II

SOBRE LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL*

* Este trabajo se publicó inicialmente en *Giurisprudenza Costituzionale* (núm. 5, 1994, pp. 3313-3338), con el título «Riflessioni sul concetto di rigidità costituzionale» y como respuesta al ensayo de Alessandro Pace «La "naturale" rigidità delle Costituzioni scritte» (ibidem, núm. 6, 1993, pp. 4085-4134). El trabajo de Pace se cita ahora de acuerdo con la presente edición.

Sumario: 1. La rigidez constitucional desde la Teoría de la Constitución y desde la Historia constitucional (83). 2. El concepto de rigidez constitucional (84). 3. Poder constituyente y rigidez constitucional (89). 4. Rigidez constitucional y superioridad de la Constitución (92). 5. Superioridad de la Constitución y justicia constitucional (96). 6. ¿Cómo se interpretó la ausencia de una cláusula especial de reforma en la Europa del siglo pasado, particularmente en España? (107). 7. Recapitulación (113).

1. LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL DESDE LA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y DESDE LA HISTORIA CONSTITUCIONAL

La reforma constitucional es un tema que ha atraído siempre la atención de los constitucionalistas, y muy en particular de aquellos con una especial sensibilidad para la Teoría del Estado y la historia constitucional, pues en él confluyen asuntos de tanto interés como la soberanía, el poder constituyente y el concepto mismo de Constitución. El trabajo de Alessandro Pace que da pie a estas páginas confirma lo que se acaba de decir. En él, su autor se enfrenta a una de las cuestiones más interesantes de la reforma constitucional, el problema de la rigidez, desde unos planteamientos muy sugestivos, que se inscriben sobre todo en el ámbito de la Teoría de la Constitución, pero también en el de la historia constitucional.

Desde el primer punto de vista, Pace abre un conjunto de interrogantes que, sin duda de forma harto precipitada, alguno podía dar ya por resueltos: ¿es preciso seguir identificando la rigidez constitucional con la existencia de un procedimiento especial de reforma?, ¿puede seguir afirmándose que la rigidez constitucional sólo existe allí donde el texto constitucional reconoce un poder constituyente, anterior y superior al poder legislativo?, ¿rigidez constitucional y superioridad de la Constitución son términos similares o al menos inextricablemente ligados lógica e históricamente?, ¿es posible hablar de superioridad de la Constitución en los ordenamientos que no articulan un control de constitucionalidad de las leyes, como ocurrió con los europeos del siglo XIX? Pace responde puntualmente a estos interrogantes y al hacerlo, apoyado en una coherente doctrina, formula un nuevo concepto de rigidez constitucional.

Desde el segundo punto de vista, el autor del trabajo que ahora se comenta trata de responder a una sola, pero ciertamente muy importante, pregunta: ¿puede seguir manteniéndose que la mayor parte de la doctrina y de los protagonistas de la vida política interpretaron como flexibles las Constituciones europeas del siglo pasado carentes de cláusula especial de reforma, particularmente el Estatuto Albertino? El examen que lleva a cabo Pace para responder a esta pregunta no es

ciertamente exhaustivo —tampoco pretende serlo— pero su resultado no deja de ser, sin embargo, menos sugerente que el primero: proponer una nueva valoración de la conciencia constitucional en la Europa del ochocientos.

En las páginas que siguen, me gustaría pronunciarme sobre estos dos planos de la cuestión, el teórico-constitucional y el histórico-constitucional. Dos planos que en el ensayo de Pace se entrelazan, pero que, a mi modo de ver, es necesario distinguir con claridad a la hora de enjuiciarlos, pues una cosa es valorar el concepto de rigidez constitucional que Pace propone, y otra muy distinta valorar la interpretación que, según este autor, se hizo en el pasado de este concepto. Desde luego, conviene advertir que no pretendo llevar a cabo un trabajo de investigación, como el que Pace ha llevado a cabo tan brillantemente, sino tan sólo comentar los aspectos de este trabajo que me han parecido más interesantes, siendo muy consciente de que la mayoría de las afirmaciones que aquí se hacen requeriría un desarrollo mucho más extenso. Un desarrollo que algún día alguien habrá de hacer, quizá bajo el siguiente título: «El concepto de Constitución en la Europa del siglo XIX».

2. EL CONCEPTO DE RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

La doctrina mayoritaria, tanto en Italia como en el resto de Europa, ha venido identificando la rigidez constitucional con la inclusión en el texto constitucional de una cláusula especial de reforma, de tal manera que ha considerado flexibles aquellos textos constitucionales que carecían de dicha cláusula, como ocurría con la mayor parte de las Constituciones europeas del pasado siglo. Dicho con otras palabras: la inexistencia de un procedimiento especial de reforma no se ha entendido mayoritariamente como una decidida opción del constituyente por la inmutabilidad del texto constitucional (inmutabilidad que no suele aceptarse jurídicamente ni siquiera en el supuesto de que se recogiese expresamente en el texto), sino por considerar que la norma constitucional debía modificarse con el mismo procedimiento que las leyes ordinarias[1].

1. Como ejemplo de esta doctrina mayoritaria, Pace menciona, en la nota 2 de su trabajo, a numerosos constitucionalistas italianos, como Barile, Biscaretti, Crisafulli,

Frente a estas tesis, que podemos calificar de «clásicas», la posición de Alessandro Pace es bien distinta. A su juicio, para calificar de rígida una Constitución no es preciso que ésta establezca un procedimiento especial de reforma, distinto del legislativo ordinario, sino que basta con que el texto constitucional se configure como ley suprema, superior a todas las demás, cosa que suele ocurrir por el simple hecho de ser un texto escrito, como Bryce en su momento había ya señalado. A este respecto, Pace recuerda que, en contra de lo que suele creerse, el tratadista inglés, en sus obras *Flexible and Rigid Constitutions* (1884) y *The American Commonwealth* (1889), no distingue entre constituciones rígidas y flexibles en virtud de que contengan un procedimiento especial de reforma, sino que se limita a contraponer las constituciones escritas a las no escritas, considerando rígidas a las primeras por el mero hecho de haberse redactado por escrito de forma solemne y con independencia de que incluyan o no una cláusula especial de reforma. Fue Dicey, como añade oportunamente Pace, en su conocido libro *Introduction to the Study of the Law and the Constitution* (cuya primera edición es de 1885), quien hizo de esta cláusula la piedra de toque para distinguir las constituciones rígidas(que necesariamente habrían de ser escritas) y las flexibles [2]. Para Bryce, como recuerda Pace, la consecuencia esencial de la noción de constitución rígida estaría en la imposibilidad jurídica de que el legislador ordinario modifique a su placer el texto constitucional y no, como suele sostenerse, en la posibilidad de modificarla con un procedimiento especial [3].

Pace insiste en que el documento constitucional, en el cual se con-

---

Galeotti, Martines, Mortati, Pizzoruso, Orlando y Virga, a los que añade, en la nota 39, a Schmitt y a tres constitucionalistas españoles que se han ocupado recientemente de estas cuestiones: I. de Otto, P. de Vega y J. Pérez Royo, aunque el primero de ellos mantiene unas opiniones muy particulares sobre este asunto, como se tendrá ocasión de poner de relieve más adelante.

2. Cfr. ibidem, pp. 27 y ss.

3. Ibidem, p. 29, nota 39. Tal consideración del problema explica, a juicio de Pace, que Bryce pusiese como ejemplo de primeras constituciones rígidas a los *Fundamental Orders* de los colonos americanos de Connecticut (1638), al *Agreement of People*, presentado por el Parlamento Largo en 1647, y al *Instrument of Government*, promulgado por Cromwell en 1653, ninguno de los cuales preveía cláusulas de intangibilidad ni un procedimiento especial de revisión. Cfr. ibidem, p. 31. Pace recuerda que otros destacados constitucionalistas, como Carl Schmitt y Jellinek, consideraron también que estos textos eran «inalterables». Cfr. ibidem, pp. 33 y 34.

tienen —«aunque no de manera exclusiva ni exhaustiva»— «las normas que definen la forma de Estado y de gobierno», constituye jurídicamente un *unicum*[4], que no puede ser modificado en ninguna de sus partes por el legislador ordinario. La rigidez constitucional resulta ser, así, una característica «natural» de las constituciones escritas, que por el mero hecho de serlo configuran un acto *in sè e per sè* «superior». Si el silencio de la constitución en orden al procedimiento a seguir para su reforma no convierte al texto constitucional en flexible, las normas que establecen dicho procedimiento no suponen el «fundamento» de la rigidez constitucional, sino que tan sólo se limitan a confirmarla; no la fundan, sino que la presuponen. Es más: la introducción de un procedimiento especial de reforma «debilita» la rigidez [5]. Tan sólo podrán considerarse flexibles aquellas constituciones escritas que de forma expresa establezcan que su mudanza podrá llevarse a cabo por el procedimiento legislativo ordinario, como acontecía con la Constitución napoleónica española de 1808, el llamado «Estatuto de Bayona» [6]. De ahí que Pace entienda que la rigidez constitucional es una característica «natural», pero no «esencial», de las constituciones escritas [7].

Coincido con Pace en que es preciso distinguir —y no identificar, como suele hacerse— la rigidez constitucional de la existencia de un procedimiento especial de reforma, de tal modo que las Constituciones escritas sin cláusula de reforma no deben considerarse, desde un punto de vista lógico-jurídico, flexibles, como lo es la británica, sino, al contrario, inmodificables. A este respecto, Ignacio de Otto, siguiendo a Alf Ross y partiendo de la premisa de que desde un punto de vista lógico-jurídico una proposición no puede referirse a sí misma, ha insistido en que la Constitución no puede ser reformada en aplicación de los procedimientos ordinarios que ella misma regula. Desde este

---

4. P. 18.

5. Cfr. ibidem, p. 19.

6. Un texto cuyo art. 146, en su primer apartado, que Pace trae a colación (p. 17), decía así: «todas las adiciones, modificaciones y mejoras que se haya creído conveniente hacer en esta Constitución se presentarán de orden del Rey al examen y deliberación de las Cortes, en las primeras que se celebren después del año de 1820». La flexibilidad de esta Constitución era coherente, como se dirá más adelante, con su punto de partida: la soberanía compartida del Rey y las Cortes, pilar de la doctrina de la Constitución histórica de España.

7. Cfr. ibidem, p. 19.

punto de vista, pues, el supuesto de validez de la norma que reforma la constitución no se halla en la norma reformada, sino en otra distinta, quizá supuesta. Para que una norma pueda ser modificada es necesario, por tanto, que lo disponga otra norma, que estará en un plano lógicamente superior que la norma que se trate de reformar. Si existe, ésa es la norma lógicamente superior (por eso este autor habla de las normas de reforma como «el núcleo de la Constitución»); si no existe, es preciso suponerla, para dar coherencia al sistema. De todo lo anterior se deducen dos importantes consecuencias: primera, si una constitución no contiene prescripción alguna respecto de su reforma, no es flexible, sino *lógicamente irreformable;* segunda, para que la constitución sea reformable es necesario que lo disponga una norma que *lógicamente* no forma parte de la constitución, aunque forma parte de su texto. Esta norma es el núcleo constitucional, la verdadera constitución [8].

En realidad, como ha puesto de manifiesto J. L. Requejo, siguiendo las reflexiones de Merkl sobre la *Rechstkraft* [9], desde un «punto de vista lógico-jurídico todo sistema normativo es inalterable y únicamente mediante la institución jurídico-positiva de la derogación puede modificarse el contenido normativo del ordenamiento», o, dicho de otro modo, «que lo excepcional no es la inalterabilidad de una norma, sino la posibilidad de su modificación. La posibilidad de alteración no forma parte de la esencia de la norma jurídica; sí en cambio su inmutabilidad, su validez *ad infinitum* [10].

De acuerdo con esta manera de argumentar(la de I. de Otto y la de J. L. Requejo o, lo que es lo mismo, la de Alf Ross y la de Merkl), la tesis de la natural rigidez de todas las Constituciones escritas resulta

---

8. *Lecciones de Derecho Constitucional, Introducción*, Guiastur Ediciones, Oviedo, 1980, pp. 119-123, las cursivas son mías. En otro lugar, este mismo autor añade: «Como vieron con toda claridad los teóricos del principio monárquico en el siglo XIX, un poder no puede autolimitarse. Si la norma básica del ordenamiento es que el Rey tiene un poder absoluto, la Constitución que el Rey dicte autolimitándose, esto es, reduciendo el poder que la norma básica le atribuye, no podrá fundamentarse en ella, pues la contradice. Si afirmamos que la Constitución vale en virtud del poder absoluto del Monarca, estamos reconociendo tal poder y, por tanto, que el Monarca no está sujeto a la Constitución»: *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 65-66.

9. A. MERKL, «Die Lehre von der Rechtskraft. Entwickelt aus dem Rechtsbegriff», en *Wiener Staatswissenschaftliche Studien*, 15, Bd. 2. Heft, Leipzig, 1923, pp. 232 y ss.

10. L. REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción e Independencia Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 87.

correcta, pero, en primer lugar, tan sólo desde el punto de vista lógico-jurídico, no ciertamente desde el punto de vista jurídico-positivo, y, en segundo lugar, siempre y cuando se utilice el término de rigidez, como hace Pace, tanto para designar a las constituciones que establecen un procedimiento especial de reforma como a aquellas que no establecen ninguno y que son, por tanto, en términos lógico-jurídicos, inmodificables. Ahora bien, si lo primero plantea problemas de orden práctico, político, lo segundo añade no poca ambigüedad al concepto de rigidez. Trataré de extenderme un tanto sobre estos dos problemas.

Pace, a la vez que estima poco adecuado considerar flexibles las Constituciones sin cláusula de reforma, señala que la declaración de intangibilidad de una Constitución no añade nada a la «natural» rigidez de las constituciones escritas, no teniendo otro valor que el meramente «declarativo», pero no explica cuál debiera ser en estos casos el procedimiento de reforma constitucional: ¿el mismo que se siguió al elaborarla? Pace considera esta solución (por él llamada «paralelismo de las formas») incorrecta en el terreno teórico, aunque reconoce que no debe descartarse siempre, y que, en cualquier caso, puede suponer una «alternativa políticamente realista» allí donde el poder constituyente no descansa en el Rey [11]. En realidad, si se descarta el «paralelismo de las formas», los únicos expedientes que quedarían para adaptar la Constitucion al cambio de la realidad política serían, como Bryce dejó dicho, la legislación ordinaria, los usos y convenciones constitucionales y la interpretación judicial del texto constitucional [12].

En cualquier caso, los argumentos de Pace en contra de la doctrina mayoritaria no parecen muy convincentes cuando señala que interpretar en clave de flexibilidad constitucional la ausencia de un procedimiento especial de reforma conduce a consecuencias absurdas en la teoría y en la práctica, puesto que supondría legitimar, mediante una simple ley, la reforma de una Constitución al día siguiente de ser promulgada, a pesar de haber costado «al pueblo lágrimas y sangre» [13], ni tampoco cuando añade que para determinar la naturaleza rígida o flexible de una texto constitucional es preciso tener en cuenta «el contexto ideológico-cultural (la opinión pública)» [14]. Y no me parece convin-

11. Cfr. ibidem, pp. 79 y ss.

12. Ibidem, p. 34, nota 55

13. Cfr. ibidem, p. 16.

14. P. 39.

cente puesto que este modo de argumentar confunde o, más exactamente, mixtura el plano jurídico con el político, y subordina la interpretación de las normas constitucionales (que, a mi juicio, debe hacerse desde dentro de la Constitución, esto es, desde su lógica inmanente) a la realidad social y política del momento. Una manera de argumentar muy coherente, desde luego, con la concepción sustancial de Constitución de la que Pace parece partir, como se irá viendo a lo largo de estas páginas, y a la que quizá no sea ajena la influencia de Mortati.

En lo que concierne al segundo problema, de orden puramente terminológico, no cabe duda de que si se considera a la rigidez como una caracterísita «natural» de las Constituciones escritas, como hace Pace, es preciso distinguir entre aquellas que callan sobre la decisiva cuestión de la revisión constitucional y aquellas otras que para llevar ésta a cabo establecen un procedimiento distinto y normalmente más complejo que el legislativo ordinario. Desde los planteamientos de Pace, como queda dicho, las dos clases de Constituciones escritas deben calificarse de rígidas. Pero calificar de la misma manera a dos tipos tan distintos de Constitución resulta poco satisfactorio. A este respecto entiendo más conveniente seguir reservando el concepto de rigidez, como se viene haciendo mayoritariamente, a las constituciones que establecen un procedimiento especial de reforma, para distinguirlas claramente de las que carecen de él.

3. PODER CONSTITUYENTE Y RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

Al partir de un concepto tan amplio (y equívoco) de rigidez constitucional, Pace niega, congruentemente, que la rigidez esté vinculada de forma inextricable al reconocimiento de un poder constituyente, basado en la soberanía popular o nacional. Ahora bien, si se identifica la rigidez con el establecimiento de un procedimiento especial de revisión, no cabe duda de que este mecanismo está muy ligado ideológicamente a ambos dogmas o, dicho de otro modo, de que es plenamente coherente con su lógica interna (una lógica ideológica, política), cuyo punto común de partida es la afirmación de un sujeto soberano, la Nación o el pueblo, en quien se hace residir el poder constituyente, esto es, la facultad más importante, si bien no la única, de la soberanía, que consiste en la capacidad para dar una Constitu-

ción sin necesidad de respetar nexo jurídico alguno con el ordenamiento precedente. Sin duda, tales planteamientos son inaceptables desde una teoría positivista del Derecho y de la Constitución, desde la cual sólo cabe hablar de la soberanía del Estado o de la Constitución, nunca de un sujeto previo (que sólo puede justificarse en términos iusnaturalistas), y para la cual el problema del poder constituyente no es un problema jurídico, sino puramente político: *res factis, non iuris.* Desde estos planteamientos, el problema del poder constituyente, como en su día sostuvo Carré de Malberg, desemboca pura y simplemente en el problema de la reforma constitucional [15], esto es, en averiguar qué órgano puede llevar a cabo la mudanza de la norma jurídica suprema del ordenamiento y con qué procedimiento: la rigidez constitucional resulta ser, así, una técnica perfectamente posible, pero en absoluto necesaria.

Ahora bien, conviene repetirlo, desde la lógica (ideológica) de la soberanía nacional y popular, no cabe duda de que la rigidez constitucional es una consecuencia obligada, como lo es la premisa básica en la que se funda, a saber: la distinción entre una Asamblea Constituyente, que aprueba *ex novo* una Constitución; una Asamblea legislativa, encargada de hacer las leyes ordinarias, y una Asamblea de revisión, dotada con poderes especiales para llevar a cabo la mudanza del texto constitucional, según el procedimiento en ella establecido. Una distinción que, desde su formulación inicial por los revolucionarios franceses de 1791, ha sido acogida por muchos constituyentes posteriores en toda Europa, como ha ocurrido en la España de 1812, 1869, 1931 y 1978, aunque en este último caso, por exigencias del principio de soberanía popular (esto es, de la democratización del viejo principio liberal de la soberanía nacional), se haya exigido que el cuerpo electoral refrende la elaboración del texto constitucional y, en ciertos supuestos, sus ulteriores reformas [16].

---

15. Cfr. *Contribution à la Théorie Générale de l'Etat,* París, 1922, vol. II, cap. IV, pp. 483 y ss.

16. Sobre el nexo entre soberanía nacional y rigidez constitucional en la teoría revolucionaria francesa y su influencia en España, me extiendo en mi libro *La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (las Cortes de Cádiz)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983. Sobre el ligamen entre soberanía popular y rigidez constitucional en la Constitución española de 1978, me ocupo en mi artículo «Algunas reflexiones sobre la soberanía en la Constitución española», que se publicó en la *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 36, Madrid,

Ciertamente, algunas Constituciones basadas en el principio de soberanía nacional fueron flexibles, como la española de 1837 [17]. Pero ello no puede llevar a negar el ligamen teórico entre soberanía nacional (y popular) y rigidez, sino a corroborar la distancia que media entre el plano de los principios y el de las realidades, entre la ideología constitucional y la historia constitucional.

Por otra parte, resulta asimismo coherente, desde un punto de vista teórico, el principio monárquico y la exclusión del mecanismo de la rigidez constitucional, como recordaba Laband en el siglo pasado [18]. Una exclusión que históricamente se plasmó en la Carta francesa de 1814 y en el Estatuto Albertino de 1848, pese a lo cual la historia constitucional europea, como recuerda oportunamente Pace, ofrece ejemplos de constituciones rígidas inspiradas en el principio monárquico, como la polaca de 1791, la sueca de 1809, la de los Países Bajos de 1814, la prusiana de 1850 y la alemana de 1871 [19]. Una vez más, pues, se pone de manifiesto que una cosa son los principios y otra muy distinta sus aplicaciones en la práctica.

En resumen: la rigidez constitucional es consecuencia de un concepto «racional-normativo» de Constitución, heredero de la Ilustración tanto o más que del liberalismo, que se hace patente en la Constitu-

---

1992, pp. 71 ss. Este artículo se recogió más tarde en el libro colectivo *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Oviedo, 1993, pp. 35 ss.

17. O, más exactamente, careció de cláusula especial de reforma, pero eso no significó que los políticos y la doctrina de la época coincidiesen a la hora de interpretar esta carencia. Por el contrario, si para los moderados significaba que el Rey y las Cortes eran los órganos competentes para llevarla a cabo (tesis que triunfó en 1844-1845), para muchos progresistas la revisión constitucional sólo podían hacerla unas Cortes Constituyentes, en justo correlato con el órgano que la había elaborado. Sobre esta Constitución, clave en el desarrollo constitucional español del siglo XIX, vid. mi artículo «La Constitución española de 1837: una Constitución transaccional», en *Revista de Derecho Político*, núm. 20, Madrid, 1983-1984, pp. 95 ss.

18. Este jurista, que escribe bajo la vigencia de la Constitución Imperial de 1871, de naturaleza rígida, señalaba, en efecto, que si se parte de la base de que la Constitución debía estar subordinada al soberano (como el jurista alemán pensaba), «la regla según la cual las leyes especiales deben estar siempre en armonía con la Constitución y no deben ser incompatibles con ésta, constituye un postulado de política legislativa, pero no una regla jurídica»; *Das Staatsrechts des deustschen Reiches*, vol. II, Mohr, Tübingen, 1911; traducción francesa: *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, Giard and Brière, París, 1901, vol. II, p. 314.

19. Cfr. p. 64.

ción americana de 1787, en la francesa de 1791 y en la española de 1812, por citar tres textos claves en la historia constitucional de Occidente. Un concepto de Constitución en pugna con el concepto «histórico» de la misma, que tiene su origen en la Gran Bretaña, pero que se detecta incluso en los textos constitucionales decimonónicos aprobados bajo su influjo, como los españoles de 1845 y 1876 [20]. Textos ambos de carácter flexible, precisamente por excluir un procedimiento especial de reforma. Una exclusión que, a su vez, era consecuencia de que estos códigos constitucionales se basaban no en los principios revolucionarios de la soberanía nacional o popular, sino en la doctrina de la soberanía compartida entre el Rey y las Cortes, versión española del principio inglés de la soberanía del Parlamento. Una doctrina que, lejos de considerar al documento constitucional como una norma jurídicamente superior a la ley, conducía a negar el carácter jurídico de tal documento, como se dirá más adelante.

4. RIGIDEZ CONSTITUCIONAL Y SUPERIORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

Coherentemente con sus tesis acerca de la «natural» rigidez de las Constituciones escritas, Pace no identifica la rigidez constitucional con la jerarquía, como hace buena parte de la doctrina [21], ni considera que la existencia de una cláusula especial de reforma confiera superioridad al texto constitucional respecto de las otras leyes del Estado, sino que, a su entender, para fundar la rigidez basta «afirmar que la forma escrita debe contener o incluir una constitución que pretenda ser «superior», y que lo sea —añade Pace, citando literalmente a Santi Romano— «no por su origen o porque emane de una autoridad superior, sino por su naturaleza, que se manifiesta en su propia intención de valer como tal» [22].

---

20. Sobre los conceptos «racional-normativo» e «histórico» de Constitución, vid. M. García-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Universidad, Madrid, 1984, pp. 34 y ss.

21. En lo que concierne tan sólo a la doctrina española, vid. lo dicho por F. J. Bastida e I. de Otto, en las obras citadas en nota 30 de este trabajo.

22. Ibidem, pp. 55, nota 114, y 77, nota 170. La cita de Romano se corresponde con su libro *Il diritto pubblico italiano* (1914), Giuffrè, Milano, 1908, p. 234.

Entendida la rigidez constitucional como una característica «natural»de las constituciones escritas y, por tanto, como algo distinto de la mera inclusión de una cláusula especial de reforma, Pace afirma que «la superioridad jurídica de la Constitución y la rigidez de la misma son dos caras de la misma moneda. En otras palabras, la causa de la superioridad de la Costitución sobre los actos jurídicos y normativos que componen un determinado ordenamiento es al mismo tiempo también la causa de su rigidez en relación con el legislador» [23]. De ahí que el profesor italiano, siguiendo a Bryce y a Rossi [24], guste recordar que no es rígida una Constitución porque no pueda ser modificada por el Parlamento, sino que no puede ser modificada por el Parlamento porque es rígida» [25], de lo que podría deducirse que, a su juicio, una Constitución no es superior porque es rígida, sino que es rígida porque es superior. Superioridad que, según Pace, debiera tomar en consideración «tanto las normas constitucionales que regulan el contenido y la forma de los actos legislativos como las normas que «declaran» o, en cualquier caso, «presuponen» tal superioridad» [26].

Ahora bien, a mi modo de ver, a la hora de hablar de la superioridad de la Constitución es preciso, una vez más, distinguir dos planos de la cuestión: el lógico-jurídico y el jurídico-positivo. La superioridad lógico-jurídica de la Constitución existe siempre, con independencia de la jurídico-positiva, en la medida en que en todos los ordenamientos jurídicos con un cierto desarrollo es posible identificar unas normas situadas en un plano superior a las demás, que por eso mismo son llamadas constitucionales. Identificarlas como tales depende, desde luego, del concepto de constitución que se utilice. En alguna ocasión, según queda dicho, Pace parece identificar las normas constitucionales con aquellas «normas que definen la forma de Estado y de gobierno», aunque no de forma exclusiva ni exhaustiva, unas normas que constituyen jurídicamente un *unicum* [27]. Yo prefiero referirme, en términos kelsenianos, a aquellas normas que regulan los aspectos básicos de la creación jurídica y que son, por ello, presupuesto lógico de

23. Ibidem, p. 71.

24. Ibidem, p. 28.

25. Ibidem, p. 72.

26. P. 73, nota 162.

27. P. 18.

la validez de todas las demás normas del ordenamiento. Pero lo que importa ahora tener en cuenta, más allá de esta disputa académica sobre el concepto de constitución, es que las normas calificadas de constitucionales lo son desde un punto de vista lógico-jurídico, esto es, en un sentido puramente material, con independencia de que el ordenamiento jurídico-positivo les atribuya una superioridad formal e incluso con independencia que se incluyan en un documento llamado Constitución o Acta Constitucional o Ley Fundamental, aunque esta inclusión ha solido ser habitual desde la segunda mitad del siglo XVIII y, sobre todo, desde la primera mitad del XIX. Desde este punto de vista, y con independencia de cuáles sean los criterios que se utilicen para determinar esa constitución en sentido material, lógicamente superior, no cabe duda que tanto Pace como Santi Romano aciertan al hablar del Estatuto Albertino o de cualquier otra constitución similar que regule los aspectos básicos de la creación jurídica que, por cierto, vienen determinados por la forma de Estado, si se parte de la identificación entre este último y el derecho como norma superior, como auténtica ley fundamental, con independencia de que contenga un procedimiento especial de reforma, pero tal superioridad sólo es sustentable desde un punto de vista puramente lógico-jurídico y no desde un punto de vista jurídico-positivo.

Desde este segundo punto de vista, sólo es posible hablar de superioridad cuando el ordenamiento jurídico expresamente se la otorgue, con independencia de su jerarquía lógico-jurídica en el seno del ordenamiento. Para ello, la mera inclusión en un texto escrito, solemnemente redactado, fue sin duda un primer paso. Un paso de gigante en relación a lo que había ocurrido con anterioridad, por ejemplo en relación a las leyes fundamentales de las Monarquías europeas, mezcla de principios y de preceptos, no necesariamene escritos [28]. Ahora bien, se trató de un paso muy pequeño respecto de lo que ocurriría en adelante, pues la simple escritura de las normas constitucionales no fue suficiente para impedir que el texto constitucional fuese modificado —ya no digamos contradicho— por el legislador ordinario, sin que tal modificación fuese considerada antijurídica.

---

28. Sobre el concepto de leyes fundamentales, vid. Georg JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre* (1900); traducción española: *Teoría General del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1978. p. 383, y, dentro de la bibliografía española, M. GARCÍA-PELAYO, *Del Mito y de la Razón en el Pensamiento Político*, Madrid, 1968, pp. 65-140; J. A. MARAVALL, *Estado Moderno y mentalidad social (siglos XVI y XVII)*, Revista de Occidente, Madrid, 1972, vol. I, pp. 367 y ss.

Por ello, para hablar de la Constitución como una norma superior a las demás, *desde un punto de vista jurídico-positivo*, no basta, como señala Pace, con que tal superioridad se deduzca del articulado o que se proclame formalmente en éste, como hace, por ejemplo, la Constitucion española en su art. 9.1, que Pace cita [29], sino que es preciso que la Constitución, además de escrita, sea rígida, esto es, que contenga un procedimiento especial de revisión, distinto del legislativo ordinario, de tal forma que el Parlamento no podrá lícitamente mudar el texto constitucional más que en uso de ese procedimiento especial.

Ciertamentente, coincido con Pace en la necesidad de distinguir la rigidez de la superioridad de la Constitucion (aunque por diversos motivos, pues el concepto de rigidez que él maneja no es el mismo que el que aquí se defiende) y, en general, la rigidez de la jerarquía formal de cualquier norma. Esta última consiste en la fuerza activa y pasiva que una norma tiene sobre otra, en tanto en cuanto la norma considerada superior puede derogar a la considerada inferior sin que aquélla pueda ser derogada por ésta, mientras la rigidez de una norma respecto de otra se determina en virtud de la mayor o menor dificultar para su reforma. En términos generales, no cabe duda de que una norma puede ser superior a otra sin necesidad de que sea más rígida, esto es, sin que resulte necesario que sea elaborada por un órgano distinto o por un procedimiento más complicado: un mismo órgano y con idéntico procedimiento puede elaborar normas con distinto valor (normas constitucionales y leyes, por ejemplo). A su vez, una norma elaborada por un órgano distinto o con un procedimiento más complicado que el exigido para elaborar otras normas no tiene por qué ser superior a ellas, sino sencillamente más rígida, como ocurre con las leyes orgánicas en el vigente ordenamiento constitucional español: son más rígidas que las demás leyes (al exigirse mayoría absoluta del Congreso de los Diputados para su aprobación), pero no superiores a ella [30].

La rigidez de la Constitución (o de cualquier otra norma jurídica)

---

29. P. 73, nota 162. Este artículo dispone: «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

30. Una tesis, desde luego, que inicialmente no ha sido compartida por la mayoría de la doctrina ni de la jurisprudencia constitucionales en España, como pone de relieve F. J. Bastida en «La Naturaleza Jurídica de las Leyes Orgánicas (Comentario bibliográfico)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, 1981, pp. 2885 y ss., e I. de Otto, en *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, op. cit., pp. 111 y ss.

no le confiere mayor jerarquía respecto de las demás normas del ordenamiento jurídico ni, por tanto, le otorga una especial superioridad respecto de él, aunque no cabe duda de que la rigidez constitucional (concebida como mecanismo que dificulta, si bien no impide, la reforma constitucional por parte del legislador ordinario) es una técnica imprescindible para hablar de superioridad de la Constitución, puesto que si no existiese sería perfectamente lícito, desde un punto de vista jurídico-positivo, que el legislador ordinario, mediante ley, modificase lo dispuesto en la Constitución[31]. La rigidez constitucional, en resumen, no confiere una mayor jerarquía a la Constitución respecto de las demás normas del ordenamiento, en particular de las leyes, sino que le otorga simplemente mayor estabilidad al dificultar su reforma. No obstante, si la Constitución no es rígida puede ser reformada por el legislador ordinario sin que tal reforma sea antijurídica, con lo cual la rigidez constitucional resulta ser un requisito indispensable para convertir a la Constitución en la norma suprema del ordenamiento jurídico.

5. SUPERIORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Pace no sólo estima equivocado negar la superioridad de las Constituciones carentes de una cláusula especial de reforma, como ocurría con la mayoría de las europeas del siglo XIX, sino que, además, insiste en la «superioridad» de dichas Constituciones aun cuando su vulneración por parte del legislativo conllevase tan sólo una mera «reprobación por parte de la opinión pública» [32], al desconocerse el control de constitu-

31. I. de Otto entiende que no es preciso que la norma constitucional sea rígida, sino solamente que se le otorgue una supremacía formal sobre las demás normas. Es posible, pues, a su juicio, mantener un concepto de Constitución como norma suprema, aun cuando ésta sea flexible, siempre y cuando la reforma constitucional sea obligatoriamente explícita, como acontece, según él, en la Sección segunda del *Bill* de Derechos canadiense. *Lecciones de Derecho Constitucional*, op. cit., 113-4, y *Derecho Constitucional*, op. cit., 62-3. Pero, a mi modo de ver, el requisito de la reforma explícita introduce una diferencia procedimental en la reforma constitucional respecto del procedimiento legislativo ordinario, que convierte a la Constitución en rígida, como viene a recordar Pace, quien añade que el ejemplo de Canadá no es muy acertado al no ser el *Bill* parte de la Constitución. Cfr. nota 159, pp. 4128-4129.

32. P. 44.

cionalidad de las leyes. En apoyo de esta importante tesis, Pace trae a colación el art. 70 de la Carta francesa de 1830 y el art. 81 del Estatuto Albertino, coincidentes ambos en considerar nulas todas las disposiciones normativas contrarias a aquellos textos constitucionales. Nulidad que, aun en el caso de que se estimase tan sólo relativa a las disposiciones anteriores a la entrada en vigor de la Constitución —exégesis que parece la más plausible [33]—, Pace, siguiendo a Hello y a Malgarini, considera suficiente para probar el carácter de norma fundamental que tanto el constituyente francés como el italiano quiso otorgar a los textos constitucionales, estableciendo las bases de un cierto control judicial de las leyes, siquiera fuese tan sólo de las leyes aprobadas con anterioridad [34]. «Las Constituciones del siglo XIX —recapitula Pace—, contrariamente a lo que aún hoy muchos consideran, *pretendían* ser jurídicamente vinculantes» [35]. Trasladando estas tesis al Estatuto Albertino, Pace concluye afirmando que «todos los factores concurren en favor de la naturaleza "rígida" del Estatuto albertino. Así, que el acto constitucional estuviese recogido en un único documento; que el propio texto se calificase a sí mismo como "ley fundamental"; que la "perpetuidad" del Estatuto se ligase a los destinos de la dinastía Saboya; que sus disposiciones tuviesen un carácter indiscutiblemente prescriptivo e impusieran, en algunos supuestos, vínculos al legislador (p. ej., los arts. 25, 29, 31, 68, 69, 71)» [36].

A mi modo de ver, en cambio, para hablar de la Constitución como norma jurídica superior a las demás es preciso que exista, además de la rigidez, un control de constitucionalidad de las demás normas, pues sólo a través de este control se podrán anular las normas inconstitucionales y, por tanto, se podrá decir que la Constitución es una norma jurídica superior que vincula a todas las demás normas del ordenamiento y, por ende, a todos los órganos que las crean. Para tal cometido no es suficiente atribuir a los tribunales la *derogación* de las

33. Como se desprende del mismo tenor literal de estos dos preceptos. El art. 70 de la Carta francesa señalaba: «toutes les lois et ordonnances, en ce qu'elles ont de contraire aux dispositions adoptées pour la reforme de la Charte (de 1814), *sont dès à present et demeurent annulées et abrogées*». El art. 81 del Estatuto Albertino señalaba que «ogni legge contraria al presente Statuto è *abrogata*».

34. Pp. 40-41.

35. P. 70.

36. P. 42.

normas preconstitucionales contrarias a la Constitución (atribución que, dicho sea entre paréntesis, en absoluto se deduce de los preceptos antes citados de la Carta de 1830 y del Estatuto Albertino), sino que es necesario atribuirles también —a los tribunales ordinarios o a un Tribunal Constitucional creado para tal fin— la potestad de *anular* las normas aprobadas con posterioridad cuando contradigan lo dispuesto en la Constitución. Así ocurre, por ejemplo, en la vigente Constitución española, que no se limita a derogar expresamente todas las normas anteriores que se le opongan (disposición derogatoria tercera), sino que, además, establece un control de constitucionalidad de las leyes posteriores (arts. 161.1.*a* y 163).

Puede afirmarse por eso que la introducción de la justicia constitucional —cosa que, como es sabido, no tiene lugar en Europa hasta después de la Primera Guerra Mundial— cambia por completo la posición de la ley y de la Constitución en el sistema de fuentes y en rigor altera toda la teoría de la soberanía: la Constitución deviene la única soberana o, como sostiene M. Kriele, en el Estado Constitucional (esto es, en el Estado con una Constitución como norma jurídica suprema) no hay ya soberano [37].

A este respecto, no me parece acertado el hincapié que hace Pace al afirmar que, lejos de lo que suele entenderse, durante el siglo XIX sí había en Europa una conciencia generalizada de que la Constitución era una norma jurídica superior a las demás, incluso cuando aquélla carecía de cláusula de reforma y, desde luego, a pesar de no establecer control alguno de constitucionalidad de las leyes. No cabe duda, desde luego, de que en el constitucionalismo del siglo XIX, basado en los principios de la Revolución francesa (soberanía nacional, distin-

---

37. *Einführung in die Staatslehre* (1975); traducción española: *Introducción a la Teoría del Estado,* De Palma, Buenos Aires, 1980, p. 149. Una tesis a la que se acoge I. DE OTTO en su libro *Derecho Constitucional...,* op. cit., pp. 138-9. En realidad, en el Estado, sea o no constitucional, no hay soberano; lo que distingue al Estado constitucional (que en la terminología de Kriele es el liberal-democrático) es que el ejercicio de la soberanía no puede llevarlo a cabo un solo órgano, sino una pluralidad de ellos. Una exigencia que en modo alguno es incompatible con la existencia de un órgano supremo. Es más: la existencia de un órgano supremo no sólo es posible, sino necesaria, pues jurídicamente resulta inconcebible la absoluta paridad de los órganos del Estado, como ya mostró Carré de Malberg en su polémica con Duguit acerca del sistema parlamentario de gobierno en la III República francesa. Una polémica sobre la que se extiende el cap. IX del espléndido libro de M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the separation of powers,* Clarendon Press, Oxford, 1967.

ción, por tanto, entre leyes constitucionales y leyes ordinarias, rigidez constitucional), estaban puestos algunos de los cimientos para concebir a la Constitución como norma jurídica suprema, al modo americano. Desde este punto de vista, sería un error hablar sin matices de la ausencia de un concepto normativo de Constitución en el pasado siglo. Ahora bien, y por eso no puedo compartir la argumentación de Pace, es preciso no olvidar, primero, que este tipo de constitucionalismo fue excepcional en la pasada centuria [38] y, en segundo lugar, que si bien bajo él puede hablarse de la Constitución como *norma jurídica,* según se verá más adelante, no puede hablarse todavía de ella como *norma jurídica suprema,* al no existir a lo largo de todo el siglo XIX un control de constitucionalidad de la ley, de tal forma que la inconstitucionalidad de una ley era *jurídicamente* lícita, aunque no lo fuese desde un punto de vista político y moral. O, para decirlo de otra manera, se distinguía claramente entre la «inconstitucionalidad» y la «ilegalidad» de una norma o acto jurídico. Una distinción que cobra una gran importancia en el Derecho Constitucional británico. A ella se refirió John Austin y, más tarde, bajo su influjo, John Stuart Mill y, sobre todo, Dicey [39]. Estos autores insistieron, en efecto, en distinguir entre las normas jurídicas creadas por el Parlamento o por los Jueces *(Statute law* y *Judiciary law),* que podían ser alegadas ante los Tribunales y aplicadas por éstos, de las reglas *(rules)* que determinaban la Constitución del Estado, que no eran otra cosa, en su mayoría, que costumbres o convenciones, esto es, meras «reglas de conducta» en las que se expresaban principios políticos o éticos y que no podían ser exigidos ante los Tribunales. En virtud de esta distinción, se deducía expresamente que una ley podía ser «inconstitucional», pero no por ello «ilegal», esto es, antijurídica [40].

---

38. Para ceñirme solamente a tres países de la Europa meridional: en España sólo dos Constituciones de este tipo estuvieron en vigor: la de 1812 y la de 1869, y aun así por muy poco tiempo; en Francia, sólo la de 1848, de duración no superior a tres años; y en la Italia unificada, ninguna, pues su constitucionalismo gravitó exclusivamente sobre el Estatuto Albertino.

39. John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), Burt Franklin, New York, 1970 (reimpresión de la edición de 1861), I, pp. 228-231; John Stuart MILL, *Considerations on Representative Government* (1861), 3ª edición, Londres, 1865, pp. 87 y ss.; A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution,* 1ª edición, Londres, 1885, cap. XIV.

40. Sobre este particular me extiendo en mi artículo «La Monarquía en la teoría

Pero la mera conciencia de superioridad política y moral de la Constitución respecto de las demás leyes parece resultar suficiente a Pace para hablar de la superioridad jurídica de las Constituciones del siglo XIX [41]. Una afirmación que resulta coherente con el concepto de «Constitución material» del que parte este autor, que le lleva a mixturar, como se ha ido viendo a lo largo de este trabajo, el plano jurídico con el sociopolítico. Una mixtura que se vuelve a poner de manifiesto cuando señala que la «superioridad sustancial» de la Constitución no debe delimitarse desde criterios de orden formal, sino con «planteamientos iusnaturalistas, social-funcionales, sociológicos, histórico-políticos, etc» [42], y cuando repite que «una Costitución no puede afirmarse como "superior" si no es mediante el apoyo del contexto político-cultural y de la opinión pública» [43]. Pero es evidente que si se concibe la Constitución como la norma superior del ordenamiento jurídico —esto es, desde una concepción propia de lo que Michel Troper denomina «el constitucionalismo *strictissimo sensu*» [44]—, la supremacía de ésta no puede existir más que cuando el ordenamiento jurídico articula un mecanismo para reparar la infracción de la Constitución por parte del legislador, esto es, el control de constitucionalidad. Como nada de esto ocurrió en la Europa del siglo XIX (aunque algunos autores, como

---

constitucional británica durante el primer tercio del siglo XIX», en *Cuaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, núm. 23, 1994, pp. 9-53.

41. Debe decirse, sin embargo, que si, por un lado, Pace estima que «las constituciones decimonónicas constituían actos normativos a todos los efectos, aunque sus prescripciones fuesen con frecuencia más genéricas que las actuales»; por otro lado, no deja de reconocer que, en realidad, la «pérdida de obligatoriedad de las constituciones del siglo pasado era el resultado de un contexto político-cultural orientado primordialmente a exaltar la certeza de la ley ordinaria, a realzar la importancia del acuerdo constante entre el Rey y las Cámaras y a subrayar, al contrario, la carencia de normatividad del texto constitucional, evocando, en lugar de la Constitución escrita, una noción de Constitución que se diluía y se difundía en el "sentimiento público, en la costumbre, en los precedentes, en toda la legislación" y en la historia» (p 71).

42. P. 74. En apoyo de esta tesis, recuerda que mientras Von Mohl sostenía que la rigidez de la *Verfassungsurkunde* de 1850 suponía distinguir entre Constitución y leyes constitucionales, Bischof y la praxis constitucionalista de Bismarck negaban tal distinción. Cfr. pp. 61-62 y 74-75.

43. Ibidem, p. 63.

44. «Il Concetto di Costituzionalismo e la Moderna Teoria del Diritto», en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, Il Mulino, Bolonia, vol. XVIII, núm. 1, 1988, p. 62.

Sieyès, lo hubiesen defendido muy tempranamente [45]), no puede hablarse durante este período de la existencia misma de una Constitución en el sentido estricto que debe darse a este concepto (es decir, como norma jurídica superior a todas las demás), como no es posible hacerlo todavía hoy en la Gran Bretaña.

En realidad, lo que pretendió el constitucionalismo europeo del siglo XIX (tanto en la Gran Bretaña como en el resto de Europa) era convertir a la ley, y no a la Constitución, en la fuente suprema del ordenamiento, lo que en el plano institucional suponía transformar al Parlamento en el órgano supremo del Estado, a diferencia de lo que ocurrió en los Estados Unidos y de lo que ocurre en la actualidad en algunos países del Viejo Continente. O, para decirlo de un modo más ajustado a la realidad, lo que pretendió el constitucionalismo europeo del siglo XIX era convertir al Parlamento —y no a los Jueces— en el intérprete supremo de la Constitución. Ciertamente, la Constitución se aprobaba con el objeto de ser acatada y respetada por todos los poderes públicos, incluido el Parlamento. Pensar lo contrario supondría atribuir indiscriminadamente un cinismo constitucional a todos los constituyentes del pasado siglo. Un siglo particularmente caracterizado, como es sabido, por un elevado espíritu jurídico. Por eso, en vez de atribuir al constitucionalismo europeo del pasado siglo la intención de subordinar la Constitución a la ley, resulta más acertado atribuirle la pretensión de convertir al Parlamento en el supremo intérprete de la Constitución. Así se explica que cuando la mayoría parlamentaria, a iniciativa casi siempre del Gobierno, decidía aprobar una ley contraria a la Constitución, incluso a su mismo tenor literal, en vez de apelar a la supremacía de aquélla sobre ésta, prefiriese alegar que correspondía al Parlamento, como supremo representante de la voluntad nacional, interpretar el verdadero sentido de la Constitución (interpretación que, además de literal, podía ser sistemática, teleológica o histórica), aunque, desde luego, la oposición parlamentaria no dejase de acusar a esa mayoría, y al Gobierno, de violar la norma constitucional [46]. En

---

45. Sobre la postura de SIEYÈS en este punto, vid. *Opinion sur les attributions et l'organisation du jury constitutionnaire proposé le 2 thermidor*, París, Impr. Nat. An. III, in 8º, así como Paul BASTID, *Sieyès et sa pensée*, Slatkine Reprints, Genève, 1978, pp. 597 y ss.

46. Algo de esto ocurrió en España, por citar un ejemplo entre muchos otros que podrían traerse a colación, cuando las Cortes de 1843 declararon la mayoría de

términos objetivos, eso quería decir que en el constitucionalismo europeo del siglo XIX no se interpretaba la ley conforme a la Constitución, sino a ésta conforme a aquélla.

Ciertamente, el lugar de la ley en el conjunto de las fuentes del derecho y el papel del Parlamento en el entramado del Estado Constitucional decimonónico no era igual en los ordenamientos que respondían al principio monárquico (en vigor en Alemania a lo largo prácticamente de toda la centuria) y en los que se inspiraban en el principio británico de soberanía del Parlamento (o en su versión española de la soberanía compartida entre las Cortes y el Rey). Pero lo que ahora importa subrayar es que, en cualquier caso, más allá de sus diferencias, unos y otros ordenamientos coincidían en negar que el texto constitucional fuese superior a la ley [47].

Lo que se acaba de decir es válido tanto para las Constituciones flexibles —que fueron mayoría en el siglo pasado— como para las rígidas, fruto de un liberalismo más radical, pues incluso en estas últimas, como la francesa de 1791 y las españolas de 1812 y 1869, a pesar de distinguirse formalmente entre leyes constitucionales y leyes ordinarias y de establecer un procedimiento especial de reforma, se admitía como algo no contradictorio que el legislador ordinario contrariase la Constitución sin que ello implicase su nulidad. El principio de soberanía nacional explica esta aparente contradicción: de un lado, en efecto, de él se desprende, como queda dicho, tanto la distinción entre unas y otras leyes como el mecanismo de la rigidez; pero, de otro, de él se deriva también la supremacía de la ley (concebida al modo

---

edad de Isabel II a los trece años, a pesar de que el art. 56 del texto constitucional vigente, el de 1837, establecía dicha mayoría a los catorce años. Esta declaración fue tachada de «inconstitucional» por la oposición. A modo de réplica, González Bravo, basándose en la potestad del Parlamento para interpretar la Constitución, en este caso de forma sistemática, afirmó: «no hemos venido por cierto a observar el texto literal de un artículo, no; hemos venido a salvar la Constitución toda; no hemos venido únicamente para observar tres renglones de la Constitución; hemos venido para observarla toda»; *Diario de Sesiones de las Cortes, Congreso de los Diputados*, 7 de noviembre de 1843, p. 144.

47. Sobre este particular, son muy esclarecedoras las reflexiones que hace I. DE OTTO en el libro, ya citado, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, particularmente en los capítulos I y VII. Sobre este libro, capital en la literatura iusconstitucionalista española, vid. la espléndida recensión de J. JIMÉNEZ CAMPO, «Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes», de Ignacio de Otto», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 23, 1988, pp. 305-322.

roussoniano como la expresión de la voluntad general), en el conjunto de las fuentes del Derecho, lo que, unido a una concepción muy rígida de la división de poderes, imposibilitó cualquier intento de articular un control de constitucionalidad de las leyes por parte de los Jueces, respecto de los que, además, el primer liberalismo revolucionario mantuvo una indisimulada desconfianza, a diferencia de lo que ocurría en los países anglosajones y, en particular, en los Estados Unidos de América [48].

A lo más que llegó el constitucionalismo europeo de la centuria pasada inspirado en los principios revolucionarios franceses —y ello sin duda era mucho en comparación con lo que resultó habitual durante el siglo XIX, pero poco en relación con lo que ocurriría en el XX— fue a aceptar, como se hizo bajo la vigencia de la Constitución de 1791, la aplicación directa de la Constitución por parte de los Jueces en relación a los actos jurisdiccionales, no a los legislativos ni tampoco a los de carácter administrativo, o bien a promover, como se llevó a cabo bajo la vigencia de la Constitución española de 1812, un control parlamentario de las infracciones constitucionales, con la vista puesta siempre en el ejecutivo.

En lo que concierne al primer texto citado, J. L. Halperin ha mostrado recientemente su aplicación por los Tribunales de Justicia, y en particular por el Tribunal de Casación, poniendo de relieve el error en que había incurrido la doctrina francesa de la III República, señaladamente Esmein y Carré de Maberg, al subestimar la eficacia normativa de la primera Constitución francesa (y por supuesto de todas las demás). Ciertamente, la aplicación de este texto constitucional se redujo al orden puramente judicial, sin trascender jamás al legislativo ni al administrativo. Pero, en cualquier caso, el Tribunal de Casación no dejó de anular decisiones judiciales anteriores a la Constitución y contrarias a ella, además de invocar repetidas veces el texto de 1791 para hacer respetar la división de poderes por parte de los Tribunales y para ela-

---

48. Sobre el rechazo del control judicial de la ley en Francia, vid. el reciente artículo de M. TROPPER, «La Constitution de 1791 aujourd'hui», en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 9, 1992, así como el no menos reciente (tanto que, por desgracia, no he podido tenerlo en cuenta en este trabajo) de Roberto L. BLANCO VALDÉS, *El Valor de la Constitución*, Alianza Universidad, Madrid, 1994, pp. 181 y ss. Sobre este rechazo en España, vid. J. VARELA SUANZES, *La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (las Cortes de Cádiz)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, así como la obra de M. Lorente citada en nota 52.

borar verdaderas construcciones jurisprudenciales en materia de procedimiento penal[49].

En lo que atañe a la Constitución de Cádiz, es preciso recordar que su art. 372 disponía que las Cortes, en sus primeras sesiones, tomarían en consideración «las infracciones de la Constitución que se les hubiese hecho presentes, para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieran contravenido a ella» [50]. Como ha mostrado M. Lorente, con este precepto el constituyente gaditano no pretendió en modo alguno establecer un mecanismo para controlar las infracciones constitucionales por parte de las Cortes, pero sí, al menos, por parte de los demás poderes del Estado, sobre todo el ejecutivo [51]. Las Cortes se convertían, así, en el guardián de la Constitución. Las Cortes o su Diputación Permanente, a quien correspondía, en los intervalos de tiempo en que las Cortes no estuviesen reunidas, «dar cuenta a las próximas Cortes de las infracciones (tanto de la "Constitución" como de las "leyes", que significativamente reciben un mismo tratamiento), que hayan notado» [52]. F. Tomás y Valiente resume la cuestión de este modo: «el autor de la Constitución se erige en su guardían. No hay en Cádiz una jurisdicción constitucional ni verdaderos procesos. Sí hay un celo *político* en favor de la aplicación del texto fundamental» [53].

---

49. Cfr. Jean-Luis HALPERIN, *La Constitution de 1791 apliquée par les Tribunaux*, en *1791. La Première Constitution Française. Actes du Colloque de Dijon, 26 et 27 Septembre 1991*, Economica, París, 1993, pp. 369-381.

50. Las Cortes no actuaban de oficio: el art. 373 otorgaba a «todo español» el derecho a «representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución».

51. «El derecho a representar a las Cortes reclamando la observancia de la Constitución —señala a este respecto M. Lorente— creó un cauce procedimental tendente no sólo a responsabilizar a los poderes públicos por sus actividades inconstitucionales, sino que, al mismo tiempo, sirvió para asegurar la vigencia real de la Constitución, es decir, para anular aquellos actos que motivaron el recurso una vez que las Cortes declararan la existencia de una infracción»; Marta LORENTE SARIÑENA, *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 120-1.

52. Como señalaba el art. 160, Primera, del texto doceañista.

53. Prólogo al libro de M. Lorente citado en nota 52, p. 12 (la cursiva es mía). «Las Cortes —escribe, por su parte, M. Lorente— no se plantearon nunca la posibilidad de que su propia producción legislativa violara el texto constitucional», bajo la vigencia de este texto, añade esta autora, «nunca se trató de la posibilidad de enjui-

Entiendo que estos ejemplos obligan a matizar mucho la visión, sin duda excesivamente simplificadora, que se suele tener hoy en día respecto del constitucionalismo europeo anterior al de nuestro siglo en lo que concierne a su eficacia normativa [54]. A este respecto, el llamamiento que hace Pace a seguir investigando en este campo [55] me parece muy oportuno, como muestran los trabajos de Halperin, en Francia, y de M. Lorente, en España, citados anteriormente. Ahora bien, creo que tales matices no deben llevar a negar la afirmación que hacía páginas atrás, a saber: que en el constitucionalismo europeo del siglo XIX, incluso en aquel más cercano a los postulados de la Constitución americana de 1787, como eran el texto francés de 1791 y el español de 1812, si bien puede hablarse de la Constitución como *norma jurídica,* no puede hablarse de la Constitución como norma jurídica *suprema,* pues tal Constitución no vinculaba jurídicamente a *todos* los poderes públicos, sino sólo a algunos.

La pugna con el Monarca y, por tanto, con su derecho (el Reglamento o la Ordenanza), y la exclusión casi generalizada del sufragio universal, a lo largo del siglo XIX explican que no se considerase necesario durante esta época defender jurídicamente a la Constitución del Parlamento. Mientras se mantuvo en vigor la estructura constitucional liberal-burguesa no hubo razón alguna para establecer límites a la ley, porque la relación representativa estaba articulada de tal manera que aseguraba la fidelidad del legislador a los principios jurídicos básicos que las constituciones acogían como fundamento de la sociedad. La ausencia de democracia (sufragio censitario, Cámaras Altas o Senados

---

ciar la constitucionalidad de las leyes postconstitucionales», ibidem, p. 328. Y en lo que concierne a las preconstitucionales, M. Lorente señala que «la entrada en vigor de la Constitución no supuso la derogación automática de la normativa heredada del Antiguo Régimen» (p. 325) y que «las Cortes consideraron que no podían ser sometidos al control de constitucionalidad los actos realizados antes de la entrada en vigor de la Constitución, sentando claramente el principio de la irretroactividad de la Constitución» (p. 353).

54. Un ejemplo de esta visión se encuentra en el libro, por otra parte excelente, de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* Civitas, Madrid, 1981. Este autor reconoce la importancia del constitucionalismo revolucionario, y concretamente el de Cádiz, en la concepción de la Constitución como suprema norma jurídica (pp. 42 y 47), pero sin profundizar en ella. En general, el análisis que hace este autor del concepto de Constitución en los siglos XVIII y XIX resulta sobremanera esquemático.

55. Pp. 67-68.

con las mismas competencias legislativas que las Cámaras Bajas, veto absoluto de la Corona a las leyes aprobadas por ambas Cámaras del Parlamento) disminuía, si no eliminaba, el riesgo de que la ley vulnerase los fundamentos de la sociedad liberal-burguesa. A ello hay que añadir el común recelo en la Europa continental hacia los Jueces y, por tanto, hacia un hipotético control judicial de las leyes, tal como se practicaba en los Estados Unidos de América (en donde, por otra parte, la *Judicial Review* tuvo una función territorialmente integradora, necesaria desde los esquemas federales, ajenos a la tradición jurídica y política de la Europa de entonces).

Es cierto que en el siglo XIX se intentó y se consiguió limitar la soberanía de la ley y, en definitiva, del Parlamento. Pero no mediante un control de constitucionalidad de la ley, y en definitiva del Parlamento, por parte de los Jueces o de un Tribunal Constiucional, sino mediante un concepto material de ley, en virtud del cual ésta no se identificaba con todo mandato del legislador (como ocurre con el concepto formal de ley propio de la Revolución francesa y de la tradición británica, que convierte al Parlamento en un poder ilimitado), sino que se exigía ciertas características de contenido o ciertas modalidades de estructura, como ocurrió con el concepto material de ley que acuñaron Laband y Jellinek durante el último tercio del siglo XIX o Schmitt en la República de Weimar [56].

No quisiera concluir este apartado sin mencionar un ejemplo muy significativo extraído de la rica historia constitucional española, tan olvidada muchas veces por los propios españoles y casi desconocida para los demás. Me refiero al Proyecto de Constitución Federal de la I República Española, de 1873, que sí intentó introducir un control de constitucionalidad de las leyes. En efecto, el art. 77 de este Proyecto, en el que se observa una clara influencia de la Constitución de los EE.UU. de América [57], establecía que «en el caso de que el poder legislativo dé alguna ley contraria a la Constitución, el Tribunal Supremo

---

56. Sobre estos dos conceptos de ley, vid. D. JESCH, *Gesetz und Verwaltung* (1960); traducción española: *Ley y Administración*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978, cap. 1º, pp. 13 y ss; y Ch. STARCK, *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes* (1970), traducción española: *El concepto de ley en la Constitución alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, caps. I, III y IV, pp. 41 y ss. y 117 y ss.

57. Influencia que ya se detecta con anterioridad, como ha puesto de relieve J. OLTRA en *La influencia norteamericana en la Constitución española de 1869*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972.

en pleno tendrá facultad de suspender los efectos de esta ley» [58]. Es preciso, sin embargo, tener en cuenta que este Proyecto no pasó de ser eso, un Proyecto, sin llegar a entrar en vigor nunca.

6. ¿CÓMO SE INTERPRETÓ LA AUSENCIA DE UNA CLÁUSULA ESPECIAL DE REFORMA EN LA EUROPA DEL SIGLO PASADO, PARTICULARMENTE EN ESPAÑA?

Ahora bien, como se decía al principio de estas páginas, en el trabajo de Pace no se expone solamente un determinado concepto de la rigidez constitucional, sino que, al hilo de esta exposición, y en parte como apoyatura de la misma, se vierten algunos juicios sobre la manera en que fueron interpretados diversos códigos constitucionales europeos del siglo XIX en lo que concierne al problema que ahora se discute. Pace se detiene fundamentalmente en el Estatuto Albertino, pero sin dejar de adentrarse en otros textos, fundamentalmente la Carta francesa de 1830 y las Constituciones españolas de 1834, 1837, 1845 y 1876. Básicamente, la tesis que sostiene Pace es que, contrariamente a lo que han solido mantener los comentaristas del siglo XX, los políticos e incluso la doctrina constitucional del siglo XIX no era tan unánime en considerar flexibles a estos textos constitucionales.

En lo tocante a la Carta francesa de 1830, Pace trae a colación las tesis que un tratadista tan autorizado como Tocqueville sostuvo en su célebre libro *Democratie en Amerique* (libro I, parte I, cap. VI) a favor de su carácter inmutable, generalmente aceptado, a juicio del gran publicista francés [59], así como la opinión de un agudo tratadista de la época, Hello, quien, en su *Règime Constitutionnelle,* en defensa también de la inmutabilidad de la Carta de 1830, señaló que «mientras la

58. Al lado de este control de constitucionalidad llevado a cabo por el Tribunal Supremo, y previamente al mismo, el título VIII de este Proyecto articulaba un control de constitucionalidad llevado a cabo por el Senado, a quien competía «examinar si las leyes del Congreso desconocen los derechos de la personalidad humana, o los poderes de los organismos políticos o las facultades de la Federación o el código fundamental». En estos supuestos, el Senado podría interponer un veto suspensivo por dos años sobre las leyes aprobadas por el Congreso. Sobre estos extremos se extiende Rosa Ruiz Lapeña en el capítulo primero de *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República Española*, Bosch, Barcelona, 1982.

59. Pp. 36-37.

Constitución inglesa es la obra de su Parlamento, el Parlamento francés es la obra de la Constitución», de tal modo que en los artículos de este texto se encontraban dos partes claramente distintas: «de las cuales una ordena y no puede ser más que el poder constituyente, mientras que la otra, subordinada y obediente, no puede ser más que el poder legislativo» [60]. A este respecto, merece la pena recordar que ya Joseph Barthélemy mostró en su día que la distinción entre las leyes constitucionales y las ordinarias era aceptada por la mayor parte de la doctrina y de los protagonistas de la Monarquía de Julio, arropada por el propio texto y corroborada por la práctica legislativa, en contra de lo que sería sólito mantener después (y a este respecto cita a su maestro Duguit), aunque Barthélemy recuerde también que la «verdadera» protección o garantía de las leyes constitucionales «residía en el control constante de la opinión pública, siempre alerta gracias a la libertad de prensa» [61]. Este autor muestra que si para algunos autores las leyes constitucionales eran irreformables (tesis que sostuvieron, además de los autores citados por Pace, Thiers y Casimir Perier), para otros la reforma debía hacerse mediante la convocatoria de una Convención (tesis de Lafayette y de no pocos «ultras») [62]. Disparidad de opiniones que seguiría produciéndose después dentro y fuera de Francia, como Pace muestra al traer a colación las opiniones de Schmitt a favor de la rigidez de la Carta y las de Bryce y Dicey en contra [63].

En lo que atañe al Estatuto Albertino, Pace recuerda que para la mayor parte de la doctrina e historiografía italianas del siglo XX, el Estatuto Albertino, al carecer de una cláusula de reforma, era un texto constitucional flexible y, por tanto, no era jurídicamente superior a las leyes ordinarias del Estado, consecuencia a su vez de no haberse concebido como una texto constitucional emanado del poder constituyente de la nación o del pueblo. Ésta es, por ejemplo, la tesis que sostienen dos destacados historiadores del constitucionalismo italiano, como Arangio Ruiz y Allegretti [64]. Pero Pace, en cambio, luego de sostener,

60. P. 40.

61. «La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires sous la Monarchie de Juillet», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'entranger*, 1909, p. 21.

62. Cfr. Ibidem, pp. 19, y ss.

63. Pp. 37-38.

64. G. Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Bocca, Torino, 1913,

conforme a sus tesis ya comentadas, que «el Estatuto Albertino, por ser un acto constitucional especial, formalizado en un específico documento, cualificado explícitamente como "ley fundamental», era —en conformidad con su forma y con su naturaleza— una Constitución que no se podía modificar por los procedimientos ordinarios», añade que «así fue considerado inicialmente por expertos y políticos, aunque no de manera pacífica. Sin embargo, resulta también indudable que, en un segundo momento, el Estatuto *llegó a ser* (*rectius:* fue considerado) "flexible" [65]. Una afirmación que puede extenderse al plano de la *praxis,* como el propio Pace reconoce al repasar los avatares sufridos por el Estatuto durante los decenios siguientes a su entrada en vigor [66]. Pace muestra con mucha claridad, en efecto, cómo el Estatuto Albertino fue inicialmente concebido como una Carta otorgada por el Rey Carlos Alberto, más similar a la francesa de 1814 que a la de 1830 y, en consecuencia, sólo renovable por éste, mientras que posteriormente, en cambio, la doctrina fue concibiendo (y la propia *praxis* corroborando) al Estatuto Albertino como una Carta pactada entre el Rey y la Nación y, por tanto, flexible, de acuerdo con la tesis británica de la soberanía del Parlamento (del Rey y las dos Cámaras colegisladoras), una tesis que ya había expuesto Cavour, en 1848, al poco de entrar en vigor el Estatuto, aunque entonces sin éxito [67].

En lo que concierne a las Constituciones españolas del siglo XIX que no preveían un procedimiento especial de reforma, Pace recuerda que las dos razones principales que explican esta exclusión se debían, en primer lugar, a la necesidad de evitar los procesos constituyentes, identificados, en España como en Italia y en realidad en toda la Europa postnapoleónica, con el fermento revolucionario; y, en segundo lugar, como una consecuencia de la doctrina de la «constitución histórica» de España, vigente desde Jovellanos hasta Cánovas del Castillo [68].

En general, me parece acertado este dictamen, puesto que es indudable que la flexibilidad fue una característica común no sólo de los

---

p. 465; U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana,* Il Mulino, Bologna, 1989, p. 409.

65. Pp. 20 y ss.

66. Cfr. pp. 42 y ss.

67. Cfr. pp. 50-53 y nota 108 (p. 51).

68. P. 66.

textos elaborados bajo la influencia de la doctrina jovellanista de la Constitución histórica, sino también de un texto inspirado por el principio de soberanía nacional, como fue el de 1837, aunque, en realidad, este texto, de tanta importancia en la historia constitucional española, tiene un notable carácter transaccional, tanto desde un punto de vista político como doctrinal, según traté de mostrar en otra ocasión [69]. La causa de esta coincidencia era, como Pace apunta, la común aversión que tanto los liberales moderados, partidarios de la doctrina de la Constitución histórica de España y, por tanto, de la soberanía compartida entre el Rey y las Cortes, como los liberales progresistas, que decían seguir defendiendo el principio de soberanía nacional, manifestaron hacia el liberalismo radical, de origen francés y acogido en gran parte por los liberales españoles del doce, en lo que concierne sobre todo a la omnipotencia de las Cortes Constituyentes. Una aversión, conviene insistir, común a la mayoría de la doctrina constitucional europea postnapoleónica [70], bajo cuya influencia se elaboraron las Cartas francesas de 1814 y 1830, la Constitución belga de 1831 —mucho más radical que aquéllas, pero cuyo art. 131 seguía concediendo al Rey una participación muy importante en la reforma constitucional, a diferencia de lo que habían dispuesto las Constituciones francesas de 1791 y la española de 1812 [71]— y el Estatuto Albertino de 1848.

Ahora bien, siendo todo ello cierto, no cabe duda de que la causa más profunda y duradera de que no se incluyese una cláusula especial de reforma en la España del siglo XIX se hallaba en la propia doctrina jovellanista de la Constitución histórica, presente en todas las Constituciones moderadas y conservadoras españolas, desde el Estatuto de Bayona, de 1808, hasta la canovista de 1876, pasando por el Estatuto Real de 1834 y por la Constitución de 1845 [72]. Una doctrina cuyo nú-

---

69. Vid. el artículo citado en nota 17.

70. Sobre este particular, vid. mi trabajo «El liberalismo francés después de Napoleón (de la anglofobia a la anglofilia)», en *Revista de Estudios Políticos,* núm. 76, Madrid, 1992, pp. 29 y ss.

71. Sobre la influencia del liberalismo postnapoleónico en la Constitución belga de 1831, vid. André MAST, «Une Constitution du temps de Louis- Philippe», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger,* núm. LXXIII, 1957, pp. 987-1027.

72. Sobre esta doctrina y sobre sus consecuencias sobre el conjunto de problemas que aquí se comentan, me extiendo en mi artículo «La doctrina de la Constitución

cleo consistía en afirmar la soberanía compartida entre el Rey y las Cortes, las dos instituciones tradicionales de España, pilar de su Constitución histórica, tradicional o «interna», como la llamaría Cánovas del Castillo, anterior y superior al documento constitucional o «constitución formal» [73]. Esta doctrina, probablemente la más original aportación de España a la teoría constitucional europea, y que suponía orillar tanto el dogma revolucionario de la soberanía nacional o popular como el principio monárquico, desembocaba en la reivindicación de la flexibilidad constitucional: las Cortes y el Rey podían modificar el texto constitucional de la misma manera que las leyes ordinarias, aunque, eso sí, sin que tal reforma pudiera afectar al núcleo de la Constitución histórica, la soberanía compartida entre el Rey y las Cortes ni, por tanto, a la existencia misma de una monarquía constitucional (además de a otros principios tenidos como consustanciales a la historia de España, como la religión católica y la propiedad privada) [74]. Desde estas premisas, todos los tratadistas moderados y conservadores españoles (cuyos principios permearon el desarrollo constitucional de España durante el siglo pasado) coincidieron en defender el carácter flexible de los textos constitucionales [75] y, en realidad, en devaluar el concep-

---

histórica: de Jovellanos a las Cortes de 1845», en *Revista de Derecho Político*, núm. 39, UNED, Madrid, 1994, pp. 45-79.

73. Como he mostrado en el trabajo que se cita en la nota anterior, esta doctrina se aquilató en las Cortes de 1844-1845, encargadas de reformar la Constitución de 1837. En ellas, por citar un ejemplo, el Marqués de Pidal dijo: «El Trono y la Asamblea; he ahí los dos grandes polos sobre los que gira la Monarquía española; y es imposible que una ley secundaria, cual es la que hace la repartición de estas dos grandes legitimidades, sea superior ni igual a una de ellas. Todo lo que arregla las relaciones entre los poderes es inferior en mucho al Trono, es inferior en mucho a la representación nacional, y de consiguiente la ley política, que en el año 37 no hizo más que eso, es infinitamente inferior al Trono»; *Diario de Sesiones de las Cortes. Congreso de los Diputados*, 30 de octubre de 1844.

74. «Las Cortes con el Rey —señalaba Donoso Cortés, como Secretario de la Comisión Constitucional en las Cortes reformistas de 1845— son la fuente de las cosas legítimas; su potestad alcanza a todo, menos a aquellas leyes primordiales contra las cuales nada puede intentarse que no sea nulo de toda nulidad, porque son como los fundamentos de las sociedades humanas, por ellas, después de Dios, viven perpetuamente los pueblos: con su calor y abrigo se engrandecen las naciones y debajo de su amparo reinan los reyes»; ibidem, 5 de noviembre de 1844.

75. En el «Dictamen de la Comisión de Reforma de la Constitución de 1837», en el que tanto tuvo que ver la pluma de Donoso Cortés, la «omnipotencia parlamenta-

to de Constitución (identificada como un simple acuerdo *político* entre el Rey y las Cortes mediante el cual se actualizaba la Constitución histórica, que era la *verdadera* Constitución [76]), respecto del concepto sustentado por el liberalismo progresista (con la excepción de 1837), desde 1812 a 1869. Ciertamente, desde este liberalismo, basado en el principio francés de soberanía nacional, si bien se podía hablar de la Constitución como norma jurídica, tampoco podía hablarse de la Constitución como norma jurídica suprema, esto es, como fuente del derecho superior a todas las demás, incluida la ley, pero al establecer un procedimiento especial de reforma y destruir la dualidad entre Constitución histórica y Constitución formal, se sentaban las bases para ello y, en particular, para establecer un control de constitucionalidad de las leyes. Cosa que, después del fallido intento de 1873, se consiguió en la Constitución de 1931 —heredera de la tradición progresista española— y, sobre todo, en la de 1978, en cuyo texto la Constitución se configura como una norma jurídica que vincula a todos los poderes públicos y directamente invocable por los ciudadanos ante los Tribunales de Justicia [77].

---

ria» se defendía con estas palabras: «la potestad constituyente no reside sino en la potestad constituida, ni ésta es otra en nuestra España sino las Cortes con el Rey. *Lex fit consensu populi et Constitutionis Regis.* Esta máxima de nuestros padres, sublime por su sencillez, ha llegado hasta nosotros vencedora de los tiempos y de las revoluciones. La Comisión (de reforma constitucional) la ha aceptado, y la proclama aquí con un profundo acatamiento»; ibidem, 4 de noviembre de 1844.

76. En realidad, la Constitución no se concebía como norma, sino como contrato, de acuerdo con una idea más próxima a la vieja teoría de las leyes fundamentales que a la teoría de la Constitución que nace con las revoluciones americana y francesa, recibida en España a través de las Cortes de Cádiz. «Considero y consideraré siempre a las Constituciones —decía Posada Herrera— un contrato entre el Monarca y el pueblo»; ibidem, 12 de noviembre de 1844.

77. Arts. 9.1, 53.1 y 2 y 1161.1.*b*. Sobre la eficacia directa de la Constitución española —su importancia, sus consecuencias y sus riesgos—, vid., dentro de una amplia bibliografía, tres obras capitales: F. RUBIO LLORENTE, *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pp. 523 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma Jurídica...*, op. cit., passim; I. DE OTTO, *Derecho Constitucional...*, op. cit., pp. 69 y ss.

7. RECAPITULACIÓN

Antes de poner punto final a estas reflexiones sobre la rigidez constitucional, me gustaría formular, a modo de recapitulación final, cinco tesis. Ninguna de ellas coincide con las que mantiene mi colega italiano en el sugestivo ensayo que ha dado pie a estas páginas, pero sólo la atenta lectura del mismo me permite ahora formularlas, con el carácter provisional, desde luego, con que es preciso hacerlo cuando se aborda una materia tan opinable como la que aquí he tratado.

I. Me parece acertado hablar de la «natural» rigidez de las Constituciones escritas, pero entiendo que sigue siendo necesario distinguir dentro de éstas entre las que establecen un procedimiento especial de reforma y las que no lo establecen, reservando para las primeras el calificativo de rígidas.

II. Concebida así la rigidez, existe un indudable ligamen entre este mecanismo y los principios políticos de la soberanía nacional y popular, del mismo modo que existe una indudable antítesis entre aquel mecanismo y el principio monárquico, lo cual no obsta para que en la historia constitucional europea haya ejemplos (a decir verdad, no muchos) de constituciones basadas en el principio de soberanía nacional que no introdujeron una cláusula especial de reforma y de constituciones que sí introdujeron dicho mecanismo pese a inspirarse en el principio monárquico.

III. La introducción de una cláusula especial de reforma no convierte a la Constitución en una norma superior, pues rigidez constitucional y jerarquía son cosas distintas. Pero para hablar de superioridad de la Constitución respecto de las demás normas del ordenamiento jurídico es necesario que dicho ordenamiento considere nulas estas normas si contradicen el texto constitucional. Para ello es imprescindible el mecanismo de la rigidez, mediante el cual se impide al legislador ordinario reformar la Constitución, al menos siguiendo el mismo procedimiento legislativo.

IV. Es imprescindible dicho mecanismo, pero no suficiente. Es necesario, además, que el ordenamiento establezca también un control de constitucionalidad de estas normas, ya sea por los jueces o por un órgano jurisdiccional especial. Allí donde este control no existe, no cabe hablar de superioridad de la Constitución respecto de las demás normas y, en particular, respecto de las leyes.

V. Esto fue lo que ocurrió en la Europa de los siglos XVIII y XIX, en donde o bien no se introdujo una cláusula especial de reforma o bien, aun estableciéndola, no se introdujo un control de constitucionalidad de las normas. En este contexto histórico-constitucional, a lo más que se llegó fue a defenderse un concepto normativo de Constitución, en virtud del cual ésta se concibió como una auténtica norma jurídica (como ocurrió en la Francia de 1791 y en la España de 1812) y no como mero acuerdo parlamentario para definir el orden *político* fundamental de un Estado, que sería el concepto de Constitución que acabaría prevaleciendo en la Europa del ochocientos. Pero incluso en la Francia de 1791 y en la España de 1812 no llegó a cuajar la idea de Constitución como norma jurídica que vincula a todos los poderes públicos, no sólo a los jueces y al poder ejecutivo, sino también al legislador, a diferencia de lo que ya ocurría en los Estados Unidos de América. No puede hablarse, por tanto, en la Europa del siglo pasado, de una auténtica conciencia constitucional, basada en la defensa de la Constitución como suprema fuente del derecho, como no puede hablarse de ella hoy en día en el Reino Unido, en donde sin duda esa conciencia se está extendiendo cada vez más y, pese a las enormes resistencias que habrá de vencer, es muy probable que acabe triunfando[78].

78. Sobre este particular, vid. la importante obra colectiva, cuyo título ya es bastante ilustrativo, *A Written Constitution For The United Kingdom,* Institute for Public Policy Research, Londres, 1993.