedimiento distinto del establecido para la sanción de las subsiguientes— con las normas elaboradas con posterioridad surgidas según el procedimiento de reforma establecido. Se confunde la fuente normativa constitucional originaria con la derivada. “Toda la Constitución —expresa Schmitt— sería tan solo un dispositivo, y, en realidad, solo una ley en blanco que en cada caso puede llenarse según prescripciones sobre reforma constitucional”.⁵⁹ Resulta inadmisibles definir la Constitución como una ley susceptible de ser reformada: a) desde un punto de vista lógico, porque el procedimiento de reforma está regulado por normas que ya forman parte de la Constitución, por lo tanto, presuponen su concepto. Es decir, antes que el procedimiento genere normas que se califican de constitucionales, las normas que establecen dicho procedimiento ya eran constitucionales, pues como señala Schmitt “... la esencia de una ley constitucional no puede ser reconocida porque sea susceptible de reforma en un cierto procedimiento. Por el procedimiento de reforma no puede definirse la esencia del objeto reformado”;⁶⁰ b) desde un punto de vista jurídico: la fuerza jurídica superior que se atribuye a las normas constitucionales resultantes del procedimiento de revisión deriva, no del procedimiento formal en sí mismo, sino de la fuerza que emana de toda la Constitución porque así lo ha querido el Poder Constituyente. Los preceptos del procedimiento de reforma generan normas constitucionales porque ellos ya son previamente constitucionales, de ese ser constitucional extraen su fuerza normativa. Las prescripciones sobre modificación constitucional al igual que cualquier otro precepto constitucional referido a cualquier otra cuestión, son constitucionales por voluntad del constituyente, con anterioridad y prescindencia de su eventual reformabilidad de que sean susceptibles de ser reformados según un cierto procedimiento.⁶¹

⁵⁸ Cfr. Finer, Hermann, *Teoría y práctica del gobierno moderno*, trad. de Enrique Tierno Galván, Madrid, Tecnos, 1964, p.164; Barthelemy y Duez, *op. cit.*

⁵⁹ Cfr. Schmitt, C., *op. cit.*, p. 44.

⁶⁰ Cfr. *idem.*

⁶¹ Cfr. *idem.*

Por último, podemos citar que otro efecto jurídico de vital importancia que se deriva de la rigidez constitucional es el relacionado con el control sobre la actividad legislativa.

Las materias, cuestiones y principios contenidos en la Constitución se convierten en fuente de derecho inmediata pues, por un lado, crea a los órganos que han de producir normas inferiores y, por el otro, establece los parámetros de forma y contenido que deben observar tales normaciones. De este modo se asegura la superioridad de los contenidos y directrices constitucionales que deben ser respetados y desarrollados por las normas inferiores. De este modo la Constitución impregna al resto del ordenamiento jurídico, manifestando su posición de fuente suprema del derecho, asegurando así la supremacía jurídico-política de la Constitución. De esta calidad de suprema fuente de derecho participan tanto las normas constitucionales ulteriores derivadas de una reforma.

Con base en la posición de la Constitución como fuente inmediata de derecho, condicionante de las normas jurídicas inferiores y a la existencia de un procedimiento especial establecido para regular la actividad de la fuente de la propia normación constitucional se ha extraído una importante consecuencia jurídica de vital interés para hacer efectiva la supremacía jurídica de la Constitución. Consiste en aplicar el principio de legalidad, que rige la relación de supraordenación de la ley respecto de los órdenes normativos inferiores, al orden constitucional, es decir, la Constitución, ley suprema somete a sus dictados al resto del ordenamiento jurídico en virtud del principio de legalidad constitucional. En este sentido, la rigidez va a significar un reforzamiento de la legalidad. Barthelemy y Duez extraen tres consecuencias del principio de legalidad constitucional:

- a) La Constitución organiza la competencia de los órganos por ella establecidos, es decir, éstos no tienen competencia por derecho propio. En consecuencia la competencia de estos órganos no se presume sino que debe ser probada cuando se la invoca, además no puede ser delegada porque sería alterar las reglas de competencia fijadas y, en tal caso, todo acto que vulnere la distribución de competencia carece de valor jurídico.
- b) Los órganos constitucionales no pueden delegar su competencia, es decir, no pueden atribuir a otros órganos sus competencias en caso de que la Constitución nada disponga al respecto, es decir, cuando no lo prohíba o lo autorice expresamente, pues en estos casos no existe duda.

- c) Los actos de los órganos constitucionales que vulneren la Constitución deben ser desprovistos de valor jurídico. Porque si excede su competencia el acto es ilegal.⁶²

Una norma legal que vulnere una disposición constitucional, sea ésta de carácter formal o materialmente constitucional, denota la pretensión de introducir en el ordenamiento jurídico una norma sin tener en cuenta los presupuestos de forma y/o de contenido señalados por la Constitución. En caso de admitirse esta alteración como válida significaría el consentir modificar los preceptos de la Constitución sin observar el procedimiento especial prescrito para su reforma. En otros términos, las disposiciones emanadas de un procedimiento irregular no gozarán de la fuerza jurídica superior propia de las normas constitucionales y no pueden obligar que los actos y normas jurídicas inferiores se adecuen a ellas.

La vulneración de la Constitución puede ser de cualquier género:

- a) Que la norma inferior infrinja un contenido constitucional aun cuando haya sido dictada observando el procedimiento de elaboración establecido por la Constitución. Por ejemplo, se dicta una ley formalmente válida y siguiendo el procedimiento señalado por la Constitución, pero que contiene disposiciones vulneratorias del principio de libertad de conciencia consagrado en la Constitución. Admitir la validez del precepto legal equivaldría a reformar el precepto constitucional que consagra la libertad de conciencia sin tener en cuenta el procedimiento establecido para modificar la Constitución.
- b) Que la norma inferior, observando el contenido constitucional, no cuide cumplir el procedimiento fijado por la Constitución para el dictado de tal tipo de normas. Por ejemplo, se dicta una ley que se halla conforme a los principios o directrices constitucionales pero resulta aprobada sin la mayoría requerida por la Constitución para el dictado de tales leyes. Admitir esta ley como válida sería aceptar la modificación por una vía no establecida de los preceptos constitucionales que regularon el procedimiento legislativo fijando una mayoría especial para la aprobación.
- c) Que la norma inferior infrinja no solo el procedimiento formal sino también algún contenido de la Constitución. Admitir su validez sería tolerar una alteración de los preceptos constitucionales inobservados por un procedimiento que no es el dispuesto para el caso.

⁶² *Cfr.* Barthelemy y Duez, *op. cit.*, pp. 195 y ss., 199 y ss., 203 y ss.

En cualquiera de los tres supuestos, el procedimiento agravado de reforma sirve de parámetro formal para impedir que nuevas normas jurídicas, emanadas del procedimiento legislativo ordinario u otros, que infrinjan los principios constitucionales, sean tenidas por normas constitucionales porque la omisión del procedimiento de reforma previsto no permite que las normas modificatorias de preceptos constitucionales sean reconocidas como normas constitucionales, es decir, se hallan privadas de la fuerza jurídica superior que solo la estricta observancia de los requisitos de la rigidez traen consigo y permiten desplazar las normas constitucionales anteriores.

A esta conclusión jurídica arriba el *Chief Justice* Marshall en el famoso *leading case* *Marbury vs. Madison* de 1803, que constituye un hito en el desarrollo del constitucionalismo moderno. El argumento ha sido desarrollado por Marshall con base en la limitación de los poderes de la legislatura por la Constitución:

Es demasiado simple para ser controvertido —expone el juez Marshall— que la Constitución controla todo acto legislativo repugnante a ella; o que, la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. La Constitución, o bien es una ley suprema, inmodificable por medios ordinarios, o está en el mismo nivel que los actos legislativos ordinarios, y como las otras leyes es modificable cuando la legislatura quiera modificarla. Si la primera parte de la alternativa es exacta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; si la segunda es exacta, entonces las Constituciones escritas son tentativas absurdas por parte del pueblo para limitar un poder que en su propia naturaleza es ilimitable.⁶³

VIII. REFLEXIONES FINALES

Sin embargo, se han señalado como inconvenientes de la rigidez constitucional que, al consolidar contenidos constitucionales, corre el riesgo de no adaptarse oportunamente a los cambios sociales y políticos que demanden

⁶³ I Cranch's Reports 137/180.. Este argumento sirvió de premisa para establecer el control judicial de constitucionalidad de las leyes. Ya en *El federalista* se sostenía que un acto contrario a la Constitución, no podía ser válido “No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores.

un ajuste normativo. En efecto, las dificultades procesales para la enmienda pueden no ser superadas por las fuerzas políticas que desean el cambio y, por lo tanto, una modificación necesaria no puede realizarse porque no se logre la mayoría requerida o porque los agentes políticos encargados de impulsar la reforma no tengan interés o dilaten la resolución de una modificación necesaria. Este defecto que, con el transcurso del tiempo se agrava, fue vislumbrado por Bryce que frente a la adaptabilidad e inseguridad de las Constituciones flexibles, se levanta la estabilidad y la menor capacidad de adaptación a los cambios y urgencias políticas, sociales o económicas de las Constituciones rígidas.

... Si las condiciones de un país cambian... mientras las formas y los métodos de gobierno preceptuados constitucionalmente continúan sin modificación, es claro que encontrarán en la Constitución defectos que antes no se veían y, surgirán problemas incompatibles con cualesquiera arreglos de la misma. El remedio, por supuesto, no es otro que enmendar la Constitución.⁶⁴

Suele ocurrir con frecuencia que, en sociedades que no gozan de una cierta homogeneidad ideológica ni de estabilidad social, se recurra a la rigidez para asegurar ciertos contenidos en la Constitución que benefician a un determinado grupo. En efecto, los grupos en el poder pueden valerse de la rigidez para sustraer del debate los contenidos constitucionales que propician y que no gozan de amplio consentimiento. En estos casos las normas nacen con cierta precariedad, pues la estabilidad política está amenazada por falta de coincidencia y adhesión generalizada a los principios postulados. “Sobre todo en las constituciones democráticas, basadas en el principio de mayoría —enseña al respeto Kelsen— el requisito de un determinado ‘quórum’ para reformar la Constitución puede ofrecer a la voluntad del grupo anteriormente mayoritario y hoy convertido en minoría, la posibilidad de impedir una reforma constitucional que le perjudica”.⁶⁵ Aunque también puede significar la protección de las minorías frente al grupo en el poder o a mayorías pasajeras “dicha dificultad —advierte Kelsen— puede tener otras veces el sentido de una protección de las minorías nacionales, étnicas, etcétera, cuando sus intereses están ya jurídicamente protegidos por la Constitución actual”.⁶⁶

⁶⁴ *Cfr.* Bryce, J., *op. cit.*, p. 139.

⁶⁵ *Cfr.* Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, México, Nacional, 1979, p. 330.

⁶⁶ *Cfr.* Kelsen, H., *op. cit.*, p.330.

En estos casos la rigidez revela en buena medida la falta de consolidación de los preceptos constitucionales o de consenso social que conducen a recurrir a la técnica de obstaculizar la reforma por medio de un procedimiento extraordinario, como mecanismo para asegurarles cierta permanencia y continuidad en la creencia que el transcurso del tiempo ayudará a consolidar el orden establecido que, en su momento carece de sustento social.⁶⁷ Persiguiendo este objetivo, ocasionales mayorías constituyentes han abusado de esta técnica, incorporando a la Constitución contenidos no estrictamente constitucionales que estaban interesados en sustraer al futuro legislador ordinario, protegiéndolos con el manto de la rigidez.⁶⁸

Sin embargo, por un lado en la sociedad pluralista contemporánea ha dejado de ser posible la coincidencia unánime sobre todos los puntos de la Constitución, por lo que la homogeneidad será siempre relativa y ocasional. Por otro lado, asimismo la finalidad de sustraer del debate político ciertos contenidos y principios, constituye también la razón de ser de toda Constitución pues, a través del mecanismo de la rigidez, procura la paz social y para que la convivencia política se funde sobre bases seguras que no se cuestionen continuamente los fundamentos del sistema.⁶⁹

Se pone, pues, de relieve el valor relativo de la técnica de rigidización (si se admite este neologismo) constitucional, por cuanto la estabilidad política depende, también, en gran medida, de la adhesión que suscite el contenido de la Constitución. “Cuanto más intensa y extensa sea la coincidencia constitucional de los ciudadanos —enseña Lucas Verdú—, mayor estabilidad política se consigue”.⁷⁰ Existe, pues, un límite en la capacidad de los procedimientos agravados de reforma para lograr la permanencia de los preceptos constitucionales que, fundamentalmente, descansa en el arraigado respeto social a ciertas convicciones básicas para la convivencia política. Cuando éste falta en absoluto o está en disputa, las resistencias del orden constitucional darán pie a que tengan lugar transformaciones extraconstitucionales con la consecuente devaluación del orden normativo fundamental.

⁶⁷ Cfr. Lucas Verdú, Pablo, *Curso...*, cit., vol. II, pp. 608-610.

⁶⁸ Recomiendo ampliar en Kägi, Werner, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, trad. de S. Díaz Ricci y H.J. Reyven, Madrid, Dykinson, 2005, *passim*.

⁶⁹ Véase Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, pp. 19 y 20.

⁷⁰ Cfr. Lucas Verdú, Pablo, *Curso...*, cit., t. II, p. 609.

La endeblez de la rigidez constitucional, como barrera para evitar que las transformaciones sociales alteren los preceptos constitucionales, se aumenta si se tiene en cuenta la fuerza limitada de la normativa constitucional para ordenar por completo, sin falla y para siempre la organización estatal, el orden económico y la estructura social. Esta pretensión racionalista sostenida por la burguesía interesada en convalidar y afijar las posiciones conquistadas, se ha demostrado inconsistente y desmesurada. Con acierto Pérez Serrano critica la pretensión de querer conservar el orden constitucional solo a través del mecanismo de la rigidez pues se alimenta en “el principio de desconfianza como impulso motor, la vanidad legislativa como nimbo del Poder constituyente, el racionalismo como filosofía inspiradora y la superstición de la forma como preocupación jurídica morbosa”.⁷¹

Teniendo en cuenta los elementos que integran el esquema conceptual de la forma política, Lucas Verdú acertadamente sostiene que la rigidez cumple con mayor eficacia su función protectora respecto del techo ideológico y de la organización política, que respecto de la estructura social más dinámica y mutable.⁷² Es decir, que los preceptos constitucionales referidos al techo ideológico y a la organización política, del Estado gozarán de mayor estabilidad por medio de la rigidez constitucional que las normas referidas a la estructura social que, por ser de naturaleza dinámica, su permanencia es más difícil de ser asegurada por medio de la técnica de la rigidez constitucional. La rigidez alcanzará con mayor eficacia su finalidad tuitiva del texto constitucional cuando éste se limite a contener “solo dos de los tres elementos de que se compone la fórmula política: una ideología concreta y una determinada forma de organización del Estado. El tercer elemento, la estructura social, aparece recogida en la variada legislación sobre materias económico-sociales”⁷³ por ello no suele gozar de la garantía de la rigidez constitucional.

Recordemos que la burguesía fue la principal impulsora de las constituciones rígidas, características en el liberalismo clásico, a fin de asegurar una serie de principios propios de su ideología: igualdad formal, propiedad privada, libertad económica y de contratación, etcétera. Sin embargo, en la actualidad la técnica de la rigidización constitucional es

⁷¹ Cfr. Pérez Serrano, Nicolás, “El poder constituyente”, *Escritos de derecho político*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración local, 1984, vol. I, p. 285; Lucas Verdú, Pablo, *Curso...*, cit., t. II, p. 611.

⁷² Cfr. Lucas Verdú, Pablo, *Curso...*, op. cit., II, pp. 612 y 613.

⁷³ Cfr. *ibidem*, pp. 616 y 617.

empleada por todo tipo de sistema político a fin de garantizar las posiciones y pretensiones de los grupos políticos dominantes que elaboraron la Constitución con el propósito de que se mantenga incólume, alcanzando su rigidez, en tanto en cuanto los grupos dominantes interesados en mantenerla posean fuerza suficiente para sostenerla.

No es extraño —enseña Lucas Verdú— como se van produciendo cambios estructurales económico sociales en un país en evidente desacuerdo con los preceptos constitucionales cuando los grupos directores que impusieron la Constitución, comenzaron a hacer concesiones para continuar aferrados al poder o, los nuevos grupos que aparecen actuando eficazmente en la escena política, están interesados en que los textos constitucionales no se modifiquen expresamente, y tan solo se les aplique más elásticamente acomodándoles a la nueva Constitución.⁷⁴

En este sentido resultan interesantes las reflexiones de Ruiz del Castillo respecto de la función de la rigidez en las democracias. Afirma que la rigidez como medio de acción para la defensa de la esencia nacional como producto del formalismo jurídico termina ahogando al vitalismo social (creando la ficción de estabilidad mediante las dificultades de la reforma), que deberá seguir los cauces de la representación partidaria con los peligros de apartamiento de la voluntad popular por obra de mayorías circunstanciales. La Constitución rígida —enseñaba el profesor de Oviedo— en cuanto instrumento para convalidar la obra de mayorías efímeras denuncia las tendencias oligárquicas de la Democracia representativa.⁷⁵

Finalmente, no debe creerse que la rigidez formal de la Constitución es absoluta puesto que las normas constitucionales son susceptibles de ser alteradas por otras vías como la interpretación histórica evolutiva, por la formación de costumbres contrarias (aunque jurídicamente inadmisibles, fácticamente eficaces), por la constante inaplicación de una norma constitucional, por la simple vulneración no corregida, por las modificaciones que la elasticidad de las normas Constitucionales permiten (elasticidad no se contrapone a la rigidez, puede darse junto a Constituciones rígidas —Constitución Federal de Estados Unidos de 1787— o junto a constituciones flexibles —Estatuto Albertino de 1848—).⁷⁶

⁷⁴ Cfr. *ibidem*, t. II, p. 612.

⁷⁵ Cfr. Ruiz del Castillo, C., *Manual de derecho político*, Madrid, 1939.

⁷⁶ Para analizar el fenómeno de las “mutaciones constitucionales”, véase Díaz Ricci, *Teoría...*, *cit.*, primera parte, capítulo tercero, pp. 47-82.

Todo el edificio jurídico que se ha levantado alrededor de la noción de rigidez, se desploma si no se establece un cuerpo con facultades para expulsar fuera del orden normativo una disposición que vulnere los preceptos constitucionales, intentando una modificación de lo dispuesto en la Constitución, sin observar el procedimiento agravado establecido para ello. Recordemos que el razonamiento de Marshall para establecer el control judicial de la constitucionalidad de las leyes se fundaba en la premisa de una Constitución escrita y rígida. El control de constitucionalidad es la clave de bóveda que remata el edificio constitucional, su ausencia convierte a toda estructura constitucional en solo buenos propósitos cuyo cumplimiento se deja librado al arbitrio de los órganos políticos del Estado, reduciendo la eficacia de la rigidez que se pretendía en los textos constitucionales.