

SOBRE LAS NOCIONES DE SUPREMACIA Y SUPRALEGALIDAD CONSTITUCIONAL (*)

Por MANUEL ARAGON

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CONSTITUCIÓN Y SU SENTIDO: 1. *Constitución y racionalidad política*. 2. *Antecedentes históricos de la noción de Constitución*. 3. *La aparición del término Constitución en sentido estricto. Declive y recuperación del concepto*.—III. SUPRALEGALIDAD Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL: 1. *Antecedentes preconstitucionales*. 2. *La supralegalidad en el nacimiento del constitucionalismo*: a) La situación en los Estados Unidos de América; b) La situación en Europa. 3. *La significación política de la supremacía y la significación jurídica de la supralegalidad*.—IV. LA DISCUTIBLE EQUIPARACIÓN ENTRE SUPRALEGALIDAD CONSTITUCIONAL Y CONSTITUCIONES RÍGIDAS.

I. INTRODUCCION

La distinción entre supremacía y supralegalidad, términos habitualmente utilizados como sinónimos, puede ofrecer un elemento útil para la teoría de la Constitución, en la medida en que permite diferenciar el sentido político del significado jurídico de ésta. Y aquí, como en todo, diferenciar es comprender. Sentido político y significado jurídico de la Constitución se hallan, y no hace falta decirlo, estrechamente enlazados, pero no mezclados. Distinguirlos es tarea inexcusable para el constitucionalista, precisamente por la influencia notable que tienen el uno sobre el otro, sin que esa tarea suponga, ni mucho menos, la aplicación de un dualismo metodológico hoy de difícil

(*) Texto incluido en el libro-homenaje al profesor D. Carlos Ruiz del Castillo.

aceptación. Es cierto que el método no crea el objeto, pero también lo es que cada objeto requiere de un método adecuado en cuanto que sólo desde él se posee la mejor perspectiva para conocerlo.

La Constitución es, ante todo, norma jurídica y la teoría de la Constitución no puede ser, en consecuencia, más que teoría jurídica. Sin embargo, la norma constitucional es un tipo específico de norma y justamente su especificidad jurídica proviene de la finalidad política que pretende cumplir. La teoría jurídica basta, pues, para conocer esa norma, pero no es suficiente, por sí sola, para comprenderla, es decir, para comprender lo que tiene (y por qué) de singular en el ordenamiento. De ahí que el jurista no pueda olvidar el sentido político de la Constitución, pero sin que ello le lleve a abdicar del método jurídico o a mixtificarlo, camino que le conduciría, lisa y llanamente, por mor de la comprensión del objeto de su conocimiento, a la real ignorancia del mismo. G. Marshall lo ha dicho con palabras muy ajustadas: «De la misma manera que el historiador y el politólogo, el jurista suele verse en la necesidad de cruzar, pero no de difuminar, la frontera entre el Derecho y la Política» (1).

Con esa pretensión de cruzar, pero no de difuminar, la frontera entre Política y Derecho se puede distinguir la «supremacía política» de la Constitución de su «supremacía legal» (2). Y puesto que a esta última se la designa más correcta y concisamente como «supralegalidad», cabría llamar a la superioridad política simplemente «supremacía», aunque, de todos modos, la cuestión terminológica carece, por sí sola, de relevancia. Lo que importa es el significado de ambas categorías y de sus relaciones, ya se las denomine «supremacía política» y «supremacía legal o jurídica», o, como parece más adecuado en nuestro idioma, «supremacía» y «supralegalidad».

Ahora bien, tratar de estas cuestiones obliga, inevitablemente, a tomar el asunto por su misma raíz, esto es, a reflexionar, una vez más, sobre el concepto de Constitución.

II. LA CONSTITUCION Y SU SENTIDO

1. *Constitución y racionalidad política*

La Constitución de la comunidad política, en el sentido más lato del término, aunque dejando al margen los intentos completamente espúreos de

(1) *Constitutional Theory*, Oxford University Press, 1980, pág. 23.

(2) Distinción clásica, a otros efectos, en el constitucionalismo inglés (sobre todo en Bryce, Dicey y Pollock).

degradarlo para encubrir situaciones de mero, y por lo mismo arbitrario, despotismo (3), ha pretendido siempre ser encarnación de una determinada racionalidad. Así, los distintos conceptos de Constitución, derivados de los diversos modos de entender la racionalidad política, se han enfrentado desde hace siglos y siguen aún enfrentándose hoy.

El establecimiento de una Constitución no es sino la consecuencia de una forma muy concreta de entender el orden político y supone, por ello, un intento de racionalizarlo, esto es, de organizar un tipo de Estado congruente con ese orden que se considera modélico o, al menos, preferible. De ahí la impropiedad de expresiones tales como las de «Constitución real» o «Constitución sociológica», expresiones que suelen encerrar en la mayoría de los casos, además de una cierta confusión entre el orden social y el orden político, una contradictoria concepción según la cual el orden político y jurídico es simple emanación del orden social y, a su vez, el orden social objeto a garantizar con un determinado orden político y jurídico. Con ello se olvida, por un lado, la vocación transformadora del orden social que la Constitución tiene y, por otro, su inevitable carácter paradójico, pues, debido a su indudable significación simbólica, la Constitución no sólo suele ser el reflejo de un orden sino también un instrumento para intentar legitimarlo, con lo que a veces el segundo cometido prevalece sobre el primero aunque de manera muy distinta a la imaginada por el pretendido «realismo». Ello ocurre cuando la Constitución, siendo ficticia desde el punto de vista sociológico, es «real» desde el punto de vista político. No refleja ciertamente la realidad social, en esos casos (sino que más bien la oculta), pero sirve para mantener esa realidad tal como es, es decir, sus verdaderas funciones entonces son latentes y no manifiestas, pero no dejan de ser efectivas.

De uno u otro modo, estas consideraciones no sirven más que para confirmar la importancia política que el concepto de Constitución tiene, no sólo para los que la elaboran, o para los beneficiarios del orden en cuestión, sino también para toda la comunidad a la que está destinada. La reflexión sobre el concepto de Constitución, reflexión eminentemente jurídica, no puede olvidar la trascendencia política del mismo, es decir, la pretensión de legitimación que la Constitución encarna.

(3) Lo que en la obra de LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución* (Edit. Ariel, Barcelona, 1970, págs. 218 y 55), se denomina, con escasa fortuna, «Constituciones semánticas».

2. Antecedentes históricos de la noción de Constitución

Aunque el verdadero nacimiento del constitucionalismo no se produjo hasta finales del siglo XVIII, es común en la doctrina la búsqueda de remotos antecedentes históricos (4) de la noción de Constitución. La distinción aristotélica entre *politeia* y *nomos*, la noción romana de *rem publicam constituere*, la diferenciación medieval entre pactos o fueros (que se consignaban por escrito) y leyes (que frecuentemente ni siquiera se promulgaban) o entre *dominium regale* (el ámbito en el que el poder real no está sometido a limitación) y *dominium politicum* (sujeto a ella), así como la categoría, utilizada en el Antiguo Régimen, de *lex fundamentalis* (5), pese a su variedad tienen en común el hacer referencia a un núcleo de relaciones básicas que dotan de configuración específica a la comunidad política, que sin ellas sería otra y que se aparecen, en consecuencia, con una pretensión de permanencia por encima del cambiante Derecho ordinario. Desde que hay grupos humanos diferenciados como comunidades políticas distintas cabe detectar, pues, la existencia, en el interior de cada uno de ellos, de un conjunto de normas o principios o valores entendidos, sustraídos de algún modo al poder establecido, que prestan estabilidad a la comunidad y de una forma u otra también limitan el poder.

La idea de Constitución, siempre en el sentido lato antes indicado, implica, pues, necesariamente, la idea de limitación. Si la comunidad política ha de persistir es imprescindible que el poder tenga, al menos, la limitación mínima de no alcanzar a destruirla; si la comunidad política ha de persistir en una determinada forma política ésta será también un límite infranqueable para el poder.

El razonamiento explícita, de otra parte, un componente más profundo de la idea de Constitución a partir del cual hemos de llegar a su depuración. El poder es, por principio, cosa informe, ilimitada, expansiva. Su limitación

(4) Véase JELLINEK: *Teoría general del Estado*, Edit. Albatros, Buenos Aires, 1970, págs. 381 a 384. Por todos, MC ILWAIN: *Constitutionalism; ancient and modern*, Cornell University Press, Ithaca, Nueva York, 1947.

(5) Cuestiones que no deben confundirse con las técnicas encaminadas a someter al príncipe al Derecho, como los rescriptos *contra ius* de la justicia estamental, o la lucha contra las «reglas o cláusulas exorbitantes» empleadas en el absolutismo (los derechos del príncipe *exorbitam a iure commune*), cuyos vestigios, incluso anteriores, en nuestra patria son evidentes (por ejemplo, las Cortes de Valladolid de 1442 protestan ante el rey de que en las Reales Cartas «se ponen muchas exorbitancias de Derecho»).

no puede venir nunca de sí mismo en cuanto simple poder, sino de algo que está fuera de él y lo especifica. La Constitución es limitación del poder (del poder en la comunidad e incluso del poder sobre ella, por emplear la terminología helleriana) porque lo establece como poder para un fin. Toda Constitución tiene, en lo hondo, una estructura teleológica. Las finalidades posibles son casi ilimitadas. Montesquieu decía que «unas Constituciones tienen como objeto y fin inmediato la gloria del Estado y otras la libertad política de los ciudadanos» (6).

La libertad, pese a la amplitud del concepto, tiene sentido unívoco o casi unívoco; la gloria, por el contrario, aunque por supuesto en la obra de Montesquieu tiene también un sentido históricamente determinado, es un concepto puramente formal, en cierto modo vacío. El Estado, el poder, puede gloriarse en su fuerza, en su capacidad militar, en su riqueza, en su lealtad a una fe, en el florecimiento de la cultura, en la igualdad de los súbditos, en la pureza de la raza o, en definitiva, en cualquier valor que dentro de un círculo cultural dado aparezca en cualquier momento como supremo. La gloria, es así, cabría decir, un sinónimo de otra categoría más aparencialmente instrumental: la eficacia. A ella pudieran referirse los antecedentes históricos de Constitución antes aludidos. El establecimiento (o su intento) de un conjunto de normas, principios o valores de superior entidad que el Derecho ordinario o, en general, que los actos del poder establecido, con miras a la estabilidad de la forma política (lo que supone al mismo tiempo que una limitación de ese poder una relativa diferenciación de competencias) significa, sin duda, un proceso de racionalización política que tiene por objeto, de algún modo, la eficacia.

Por otro lado, la idea griega de un orden (*eunomia*) democrático en igualdad y justicia (*isonomia*), el sentido que atribuye Cicerón a la *constitutio* de la forma mixta de gobierno (7), el establecimiento medieval de cartas de privilegios (Carta Magna, Bula de Oro, Privilegio de la Unión, etc.), la distinción entre *gubernaculum* y *iurisdictio* o las doctrinas pactistas y del «derecho de resistencia» (8) en la Edad Moderna significan, por lo general,

(6) *L'Esprit des Lois*, Edit. Gallimard, París, 1970, libro XI, capítulos 5 y 7, páginas 167 y 168 y 182 y 183.

(7) «Esta Constitución (*haec constitutio*) tiene una gran dosis de igualdad sin la cual es difícil que los hombres permanezcan libres por algún tiempo» (en *De Republica*, I, 45 (69), citado por MC ILWAIN, *op. cit.*, pág. 39).

(8) Sobre el «derecho de resistencia» puede verse el libro clásico de WOLZEN-DORFF: *Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt*, Breslau, 1916 (reimpresión fotomecánica, Aalen, 1961).

el deseo de establecer unas estructuras de poder, o unos instrumentos para limitarlo, que garanticen la libertad (aunque sólo sea la de unos pocos: ciudadanos de la polis, patricios, nobles, clérigos o ciudades).

Esta pluralidad de sentidos de los antecedentes históricos de Constitución, así como lo precario de sus construcciones, conducen inevitablemente a una confusión que no se había disipado ni siquiera aún en Montesquieu, para el que Constitución sólo tiene (como hemos visto) el significado de ordenación jurídica fundamental, esto es, de *lex fundamentalis*, cualquiera que fuese su contenido y finalidad.

3. *La aparición del término Constitución en sentido estricto.* *Declive y recuperación del concepto*

Pese a la tesis de Mellwain (9), para quien la idea de Constitución como instrumento de limitación del poder en beneficio de la libertad venía existiendo desde la antigüedad clásica, parece fuera de duda, y en último término ahí está la autoridad de Montesquieu para confirmarlo, que si bien la idea misma de Constitución implica, como acabamos de señalar, una cierta limitación del poder, no cabe concluir, sin más, que a esta limitación se corresponda un incremento equivalente en la libertad de los dominados. La Constitución *vincula*, por así decir, el poder a una idea, pero ésta no tiene por qué ser, y en muchas ocasiones no ha sido, la idea de libertad.

Es precisamente a finales del siglo XVIII, con el triunfo político de las ideas ilustradas, cuando el concepto de Constitución, como sinónimo de racionalización del poder, queda inseparablemente unido a la idea de libertad. Para la Ilustración, razón y libertad van necesariamente juntas; la libertad es la vida de la razón y el ser racional sólo en libertad puede convivir (10). La racionalidad política descansa en la libertad y por ello la Constitución ha de ser, sobre todo, el instrumento que la garantice, lo que sólo es posible si a su vez se limita el poder. El artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 positiviza jurídicamente esta cuestión: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurés, ni la separation des pouvoirs déterminée, n'a pas de Constitution.» Hay Constitución cuando la ordenación política está construida al servicio de la libertad y partiendo de ella. La división de poderes, la soberanía nacional (artícu-

(9) *Op. cit.*

(10) Cfr. CASSIRER: *Filosofía de la Ilustración*, Fondo de Cultura Económica, México, 1950, especialmente págs. 276 y sigs.

lo 3.º de la Declaración de 1789), la participación de los ciudadanos en la elaboración de las leyes (artículo 6.º de la misma Declaración) no son, en modo alguno, postulados o fórmulas de organización separables de la libertad política, sino, por el contrario, requisitos indispensables de ésta. El sentido revolucionario, genuino, de Constitución, el que García-Pelayo denominó concepto «racional-normativo» (11) no disocia, al menos teóricamente, liberalismo y democracia.

Abandonado aquel concepto revolucionario ante los embates del principio monárquico y del moderantismo doctrinario, se puso en circulación, con la teoría de la personalidad jurídica del Estado, un nuevo concepto, que se pretendía puramente jurídico de Constitución, expresión que ahora servirá para designar cualquier tipo de normas que tengan por objeto la organización del poder, garantizando o no las libertades, función esta última que desaparece del concepto. Con ello vuelve a distinguirse, de algún modo, un doble sentido de la racionalidad política, optándose (pues la neutralidad no es cierta) por la racionalidad-eficacia frente a la racionalidad-libertad, distinción sobre cuya validez pueden plantearse serias dudas (12) y no sólo por motivos éticos (13). No cabe desconocer, desde luego, la realidad social (burguesía europea de la segunda mitad del siglo XIX) ni la situación política (triumfo del liberalismo moderado sobre el liberalismo radical) que hicieron posible la construcción positivista, así como tampoco cabe negarle a ésta su valiosa aportación al desarrollo del Derecho público, pero lo cierto es que esa reducción del significado de la Constitución a una mera «fórmula» supuso un duro revés para la libertad (14) del que hoy, aún, no se ha recuperado. Este concepto de Constitución se extendió desde entonces a casi todos los países y fue seguido por la mayoría de los teóricos del Derecho público, a excepción, quizá, de los anglosajones, para los que Constitución y Estado

(11) Véase *Derecho constitucional comparado*, Edit. Revista de Occidente, Madrid, 1959, págs. 34 a 40.

(12) Frente a la opinión de BLONDEL (en *An Introduction to Comparative Government*, Weidenfeld and Nicolson, Londres, 1969, pág. 290), para quien la eficacia no está directamente relacionada con el sentido liberal o autoritario del sistema político..

(13) Ya decía ARISTÓTELES (en su *Política*, edición del Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1951, pág. 25) (frente a la exaltación por Platón del rey-filósofo), que es mejor legislador el pueblo que el gobernante más sabio. Esta es la significación última de todo el pasaje, en el que, entre otras cosas, se dice que el poder del Estado, a diferencia del de la familia, es un poder sobre hombres libres.

(14) Véase F. RUBIO LLORENTE: «La doctrina del derecho de residencia frente al poder injusto y el concepto de Constitución», en el *Libro homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez Covisa*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, págs. 905 y sigs.

constitucional siguen hasta ahora significando limitación del poder en garantía de las libertades públicas.

Pese a la casi general utilización del sentido lato (también llamado «formal») de la Constitución, parece que hoy se vuelve, al menos por parte sustancial de la doctrina, al concepto originario y estricto de Constitución, que no fue sólo el característico de una determinada ideología (el liberalismo revolucionario) o de una forma política (el «Estado liberal burgués», que decía Schmitt) (15), sino que debe ser considerado como una conquista de la civilización del mismo modo que los derechos fundamentales no dejaron de ser humanos porque los hubiesen proclamado, hace dos siglos, los burgueses (16). Concepto de Constitución que, sobre todo, es el único que permite hoy darle un sentido a la existencia, incuestionable, de un *ius publicum* europeo al que, afortunadamente, pertenece el ordenamiento constitucional español.

Como ha dicho F. Rubio Llorente, «por Constitución entendemos... y entiende hoy lo mejor de la doctrina, un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder. No hay otra Constitución que la Constitución democrática. Todo lo demás es, utilizando una frase que Jellinek aplica, con alguna inconsecuencia, a las 'Constituciones' napoleónicas, simple despotismo de apariencia constitucional» (17).

La Constitución es la norma fundamental que establece la delimitación

(15) *Verfassungslehre*, Duncker und Humblot, Berlín, 1928, pág. 46.

(16) Hoy enriquecidos en el sentido social y democrático, pero fieles al significado originario de que los derechos de la persona están por encima del Estado y éste ha de respetarlos necesariamente. Y lo mismo cabe decir de la división de poderes, cuyo modelo clásico ha sido hoy modificado con la introducción de nuevas técnicas, pero sin que ello suponga el abandono de su objetivo primario: evitar el abuso del poder, para lo que no existe otro medio que dividirlo y controlarlo.

(17) «La Constitución como fuente del Derecho», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, vol. I, pág. 61. Antes explica, acertadamente, que la desustancialización positivista del concepto de Constitución «no fue en realidad la necesidad de depurar la teoría del Estado de elementos metafísicos, sino la imposibilidad de acoger en la realidad germánica del siglo XIX el principio de soberanía popular». Véase también sobre el concepto genuino de Constitución, sus críticas y su valoración actual, el importante trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «La Constitución como norma jurídica», en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Edit. Cívitas, Madrid, 1981.

del ámbito de las libertades de los individuos y de las competencias de los órganos del Estado, bien entendido que la delimitación del ámbito de las libertades ha de significar su garantía y la de las competencias estatales su limitación. De ahí también la necesidad, desde el punto de vista del constitucionalismo teórico, de defender el sentido unívoco de racionalidad política. La «gloria del Estado» sólo es posible con la «libertad política de los ciudadanos», pues eficacia y libertad, utilidad y control no son más que dos caras de la misma moneda. Con ello, además, se refuerza el carácter supremo de la Constitución, carácter que no está basado sólo en un requisito de la técnica jurídica o de la organización burocrática del Estado contemporáneo, sino que descansa en un principio político que presta coherencia a éstos: la soberanía popular por encima del poder estatal, el individuo por encima del Estado, la legalidad preñada de legitimidad.

III. SUPRALEGALIDAD Y SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

1. *Antecedentes preconstitucionales*

Tanto para Jellinek, como para M. Hauriou, los primeros antecedentes de la supralegalidad se encuentran en las «leyes fundamentales» del Antiguo Régimen (18), afirmación que es tajante en el primero y más matizada en el segundo, en cuanto que también explica que pueden encontrarse antecedentes de la supralegalidad en las «Cartas estatutarias» medievales (19). A nuestro juicio creemos difícil que pueda predicarse la condición de supralegalidad de textos jurídicos anteriores a las leyes fundamentales del Estado absoluto, si es que se toma (como se debe) el término supralegalidad en estricto sentido jurídico: cualidad que le presta a una norma su procedencia de una fuente de producción (y por lo mismo de modificación) jerárquicamente superior a la de la ley. Lo que acompañaba a determinadas normas jurídicas de la antigüedad es la supremacía (la condición de «fundamentales», es decir, de «esenciales» para la perpetuación de la forma política), pero no la supralegalidad (20). Incluso es discutible la afirmación que, con carácter general,

(18) Cfr. JELLINEK: *Teoría general del Estado*, cit., pág. 384 («La 'lex fundamentalis' tiene una fuerza superior a las demás leyes»). Cfr. M. HAURIOU: *Principios de Derecho público y constitucional*, Instituto Editorial Reul, Madrid, 1927, pág. 304 («cuya fuerza —la de las leyes fundamentales— se imponía al mismo rey, a pesar del poder legislativo que residía en el monarca»).

(19) Cfr. M. HAURIOU: *Ibidem*, págs. 305 a 308.

(20) Antes ya nos hemos referido a ello en los antecedentes del concepto de Constitución.

hacen Jellinek y M. Hauriou, afirmación incluso que parece contradictoria con el concepto que ambos tienen de la supralegalidad, pues si solamente reconocen ésta a las Constituciones escritas y rígidas (21) mal pueden atribuirle a las «leyes fundamentales», sin distinción alguna, cuando muchas de ellas ni siquiera estaban recogidas por escrito (22) y más que rígidas (23) eran en realidad irreformables. La idea de supralegalidad, más que en la categoría de *lex fundamentalis*, esgrimida en Francia para intentar limitar los poderes del Rey (24) y en Inglaterra, en cambio, utilizada por Jacobo I para afirmar su autoridad frente al Parlamento (25), tiene su asiento en la doctrina del juez Coke, quien apoyándose en argumentos iusnaturalistas defenderá la superioridad de la Constitución inglesa (el *common law* para Coke era el equivalente del Derecho natural) sobre el Rey e incluso sobre el Parlamento (26). Más adelante, tanto el *Agreement of the People* presentado al Parlamento largo de 1647 como el *Instrument of Government* promulgado por Cromwell en 1653, supusieron quizá en la práctica los primeros intentos (aunque ambos sin éxito) de elaborar una Constitución escrita y con rango superior a la ley (27).

(21) Obras y páginas citadas en notas 16 y 17.

(22) El mismo M. HAURIUO (*op. cit.*, pág. 304) reconoce que las leyes fundamentales «no eran ordinariamente otra cosa que costumbres que habían adquirido fuerza de ley, siendo aplicadas por el juez».

(23) JELLINEK (*op. cit.*, pág. 384) reconoce incluso que «una distinción jurídica que permita diferenciar las leyes fundamentales de las leyes simples, no parece que se hubiere encontrado».

(24) Bodino las consideraba, sobre todo a la ley Sálica, como limitaciones de la soberanía. JELLINEK recoge (*Teoría general del Estado*, cit., pág. 384) el testimonio de Loyseau sobre la Francia de la época de Enrique IV, donde las *loix fondamentales de l'Etat* constituían una limitación efectiva del poder del monarca.

(25) MC ILWAIN, *op. cit.*, pág. 130.

(26) GARCÍA PELAYO: *Derecho constitucional comparado*, cit., pág. 262. FRIEDRICH: *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, Fondo de Cultura Económica, México, 1946, págs. 126, 218 y 219. MC ILWAIN, *op. cit.*, páginas 131 y sigs.

(27) El mismo Cromwell explicó que había que dar una regla permanente, invariable, frente a las cambiantes resoluciones mayoritarias del Parlamento. Cfr. SCHMITT: *Verfassungslehre*, cit., pág. 45. También FRIEDRICH: *Ibidem*, pág. 219, y BRYCE: *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, 2.ª edic., IEP, Madrid, 1962, pág. 99.

2. La supralegalidad en el nacimiento del constitucionalismo

a) La situación en los Estados Unidos de América

En las colonias norteamericanas la idea de unas reglas jurídicas superiores al Derecho ordinario aparece desde un principio en el siglo XVII. Los colonos solían establecer en un contrato suscrito por ellos mismos (*covenant*) las condiciones de su propio gobierno (28), y las «cartas» de libertades, privilegios y organización administrativa que recibían de los reyes de Inglaterra (si las colonias pertenecían a la Corona) o de sus señores (si eran de dominio particular) a veces sólo consistían en la confirmación del pacto originario (29). Estas «cartas» poseían un rango superior al de las normas aprobadas por las Cámaras legislativas de las respectivas colonias (30).

En el comienzo de la lucha por la independencia, la conciencia de que existe una supralegalidad constitucional se mantiene viva y sirve a los colonos para rechazar los impuestos exigidos por la metrópoli: empleando las teorías del juez Coke dirán que, siendo un principio general de la Constitución inglesa la exigencia de que los tributos deben ser aprobados por los representantes de quienes han de soportarlos, no están obligadas, en consecuencia, las colonias a satisfacer los acordados en el Parlamento inglés donde no tiene representación (31). A medida que progresa el enfrentamiento con Inglaterra se abandona incluso tal razonamiento que, además, pocos efectos podía tener en la metrópoli, donde ya no regían las ideas de Coke, sino las de Blackstone de la soberanía del Parlamento; se acude, en su lugar, a las doctrinas iusnaturalistas del pacto social (especialmente a las de Locke) y se niega la competencia de la Corona inglesa sobre las colonias no ya en virtud

(28) El más conocido de esos contratos, entre los primitivos, es el de los *Pilgrin-fathers*, celebrado a bordo del «Flor de Mayo» el 11 de noviembre de 1620, que dará origen a la fundación de New Plymouth. Véase JELLINEK: *Teoría...*, cit., pág. 385.

(29) Por ejemplo, la carta concedida a la colonia de Connecticut por Carlos II tuvo como base el contrato primitivo celebrado por los propios colonos («Fundamental Orders»). Véase JELLINEK: *Ibidem*, pág. 389, y M. HAURIQU: *Op. cit.*, págs. 306 y 307, quien cita también sobre el tema a BRYCE (*Republic americaine*).

(30) Cfr. JELLINEK: *Ibidem*, pág. 390. En tal sentido BRYCE será tajante: «Los comienzos de las Constituciones rígidas se encuentran en el siglo XVII. Los primeros pobladores de las colonias británicas en América del Norte vivieron bajo gobiernos creados por cartas reales inalterables por las legislaturas coloniales. Así llegó a hacerse familiar la idea de un instrumento superior a la legislatura y a las leyes» (*Constituciones flexibles...*, cit., págs. 98 y 99).

(31) Cfr. GARCÍA PELAYO: *Derecho constitucional comparado*, cit., págs. 328 a 330.

de los principios de la Constitución británica, sino de los derechos fundamentales del pueblo americano. Y así, en la Declaración de Independencia de 4 de julio de 1776, como dice muy bien García Pelayo, «ya no se apelará al *common law*, a los derechos de los súbditos británicos o a las franquicias de la Constitución inglesa, sino exclusivamente 'a las leyes naturales y de Dios'» (32). En dicha declaración se dirá, pues, «que todos los hombres han sido dotados por el Creador con ciertos derechos inalienables, entre los que están la vida, la libertad y la persecución de la felicidad. Que todos los gobiernos han sido instituidos entre los hombres para asegurarles estos derechos». Razones que no sólo sirvieron para fundamentar el derecho a la independencia sino que contienen también la afirmación de que por encima de los poderes del Estado están los derechos de los hombres, derechos que aquél, en consecuencia, habrá de respetar. Aquí reside la base teórica de la suprallegalidad constitucional, que no es otra que el genuino concepto de Constitución: la limitación de los poderes del Estado encaminada a garantizar la libertad de los ciudadanos.

La idea de suprallegalidad está presente, pues, desde el primer momento, en el constitucionalismo norteamericano. Paine dirá que una Constitución debe ser siempre anterior a todo Gobierno legal (33), expresando una opinión bastante común ya en aquél país. En las Constituciones de los nuevos Estados aparece, en forma expresa (en el preámbulo de la de Massachussetts, por ejemplo) o tácita esta concepción, amparada en las doctrinas pactistas (34), de que la Constitución es la norma jurídica suprema; noción además fortalecida por el hecho de que el nacimiento de la Constitución coincide, en Norteamérica, con el nacimiento del Estado (35). A todo ello se unirá la desconfianza existente en las ex colonias hacia los Parlamentos, motivada, sobre todo, por la pasada experiencia de enfrentamiento con el Parlamento inglés; desconfianza que influirá a la hora de elaborar la Constitución federal de 1787 (36), que nace como una norma superior al Derecho ordinario y dotada, por ello, de una cláusula de rigidez expresa (art. 5.º).

(32) *Ibidem*, pág. 331.

(33) Mc ILWAIN: *Op. cit.*, págs. 22 y sig.

(34) Véase SCHMITT: *Verfassungslehre*, cit., págs. 70 y 71.

(35) Parece indiscutible que la caracterización de las Constituciones norteamericanas (la de la Unión y las de los Estados miembros) como «pactos sociales» se vió favorecida por la circunstancia de que tenían un valor «fundante» del Estado. Consideración paralela (como razonamiento abstracto, por supuesto) puede verse en ROUSSEAU: «Considerations sur le Gouvernement de Pologne et sur sa réforme», en *Oeures completes*, vol. I, cap. IX, pág. 311 (citamos de la edición de Didot Freres, París, 1861).

(36) Cfr. JELLINEK: *Teoría general del Estado*, cit., pág. 392; LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*, cit., pág. 194; GARCÍA PELAYO: *Derecho constitucional compa-*

b) *La situación en Europa*

Salvo en Inglaterra (caso al que más adelante nos referiremos), la idea de supralegalidad constitucional es generalmente aceptada, en Europa, a finales del siglo XVIII, como consecuencia tanto de las teorías pactistas y del sentido ilustrado de la racionalidad política cuanto de la notable influencia que entre los europeos tendrá el naciente constitucionalismo norteamericano. Aunque Rousseau, en *Du Contract social*, distinguía entre el pacto (fundante del Estado) y las *lois politiques o fondamentales* que regulan el ejercicio del poder de ese Estado (37), sin embargo, en las *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réforme*, dirá que la Constitución (a la que aquí considera como pacto social) sólo puede establecerse, modificarse o derogarse por unanimidad, a diferencia de las leyes ordinarias que sólo requieren de mayoría (38). También Kant consideraba a la Constitución (en sentido lato) como pacto social (39). Una concepción así conduce, inevitablemente, a sostener la superioridad de la Constitución sobre la ley ordinaria. De todos modos, la formulación más clara y precisa de la supralegalidad constitucional se encuentra en Sieyès, quien, refiriéndose a las leyes fundamentales (término, en este pasaje, idéntico al de Constitución) dirá: «Estas leyes son llamadas 'fundamentales' no en el sentido de que pueden hacerse independientes de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen y actúan por ellas no pueden tocarlas. En cada parte la Constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente. Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación» (40).

De acuerdo, pues, con tales ideas, en la primera Constitución francesa (la de 3 de septiembre de 1791) se estableció la imposibilidad de su modi-

rado, cit., pág. 328; H. FINER: *Theory and Practice of Modern Government*, Henry Holt and Company, Nueva York, edic. de 1963, pág. 180.

(37) «Du Contract social» (en *Oeuvres complètes*, cit.), libro II, cap. XII, páginas 58 a 60.

(38) Véase cita en nota 35.

(39) En *Vom Verhältnis der Theorie zur Praxis im Staatsrecht*, ed. Vorländer, pág. 86. Dice SCHMITT (de quien se toma la cita, en su obra *Verfassungslehre*, pág. 71): «En Kant, el pacto del 'establecimiento de una Constitución civil entre los ciudadanos' (*pactum unionis civiles*) es una forma peculiar del *pactum sociale* general (por el cual se vincula en una sociedad una multitud de hombres); la fundación de una sociedad civil es al mismo tiempo 'establecimiento de una Constitución'.»

(40) *¿Qué es el tercer Estado?*, citamos de la traducción española editada por Aguilar, Madrid, 1973, págs. 76 y 77.

ficación por ley ordinaria, regulándose, en consecuencia, un procedimiento especial de reforma (41). El mismo carácter supralegal tuvieron las demás Constituciones francesas de aquellos años, o sea, las de 1793, 1795 y 1799 (42), así como la española de 1812, la portuguesa de 1822, la noruega de 1814 y la belga de 1831, por citar sólo las más importantes.

3. *La significación política de la supremacía y la significación jurídica de la supralegalidad*

Para el liberalismo revolucionario, el carácter supralegal le viene dado a la Constitución por emanar de la soberanía nacional (en la Europa continental) o de la soberanía popular (en Norteamérica); es decir, en cuanto que se trata de una norma que procede del poder constituyente, razonamiento que muy claramente se advierte en Sieyès y reconoce rotundamente Jellinek (43). Pero, al mismo tiempo, el rango del producto normativo de esa voluntad soberana es inseparable del contenido de la norma misma, esto es, la Constitución no es sólo Constitución por provenir del poder constituyente, sino por cumplir la finalidad a la que necesariamente ha de dirigirse la voluntad del poder constituyente si este poder no quiere dejar de ser constituyente, o lo que es igual, soberano; esa finalidad, claro está, no puede ser otra que la de limitar al poder constituido dividiéndolo y proclamando la existencia de unos derechos fundamentales, exigencias ambas que han de considerarse, por ello, como presupuestos teóricos, indiscernibles, del concepto de supralegalidad, pues ésta no es consecuencia únicamente del carácter formal de la Constitución (procedencia de una fuente superior a la del Derecho ordinario), sino que más bien se trata de una exigencia debida a su especial sentido material, a su concreto contenido político, o si se quiere, a la pretensión de legitimidad que encarna. Si acudiéramos a la distinción de Jellinek entre Constitución formal y Constitución material, podría decirse que el carácter formal de la Constitución es consecuencia de su significado material.

Es cierto que el término «supremacía» se ha utilizado siempre como sinónimo del de «supralegalidad», pero nos parece conveniente (como al principio de este trabajo se apuntó) intentar diferenciarlos, atribuyéndoles signi-

(41) Título VII de la Constitución.

(42) JELLINEK: *Teoría...*, cit., pág. 396: «Todas estas Constituciones, incluso la de 1791, eran consideradas formalmente como leyes de un carácter superior, y así se expresa, al requerir para éstas la aprobación del pueblo, en quien se reconoce el poder constituyente de la nación soberana.»

(43) *Ibidem*.

ficado distinto. Al separar en dos lo que hasta ahora venía siendo noción única no pretendemos más que ensayar, modestamente, un esquema categorial que puede ayudar, así lo creemos, a comprender no sólo el concepto sino también el sentido de la Constitución.

La supremacía podría ser entendida como una cualidad *política* de toda Constitución, en cuanto que ésta es siempre (al margen de cualquier consideración ideológica) un conjunto de reglas que se tienen por fundamentales, es decir, por esenciales, para la perpetuación de la forma política (44). La supralegalidad no es más que la garantía *jurídica* de la supremacía y, en tal sentido, toda Constitución (en sentido lato) tiene vocación de transformar la supremacía en supralegalidad. Pero esa vocación se presenta como irresistible (salvo muy raras excepciones) en las Constituciones auténticas, es decir, en aquellas que así, en sentido estricto, deben ser calificadas, pues, en tales Constituciones, la pretensión de legitimidad que la supremacía encierra sólo puede operar (o si se quiere, sólo puede hacerse real y efectiva) a través de la supralegalidad.

IV. LA DISCUTIBLE EQUIPARACION ENTRE SUPRALEGALIDAD CONSTITUCIONAL Y CONSTITUCIONES RIGIDAS

Conviene diferenciar estos conceptos, pues aunque frecuentemente son tenidos por sinónimos (45) y generalmente suelen ir unidos en la práctica, poseen, sin embargo, muy distinta significación. Por supuesto que cuando la Constitución prevé un procedimiento especial de revisión, la supralegalidad se encuentra mejor protegida. Pero ese procedimiento especial de revisión no puede ser considerado, en modo alguno, como requisito de la supralegalidad, sino como su garantía.

Si como antes se ha dicho, partimos del supuesto de que la supremacía es una característica inseparable del concepto de Constitución y de que la

(44) Como ya se ha dicho más atrás.

(45) JELLINEK: *Teoría...*, cit., págs. 383 y sigs. M. HAURIU: *Principios...*, cit., pág. 304. Es cierto, sin embargo, que aunque menos común, la distinción entre jerarquía y rigidez no ha pasado desapercibida para la doctrina. Por limitarnos a la española, puede citarse el examen que de esa distinción hace IGNACIO DE OTTO: *Lecciones de Derecho constitucional*, vol. I «Introducción», Guiastur Ediciones, Oviedo, 1980, págs. 110 y sigs. Por nuestra parte no querríamos dejar pasar la ocasión de señalar que la distinción entre jerarquía y rigidez de las normas jurídicas, distinción absolutamente correcta, puede ser muy operativa para dilucidar la disputada cuestión de la naturaleza, o mejor, del carácter de nuestras actuales leyes orgánicas, como con sagacidad está entendiendo hoy la doctrina más autorizada.

supralegalidad es sólo una cualidad de las Constituciones en las que la supremacía está jurídicamente determinada, se hace necesario, pues, analizar cuáles son el presupuesto o presupuestos jurídicos cuya existencia o inexistencia permiten que haya o no supralegalidad.

A nuestro juicio, la rigidez (al menos en el sentido estricto con que suele ser empleado el término por la generalidad de los autores, o sea, como categoría predicable de las Constituciones que establecen un procedimiento especial para su reforma) (46) no parece una condición indispensable de la supralegalidad. La cuestión la plantea Schmitt (47) de este modo: «Si no existen ningunas prescripciones constitucionales sobre reformas de la Constitución (por ejemplo, en las Constituciones francesas —cartas— de 1814 y 1830), puede ser, sin duda, o que se acepte una Constitución flexible o una absolutamente rígida, es decir, o que las reformas de la Constitución puedan tener lugar en vía legislativa ordinaria, o que el silencio de la Constitución signifique que están prohibidas las reformas.» Dejando al margen las posibles razones políticas por las que se dejó impreciso el procedimiento de reforma en tales constituciones (y en otras como la italiana de 1848 o las españolas de 1837, 1845 y 1876) (48), la solución del dilema no ofrecía dudas para Pérez Serrano (49) al menos en el caso de las españolas:

(46) SCHMITT: *Verfassungslehre*, cit., pág. 20: «Se califican de Constituciones rígidas aquellas en las que está prevista constitucionalmente la posibilidad de reformas o revisiones constitucionales; pero esta reforma o revisión se encuentra ligada a supuestos o procedimientos especiales de mayor dificultad.»

(47) *Ibidem*, pág. 20.

(48) Y que a juicio de Mortati (citado por TRUJILLO: *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1970, página 12, en nota) debe buscarse «en la dificultad que la determinación de una específica instancia de revisión hubiese suscitado en un régimen en el que se eludía y dejaba indeterminado el problema del órgano soberano». En contra, SCHMITT (*op. cit.*, pág. 60), al menos por lo que se refiere a la Carta francesa de 1814: «En realidad, la Charte descansaba en el poder constituyente del rey». En cambio, sigue diciendo SCHMITT (pág. 61) en la de 1830 sí existía ese problema político de la indeterminación de la soberanía y la alternativa se aludió hablando de una «soberanía de la Constitución» (tema estrechamente relacionado con la fórmula, también doctrinaria, de la «soberanía de la ley», expresión utilizada para evitar proclamar la «soberanía de la nación») (sobre esto último véase también SCHMITT, *op. cit.*, pág. 9).

(49) *La noble obra política de un gran juez, Juan Marshall*, Madrid, 1955, página 46, nota 57, citado por TRUJILLO, *op. cit.*, pág. 12: «Entre nosotros... se propendió a no consignar en las Constituciones un procedimiento específico para su reforma. De este modo, se quería lograr que no hubiera modificación posible, por falta de precepto que la regulase. En vez de Constitución rígida... habría una Constitución 'pétreo', 'de granito', irreformable para siempre. Y, sin embargo, como no se concibe una ley... que vincule a perpetuidad, sin poderse introducir alteración en sus normas, el resulta-

dichas Constituciones aparecen como flexibles, pues no cabe presumir la rigidez si no está debidamente prevista y articulada. Hauriou (50) también califica como «más razonable» la opinión de que las cartas francesas de 1814 y 1830 hubieran podido ser revisadas en virtud de un acuerdo entre el rey y las dos Cámaras. En cambio, el propio Schmitt dice, sobre este asunto, que «la respuesta acertada es: la Constitución sólo puede ser abolida como totalidad mediante un acto del poder constituyente, estando prohibidas las modificaciones de la ley constitucional» (51).

Frente a lo dicho por Schmitt, nos parece que el poder constituyente, que puede establecer y abolir completamente la Constitución, también puede reformarla parcialmente, no sólo en virtud del viejo aforismo jurídico de quien puede lo más puede lo menos, sino porque la autolimitación del poder constituyente sólo puede existir de modo expreso, pero no de modo tácito. Esa es, además, la opinión de Bryce (52) para quien en los casos de las Constituciones que no prevén el procedimiento de reforma hay que entender que el otorgante se reserva la facultad de modificarlas. El hecho de que en

do era todo lo contrario de lo pretendido: la Constitución aparecía como flexible, pues no cabe presumir la rigidez si no está debidamente prevista y debidamente articulada.»

(50) *Op. cit.*, págs. 308 y 309 (remitiéndose en realidad a J. BARTHÉLEMY: *L'introduction du régime parlementaire en France sous Louis XVIII et Charles X* y *La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires dans la monarchie de Juillet*, y a ESMEIN NEZARD: *L'Histoire du gouvernement représentatif*): «La única cuestión de interés práctico que pudo ser suscitada con relación a estas Cartas era la de saber si eran revisables y cómo. No estaba previsto en ellas el procedimiento de revisión, ni parece, por otra parte, que entrase en el concepto de la Carta una revisión semejante, pues se estimaba establecida más bien de una vez para todas. De hecho, la Carta de 1830 no ha sido sino una especie de revisión de la de 1814, pero se realizó de un modo revolucionario que le privó del carácter de revisión normal. Bajo la Carta de 1814 y bajo la de 1830, fue discutida la cuestión, y pareció la opinión más razonable que ambas Cartas hubieran podido ser revisadas en virtud de un acuerdo entre el rey y las dos Cámaras; la Carta de 1814, aunque otorgada por el rey, no hubiera podido ser revisada por él solo, pues éste había jurado observarla siempre, y no podía ser relevado de este compromiso sino por el consentimiento de los representantes del pueblo; la Carta de 1830 fue votada por las Cámaras y aceptada por el rey, y a pesar de la opinión contraria de Tocqueville (*La démocratie en Amérique*, tomo II, 1850, pág. 308), se admite generalmente que hubiera podido ser revisada por el mismo acuerdo de las Cámaras con el rey.»

(51) *Op. cit.*, pág. 20.

(52) *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, cit., pág. 110: «Existen casos de establecimiento de una Constitución sin provisión alguna en orden a sus modificaciones y cambios; ejemplos se encuentran entre Constituciones otorgadas por los monarcas a sus súbditos; pero en casos así se puede sostener que el otorgante se reserva la facultad de modificar su concesión. Nada importa que en el documento no se exprese ninguna obligación bilateral innecesaria.»

una Constitución no se establezca un mecanismo especial de revisión no tiene por qué significar, en principio, que tal Constitución sea flexible, esto es, que pueda ser modificada por la ley ordinaria, pues siendo la Constitución un producto del poder constituyente, el silencio sobre su reforma, o sea, el no haberse previsto en ella la existencia de un poder constituyente-constituido, no puede llevar a la conclusión, en modo alguno, de que tal facultad reside en un poder constituido (el legislativo). La laguna ha de resolverse, por el contrario, atribuyendo la competencia al poder constituyente, ya que la potestad de reformar la Constitución sólo puede ser delegada por aquél de modo expreso, y ello porque en las materias propias de la soberanía (y la revisión constitucional lo es) las facultades de los poderes constituidos están tasadas y al no concedérsele a ningún órgano del Estado la competencia de la revisión constitucional (53) hay que decidir necesariamente que la posee el único poder que no tiene limitadas sus atribuciones, esto es, el poder soberano que es, a su vez, el poder constituyente.

Quizá conviniera, entonces, ampliar el sentido de la rigidez admitiendo que ésta puede existir no sólo expresa sino también tácitamente. O sea, que Constitución rígida es aquella que (prevea o no un procedimiento especial para su reforma) no puede ser modificada por ley ordinaria. De este modo, y sólo en tal sentido, la rigidez acompañaría siempre a la suprallegalidad, no como causa o razón de la misma sino como su consecuencia.

El verdadero requisito de la suprallegalidad, el auténtico presupuesto jurídico de la misma (pues no se olvide que así como la supremacía es una característica política, la suprallegalidad es una cualidad jurídica, y como tal únicamente discernible utilizando categorías de Derecho) es la existencia de una fuente de producción distinta para la Constitución que para la ley ordinaria o, lo que es igual, la distinción entre poder constituyente y poder constituido, idea ésta que encuentra su apoyo tanto en Jellinek como en Bryce (54).

(53) SIEYÈS decía muy bien que «ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación». Cfr. *supra* nota 40.

(54) Recuérdese que para JELLINEK (véase *supra* nota 42) el carácter formalmente superior de las Constituciones revolucionarias francesas les venía dado por su procedencia del poder constituyente. BRYCE (*op. cit.*, págs. 20 y 21) califica a determinadas Constituciones como rígidas porque proceden de una fuente más alta, y de ahí su mayor fuerza: «Otras Constituciones, la mayoría de ellas pertenecientes al tipo más moderno o estatutarias, están por encima de las otras leyes de países que regulan. El instrumento —o instrumentos— en que están contenidas estas Constituciones no procede de la misma fuente que las otras leyes, es promulgado por procedimiento distinto y posee mayor fuerza. Su proclamación no corresponde a la autoridad legislativa ordinaria, sino a alguna persona o corporación superior o con poder especial. Si es

Este es el caso, por ejemplo, de la Constitución española de 1837, a la que debe considerarse como supralegal puesto que en ella se diferencian netamente el poder constituyente (la nación soberana y en su representación «las Cortes Generales congregadas a este fin», como se dice en su preámbulo) del poder legislativo constituido (las Cortes ordinarias con el rey, según el artículo 12 de la misma). Por ello esta Constitución no puede ser calificada como flexible sino como rígida (en el sentido amplio antes señalado), ya que la facultad de reformarla, no prevista en su texto, ha de residir, no en las Cortes ordinarias más el rey, sino en las Cortes generales que tendrían que ser convocadas «a este fin». Por el contrario, las Constituciones también españolas de 1845 y 1876, en las que no existe diferencia entre el poder constituyente (el rey con las Cortes, según los respectivos preámbulos) y el poder legislativo constituido (también las Cortes con el rey, como expresa el artículo 12 de la de 1845 y el 18 de la de 1876) carecen de supralegalidad, y el silencio de las dos sobre un procedimiento especial de revisión hay que resolverlo concediendo que la facultad de reforma la posee el poder legislativo constituido, que puede ejercitarlo por el procedimiento ordinario de elaboración de las leyes. En consecuencia, ambas Constituciones hay que considerarlas como flexibles (55).

susceptible de cambio, éste se llevará a efecto únicamente por dicha autoridad, persona o corporación especial. Cuando alguna de sus medidas entre en colisión con alguna otra de la ley ordinaria, prevalece la primera y la ley ordinaria debe ceder.» Hablamos del requisito «jurídico de la supralegalidad», lo que no quiere decir, en modo alguno, que ese requisito sirva para «comprender» exactamente la categoría de supralegalidad, que sólo es posible a través del análisis de la pretensión de legitimidad en que encarna la supremacía (a lo que nos hemos referido más atrás).

(55) Lo que no significa exactamente que tales Constituciones pudieran ser modificadas por ley ordinaria, sino por ley de reforma constitucional que, salvo la diferencia de su denominación expresa, en nada más, respecto de los requisitos de su elaboración, se distinguiría de las leyes ordinarias. Esta cuestión, discutida, como se sabe, en la doctrina, especialmente en la italiana por lo que se refiere al Estatuto Albertino, no afecta a la tesis que venimos manteniendo, en cuanto que la *sola* exigencia de una distinta «denominación» para la ley de reforma constitucional, equiparada en todo lo demás, procedimentalmente, a la ley ordinaria, no mudaría la flexibilidad en rigidez. La Constitución es flexible porque la voluntad legisladora que puede modificarla se forma en condiciones idénticas a como se forma la voluntad legisladora ordinaria. El simple nominalismo no supone, en ese caso, una especificidad procedimentalmente relevante. Incluso puede sostenerse, como se ha hecho en alguna ocasión, que la omisión de la denominación específica suponga un vicio de invalidez (construcción altamente hipotética por su difícil verificación en el sistema jurisdiccional italiano de los tiempos del Estatuto Albertino, que es donde la cuestión ha sido más examinada por la doctrina). Pero, aún con ello, y aún aceptando una tesis así, tan hipotética en la práctica como discutida en la teoría, ni siquiera el posible vicio de invalidez alteraría las con-

Respecto de la Carta francesa de 1814, su naturaleza de carta otorgada, parece, en principio, que inclina a considerarla como supralegal y rígida, ya que el rey se consideró a sí mismo como poder constituyente, pero el monopolio por el monarca de la iniciativa legislativa y la consideración de la ley como voluntad real más bien conduce a la conclusión de que existía una confusión, entre el poder constituyente y poder constituido, en la persona del rey, que inclinan a negarle a tal Carta el carácter de supralegal y a calificarla, en consecuencia, como flexible. El mismo razonamiento podría aplicarse a nuestro Estatuto Real de 1834. El caso es más claro en la Carta francesa de 1830, que como Constitución doctrinaria (al igual que las españolas de 1845 y 1876) está basada (aunque no se diga expresamente y se acuda al subterfugio de «la soberanía de la Constitución») en la soberanía compartida entre rey y Parlamento, lo que supone la confusión entre poder constituyente y poderes constituidos y, en consecuencia, la falta de supralegalidad y su caracterización como flexible.

El Estatuto Albertino, en cambio, es un caso más particular. Dado, en un principio, como Carta otorgada en 1848 al Reino de Cerdeña, «se sostuvo mucho tiempo —dice Bryce (56)— que el poder de alterarla era facultad exclusiva de la Corona» (57); pero después de extenderse al resto de Italia por sucesivas votaciones populares (1859 a 1871) (58) prevaleció el criterio (que tuvo su confirmación en la práctica) de que era modificable por la legislación (59), lo que podría explicarse, quizá, porque si en principio su texto no fue producto de la soberanía nacional, la entrada en vigor a todo el territorio italiano tampoco se realizó al mismo tiempo. Habiendo sido un

diciones de la flexibilidad. No existe, en estos casos, la «superior resistencia a su modificación» que es la condición determinante de la rigidez de una norma. Coincidimos en este punto con I. DE OTTO (*op. cit.*, págs. 149 y sigs.) que también acepta la flexibilidad en el supuesto que acaba de examinarse. No coincidimos, en cambio, con él en su apreciación de que en esos casos, habiendo flexibilidad, hay también, no obstante, jerarquía formal. Para nosotros, hay supremacía, por supuesto, pero no supralegalidad. Cuestión distinta es la de la jerarquía lógica, jerarquía problemática a menos que se transmute en «precedencia», pues si no, se llega inexorablemente a la utilización del término «ley superior» de manera contradictoria (superioridad que sólo sería «precedencia» lógica en la teoría y ni superioridad ni precedencia, al menos en muchos casos, en la práctica).

(56) *Op. cit.*, págs. 110-111.

(57) Aunque aquí también cabría decir lo mismo que respecto de la Carta francesa de 1814, pues si la legislación era, en última instancia, un atributo del monarca soberano, no cabía hablar, pues, de supralegalidad.

(58) Véase C. MORTATI: *Istituzioni di Diritto Pubblico*, tomo I, CEDAM, Padua, 1975, págs. 81 a 86.

(59) Véase nota 55, acerca del problema de la denominación de la ley.

producto originario de la soberanía real fue adoptado después por la soberanía nacional. Si el rey, que podía cambiarla en un principio, pasaba a ser ahora un poder constituido, mal podría negarse esa facultad entonces a otro poder constituido, el Parlamento que, al fin y al cabo, estaba más próximo a la nueva soberanía nacional. Transformada la monarquía de principio monárquico en una monarquía dual, soberanía y poder legislativo coincidían, pues, en las mismas manos: la unión del rey con el Parlamento.

El caso más notable, actualmente en vigor (a excepción de algunos regímenes socialistas y autoritarios) de Constitución con supremacía y sin supralegalidad, que es el de la Constitución inglesa, puede ilustrar muy bien cuanto acaba de decirse. En primer lugar, la Constitución inglesa (como toda Constitución) tiene supremacía sobre el Derecho ordinario (60), y su flexibilidad jurídica no se corresponde, en modo alguno, con una flexibilidad política. La carencia de especiales medidas de protección (que no denotan la falta de supremacía sino la inexistencia de supralegalidad) no son el signo de su debilidad (precisamente las Constituciones históricas, cuyo ejemplo modélico es la británica, son las que mayor vocación tienen de perpetuidad y las más respetadas tanto por los poderes públicos como por los ciudadanos) sino, por el contrario, de su firmeza y su general aceptación, que hacen innecesarias las garantías jurídicas porque disfruta de otras superiores: las garantías sociales. «La estabilidad de cualquier Constitución —decía Bryce (61)— depende no tanto de su forma como de las fuerzas sociales y económicas que la apoyan y sostienen» (62). De ahí la banalidad de esa frase tópica que afirma que en Inglaterra el Parlamento puede hacerlo todo, excepto cambiar a un hombre en una mujer, frase que no se atiene exactamente a la realidad, y no precisamente porque hoy día los adelantos de la cirugía hayan hecho posible el cambio de sexo, sino porque la sociedad inglesa no permitiría que el Parlamento, en cualquier momento y por simple mayoría, modificase algunos presupuestos básicos de la Constitución eliminando las libertades, la

(60) El propio Jellinek, nada sospechoso a este respecto, decía que la idea sobre el valor superior «que tienen los principios constitucionales del Estado frente a las instituciones que se han desenvuelto ya de acuerdo con estos principios... existe, incluso en aquellas naciones que no establecen una oposición desde el punto de vista jurídico entre leyes sencillas y leyes constitucionales» (*op. cit.*, pág. 382).

(61) *Op. cit.*, pág. 45.

(62) Lo que no significa, en modo alguno, la exaltación de la Constitución «real» (en el sentido de Lasalle), pues si bien la Constitución, para tener vigencia, precisa de cierta adecuación a la conformación social sobre la que se extiende, por otro lado, no debe olvidarse que también toda Constitución debe tener vocación de transformar esa realidad social, so pena de perder el sentido «racional progresista» característico del significado genuino de Constitución.

forma monárquica o instaurando la dictadura del proletariado, por poner sólo algunos ejemplos. Y en el supuesto caso de que así fuera, o sea, de que el Parlamento lograra un día con éxito cualquiera de esas transformaciones y obtuviese el consentimiento de la sociedad inglesa, entonces jurídicamente habría modificado la Constitución, pero políticamente la habría destruido para instaurar una nueva.

Ahora bien, supuesta la supremacía, ¿por qué ésta no se convirtió en supralegalidad? La explicación jurídica reside en la confusión que existe en Inglaterra entre poder constituyente y poderes constituidos (63). La Constitución compuesta por el *common law* y los *statute law* procede, pues, de los jueces y del Parlamento, ambos, a su vez, poderes constituidos. Si bien la soberanía política reside en el pueblo inglés, la soberanía jurídica (única a tener en cuenta cuando se habla de supralegalidad) reside en el Parlamento. En consecuencia, ni existe supralegalidad ni existe rigidez.

Es curioso observar cómo, salvo en el caso de Inglaterra (quizá porque aquí la supremacía tiene un contenido político liberal, la soberanía política es popular, y las libertades no fueron el producto de una revolución sino que la revolución vino precisamente para salvaguardar antiguas libertades y, en consecuencia, no se hizo necesaria la distinción entre la autoridad del pueblo y la de sus representantes, encaminada la primera a limitar a la segunda) la carencia de supralegalidad constitucional suele ir acompañada de la carencia de libertades. Puede muy bien decirse (como ya antes hemos apuntado) que si la supremacía caracteriza el sentido lato de Constitución, la supralegalidad se corresponde con su significado estricto (Constitución como garantía de la libertad). Los ejemplos conocidos (hecha la salvedad del caso inglés) de Constituciones sin supralegalidad y flexibles vienen a coincidir así, casi inexorablemente, con regímenes de tipo autoritario, ya que la no existencia en ellos de distinción entre poder constituyente y poder constituido se debe a que el poder constituyente no renuncia a ser también poder constituido, y el poder constituido no quiere dejar de seguir siendo poder constituyente (64).

(63) BRYCE (*op. cit.*, págs. 19 y 20) exponía muy bien que la característica de las Constituciones flexibles es que «tales Constituciones proceden de la misma autoridad que hace las leyes ordinarias».

(64) Aparte de ciertos países socialistas, el ejemplo español con el régimen del general Franco es bastante ilustrativo al respecto; Franco, poder constituyente, no quiso dejar de ser nunca poder legislativo constituido (Decreto de 29 de septiembre de 1936 y Leyes de 1938 y 1939). Y siendo poder constituido (jefe del Estado) no dejó por ello de seguir siendo poder constituyente (poder constituyente residual, desde la Ley de Sucesión, y poder constituyente-constituido permanentemente).