

AFONSO D'OLIVEIRA MARTINS

BIBLIOTECA UCM



5306846797

LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL
Y
EL ORDENAMIENTO PORTUGUÉS

MADRID

1992

TESIS DOCTORAL

**PRESENTADA EN LA
FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
DE MADRID**

**DIRECTOR DE TESIS
PROF.DOCTOR D.PABLO LUCAS VERDÚ**

INTRODUCCIÓN

1. El objeto central de la disertación es la figura jurídica de la *revisión constitucional*

Trátase de un estudio de Ciencia del Derecho Constitucional que se desarrolla desde dos perspectivas dominantes: una de *Teoría de la Constitución*, y otra de *Derecho Constitucional Particular*, relativa al ordenamiento portugués. Situada en este último campo (del *Derecho Constitucional Particular*), la revisión constitucional es estudiada además desde los ángulos de la *Historia del Derecho Constitucional Portugués* y del *Derecho Constitucional Portugués actual*. Acrece que (aunque solamente de modo incidental) es también tenido en cuenta el punto de vista del *Derecho Constitucional Comparado*.

Ésas distintas perspectivas desde las cuales estudiamos la *revisión constitucional* son consideradas en su complementariedad reconociéndose que cada una de ellas abre camino a resultados que son parecidos, pero que al mismo tiempo permiten profundizamientos que las demás no logran alcanzar.

La *Teoría de la Constitución* ofrece un cuadro de conocimientos generales en los cuales, por definición, más o menos perfectamente, debe poder examinarse la realidad constitucional portuguesa. Por la vía teórica construimos un aparato conceptual, categorial y problemático que traduce denominadores comunes (verificados por necesidad ontológica o por simple coincidencia fenoménica) al conjunto de ordenamientos jurídicos que, juntamente con el portugués, se inscriben en una misma familia de derecho¹. La

¹ En el sentido de que el *Derecho Constitucional General* "delimita una serie de principios, de conceptos, de instituciones que se hallan en los varios derechos positivos o en grupos de ellos para clasificarlos y sistematizarlos en una visión

presentación que empezaremos por hacer de un aparato de conocimientos generales o teóricos sobre la revisión constitucional sirve así de encuadramiento al estudio del caso portugués, permitiendo, concretamente, comprobaciones terminológicas, la ordenación general de sus características particulares, una precomprensión de los problemas concretos que se suscitan, así como el descubrimiento de los datos esenciales de su resolución, la buena disposición de soluciones particulares en las tendencias generales y el alineamiento de las críticas a que teóricamente pueden sujetarse ².

En otros términos, la presentación que haremos de una *teoría de la revisión constitucional* debe también ser interpretada como un punto de partida que busca una comprobación de sus resultados delante de la realidad de un ordenamiento constitucional particular -el portugués.

Los estudios de *Derecho Constitucional Particular*, por otro lado, además de servir de posible fundamento y comprobativo de los conocimientos constitucionales generales o teóricos, permiten una su especificación, desarrollándolos y concretándolos en vista de lo que es un ordenamiento *real* y de lo que son las exigencias propias de una

unitaria" y en el sentido de que tales representaciones si no tienen un valor absoluto y universal "son, al menos, relativamente constantes y, por consecuencia, comunes, y en este sentido, generales a una serie más o menos extensa de Constituciones que tienen caracteres esenciales idénticos o similares", Cr. SANTI ROMANO, *Principi di Diritto Costituzionale Generale*, p. 11-12.

² En el sentido de que el *Derecho Constitucional General* es "de notable utilidad práctica en la medida que permite colocar los institutos de un concreto ordenamiento estatal en un fondo orgánico (de categorías, conceptos, figuras, principios, etc.) capaz de resaltar, a las claras, los rasgos distintos, específicos y contingentes", Cfr. *BISCARETTI DI RUFFIA*, *Derecho Constitucional*, p. 72.

En el sentido de que la teoría de la Constitución ilumina críticamente los límites y posibilidades del derecho constitucional y contribuye para la "investigación", "descubrimiento" y "refutación" de las soluciones jurídico-constitucionales cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 36. En la doctrina alemana cfr. nombradamente: SCHLINK, *Juristische Methodik Zwischen Verfassungstheorie und Wissenschaftstheorie*, in *Rechtstheorie*, 1976, p. 94 ss.

realidad jurídica particular.

A su vez, el interés de considerar la *revisión constitucional* en Portugal desde el punto de vista de la *Historia del Derecho Constitucional Portugués* se subraya entendiendo que las Constituciones positivas, en los momentos de su creación y de sus cambios, no representan radicalmente, en todas sus piezas, un *derecho nuevo* indiferente relativamente a un *derecho antiguo* antes establecido. Sin necesidad de seguir las vías del historicismo, podemos defender que las Constituciones actuales expresan, en muchos aspectos, un *derecho antiguo en estado sobreviviente*, traduciendo la transposición para un nuevo contexto histórico, y quizás en nuevas formulaciones, de un derecho que precedentemente ha tenido vigencia. En otros aspectos, las Constituciones actuales representan una superación de soluciones normativas antes experimentadas (pero que la práctica ha comprobado su desajuste con la realidad) o bien un desarrollo o perfeccionamiento progresivo del derecho antiguo. El derecho antiguo es así, positiva o negativamente, fuente o punto de referencia decisivo del derecho actual.

En lo que particularmente nos interesa, la comprensión del derecho actual portugués sobre la *revisión constitucional* no podrá obtenerse con indiferencia (o sin la consideración) de ése otro derecho antiguo relativo a tal problemática, que en su momento estuvo vigente y que ha sobrevivido, que ha sido reciclado o que simplemente ha sido superado.

Por fin, tenemos presente que el *Derecho Constitucional Comparado*, promoviendo el cotejo de soluciones constitucionales consagradas en ordenamientos jurídicos distintos (o en el mismo ordenamiento, pero en momentos históricos diferentes), no solamente fundamenta y permite la certificación de los conocimientos constitucionales generales y teóricos, como facilita, el establecimiento

de un cuadro más amplio de vivencia de problemas que idénticamente se suscitan en un conjunto homogéneo de ordenamientos constitucionales. Los datos de Derecho Constitucional Comparado que presentamos se circunscriben en todo caso a la consideración de realidades constitucionales extranjeras que sean más próximas entre sí, y desde luego de la portuguesa, en razón de afinidades de cultura jurídico-política y de vecindad en la problematización de la revisión constitucional.

2. Nos proponemos un estudio de Ciencia del Derecho Constitucional, que se estriba, principalmente, en la consideración de normas jurídicas.

La circunstancia de la Ciencia del Derecho Constitucional se caracteriza, en razón de su objeto real principal, como una *ciencia normativa*, no impide -antes exige- que los trabajos que se desarrollan en su campo consideren otros datos extra-normativos.

Los estudios jurídico-científicos en general (y así también los de Ciencia del Derecho Constitucional) se orientan para el conocimiento y comprensión de un *deber ser* que se destina a determinar comportamientos humanos o realidades humanamente configuradas.

Ése *deber ser* -es decir, el derecho- está, por definición, para no perder su razón de ser, en relación con la vida, sobre la cual proyecta toda su fuerza de determinante. Así, la vivencia del derecho interesa sobremanera a la Ciencia Jurídica, la cual cuida también de conocer la *práctica* que dá (o intenta dar) cuerpo a las normas jurídicas.

En éste sentido, particularmente en el estudio cuyos resultados ahora presentamos tuvimos en consideración, además de las normas que regulan la revisión constitucional, algunos hechos más

significativos que completan su existencia, sean relativos a la interpretación de normas, a su aplicación, a los controles que sobre ellas se realizan o a las mutaciones que experimentan.

En un nivel más general, pero aún con atención a la realidad jurídica vivencial, tuvimos presentes los datos definidores de la *cultura jurídica* en causa (de la cultura jurídica euro-atlántica y, en sus particularidades, de la cultura jurídica-constitucional portuguesa) teniendo en cuenta lo que expresa el sentimiento jurídico dominante, definidor de lo que tienen de ser, en general, las soluciones jurídicas para los problemas suscitados.

Podrá criticarse esta postura diciéndose que, al estudiarnos la revisión constitucional con referencia no solamente a normas sino también a hechos y circunstancias de la vida, estamos abandonando el campo de la Ciencia del Derecho Constitucional para entrar en dominios de la Politología, de la Sociología o de la Psicología Social y de la Filosofía.

Esta crítica -según creemos- no tiene razón de ser, ya que las Ciencias no se autonomizan ni se diferencian unas de otras en función de disponer de un objeto real de análisis exclusivo, que sea solamente estudiado por sus cultivadores, o por aplicarse un solo método de conocimiento. Las ciencias autonomizan y diferencianse unas de otras en función de su objeto científico, dominado por una intención de conocimiento particular.

Nuestra intención -en un aspecto que debe servir para caracterizar la Ciencia del Derecho Constitucional- fue la de conocer y comprender, en todos sus elementos, lo que en la realidad efectiva representa el derecho de la revisión constitucional en general y en el ordenamiento portugués ³.

³ No buscamos así un *derecho nominalista*, contemplado hipocritamente, que está vigente pero cuya efectividad puede ser problemática (cfr. P. LUCAS VERDÚ y P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Manual, I, p. 27).

Las consideraciones que iremos hacer sobre la revisión constitucional considerada como fenómeno político o social, con referencia a datos culturales o aún del punto de vista de lo que tal figura representa en sí y por sí, deben ser comprendidas como simplemente instrumentales relativamente a tal intención de conocimiento jurídico-científico⁴.

3. Una de las razones de elección del tema se relaciona con la constante actualidad del mismo y su importancia teórico-científica y práctica, subrayándose que desde la génesis del constitucionalismo moderno se asocia a las grandes y fundamentales cuestiones con que se debate el Estado Constitucional⁵.

Confirmando la importancia del tema, tenemos que la problemática de la revisión constitucional se entrecruza concretamente

Tenemos además en cuenta la advertencia de M. JIMENEZ DE PARGA (Los Regímenes Políticos Contemporáneos, 6ª ed., Madrid, 1983, p. 29-30) de que debemos plantear las cuestiones de saber se ¿es que acaso manda siempre el que una Constitución dice que manda? y se manda, por ventura, del modo que los textos constitucionales establecen y para el fin que ellos fijan?

⁴ Esto en todo caso no perjudica la consideración de que hay una posición de interface o de charnela entre la teoría social y el Derecho, así como una confluencia tanto de la Filosofía del Estado y de lo Derecho como de la praxis política, sea en torno de sí propia o de una ciencia de la política y del público. En este sentido cfr. LUCAS PIRES, Teoría de Constituição de 1976, p. 47-48.

⁵ Como observa JAVIER PEREZ ROYO (La Reforma de la Constitución, p. 13), la introducción, prácticamente desde los orígenes del Constitucionalismo, de cláusulas de reforma en los textos constitucionales ha conducido "a que el tema de la reforma de la Constitución sea de los más añejos, de los temas con más solera dentro de la teoría y práctica constitucionales. Prácticamente desde que ha habido Constitución en el sentido preciso del término ha habido cláusulas de reforma. Y también desde entonces el tema no ha dejado de estar presente en la teoría constitucional".

Recordando un autor de ayer -GABRIEL ARNOULT (De la Revisión des Constitutions, p. 1)- tenemos en sentido próximo que "la variété des idées qui ont été émises sur cette question, la diversité des systèmes qui ont été adoptés, l'influence que la solution donnée à cette question peut avoir sur les destinées d'un pays expliquent pourquoi elle s'impose à l'attention du jurisconsulte et l'intérêt capital que présente son étude".

con las cuestiones de los conceptos de Constitución y de poder constituyente, de la garantía de la Constitución, del Estado de Derecho, de la soberanía popular, de la democracia, de la separación de poderes, de la formulación de una teoría de la *ley* (o más ampliamente de las fuentes del derecho) o aún del estatuto del poder público (con referencia especial a las limitaciones y a los controles a que éste se sujeta) ⁶ ⁷.

Mediante la consideración de la incidencia o entrecruzamiento de la problemática de la revisión constitucional con toda ésta temática jurídico-política de primera importancia, consideramos que el objeto de nuestro estudio deja así de poder cerrarse sobre sí mismo, necesitando así de una apertura a otras cuestiones que le están muy cercanas.

En términos prácticos, a su vez, cabe mencionar la importancia que a la figura de la revisión constitucional se le da particularmente en situaciones de crisis política, en las cuales se

⁶ Sin embargo de esta múltiple incidencia de la temática de la revisión constitucional, debemos subrayar que en su actualidad el tema se relaciona con algunas problematizaciones específicas, y que se ha asistido a una secundarización de otras problematizaciones que en tiempos pasados fueron consideradas fundamentales.

Siguiendo J. PEREZ ROYO (Reforma de la Constitución, p. 106), podemos decir que, mediante un cambio de la perspectiva central desde la que se plantea el tema de la reforma de la Constitución, se han convertido en problemas fundamentales los que se relacionan con la cuestión de saber: qué función cumple la reforma dentro del sistema constitucional? qué sentido tiene la institución? En qué medida es el único procedimiento de adecuación del texto a la realidad o simplemente uno más y ni siquiera el más importante? Hasta qué punto es compatible la existencia de otros procedimientos de desarrollo de la Constitución con la reforma? Y en el caso de que se admite esto último, qué reacciones existen entre ésta y aquellos? Éstos son los temas de fondo que han dominado la investigación sobre la reforma de la constitución en el periodo posterior a 1945.

⁷ En el sentido de que, hasta cierto punto, se podría sostener que la teoría de la Constitución y la teoría de la Reforma son expresiones equivalentes, en tanto en cuanto los contenidos esenciales de una y otra, son también inexorablemente coincidentes Cfr. PEDRO DE VEGA, La Reforma Constitucional, p. 24.

vuelven muchas veces, las atenciones y la esperanza de su solución o superación para su utilización y en las cuales frecuentemente se representa ésta figura como remedio para todos los males ⁸.

Además en éste mismo plano práctico, cabe referir la especial sensibilidad o fragilidad de la figura de la revisión constitucional ante de la posibilidad de su utilización con violación de la Constitución, lo que impone que se encubra con una sólida y coherente construcción jurídica que la ponga a la prueba de los hechos capaces de desvirtuarla. La consideración de la importancia del tema según ésta perspectiva obliga a que se amplie el objeto de estudio a punto de ocuparnos, en su especificidad, de los problemas de la invalidez de los actos de revisión constitucional y del control que sobre éstos debe ejercerse.

A este conjunto de razones que justifican por sí la elección del tema y que obligan a una apertura del campo de investigación, hay que añadir que tuvimos presente que el tema de la revisión constitucional plantea hoy en los países de la Europa Comunitaria problemas nuevos. La construcción europea comunitaria con su vocación para la formación de un espacio políticamente integrado tiene consecuencias profundas al nivel de la concepción de la soberanía interna de los Estados, plano en que plenamente se localiza la discusión sobre el poder constituyente, la Constitución y la revisión constitucional. El reciente problema de las ratificaciones del *Tratado de Maastricht* lo pone de manifiesto. La actualidad del tema, así considerada, intensifica su interés, obligando al mismo tiempo, a su extensión a nuevas cuestiones que se plantean respecto a fenómenos

⁸ En este sentido son de recordar las palabras de GABRIEL ARNOULT (De la Revisión des Constitutions, p. 1): "A en croire certains programmes politiques, certains orateurs de réunion publique et plus d'un article de journal, la revision de la constitution serait une panacée, qui guérirait tous les maux, supprimerait tous les abus et conduirait à un état social idéal".

comunitarios con claras repercusiones constitucionales.

Otra de las razones que ha determinado la elección del tema *de la revisión constitucional y el ordenamiento portugués* se relaciona con el hecho de no existir en la bibliografía portuguesa de Derecho Constitucional ningún estudio que lo profundize monográficamente. En los Manuales universitarios portugueses de Derecho Constitucional por cierto el tema es tratado, pero siempre en corte esquemático, motivado por las limitaciones propias de la naturaleza y función de tales obras. En otras sedes solamente podemos encontrar uno o otro artículo científico que versan sobre cuestiones específicas y bien delimitadas relativas a la revisión consitucional y, también artículos periodísticos que intentan responder a exigencias coyunturales.

Por fin, hay que añadir que la elección del tema no es ajena a la circunstancia de que la tesis se presenta en el ambito de una institución universitaria española. Esta circunstancia llamó la atención para la necesidad de elegir un tema que permita, por su amplitud, un mejor conocimiento en España de la realidad constitucional portuguesa.

4. En el estudio que nos hemos propuesto realizar, entendemos que seria menester desdoblar el procedimiento de investigación en tres momentos principales: uno, de comprensión general o teórica de la figura de la revisión constitucional; otro, de comprensión de ésa figura en la perspectiva de la Historia del Derecho Constitucional Portugués y, por ultimo, de comprensión de tal figura desde el punto de vista del Derecho Constitucional Portugués actual.

En cada uno de éstos tres momentos principales de investigación la revisión constitucional presentase con racionalidades distintas que obligan al uso de permisas de estudio diferentes.

Éses tres momentos de investigación serán concretados en

el orden antes atrás indicado, comenzandose así con el estudio general del tema, siguiendose el análisis histórico y concluyéndose con la apreciación del derecho actual. Se parte de lo *general* a lo *particular* y del *pasado* al *presente* porque éses términos están entre si en una relación de precedencia -siempre de algun modo- lógica. Lo *particular* se remite ante todo a lo *general* y solamente después se particulariza. El *presente* comienza por ser fruto historico y solamente después representa (autónomamente, pero con apertura al futuro) la actualidad.

Lo que acabamos de escribir respeta simplemente los momentos principales y al orden fundamental del procedimiento de investigación. Sin embargo, no son aquélles los únicos momentos, ni el procedimiento cognoscitivo tiene una evolución tan linear. Cada uno de los momentos de la investigación ya mencionados es susceptible de desdoblarse en una pluralidad de otros momentos que deben también ser objeto de una jerarquización.

En éste momento, no cabe entrar en tales detalles metodológicos, importando, simplemente, dar a conocer la orientación seguida en líneas generales.

5. El problema del método, que está luego presente en estas ultimas consideraciones ocúpase también de la identificación de los medios de conocimiento utilizados en los distintos momentos de la investigación.

En cuanto a éste lado del problema entendemos que debe observarse que constituye un error metodológico pretender aplicar al conocimiento de un determinado objeto un *método único*.

El método debe variar en función de los lados o puntos de vista que analizan un objeto. Cualquiera variación en el planteamiento o localización del problema de investigación puede determinar un cambio de método. Ocurre que los medios de conocimiento son

función de la actitud de pensamiento adoptado y de la naturaleza y de los particularismos de lo que, en cada momento, está en causa. En éste sentido, hay que admitir que, en el ámbito de un proceso global de investigación, es necesario el recurso a un coherente y organizado pluralismo metodológico⁹.

Seguindo ésta orientación metodológica, cumple entonces concretarla -aunque con brevedad- con referencia a los distintos momentos de investigación elegidos.

6. Para una comprensión general de la revisión constitucional, que intente captar simplemente "la realidad que en general se registra" (RICKERT), el método propio es el *inductivo*. Por vía inductiva, en la secuencia de la aprehensión de múltiples cualidades o características que la figura de la revisión constitucional reviste empíricamente en un amplio número de casos concretos o de ordenamientos jurídicos, procedese a la retención simplemente de aquellas que, constantemente, son observadas empíricamente o fenoménicamente y a la su disociación del "*concretum*" en que nos son dadas. Aún más, mediante la inducción *amplificante*, por fin, promúovese la ampliación de una observación particular a lo general, extendiéndose para todos los casos de una serie de fenómenos la conclusión que solamente se ha comprobado en una parte de la misma serie¹⁰.

Debemos, sin embargo, subrayar que, incluso en el campo de la comprensión general de la figura de la revisión constitucional, la

⁹ En el sentido de que se ha llegado, en la actualidad, a un consenso generalizado sobre la efectividad y conveniencia de un coherente y organizado pluralismo metodológico y de que ésta actitud responde a las exigencias de la complejidad de la realidad. Cfr. ELÍAS DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, 2ª ed., 1980, pág. 104.

¹⁰ Sobre el fundamento de la extensión inductiva, Cfr. G. H. von WRIGHT, *Logical Problems of Induction*, 2ª ed., Oxford, 1957.

via inductiva de conocimiento no es siempre la adecuada. Deja de serlo cuando lo *general* que se intenta conocer no es de raíz fenoménica sino antes de índole ontológica, y cuando se busca la esencia o el contenido significativo elemental de algo. Sucede que el pensamiento inductivo, al generalizar a partir de la experiencia, capta simplemente la expresión empírica de las cosas, reproduciendo su contenido significativo de un modo abreviado, restringido, y por éso no adecuado ¹¹. Por medio de la inducción el pensamiento no capta más que algunos *señales* de la esencia de las cosas, ofreciendo simplemente los tópicos principales para un conocimiento que requiere mayor profundización.

En cuanto al conocimiento de aspectos relativos a la *esencia* de la revisión constitucional (a lo que esta es *por si y en si misma* independientemente de lo que de ella se pueda hacer en la práctica, o - en otros términos- a lo que representa el fundamento necesario de tal figura jurídica), éso -a nuestro entender- solamente se podrá obtener mediante la *intuición*, ya que solamente por éste medio de conocimiento, libertándonos de todos aquellos datos empíricos que son simplemente condiciones de un análisis *eidético*, podremos sentir o adivinar, con un sentimiento de certeza interior, lo que la revisión constitucional representa independientemente de sus expresiones fenoménicas.

La via intuitiva debe sin embargo completarse con el recurso a la via racional o racionalizante. Será la *razón* que la pone en orden y completa el material captado intuitivamente ¹². La reflexión sobre lo que la intuición nos propone es un “plus” indispensable para la obtención de un conocimiento adecuado.

Además los resultados que se obtengan en éste orden de

¹¹ En éste sentido cfr. K. LARENZ, Metodologia da Ciencia do Direito, trad., Lisboa, 1978, p. 606.

¹² En éste sentido Cfr. MIGUEL REALE, Filosofia do Direito, S. Paulo, 9ª ed., 1982, p. 141.

conocimientos -en un aspecto que además es válido en toda la extensión del estudio a emprender- deben ser confrontados con el pensamiento doctrinal que mientras tanto se haya desarrollado a propósito de la cuestión en análisis. Utilizando las palabras de *Nicolai Hartmann*- tenemos que la historia del pensamiento doctrinal realiza el esfuerzo reunido por la actividad de muchas cabezas productivas que se van sumando, por así decir, mediante una división natural del trabajo ¹³. Tal *esfuerzo* debe ser aprovechado, aunque con la prevención de que cada época cambia las premisas de los problemas humanos. Las distintas posiciones doctrinales de tenor general que hayan sido defendidas en épocas pasadas sobre cuestiones atinentes a la revisión constitucional, deben referirse al momento en que han sido defendidas. Podremos sujetarlas a la crítica de un pensamiento actual, pero debemos evitar la reproducción de formas de pensamiento ya superadas.

Debemos, sin embargo, subrayar que el examen de tales posiciones doctrinales que históricamente han sido defendidas pueden proporcionarnos una serie de experiencias lógicas. Al efectuar éste tipo de experiencias -como ha defendido *GIORGIO DEL VECHIO*- conseguimos ver a que conclusiones se llega cuando se parte de ciertas premisas y, así, sacar partido del aprendizaje, con la intuición de aproximarnos a un sistema más perfecto, que sea el producto de mayor y más intensa madurez, apto para evitar errores mientras tanto cometidos y de aprovechar los progresos mientras tanto alcanzados ¹⁴.

7. En el momento de la investigación relativo al estudio de la revisión constitucional en la Historia del Derecho Constitucional portugués, cambiándose de punto de vista o de perspectiva de

¹³ Cfr. *A Filosofia do Idealismo Alemão*, trad., Lisboa, 1976, p. 460

¹⁴ Cfr. *Lições de Filosofia do Direito*, trad., 5ª ed., Coimbra, 1979, p. 31.

investigación, nos vemos obligados a cambiar también de método, eligiendo otros medios de conocimiento más adecuados.

Debemos entonces tener presente que la Historia del Derecho Constitucional primariamente intenta conocer realidades normativo-constitucionales históricamente vigentes en épocas pasadas, arrancando por tanto del análisis de las normas constitucionales de otras épocas, las cuales representan un punto de referencia decisivo.

En éste sentido el estudio histórico sobre la revisión constitucional debe en primer lugar desarrollarse con auxilio del método jurídico o de la dogmática jurídica, y de acuerdo con los canones que son privativos de tal metodología. Consideramos entonces las normas pertinentes al tema en análisis y vigentes en los momentos históricos considerados, trabajando sobre ellas inductivamente y sistemáticamente para descubrir su sentido complejo.

Hay sin embargo una advertencia especial a hacer en cuanto a la utilización del método jurídico o dogmático: la Historia del Derecho Constitucional obliga a que se conozcan las realidades normativo-constitucionales de acuerdo con las premisas y el sentido que podían cobrar en el momento histórico de su vigencia, debiendo evitarse la lectura de las normas desarraigadas de su tiempo propio o, ficticiamente, como se estuviésem ahora en vigencia.

Para tal reconstitución histórica del sentido de las normas hay entonces que recurrir a otros datos factuales y documentales donde *inductivamente* se puedan extraer las premisas definidoras del espíritu o sentimiento jurídico-constitucional dominante en la época considerada, así como el exacto contenido de las problematizaciones que las normas en tal época han intentado resolver o que ellas mismas han provocado.

Una vez, imbuidos de tal espíritu o sentimiento y teniendo presente el sentido histórico de éstas problematizaciones jurídicas,

podemos entonces nos adelantar en el estudio dogmático de las normas en cuestión.

Cumple sin embargo aún subrayar que para el estudio de la revisión constitucional en la Historia del Derecho Constitucional portugués, no es suficiente el método jurídico o dogmático, incluso con las correcciones que apuntamos. La Historia del Derecho Constitucional toma como objeto realidades normativo-constitucionales cuyo conocimiento no se agota en el estudio de las normas o en la fijación de su sentido ¹⁵.

La realidad constitucional es compleja: es una realidad que se desarrolla a partir de normas que se destinan a tener proyección conformadora sobre la vida, pero que al mismo tiempo sufren el influjo de la propia vida. Ésa interrelación entre norma y vida, es de consideración necesaria para la comprensión de una realidad historico-constitucional.

Así, el estudio a emprender sobre la revisión constitucional en perspectiva histórica, debe abrirse a la consideración de los hechos que han tenido interferencia en el sentido de afirmación práctica o en el destino concreto que las normas pertinentes han tenido en su momento, y que han concurrido para determinar lo que ha sido verdaderamente el derecho entonces *efectivo*. El derecho sobre la revisión constitucional que ha tenido históricamente vigencia no ha sido simplemente lo que resultaba de las Constituciones positivas correspondientes, estando presente en prácticas constitucionales y en usos que es esencial que aquí se estudien. Hay entonces que saber elegir éses hechos jurídico-normativamente relevantes para después saber concluir sobre cuales fueron las normas sobre revisión

¹⁵ Sobre la necesidad de en la Historia del Derecho se utilizar no solamente el método jurídico pero también el histórico, conyugandose las virtualidades de los dos métodos cfr. MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português*, I, Lisboa, 1981, p. 17ss.

constitucional efectivamente vigentes en las distintas épocas históricas pasadas. En éste punto el estudio de las vicisitudes sufridas por las Constituciones puede tener una significación importante, cobrando aún relevancia pedagógica.

El conocimiento de la Historia debe servir el presente y con el estudio de tales vicisitudes se aprende a conocer a que resultados se puede llegar cuando en determinadas circunstancias se siguen determinadas soluciones normativas. A la Historia del Derecho en éste sentido puede caber también la *crítica* de las soluciones normativas antes vigentes. Tal crítica, si viene al caso establecer, debe realizarse mediante la confrontación de soluciones consideradas ideales, pero indudablemente concretizables en las circunstancias del momento histórico en referencia, con las soluciones que concretamente han sido en su tiempo adoptadas, teniéndose presente los resultados prácticos a que éstas han conducido.

8. Por fín, hay que considerar la metodología aplicable al estudio de la revisión constitucional en el derecho portugués actual.

Aqui tratandose también del conocimiento de una realidad normativo-constitucional, cabe de igual modo el recurso al *método jurídico o dogmático*, aunque sin nos vincularmos exclusivamente a una *exégesis* de las pertinentes normas constitucionales vigentes.

Aunque aquí el estudioso -diferentemente de lo que pasa en los estudios de historia constitucional- viva en el propio momento de vigencia de tales normas, aún así cabe indagar si el espíritu o sentimiento jurídico-constitucional que en él se afirma corresponde al espíritu o sentimiento jurídico dominante en la época. La lectura de las normas y la determinación de su sentido efectivo debe hacerse con vinculación a tal sentimiento dominante. Caso contrario, los resultados del estudio pueden pecar por subjetividad, desvalorizándose en

consecuencia.

Hay entonces también que recurrir aquí a otros datos extra-normativos de estudio, intentándose *inducir* de ellos los elementos conformadores de aquél espíritu o sentimiento, incorporándose éstos al análisis normativo que se realiza.

Además, hay que recurrir idénticamente a datos extra-normativos para definir las problematizaciones sobre la revisión constitucional a que las normas vigentes intentan dar respuesta o que ellas propias plantean. El análisis normativo que se conduzca deberá orientarse en el sentido de buscar respuestas a tales problematizaciones.

Idénticamente a lo que hemos propuesto en sede de análisis histórica, también aquí el estudio de la realidad constitucional del presente debe completarse con el análisis de los hechos (hechos de Opinión Pública, prácticas constitucionales, usos, etc.) que confrontan las normas con la vida. De tal análisis resulta el conocimiento de la efectividad del derecho positivo, del derecho efectivo, así como, de los límites de posibilidad práctica dentro de los cuales es jurídicamente pensable la revisión constitucional.

La vía de conocimiento aquí empleada es por naturaleza inductiva, pero cumple subrayar que al utilizarse tal vía deben tenerse en cuenta criterios de objetividad que permitan que no se extraiga de los hechos más de lo que ellos pueden significar, evitándose extrapolaciones abusivas.

En fin, hay que señalar que al estudiar la revisión constitucional en la actualidad deberemos saber utilizar los datos antes contrastados para la investigación en momentos anteriores, y no solamente en el momento de investigación en curso. Hay en éste último momento que coordinar la generalidad de los resultados de la investigación dando a ésta la unidad que necesita. Esa coordinación de

datos de investigación debe apuntar en el sentido que se deje que los conocimientos generales hagan sentir su influjo cuando no se planteen problemas particulares o privativos de nuestro ordenamiento jurídico y que se tomen a los conocimientos históricos en favor de la mejor localización temporal del derecho actual.

9. La exposición que haremos sobre *la revisión constitucional y el ordenamiento portugués* empieza con la presentación en su primera parte de una *teoría de la revisión constitucional*, considerándose sucesivamente los problemas de la noción y del fundamento teórico de la revisión constitucional, de la identificación de los tipos y especies de revisión, de su distinción de otras figuras jurídicas, de la caracterización del poder de revisión constitucional, de la rigidez y flexibilidad constitucionales y de los límites de la revisión constitucional en sus múltiples y complejos aspectos.

En la segunda parte, donde estudiaremos la revisión constitucional en la Historia del Derecho Constitucional portugués, tendremos en cuenta la secuencia cronológica de creación de las distintas Constituciones portuguesas anteriores a la actual ¹⁶. Ésta favorece el descubrimiento de líneas de continuidad o de evolución que vinculan el presente al pasado y así también la imprescindible comprensión del presente en su específica temporalidad. La

¹⁶ Quizás podría entenderse que el ideal sería la consideración de una secuencia cronológica de vigencias de tales Constituciones. Hemos optado por una exposición atenta a la secuencia cronológica de la creación de esas Constituciones, ya que algunas de éstas han tenido varias vigencias. Al seguirmos estrictamente una secuencia cronológica de vigencias constitucionales nos veríamos obligados a volver varias veces al estudio de la revisión constitucional en una misma Constitución y esto, siempre que, avanzando en el tiempo, nos encontráramos con una nueva vigencia de la misma Constitución. Tal convertiría la exposición en algo repetitivo, perdiéndose un conocimiento unitario de lo que para cada Constitución, aunque en momentos históricos distintos, ha representado la revisión constitucional.

Constitución actual viene en la secuencia de otras antes ya vigentes sedimentando experiencias anteriores, y por éso la adecuada comprensión de aquella podrá más convenientemente obtenerse después de estudiar éstas.

La consideración de los datos de la historia constitucional portuguesa exclusivamente de forma intercalada en la exposición sobre la revisión constitucional en el derecho actual perjudicaría una visión de conjunto, sobre la evolución y sobre las condiciones de sedimentación de las soluciones actuales del derecho portugués relativo a la revisión constitucional. La visión que se obtendría sería parcial y así incompleta y imperfecta.

El estudio de Historia del Derecho Constitucional que iremos presentar, empieza así con unas consideraciones preliminares y generales sobre el constitucionalismo portugués, procediéndose después y sucesivamente al análisis de los regímenes de revisión constitucional consagrados en las Constituciones portuguesas de 1822, de 1826, de 1838, de 1911 y de 1933. Tal análisis será encuadrado con referencias a aspectos relativos a la génesis histórica, al sentido y a las fuentes de esas Constituciones y se completará con la indicación de las principales vicisitudes constitucionales que, en la práctica, tales Constituciones han experimentado.

En una última parte, en que se expone la materia de *la revisión constitucional en la Constitución portuguesa actual*, se hacen introductoriamente unas primeras consideraciones generales sobre la génesis histórica y sobre el proyecto contenido en ésta Constitución.

La referencia a éstos aspectos se justifica por el influjo que siempre tienen en la fijación de los regímenes de revisión constitucional. En efecto, la revisión constitucional normalmente se concibe teniéndose de algún modo en consideración el propio proceso constituyente. Por otro lado, debe tenerse presente que los regímenes

de revisión constitucional participan del espíritu de las Constituciones que respetan, dando traducción a la ideología jurídico-política o al sentido fundamental general que les es ínsito.

Síguese en la exposición de ésta materia la definición de los parámetros específicos del régimen de revisión constitucional consagrado en la Constitución actual, considerandose el concepto de revisión constitucional que está contenido en ella, definiéndose el tipo de rigidez constitucional en presencia y enunciándose los principios fundamentales que dan sentido al régimen de revisión constitucional consagrado. Todo éstos son aspectos que, al servir para conformar o configurar globalmente la revisión constitucional, tienen, por naturaleza, que tratarse con anticipación relativamente a cualesquier otros aspectos definidores del régimen a que ella sujeta.

Luego y teniendo en atención que (como pasa con las demás funciones publicas) la función de revisión constitucional se concibe y se comprende a partir de la estructuración de nivel institucional a que está sujeta, tratamos de identificar las entidades con posible intervención en la revisión constitucional.

Cuidamos - en uno de los capítulos más extensos de esta disertación - después de la temática central de los límites de la revisión constitucional.

Una vez considerados éstos aspectos, desarrollaremos el estudio del proceso y formalización de la revisión constitucional, siguiendo el itinerario respectivo desde la fase de iniciativa hasta la conclusión del proceso.

Analizaremos sigüientemente el acto de revisión constitucional por si mismo, encarando la ley constitucional en confrontación con otras formas de ley, en las consecuencias o efectos jurídicos que normalmente tiende a producir, desde el punto de vista de los vicios de que puede enfermar, de las sanciones jurídicas que

corresponden a tales vicios y aún como objeto de control.

Consideraremos además, en otro momento, lo que viene siendo la práctica de revisión constitucional.

Por fin, a terminar la exposición, estableceremos unas conclusiones generales, que entendemos deben subrayar las principales problematizaciones sobre la revisión constitucional que se plantean y las tesis que a ése propósito hayan sido, por nosotros, objeto de defensa. Así, y mediante la formulación sintética que es propia de unas conclusiones, permítase una apreciación global y en *perspectiva* del tema tratado y de la posición a propósito seguida, evitándose la pérdida de tal comprensión en medio de un discurso que, en sus desarrollos, es analítico.

PARTE I

**TEORIA DE LA REVISIÓN
CONSTITUCIONAL**

CAPITULO I

LA NOCIÓN DE REVISIÓN
CONSTITUCIONAL

Sumario:

1. Revisión constitucional y Constitución
2. Modificación de la Constitución y revisión constitucional
3. Revisión constitucional y función constituyente

1. Revisión Constitucional y Constitución

a) La revisión constitucional representa una figura jurídica que acompaña, desde su génesis histórica y en el cuadro del constitucionalismo moderno, el fenómeno de las Constituciones escritas ¹⁷.

En un primero ensayo de su definición tenemos que está en causa una forma específica de modificación de la Constitución.

Desde el punto de vista de su objeto y en éstos términos, la revisión constitucional caracterizase desde luego por se referir a la Constitución. Más precisamente, defínese por tener como objeto la *Constitución en sentido formal*, o sea el conjunto de las normas jurídicas vigentes en determinado ordenamiento jurídico estatal, contenidas en instrumentos de derecho positivo y que benefician de una fuerza jurídica superior a la de cualesquiera otras normas jurídicas producidas en ése mismo ordenamiento jurídico.

Mediante ésta primera precisión resulta excluida la figura de la revisión constitucional de los ordenamientos jurídicos donde no se puede establecer, a partir de criterios formales, una distinción entre normas constitucionales y normas de derecho ordinario. Ahí podrá hablarse simplemente y de modo indiferenciado en revisión o reforma legislativa, perdiendo autonomía el concepto de revisión constitucional.

Quizá podrá invocarse contra el entendimiento restrictivo adoptado el argumento de que mismo en los ordenamientos que no disponen de Constitución formal será posible considerar autonomamente la figura de la revisión constitucional, vinculandola especialmente a los casos de modificación de los actos normativos relativos a materia constitucional.

¹⁷ Sobre la génesis histórica de la figura de la revisión constitucional, con referencia a la tradición americana y europea Cfr. JAVIER PEREZ ROYO, *La Reforma de la Constitución*, p. 19ss.

El argumento no nos parece ser de acojer, se -como es nuestra intención- intentamos autonomizar un concepto de revisión constitucional jurídicamente relevante, que sea operacional para la Ciencia del Derecho Constitucional ¹⁸. Es que, en ordenamientos sin Constitución formal, la circunstancia de un acto de reforma legislativa respetar a materia constitucional no trae para él especiales consecuencias jurídicas, continuando a presentarse indiferenciadamente como simple acto legislativo. Tal circunstancia puede traer solamente consecuencias políticas, ya que delante de la importancia de las materias tratadas el titular del poder respectivo se podrá sentir obligado a actuar de modo especial, de modo diferente del que respeta a las demás actividades legislativas que desarrolla, y ésto en razón de criterios más exigentes de oportunidad y conveniencia política de sus iniciativas y en vista de la consideración de una necesidad de obtención de más amplios consensos. En resumen, un concepto amplio y autónomo de revisión constitucional, que respeta también a actos de reforma legislativa en materia constitucional concretados en ordenamientos sin Constitución formal, puede interesar a la Ciencia Política, pero no ya a la Ciencia del Derecho Constitucional. La Ciencia del Derecho Constitucional estudia tales actos -considerados por si solos- como simples actos legislativos ¹⁹.

¹⁸ Sobre la operabilidad de los conceptos Cfr. ADRIANO MOREIRA, *Conceitos operacionais*, in *Polis*, I, 1061-1065. Para este autor un concepto es *operacional* por que se destina, como un instrumento, a sistematizar la realidad observable, y adoptase en función de las necesidades del objeto y del método.

¹⁹ Con lo que ahora decimos no queremos defender que en ordenamientos sin Constitución formal no existen normas materialmente constitucionales que disponen de fuerza jurídica superior a las demás normas jurídicas de ése ordenamiento. Tales normas existirán pero su fuerza jurídica superior es algo que resulta de ser reforzadas consuetudinariamente o por se referiren a una axiología suprapositiva. La reforma de tales normas interesa a la Ciencia del Derecho Constitucional, pero sin la autonomía que la problemática de la revisión constitucional tiene cuando referida a ordenamientos con Constitución formal. La temática de la reforma de normas con valor constitucional en ordenamientos sin Constitución formal resulta, sin especialidades, absorbida por la problemática de la costumbre y de las relaciones entre costumbre y ley ordinaria.

b) Siguiendo una orientación aún más restricta en la formulación del concepto de revisión constitucional algunos autores consideran que éste solamente gana autonomía cuando es relacionado con las situaciones de modificación de las *Constituciones rígidas*, o sea -de acuerdo con un concepto a necesitar posterior precisión²⁰- de las Constituciones que contienen cláusulas establecidas en vista de se dificultar su modificación²¹.

Tal conclusión será relativamente aceptable en el sentido de que las Constituciones escritas propenden a la rigidez constitucional. Es que -como observa PABLO LUCAS VERDU- es connatural a las Constituciones escritas la tendencia a la permanencia porque la codificación y sistematización del Derecho Constitucional de un país, implica un mínimo de estabilidad y continuidad, idea que le aproxima a la rigidez²².

Subrayese en todo caso que solo tendencialmente las Constituciones formales son también Constituciones rígidas. La rigidez constitucional aunque sea un corolario natural y historicamente necesario de la adopción de una Constitución en sentido formal, no es sin embargo una su exigencia lógica²³.

Así, consideramos ser posible hablar en revisión constitucional mismo cuando se estea delante de una Constitución flexible (esto es, de una Constitución que no crea especiales obstáculos a su modificación), exigiéndose simplemente que esta pueda ser caracterizada como Constitución formal. Para tanto debe tenerse en consideración que la revisión de una Constitución formal flexible (maxime: que establezca una identidad de los procedimientos de

²⁰ A propósito de los conceptos de rigidez y de flexibilidad constitucional véase *infra*.

²¹ En este sentido Cfr. por ejemplo: BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho Constitucional*, p. 274; MANUEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Direito Constitucional Comparado*, I, p. 135, 155-156.

²² Cfr. PABLO LUCAS VERDU, *Curso*, II, p. 593 n. 595.

²³ En este sentido Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual*, II, p. 144.

revisión constitucional y de producción de legislación ordinaria) no es algo de indiferenciado delante de la legislación ordinaria. Ahí, la tarea de revisión tiene de conducir a la creación de nuevas normas que formalmente sean constitucionales y así claramente distinguidas de la legislación ordinaria, beneficiando *ab origine* de una fuerza jurídico-normativa idéntica a la que es propia de las normas revidadas²⁴. Se así no fué las normas derivadas de revisión no tendrían capacidad de modificación constitucional y serían inconstitucionales. La revisión constitucional sería así una imposibilidad jurídica. Por otro lado, si la revisión constitucional fué, en ordenamiento con Constitución flexible, adaptada al concepto y régimen generales de la reforma legislativa y se, de modo jurídicamente válido, servise para se introdujeren modificaciones en la Constitución, entonces tendríamos de concluir que ésta no sería verdaderamente Constitución en sentido formal. La realidad de la Constitución en sentido formal no es compatible con el fenómeno de su modificación por vía de acto legislativo ordinario o equiparado.

En ordenamientos verdaderamente dotados de Constitución formal, en contrapartida, la circunstancia de se instituir un sistema de flexibilidad constitucional, no retira especificidad a la revisión constitucional delante de las simples reformas legislativas. El concepto de revisión constitucional cuando referido a Constituciones formales flexibles mantiene, pues, operabilidad en el campo de la Ciencia del Derecho Constitucional y nada justifica entonces que se restrinja más el concepto de revisión constitucional.

²⁴ En ésta orden de consideraciones podrá comprenderse la afirmación algo exagerada de MICELI (*Principii di Diritto Costituzionale*, 2ª ed., Milano, 1913, p. 163) según la cual formalmente todas las Constituciones acaban por ser rígidas.

2. Modificación de la Constitución y revisión constitucional

a) La revisión constitucional -como luego subrayámos-presentase antes de más como una forma de modificación constitucional. Traducese particularmente en un medio de introducción de alteraciones en una Constitución formal, mediante substituciones, revocaciones, aditamientos, clarificaciones, o completamientos normativos, así como por medio de ampliación o reducción del ambito de aplicación o del complejo de los efectos jurídicos de las normas formalmente constitucionales ²⁵.

En la medida en que debe ser representada como una forma de modificación de la Constitución, la revisión constitucional está confinada a la determinación de una alteración parcial de la Constitución a que respeta. Es que, por definición, todo acto de simples modificación implica siempre que se preserve alguna cosa de lo que es modificado, manteniendose su identidad y no se determinando el aparecimiento de una realidad radicalmente nueva.

En estes términos, la revisión constitucional, por definición y en cuanto forma de modificación de la Constitución, debe caracterizarse por, en sus desarrollos fenoménicos, mantener los elementos que, formal y materialmente, dan identidad a la Constitución a que respeta, no determinando ni un cambio del *figurino de Constitución* adoptado, o sea de la forma típica por que se presenta la Constitución y que exprime adecuadamente determinada orientación ideológico-constitucional, ni implicando un cambio de la *Idea de Constitución material*, que, con referencia a valores y principios, representa el fundamento y el fin de la generalidad de las soluciones constitucionalmente positivadas.

Un acto de modificación de una Constitución que no

²⁵ Para un catalogo de las operaciones posibles de modificación constitucional Cfr. K. LOEWENSTEIN, *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung*, p. 114.

preserve tales elementos de identidad constitucional no será ya un acto de simple modificación constitucional, pero antes un acto de creación de una nueva Constitución ²⁶.

c) La figura de la revisión constitucional específicamente define por se referir a los *fenómenos de producción de derecho positivo vinculados al Estado por los cuales se operan intencionalmente en determinada Constitución formal modificaciones que se someten a criterios de validez constitucionalmente establecidos, implicando la creación de nuevas normas con una fuerza jurídica idéntica a la de las demás normas constitucionales formales.*

Las principales características de la revisión constitucional que, partiendo de esta definición, sirven para especializarla delante de otros fenómenos de modificación de la Constitución, reconducense a su *intencionalidad, positividad, estatalidad, constitucionalidad* y a su *carácter constitucionalmente constitutivo.*

La *intencionalidad*, en cuanto característica de la revisión constitucional traduce que por vía de ésta las modificaciones que se operan en la Constitución no representan un epifenómeno, o algo de fortuito que es una consecuencia imprevista de un otro acto con finalidad distinta, ni mismo un resultado secundario de un acto que presenta una otra finalidad principal. La revisión constitucional es un fenómeno que debe ser dirigido directa y principalmente a la modificación de una Constitución. Además, la intencionalidad de la revisión constitucional debe conceptualmente tener una proyección externa. La revisión constitucional debe ser reconocible en el ordenamiento jurídico a que respeta como un fenómeno por lo cual se quiere modificar una Constitución. En éste sentido la intención de revisión constitucional debe ser patentizada en el acto que la contiene²⁷,

²⁶ En este punto planteanse cuestiones relativas a los debates sobre la revisión total de la Constitución y sobre los límites de la revisión constitucional. Sobre éstos problemas Véase *infra*.

²⁷ A propósito, con referencia al ordenamiento italiano Cfr. MOTZO,

exteriorisándose en aspectos que sean formalmente diferenciadores de los demás actos normativos que pueden ser producidos en el respectivo ordenamiento jurídico y que permitan que se reconozca que se está delante de un verdadero acto de revisión constitucional ^{28, 29}.

A su vez, la *positividad* de los fenómenos de revisión constitucional exprime la circunstancia de mediante ellos se poner, por acto de poder, un nuevo derecho constitucional en términos que pretensamente no admiten contradicción, siendo su cumplimiento considerado obligatorio y desarrollando una capacidad de aplicación que resulta de su legitimidad (o de la presunción de su legitimidad) o en ultimo caso de la fuerza coercitiva que es puesta a su servicio.

Por otro lado, la *estatalidad* de la revisión constitucional significa que los fenómenos que la concretan se vinculan al Estado, por seren producidos o recibidos como suyos en el ambito de su ordenamiento, por órganos suyos y con referencia a una función que le es propia ^{30 31}.

Disposizioni di revisione materiale, p. 326 ss. Para este Autor, la voluntad de aprobar disposiciones que estean en contradicción con disposiciones o principios individualizadores de las Constituciones es un requisito de existencia de las leyes de revisión constitucional, siendo invalidas las revisiones materiales *fortuitas* y *irreconocibles*. Contra ésta orientación, invocando que la voluntad no es elemento constitutivo de los actos legislativos, Cfr. CICCONE, La Revisione della Costituzione, p. 15.

²⁸ En éste sentido Cfr. MORTATI, Concetto, p. 18.

²⁹ La vinculación de la revisión constitucional a tal exigencia formal es considerada muy claramente en Constituciones como la portuguesa (v. *infra*) y también, por ejemplo, en la holandesa (artículo 203-206) y en la Ley Fundamental de Bonn (artículo 79,1), las cuales obligan a una referencia expresa de las modificaciones a introducir en una Constitución a su texto.

³⁰ La ligación de la revisión constitucional al poder constituyente y la vinculación de éste a la Nación, no contraria ésta conclusión, y esto mismo cuando se apella para mecanismos de democracia directa, prevéndose la intervención popular en los procesos de revisión. En tales casos aproximase el Estado de la Nación pero sin se perder la estatalidad del fenómeno. Alias puede considerarse que la intervención popular en los procesos de revisión constitucional presupone que la Nación o el Pueblo se constituan en colegio electoral, y así se presenten en forma de órgano del Estado. A propósito véase *infra*.

³¹ La estatalidad de la revisión constitucional no es puesta en cuestión delante de

Por su turno, la *constitucionalidad* de la revisión constitucional representa la característica que subraya la naturaleza constitucionalmente fundada del fenómeno, expresando el hecho de que éste es previsto y organizado, expresa o implícitamente, en la Constitución a que respeta, así como la circunstancia de se someter estrictamente a las determinaciones en ésta contenidas.

Por fin, el carácter *constitucionalmente constitutivo* de la revisión constitucional empieza por traducir una capacidad para determinar innovaciones en el ordenamiento constitucional a que respeta, produciendo en él efectos de renovación a partir de nuevas decisiones o deliberaciones que son entendidas como expresión de una soberanía normativa máxima. Acrece que ése su carácter se asocia indisolublemente al hecho de que las normas creadas por vía de revisión constitucional se destinan a participar de la misma fuerza jurídica de las demás normas de la Constitución sobre la cual actúa, beneficiando de anterioridad y superioridad lógico-jurídicas delante de todas las demás normas de derecho interno.

3. Revisión constitucional y función constituyente

a) Una otra cuestión que el concepto de revisión constitucional plantea es la de saber se la función de modificación de la Constitución que le es propia es o no caracterizable como función constituyente.

La respuesta que podremos encontrar para ésta cuestión variará consonante el lado o el punto de vista por que es concebida la función constituyente.

En perspectiva formal y partiendo de la definición de la función constituyente como actividad típica de producción de normas

casos de revisión constitucional heterónoma, producida con la intervención de entidades extranjeras o internacionales. En tales casos los actos de revisión así producidos presentanse dependientes de su recepción en el ordenamiento de destino, lo que pasa por una intervención estatal. Véase a propósito *infra*.

formalmente constitucionales, podemos inmediatamente concluir, sin necesidad de otros desarrollos, que la revisión constitucional se vincula a la realización de una tal función. Tal consideración resulta especialmente subrayada delante del ya anotado carácter *constitucionalmente constitutivo* de la revisión constitucional.

La cuestión agudizase, no obstante, cuando se intenta relacionar la revisión constitucional con la función constituyente materialmente concebida. Para llegarnos a una conclusión a propósito importa que se defina ésta en tal perspectiva.

b) Los intentos de definición en términos materiales de la función constituyente pueden apuntar, principalmente, en dos sentidos: o bien que la función constituyente se caracteriza como actividad reguladora de materias con dignidad constitucional, o bien que se define como actividad que produce un determinado resultado en el ámbito del ordenamiento jurídico a que refiere.

De éstos dos sentidos, aquél que creemos que en perspectiva teórica es el más adecuado es claramente el segundo: la función constituyente debe ser definida materialmente con referencia a un resultado típico que la actividad correspondiente es susceptible de producir sobre el ordenamiento jurídico en causa.

Caracterizar la función constituyente como actividad reguladora de *materia constitucional*, además de la dificultad que hay en formular una noción objetiva de materia constitucional ³², deja

³² Para diversos ensayos de formulación de tal noción Cfr. nombradamente: CICCONETTI, *La Revisione della Costituzionale*, p. 54ss; CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, p. 105ss; DE SIMONE, *Materia e norma costituzionale*, Milano, 1953; ESPOSITO, *Costituzione, leggi di revisione della costituzione e «altre» leggi costituzionali*, p. 191ss; GUARINO, *Materia costituzionale, Costituzione materiale, leggi costituzionali*, p. 303ss; HSU DAU LIN, *Formalistischer und antiformalistischer Verfassungsbegriff*, p. 51ss; JORGE MIRANDA, *Manual*, II, p. 48ss; MOKRE, *Zum Begriff der Verfassung in materiellen und formellen Sinn*, p. 2ss; MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, p. 169ss; PABLO LUCAS VERDU, *Curso*, II, p. 423ss; M. PRÉLOT, *Institutions*, p. 34; A. QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, 1976

indefinidas las fronteras que separan ésa función de otras funciones dirigidas a la producción normativa. Es que siempre es de admitir que hay materia constitucional que no resulta tratada en la Constitución formal, y que puede ser regulada por otras fuentes normativas infraconstitucionales, así como será de considerar la posibilidad de la Constitución formal regular materia que objetivamente no presenta dignidad constitucional. Delante de tales hipótesis tenemos entonces que la función constituyente no representaría una actividad materialmente específica, presentandose antes como una actividad confundible con la de otras funciones normativas. Solamente así no sería se se consideráse que materia constitucional es simplemente aquella que es elegida por el legislador constituyente ³³ ³⁴ o se se defendiése que hay una *reserva material de Constitución* que obliga a que las normas formalmente constitucionales lo sean también materialmente y que prohíbe a otras fuentes de rango infraconstitucional que penetren en el dominio de la materia constitucional. Tal es todavía una conclusión que entendemos no poder subscribir, ya que (i) por un lado, un concepto de *materia constitucional* que restrinja ésta a los asuntos o temas que son objeto de tratamiento por el legislador constituyente implica la pérdida de su autonomía conceptual y de su objetividad y (ii) por otro lado, cuanto a la mencionada *reserva de Constitución*, es de subrayar que no hay ningún principio que la imponga, pudiendo la Constitución tratar

p. 160; SPAGNA MUSSO, Costituzione Rigida, p. 21ss.

³³ En tal sentido se comprende el argumento invocado por BARILE-SIERVO (Revisione Costituzionale, p. 783) según el cual "in un regime costituzionale lungo y rigido, nel quale ogni rapporto ritenuto rilevante è stato, o consenga però essere sempre costituzionalizzato, non c'è spazio per concepire una materia costituzionale al di fuori di quella formalmente inquadrata nella Carta costituzionale, nelle leggi costituzionali di diretta attuazione e nella eventuali leggi costituzionalizzatrici successive".

³⁴ O cuando exista una explícita estatución de derecho positivo por la cual cualquier relación en materia constitucionalizada deba ser necesariamente tutelada por normas formalmente constitucionales. Cfr. SPAGNA MUSSO, Costituzione Rigida, p. 24.

cualquier materia y las demás fuentes normativas versar sobre las materias no constitucionalizadas y no excluidas de su objeto ³⁵.

c) Definiéndose la función constituyente con referencia al resultado a que conduce típicamente la actividad que la concreta ³⁶, tenemos que se caracteriza por se referir a una tarea de *planeamiento, en vía normativa, relativa a la organización del Estado y a la ordenación de la vida política* hecha en sentido prospectivo o *abierto al tiempo*, con referencia a los aspectos o áreas del *político* que se pueden considerar en su momento -y previsiblemente en el futuro- más relevantes, mediante la enucleación de los fines políticos principales a alcanzar, así como a través de la fijación de una estrategia o línea de manobra que conduzca, de modo racional, a la concretización de tales fines eligiéndose los medios institucionales adecuados.

La función constituyente, en cuanto actividad típicamente dirigida a la *organización global del Estado*, apunta para la realización de una obra de definición de la *forma esencial de la unidad* de que todo Estado (independientemente de su estructura simple o compleja) siempre necesita para se afirmar como ente autónomo, emprestándose una determinada coherencia interna y consistencia objetiva al abstracto en que asienta la realidad estatal ³⁷. No se cuida de crear el Estado, no se teniendo en vista una actividad condicionadora de la existencia del Estado o de su unidad, que son presupuestos ³⁸.

³⁵ Cfr. HELLER, Teoría, p. 324; FRANÇOIS LUCHAIRE, De la Méthode de Droit Constitutionnel, RDP, 2/81, p. 281; GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional, p. 110-111; JORGE MIRANDA, Manual, II, p. 51.

³⁶ A propósito Cfr. nuestro Ensaio sobre o Conceito de Poder Constituinte, I, p. 196ss.

³⁷ Sobre el concepto de *organización* en la literatura jurídico-política Cfr. por ejemplo; BALLADORE PALLIERI, A Doutrina do Estado, I, p. 230ss; H. HELLER, Teoría del Estado, p. 247ss; SANCHEZ AGESTA, Principios, p. 351ss.

³⁸ Sobre el problema de la influencia de las modificaciones constitucionales sobre la permanencia del Estado Cfr. en general; C.MORTATI, Dottrina Generali sulla

Cuidase, éso sí, de a partir de una individualización de los elementos que integran la realidad estatal, instituir relaciones entre todos éstos elementos o partes integrantes, coordinándolos entre sí y poniéndolos en mutua, coherente y lógica interacción. Desde éste punto de vista la función constituyente asociase por un lado, a la actividad de organización, en lo fundamental del poder público, a concretar mediante (i) la identificación de los fines a realizar por los poderes públicos; (ii) la previsión de creación de las instituciones públicas que son encargadas, a título principal, de la realización de aquéllos fines, y la determinación de la forma como tales instituciones se deben estructurar; (iii) la distribución de poderes por las principales instituciones públicas; (iv) la individualización de los principales cargos públicos y la regulación del acceso a ellos y de las vicisitudes a que pueden estar sujetos; (v) la determinación de la posición recíproca de cada una de éstas instituciones, tratando de conseguir que las mismas se complementen.

Por otro lado, y por que organizar es instituir relaciones entre las partes de un todo, la función constituyente incluye aún la actividad de definición de la posición del individuo (y de los grupos sociales donde su personalidad se afirma) dentro del Estado y particularmente delante del Poder público establecido. Por fin, relacionase con la tarea -de sentido más declarativo que constitutivo- de certificación del *espacio* y de los *derechos de soberanía* propios del Estado.

A su vez, y en cuanto actividad típicamente dirigida al establecimiento de un plano de *ordenación de fondo de la vida política* desarrollada en el ámbito estatal, la función constituyente apunta para la realización de una obra de diferenciación de realidades, fundada en el reconocimiento de sus distintos significados y tendiente a la definición de relaciones de prioridad entre ellas ³⁹. Más

Costituzione, Rac. Scritti, II, p. 232ss.

³⁹ Subrayando la distinción entre los conceptos de *organización* y de *ordenación*

específicamente, la función constituyente, desde éste punto de vista, relacionase con una tarea de disciplina y estabilización, en los aspectos que más directamente interfieren con la afirmación de la razón de ser de la realidad estatal, del curso de los acontecimientos políticos, valorizando determinados comportamientos en perjuicio de otros. No está en causa simplemente la regulación de los acontecimientos políticos en que está implicado el poder público, implicando más que la conformación del proceso de las decisiones públicas más significativas, más que el establecimiento de criterios de pura racionalidad de la actividad pública y más aún que la disciplina de la lucha política de acceso al poder. En nuestro siglo y particularmente en el mundo de cultura europeo, delante de un fenómeno de amplia politización del mundo-de-vida privado y de la consecuente atenuación de la separación entre el *político* y el privado ⁴⁰, delante de la necesidad de realización de un concepto *poliédrico* de democracia ⁴¹, la función constituyente se abre a la ordenación de los aspectos políticamente más importantes de la vida económica, social y cultural. Pertenece entonces regular y encontrar criterios de resolución de los conflictos sociales que sean susceptibles de poner en crisis la unidad política⁴².

Además, puede pertenecerle intervenir en la vida social, estableciéndole una dirección, imprimiéndole un sentido y

Cfr. ARMANDO MARQUES GUEDES, *Ideologías*, p. 28.

⁴⁰ G. BURDEAU (*Democracia*, trad., Lisboa, s.f., p. 54ss) habla en un fenómeno de politización universal.

⁴¹ En el sentido de que las Constituciones político-sociales abiertas a nuevos contenidos corresponden al propio perfeccionamiento de las instituciones democráticas y son expresión del carácter poliédrico de la democracia Cfr. GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, *Lições sobre a Constituição Económica Portuguesa*, I, Lisboa, 1983-1984, p. 7.

⁴² No se trata en todo caso de "reprimir el conflicto en nombre de la unidad política", ni de "sacrificar la unidad política en nombre del conflicto", pero antes de buscar un equilibrio que evite el inmovilismo social derivado de la anulación de todas las *diferencias* que están en la base de los conflictos y que al mismo tiempo evite la disolución de la unidad Cfr. K. HESSE, *Escritos*, p. 9.

“proporcionando a la política directrices y puntos de orientación”⁴³, pero dejando espacio para la actuación de las fuerzas políticas y limitándose a establecer un *esbozo de una vía*⁴⁴. Por fin cabe subrayar que la función constituyente, en cuanto factor de ordenación de la vida política, puede también ser presentada como una actividad funcionalmente favorecedora del desarrollo de un proceso de integración, y así también promotora de la creación de un sentido colectivo o de la producción de *synthesis sociales* en aspectos considerados fundamentales para la existencia y desarrollo del Estado⁴⁵.

d) Así definida materialmente, la función constituyente responde a las exigencias que justifican la existencia de Constituciones formales. Estas, independientemente de la variabilidad de sus contenidos, de los temas y materias en ellas versadas, son pensadas antes de más como obra de documentación normativa de la organización del Estado y de la ordenación de la vida política que se quiere vigente en determinado ordenamiento jurídico. Las Constituciones formales, desde este punto de vista, representan la tentativa hecha en determinado ordenamiento de concretización de la función constituyente materialmente concebida.

Donde no haya Constitución formal no habrá que hablar en

⁴³ Cfr. K. HESSE, *Escritos*, p. 21.

⁴⁴ A propósito Cfr. BAUMLIN, *Lebendige oder gebändigte Demokratie?*, Basel, 1978.

⁴⁵ En este sentido es de recordar el pensamiento de RUDOLF SMEND, para quién la Constitución material funcionalmente se definía como el sistema de aquellas normas que representan componentes esenciales de la tentativa jurídica positiva de realización de la tarea puesta al pueblo de un Estado de edificar su ordenamiento integrador. Cfr. R. SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, trad., Madrid, 1985. A propósito Cfr. P. LUCAS VERDU, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar -La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, 1987. Sobre éstas dos obra Cfr. nuestra recensión: *Rudolf Smend e a luta contra o positivismo jurídico*, in *E& D*, nº 2, 1988, p. 155ss.

función constituyente por que ésta perderá su tipicidad. Y donde haya Constitución formal es de considerar que en ella tiende a agotarse la función constituyente.

Cuando la Constitución formal deje por tratar aspectos importantes de la organización del Estado y de la ordenación de la vida política tal no significa que la función constituyente se habrá de prolongar a niveles infra constitucionales. Tal solamente traducirá una decisión constituyente de *desdramatización constitucional* de los problemas, asuntos o materias omitidos. Ésa es también una forma de expresión de la actividad constituyente que se deberá considerar llena de sentido.

En esta orden de consideraciones será de concluir que la función constituyente se puede explicar en una actividad de creación originaria de Constituciones formales, así como en cualquiera otra actividad de sucesiva modificación de la Constitución. Más precisamente, y considerando restrictivamente que la función constituyente -como las demás funciones del Estado- es una actividad típica desarrollada a partir del Estado y concretada por órganos suyos en términos normativamente previstos en el ordenamiento jurídico respectivo, podemos decir que la función constituyente se agota en las tareas de creación de la Constitución, de revisión constitucional o de modificación constitucional concretada bajo otras formas constitucionalmente previstas.

Así, la revisión constitucional podrá ser definida como la *actividad de concretización en vía sucesiva de la función constituyente, destinándose a renovar, parcialmente y en los términos constitucionalmente previstos, el cuadro vigente de planeamiento de la organización del Estado y de ordenación de la vida política, considerando éstas en los aspectos tidos en determinado momento como fundamentales.*

CAPITULO II

EL FUNDAMENTO TEÓRICO DE LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL

Sumário:

1. Colocación del problema
2. Revisión constitucional y evolución jurídica en la continuidad
3. Revisión constitucional y garantía de la Constitución
4. Revisión constitucional y estabilidad constitucional
5. Revisión constitucional y seguridad y certidumbre jurídicas.

1. Colocación del problema

Hay algo de esencial que torna obligada o, al menos, deseable la previsión en las Constituciones de la figura de la revisión constitucional.

Mediante la análisis de los datos esenciales justificadores de la consagración de la figura de la revisión constitucional podemos conocer no solamente el porqué de su previsión, pero también la finalidad que siempre tiene de se realizar mediante la revisión constitucional. Además, el conocimiento del fundamento teórico de la figura de la revisión constitucional nos permite entender la *singularidad* que representa en el mundo del derecho positivo -donde no se cuida generalmente de reglar, de modo específico, la modificación de los actos normativos -la previsión en las Constituciones de mecanismos de su revisión y la importancia que es dada a éstos ⁴⁶.

El problema del fundamento de la revisión constitucional, hasta cierto punto, plantease en términos próximos de aquélles en que se plantea el problema del fundamento del fenómeno de las Constituciones escritas. La consagración de la figura de la revisión constitucional, considerada en su imprescindible dimensión formal, responde así a desideratos análogos a los que justifican la opción por la formalización o reducción documental de las Constituciones, pero adaptados a las especificidades que resultan de se deber tener en especial consideración la interferencia que aquí el principio de la evolución del Derecho hace sentir.

La figura de la revisión constitucional, en el marco de las exigencias de una evolución normativamente contenida del Derecho, intenta precisamente dar expresión a las ideas de *garantía de la Constitución* y luego también de la ideas de *estabilidad, de seguridad y*

⁴⁶ Sobre ésta singularidad verificada al nivel constitucional Cfr. JAVIER PERÈZ ROYO, La Reforma de la Constitución, p. 8ss.

de *certidumbre jurídica* ⁴⁷.

2. Revisión constitucional y evolución jurídica en la continuidad

a) La consagración de la figura de la revisión constitucional es antes de más fruto de la consideración del dato de la orden natural según el cual todo lo que existe está sujeto a un *principio de evolución*.

Este *principio de evolución*, en su actuación, tiene consecuencias particularmente modificadoras (o mismo destructivas) sobre todo lo que es obra humana destinada a producir efectos en el futuro, imponiendo a todo éso, como condición de sobrevivencia, adaptaciones a nuevas circunstancias.

Una obra constituyente, expresa en una Constitución escrita, no escapando a tal fatalidad, no puede, por naturaleza, aspirar a la perfección y consiguientemente a la perenidad ⁴⁸. Ésto es agravado por el hecho de se destinar a proyectar su fuerza de determinación sobre una realidad fuertemente cambiante, o sea sobre un conjunto de relaciones que, con el tiempo, toman configuraciones sucesivamente diversas. La Constitución tiende entonces a desayustarse de la realidad

⁴⁷ En el sentido de que la Constitución escrita representa de *per se* una *garantía de la Constitución* y de que se destina a tener un efecto racionalizador, de estabilidad, de seguridad jurídica y de calculabilidad y de publicidad Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 74-75.

⁴⁸ Esta idea, pasados los primeros momentos del constitucionalismo moderno, fué luego aceptada. Como observa PEDRO VEGA (*Reforma Constitucional*, p. 59-64), "en la medida en que el constitucionalismo adquiere proyección histórica cada vez más amplia, y en la práctica se comprueba que las leyes fundamentales, sometidas a la dinámica de la realidad y al *panta rei* heraclítico de todo lo viviente, sufren transformaciones inevitables, se generalizará la conciencia de que bajo ningún concepto puede entenderse las como leyes permanentes y eternas. Frente a la idea de inmutabilidad se contraponen entonces la idea de cambio". La pregunta que entonces se hace es la de saber "cómo organizar dentro de la lógica del Estado constitucional sus propios procesos de transformación". Y ahí entra la temática de la revisión constitucional.

de hecho, siendo de esperar que dejen a plazo las soluciones en ella encontradas de poderen dar respuesta interamente adecuada a exigencias futuras del mundo-do-vida polftico o de conseguir afirmar plenamente su normatividad cuanto a las relaciones de ése mundo-de-vida.

Al contenerse en las Constituciones una previsión de mecanismos de su modificación acaba por se estar respondiendo a una exigencia de *prudencia constituyente*, que obliga a que se estea atento a la evolución y a que nos armemos contra los peligros de divorcio entre la Constitución y la vida polftica efectiva.

Todos los intentos normativos de se sostraer las Constituciones a la aplicación del *principio de evolución* siempre se revelan contraproducentes, dada la invencibilidad de los efectos que produce al actuar, presentandose como tarea vana que pronto o tardo tiene resultados fatales ⁴⁹ ⁵⁰.

b) La comprensión de la figura de la revisión constitucional con referencia a la idea de evolución del Derecho debe ser completada con la consideración de la exigencia, generalmente subrayada, de salvaguardia de la identidad de la Orden Jurídica, o sea

⁴⁹ En el sentido del texto y en las expresivas palavras de GABRIEL ARNOULT (De la Revisión des Constitutions, p. 3), tenemos que la Constitución "fût-elle parfaite au moment où elle a été promulguée, il arrivera un moment où elle cessara de l'être. Avec le temps, les circonstances ont changé, les populations se sont modifiées, des besoins nouveaux se sont fait jour. Pourquoi la Constitution seule échapperait-elle à la loi universelle, pourquoi resterait-elle immuable?"

La revisión ne doit pas être prohibée, parce que théoriquement, c'est le droit au progrès, ou du moins le droit de mettre les règles constitutionnelles en harmonie avec les conditions nouvelles que le temps a créés. Une clause expresse prohibant toute révision impliquerait la pretention à la perfection; elle serait aussi imprudente qu'inutile (...)."

⁵⁰ En ordenamientos dotados de Constitución prospectiva, resulta aún más valorizada la idea de evolución en cuanto fundamento de la revisión constitucional, cabendo subrayar la importancia de la noción de *desarrollo constitucional*. Sobre esta idea, a propósito del ordenamiento constitucional portugués actual, Véase *infra*.

de conservación de los distintos elementos -materiales o formales- que sirven para diferenciarla específicamente. Esta figura jurídica traduce entonces la necesidad de se asegurar una evolución normativamente contenida del Derecho Constitucional, a operar con respeto por la identidad de la Orden Jurídica respectiva.

La Orden Jurídica define en función de una lógica desde luego establecida en la Constitución, la cual le imprime una coherencia, que finalmente sirve para identificarla. La revisión constitucional adaptando la Constitución a nuevas circunstancias actúa sobre las bases de la Orden Jurídica, pero destinase a hacerlo solidariamente con la lógica de ordenación jurídica vigente.

Cualquier quebrantamiento en esa lógica determina una crisis de identidad de la Orden Jurídica, que puede tener (o que normalmente tiene) efectos preversos en el mundo-de-vida jurídico-político a que respeta.

La revisión constitucional afirmase como una figura destinada inmediatamente a evitar la producción de actos de quiebra de la identidad de la Orden Jurídica. Positivamente, define como una figura que, respetando la lógica definidora del Estado, intenta obtener al mismo tiempo dos resultados ni siempre fácilmente conciliables: el de adaptar la Constitución a la evolución de la realidad mientras tanto operada y el de mantener la identidad de la Orden Jurídica.

Los argumentos que se invocan relativamente a la Orden Jurídica, son extensibles al propio Estado, ya que *ubi jus, ibi societas*. La Constitución otorga, substantivamente, identidad al Estado, estableciendo las bases a partir de las cuales se edifica, y definiendo su lógica propia. La revisión constitucional, así, del mismo modo que busca asegurar una evolución en continuidad de la Orden Jurídica, intenta también evitar la destrucción de la identidad y de la lógica definidora del Estado, asegurando su integridad substantiva.

3. Revisión constitucional y garantía de la Constitución

De un otro ángulo, como obserbámos, la revisión constitucional debe ser comprendida a la luz de una idea de garantía de la Constitución.

El concepto de garantía de la Constitución traduce genericamente la idea de promoción de la conservación, del cumplimiento y de la plena actuación de una Constitución, mediante el reforzo de la efectividad de sus normas.

La revisión constitucional representa un medio de garantía de la Constitución desde luego en el sentido de que, promovendo la adaptación de la Constitución a nuevas circunstancias⁵¹, crea condiciones para su global conservación en el tiempo y evita que se llegue a situaciones tales de desactualización o de bloqueamiento constitucional que practicamente conduzcan a salidas revolucionarias, de golpe constitucional o, en todo caso, a la enmergencia de una nueva Constitución.

Además, sirve de garantía de la Constitución por, al mantener actualizadas las normas constitucionales, favorecer el estricto cumplimiento de éstas ⁵². Es que, si la conciencia de que una norma ha perdido actualidad retire autoridad y abre camiño y sirve de justificación para su no observancia, en contrapartida, la actualidad de las normas constitucionales retira justificación a todas las violaciones

⁵¹ En éste sentido, Cfr. MORTATI, *Concetto*, p. 16.

⁵² En ésta orden de consideraciones GABRIEL ARNOULT (*De la Revisión des Constitutions*, p. 3-4) ha subrayado que "la clause de révision apparait donc plutôt comme une protection pour la Constitution que comme une clause d'affaiblissement".

En éste sentido, subraya también PEDRO DE VEGA (*Reforma Constitucional*, p. 68) que en la medida en que a través de la reforma se produce el acoplamiento de la Constitución con su propia realidad, y se impide que la normativa fundamental quede reducida a un conjunto de fórmulas sin proyección histórica y práctica ninguna, la revisión de la Constitución, lejos de interpretarse como un instrumento de deterioro del ordenamiento fundamental, debe entenderse como su primera y más significativa defensa.

de la Constitución.

Contra éste entendimiento no se invoque el argumento según el cual la revisión constitucional no sería más que un instrumento de adaptación de la Constitución a las "violaciones" de que mientras tanto haya sido objeto ⁵³. Tratase de un argumento que deturpa la realidad de la figura de la revisión constitucional, y ésto no solamente por que considera como regla situaciones que en términos de práctica constitucional no se verifican generalizadamente ⁵⁴, pero también por que busca caracterizar la figura a partir de la referencia a casos de posible desviación de poder y no con consideración de lo que debe representar un su bueno uso. La revisión constitucional no es -o al menos no debe ser en Estado de derecho- un instrumento de desresponsabilización de los agentes de prácticas inconstitucionales o de convalidación de actos inconstitucionales y así inválidos. La desresponsabilización política o la convalidación de actos inconstitucionales puede ser un *epifenomeno* o un resultado secundario de ciertas revisiones constitucionales, pero no deberá ser jamás su consecuencia principal.

La convalidación por vía de revisión constitucional de prácticas inconstitucionales, desde que no se destine a tener efectos retroactivos, puede ser jurídicamente aceptable cuando intente dar expresión a soluciones consideradas objetivamente correctas, realizándose en honor de la evolución y de la actualización y reposición de la autoridad normativa de la Constitución. En tales casos, todavía, la revisión constitucional surge al servicio de la conservación de la Constitución y por fin también como una garantía de la Constitución.

Relacionando más profundamente la revisión constitucional con la garantía de la Constitución, tenemos que esta figura jurídica, al

⁵³ Así, J. SEIFERT, *Grundgesetzes und Restauration*, Nerwied-Darmstadt, 1977.

⁵⁴ En éste sentido Cfr.: A. ROSSNAGEL, *Die Anderungen des Grundgesetzes*, Frankfurt am Main, 1981, p. 124 ss y 171 ss.

menos cuando es organizada en términos que la diferencian de la legislación ordinaria, debe también ser comprendida como instrumento de salvaguardia de la supremacía de la Constitución ⁵⁵. La consagración de la figura de la revisión constitucional en éstos términos patentiza y optimiza la superioridad jerárquico-normativa de la Constitución, haciendo presuponer que solo poderes especialmente concebidos en la Constitución al efecto pueden ser creadores de nuevas normas constitucionales o superar las normativas constitucionales vigentes. Tal consagración permite además subrayar que a todos los demás poderes públicos -llamados poderes *comunes* o *ordinarios*- está prohibida toda intromisión en el dominio funcional constituyente, encontrándose sometidos estrictamente al respeto de la Constitución, no pudiendo actuar en cuanto tal directamente sobre ella, ni pudiendo perjudicar la plena aplicación de sus determinaciones ⁵⁶.

Este entendimiento no será contrariado por el hecho de el poder legislativo ordinario y el poder de revisión constitucional poderen ser ejercidos por el mismo órgano. En tal caso, el ejercicio de éses dos poderes no puede resultar jamás confundible. Debe poder saberse *siempre* cuando se está delante del ejercicio del poder de revisión y cuando se está delante del ejercicio del poder legislativo

⁵⁵ GALEOTTI (La Garanzia Costituzionale, Milan, 1950, p. 59ss), invocando la lógica jurídica, no acepta que se consideren los procedimientos agravados de revisión constitucional como medio de garantía de la Constitución, la cual se relacionaría simplemente con los controles de constitucionalidad. Tratase en todo el caso de una posición que se basa en un concepto convencional y restrictivo de garantía de la Constitución que no seguimos aquí.

⁵⁶ Asociando las ideas de revisión constitucional, de supremacía de la Constitución y también de separación de poderes, es de referir el razonamiento del juez Marshall en la sentencia proferida en el caso MADISON v. MARBURY (1803), según el cual: "o es la Constitución una ley superior, suprema, inalterable en forma ordinaria, o bien se trata al mismo nivel que la legislación ordinaria y, como una ley cualquiera, puede ser modificada cuando el cuerpo legislativo lo desee. Si la primera alternativa es válida, entonces una ley del cuerpo legislativo contraria a la Constitución no será legal; si es válida la segunda alternativa, entonces las Constituciones escritas son absurdas tentativas que el pueblo efectuaría para limitar un poder que por su propia naturaleza sería ilimitable".

ordinario, y ésto para que se pueda determinar cuando éste ultimo poder actua inconstitucionalmente o cuando la supremacia de la Constitución inadmisiblemente es puesta en crisis.

La previsión de la figura de la revisión constitucional facilita entonces practicamente la distinción entre situaciones de constitucionalidad y de inconstitucionalidad de la legislación ordinaria y de los demás actos del poder público común o ordinario, patentizando las inconstitucionalidades y facilitando la aplicación de las sanciones respectivas organizadas por el ordenamiento en cuestión.

Así concebida, la revisión constitucional puede por fin ser pensada como un reforzo o como instrumento al servicio de la garantía de la constitucionalidad ⁵⁷.

4. Revisión constitucional y estabilidad constitucional

Los fundamentos de la consagración de la figura de la revisión constitucional antes apuntados conducen a su vinculación a la idea de *estabilidad constitucional*, llegando mismo, hasta cierto punto, a condensarse en ella.

⁵⁷ Como observa PÉREZ ROYO (Reforma de la Constitución, p. 99) la evolución operada en éste siglo en el constitucionalismo europeo ha conducido a un planteamiento de la reforma como garantía jurídica de la supremacia de la Constitución sobre las demás normas del ordenamiento. Planteamiento que con lleva de manera inmediata su vinculación con la otra garantía básica del texto constitucional: el control de constitucionalidad de la ley.

Este Autor caracteriza aún así la reforma constitucional como una garantía extraordinaria de la Constitución, por contraposición con el control de la constitucionalidad, que representaría una garantía ordinaria en la cual se pone el énfasis.

Para nosotros, aunque la revisión constitucional pueda afirmarse con la característica de la extraordinariedad no debe en todo caso ser entendida como una garantía extraordinaria que solamente funciona cuando es actuada. Es suficiente para que la figura de la revisión constitucional funcione como garantía de la Constitución que esta consagrada en la Constitución. Una vez que tal se verifique tenemos que cuotidianamente funciona como garantía, permitiendo que el control de la constitucionalidad se concrete teniendo presente lo que son ataques a la Constitución admitidos y no admitidos constitucionalmente.

La estabilidad constitucional representa la situación en que, en un ordenamiento jurídico, la Constitución no se presenta como causa determinante de situaciones de tensión social o de conflicto político que, por su gravedad, conduzcan probablemente a que venga a sufrir vicisitudes que ella propia no regula ni sanciona efectivamente.

La estabilidad constitucional presupone, por un lado, que la Constitución tenga capacidad para prolongar su vigencia en el tiempo, con efectividad. Por otro lado, pide que la Constitución, en su conjunto y en las distintas soluciones que consagra, sea aceptada de un modo generalizado en la Sociedad a que respeta, a punto de se entender que responde tolerablemente a las exigencias dictadas por las circunstancias del mundo-de-vida político respectivo. Negativamente, traduce una ausencia de contestación en la Sociedad de la fuerza política y jurídicamente conformadora de una determinada Constitución ⁵⁸.

En éste último sentido, la estabilidad constitucional asociase a una situación de correspondencia entre *normalidad* y *normatividad constitucional* (Heller) que tiende a mantenerse en el tiempo.

Estabilidad constitucional no significa en todo caso estagnación del ordenamiento constitucional, pidiendo antes su evolución o su adaptación a nuevas circunstancias, pero operada en la continuidad, de modo ordenado, pacífico y progresivo (no radical), de acuerdo con lo previsto en la Constitución o al menos sin su violación.

La figura de la revisión constitucional debe ser pensada en vista de una idea de promoción de la estabilidad constitucional desde luego en cuanto puede ser una "válvula de escape" (Loewenstein) para las tensiones sociales creadas en torno de una Constitución o de sus normas, contribuyendo para la creación o reforzo de consensos

⁵⁸ No quiere ésto decir que todas las soluciones consagradas en una Constitución y en un cuadro de estabilidad constitucional deban ser consideradas, en valor absoluto, las mejores. Mismo que se entienda que no lo son, éso no perjudica la continuación de la vigencia de la Constitución, ni tampoco su aceptación (quizás, como mal menor) y su efectividad.

constitucionales.

En el mismo sentido apunta la circunstancia de la revisión constitucional, por estar vinculada a la Constitución, permitir que, en situaciones de crisis de su normatividad y mediante la adecuación de lo *normado* a la *normalidad*, se restablezca su autoridad normativa o supremacía perdidas, inscribiéndola en nuevas y durables bases la legitimidad.

Acrece a ésto, en confirmación de la vocación constitucionalmente estabilizadora de la figura de la revisión constitucional que esta representa una forma moderada de modificación constitucional, y ésto no solamente por su ambito limitado y por no interferir con la identidad de la Constitución, pero también por el cuño jurídicamente organizado y ordenado con que se afirma ⁵⁹.

5. Revisión constitucional y seguridad y certidumbre jurídicas

Otras ideas que de modo muy especial dominan la realidad del derecho constitucional y también, de modo especial, la figura de la revisión constitucional son las de *seguridad y certidumbre jurídicas* ⁶⁰.

⁵⁹ En la complejidad de éstos argumentos -de acuerdo con GABRIEL ARNOULT (De la Revisión des Constitutions, p. 4)- es de notar que se quedan aquí por resolver "deux problèmes, en apparence difficilement conciliables: d'une part, assurer la stabilité de la Constitution,- d'autre part, permettre de la réviser facilement, quand la nécessité en a été reconnue, quand le besoin s'en fait sentir. C'est un équilibre à établir, équilibre assez instable, mais qu'il n'est cependant pas impossible d'obtenir. L'idéal, c'est que la révision soit aisée, mais rare".

⁶⁰ En el sentido de que la incertidumbre del derecho en el sector constitucional es mucho más grave que aquella derivante de una no clara legislación ordinaria. Cfr. BARILE-SIERVO, Revisione Costituzionale, p. 790.

En éste sentido pronunciasse también GOMES CANOTILHO (Direito Constitucional, p. 780), afirmando que, a nivel constitucional, no puede reinar la incertidumbre con que tropezamos en muchos casos de revocaciones tácitas. Tener dudas sobre el derecho constitucional vigente es mucho más grave que haber incertidumbre cuanto al derecho infraconstitucional efectivamente vigente.

La seguridad jurídica representa la confianza de los destinatarios del Derecho en que, de acuerdo con lo previsto en el derecho establecido, delante de determinadas situaciones de la vida, podrán contar, en principio y en un supuesto de legalidad de las conductas ajenas, con determinados comportamientos positivos o omisivos de terceros o podrán ellos mismos actuar de cierta manera sin que se crean legalmente obstáculos a éso.

La certidumbre jurídica, a su vez, corresponde a la situación en que al hombre mediano es posible conocer con exactitud cual es el derecho aplicable a determinadas situaciones de la vida.

En un Estado Constitucional estas dos ideas obligan a que sean creadas condiciones para un conocimiento exacto sobre cual es la norma primaria -la Constitución- a partir de la cual se construye el resto del ordenamiento, imponiendo que se eviten equívocos y que se pueda saber a todo momento donde está la Constitución con las alteraciones que mientras tanto le hayan sido introducidas.

La revisión constitucional favorece la seguridad jurídica en la medida en que representa la sola vía o una de las únicas vías admitidas en la Constitución para su modificación, permitiendo que se confíe en que, en situación de normalidad, sin revisión constitucional (o, en general, sin recurso a una de las vías constitucionalmente previstas), las posiciones jurídicas activas y pasivas de los distintos sujetos jurídico-políticos son, en lo fundamental, las que vienen definidas por el derecho constitucional actualmente vigente y que tal definición solo dentro de determinados supuestos y parámetros constitucionalmente establecidos -los supuestos y parámetros en que puede ser actuada la revisión constitucional- puede sufrir modificaciones. Consagrando la figura de la revisión constitucional, en principio, no serán de esperar modificaciones textuales de la Constitución imprevistas constitucionalmente, habiendo la garantía de que en la vida jurídico-política habrá que contar solamente con los

modelos de comportamiento definidos en la Constitución ⁶¹.

A su vez, en lo que respeta a la certidumbre jurídica, la revisión constitucional la favorece en el sentido de que sirve para acertar el derecho constitucional en puntos en que éste se revele con un sentido menos claro. Pero, más que ésto, tal favorecimiento resulta de la consagración constitucional de la figura de la revisión constitucional, en principio, presuponer que no se toleran, en el ordenamiento en causa y en el cuadro del derecho positivo estatal, situaciones de alteración de la Constitución que, por su informalidad o indole tacita, no sean reconocibles como tales, preveniéndose así confusiones sobre el derecho en vigor y alejándose la posibilidad de se tomar como vigente un derecho ya abrogado o de se considerar inconstitucional un derecho que ha prevalecido abrogatoriamente sobre normas constitucionales antes vigentes. Además, fuera del campo del derecho positivo estatal, la previsión en la Constitución de la figura de la revisión constitucional, por sí sola, crea obstaculo a la validación de las subversiones de la Constitución producidas por otras formas de su modificación constitucionalmente imprevistas, obligando éstas a buscaren su legitimidad fuera de la Constitución formal o de la orden jurídico-positiva estatal. Siendo tales subversiones constitucionales fuente de incertidumbre jurídica, la revisión dificultando aquellas favorece también, indudablemente, la certidumbre jurídica ⁶².

⁶¹ En el sentido de que el recurso a la revisión constitucional debe ser utilizado de preferencia a cualesquier otras formas de modificación constitucional, en vista de se respetar la esencia de la Constitución en cuanto instrumento de seguridad jurídica Cfr. P. LERCHE, *Stiller Verfassungswandel als aktuelles Problem*, in *Fest. für Th. Maunz zum 70. Geburtstag*, München, 1971, p. 291 ss.

⁶² Quizás, no será de invocar tal argumento cuando esteamos delante de una Constitución que implícitamente acepte ciertas modificaciones tácitas. En tales casos, sin embargo, lo que es de hacer es una critica a la Constitución que contemporiza con actos no compatibles con la lógica de la consagración de la figura de la revisión constitucional. Sobre las modificaciones constitucionales tácitas aceptadas por las propias Constituciones. V. *infra*.

A su vez, cuando se estea delante de una Constitución que prevea otras formas de su modificación expresa, entonces la revisión constitucional repartirá con ésas otras formas de modificación constitucional su virtud de promoción de la certidumbre

Acrece que, prevendose la figura de la revisión constitucional, sabese en un ordenamiento jurídico que el derecho constitucional valido es, en principio o normalmente, simplemente aquél que resulta de la Constitución originaria o de la Constitución derivada , modificada por las vías constitucionalmente admitidas.

Sin embargo, es de referir que *la politicidad* del derecho constitucional siempre abre espacio a alguna imprevisión cuanto a las actitudes que los agentes constitucionales podrán venir a adoptar en la práctica y siempre genera alguna desconfianza incluso contra la revisión constitucional. La previsión de la figura de la revisión constitucional en todo caso siempre atenua éses efectos negativos que pueden resultar de la existencia en el dominio del derecho constitucional de éses espacios de inseguridad y de incertidumbre, ya que las modificaciones que por via de ella se pueden introducir en una Constitución deberán siempre ser parciales y contenerse dentro de determinados parámetros materiales, no ofendiendo el contenido esencial de la Constitución.

CAPITULO III

MANIFESTACIONES DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL

Sumário:

1. Razón de orden
2. Revisión constitucional material y formal
3. Revisión constitucional directa y indirecta
4. Revisión constitucional total y parcial
5. Revisión constitucional autónoma y heterónoma
6. Revisión constitucional declarativa y constitutiva

1. Razón de orden

La identificación de los principales tipos y especies de revisión constitucional favorece una mejor comprensión de todas las potencialidades que la figura en análisis presenta.

En éste sentido consideraremos sucesivamente las distinciones que se pueden establecer: en razón del objeto, entre revisión constitucional material y formal; considerando la forma como se proyectan los efectos modificativos sobre la Constitución, entre revisión directa y indirecta; consonante la extensión de las modificaciones constitucionales, entre revisión total y parcial; en vista del relacionamiento con el ordenamiento jurídico y estatal de destino, entre revisión autónoma y heterónoma; del punto de vista de los efectos producidos sobre la orden constitucional, entre revisión declarativa y constitutiva.

2. Revisión constitucional material y formal

Esta distinción es establecida a partir de consideraciones particularizadoras sobre el objeto posible de la revisión constitucional.

Por un lado, la revisión constitucional material es la que produce una modificación en el contenido de la Constitución formal o en el sentido de normas formalmente constitucionales⁶³. Por otro lado, la revisión constitucional formal caracterizase por conducir a la introducción de modificaciones textuales en una Constitución formal.

⁶³ Para nosotros, distintamente de lo que hacen muchos autores, la expresión *revisión material* no debe ser utilizada con sinonimia relativamente a las expresiones *modificación tácita*, *modificación informal* o *mutación constitucional*. Estas otras expresiones no se vinculan a un concepto riguroso de revisión constitucional. Tratase de figuras jurídicas distintas de la revisión constitucional. A proposito Cfr. *infra*. Sobre la utilización de la expresión *revisión material* con tal sinonimia Cfr., por ejemplo, CICCONE, La Revisione Costituzionale, p. 8.

Esta distinción no traduce rigurosamente dos especies contrapuestas de revisión constitucional, no representando así propiamente dos términos de una clasificación.

La revisión constitucional, por naturaleza y definición, es siempre formal y, regla general, es también material. No hay revisión constitucional material que no presente una expresión formal adecuada y sin que se produzca una modificación textual en la Constitución en sentido formal.

Podrán sin embargo verificarse fenómenos de revisión constitucional puramente formal, que no impliquen simultáneamente revisión en sentido material. Es lo que se pasará especialmente en los casos en que se considere que hay solamente necesidad de arreglar en términos literarios el texto de la Constitución ⁶⁴. Además, podrá darse el caso de la revisión constitucional material sobrepasar el ámbito de la revisión formal. Es lo que se verificará en las situaciones ya adelante estudiadas de revisión constitucional indirecta.

3. Revisión constitucional directa y indirecta

Considerando la forma como proyecta sus efectos modificativos sobre una Constitución, la revisión constitucional puede ser *directa* o *indirecta*.

La revisión constitucional directa, por un lado, es la que implica una modificación textual expresa de la Constitución formal, atañiendo formalmente ciertas de sus normas o determinando la inclusión en ella de nuevas normas. Por otro lado, la revisión constitucional indirecta es la que intencionalmente determina una modificación de sentido de determinadas normas formalmente constitucionales sin alterarlas textualmente, siendo una consecuencia

⁶⁴ Ésta posibilidad es en todo caso más teórica que prácticamente concebible, ya que no se recurrirá a la revisión solamente para concretar una simple operación cosmética constituyente. Además siempre se podrán sorprender reflejos substanciales en tales revisiones constitucionales.

necesaria de la modificación textual expresa operada cuanto a otras normas constitucionales o de la producción de nuevas normas constitucionales.

El resultado de una revisión constitucional indirecta apurase en la secuencia de una actividad complementaria de interpretación sistemática de la Constitución después de revista, sea para se apurar cuales son las normas constitucionales que resultan afectadas en la secuencia de una revisión constitucional, sea para se apurar todas las consecuencias de una revisión constitucional sobre las normas no textual y expresamente modificadas.

La figura de la revisión constitucional indirecta, tal como la presentamos, es de aceptar ya que cumple los requisitos conceptuales propios de la figura jurídica de la revisión constitucional, siendo intencionalmente dirigida a la modificación de la Constitución, debiendo tener un mínimo de correspondencia formal en los textos de revisión constitucional y resultando de un procedimiento constitucionalmente previsto.

En contra ésta orientación puede afirmarse el argumento según el cual sería de rechazar la figura de la revisión indirecta dado que las normas de la *Constitución originaria* prevalecerían con su primitivo sentido sobre las normas producidas en vía de revisión constitucional. Las normas derivadas de revisión constitucional deberían ser coordinadas con las normas constitucionales originarias mientras tanto no directamente modificadas, y no el inverso. La reinterpretación sistemática del texto constitucional, a hacer después de una revisión constitucional, debería tener como punto de referencia fijo el sentido originario de las normas constitucionales no textual y directamente modificadas, el cual influenciaría determinantemente el sentido de las normas derivadas de la revisión constitucional. Tal reinterpretación no debería hacerse intentando adaptar el sentido de las normas originarias a las determinaciones de las normas derivadas de

revisión constitucional ⁶⁵ .

Éste argumento que contraría la posibilidad de revisión indirecta no nos parece en todo caso de aceptar. Es que, por un lado, hay una paridad de valor entre normas constitucionales originarias y derivadas, no habiendo prevalencia de las primeras sobre las segundas. Por otro lado, la posición que ahora criticamos implicaría - inadmisiblemente- que se rechazase la idea de evolución constitucional natural. Por fin, debe tenerse presente un *principio de economía de los actos*, que retira sentido a la necesidad de en las revisiones constitucionales se proceder a la alteración textual de todas las normas de la Constitución cuyo sentido se intenta cambiar, cuando la redacción actual de éstas pueda -sin necesidad de alteración- comportar el nuevo sentido que se les quiere atribuir y que está implícito en otras normas directamente revisadas.

Será sin embargo de rechazar la figura de la revisión indirecta cuando esta implique la violación de los límites materiales a la revisión constitucional. La interpretación sistemática que puede conducir al apuramiento de la revisión indirecta sujetase al respeto de tales límites, para que no sea inconstitucional y a final inválida ⁶⁶.

El problema que para algunos autores la admisibilidad de la figura de la revisión constitucional indirecta puede plantear es simplemente lo de su conveniencia y funcionalidad en el marco de la política legislativa constitucional del Estado y aún el de la incertidumbre jurídica que de algún modo implican ⁶⁷. Éso es todavía algo de inevitable, cuyos efectos negativos solamente podrán ser

⁶⁵ Este argumento aunque no lo tengamos encontrado expresamente defendido por ningún autor parece ser una consecuencia lógica de la posición de cuantos consideran que el poder de revisión constitucional se encuentra implicado en una relación de dependencia delante del poder constituyente originario.

⁶⁶ En el sentido de que los límites a la revisión constitucional valen no solamente para la revisión directa, pero también para la indirecta Cfr. entre otros, VIRGA, *La revisione costituzionale*, p. 108.

⁶⁷ En éste sentido Cfr. PEDRO DE VEGA, *Reforma Constitucional*, p. 163 y 166.

atenuados mediante una mayor claridad en las formulaciones normativa/constitucionales derivadas directamente de la revisión constitucional.

4. Revisión constitucional total y parcial

Considerando la extensión de las modificaciones que se introducen en una Constitución, la revisión constitucional puede ser total o parcial.

La revisión constitucional es *total* cuando implica la modificación de la totalidad del texto de una Constitución formal y es *parcial* cuando afecta un número limitado de normas de la Constitución vigente, no afectando el complejo normativo en ella contenido.

Cuanto al problema de la *revisión constitucional total* es de considerar luego la posición doctrinal que rechaza tal figura, contestando la validez de la previsión en las Constituciones de todo tipo de *clausulas de suicidio* (Barile-Siervo) o considerando inadmisibles que una Constitución pueda aceptar en su seno un poder capaz de destruirla⁶⁸. El poder de revisión constitucional no podrá desvincularse de su propio fundamento, que es la Constitución, sin negarse a sí mismo, anulándose⁶⁹.

Para otros autores aún una revisión constitucional que, aunque con observancia de las formas constitucionales, afecte globalmente la Constitución material representa un fenómeno de transición constitucional, en que se pasa de una Constitución a otra. Desde éste punto de vista, solamente sería de aceptar una revisión

⁶⁸ En este sentido por ejemplo V.E.ORLANDO (Principii di Diritto Costituzionale, Firenze, 1928, p. 146) que ha esclarecido ser "inammissibile che una costituzione possa ammettere nel suo seno un potere capace di distruggerla".

⁶⁹ Esta posición es sin embargo relativizada por algunos autores que admiten la figura pero solamente cuando se trate de regímenes constitucionales transitorios o cuáasi a término. Véase a propósito BARILE-SIERVO, *Revisione della Costituzione*, p. 777. Cfr. también: BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, p. 83-84 y MORTATI, *Concetto*, p. 14.

constitucional total se ésta se presentar unicamente en la orden formal. Revisión constitucional total formal será aceptable pero no ya la revisión constitucional total material ⁷⁰.

Para nosotros el problema que aquí se plantea es más un problema de precisión conceptual que un problema de admisibilidad jurídica de previsión constitucional de la *modificación total* de la Constitución.

Ningún principio jurídico prohíbe que una Constitución prevea -como algunas lo hacen expresamente ⁷¹- su *modificación total*, del mismo modo que ningún principio jurídico determina la perpetuidad de las Constituciones y prohíbe que a su tiempo vengan a ser substituidas por nuevas. Al contrario el principio de la evolución del derecho viabiliza tal posibilidad. Si en la realidad tal cambio se puede dar, también la Constitución lo puede prever.

El problema que se pone es el de saber se al preverse expresamente la posibilidad de *modificación total* de la Constitución se está aún a consagrar la figura de la revisión constitucional o si no se está contemplando una figura distinta.

De acuerdo con el concepto que hemos adoptado de revisión constitucional tenemos que la revisión constitucional -como además todas las simples modificaciones constitucionales- es por definición parcial, no pudiendo conducir a la producción de una nueva Constitución, sea ésta entendida en sentido puramente formal, sea entendida en sentido material. La revisión constitucional es siempre, por definición, parcial en el sentido de que no puede romper con la identidad formal o material de la Constitución a que respeta.

⁷⁰ Cfr. JORGE MIRANDA, Manual, II, p. 135.

⁷¹ Así, además de la Constitución española actual, véanse los casos de las Constituciones de Francia de 1848 (art. 111), de Suiza de 1874 (art. 121), de Costa Rica de 1877 (art. 135), de Guatemala de 1879 (art. 199), de Nicaragua de 1911 (art. 164), de Letonia de 1922 (art. 77), de Albania de 1928 (art. 227), de Austria de 1929 (art. 44), de Australia (art. 108), de Brasil de 1934 (art. 178), de Bulgaria de 1971 (art. 143), de Ceilon de 1972 (art. 51), de Birmania de 1974 (art. 194), entre otros.

Tenemos entonces que una Constitución al prever su *modificación* total está consagrando una figura jurídica distinta de la revisión constitucional. Precisamente está a consagrar la figura del *cambio de Constitución* formal y material, previendo para ella un poder constituyente distinto de lo que es el poder de revisión constitucional, o sea un poder que no es concebido para conservar la Constitución, sino para sobrepasarla.

En los casos de previsión de *modificación* constitucional total no cabe forzar la interpretación de las normas respectivas a punto de se considerar que, a pesar de los términos empleados, estaría siempre en causa una modificación parcial del tipo de la simples revisión. Solamente con una construcción insanablemente artificiosa podemos reducir a la categoría de parcial todas las modificaciones totales, negándose al vocabulo *total* el significado común que le viene universalmente atribuido ⁷²

Cuestión diferente es la de saber si la previsión constitucional de la figura del *cambio de Constitución* es o no criticable. Dêsde este punto de vista, podemos decir, con *Mortati*, que prescripciones en ése sentido derivan de un insuficiente entendimiento de la función de la Constitución y destinanse a quedar practicamente por aplicar o no aplicables. Además, que la experiencia histórica comprueba la exactitud de cuanto se afirma y muestra como la revisión total ha sido siempre revolucionaria ⁷³.

⁷² En éste sentido Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, *Sui limiti*, p. 149.

⁷³ Cfr. C.MORTATI, *Concetto*, p. 14. En este sentido Cfr. también GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional*, p. 782), que considera que en éstos casos és más normal el golpe constitucional revolucionário que la revisión total de la Constitución. Acrecenta en todo caso este Autor que el transito constitucional español operado em 1978 nos ha colocado delante de la posibilidad de una revisión total sin ser mediante revolución o golpe de estado.

5. Revisión constitucional autónoma y heterónoma

Considerando la relación que intercede entre la fuente productora de la revisión constitucional y el ordenamiento jurídico y estatal de destino, aquella puede ser clasificada en *autónoma* y *heterónoma*.

La *revisión constitucional autónoma* caracterizase por ser producida íntegramente en el ámbito del ordenamiento jurídico a que se refiere, resultando íntegramente de una deliberación tomada por los órganos estatales respectivos.

A su vez, la *revisión constitucional heterónoma* defínese por tener su génesis en un ordenamiento jurídico distinto de aquél en que se destina a producir efectos, resultando de una actividad participada por autoridades extranjeras o internacionales.

A propósito de ésta distinción la duda que se plantea es la de saber como se compatibiliza la figura de la revisión constitucional heterónoma con la caracterización de la revisión constitucional como fenómeno que es expresión de la soberanía del Estado a que respeta.

La duda en lo fundamental es superable si consideráramos que la revisión constitucional heterónoma, aunque sea producida con la intervención de una autoridad extranjera o internacional, en todo caso su validación jurídica depende de su aceptación en el ámbito del ordenamiento jurídico a que se destina⁷⁴. Mediante la verificación en concreto de tal condición de aceptación de la revisión en el ordenamiento de destino (o de *repatriación* de acto) recuperase la exigencia de intervención soberana del Estado respectivo y así también

⁷⁴ Acrece que en términos prácticos las situaciones más divulgadas son de revisión constitucional *parcialmente* heterónomas. Véanse los ejemplos verificados en el post-1ª Guerra Mundial que se traducían en la previsión de una intervención de la Sociedad de las Naciones para autorización de algunas modificaciones constitucionales en ciertos ordenamientos, tales como los de los Estados sujetos a *mandato*. Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, *Sui limiti*, p. 170; ID., *Sull'agganciamento*; GIANNINI, *Tendenze Costituzionali*, p. 243; MIRKINE-GUETZEVITCH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, p. 73 y 109.

el cumplimiento de las exigencias conceptuales de la figura en cuestión.

6. Revisión constitucional declarativa y constitutiva

Del punto de vista de sus efectos sobre la orden constitucional, la revisión constitucional es siempre constitutiva en el sentido de que determina, por definición, al menos, una modificación textual de la Constitución formal.

No obstante, si se tuviera en cuenta particularmente el criterio de la innovación en la orden constitucional material entonces ya es posible considerar una distinción entre revisión constitucional *declarativa* y *constitutiva*.

La revisión constitucional declarativa representa el fenómeno mediante el cual se introduce en la Constitución en sentido formal normas antes ya vigentes y a las cuales se reconocía un valor constitucional, aunque no tuvieran hasta ese momento sido incorporadas en la Constitución formal. Es el caso por ejemplo de la revisión constitucional que inserta en la Constitución en sentido formal normas que eran antes representadas por un costumbre constitucional *praeter* o *contra legem*.

La revisión constitucional constitutiva, por su turno, representa el fenómeno mediante el cual se introducen en la Constitución nuevas determinaciones constitucionales, que antes no vigoraban -en absoluto o al menos con un valor constitucional- en el ordenamiento jurídico respectivo, teniendo en su base una deliberación constituyente radicalmente nueva.

CAPITULO IV

REVISIÓN CONSTITUCIONAL Y OTRAS
FIGURAS JURIDICAS

Sumário:

1. Razón de orden
2. Revisión constitucional, revolución y golpe constitucional
3. Revisión constitucional y novación constitucional
4. Revisión constitucional y modificación tácita de la Constitución
5. Revisión constitucional y interpretación constitucional.
6. Revisión constitucional y ruptura material de la Constitución
7. Revisión constitucional y suspensión de la Constitución

1. Razón de orden

El confronto de la figura de la revisión constitucional con otras figuras que le son proximas, sirve para se subrayar su diferencia especifica y para se trazar una frontera precisa entre figuras que tienen algunos puntos de contacto, pero que representan realidades juridicamente inconfundibles.

Imponese en éste punto particularmente confrontar y diferenciar la figura de la revisión constitucional con las de la revolución, del golpe constitucional, de la novación constitucional, de la modificación tácita de la Constitución, en general, de la modificación constitucional por via de interpretación, de la ruptura material de la Constitución y de la suspensión de la Constitución.

En ése confronto una atención especial irá para aquellas figuras que son más proximas de la revisión constitucional, mereciendo desde éste punto de vista especial atención el caso de la modificación tácita de Constitución.

2. Revisión constitucional, revolución y golpe constitucional

Empezando desde luego por confrontar la figura de la revisión constitucional con la de la revolución ⁷⁵, debemos

⁷⁵ Sobre la revolución, entre una bibliografía vastísima Cfr. PETER AMANN, *Revolution: a redefinition*, in *Political Studies Quarterly*, Marzo, 1962; PETER A. R. CALVERT, *A study of Revolution*, Oxford, 1970; HANNAH ARENDT, *On Revolution*, Nueva Iorque, 1963; BAECHLER, *Les phénomènes revolutionnaires*, Paris, 1978; BAUER, *Essai sur les révolutions*, Paris, 1908; BELING, *Revolution und Recht*, Augsburg, 1923; BERTRAN, *Widerstand und Revolution*, Berlín, 1964; CRANE BRITON, *The anatomy of Revolution*, Nueva Iorque, 1965; J. BORGES DE MACEDO, *Revolução*, in *Polis*, V, p. 540 ss; CAPOGRASSI, *La filosofia della rivoluzione*, in *RIFD*, 1930, p. 93ss.; CARDONE, *La teoria della rivoluzione*, in *RIFD*, 1932; CARR, *Studies on revolution*, London, 1960; CASTANHEIRA NEVES, *A Revolução e o Direito*, Lisboa, 1976; CATTANEO, *Il concetto giuridico di rivoluzione nella scienza del diritto*, Milano, 1960;

inmediatamente tener en cuenta que ambas ésas figuras se definen en radical contraposición.

La revolución puede ser definida como el fenómeno de radical cambio de un sistema político que atañe éste en sus elementos definidores esenciales y que se fundamenta en una legitimidad exterior a la orden constitucional hasta entonces establecida. Del punto de vista constitucional, la revolución determina regla general un cambio de Constitución, que se concreta sin observancia de las normas

CARLOS COSSIO, El concepto puro de Revolución, Barcelona, 1936; COTTA, Per un concetto giuridico di rivoluzione, in Studi di sociologia e politica in onore di L. Sturzo, Bologna, 1953, p. 471ss.; JOHN DUNN, Modern Revolutions an introduction to the analysis of a political phenomenon, Cambridge, 1972; J. M. DURÃO BARROSO, Ensaio sobre a gramática política das revoluções, in Prospectivas, nº 15-16, 1983, p. 79 ss; JACQUES ELLUL, De la revolution aux révoltes, Paris, 1972; M. GALVÃO TELES, O problema da continuidade da Ordem Jurídica e a Revolução Portuguesa, in BMJ, 345-1985, p. 11 ss; ID., A Revolução Portuguesa e a Teoria das Fontes de Direito, in Portugal - O Sistema, Lisboa, 1989, p. 561 ss; ARTHUR HATTO, Revolution -an enquiry into the usefulness of an historical term, in Mind, Outubro, 1949; GRAF ZU DOHNA, Die Revolution als Rechtsbruch und als Rechopfung Heidelberg, 1923 HERRFAHRDT, Revolution und Rechtswissenschaft, Greifswald, 1930; W. JELLINEK, Revolution und Reichsverfassung, in JOR, 1930-31; LASERSON, Revolution und Recht, in ZOR, 1929, p. 553ss.; LEVY-BRUHL, Le concept juridique de révolution, in Introduction à l' étude du droit comparé, Paris, 1938, vol II, 250ss.; LIET-VEAUX, La continuité du droit interne; essai d'une théorie juridique des révolutions, Paris, 1942; LIPSET, Revolution and counterrevolution, Nueva Yorque, 1963; JEAN MONNEROT, Sociologie de la révolution, Paris, 1969; PARESCÉ, Il concetto giuridico di rivoluzione, in La genesi ideale del diritto, Milano, 1938; PELLOUX, Le mot et l'idée de révolution, in RITD, 1952, p. 40ss.; PIERANDREI, La rivoluzione e il diritto, in Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto de la Economia, Diritto Sociale, 1952, p. 134ss.; AFONSO QUEIRÓ, Revolução, Verbo, XVII, p. 511 sigs; RAUSCHENBERGER, Die staatsrechtliche Bedeutung von Staatsstreich und Revolution, in ZOR, 1921, p. 125ss.; ROHATYN, Die juristische Theorie der Revolution, in RITD, 1929-30, p. 211ss.; SANTI ROMANO, L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione, in Scritti Minori, Milano, 1950, I, p. 107 ss; ID., Rivoluzione e Diritto, in Frammenti di un dizionario giuridico, Milano, 1947; SANDER, Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung, in ZOR, 1919-20, p. 132ss.; SCHHOENFELD, Die Revolution als Rechtsproblem, in AOR, 1927, p. 183ss.; ANDRÉ.VICENT, Les Révolutions et le Droit, Paris, 1974.

constitucionales definidoras del régimen de su modificación hasta ese momento vigentes, presuponiendo la substitución de la Idea de Constitución material que dominaba el ordenamiento constitucional y realizándose mediante la intervención de fuerzas o órganos que se reclaman de una legitimidad extraconstitucional^{76 77}.

La revisión constitucional distínguese de la figura de la revolución desde luego por no determinar un cambio de Constitución (formal o material), siendo antes pensada en función de la conservación de la Constitución, con su identidad propia.

Acrece que mientras que la revolución, por definición, se verifica en situaciones de anormalidad constitucional, la revisión constitucional destinase a operar en situaciones de normalidad constitucional.

Por fin es de subrayar que, distintamente de la vía revolucionaria que se aleja del derecho positivo en vigor y que no beneficia de cualquier previsión normativa, la revisión constitucional vincúlase al cumplimiento de las normas constitucionales vigentes definidoras de su régimen. La revisión constitucional, fundamentándose en la Constitución, es así favorecida por una legitimidad constitucional positiva y por una presunción de validez del acto que la concreta; la revolución, en contrapartida, busca legitimidad para sus actos directamente en el reconocimiento y aceptación por la

⁷⁶ En este concepto -para nosotros- cabe también la figura de la *restauración*, que se caracteriza por negar la pretensión de validez del Derecho inmediatamente precedente, reconociéndose la validez del Derecho que le ha antecedido. Sobre esta figura, considerando que se sitúa a medio camino entre la revolución y la ruptura Cfr. MIGUEL GALVÃO TELES, O problema da continuidade da ordem jurídica e a revolução portuguesa, in *BMJ*, 1985, nº 345, p. 38-39. Sobre el fenómeno de la restauración Cfr. N. ROGEIRO, Restauração, *Polis*, V, p. 512ss.

⁷⁷ En el sentido de que la revolución se opera mediante la violación de disposiciones relativas a la revisión de la Constitución vigente Cfr.: CARRÉ DE MALBERG, Contribution, II, p. 496; LIET-VEAUX, La fraude a la Constitución, *RDP*, 1943, p. 117 ss; ID, Essai d'une théorie juridique des révolutions, Paris, 1943, p. 64, 103 y 400. Además y en el sentido de que la revolución no es jamás legal Cfr. BERTRAM, Widerstand und Revolution, Berlin, 1964, p. 72 ss.

Sociedad a que se destina, o intenta afirmarse con base en la *fuerza*, pero siempre al margen de lo constitucionalmente antes establecido, siendo los actos que la determinan solamente validos en caso de suceso de la propia revolución.

b) Figura proxima -pero en todo caso distinta- de la revolución es la que corresponde al fenómeno del *golpe constitucional*, o sea al *fenómeno de modificación constitucional que se opera con violación de las normas vigentes definidoras del régimen de revisión constitucional, no determinando un cambio de Constitución formal o material y convalidandose a cubierto de una legitimidad extra constitucional.*

Relacionando conceptualmente los fenómenos del golpe constitucional y de la revolución tenemos que ambos implican la practica de un acto constituyente al margen de lo constitucionalmente establecido, distinguiendose todavia por el golpe constitucional, contrariamente a la revolución, no implicar un radical o mismo cualquier cambio de Constitución.

A su vez, la revisión constitucional distingue de la figura del golpe constitucional por estar constitucionalmente prevista y organizada y por su concretización deber operarse con vinculación al constitucionalmente establecido. La legitimidad en que, en principio, se basa la revisión constitucional -distintamente de lo que se pasa con el golpe constitucional- es una legitimidad constitucional positiva, derivada así de la propia Constitución modificada o a modificar.

Para aclararnos esta distinción debemos sin embargo subrayar que ella no es perjudicada por la posibilidad de existencia de revisiones constitucionales inconstitucionales ⁷⁸. Éstas verificanse cuando se acepta que se apliquen al acto de revisión respectivo las sanciones o valores jurídicos negativos de los actos inconstitucionales.

⁷⁸ Contra tal posibilidad, afirmando que la revisión constitucional o es "legal o no lo es" Cfr. HANS HAUG, Die Schranken, p. 169.

presentandose el acto de revisión constitucional siempre sometido a los parámetros de validez y a los controles establecidos en la propia Constitución. El *golpe constitucional*, de modo diverso, produce una modificación constitucional que se quiere plenamente eficaz y sustraída a la aplicación de las sanciones organizadas en el ordenamiento contra los actos inconstitucionales, aunque para tal haya que invocar una legitimidad extra-constitucional.

3. Revisión constitucional y novación constitucional

Distinta de las figuras de la revolución y del golpe constitucional, desde luego por no implicar desrespeto de la Constitución, es la de simples *novación constitucional*.

La *novación constitucional* representa el *fenómeno de cambio de Constitución o de pasaje de una Constitución a otra que se opera de acuerdo con las formas previstas en la propia Constitución cambiada y sin violación de sus disposiciones expresas*.

Tal novación puede ser material o formal, consonante determina un cambio de la Constitución material o simplemente de la Constitución formal ⁷⁹.

La novación constitucional (material o formal) puede representar el resultado de una secuencia de revisiones constitucionales o aún de la aplicación de otros procedimientos constitucionalmente previstos ⁸⁰.

La novación constitucional material puede aún ser determinada por un proceso histórico de interpretación evolutiva de la

⁷⁹ Para Autores como JORGE MIRANDA (Manual, II, p. 139-141) la figura de la novación constitucional material es calificada como *transición constitucional*, definiéndose ésta como la *passaje de una Constitución material a otra con observancia de las formas constitucionales, mediante un proceso de revisión, quizá, agravado -y así sin ruptura*.

⁸⁰ Maxime, en los casos de previsión constitucional de mecanismos de reforma total de la Constitución.

Constitución ⁸¹.

La figura de la revisión constitucional no debe ser confundida con la figura de la novación constitucional desde luego en el sentido de que simplemente puede representar un medio, entre otros, por el cual se puede favorecer la novación constitucional.

La revisión constitucional distingue además de la novación constitucional por no visar la substitución de la Constitución formal o material por una nueva, debiendo dar expresión a una idea de conservación plena de su identidad. Los elementos formales y de contenido esencial distintivos de una Constitución deben en vía de revisión constitucional ser mantenidos tal como se presentan en el momento en que se concreta.

Para compatibilizarnos las dos figuras importa que se tenga presente una distinción entre novación constitucional inmediata y mediata: la primera, presupone la intención constituyente de se cambiar de Constitución material o formal, mediante un solo acto con tal significación; la segunda, verificase de modo no intencional, resultando de un desarrollo histórico del ordenamiento constitucional y de una sucesión de actos, de la misma o de distintas naturalezas, con una proyección modificadora de la Constitución en sentido material o formal.

La novación constitucional inmediata no se compatibiliza con el concepto de revisión constitucional, ya que ésta por definición presupone una actitud respetuosa o de conservación relativamente a la Constitución. Solo impropriamente se podrá hablar de una novación constitucional inmediata operada por vía de revisión constitucional. Ahí no estaremos delante de una verdadera revisión constitucional, pero antes delante de un cambio de Constitución ⁸².

⁸¹ Es lo que se pasa particularmente con Constituciones de vigencia histórica muy prolongada. Véase particularmente el caso de la Constitución norteamericana que no podrá hoy ser entendida con rigor, como siendo materialmente la misma que fué producida en el año de 1787.

⁸² Valen aquí los argumentos antes invocados a propósito de la revisión total.

La novación constitucional mediata, a su vez, puede operarse mediante sucesivas revisiones constitucionales ⁸³. En cada uno de los momentos de ésa secuencia, la revisión constitucional es empleada interamente dentro de sus límites conceptuales, no se poniendo en causa la identidad que en su momento la Constitución presentaba. La revisión constitucional, mediatamente, puede así implicar una novación constitucional cuando represente un simple eslabón de la cadena de actos que de forma no planejada conduce a una nueva Constitución material o formal.

4. Revisión constitucional y modificación tácita de la Constitución

Otra figura jurídica con la cual no debe ser confundida la revisión constitucional es la relativa a la *modificación tácita de la Constitución* ⁸⁴. Ésta corresponde al *fenómeno mediante el cual una*

⁸³ En el sentido de que la novación constitucional material -o la transición constitucional- puede resultar de la utilización del proceso general de revisión constitucional, verificados ciertos requisitos, para renovación de principios fundamentales o para sustitución del régimen político Cfr. JORGE MIRANDA, Manual, II, p. 140. Contra tal posibilidad pronuncianse autores como LIET-VEAUX (La fraude, p. 116) y BURDEAU (Traité, IV, p. 266ss.) que invocan a propósito que se verifica una fraude a la Constitución.

⁸⁴ En sentidos no siempre interamente coincidentes, hablase también a propósito en modificaciones no formales de la Constitución o -como es más común en la doctrina germánica- en mutación constitucional (*Verfassungswandlung*). La expresión modificación tácita de la Constitución tiene sido más divulgada en la doctrina italiana.

Sobre la figura de la modificación tácita Cfr., en especial, nombradamente: BILFINGER, *Verfassungsumbehung*, AOR, XI, 1926, p. 173; HSU DAU-LIN, *Die verfassungswandlung*, Berlin y Leipzig, 1932; HEYDTE, *Stiller Verfassungswandel und Verfassungsinterpretation*, Archiv für Rechts -und Sozialphilosophie, XXXIX, 1950/51; GEORG JELLINEK, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlin, 1906; LABAND, *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, Dresden, 1895; LERCHE, *Stiller Verfassungswandel als aktuelles Problem*, Festgabe für Theodor Maunz, 1971, p. 287ss.; KARL LOEWENSTEIN, *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung*, Tübingen, 1931; ID., *Verfassungsrecht und Verfassungsrealität*, AOR, 1951-1952; PABLO LUCAS

*Constitución sufre alteraciones parciales y pretensamente definitivas que no se fundamentan en la aplicación de las normas definidoras del régimen de revisión constitucional y que no son acompañadas de la producción de normas de abrogación o de coordinación*⁸⁵.

La figura de la modificación tácita de las Constituciones puede concretarse de modos muy distintos, importando hacer a propósito, aunque con brevedad, una referencia a sus principales especies.

En éste sentido, podemos primeramente, teniendo presente la diversidad de orígenes de tales modificaciones, establecer una distinción entre *modificaciones derivadas de actos normativos*, resultantes de una actividad intencionalmente dirigida a la producción de nuevas normas jurídicas que interfieren con el sentido o mismo con la vigencia de normas de la Constitución, y *modificaciones derivadas*

VERDU, El problema de los cambios de la Constitución, Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político, Universidad de Salamanca, nº 6, 1955 (más recientemente, Curso de Derecho Político, vol IV, Madrid, 1984, p. 137ss); PIERANDREI, La Corte Costituzionale e le "modifiche tacite" della Costituzione, in Scritti di Diritto Costituzionale, I, Turin, 1965; PILOTY, Verfassungsänderungen ohne Änderung der Verfassungsurkunde, Deutsche Juristen Zeitung, 1923, p. 515; TOSI, Modificazione Tacita della Costituzione attraverso il diritto parlamentare, Milan, 1959; .

⁸⁵ En el sentido de que las modificaciones tácitas representan mutaciones constitucionales producidas sin cumplimiento del procedimiento ordinario de revisión Cfr. CONTINI, La Revisione Costituzionale, p. 312; PIERANDREI, La Corte Costituzionale e le "modifiche tacite" della Costituzione, in Scritti di Diritto Costituzionale, I, Turin, 1965; TOSI, Modificazione tacita della Costituzione attraverso il diritto parlamentare, Milan, 1959; PEDRO DE VEGA, Reforma Constitucional, p. 179.

En sentido algo distinto, BARILE-SIERVO (Revisione Costituzionale, p. 790) definen la "revisión tácita" como la revisión de las normas constitucionales actuada implícitamente mediante la aprobación de modificaciones constitucionales incompatibles con la manutención de la vigencia de normas constitucionales precedentes, sin que hayan sido producidas explícitamente normas de abrogación o de coordinación.

Más restrictivamente HESSE (Escritos, p. 91) define la mutación constitucional como el fenómeno mediante el cual se "modifica, de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales, de modo que la norma, considerando el mismo texto, recibe una significación diferente".

de hechos normativos, que resultan de hechos que constituyen precedentes a seguir y que, gañan una fuerza normativa ⁸⁶

En una otra perspectiva, complementaria de ésta, y que atiende a las fuentes de modificación, son de considerar:

- (i) las *modificaciones de fuente legal*, que actuan en el espacio dejado omiso o en abierto por las normas de la Constitución, por normas que o se limitan a fijar principios, o son ambeguas, o hacen remisión para la ley para efectos de su desarrollo, o que contienen la previsión de una forma de ley que es más solemne que el común de las leyes ordinarias a la cual está reservado el tratamiento de materia con dignidad constitucional⁸⁷;
- (ii) las modificaciones consuetudinarias, resultantes de la formación de costumbre praeter o contra constitutionem o de desuso ⁸⁸;
- (iii) las modificaciones convencionales, derivadas de convenciones constitucionales (o sea de acuerdos implícitos o explícitos, establecidos entre distintas fuerzas políticas, sobre el comportamiento a adoptar para se dar ejecución o actuación a determinadas normas constitucionales, legislativas o de

⁸⁶ Para ésta distinción Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, *La Constitution, comme loi fondamentale dans les Etats de l'Europe Occidentale*, Turin, 1966, p. 60; ID., *Derecho Constitucional*, p. 284ss.; MORTATI, *Costituzione dello Stato*, p. 197 ss; PEDRO DE VEGA, *Reforma Constitucional*, p. 190; PIERANDREI, *La Corte Costituzionale*, p. 93 ss; .

⁸⁷ Véase el caso, previsto en ciertos ordenamientos jurídicos (tales como el italiano), de las *leyes organicas* y de las *leyes constitucionales* no derivadas de proceso de revisión constitucional.

⁸⁸ JELLINEK [*Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlin, 1906, p. 21 ss.(en la traducción esp., *Reforma y Mutación de la Constitución*, p. 45 ss)], en una referencial al desuso, ha considerado la existencia de mutaciones constitucionales por no ejercicio. HSÜ DAU-LIN (*Die Verfassungswandlung*, Berlin y Leipzig, 1932, p. 152 ss.) ha insistido en tal sentido hablando de mutaciones por la imposibilidad del ejercicio, o por desuso, de las competencias y atribuciones establecidas en la Constitución.

- reglamentos parlamentarios⁸⁹) y traductoras de una ampliación, reducción o anulación del alcance práctico de normas de la Constitución;
- (iv) las modificaciones derivadas de normas de *corrección constitucional*, observadas generalmente en las relaciones entre órganos políticos o entre los elementos que componen éstos órganos⁹⁰ y que traducen un tipo de relacionamiento interorganico distinto de lo que se encuentra previsto en la Constitución;
- (v) las *modificaciones judiciales*, que resultan de decisiones jurisprudenciales que hacen una interpretación evolutiva de las normas constitucionales o que se alejan (o contrarian mismo el sentido) de lo que resulta literalmente de la Constitución;

De acuerdo aún con este criterio podemos, por último, establecer la distinción entre *modificaciones constitucionalmente imprevistas y autorizadas*, que se dan cuando las Constituciones, respectivamente, no contemplan o aceptan que se concretize su

⁸⁹ En éste sentido Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 949.

Puede acrecentarse a la noción dada, para que mejor se distingan las *convenciones* de la *costumbre*, que aquellas son simples reglas que establecen prácticas políticas pero carentes de todo tipo de coercibilidad jurídica. Como ha defendido JENNINGS (*The Law and the Constitution*, Londres, 1938, p. 131) "the convention may be broken with impunity". Este Autor esclarece aún que "the conventions presuppose the law" (p. 82).

Sobre esta noción véase: G. UGO RESCIGNO, *Le Convenzioni Costituzionali*. Padova, 1972, p. 166 ss, que acrecenta que las reglas convencionales se fundamentan en un solo precedente, se gestan por pocos sujetos (que ocupan situaciones de poder) y no necesitan del transcurso del tiempo para poder ser consideradas como tales.

⁹⁰ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 950. A propósito de la corrección constitucional Cfr. SANTI ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale*, *Scritti Minori*, I; HORWILL, *The Usages of the American Constitution*, Oxford, 1925; BISCARETTI DI RUFFIA, *Le norme della correttezza costituzionale*, Milan, 1939; POVINA, *Costumbres y usos constitucionales*, Tucumán, 1950; PIERANDREI, *La Corte Costituzionale*; TESAURO, *La consuetudine costituzionale e le norme di correttezza costituzionale*, Studi Orlando, 1956.

modificación mediante forma y procedimiento distinto de lo aplicable a la revisión constitucional ⁹¹ ⁹².

La caracterización de la figura de las modificaciones tácitas pasa -mismo en una breve exposición del problema, como es la que ahora hacemos- por la consideración del problema de su valor jurídico.

El problema plantease sobretodo cuanto a las modificaciones tácitas constitucionalmente imprevistas, que entran en abierta y flagrante contradicción con lo dispuesto en la Constitución.

En este particular podemos defender que, en principio, tales modificaciones tácitas inconstitucionales, aunque no puedan retirar su fuerza jurídica de la Constitución, son susceptibles de ser acogidas por el ordenamiento jurídico, convalidandose con arreglo a una base de legitimación extra-constitucional.

Tal conclusión es desde luego de aceptar en lo que respeta a la costumbre constitucional *contra constitutionem*, por esta tener, por naturaleza, una legitimidad indiscutible, que se vincula a la *opinio juris* que le está insita, o a su reconocimiento por la Sociedad a que se destina ⁹³

⁹¹ En este sentido, a propósito de las modificaciones tácitas autorizadas en la Constitución italiana, pronunciese CICONETTI (Revisione Costituzionale, p. 12-13), que invoca los ejemplos: del artículo 132, que admite que mediante ley constitucional se proceda a la fusión de regiones existentes o a la creación de nuevas regiones, modificando el elenco de regiones italianas contenido en el artículo 131; y también el ejemplo del artículo 71, que admite que mediante ley constitucional se altere el elenco de los sujetos a los cuales el poder de iniciativa legislativa es atribuido. Cfr. aún: ESPOSITO, Costituzione, leggi di revisione della Costituzione e "altri" leggi costituzionali, p. 204.

⁹² Más compleja es la cuestión de saber se las normas internacionales sucesivas a la entrada en vigencia de la Constitución determinan por si solas una modificación tácita de la Constitución. La respuesta a ésta cuestión depende de la consideración de la realidad específica de cada ordenamiento, razón por la cual dejaremos éste punto para ser tratado *infra*.

⁹³ El mismo argumento es de invocar, por mayoría de razón, cuando consideramos el costumbre *praeter legem*. Contra éste entendimiento pronunciese PEDRO DE VEGA (Reforma Constitucional, p. 198) diciendo: "aspirar a convertir la costumbre en fuente legitimadora de las transformaciones constitucionales con el

Lo mismo ya no se podrá decir sin más de las *modificaciones convencionales y de corrección constitucional*, y también, en principio, del *derecho judicial en materia constitucional*, cuando se revelen *contra constitutionem*. Es que, en todos éstos casos, las modificaciones constitucionales son producidas con la intervención de un número restringido de entidades, considerándose vinculados a su cumplimiento simplemente las entidades que participan en su formación. La legitimidad y el consecuente valor jurídico de ésas modificaciones solamente será de aceptar, delante de su aceptación (o presunción de aceptación) generalizada en la Sociedad

alegato de que, en cuanto expresión inmediata y autónoma del espíritu de pueblo (*volksgeist*), encarnaría mejor el principio democrático que cuando éste se ejercita a través de un poder constituyente artificial, no pasa de ser una simple argucia que, lejos de justificar los cambios del ordenamiento, lo que en realidad pretende es destruir los fundamentos de la organización constitucional”.

Siguiendo también el entendimiento de que la costumbre constitucional *praeter y contra constitutionem* representa algo de inconstitucional y así inaceptable Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 948

A su vez, K. HESSE (*Escritos*, p. 23) defiende que la vinculación a la Constitución escrita no excluye un Derecho Constitucional no escrito. Pues tampoco su fijación en un documento constitucional convierte a la Constitución en un sistema “sin lagunas”; por el contrario, necesita ser completada por medio de Derecho Constitucional no escrito, el cual, sin embargo, a causa de su función solo complementadora, jamás puede surgir y mantenerse desvinculado de la Constitución escrita, sino que siempre lo hará en forma de desarrollo y perfeccionamiento de la Constitución escrita y en consonancia con tales principios. La función de la Constitución escrita impide imponerse al Derecho constitucional escrito invocando un Derecho Constitucional no escrito.

Más próxima de la posición que defendemos es la orientación seguida por JORGE MIRANDA (*Manual*, II, p. 120 ss) que subraya que no se pueden cerrar los ojos a la vida a punto de aseverar que la costumbre *contra constitutionem* no existe. Para que mediante costumbre caiga en desuso una norma constitucional o para que sea substituida por otra tiene de haber la consciencia de que no se trata de simple derogación por momentánea necesidad; tiene de haber la consciencia de que un nuevo sentido es adoptado para valer en situaciones futuras idénticas y de que éste sentido genérico o generalizante no tiene o ya no tiene el señal de la inconstitucionalidad; y ésa consciencia no puede ser simplemente entre los titulares de los órganos del poder, tiene de manifestarse entre los ciudadanos y traducirse en un mínimo de aceptación por parte de éstos.

y en el ordenamiento en causa ⁹⁴.

El *derecho judicial contra constitutionem* con todo puede ya ser aceptado sin reserva, como legítima forma de modificación tácita de la Constitución, cuando tenga vigencia en el ordenamiento la *regla del precedente judicial* en materia constitucional. Por vía de tal regla la legitimidad y el valor jurídico de aquel derecho es adquirida.

En síntesis podemos decir que las modificaciones tácitas constitucionalmente imprevistas y abiertamente *contra constitutionem* tienen de buscar su legitimidad en fuente distinta de la Constitución, sea directamente en la opinión pública sea en las propias circunstancias que se presenten como favorecedoras de un consenso en torno de lo que se busca modificar en la Constitución ⁹⁵.

Confrontando la figura de la modificación constitucional tácita con la revisión constitucional, sin embargo de podermos luego afirmar que ambas las figuras intentan responder a las exigencias de la evolución constitucional, cumple tener presente que la frontera exacta que las separa varía de ordenamiento para ordenamiento en función de los requisitos de cualificación de la revisión constitucional en ellos establecidos o, más en general, de los datos de derecho positivo vigentes en materia de modificación de la Constitución o aún de las prácticas verificadas a propósito. Mismo así, al nivel teórico, es posible trazar una distinción entre revisión constitucional y

⁹⁴ Es cierto que también la costumbre constitucional regla general tiene como su creador los titulares de los órganos de poder público. La diferencia, sin embargo, está en que la costumbre es completada por una *opinio juris* en la formación de la cual participa ya la Sociedad o Comunidad respectiva.

⁹⁵ Su legitimación puede darse en circunstancias tales que poderían ellas mismas facilitar el recurso a la revisión constitucional propiamente dicha -nombradamente en términos de posible verificación de las mayorías exigidas para tanto por la Constitución.

El recurso a la modificación informal puede traducir simplemente la consideración de la inconveniencia o inoportunidad de la revisión constitucional en cierto momento. Lo que no deja de ser, en todo caso, es un fenómeno exterior a la Constitución que se refiere a una otra fuente legitimadora y convalidadora. V. J. PEREZ ROYO, *Reforma de la Constitución*, p. 102.

modificación constitucional tácita con base en la consideración de que:

- (i) la revisión constitucional concretase en vista del texto de la Constitución, no se presentando -como se pasa en muchos casos de modificación tácita- desarraigada formalmente de ella;
- (ii) la intención de alteración de la Constitución debe en la revisión constitucional quedarse patentizada o de algun modo expresada en el acto que la contiene, no bastando que decurra tácitamente de los términos del acto o de elementos a él exteriores *6;
- (iii) la revisión constitucional realizase de acuerdo con el proceso al efecto previsto en la Constitución, al paso que la modificación constitucional tácita concretase regla general mediante procedimientos no especialmente referidos a la alteración de la Constitución;
- (iv) a la revisión constitucional solamente sirve una fuente específica de revelación, mientras que la modificación tácita puede ser formalmente indiferenciada;
- (v) las legitimidades en que ambas figuras sustentan su fuerza jurídica son en la mayoría de los casos distintas, pidiendo la revisión constitucional siempre una legitimidad constitucional y pudiendo la modificación constitucional tácita hacer apelación a una legitimidad extra-constitucional.

Relacionando aún las dos figuras podemos por fin subrayar -siguiendo PEDRO DE VEGA- que practicamente aparecen "como términos en cierta manera complementarios y excluyentes. En la medida en que un ordenamiento se vea sometido a reformas continuas, la mutación dejará de tener sentido. Y a la inversa, en la medida en que la reforma se contemple con recelo y no se recurra a ella, proliferarán

*6 En los casos en que las revisiones constitucionales se formalizan mediante, por ejemplo, *actos adicionales* o *leyes constitucionales*, no se obligando a insertar las alteraciones introducidas en la Constitución en los locales propios de su texto ni a identificar los artículos modificados, no hay que hablar en *modificación tácita*. En éstos casos la forma del acto retira la naturaleza tácita al acto de modificación.

ineluctablemente como sustitutivos las mutaciones constitucionales”⁹⁷.

5. Revisión constitucional y interpretación constitucional

La interpretación de las normas constitucionales⁹⁸ relacionase, desde luego, en el capítulo de las vicisitudes constitucionales, con las ya estudiadas figuras de la revisión

⁹⁷ Cfr. PEDRO DE VEGA, *Reforma Constitucional*, p. 181.

⁹⁸ Sobre la interpretación constitucional entre tantos Cfr. ENRIQUE ALONSO GARCIA, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984; MANUEL ARAGÓN, *La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional*, in REDC, 17, 1986; G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, 2ª ed., Padova, 1990; E. W. BÖCKENFÖRDE, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976, p. 2089 ss.; CARMELO CARBONE, *L'interpretazione delle norme costituzionale*, Padova, 1951; K. CHRYSOGONOS, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung zur Methode der Verfassungsinterpretation bei der Normenkontrolle*, Berlin, 1987; E.FORSTHOFF, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, 1961; HABERLE, *Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung*, in *Zeitschrift für der Schweizerische Recht*, 1978 (o, in *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlin, 1978); HEYDTE, *Stiller Verfassungswandel und Verfassungsinterpretation*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, XXXIX, 1950/51; HESSE, *Escritos*, p. 35 ss.; M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2ª ed., 1976; LERCHE, *Stiller Verfassungswandel als aktueller Politikerm*, p. 285 s; PIETRO MEROLA CHIERCHIA, *L'interpretazione sistematica delle Costituzione*, Padova, 1978; F. MÜLLER, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, 1966; ID., *Juristische Methodik*, 2ª ed., 1976; *Probleme der Verfassungsinterpretation*, ed. de R. DREIER y F. SCHWEGMANN, 1976, p. 329 ss.; F. OSSENBÜHL, *Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, *ibid*, p. 2100 ss.; ANTONIO PENSOVECHIO LI BASSI, *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Milano, 1972; PIERANDREI, *L'interpretazione della Costituzione*, *Studi Luigi Rossi*, Milano, 1952; SANTI ROMANO, *Interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, *Scritti Minori*, Milano, 1950, p. 93 ss; P. SCHNEIDER y H. EHMKE, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, 20, 1963, p. 1 ss., 53 ss.; E. STEIN, *Juristische Auslegungslehren und wissenschaftliche Methodik*, in *Recht im Dienst des Friedens*, *Festschrift für E. Menzel*, 1975, p. 3 y ss.; ZAFRA VALVERDE, *La interpretación de las Constituciones*, in *Revista de Estudios Politicos*, nº 180, Diciembre-1971, p. 49 ss.

constitucional indirecta y de la modificación tácita de las Constituciones. La problemática de la relación entre interpretación y revisión constitucional, por sus múltiples incidencias, obliganos a ir más lejos, teniendo presente que la interpretación constitucional representa un instrumento fundamental de "concretización" de la Constitución (HESSE), que permite que la Constitución sea lo que realmente es y evolucione de acuerdo con las exigencias dictadas por las circunstancias. Específicamente hay a considerar que la Constitución por tener un contenido "abierto al tiempo" (HESSE), está sujeta a modificaciones, que se operan inmediatamente por la vía de cambios de interpretación de normas o de evoluciones de interpretación, y primero que todo en resultado de cambios en las relaciones en las que la Constitución se concreta. Estas relaciones sufren alteraciones y con tales alteraciones debe cambiar la interpretación de las normas constitucionales que a ellas se refieren. En otros términos, tenemos de esperar que mediante la interpretación de la Constitución -y hasta el punto donde esta pueda ir- se produzcan modificaciones constitucionales correspondientes a los cambios en las realidades normadas^{99 100}.

⁹⁹ Cfr. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Karlsruhe, 1977, p. 12 y 17 ss; ID, *Grenzen der Verfassungswandlung*, in *Festschrift für U. Scheuner zum 70 Geburtstag*, Berlin, 1973, p. 123-141; ID, *Die Normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, 1959, p. 15. Véase: *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, 1983.

¹⁰⁰ En sentido próximo, P. HABERLE, hablando de un proceso público que se asocia a un desarrollo ulterior dinámico de las normas constitucionales, esclarece que la interpretación constitucional representa, juntamente con otros medios (maxime: con la revisión constitucional), un instrumento de adecuación de la Constitución a los tiempos, favoreciendo que se mantenga como constitución "pública" o "abierta" (*Zeit und Verfassung*, in *Zeitschrift für Politik*, 1974, p. 135).

Desarrollándose por vía interpretativa las potencialidades del texto constitucional, llegase a final a reconocer que la interpretación se asume como determinante de mutaciones constitucionales y así -tal como la reforma constitucional- como una forma de manifestación del poder constituyente entendido en sentido amplio (*Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung*, in *Zeit. für der Schweizerische Recht*, 1978, p. 17, 20 y 27).

Distintas formas de interpretación pueden tener un efecto modificativo de la Constitución, cabendo referir a propósito, especialmente, los casos de la interpretación evolutiva fundada en un cambio en la realidad sobre la cual las normas constitucionales se destinan a actuar, de la interpretación derivada de un cambio de significado de las palabras del texto constitucional y de la interpretación sistemática realizada delante de una nueva norma constitucional o de la alteración, de la eliminación de una norma constitucional en la secuencia de una revisión constitucional ¹⁰¹.

La modificación constitucional por vía interpretativa distínguese de la revisión constitucional por tener como límite el elemento literal de las normas constitucionales sobre que inciden y por no implicaren cualquiera alteración formal en la Constitución ¹⁰². La revisión constitucional representa entonces una modificación constitucional más profunda que la modificación constitucional por vía interpretativa, estando ésta sujeta a más estrictos condicionamientos.

Como defiende HESSE, "donde acaba la posibilidad de una comprensión lógica del texto de la norma o donde una determinada mutación constitucional parecería en clara contradicción con el texto de la norma, concluyen las posibilidades de interpretación de la norma". La cuestión de la reforma constitucional aparece entonces, exclusivamente, en el momento en que la elasticidad y el carácter abierto de la Constitución no son suficientes para enfrentarse con el problema que se plantea ¹⁰³.

¹⁰¹ En este último caso, la actividad interpretativa tiene como resultado el apuramiento de situaciones de revisión constitucional indirecta. Sobre éste punto V. supra.

Hablando a propósito de revisión indirecta como forma particular de interpretación sistemática, y encuadrando tal figura en el campo de las modificaciones tácitas Cfr. JORGE MIRANDA, Manual, II, p. 138.

¹⁰² Para HABERLE (Zeit, p. 122 y 133) las dos figuras no se diferencian tanto desde un punto de vista cualitativo. Diferenciarse más ex ante que ex post y más en la estructura formal que en el resultado práctico.

¹⁰³ Cfr. HESSE, Escritos, p. 51-52 y 109. En sentido próximo pronúnciase HABERLE, esclareciendo que la revisión constitucional debe ser preferida a la

Delante de esta consideración, y en lo que respecta a las relaciones entre la revisión constitucional y la modificación constitucional por vía interpretativa, cabe referir que ésta última, en la medida en que prácticamente se agoten sus virtualidades, permite una optimización del fundamento y fin justificadores de la revisión constitucional. La modificación por vía interpretativa permite que la revisión constitucional se presente como una vía *extraordinaria* de modificación de la Constitución, permitiendo que funcione principalmente donde ya no es posible utilizar las fórmulas constitucionales para que la Constitución se concrete ¹⁰⁴. La revisión constitucional será así -tal como debe ser por naturaleza- una “válvula de escape”, la *ultima ratio* -y no la primera y más importante vía- de desbloqueo constitucional ¹⁰⁵.

6. Revisión constitucional y ruptura material de la Constitución

La ruptura material de la Constitución consiste en el establecimiento, en vista de situaciones especiales y determinadas (concretas o mismo individuales), de derogaciones a la aplicación de normas de la Constitución, determinando una excepción, de vigencia temporaria o pretensamente definitiva, delante de principios o reglas constitucionales que, sin embargo, mantienen su aplicación cuanto a la generalidad de las demás situaciones que caben en su previsión ¹⁰⁶.

mutación por vía interpretativa cuando ésta llegue a ser disfuncional, o sea cuando implique una sobrecarga del sistema o cuando se impongan cambios más radicales (Zeit, p. 136-137).

¹⁰⁴ En este sentido HABERLE, reconociendo todavía un mayor latitud de acción a la interpretación, subraya que la interpretación de la Constitución puede hacer superfluas determinadas reformas constitucionales (Zeit, p. 136).

¹⁰⁵ En éste sentido Cfr. PÉREZ ROYO (Reforma de la Constitución, p. 114) que esclarece que la reforma es simplemente la garantía excepcional del pacto constitucional y el recurso último de adecuación del texto constitucional a la realidad cuando no bastan los demás.

¹⁰⁶ Sobre la figura de la ruptura material de la Constitución (quebrantamiento o

Tratase de una figura jurídica pensada a partir de la extensión del concepto de especialidad también al sector constitucional¹⁰⁷, que puede ser fundamentada en la necesidad de se corregir una excesiva abstracción de algunas disposiciones constitucionales¹⁰⁸.

La ruptura material de la Constitución puede concretarse luego en la versión originaria de la Constitución, sin embargo de se poder operar también en vía de revisión constitucional^{109 110}.

derogación constitucional), además de la bibliografía general y de la ya indicada sobre la figura de la modificación tacita Cfr. aún: BARILE, Potere costituente, p. 447; BARILE-DE SIERVO, Revisione della Costituzione, p. 788ss.; BON VALSASSINA, Le rotture della Costituzione nell'ordinamento statunitense, Padova, 1961; CICONETTI, Revisione Costituzionale, p. 29 ss.; EHMKE, Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin, 1953; ID. Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung, in AOR, p. 385; ESPOSITO, La validità delle leggi, Padova, 1934, p. 213ss.; JACOBI, Reichsverfassungsänderung, in Die Reichsgerichtspraxis in deutschen Rechtsleben, Berlin y Leipzig, 1929; G. JELLINEK, Gesetz und Verordnung, Freiburg, 1897; W. JELLINEK, Das verfassungsänderndes Reichsgesetz, in Handbuch des deutschen Staatsrechts, Tübingen, 1932, II, p. 182 ss.; JESELSON, Begriff, Arten und Grenzen der verfassungsänderung, Heidelberg, 1931; LEIBHOLZ, Die Verfassungsdurchbrechung, in AOR, 1932, p. 1ss.; LOEWENSTEIN, Erscheinungsformen der Verfassungsänderung, Tübingen, 1931; MORTATI, Costituzione, cit., p. 191ss.; MOTZO, Disposizioni di revisione materiale e provvedimenti di rottura della Costituzione, p. 323ss.; PEREZ ROYO, Reforma de la Constitución, p. 87; SCHLUETER, Das verfassungsdurchbrechende Gesetz, Göttingen, 1937; VIRGA, La revisione costituzionale, p. 101 ss.; .

¹⁰⁷ En éste sentido Cfr. BARILE-SIERVO, Revisione Costituzionale, p. 788.

¹⁰⁸ En este sentido Cfr. SCHLUETER, Das Verfassungsdurchbrechende Gesetz, p. 28 ss..

¹⁰⁹ La Constitución originaria o la revisión constitucional son además los medios propios para se dar expresión a las rupturas materiales de la Constitución. En el sentido de que la experiencia patentiza ésto claramente Cfr. JORGE MIRANDA Manual, II, p. 135-136. Este Autor, considera aún como vía de operación de tales rupturas, las practicas inconstitucionales que no sean objeto de anulación o de otra forma de fiscalización eficaz, (p. 137).

En el sentido de que en Constituciones democraticas la formalización constitucional de las rupturas tiene también un significado material, relacionandose el principio de la reducción textual de cualquiera modificación o derogación de la Constitución con el principio de la publicidad y de la cognoscibilidad de la vida del Estado, Cfr. EHMKE, Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung, in

La revisión constitucional aunque pueda ser un medio de concretización de una ruptura material de la Constitución, ni por éso se confunde con ésta.

La revisión constitucional tiene una expresión formal que hace falta a la ruptura material de la Constitución; ésta representa simplemente una substancia o contenido posible de cualquier tipo de acto constituyente, no siendo ella misma o por si misma un acto.

7. Revisión constitucional y suspensión de la Constitución

Por fin cumple que consideremos la figura de la *suspensión constitucional*, la cual se define con referencia al *fenómeno mediante el cual se determina, con efectos temporalmente limitados, la pérdida de la vigencia de una Constitución o la no aplicación de normas constitucionales vigentes, proveendose a situaciones actuales de excepción o de anormalidad constitucional y intentandose dar*

AOR, 1953, p. 388.

¹¹⁰ En sentido favorable a la admisión de introducción de rupturas de la Constitución por vía de revisión constitucional invocase el argumento de que *quién puede el más, puede también lo menos*, que lo mismo es decir que se mediante la revisión constitucional se pueden sobrepasar ciertas disposiciones de la Constitución, también mediante tal figura será posible introducir rupturas en las mismas disposiciones constitucionales. Así, Cfr. por ejemplo: JESELSON, Begriff, Arten und Grenzen der Verfassungsänderung, p. 47. Sobre argumentos a favor y contra la admisibilidad de rupturas, pronunciándose a favor de la existencia de leyes constitucionales concretas, desde que no crien una disciplina contraria a las normas que directa o indirectamente respetan a la materia insusceptible de revisión y pronunciándose contra la admisibilidad incontrolada de rupturas, por implicar manipulaciones constitucionales, conducentes a un *conglomerado de rupturas* constitutivas de una otra Constitución, substancialmente distinta de la Constitución diseñada por el poder constituyente Cfr. GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional 3ª ed., Coimbra, p. 137, p. 778-779. JORGE MIRANDA (Manual, II, p. 137), considera inadmisibles las derogaciones supervenientes de principios, admitiendo sin embargo derogaciones de reglas, que no sean principios. Sobre la discusión en torno de la admisibilidad de las rupturas Véase además: CICONETTI, Revisione Costituzionale, p. 35 ss; PEDRO DE VEGA, Reforma Constitucional, p. 167 a 173.

respuesta a un imperativo de conservación o de salvaguardia de la existencia del propio ordenamiento a que respeta ¹¹¹ ¹¹².

Caracterizase esta figura por poder concretarse tanto en términos previstos en la propia Constitución (maxime: sujetandose al régimen constitucional del estado de excepción), como mal grado una omisión constitucional al respeto ¹¹³. Como nota *Barile-Siervo* ¹¹⁴,

¹¹¹ Distintamente de lo que hacen algunos autores, separamos la figura de la suspensión de la Constitución de la figura de la ruptura material de la Constitución, teniendo para tanto en cuenta que aquella, en puntos en que no se confunde con ésta:

(i) destinase a proveer a situaciones de urgencia;

(ii) son de efectos mucho más temporáneos;

(iii) su ambito de aplicación es definido con referencia a todo o parte del territorio del Estado en causa;

(iv) en su ambito territorial de aplicación, las normas constitucionales suspendidas dejan de producir efectos, no habiendo situaciones relativamente a las cuales deban continuar a ser aplicadas.

Reconduce la ruptura de la Constitución a la suspensión, por ejemplo, JACOBI, *Reichsverfassungsänderung*, p. 271. Por su vez, reconduce la suspensión de la Constitución a la ruptura de la Constitución, por ejemplo, LEIBHOLZ, *Die Verfassungsdurchbrechung*, p. 25 ss..

JORGE MIRANDA (*Manual*, II, p. 133) pronunciasse en el sentido de que la suspensión parcial de alcance individual, concreto o excepcional representa derogación (quebrantamiento o ruptura material). Sin embargo acrecenta este Autor que solamente la suspensión parcial de la Constitución de alcance general y abstracto, en la forma de la propia Constitución -como acontece en estado de necesidad- representa un concepto autónomo.

Para una distinción de éstas dos figuras v. PEDRO DE VEGA, *Reforma Constitucional*, p. 173-174. Este Autor subraya en todo caso que la suspensión constitucional y la ruptura de la Constitución coinciden en que introducen en el ambito del Derecho Constitucional los conceptos de especialidad y de excepción.

Distinguen estas dos figuras además, por ejemplo: SCHMITT, *Teoria*, p. 125 y 126 y EHMKE, *Grenzen*, p. 401, nota 61.

En general sobre esta distinción Cfr. CICONETTI, *Revisione Costituzionale*, p. 43.

¹¹² En este ultimo sentido, MORTATI, habla de "necessità istituzionale" [Cfr. *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XI, 1962, p. 196]. En el sentido del texto V. también BARILE-SIERVO *Revisione Costituzionale*, p. 789

¹¹³ BARILE y SCHMITT defienden que la suspensión de la Constitución es un acto de soberania, y de ahí concluyen que la unica suspensión admisible de la Constitución es la prevista en su propio texto. Para nosotros esta conclusión es de seguir cuando la Constitución prevea la figura de la suspensión, pero ya no cuando

“mismo en el caso de una explícita admisibilidad y regulamentación de las suspensiones constitucionales, las actividades jurídicas relativas se desarrollarán inspirándose solo en las grandes líneas a éso indicadas por el sistema constitucional vigente, ya que sufrirán el influjo de una tal complejidad de factores que no pueden ser explícitamente previstos en el ordenamiento constituido”.

Esta figura comprendese con referencia a una idea de urgencia de regularización de situaciones de anormalidad constitucional mediante nombradamente regulaciones extraordinarias que dejen intocada la Constitución, en cuanto instrumento de regulación de situaciones de normalidad constitucional.

La revisión constitucional distínguese de la suspensión de la Constitución desde luego por no ser pensada en vista de la producción de efectos transitorios, ni intentar acudir a exigencias simplemente circunstanciales, ni le asistir una intención de paralizar una Constitución o la producción de efectos de sus normas. Destinase antes a desarrollarla o actualizarla, optimizandola. La suspensión de la Constitución presupone un fracaso de la Constitución, desde el punto de vista de su capacidad para regular situaciones excepcionales de la vida ¹¹⁵; contrariamente, la revisión constitucional visa prevenir ulteriores fracasos de la Constitución. Acrece que la revisión constitucional ocurre (o debe ocurrir en principio) en situaciones de normalidad constitucional y siempre con estricta vinculación al constitucionalmente determinado.

la Constitución es a propósito omisa. Delante de tal omisión, el Estado y el ordenamiento no pueden quedarse sin defensas contra las situaciones de anormalidad constitucional. De ahí que la suspensión constitucional sea de admitir en tales casos aunque somentendola a un régimen compatible con los principios fundamentales de organización del poder político contemplados en la Constitución.

¹¹⁴ Ob. loc. cit.

¹¹⁵ Como observa BARILE-SIERVO (*Revisione Costituzionale*, p. 789) es de hecho conceptualmente imposible que cualquier eventualidad sea prevista y regulada por un régimen constitucional: habrá siempre situaciones en las cuales deberán emerger las fuerzas políticas existentes para llenar aquellos espacios dejados en abierto delante de una ausencia de previsión constitucional.

CAPITULO V

EL PODER DE REVISIÓN
CONSTITUCIONAL

Sumário:

1. *Noción de poder de revisión constitucional*
2. *Origen del poder de revisión constitucional*
3. *Poder de revisión constitucional y legitimidad*
4. *Poder de revisión constitucional y poder constituyente originario*
5. *La titularidad del poder de revisión constitucional*
6. *Poder y competencia de revisión constitucional*
7. *Poder de revisión constitucional en sentido formal y material*
8. *El órgano de revisión constitucional*
9. *La naturaleza del poder de revisión constitucional*

1. La noción de poder de revisión constitucional

La expresión “poder de revisión constitucional” es correntemente utilizada con significaciones distintas, nombradamente para expresar una idea de *función*, para traducir los conceptos de *competencia*, para representar una realidad organica o aún para expresar un conjunto de *medios* de actuación ¹¹⁶. El poder de revisión constitucional debe ser comprendido con ésas diversas significaciones, pero no puede ser definido aisladamente con referencia a una o algunas de ellas. Para su concepto, complejamente, deben convergir todas ésas significaciones. En esta orden de consideraciones, entendimos ser de representar, el *poder de revisión constitucional* como la *posición jurídica constitucionalmente consagrada, que es reconocida a cierta entidad, normalmente al Estado, y que le permite, por medio de órganos suyos, introducir alteraciones parciales en una Constitución formal, actuandose los mecanismos al efecto en esta especialmente previstos.*

En los términos de ésta definición, el poder de revisión constitucional presentase como un poder con tres características fundamentales: (i) es un poder de origen constitucional; (ii) es un poder estatal y (iii) configurase como una competencia dispositiva constituyente.

Intentaremos analizar de seguida cada una de éstas sus características, planteando aún algunas cuestiones con ellas conexas y en especial las (i) de la consagración constitucional implícita del poder de revisión constitucional, (ii) de su legitimidad, (iii) de la relación que intercede entre este poder y el poder constituyente originario, (iv) de la posición del pueblo o de la nación y (v) de los órganos de revisión

¹¹⁶ La diversidad apuntada asociase a la disparidad de significados lingüísticos que tiene la expresión “poder” y que puede aún ser agravada se tuviermos en cuenta los distintos “términos de poder” (R.Dahl) que en multiplas circunstancias o discursos son empleados. Sobre ésto punto Cfr. nuestro estudio: “Sobre el concepto de poder”, in E & D, nº 4, p. 49.

constitucional. Por fin, y en un aspecto que abarca la realidad del poder de revisión constitucional en su complejidad analizaremos el problema de su naturaleza constituyente.

2. Origen del poder de revisión constitucional

a) La cuestión de la origen del poder de revisión constitucional consiste en saber cual es el fundamento y la condición fundamental o primigenia de su existencia jurídica. En otros términos, cuidase de saber cual es la realidad mediante la cual un poder es admitido en un ordenamiento jurídico como poder de revisión constitucional, de la cual retira determinadamente fuerza para existir y sin la cual no existe jurídicamente en cuanto tal.

Planteandose así la cuestión tenemos que la origen del poder de revisión constitucional, por definición, no puede dejar de estar en la propia Constitución formal ¹¹⁷. A la Constitución formal pertenece preveer la existencia del poder de revisión constitucional. Solamente de la Constitución formal puede éste poder retirar su fuerza jurídica. Sin previsión constitucional ningun poder se puede afirmar como verdadero y propio poder de revisión constitucional.

En ésta orden de consideraciones cabe subrayar que la previsión normativa de un poder de revisión constitucional representa materia *reservada a la Constitución*, justificandose tal *reserva* en la conclusión de que, cabendo a la Constitución definir en lo fundamental la organización del poder político del Estado, pertenece a ella insertar el poder de revisión constitucional en éste esquema de organización política. Acrece en este sentido que el poder de revisión constitucional se caracteriza como un *poder político fundamental*, que está supraordinado a todos los otros poderes constituidos, y además como

¹¹⁷ En éste sentido se habla, a propósito del poder de revisión constitucional, en poder instituido o constituido (entendase: en poder constitucionalmente instituido o constituido). Vd. en éste sentido, nombradamente, LUIS SANCHEZ AGESTA, Principios, p. 333.

un *poder político regular*, que se quiere institucionalizado y encuadrado jurídicamente ¹¹⁸. Justificase aún -y quizás de formas más decisiva- que solamente la Constitución puede ser la fuente creadora (o de previsión de existencia) del poder de revisión constitucional por razones de *lógica jurídica*, que tienen que ver con la circunstancia de estar en causa un poder que se destina a actuar sobre la Constitución. Admitir que ése poder tenga su origen determinada por normas de rango infraconstitucional equivale a rechazar la posición de superioridad que ocupa la Constitución en la jerarquía de las fuentes de Derecho. Hay un *principio* de lógica jurídica que *prohíbe que normas de rango inferior interfieran, de cualquier modo que sea, en la fijación de las condiciones de vigencia (y así también, de subsistencia) de las normas de rango superior*. Admitir, con violación de éste principio, por ejemplo, la creación por vía de ley ordinaria de un poder de revisión constitucional sería lo mismo que ponerlo en situación de dependencia delante de un otro poder constituido, sin funciones sobre la Constitución, lo que nos llevaría también a la conclusión de que la Constitución presentaría un valor idéntico al de la ley ordinaria o a la negación del propio concepto de Constitución formal.

En este sentido y porque la Constitución por definición es la fuente de derecho interno de rango más elevado, ninguna otra fuente de derecho interno que no la Constitución, puede estar en la origen del poder de revisión constitucional ¹¹⁹.

¹¹⁸ Hablase aquí de *poder regular* en contraposición a *poder irregular*, que escapa a toda previsión y que no se sujeta a cualquier forma. No se confunda *poder regular* con *poder ordinario o común*. Uno y otro relevan de categorías distintas. El *poder ordinario o común* en un aspecto que no es esencial ni necesario a la comprensión del *poder regular* defínese en función de la frecuencia de su ejercicio, siendo de ejercicio constante. El *poder regular* puede ser tanto ordinario o común como extraordinario. El poder de revisión constitucional es concebido como un *poder regular*, pero del punto de vista de la frecuencia de su ejercicio, será, *regla general*, un *poder extraordinario*.

¹¹⁹ Tal conclusión no es perjudicada en los casos de las llamadas *hetero Constituciones* (Constituciones que son elaboradas fuera del Estado y del ordenamiento jurídico a que se destinan bajo la forma de acto de otro Estado, o

b) Cuestión distinta de las que hasta el momento fueron planteadas es la de saber si la origen del poder de revisión constitucional tiene que ser determinada *expresamente* por la Constitución o si puede resultar *implicitamente* de ésta. Puede haber un poder de revisión constitucional mismo cuando la Constitución no lo prevea o cuando ni siquiera contempla la figura de la revisión constitucional?¹²⁰

A propósito y, comenzando por recordar que hay una *reserva de Constitución* en materia de creación del poder de revisión constitucional, debemos desde luego concluir que la origen de éste poder debe resultar de la propia Constitución, aunque implícitamente.

El silencio constitucional en materia de revisión constitucional, por un lado, puede significar rechazo de la figura de la revisión constitucional y, en consecuencia, también de la existencia de un poder de revisión constitucional. Tal puede resultar de la

sujeto internacional, o de tratado internacional) que prevean mecanismos de su revisión y un poder que los activa que se vinculan a ordenamientos extranjeros o al ordenamiento internacional. El acto o tratado en que se contienen esas hetero-Constituciones representa en el ordenamiento de destino una fuente de derecho de rango constitucional, que es además recibida como derecho interno.

Sobre las *hetero-Constituciones* Cfr., nombradamente, BISCARETTI DI RUFFIA, Sull'agganciamento ad altri ordinamenti giuridici di taluni limiti della revisione costituzionale, Scritti L. Rossi, Milão, 1952; G. BURDEAU, Traité, IV, p. 226, nota 83; G. FISHER, La décolonisation et le rôle des traités et des constitutions, Annuaire Français de Droit International, 1962, p. 205 ss; MIGUEL GALVÃO TELES, Constituição, Verbo, V, p. 1500; O. HOOD-PHILIPS, The making of a colonial Constitution, in Law Quarterly Review, 1955 p. 51 ss. ; JORGE MIRANDA, Manual, II, p. 80-81 y 150; MARCELO REBELO DE SOUSA, Direito Constitucional, p. 65.

¹²⁰ La cuestión no es puramente teórica, podendo ser apuntados ejemplos de Constituciones omisas en la definición de la vía de modificación de la Constitución. Así, por ejemplo, los casos de las Constituciones francesas de 1814 y de 1830 o aún del Estatuto de Carlos Alberto. Para otros ejemplos, Cfr. GIANNINI, Tendenze Costituzionali, 1933, p. 225. Sobre el caso de las Constituciones francesas mencionadas Véase: BARTHÉLEMY-DUEZ, Traité, p. 230 ss y ESMEIN, Éléments, I, p. 164. Sobre el caso del Estatuto Albertino Véase MARCHI, Lo Statuto Albertino e il suo sviluppo storico, in Rivista di Diritto Pubblico, XVIII, 1926, p. 187 ss.; LAVAGNA, Costituzione rigida, p. 109.

Constitución se presentar como una *Constitución provisoria* que se destina a ser substituida por una nueva dentro de determinado plazo. A la misma conclusion se podrá llegar también cuando, preambularmente o de cualquier otro modo expreso en la Constitución, el legislador constituyente haya asumido una posición que traduzca una pretensión de hacer valer como intemporales las soluciones constitucionalmente consagradas. En éste caso, ninguna otra fuente puede determinar el surgimiento de un verdadero poder de revisión constitucional, considerandose que todo el poder de modificación de una Constitución que practicamente surja será un poder sin una legitimidad constitucional, derivada de la Constitución.

Contra la defensa de la inexistencia en ciertos casos de un poder de revisión constitucional no se invoque el argumento de que seria un absurdo haber Constituciones irrevisibles. Absurdo es simplemente hablar en Constituciones inmodificables, ya que nada por naturaleza tiene tal característica. Lo que está en causa es solamente reconocer que en determinados casos el legislador constituyente no ha considerado la posibilidad de modificación de la Constitución por via de revisión constitucional, entendida ésta en sentido propio y restricto. Con ésto no se crea sin embargo -ni seria pensable que se creáse- un obstaculo juridicamente intransponible a la modificación de la Constitución. Ésta podrá producirse, pero sujetandose a un proceso de legitimación en lo cual no puede interferir para nada la invocación de la Constitución o del derecho positivo vigentes.

En el campo opuesto, tenemos las situaciones -quizás más facilmente aceptables- en que, a pesar del silencio constitucional en materia de prevision de existencia de un poder de revisión constitucional, se puede concluir que implicitamente ha sido prevista su creación. Incluso, en homenaje al principio de la evolución, podrá admitirse que, en el silencio de la Constitución y cuando ésta no contenga, expresa o implicitamente, una clausula de prohibición de su revisión, funciona un principio de revisibilidad.

Les cuestiones pasan entonces a ser las de saber donde se debe localizar el poder de revisión constitucional y como se podrá concretar la revisión constitucional ¹²¹. La respuesta a tales cuestiones pasa por la consideración de los principios estructurales del sistema constitucional, pudiendo recurrirse al criterio del *paralelismo* con la solución adoptada para la elaboración de la propia Constitución o aún vernos obligados a construir una solución *a se* ¹²², que mejor expresión pueda dar a aquellos principios y que mejor se acomode a la especificidad de la función de revisión constitucional.

La principal duda que en éste punto subsiste es la de saber si, en tales casos de silencio no contrario a la existencia de un poder de revisión constitucional, se debe declarar modificable o inmodificable la Constitución en la forma de la ley ordinaria ¹²³ y mediante la intervención de un poder coincidente con el poder legislativo ordinario.

La respuesta puede ser favorable a tales tipos de modificación y de poder cuando sea de apuntar para una intención constituyente originaria de flexibilización constitucional o cuando la Constitución establezca un principio de aplicación subsidiaria de las reglas vigentes sobre la producción de legislación en general ¹²⁴. Habrá en todo caso que tener presente las singularidades del acto de revisión constitucional y así aplicar las normas sobre la legislación ordinaria con las adaptaciones pertinentes.

¹²¹ A proposito Cfr. BARTHÉLEMY-DUEZ, *Traité*, p. 230 ss.

¹²² En éste sentido Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual*, II, p. 148. A propósito más desarrolladamente Véase *infra*.

¹²³ Subraya tal duda: ESPOSITO, *Validità*, p. 203.

¹²⁴ En éste sentido Cfr. ESPOSITO, *ob. loc. cit.* Véase también: HILDESHEIMER, *Über die Revision*, p. 224. CONTINI (*La Revisione Costituzionale*, p. 36-37), indo más lejos, considera que rigidez constitucional solamente existe donde haya una norma expresa a consagrarlo y en la falta de ésta solamente resta la subordinación absoluta de la revisión constitucional al procedimiento legislativo ordinario. Contra ésta posibilidad y en favor de la inmutabilidad pronunciasse: MOKRE, *Zum Begriff der Verfassung*, in *AOR*, XXI, 1932, p. 224-233-236.

Puede sin embargo preguntarse si rigurosamente está aquí en causa la figura de la revisión constitucional y un verdadero poder de revisión constitucional o se antes no estaremos delante de simple legislación ordinaria y de un simple poder legislativo con funciones alargadas al dominio de la Constitución. La respuesta a esta cuestión, en nuestro entendimiento, es que estamos, aún así, delante de un poder de revisión constitucional, bastando para tanto que se pueda reconocer en sus actos las características propias de la revisión constitucional. Caso contrario destruyense los supuestos de una verdadera revisión constitucional y de un poder de revisión constitucional de algún modo separado del poder legislativo ordinario.

3. Poder de revisión constitucional y legitimidad

La cuestión de la origen del poder de revisión constitucional puede ser planteada desde un otro angulo, preguntandose si habrá un *plus* que se debe acrecentar a toda previsión constitucional de existencia de un poder de revisión constitucional y sin lo cual éste también no será un poder jurídicamente *perfecto*.

En éste punto plantease de modo muy especial el problema de la legitimidad ¹²⁵. La perfección jurídica del poder de revisión

¹²⁵ Sobre el tema de la legitimidad: MARTIM DE ALBUQUERQUE, Legitimidade, in Polis, II, p. 1017 ss.; P. BASTID, y otros, L'idée de légitimité, Paris, 1967; N. BOBBIO, Sul principio di legittimità, Turin, 1980; BRIE, Die legitimation einer usurpierten Staatsgewalt, 1988; F. BROOKHAUS, in Das legitimitätsprinzip, 1868; R. EBBIGHAUSEN y otros, Bürgerlicher Staat und politische legitimation, Frankfurt, 1976; J. FUEYO ALVAREZ, Legitimidad, validez y eficacia, in RAP 6-1951; HABERMAS, Legitimationsprobleme in Spätkapitalismus, Frankfurt, 1976; LEGAZ Y LACAMBRA, Legalidad y legitimidad, in REP 1958, 101; N. LUHMANN, Legitimation durch Verfahren, Newied, 2ª ed., 1975; ADRIANO MOREIRA, Legitimação, in Polis, III, P. 1013 ss.; R. MÜNCH, Legitimidad und politische Macht, 1976; H. QUARITSCH, Legitimat, legitimitat, in Evangelisches Staatlexicon, Berlin, 1975, p. 1462; C. SCHMITT, Legalidad y legitimidad, trad. esp., Madrid, 1975; ANTÓNIO TARANTINO y otros, Legittimità, legalità e mutamento costituzionale, Milão, 1980; P. WINKELMANN, Die Verfassungsrechtlich unter scheidung von

constitucional solamente es de afirmar cuando éste sea intrínsecamente legítimo.

La legitimidad del poder, en general (y así también del poder de revisión constitucional) representa el factor atributivo de la *autoridad* de que todo el poder necesita para lo ser verdadera y propiamente. Representa la fuerza que este retira del hecho de ser aceptado generalizadamente (tal como se presenta o es constitucionalmente configurado) en la Sociedad o Comunidad a que respeta y que le permite desarrollar su función de modo pleno. Traduce una confianza generalizada en la aptitud de la fórmula de poder utilizada ¹²⁶ ¹²⁷.

legitimitat und legalitat, in Zeitschrift für die Legitimität staatlich Herrschaft, lit., s.L., 1973; ZIMMER, Funktion -Kompetenz- Legitimation, Berlin, 1979. Cfr. aún sobre el problema de la legitimidad y de legitimación los trabajos de HABERMAS, W. HENNIS e KIELMANSENG publicados in Politische Vierteljahresschrift, 1976. En Portugal el problema de la legitimidad tiene sido aún tratado por autores como: CASTANHEIRA NEVES (especialmente: Questão-de-facto-Questão-de-Direito ou o Problema Ontológico da Juridicidade, Coimbra, 1967; A Revolução e o Direito in ROA 1975-1976; Justiça e Direito in BFDC, vol. II, p. 205 ss.) BAPTISTA MACHADO (v. especialmente: Participação e descentralização, Coimbra, 1983) e ROGÉRIO EHRARDT SOARES (v. Constituição, in DJAP, vol. II, y Interesse Público, Legalidade e Mérito, Coimbra, 1955). Para una análisis crítica de las principales posiciones actuales sobre el problema Cfr. GOMES CANOTILHO, Constituição Dirigente e Vinculação do legislador, Coimbra, 1982, p. 15 ss..

¹²⁶ Sobre los varios intentos de definición del concepto de legitimidad Cfr. SILVANA CASTIGNONE, Legalità, legittimità, legittimazione, in Sociologia del Diritto, I, p. 19-38.

¹²⁷ En ésta definición de legitimidad valorizase el elemento "consenso", siguiendo una orientación desarrollada por la ciencia política americana en la línea de la llamada "escuela estructural-funcional".

Esta definición es sin embargo utilizada por nosotros en perspectiva *no valorativa* para la comprensión de la idea de legitimidad formal, que es la que mejor cuadra con la cuestión de la existencia (o de la previsión de la existencia) perfecta de un poder. La idea de legitimidad substancial o material para nosotros exige ya la referencia a valores, explicándose también con vinculación a la consideración de cierta transcendencia de éstos, y no simplemente con referencia al consenso. Ésta idea de legitimidad substancial o material, en todo caso, interesa más -aunque no exclusivamente- a la temática de la perfección de los actos del poder.

La definición de legitimidad que hemos dado -estamos conscientes de éso- plantea sus dificultades, ya que siempre importa saber como se determina la existencia del

Puedese establecer una distinción entre legitimidad *ex ante* y *ex post* del poder de revisión constitucional, respetando la primera a un momento en que el poder no se ha concretado en acto y la segunda al momento en que ya tuvo tal concretización. Al problema de la origen del poder de revisión constitucional solamente interesa el concepto de legitimidad *ex ante*. El otro concepto de legitimidad releva fundamentalmente para efectos de determinación de la validez jurídica de las realizaciones del poder de revisión constitucional.

Partiendo de ésta distinción podemos comenzar por afirmar que el poder de revisión constitucional beneficia en principio de una legitimidad *ex ante* que deriva de ser creado por la Constitución vigente ¹²⁸. La Constitución dispone de esa fuerza legitimadora en él sentido de que (junto con la *ley*, entendida en general) representa una *fórmula jurídica* que contiene soluciones que se presumen aceptadas generalizadamente en la Sociedad a que respeta. Tal como la ley, la Constitución tiene un valor paramétrico y una función conformadora de la realidad que por sí mismas benefician de una aceptación *a priori* en la Sociedad ¹²⁹. La Constitución es así la fuente de creación

consenso y de que consenso se trata. Cuanto a la primera duda, puede ser superada mediante la consideración de que el *consenso* puede ser sorprendido mediante la utilización de técnicas de apuramiento de cuño empírico. La segunda duda solamente puede ser superada mediante la invocación de la noción del *bueno consenso*, éste es de un consenso no manipulado o no prevertido, fundado en voluntades sanas y bien esclarecidas. Delante de un *consenso manipulado o prevertido*, la legitimidad es simplemente aparente, que lo mismo es decir que calimos en situaciones de ilegitimidad, o al menos de falta de legitimación.

¹²⁸ Trátase aquí de lo que se puede cualificar aún como legitimidad *ex parte tituli* (Cfr. a propósito de éste concepto: N. BOBBIO, *Sur le principe de légitimité* y SERGIO COTTA, *Éléments d'une phénoménologie de la légitimité*, publicados nel volumen *L'idée de légitimité*, Paris, 1967, respectivamente a p. 47-60 y 68-69). SILVANA CASTIGNONE (*Legittimità, legalità e mutamento costituzionale*, org. António Tarantino, Milano, 1980, p. 40) prefiere hablar en legitimidad por conformidad con los ditámenes constitucionales.

¹²⁹ K. STERN (*Derecho del Estado*, p. 318, nota 33), en un sentido que juzgamos próximo, afirma que en una Constitución vigente la legalidad es índice en todo caso de la legitimidad.

legitimada del poder de revisión constitucional, tal como lo es también cuanto a otros poderes públicos de mayor relieve.

Importa, sin embargo que la Constitución sea ella misma legítima o que sea legítima la configuración que ella hace del poder de revisión constitucional, o aún que sea efectivamente aceptada en general y en ése aspecto por la Sociedad. Si no lo fuer, también el poder de revisión constitucional no será legítimo, perdiendo su autoridad.

La legitimidad del poder de revisión constitucional, además, debe afirmarse en *concreto* -cuando se encuentre en posición de ser efectivamente ejercido-, sujetándose a la prueba de hechos legitimadores. Ése poder en concreto se definirá de cierto modo, asumiendo determinada postura delante de la tarea de revisión constitucional, y en éstos aspectos podrá ser o no ser aceptado en concreto por la Sociedad a que respeta. La presunción de su legitimidad puede entonces deshacerse, con la consecuencia de la pérdida de la autoridad de que necesita para se afirmar como verdadero poder de revisión constitucional. En éste caso estamos delante de un poder de revisión constitucional que en concreto es *juridicamente imperfecto*.

Precisamente en una perspectiva de legitimación en concreto del poder de revisión constitucional son consagradas en las Constituciones mecanismos tendentes a asegurar una participación institucionalizada previa del cuerpo electoral en los procesos de revisión constitucional ¹³⁰. Tal participación es desde luego -sin perjuicio de otras interpretaciones- tendente al reconocimiento o a la afirmación de la aceptación, en determinadas circunstancias históricas, de un determinado poder de revisión constitucional. Asegurase así la

¹³⁰ Así, por ejemplo: el referendun de iniciativa de revisión constitucional o -aunque más mediatamente- la división del proceso de revisión en una fase de iniciativa y otra fase de aprobación, mediando entre ambas un acto de elección destinado a renovar la composición del órgano de revisión y a la octorga de una procuración especial para la revisión.

perfección de la existencia de ése poder.

4. Poder de revisión constitucional y poder constituyente originario

Preguntase si el poder de revisión constitucional puede ser considerado una continuación del poder constituyente originario o si, al contrario, es una realidad nueva y distinta del poder constituyente originario, que no es creada en vista de se asegurar la continuidad de éste ultimo o la permanencia en el tiempo de la voluntad que le es inherente.

Este problema tiene merecido en la doctrina respuestas muy distintas.

Por un lado, tenemos los autores que parten de la consideración de la *permanencia del poder constituyente*, entendiendo que él no se agota con el acto de creación originaria de una Constitución, pero también que él no continua verdaderamente con el poder de revisión constitucional. El poder constituyente -de acuerdo con la posición de CARL SCHMITT- seria insusceptible de traspaso, enajenación, absorción o consunción, quedando siempre la posibilidad de seguir existiendo y encontrándose siempre por encima de toda Constitución y de toda determinación legal-constitucional ¹³¹. Y según BURDEAU, tenemos que, independientemente de constitucionalmente estar previsto y regulado un poder de revisión constitucional, el poder constituyente permanece con sus características originarias de autonomía y de espontaneidad, subsistiendo sin ser absorbido por las instituciones de la orden jurídica positiva. El poder de revisión constitucional puede existir al lado del poder constituyente originario, pero desde que no intente eliminarlo, tenga un ambito limitado de actuación y no perjudique la posibilidad de el poder constituyente

¹³¹ Cfr. Teoria, p. 108

originario se hacer visible en el curso de la operación de revisión ¹³² ¹³³

¹³⁴,

En una misma línea de pensamiento que considera que el llamado poder constituyente originario no se agota con la creación de la Constitución, pero sin se aceptar una permanente competencia entre ése poder y el poder de revisión, asistese aún a la defensa de la tesis de que el poder constituyente originario una vez creada la Constitución es objeto de suspensión, aunque solamente de un modo condicional, abriéndose entonces espacio para el poder de revisión constitucional. El poder constituyente originario, una vez verificadas determinadas condiciones, podrá resurgir, retomar su existencia, sobrepasando el poder de revisión constitucional que sucumbiría delante de tal afirmación de poder ¹³⁵.

Proxima de ésta posición está aún la de los autores que consideran el poder de revisión constitucional como una especie de *delegación constitucional* ¹³⁶. Con la invocación de la figura de la *delegación* subrayanse por fin las dimensiones condicionante del poder constituyente originario y condicional del poder de revisión.

¹³² Cfr. Traité, IV, p. 208 a 213.

¹³³ Esta primera grande orientación doctrinal puede encontrar su raíz en el pensamiento de E. SIEYÉS. A propósito del pensamiento *sieyesiano* (en la fase inicial y tardía) sobre el poder constituyente Cfr. nuestro estudio "O Poder Constituyente na Gênese do Constitucionalismo Moderno (Breve Nota de Historia das Ideias), in E & D, n^o 5-6, 1990, p. 83 ss.

¹³⁴ Partindo de un concepto de poder constituyente algo distinto, HÄBERLE también valoriza la permanencia del poder constituyente en la forma de una voluntad plural de los interpretes de la Constitución y en el ámbito de un proceso evolutivo, multifateral, abierto y duradero. Para una síntesis del pensamiento haberliano cfr. J.J. GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, 1982, p. 90 ss.

¹³⁵ En éste sentido parece apuntar MURSWIECK, *Die verfassungsgebende*, p. 189 y 212. Más radical parece ser la posición seguida por U. STEINER (*Verfassungsgebung*, p. 188) que se refiere al poder constituyente originario concebido como un poder constituyente de *reserva* apto para actuar junto con el poder de revisión constitucional.

¹³⁶ Así, por ejemplo, ESMEIN, *Éléments*, II^o, p. 549 y también G. VEDEL, *Manuel*, p. 160.

En sentido radicalmente distinto apunta la doctrina que defiende que el poder constituyente originario cesa su existencia con la conclusión del proceso constituyente, naciendo después un nuevo poder -el poder de revisión constitucional- con funciones de creación derivada de derecho constitucional. Entre poder constituyente originario y poder de revisión constitucional no intercede una verdadera relación de continuidad ¹³⁷.

Más matizadamente, pero partindose aún de la premisa de la temporalidad de la vida del poder constituyente originario, admítase también doctrinalmente que entre éste poder y el poder de revisión constitucional hay una relación ineludible de proximidad y que resulta de éste último tener una previsión de existencia debida al primero, lo cual *transfiere* para aquél el poder de modificar las normas por él establecidas ¹³⁸.

Por fin debemos tener en consideración la tesis que a propósito rechaza toda separación radical entre poder constituyente originario y poder de revisión constitucional, representando éste una transmutación de aquél. Esta ha sido la posición asumida por Frochot en discurso proferido en la Asamblea Constituyente de 1791 basándose en la siguiente argumentación: "La soberanía nacional, no se puede dar ningún obstáculo, su determinación futura no puede ser interpretada o prevista, ni sometida a formas ciertas, porque es de su esencia poder lo que quiera y de la manera que quiera. Pues bien! es precisamente por efecto de toda su fuerza que la Nación puede hoy, al consagrar su derecho, se prescribir a ella misma un medio regular y legal de la ejercer; y, sin que se pueda considerar éste acto una alienación de la soberanía nacional, veo ahí, al contrario, uno de los más bellos movimientos de su fuerza y de su independencia" ¹³⁹.

Para nosotros, y en respuesta a la primera orden de

¹³⁷ En éste sentido apunta el pensamiento de E. TOSCH, *Die Bindung*, p. 107.

¹³⁸ Véase a propósito: MORTATI, *Concetto*, p. 13.

¹³⁹ Cítado por BURDEAU, *Traité*, IV, p. 203.

cuestiones formulada, entendemos que el poder constituyente originario, por definición, por ser un poder de creación de una nueva Constitución, se agota en el momento de clausura del proceso constituyente respectivo. Por otro lado, el poder de revisión constitucional es una realidad distinta del poder constituyente originario, y ésto desde luego delante de la especificidad de su función y de la circunstancia de se vincular a una organica diferente. Este poder es, en la secuencia de la creación de la Constitución a que respeta, algo de nuevo, que no se ha repetido en el pasado. Además, nos es creado por cualquier acto de transferencia o de delegación de poderes constituyentes. Tratase antes de una *creación originaria* de la Constitución.

Cabe en todo caso subrayar que el poder de revisión constitucional, delante de la caducidad del poder constituyente originario en la secuencia del agotamiento del proceso de creación de la Constitución a que respeta, no se queda en la posición de unico poder sobre la Constitución que se afirma en el respectivo ordenamiento jurídico. Desde luego, hay que admitir la existencia en manos del Pueblo de un poder de control sobre la Constitución (o sobre la legitimidad y adecuación a la realidad de las soluciones constitucionalmente consagradas) que en ultimo caso, delante de una situación de bloqueamiento constitucional, puede favorecer el aparecimiento de un poder revolucionario o de un poder constituyente originario. Éste poder, que no se confunde -al menos en sistema representativo- con cualquier poder constituyente verdaderamente creador de derecho, existe en permanencia y al mismo tiempo en que éses otros poderes se afirman y sobrevive a éles, bajo la forma de simple poder de control.

5. La titularidad del poder de revisión constitucional

La cuestión de la titularidad del poder de revisión constitucional resumese a saber a quién pertenece decidir efectivamente sobre la revisión constitucional.

El punto de partida para una respuesta a esta cuestión podrá buscarse en las Constituciones en el punto en que esclarecen a quién pertenece el poder político soberano, ya que el poder de revisión constitucional, independientemente de se saber cual es su naturaleza, se afigura como un poder político que es una expresión inequívoca de la soberanía, o que es la expresión más elevada de la soberanía normativa en la orden interna ¹⁴⁰.

En el cuadro del constitucionalismo democrático, por se encontrar divulgada en las Constituciones la afirmación de que el poder político pertenece al Pueblo y de que reside en él la soberanía, podremos inmediatamente concluir que también la titularidad del poder de revisión constitucional cabe en ultimo término al Pueblo.

Esta forma de abordar el problema, sin embargo, no conduce a una respuesta certera, ya que se basa en un argumento puramente formal. No es que tales proclamaciones constitucionales sean simples declaraciones sin cualquiera correspondencia en la realidad o sin cualquiera significación práctica, que indudablemente tienen. Lo que se pasa es que de ése argumento formal se procura extraer más do que él puede dar. La afirmación de la idea de soberanía del Pueblo o de que el poder político pertenece al Pueblo no se destina a dar respuesta al problema de la titularidad de cada uno de los poderes publicos cuya existencia se entiende deber ser prevista en la orden jurídica. Sirve antes y específicamente para definir la posición constitucional del Pueblo, obligando a que se considere éste (o lo que

¹⁴⁰ En este punto es de recordar la maxima de LOEWENSTEIN, (Teoria, p. 172) según la cual soberano es aquel entre los detentadores del poder que decide sobre la reforma constitucional.

representa su voluntad) como fundamento y fin de toda la actividad política y funcionalizando ésta en vista del interés general o de las exigencias que concretamente le son puestas en determinado momento por la Sociedad o Comunidad a que se destina. Sirve aún de punto de referencia para un discurso y prácticas legitimadoras del poder público y de la actividad política. Sirve por fin de punto de partida para la afirmación de un derecho general de participación política, para se asociaren todos a la cosa pública, para se aproximar la Sociedad del Estado.

Decir que el Pueblo es el titular del poder de revisión constitucional representa una *ficción* determinada más por razones políticas que jurídicas. La cuestión de la titularidad del poder de revisión constitucional debe ser así planteada desde un otro ángulo, más jurídico que político.

Désde este otro ángulo la conclusión a que podemos llegar es la de que la titularidad del poder de revisión constitucional pertenece al Estado ¹⁴¹, ¹⁴² ¹⁴³. Para tanto importa tener presente, en lo

¹⁴¹ La afirmación de que el poder de revisión constitucional pertenece al Estado o a un su órgano tiene sido defendida por autores de distintas filiaciones jusfilosóficas. Así, en perspectiva positivista, CARRÉ DE MALBERG, *Contribution*, II, p. 493; en perspectiva institucionalista BURDEAU, *Traité*, IV, p. 234-235.

Contra la posibilidad de una autoridad, cualquier a que sea, reunir el doble título de órgano del Estado y de titular del poder constituyente Cfr. L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif*, II, p. 51 ss.

Para la discusión teórica sobre se mismo el poder constituyente originario es un poder del Estado o antes un poder natural que crea simultaneamente el Estado cfr. HENKE, *Die verfassungsgebende*, p. 24 ss.; STEINER, *Verfassungsgebung*, p. 177; D. MURSWIECK, *Die Verfassungsgebende*, p. 168.

¹⁴² Seguiéndose la máxima de LOEWENSTEIN (*Teoría*, p. 172) según la cual "soberano es aquel entre los detentadores del poder que decide sobre la reforma constitucional" teníamos entonces que soberano sería el Estado. Esta idea solamente es aceptable si no anular la idea de soberanía popular, debiendo conjugarse ambas.

¹⁴³ Hay todavía a considerar los casos de Constituciones que son revisadas fuera del ordenamiento a que respetan, siendo llamados a intervenir otros Estados o sujetos internacionales para que se concrete la revisión constitucional. Ahí en todo caso el titular del poder no deja de ser en última instancia el Estado, ya que los

fundamental, que por un lado, el poder de revisión constitucional es un poder político organizado con funciones globales y que, por otro lado, el Estado (Estado -persona) existe jurídicamente como el depositario del poder político organizado que asume funciones globales, que en sus desarrollos interesan a la Sociedad en su conjunto. Podemos mismo decir que ése poder solamente es pensable como un poder perteneciente al Estado ya que, al menos hasta el momento, es la única instancia en la orden interna que, por ocupar una posición globalmente suprapartes, es capaz de representar y imponer el respeto de una voluntad homogénea imputable, en su complejidad, a la Sociedad o Comunidad política a que respeta, y por ésa vía de garantizar la unidad de la *decisión política fundamental* que siempre debe estar subyacente a todo acto de revisión constitucional.

No se invoque contra esta orientación el argumento de que los actos de revisión constitucional se encuentran sujetos, a *ratificación* (expresa, implícita o tácita) *popular* que los legitima y que le confiere el *exequatur*, irradiando así su fuerza jurídica, en derradera instancia, de un poder centrado en el Pueblo. El poder que se encuentra aquí en causa no es un verdadero poder regulador, tal como se define propiamente el poder de revisión constitucional. Ése poder es un poder de control y no de regulación. Además al Pueblo, por naturaleza, en cuanto cuerpo inorganizado, hace falta una capacidad positivadora del derecho mediante actos puntuales de regulación precisa de materias ¹⁴⁴.

actos de revisión deberán ser recibidos por el ordenamiento jurídico estatal.

¹⁴⁴ Contra la falta de capacidad positivadora de derecho por parte del Pueblo no cabe mencionar el caso de la *costumbre praeter y contra constitutionem*, no cabiendo defender que aquí estamos delante de derecho positivado por el Pueblo directamente. En este sentido a propósito de la costumbre constitucional, observa SANCHEZ AGESTA (Principios, p. 327) que "circunscrito el Derecho Constitucional (...) a órganos concretos y determinados, que se desenvuelven en el ambiente público de la vida política, no tiene ese carácter anónimo y tradicional que es típico de la costumbre como fuente del Derecho privado, sino que supone siempre afirmaciones concretas y conocidas cuanto al autor, al tiempo y a la intención política con que se producen. La costumbre en Derecho público no se produce por una tradición anónima, sino por acciones positivas con las que se

No se invoque también que en materia de revisión constitucional, el Estado o sus órganos ocupan una mera posición de centro de reunión de delegados, representantes o mandatarios del Pueblo (de la Nación o de la Sociedad o Comunidad), siendo esta última instancia el verdadero detentor del poder correspondiente. El goce del poder de revisión pertenecería al Pueblo y por su turno, su ejercicio cabería al Estado, o sus órganos. Es que de este modo se consentiría, inadmisiblemente en derecho público, en una cisión entre goce y ejercicio del poder. En derecho público quien tiene el goce de un poder tiene también, dado el carácter funcional de éste, la capacidad para ejercerlo. Ora, como ya hemos visto, el Pueblo por sí solo no tiene capacidad para desarrollar una función positivadora del derecho, que lo mismo es decir que no goza, no puede por naturaleza gozar, del poder de revisión constitucional.

En toda ésta orden de consideraciones cumple sin embargo tener presente que el Pueblo, por un lado, y el Estado, por otro, no son realidades antagónicas o concurrenciales, pero antes complementarias, existiendo el segundo en función del primero. La

quiere obtener un resultado determinado dentro de la vida política". Con ésta observación, podemos concluir que la intervención del Pueblo en el proceso de formación de costumbre constitucional es semejante a la que se opera en los procesos positivadores de revisión constitucional.

¹⁴⁵ Podrá en todo caso invocarse el ejemplo de gobierno del Pueblo, en Suiza que presuponia que los ciudadanos reunidos en *Landsgemeinde*, ejercían ellos mismos, a la manera antigua, sus derechos soberanos. Sin embargo, como observa BORGEAUD (*Établissement*, p. 890), en los pequeños cantones, la Constitución escrita sería una importación extranjera, relativamente a la cual no se sentiría la necesidad de existencia.

¹⁴⁶ En el sentido de que es por regla general imposible que el pueblo ejercite directamente el poder constituyente Cfr. K. STERN, *Derecho del Estado*, p. 317. También por ejemplo C. SCHMITT (*Teoría*, p. 99-100) hace referencia a una debilidad del pueblo consistente en no ser una instancia formada con competencias circunscritas y capaz de despachar asuntos dentro de un procedimiento regulado. En el sentido de que en todo caso son necesarias normas jurídicas para constituir el pueblo como sujeto con capacidad de acción Cfr. E. TOSCH, *Die Bindung*, p. 99.

posición que el Estado adopta en sede de revisión constitucional vinculase al Pueblo y, con la fidedignidad posible, a su querer, destinándose a suplir una suya limitación o incapacidad.

Acrece por fin que no contraria la conclusión sobre la estatalidad del poder de revisión constitucional, el hecho o la circunstancia de en ciertos casos se admitir una intervención directa del pueblo mediante referendum en el proceso de revisión constitucional. Ahí el Pueblo presentase en forma organizada, siendo recibido en el seno del Estado y presentándose su poder como un poder instituido¹⁴⁷. Podemos decir que el Pueblo surge entonces como cuerpo electoral, órgano del Estado. Además y mismo que no se acepte que el Pueblo pueda ser órgano del Estado siempre tenemos que él no surge aquí como un verdadero poder regulador -lo que es característico del poder de revisión constitucional-, pero antes, y siempre, como un poder de simples control de la revisión constitucional.

6 . Poder y competencia de revisión constitucional

La consideración de que el poder de revisión constitucional pertenece al Estado no es suficiente para que se comprenda completamente donde él se localiza.

Precisando consideraciones, debemos subrayar que el Estado, en cuanto persona, actualiza su voluntad mediante la intervención de órganos, concluyéndose entonces que será en los órganos estatales donde en último término se localizará el poder de revisión constitucional. Pero, teniendo en cuenta que la voluntad que éstos órganos pueden formar y manifestar es siempre, por definición, un voluntad jurídicamente imputable al Estado, estaremos aquí delante de un poder con una textura distinta: propiamente está en causa una

¹⁴⁷ En el sentido de que la participación del Pueblo en la operación de revisión tiende a aproximar el poder constituyente del poder constituido Cfr. BURDEAU, *Traité*, IV, p. 213.

competencia ¹⁴⁸..

Tratase específicamente de una *competencia dispositiva constituyente*. En éstos términos el poder de revisión constitucional caracterizase por presuponer una *capacidad dispositiva* inmediata sobre el texto y sobre el contenido de una Constitución formal, que se traduzca en la susceptibilidad de se *formularen* en al nivel del derecho constitucional positivo, nuevas *orientaciones constitucionales*.

Subrayando éste aspecto, debemos precisar que, el concepto de poder de revisión constitucional no es adecuado para representar todos los poderes que se pueden afirmar en el ambito de procesos de revisión constitucional, excluyendose desde luego todos aquéllos que traducen una capacidad de simple control a ejercer sobre actividades de normación constitucional. Por mucha importancia o significado jurídico-político que tengan éses poderes en el ambito de procesos de revisión constitucional, consideramos sin embargo que el concepto de poder de revisión constitucional debe servir simplemente para expresar aquella posición jurídica que es *primariamente* responsable por la concretización de la revisión constitucional.

7. Poder de revisión constitucional en sentido formal y material

Considerando el poder de revisión constitucional como competencia dispositiva constituyente y teniendo en cuenta la vertiente de la revisión constitucional relativamente a la cual se afirma su fuerza de *disposición* sobre la Constitución, podemos distinguir entre poder de revisión constitucional en sentido formal y en sentido material ¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Para la caracterización del poder de revisión constitucional como competencia Cfr. por ejemplo: SCHMITT, Teoria, p. 114-118; CARRÉ DE MALBERG, Contribution, II, p. 504.

¹⁴⁹ Para ésta distinción a propósito del poder constituyente Cfr. por ejemplo: J. J. GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional, p. 109ss; JORGE MIRANDA, Manual, II, p. 71ss; MARCELO REBELO DE SOUSA, Direito Constitucional,

Los términos de ésta distinción vinculanse a la consideración según la cual la revisión constitucional presenta o puede presentar dos faces: una formal y otra material ¹⁵⁰. Tenemos entonces que el poder de revisión constitucional en sentido formal activa la *revisión constitucional formal* y que el poder de revisión constitucional material impulsa la *revisión constitucional material*.

Precisando, el *poder de revisión constitucional entendido en sentido formal* puede ser definido como aquél que, en términos constitucionalmente fundados, determina modificaciones textuales a la Constitución formal o que implica la producción de nuevas normas formalmente constitucionales. A su vez, el *poder de revisión constitucional en sentido material* puede ser definido como aquél que también, y siempre, con vinculación a la Constitución determina una alteración en el contenido de la Constitución formal, regulando en otro sentido las materias ya antes tratadas en la Constitución formal, completando o profundizando las soluciones ya ahí antes formalizadas, depurandola de normaciones antes en ella contenidas o aún eligiendo nuevas materias para seren constitucionalmente formalizadas.

Las relaciones que se pueden establecer entre el poder de revisión constitucional en sentido formal y en sentido material son proximas de las que interceden en la distinción entre revisión constitucional formal y material.

Así tenemos, en resumen, que:

- (i) regla general, el poder de revisión constitucional en sentido formal es acompañado de una su afirmación también en sentido material;
- (ii) el poder de revisión constitucional afirmase solamente en sentido formal, cuando le preside simplemente una intención de

p. 61.

¹⁵⁰ Sobre la distinción entre revisión constitucional formal y material Véase *supra*.

- perfeccionamiento literario de fórmulas constitucionales;
- (iii) el poder de revisión constitucional en sentido material, tiene de afirmarse siempre, en alguna medida, también en sentido formal;
 - (iv) el poder de revisión constitucional en sentido material puede ir más lejos que su expresión formal, particularmente en los casos en que puede determinar indirectamente alteraciones constitucionales que resultan de modo implícito de otras directa y expresamente concretizadas.

Del punto de vista del régimen jurídico a que se sujeta, los poderes de revisión constitucional en sentido formal y material tienden a merecer un tratamiento idéntico, sujetándose, en principio y porque regla general coinciden, a los mismos límites. Sin embargo, podemos afirmar que hay aspectos de ese régimen que son establecidos más en vista de uno o de otro de esos sentidos. Así hay regulaciones de aspectos formales del ejercicio de ese poder que son establecidos en vista de su sentido formal, mientras que la definición de límites materiales interesa sobretodo (aunque no exclusivamente) al poder de revisión constitucional en sentido material.

8. El órgano de revisión constitucional

a) En cuanto competencia, el poder de revisión constitucional pertenece específicamente al órgano o a los órganos estatales especialmente designados al efecto por la Constitución. Tal es una consecuencia de la aplicación del principio de derecho público según el cual *no hay competencia ni órgano que la detenga sin norma*.¹⁵¹.

La cuestión que se plantea en éste punto, y que -como

¹⁵¹ La atribución de competencia y la definición del órgano competente puede resultar expresa o implícitamente de norma constitucional anterior. Sobre el problema de identificación del órgano implícitamente competente para la revisión constitucional Véase *supra*.

observa K. LOEWENSTEIN- es central en toda la temática de la revisión constitucional, es la de saber cuales son los órganos estatales autorizados, o en su caso obligados, a tomar la iniciativa de reforma y a llevarla por delante ¹⁵².

Las soluciones que a propósito son encontradas constitucionalmente varían enormemente de Constitución para Constitución, dependiendo mucho de la concepción de poder que se adopta, y más ampliamente del régimen político que se intenta consagrar ¹⁵³ y de otros factores en los cuales se incluye desde luego la estructura o forma del Estado.

En Constituciones no democráticas (y mismo en algunas Constituciones no democráticas, por su origen o por el régimen que consagran), el órgano de revisión constitucional tiende a ser regla general, un órgano de base representativa ¹⁵⁴.

El poder de revisión constitucional o es atribuido al órgano legislativo ordinario o a un órgano extraordinario.

Cuando se opta por el órgano legislativo ordinario, las soluciones especializarse conforme se prevea la intervención de ese órgano en la revisión (i) en términos normales, tal como se presenta cuando produce legislación ordinaria, (ii) en dos legislaturas (iii) o en la secuencia de la renovación de su composición (en algunos casos facultativa), mediante elecciones a realizar inmediatamente después de

¹⁵² cfr. K. LOEWENSTEIN, Teoría, p. 172

¹⁵³ En este sentido afirma BURDEAU (Traité, IV, p. 236) que de todos los factores que permiten cualificar un régimen, la elección de la autoridad revisionista y el desarrollo del procedimiento deben cuantarse entre los más significativos.

¹⁵⁴ En Constituciones no democráticas las soluciones de cuño democrático que se consagran en materia de revisión constitucional traducen en todo caso el carácter *nominal* de esas mismas Constituciones. La posición del órgano de revisión constitucional de base representativa es en esos casos muchas veces una fachada que esconde el poder real que es atribuido al órgano ejecutivo o al propio Jefe de Estado. Además consagranse en tales Constituciones soluciones que aunque indirectamente determinan un refuerzo del ejecutivo o que aseguran que en el órgano de revisión se afirme la preponderancia gubernamental (Cfr. BURDEAU, Traité, IV, p. 243, nota 108).

la deliberación sobre la necesidad de revisión o diferidamente. En otros casos cuando el órgano legislativo es de estructura bicameral, determinase que la revisión constitucional se concrete con la intervención, en reunión conjunta, de las dos Camaras legislativas. Estas soluciones pueden aún ser acompañados de la previsión de la intervención en la revisión de otros órganos estatales, *maxime*, de órganos estatales con funciones consultivas o, en casos de federación, de órganos de los Estados federados) o del propio cuerpo electoral, en casos de realización, obligatoria o facultativa, *a priori* a *a posteriori*, de *referendum*.

A su vez, cuando se opta por un órgano extraordinario, las soluciones pueden ser las de se confiar la tarea de revisión constitucional, obligatoria o facultativamente, a una asamblea o convención especial y exclusivamente elegida para tanto ¹⁵⁵.

b) En términos teóricos, cabe mencionar dos aspectos fundamentales a propósito de la temática del órgano de revisión constitucional: por un lado, hay a considerar el primado del órgano de revisión constitucional sobre los demás órganos del Estado y, por otro lado, cumple esclarecer que la competencia revisionista es atribuida por regla a la autoridad con funciones de normación que, entre los órganos del Estado, es presentado como más importante .

Cuanto al primado del órgano de revisión -como defiende BURDEAU- cumple esclarecer que éste se afirma de un punto de vista político, y no también de un punto de vista jurídico. Juridicamente, el órgano de revisión y los demás órganos del Estado encuentranse en el mismo plano ¹⁵⁶; políticamente, la naturaleza de su función asegura a tales órganos una preponderancia clara. Todas las autoridades dentro

¹⁵⁵ Cfr., en general: ARNOULT, De la Revision; BORGÉAUD, Établissement et Revision des Constitutions; BURDEAU, Traité, IV, p. 238 ss; CANOTILHO, Direito Constitucional, p. 1131 ss; JORGE MIRANDA, Manual, II, p. 153 ss.

¹⁵⁶ Desde luego la idea de separación de poderes, donde ella se afirme, así lo exige.

del Estado dependen de ésa función ya que, tanto en lo que respeta a su existencia como a la extensión de sus atribuciones o a la energía de sus prerrogativas, presentanse a la merced de una revisión constitucional ¹⁵⁷.

A su vez, la regla de la atribución del poder de revisión constitucional al órgano legislativo políticamente más importante en el cuadro del aparejo de Estado fundase en el entendimiento de que la revisión constitucional se presenta -juntamente con la creación de la Constitución- como la expresión máxima de la soberanía normativa interna estatal. Atribuir la competencia de revisión constitucional al órgano o a los órganos más importantes de la estructura organizativa del poder político del Estado tiene así la significación de *identificar la dignidad de la función con la dignidad del órgano*.

9. La naturaleza del poder de revisión constitucional

a) El problema de la naturaleza del poder de revisión constitucional tiene sido, doctrinariamente, planteado en términos de se saber se estamos delante de un poder que rigurosamente puede ser clasificado como poder constituyente, tomándose como elemento central de comparación aquél poder que está en la génesis de las Constituciones escritas.

Las principales orientaciones doctrinales que tienen sido defendidas a propósito pueden ser alineadas del modo siguiente: (i) por un lado defiendese que el poder de revisión constitucional será un poder constituyente, teniendo la misma característica omnipotencia del poder que determina la creación de las Constituciones, del llamado poder constituyente originario; (ii) por otro lado, considerase que el poder de revisión constitucional y el poder constituyente originario tienen igual naturaleza, presentándose ambos como poderes limitados; (iii) por fin, y de acuerdo con un posición más divulgada, entiendese

¹⁵⁷ En este sentido: BURDEAU, *Traité*, IV, p. 235-236.

que el poder de revisión constitucional se distingue del poder constituyente originario, por ser un poder constituido (o instituido).

La posición que identifica el poder de revisión constitucional con el poder constituyente originario y subraya la ilimitación de ambos éstos poderes basase en la consideración de que: (i) la Constitución es la más alta manifestación de voluntad del Estado, es creada por un poder que no se confunde con ninguna otra voluntad y retira su fuerza de los hechos, debiendo en consecuencia, lógicamente, la modificación de las normas constitucionales ser concretada por un poder con idénticas características a las del poder de creación de la Constitución¹⁵⁸; (ii) el poder de revisión constitucional es un inmediato sucedaneo del poder constituyente originario, representando una su sobrevivencia con las características de siempre¹⁵⁹; (iii) el poder de revisión constitucional es la expresión del derecho de las generaciones futuras definieren su destino, no pudiendo tener un alcance más restricto que el poder constituyente originario¹⁶⁰.

Proxima de ésta orientación, pero desde un punto de vista *panconstituyente*, es la que identifica los dos poderes -poder

¹⁵⁸ Así, por ejemplo, BURCKHARDT, *Organisation der Rechtsgemeinschaft*, p. 206 ss. Para Burckhardt la fundación de la Constitución originaria del Estado no sería susceptible de construcción jurídica. Esta Constitución retira su fuerza no de la regularidad jurídica de sus orígenes, pero simplemente de las circunstancias de hecho que han permitido a su creador de la imponer como carta originaria a la comunidad. Los fundadores de la Constitución no tienen cualidad para reglamentar las revisiones futuras: para tanto necesitaban de un poder que les hace falta. Las prescripciones que se incluyen en una Constitución relativas a su revisión eventual para ser jurídicamente obligatorias deberían presuponer un estatuto anterior a la propia Constitución que reconocese al poder que las estableció la facultad de reglar el ejercicio futuro del poder constituyente. Las revisiones constitucionales no pueden así estar subordinadas a una regla de derecho propiamente dicha y permanecen siendo necesariamente *res facti, non juris*. A propósito del pensamiento de Burckhardt Cfr. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution*, II, p. 523 ss.

¹⁵⁹ A propósito, con referencia al problema de las relaciones entre poder de revisión constitucional y poder constituyente originario Véase *supra*.

¹⁶⁰ Esta posición conduce al rechazo de todo valor jurídico a las normas consagradoras de límites (al menos, materiales) a la revisión constitucional. A propósito Cfr. *Infra*.

constituyente y poder de revisión constitucional-, considerando que el poder constituyente permanece inmanente en el ordenamiento jurídico a través de todos los órganos constitucionales destinados a garantizar la observancia y la actuación de la Constitución ¹⁶¹.

La segunda grande orientación antes considerada -como ya sumariámos-, afirma la identidad de naturaleza jurídica de los dos poderes en cuestión, que serían ambos limitados, considerando que la diferencia estaría solamente en la circunstancia de el poder de revisión aparecer temporalmente en momento ulterior. La diferencia entre poder constituyente y poder de revisión constitucional se establecería en los mismos términos en que se distingue el poder legislativo ordinario del poder de revisión de la legislación ordinaria ¹⁶². Se trataría en ambos casos de poderes normativos que se manifiestan a través de una serie de funciones distintas (temporalmente, efectivamente o subjetivamente) de las funciones legislativa ordinaria estatal, normativa regional o provincial ¹⁶³. Ambos los poderes serían idénticos por se referir a normas traductoras de la misma *voluntad del legislador*, que sería el único elemento que permitiera calificar las normas ¹⁶⁴. Acrece, desde este punto de vista, que es de tener en cuenta que ambos los poderes se pueden sujetar -y se sujetan frecuentemente- a límites temporales, formales y materiales. La creación de la Constitución italiana de 1947 lo confirmaría plenamente ^{165 166 167}.

¹⁶¹ En éste sentido Cfr. JANNACCONE, *Le garanzie costituzionali*, p. 60-62; ID., *La costituente de lo Stato Democrático*, p. 21, 159-153. Véase aún W. CESARINI SFORZA, *Il potere costituente nella Repubblica italiana*, p. 123 ss.

En una otra formulación, pero que reputamos también panconstituyente, es la defendida por HÄBERLE que, partindo de la consideración de la Constitución como proceso público, considera esta obra abierta al futuro y a la intervención de todos cuantos son llamados a interpretarla. El poder constituyente también aquí resulta diluido, ahora en favor de la voluntad plural de los interpretes. Véase a propósito *supra*.

¹⁶² CONTINI, *Revisione Costituzionale*, p. 36.

¹⁶³ CONTINI, *Revisione Costituzionale*, p. 41.

¹⁶⁴ CONTINI, *Revisione Costituzionale*, p. 42.

¹⁶⁵ CONTINI, *Revisione Costituzionale*, p. 43 ss.

¹⁶⁶ Para CONTINI (*Revisione Costituzionale*, p. 41), desde éste último punto de

Cuanto a la doctrina que reconoce una diferencia entre la naturaleza del poder constituyente originario y del poder de revisión constitucional, considerando éste como un poder constituido (y como un poder constituyente en sentido impropio), arranca del entendimiento de que los poderes constituidos -y así también el poder de revisión constitucional- son fundados por una norma jurídica puesta por un poder anterior, retirando de ésta su fuerza para existiren y no podendo así superar ésa su matriz jurídico-normativa.

Entre los defensores de una tal orientación pueden sin embargo observarse divergencias significativas de concepción.

Así, por un lado, es puesto en relieve que el poder de revisión constitucional se distingue del poder constituyente originario por ser la expresión de una especie de *delegación constitucional*, teniendo aquél, así, la naturaleza de un poder delegado y éste último la naturaleza de un poder delegante ¹⁶⁸.

Por otro lado, subrayase que el poder de revisión constitucional se distingue del poder constituyente originario por estar sujeto a una limitación en su objeto, no siendo interamente libre en el fin ¹⁶⁹.

vista, la diferencia entre el poder constituyente y el poder de revisión solamente sería de afirmar se se entendiése el poder constituyente como la fuente primaria que nada reconoce por encima de sí misma, siendo aquella que se concreta en el acto de formación del Estado y termina con él. El poder constituyente presentase diferenciadamente como un *poder estatuyente*.

En sentido próximo también apunta la posición defendida por BURDEAU (*Traité*, IV, p. 218, nota 64) que reconoce el carácter de poder constituyente instituido a aquello poder de creación de una Constitución que se somete a condiciones y procedimientos fijados para el establecimiento de la Constitución. Poder constituyente originario sería solamente aquella que se afirma libre de todas las formas y condicionamientos, por el cual un gobierno revolucionario afirma su autoridad.

Véase también CARRÉ DE MALBERG, *Contribution*, II, p. 500.

¹⁶⁷ Véanse aún siguiendo una orientación próxima en sus conclusiones: ESPOSITO, *Validità*, p. 193, 198ss., 202ss.; SPAGNA MUSSO, *Costituzione Rigida*, p. 47-48; BISCARETTI DI RUFFIA, *Sui limiti*, p. 130 ss y 156 ss.

¹⁶⁸ Cfr. ESMEIN, *Éléments*, p. 549 e VEDEL, *Manuel*, p. 160.

¹⁶⁹ Cfr. BARILE: *Diritto Costituzionale*, p. 153; *La revisione della Costituzione*

Además defiendese que ésa diferencia se patentiza en la circunstancia de el poder de revisión tener un rayo de acción más limitado ¹⁷⁰, o entonces en el punto en que se revela formalmente ¹⁷¹ o materialmente ¹⁷² condicionado por la Constitución.

Sin que con éso se agote la presentación los argumentos doctrinariamente presentados que conducen al reconocimiento de la distinta naturaleza del poder de revisión constitucional y del poder constituyente originario ¹⁷³, cabe hacer una ultima referencia especial a la posición que defiende la distinción de los poderes en causa con base en consideraciones derivadas de una teoria gradualística de las fuentes de derecho, y que así defiende que: (i) el poder de revisión constitucional es un poder subordinado a la Constitución; (ii) la circunstancia de las normas producidas por ése poder teneren un valor identico al de las demás normas constitucionales no puede servir para diferenciarlo del poder constituyente; (iii) se debe tener presente un concepto de equivalencia entre fuentes concurrentes; (iv) el poder de revisión es equivalente pero no igual al poder constituyente originario verificandose tal equivalencia solo en los resultados de su ejercicio pero no también en su estatuto que es definido por el poder constituyente y con el cual se debe conformar; (v) la circunstancia de el poder constituyente *transferir* para el poder de revisión constitucional la tarea de modificar las normas por él puestas no altera la situación de

italiana, in Commentario, p. 474; Potere Costituente, in Scritti di Diritto Costituzionale, Padova, 1967, p. 6; Revisione della Costituzione, , XV, p. 778. Véase también en el mismo sentido VIRGA, La Revisione Costituzionale, p. 93-94.

¹⁷⁰ Cfr. PERGOLESI, Diritto Costituzionale, Padova, 1966, I, p. 236.

¹⁷¹ Cfr. CERETTI, Diritto Costituzionale italiano, Turin, 1966, p. 22.

¹⁷² Cfr. GROSSI, Introduzione ad uno studio sui diritto inviolabili nella Costituzione italiana, Padova, 1969, p. 78.

¹⁷³ Así por ejemplo tal orientación es presupuesta por los autores que rechazan la posibilidad de por via de revisión se alteraren las normas relativas al régimen de revisión constitucional y aún por cuantos subrayan la submisión del poder de revisión constitucional a limites materiales (aunque implícitos o no expresos) correspondientes a la necesidad de se preservar la identidad de la Constitución o de su contenido esencial. A propósito Véase *infra*.

derivación de éste relativamente a aquél otro, la relación entre ellos de primario y secundario, de condicionante y de condicionado; (vi) de la diferencia de grado deriva una diferencia de tratamiento jurídico entre las dos ordenes de fuentes, revelada en aspectos de objeto, de forma, de fines, de fuentes de limitación y de posibles controles ¹⁷⁴.

b) Para nosotros la cuestión de la naturaleza del poder de revisión constitucional y, en particular, la ponderación sobre su cuño verdaderamente constituyente pasa inmediatamente por una precisión sobre el concepto de poder constituyente ¹⁷⁵.

Este concepto puede ser entendido en sentidos restringidos o en sentidos amplios.

En sentido restricto, el poder constituyente vinculase a un poder originario que determina la creación de una nueva orden jurídica estatal. Puede aún entenderse de modo particularmente limitado que está aquí en causa el poder que específicamente determina las bases de una nueva orden constitucional y, posiblemente, fija los parámetros de la actividad de creación de una nueva Constitución. A su vez, también restrictamente, el poder constituyente puede ser representado como el poder creador de una nueva Constitución formal.

En sentido amplio, lo que está en causa podrá ser todo el poder que es susceptible de producir nuevas normas constitucionales, revelandose susceptible de introducir inovaciones en determinada orden constitucional. Más ampliamente aún, podremos considerar como poder constituyente aquél que de algún modo interfiere en la fijación del sentido actual o futuro de las normas constitucionales destinadas a vigorar en cierto ordenamiento jurídico.

La multiplicidad de acepciones que puede tener el término *poder constituyente* no ayuda a la determinación de cual es

¹⁷⁴ Cfr. MORTATI, Concetto, p. 12-15.

¹⁷⁵ Desarrollamos un estudio, sobre este concepto en nuestra tesis de maestrado "Ensaio sobre o conceito de poder constituinte -O fenómeno e a ideia de poder constituinte", Lisboa, 1986.

objetivamente la naturaleza del poder de revisión constitucional, convirtiendo el problema en análisis en algo de manipulable y las respuestas a él en algo de subjetivo con valor solamente en el ámbito de construcciones doctrinales particulares.

Importa entonces buscar un concepto operacional de poder constituyente que sea científicamente adecuado a reproducir realidades que presenten tales afinidades que permitan un su tratamiento jurídico científico conjunto.

Desde éste punto de vista cabe dejar fuera del ámbito del concepto de poder constituyente aquellas realidades de poder que se definen simplemente por determinaren la génesis de una nueva orden jurídica estatal o por determinaren una ruptura con las concepciones antes dominantes en la orden constitucional a que respetan o por lanzaren nuevas bases constructivas de ésta orden constitucional, sin llegaren a precisar contenidos normativo-constitucionales o a establecer regulaciones constitucionales, no les asistiendo una intención verdaderamente normativizadora o de creación de un derecho no precario. Cabe entonces hablar en un *poder originario* (Guy Héraud) o en un poder revolucionario inicial, pero no aún en verdadero poder constituyente.

Por otro lado, para se buscar un concepto jurídico-científicamente adecuado de poder constituyente no se revelarán útiles las restricciones que se establezcan en la extensión o comprensión del concepto destinadas a excluir ciertas realidades de poder simplemente por teneren una origen vinculada a normas que preveían su existencia o por se presentaren jurídicamente limitadas. El poder constituyente no tiene de ser simplemente aquél que presente -de acuerdo con la fórmula de SIEYÈS- las características de la inicialidad, de la autonomía y de la omnipotencia, desde luego por que será difícil (o mismo, para nosotros, imposible) concebir un verdadero *poder* con tales características.

Mismo así, se por esa vía pretendemos incluir en el

concepto de poder constituyente solamente la realidad de los poderes que determinan la creación de nuevas Constituciones formales de forma desvinculada relativamente a las normas de la última Constitución vigente, estaremos a establecer un corte en la realidad que jurídicamente no se justifica. Es que, sin embargo de esa desvinculación, el poder constituyente ejercido en momento revolucionario, tal como otros poderes que actúan sobre la Constitución, es un poder que se somete a reglas jurídicas -a normas de un derecho revolucionario- que lo condicionan ^{176 177}. La desvinculación de un poder relativamente a la Constitución no perjudica la conclusión sobre la limitación de ese poder ni justifica *per se* un su tratamiento diferenciado relativamente a otros poderes que limitadamente actúan sobre la Constitución.

En este sentido debemos alejar la consideración -muy divulgada en la doctrina francesa- de que el poder constituyente se define en contraposición a los poderes constituidos en general. Insistir en tal consideración obliga a restringir el dominio de aplicación del concepto de poder constituyente a punto de perder su operabilidad jurídico-científica.

Por otro lado, es de considerar que el poder constituyente no debe poder definirse solamente en razón de la materia sobre que trata. Poder constituyente no es, simplísticamente, lo que rige materia constitucional. Es que, mismo que fuere posible definir abstracta y exhaustivamente lo que es y lo que no es materia constitucional, siempre sería de admitir que los poderes que crean o actúan sobre la Constitución formal pueden introducir en ésta regulaciones sobre

¹⁷⁶ Sobre este punto y en particular sobre la introducción revolucionaria de una nueva Constitución como progresión distinta en varias fases Cfr. PIETRO G. GRASSO, *Potere Costituente*, p. 664 ss.

¹⁷⁷ La circunstancia subrayada por autores como MORTATI (*Concetto*, p. 15) según la cual las limitaciones a tal poder constituyente deben ser interpretadas como traduciendo la existencia de autolimites (y no de heterolimites) no altera la conclusión. Sea cual fuer la fuente última de esos límites lo que es cierto es que ellos se afirman.

materias que abstractamente no serian calificables como constitucionales, así como es de aceptar que otros poderes productores de simples derecho ordinario pueden regular materias abstractamente considerables como constitucionales, desde luego en los espacios dejados en abierto por la Constitución. Hablar en este ultimo caso en poder constituyente en sentido simplemente material, cuando tal no trae consecuencias jurídicas ni al nivel del estatuto de su titular ni cuanto al valor jurídico de los actos que produce no es de cualquier utilidad jurídico-científica.

En el concepto de poder constituyente, en cuanto concepto operacional para la Ciencia del Derecho Constitucional, deben poder tener representación realidades que tengan características comunes que claramente las distinguan de la grande generalidad de las realidades de poder, sometendose a un estatuto bien diferenciado.

En esta orden de consideraciones antes de más el poder constituyente debe ser particularmente asociado al fenomeno de las Constituciones escritas, considerandose, mismo más estrictamente, que se caracteriza luego por se referir -o tomar como objeto una Constitución en sentido formal (o el complejo de sus normas). Por otro lado el poder constituyente debe ser concebido como un poder de base voluntarística susceptible de ser reconocido a entidades bien definidas y de ser identificado por los destinatarios de sus determinaciones ¹⁷⁸. En esa su base voluntarística, el poder constituyente debe vincularse a *voluntades* personificadas y personificadoras de una intención, de alcance más o menos amplio, *de mudanza constitucional*. Debe aún ser expresión de una voluntad (simples o compleja) de tal modo soberana que, cuanto a la actividad que desarrolla, al momento en que se afirma y en el ordenamiento a que respecta, no sufre una concurrencia efectiva por parte de ninguna otra voluntad subjectivamente asumida. Es, por fin, en su dominio, la

¹⁷⁸ En este sentido no cabrá hablar rigurosamente en un poder "anónimo" (BURDEAU y J. LAPIERRE).

expresión de la voluntad subjetivamente más elevada. Además el poder constituyente debe ser considerado como un poder normativo-constitucional, esto es como un poder productor de nuevas normas formalmente constitucionales, de normas a las cuales se reconozca un valor superior al de las demás normas del ordenamiento jurídico en causa y un valor paramétrico fundamental relativamente a las conductas desarrolladas por la generalidad de los demás agentes de poder público que se afirman en tal ordenamiento. Más, debe presentarse como un poder de innovación en la orden normativo-constitucional.

Poder constituyente, en síntesis, representa un poder de legiferación constitucional o el poder del legislador constitucional.

Todos los poderes que resumen las características ahora apuntadas presentan una tal especificidad que obliga a que se les reserve un tratamiento jurídico particular, inconfundible con el tratamiento que merecen los demás poderes públicos que se afirman en los ordenamientos jurídicos. Tratase de un poder que, por se referir a la Constitución formal -con la importancia jurídica que a esta no se podrá dejar de reconocer-, por su base voluntarística soberana y por su proyección normativa sobre aspectos fundamentales de la existencia de una comunidad política, plantea problemas de titularidad, de limitación, de legitimación y quizás también de control que, en su extravagancia, deben conducir a respuestas que solamente convienen a tal poder.

Arrancando de éstas consideraciones, el poder de revisión constitucional podrá ser entendido como un verdadero poder constituyente. Para tanto debe tenerse presente, por un lado, que se trata de un poder que se destina a actuar modificativamente sobre la Constitución formal. Por otro lado, tiene una base voluntarística que es, desde luego por determinación constitucional, vinculada, en regla, a una voluntad imputable al Estado, formada a partir de órganos suyos determinados, que benefician, por atribución de la Constitución, de

competencia revisionista constitucional y que en el dominio de la legiferación constitucional tienen una posición de exclusividad que les da una incontable supremacía sobre los demás órganos del Estado. Por fin, presentase indiscutiblemente como un poder normativo-constitucional, productor de nuevas normas constitucionales, que participan de la misma fuerza que es propia de las demás normas constitucionales.

La conclusión de que el poder de revisión constitucional tiene la naturaleza de verdadero poder constituyente (y de que no es *una simple parodia del poder constituyente*, en la expresión de BURDEAU) no significa en todo caso que sea un poder confundible con el poder constituyente que determina la creación de una nueva Constitución (poder constituyente originario). La distinción imponese, pero sin perjudicar tal conclusión.

El poder constituyente tal como lo definimos puede ser de distintas especies y en este punto cabe luego distinguir entre un poder constituyente originario (maxime: de origen revolucionario y revolucionariamente instituido) y un poder constituyente de simple revisión constitucional (y constitucionalmente instituido).

No obstante su fondo común, esas dos grandes especies de poder constituyente representan realidades que jurídicamente deben ser distinguidas, subrayándose a propósito la diferencia de funciones, de grado y de fuentes de limitación, así como de rayo de acción. El poder constituyente de originario presentase entonces como un poder jurídicamente más libre que el poder constituyente de simple revisión constitucional.

CAPITULO VI

RIGIDEZ Y FLEXIBILIDAD CONSTITUCIONALES

Sumario:

1. La distinción clásica entre Constituciones rígidas y flexibles. J. Bryce
2. La doctrina actual sobre la rigidez y flexibilidad constitucionales
3. Rigidez constitucional y intención garantista
4. Clases y grados de rigidez constitucional

1. La distinción clásica entre Constituciones rígidas y flexibles. J. Bryce

La distinción entre Constituciones rígidas y flexibles¹⁷⁹, doctrinariamente, se debió originariamente al Autor británico JAMES BRYCE (1838-1922), que le ha dedicado una monografía publicada en 1901, con el título *-Flexible and rigid Constitutions*, en su obra *Studies in History and Jurisprudence*^{180 181}.

Para la formulación de esa distinción el Autor ha partido de

¹⁷⁹ Sobre el tema además de las obras de referencia de JAMES BRYCE y de ALFRED DICEY indicadas adelante en el texto y de la bibliografía general sobre revisión constitucional, Cfr. específicamente: O. BANDEIRA DE MELLO, *A Teoria das Constituições Rígidas*, São Paulo, 1980; CHIARELLI, *Elasticità della Costituzione*, in RTDP, 1952, p. 328ss; GIANNINI, *Relazione sul tema "Rigidità o flessibilità della Costituzione"*, in *Alle origine della Costituzione italiana* (org. D'Alessio), Bologna, 1979; LAVAGNA, *La Costituzione rigida*, Roma, 1964; PABLO LUCAS VERDÚ, *La repercusión de los cambios sociales en las Constituciones rígidas*, in *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Público*, Universidad de Salamanca, nº 10, 1956; MARCHI, *Sul carattere rigido e flessibile della Costituzione italiana*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. Vacheli*, Milano, 1938, p. 321ss; PERGOLESI, *Rigidità e elasticità della Costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1959, p. 44ss; LUIGI ROSSI, *La elasticità dello Statuto italiano*, in *Scritti Giuridici in Onore di Santi Romano*, I, Padua, 1940, p. 27ss; MARIA PAOLA V. SCHLEIN, *Ridimensionamento pratico di una contrapposizione teorica: rigidità e flessibilità costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, 1987, p. 1361ss; SPAGNA MUSSO, *Costituzione Rigida e fonte atípiche*, Napoli, 1966; TREVES, *Duttilità della Costituzione*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, 4, Firenze, 1969; ZANGARA, *La rigidità delle Costituzioni*, in *Studi in onore di Chiarelli*, Milano, 1974, II, 1970-1973.

¹⁸⁰ Obra en dos volúmenes, publicada por la Oxford University Press, New York. Aquella monografía fue incluida en el volumen I de esta obra a páginas 145 y siguientes. Consultamos la edición española de esta obra: *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*, Madrid, 1988. La distinción encontrabase ya presente en la obra del Autor *The American Commonwealth*, publicada en dos volúmenes, en 1884. El contemporáneo y amigo de Bryce, ALFRED DICEY (1835-1922) en su *Introduction to the Study of The Law of the Constitution* (1ª ed., 1885) igualmente ha luego versado sobre la clasificación en referencia.

¹⁸¹ A propósito del pensamiento del Autor, desde luego, Cfr. : PABLO LUCAS VERDÚ, *La Teoría Constitucional de James Bryce, estudio preliminar a la edición española de Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*.

la consideración de la insuficiencia de la distinción de las Constituciones en escritas y no escritas, que ha considerado superficial ¹⁸².

El criterio de una clasificación más adecuada, debería tener en cuenta la relación de cada Constitución con las leyes ordinarias y con la autoridad ordinaria que las dicta ¹⁸³. Teníamos entonces, por un lado, las Constituciones -de tipo más moderno- representadas por leyes principales y fundamentales que son jerárquicamente de rango superior a las leyes ordinarias y no son modificables por la autoridad legislativa ordinaria, pero antes por una *autoridad mayor o suprema* y mediante procedimientos diferentes aquellos por los que se dictan y revocan las demás leyes. Por otro lado, existirían las Constituciones -de tipo más antiguo (de la Roma del siglo II antes de Cristo o de Inglaterra)- que se caracterizarían por estar a igual nivel que las otras leyes del país ¹⁸⁴ y por solamente se diferenciaren de las otras leyes por la materia. Tales Constituciones no serían de jerarquía superior, procedendo de las mismas autoridades que hacen las leyes ordinarias y siendo promulgadas o abolidas según el mismo procedimiento que aquéllas.

Las *Constituciones* de éste último tipo se llamarían flexibles, porque poseen elasticidad y se adaptan y alteran sus formas sin perder sus características principales. Las otras -las del tipo más moderno- no poseen esta propiedad, porque su estructura es dura y fija, no habiendo entonces inconveniente en darles el nombre de

¹⁸² Cfr. JAMES BRYCE, *Constituciones Rígidas*, p. 6ss.

¹⁸³ Cfr. JAMES BRYCE, *Constituciones Rígidas*, p. 9ss y 64.

¹⁸⁴ Lo mismo si estas leyes existen sólo en forma de estatutos que si existen en la de decisiones escritas que definan y confirman una costumbre. Sea la totalidad del pueblo, votando en plebiscito; sea una corporación especialmente elegida para ése fin y que se disuelve cuando su labor termina; sean ciertas corporaciones locales, a las que se les somete un instrumento para que emitan su voto en favor o en contra del mismo; sea la legislatura ordinaria en sesión particular, o actuando mediante una mayoría prescrita o celebrando diversas votaciones sucesivas, a determinados intervalos de tiempo, con el mismo objeto. Cfr. JAMES BRYCE, *Constituciones Rígidas*, p. 9

Constituciones rígidas ¹⁸⁵.

El concepto de Constitución adecuado a cada uno de éstos dos tipos de constituciones sería distinto, pero no dejaría de estar presente en las llamadas Constituciones flexibles. James Bryce responde así afirmativamente a la cuestión de saber si con propiedad podemos hablar de Constitución en Estados que, como los de Roma y Inglaterra, no señalan distinción formal ni técnica entre las leyes de diferentes clases. Por Constitución se entendía el conglomerado de leyes y costumbres a través de los que y bajo los que la vida de un Estado discurre ¹⁸⁶. La diferencia entre el concepto de Constitución adecuado a la realidad de las Constituciones flexibles y lo que es adecuado a la realidad de las Constituciones rígidas estaría en que el segundo se vincularía a una idea de *Constitución política formal*, contenida en un documento escrito solemne o también en varios documentos preparados con el fin específico de estructurarse el Estado y su gobierno, de forma que sus provisiones pueden comprobarse sin ninguna duda recurriendo a los términos de los documentos. El concepto de Constitución adecuado a la realidad de las Constituciones flexibles en contrapartida apuntaría para una realidad formalmente indiferenciada, resultando algo confusamente de una multitud de estatutos y compilaciones de precedentes ¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Cfr. JAMES BRYCE, *Constituciones Rígidas*, p. 14.

¹⁸⁶ Además siempre sería posible emplear frases más vagas tales como "espíritu de la Constitución" y "principios de la Constitución", toda vez que también describen una tendencia o cualidad general que penetra la masa total de las leyes y costumbres que rigen un Estado, y dan a esta masa un carácter que la distingue de la Constitución de cualquier otro Estado, exactamente como cada gran nación posee lo que llamamos carácter nacional, aunque este carácter pueda ser más fácilmente conocido que definido. Cfr. JAMES BRYCE, *Constituciones Rígidas*, p. 19-20.

¹⁸⁷ Cfr. JAMES BRYCE, *Constituciones Rígidas*, p. 22-23, 73, 88.

2. La doctrina actual sobre la rigidez y flexibilidad constitucionales

En la doctrina constitucional moderna, afirmanse tres grandes tendencias en la consideración de la distinción entre Constituciones rígidas y flexibles: (i) para unos autores, son en lo esencial confirmados los términos empleados por Bryce para distinguirlos ¹⁸⁸; (ii) para otros, será de rechazar radicalmente la distinción, proponiendo una clasificación alternativa de Constituciones ¹⁸⁹; (iii) por fin, intentase aprovechar ésa distinción, pero sujetandola a correcciones.

Las críticas que o propósito son formuladas pueden ser así alineadas:

- (i) la distinción ni siempre releva de un punto de vista jurídico y tiene un diminuto valor jurídico, siendo en todo caso de reconocer que existe una rigidez de hecho que tiene sus raíces en la consciencia de la colectividad ¹⁹⁰;
- (ii) la dicotomía rigidez-flexibilidad constitucional vale mucho más en el plano histórico ¹⁹¹ y comparativo que en el plano

¹⁸⁸ Así, aunque con algunas puntalizaciones Cfr. por ejemplo: MARCELLO CAETANO, *Direito Constitucional*, I, p. 399-400; MARIA LUISA M. HONORATI, *Il referendum*, p. 1-2; PERGOLESI, *Rigidità el elasticità*, p. 44; SPAGNA MUSSO, *Costituzione Rigida*, p. 14-15.

¹⁸⁹ Para la consideración del caracter obsoleto de la clasificación y sobre la distinción alternativa entre Constituciones condicionales y no condicionales, Cfr. HENC VAN MAARSEVEN y GER VAN DER TANG., *Written Constitutions- a computerized comparative study*, Nueva Iorque, 1978, p. 248-249 y 258. La clasificación debería ser usada para se indicar el actual grado de dificultad o la frecuencia de las modificaciones constitucionales. Véase a propósito WOLF-PHILIPS, *A Note on the Classifying of Constitutions*, in *Constitutions of Modern States*, Londres, 1968.

¹⁹⁰ Cfr. MICELI, *Diritto Costituzionale*, p. 162-165 y 473.

¹⁹¹ El propio BRYCE, ha predicho la prevalencia histórica del tipo rígido de Constituciones, observando que las Constituciones flexibles se han transformado en rígidas y que ninguna Constitución rígida se ha hecho flexible (Cfr. *Constituciones Rígidas*, p. 117).

- dogmático ¹⁹²;
- (iii) Es inaceptable la conclusión a que llega James Bryce de que las Constituciones rígidas se distinguen de las Constituciones flexibles por ser jerárquicamente superiores a las leyes ordinarias, en razón de especialidades de orden formal o procedimental, siendo que de la diferencia de forma no se puede inferir diferencia de contenido y de función de la Constitución ¹⁹³;
 - (iv) Toda Constitución será en cierto sentido rígida y su modificación estará sujeta a especiales limitaciones ¹⁹⁴, siendo que ni siquiera la Constitución británica debe ser clasificada verdaderamente como flexible, dado que su modificación pide un procedimiento especial ¹⁹⁵;
 - (v) Delante de la universalización de las Constituciones rígidas, habrá que distinguir entre Constituciones con mayor o menor grado de rigidez y no ya entre Constituciones rígidas y flexibles ¹⁹⁶;

¹⁹² Cfr. JORGE MIRANDA, Manual, II, p. 148.

En este sentido subraya también GOMES CANOTILHO (Direito Constitucional, p. 151) que tal dicotomía tiene hoy un valor tendencialmente arqueológico. Y acrecenta que la mayor parte de los países tienen Constitución escrita, no con rigidez absoluta, pero sí con rigidez relativa y que el problema de la flexibilidad o rigidez en el derecho constitucional se reconduce a la problemática más compleja que es la de la apertura al tiempo (BAUMLIN) del derecho constitucional y del consecuente *desarrollo constitucional* (O-BRYDE).

¹⁹³ En sentido próximo Cfr. JORGE MIRANDA, Manual, II, p. 147. Véase también: BERGEAUD, *Établissement et revision*, p. 78; ROBERT VON MOHL, *Staatsrecht*, I, p. 83 (1); MOKRE, *Zum Begriff* p. 238.

¹⁹⁴ En tal sentido y sobre los límites en las Constituciones flexibles Cfr. ESPOSITO, *Validità*, p. 163ss, 190ss; LAVAGNA, *La Costituzione Rigida*, p. 65; MORTATI, *Costituzione*, p. 145; ORIGONE, *Sulle leggi*, p. 83-84; TOSI, *Modificazione tácita*, p. 7-13; ZANGARA, *La rigidità*, p. 194ss.

¹⁹⁵ Así HENRI SUMNER MAINE (*Essais sur le gouvernement populaire*, 1887, p. 170) esclarecía que sería un adquirido considerar que el cuerpo electoral debía otorgar a la Cámara de los Comunes un mandato especial para alterar la Constitución.

¹⁹⁶ Cfr. PEDRO DE VEGA, *La Reforma Constitucional*, p. 50-51

- (vi) Es además de considerar una distinción entre *rigidez material*, propia de todas las Constituciones y que se refiere a principios solo modificables en caso de revolución y *rigidez formal* que permite modificaciones solo mediante determinado procedimiento ¹⁹⁷;
- (vii) la distinción simplemente podrá tener un valor indicativo y no absoluto ya que en las Constituciones se pueden descubrir elementos de rigidez y de flexibilidad constitucional ¹⁹⁸;
- (viii) la rigidez constitucional es relativizada por la elasticidad o plasticidad de las Constituciones ¹⁹⁹ y las Constituciones documentales adaptanse a las transformaciones no sólo a través de una enmienda constitucional formal, sino también por el uso constitucional, las reglas convencionales y la interpretación -a través de las instancias gubernamentales, el parlamento y los tribunales ²⁰⁰;
- (ix) la rigidez o flexibilidad constitucionales derivan de factores ajenos al proceso de revisión constitucional ²⁰¹;
- (x) una Constitución no es rígida por consagrar una forma o procedimiento especial de su revisión, siendo antes lógicamente que se consagran tal forma y procedimiento especiales por causa de la rigidez reconocida a las normas de la Constitución ²⁰²;

¹⁹⁷ Cfr. LAVAGNA, La Costituzione, p. 85ss.

¹⁹⁸ Cfr. CONTINI, La Revisione Costituzionale, p. 24-25. Véase aún: RUINI, Referendum, p. 55; ESPOSITO, Validità, p. 193; TREVES, Duttilità, p. 623.

¹⁹⁹ La elasticidad constitucional fué un aspecto que luego BRYCE ha tenido en cuenta pero vinculándolo sobretodo a la realidad de las Constituciones flexibles (Cfr. Constituciones Rígidas, p. 31/35). Sobre la elasticidad o plasticidad constitucionales en cuanto factor de atenuación de la rigidez constitucional, cfr. LUCAS VERDÚ, Curso, II, p. 600-601; PERGOLESÌ, Rigidità ed elasticità, p. 44ss; ROSSI, La elasticità, p. 38-39.

²⁰⁰ En éste sentido, subrayando el cuño altamente formalista y irreal de la clasificación Cfr. LOEWENSTEIN, Teoria, p. 208.

²⁰¹ Cfr. H.L.MCBAIN, The Living Constitution, 1928, p. 16ss.

²⁰² En este sentido Cfr. L. ROSSI, La elasticità, p. 34/35; GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional, p. 1129; CICCONE, La revisione della

- (xi) la distinción induce en el error de considerar que una Constitución cuya enmienda depende de numerosos obstáculos legales será de más difícil modificación y, por tanto, se verá alterada menos frecuentemente que otras con pocos obstáculos o ninguno ²⁰³.

En la secuencia de estas (o de algunas de estas) críticas formuladas al pensamiento de Bryce, por un lado y más divulgadamente buscase hoy la distinción entre Constituciones rígidas y flexibles a partir fundamentalmente de la consideración de aspectos de carácter formal o procesal, dejando de valorizar el elemento material. Desde este punto de vista las Constituciones rígidas se distinguen de las flexibles por prever, al efecto de realización de eventuales modificaciones constitucionales, una forma o un procedimiento distintos de los aplicables a la producción de legislación ordinaria ²⁰⁴.

Otros autores, a su vez, intentan formular la distinción entre Constituciones rígidas y flexibles con referencia no solamente al hecho de se establecieron o no límites formales o procesales a la revisión

Costituzione, p. 4. Para LUCAS VERDÚ (Curso, II, p. 597) no es la mayor dificultad en modificar las normas constitucionales que determina la rigidez constitucional, sino la prohibición que las leyes ordinarias cambien a las constitucionales. Para RUINI, (Referendum, p. 55), la rigidez constitucional se traduce en la prohibición de modificar la Constitución solamente en dada forma y procedimiento riguroso, aunque tal sea lógicamente más un efecto que la causa de la rigidez reconocida a las normas de la Constitución.

²⁰³ Cfr. K.C.WHEARE, *Las Constituciones modernas*, Barcelona, 1971, p. 21ss. Para éste Autor la facilidad y/o frecuencia con que se modifica una Constitución no sólo depende de las previsiones legales sobre su revisión, además de los grupos político-sociales predominantes en la Comunidad y de la medida en que éstos apoyen o aprueben la organización y la distribución del poder político diseñado por la Constitución. Véase a propósito: LUCAS VERDÚ, *La Teoría Constitucional de James Bryce*, p. XLII.

²⁰⁴ Así por ejemplo: BARILE-SIERVO, *Revisione Costituzionale*, p. 776-777; BURDEAU, *Droit Constitutionnel*, p. 82; CONTINI, *La Revisione Costituzionale*, p. 25; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 1129; ANDRÉ HAURIOU - J.GICQUEL, *Droit Constitutionnel*, p. 340-341; JORGE MIRANDA, *Manual*, II, p. 143ss; MORTATI, *Istituzioni*, I, p. 330.

constitucional, pero también a otros datos del régimen a que se sujeta la revisión constitucional, en general con referencia a la existencia o no de *obstáculos técnicos que eviten que los preceptos constitucionales se reformen fácilmente, y que se destinen a asegurar su continuidad* ²⁰⁵.

Desde ésta perspectiva, la cuestión está en saber cuales son los obstáculos técnicos a la revisión constitucional que implican la rigidificación de la Constitución. Variando en este punto las posiciones, son entonces considerados como determinantes de rigidez constitucional o la generalidad de los límites a que concebiblemente puede ser sujeto el poder de revisión constitucional ²⁰⁶, o entonces, más restrictamente, solamente los límites formales, temporales o materiales a la revisión constitucional ²⁰⁷.

Otros autores aún subrayan que la distinción entre Constitución rígida y flexible no debe ser establecida en términos simplemente formales, pero también con referencia a características intrínsecas y materiales. En éste sentido LUIGI ROSSI considera como rígidas "las Constituciones cuyas disposiciones, no solo legislativamente, pero también por la consciencia pública, son reconocidas como fundamentales, o diversas de la ordinaria legislación, y por ésta inatingibles, siendo recojidas en formulas escritas y solemnes; y porque la función legislativa constitucional es distinta de la función legislativa ordinaria, y por consecuencia, pero solo por consecuencia, el órgano constituyente puede ser distinto del órgano legislativo ordinario. Al revès el concepto de Constitución

²⁰⁵ Cfr. PABLO LUCAS VERDÚ, Curso, II, p. 592-593.

²⁰⁶ PABLO LUCAS VERDÚ, (Curso, II, p. 593, nota 1156) refiere especialmente tres clases de obstáculos: reconocer un íter más lento y complicado; prohibición de revisar determinados preceptos (super-rigidez); prohibición de revisar la Constitución en determinadas circunstancias.

²⁰⁷ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, Direito Constitucional, p. 52. Para éste Autor, no serian de considerar los límites circunstanciales como factor de rigidez constitucional por se destinaren a impedir, simplemente, que los condicionalismos anómalos vividos no coaccionen física o psíquicamente los titulares del órgano de revisión constitucional, no se destinando a asegurar la intangibilidad o la durabilidad de la Constitución.

flexible es sobretodo fundado bajo el presupuesto de la identidad entre materia constitucional y materia ordinaria (..) siendo indiferenciada²⁰⁸.

Por fin y en medio de una multiplicidad de posiciones que a propósito son doctrinalmente defendidas es aún de referir la que reserva la calificación de rígidas a las Constituciones que reciben una pretensión de permanecer por los tiempos fuera inalteradas, considerando flexibles las que aceptan un grado mayor o menor de mutabilidad, preveendo un proceso de adaptación a las exigencias de la situación política²⁰⁹.

3. Rigidez constitucional y intención garantista

La posición que nosotros defendemos a propósito de la distinción entre Constituciones rígidas y flexibles, por un lado, pasa por el rechazo de la consideración de que solamente las primeras afirman una supremacía normativa o de que solamente sus normas son

²⁰⁸ Cfr. LUIGI ROSSI, La "elasticità", p. 36.

²⁰⁹ Así, Cfr. ROGERIO EHRHARDT SOARES, Constituição, DJAP, II, p. 666. Para este Autor, además, las Constituciones rígidas caracterizanse por se quedaren limitadas al recurso a la interpretación actualizadora, para no se condenaren a la decrepidez. A las Constituciones flexibles, a su vez, está abierta la posibilidad de reconocimiento de nuevas tensiones del ser social, pagando por éso muchas veces el precio de un quebrantamiento de sacralidad.

Acrece que -según éste Autor- las Constituciones flexibles pueden ser de dos tipos: un es llenado por áquellas en que se suman al largo de los tiempos elementos legislados y dados consuetudinarios y en que tanto unos elementos normativos como otros no gozan de cualquiera superioridad formal sobre el restante derecho, de lo cual se distinguen simplemente por el contenido; el segundo tipo se refiere a constituciones escritas que preveen un sistema especial de modificación, con mayores garantías formales que las exigidas para las simples leyes ordinarias; o que aceptan el alargamiento del cuadro constitucional por leyes ordinarias votadas por cierta mayoría. Este segundo tipo es calificado como de Constituciones semiflexibles o semi-rígidas.

Aún así, subraya el Autor, la separación entre constituciones rígidas y flexibles es en la práctica mucho menor que a la primera vista parece, ya que la aplicación de la Constitución depiende de factores político-espirituales que pueden alterarle profundamente el sentido y convertir una Constitución flexible en algo de mucho más estable que las Constituciones rígidas.

jerárquicamente superiores a las demás normas vigentes de derecho interno. Aquella distinción parte del supuesto que en los dos casos estamos delante de verdaderas Constituciones que condicionan la validez de los actos derivados, estando siempre en causa un concepto de Constitución formal.

Por otro lado, tenemos presente que las dificultades que se afirman en la definición de la exacta frontera que separa las Constituciones rígidas de las Constituciones flexibles no debe ser agravada por consideraciones sobre la mayor o menor elasticidad de las Constituciones, sobre la idea de apertura de la Constitución, sobre las exigencias de desarrollo constitucional o sobre la mayor o menor frecuencia con que ocurren en concreto las revisiones constitucionales. Siguiendo estos puntos de vista ninguna Constitución sería calificable como rígida, por que todas están inevitablemente sujetas al influjo de la evolución o de las circunstancias. Además teníamos que, por razones extra-jurídicas, en unos momentos las Constituciones se revelarían rígidas, y en otros momentos flexibles, perdiéndose la estabilidad de análisis que toda clasificación, con valor jurídico-científico, debe tener.

Las Constituciones deben poder ser calificadas como rígidas o flexibles a partir de un cuadro de referencia definido a partir de elementos de verificación estable ²¹⁰.

Ése cuadro de referencia que deberá servir para distinguir ésas dos especies de Constituciones debe respetar exclusivamente al régimen de modificación de la Constitución que sea constitucionalmente consagrado y en particular a la intención constituyente que presidió a consagración de ése régimen -a una intención de dificultar o no la revisión constitucional y de restringir o no su alcance de modificación material o substantiva.

²¹⁰ Éste no significa en todo caso que, verificados ciertos condicionalismos, una Constitución al largo de su periodo de vigencia no se pueda convertir de rígida en flexible o vice-versa. A propósito *infra*.

Tenemos en esta orden de consideraciones que las Constituciones rígidas se distinguen de las Constituciones flexibles por consagraren un régimen de su modificación que busca, de un modo especial, garantizar el carácter extraordinario y también puntual de las alteraciones constitucionales formales.

Desde este punto de vista, las Constituciones rígidas no se definen por comparación del régimen de modificación constitucional que consagran con el régimen de elaboración de legislación ordinaria. Tal comparación no es adecuada por cuanto la noción de rigidez no es privativa de la legislación constitucional. Rígidas pueden ser tanto las Constituciones como las leyes ordinarias. El confronto de regimenes de modificación constitucional y de elaboración de legislación ordinaria, cuando ambas ésas tareas sean concebidas como extraordinarias no nos permite llegar a resultados satisfactorios. En ultimo caso, siguiendo un tal criterio comparativo, podemos -inaceptablemente- concluir que, en un ordenamiento en que se crean identicos obstaculos a la producción de alteraciones constitucionales y a cierta actividad legislativa ordinaria, la Constitución en causa seria *flexible*.

La extraordinariedad y caracter puntual o caracter común de las alteraciones constitucionales es algo que se define sin necesidad de comparaciones o confrontos con realidades proximas.

En éste punto, debemos insistir en que todo depende sobretodo de la intención constituyente que ha prevalecido o que está subyacente en las normas definidoras del régimen de revisión constitucional, en otras normas de la Constitución o en la Constitución en su conjunto.

Puede en todo caso decirse (sin quereremos ser agotantes) que se indicia el carácter rígido de las Constituciones, cuando:

- (i) se prevee la intervención en los procesos de revisión constitucional de un órgano que especialmente se constituye para efectos de deliberar sobre alteraciones constitucionales, o

de un órgano de existencia regular, pero que para ése efecto debe sufrir una renovación en su composición o debe funcionar en condiciones fuera de comun;

- (ii) se establecen límites temporales a la revisión constitucional, que tienen el significado de distinguir claramente los *momentos de política constitucional* de los *momentos de política común* (R. Darhendorf), concebindose las alteraciones constitucionales como siendo de realización extraordinaria;
- (iii) se consagran límites procesales a la revisión constitucional en términos que dificultan su concretización;
- (iv) se sujeta la revisión constitucional a límites materiales expresos que se refieren a aspectos que no son esencialmente definidores de la identidad material de la Constitución;
- (v) se consagra una Idea de Constitución material o un proyecto constitucional que, en sus aspectos esenciales, presenta una grande densidad normativa, no podendo, en via de revisión constitucional (y por necesidad -expresa o implícitamente- definida en la Constitución de se salvaguardar la identidad de la Constitución) promoverse la alteración de parte significativa de la Constitución.

Los límites materiales de la revisión constitucional, en los dos casos referidos por ultimo, garantizan especialmente la puntualidad de la revisión constitucional, y así también determinan su rigidez, en razón de que hacen presuponer que en principio la Constitución no podrá ser revista, salvo en aspectos de detalle o en términos que no colidan con lo que en ella hay de *esencial*. Eses límites implican una reducción del espacio de libertad del legislador más que es comun o (delante del valor relativo de algunos de esos límites) por representaren un *obstaculo técnico* a las alteraciones constitucionales.

A su vez, indiciase una intención constituyente de flexibilidad constitucional donde se verifiquen cumulativamente los

siguientes aspectos:

- (i) previsión de una organica de revisión constitucional que está en condiciones de ser actuada a todo tiempo sin necesidad de práctica de cualquier acto especial;
- (ii) posibilidad de ejercicio del poder de revisión constitucional a todo tiempo, salvo los casos de fuerza mayor;
- (iii) sujeción de la revisión constitucional a límites procesales que no sean establecidos en vista de se dificultar su concretización, ni sea de esperar que en la práctica tengan tal efecto ²¹¹;
- (iv) subordinación de la revisión constitucional solamente al respeto de un *minimum constitucional inviolable (Unantastbares Verfassungsminimum)*, en la expresión de *HERRFAHRDT*, estando simplemente vinculada a la preservación de la identidad de la Constitución y en términos que dejan un amplio espacio de libertad de deliberación sobre el contenido de la Constitución.

Puede además decirse que una Constitución será flexible mismo que garantice la extraordinariedad y puntualidad de la revisión constitucional cuando esta sea una entre otras vías de alteración formal de la Constitución por ésta admitidas y cuando éstas otras formas de modificación constitucional se traduzcan en actos normativos comunes²¹².

Sin embargo de, en los términos propuestos, se dar una respuesta que busca trazar una frontera clara (y no difusa) entre

²¹¹ Así por ejemplo cuando se establecen límites procesales con una intención simplemente de se garantizar la racionalización del proceso de revisión constitucional. Tal puede verificarse mismo cuando se sujetan las alteraciones constitucionales a aprobación, en el ámbito de una asamblea de revisión de base electiva, por una mayoría calificada de votos, cuando sea de contar con la fácil formación de tal mayoría, delante de la consagración de un sistema electoral favorable a éso.

²¹² Así por ejemplo cuando la Constitución legitima formas de su modificación tácita, que conducen a la producción de normas formalmente constitucionales por vías distintas de la revisión constitucional.

Constituciones rígidas y flexibles, no podemos dejar de considerar que la rigidez constitucional en particular es susceptible de graduación.

Una Constitución puede ser más o menos rígida conforme se intente garantizar la extraordinariedad o puntualidad de la revisión constitucional en términos más o menos estrictos. En último término - en la expresión de N. PEREZ SERRANO- podemos estar delante de una *Constitución pétrea* que no deja espacio para otro tipo de modificación que no sea la que se produce por vía revolucionaria. En el extremo opuesto, podemos también tener los casos de Constituciones que expresan una intención constituyente garantizadora de extraordinariedad y puntualidad de la revisión constitucional, admiten revisiones constitucionales frecuentes o de ámbito material amplio, limitándose a establecer mecanismos de certificación de la necesidad objetiva de a ellas se recurrir. En estos casos la Constitución permanecerá rígida por que tiene inherente la intención de que la revisión solamente se concrete, cuando extraordinariamente y en puntos de detalle, se afirme para tanto y objetivamente la *necesidad* de revisión constitucional en el ordenamiento constitucional en cuestión.

Además cabe referir que en los sistemas de revisión constitucional consagrados en las Constituciones concurren frecuentemente elementos de rigidificación y de flexibilización constitucional. En todo caso la simple consagración de elementos de rigidificación constitucional (mismo que se deban coordinar con elementos de flexibilización) será decisiva para la caracterización de una Constitución como rígida. Solamente así no será cuando solo aparentemente hay rigidificación constitucional o cuando la Constitución establezca regímenes de revisión constitucional destinados a ser actuados en momentos distintos. En este último caso cabe la referencia a las Constituciones que solamente consagran un régimen agravado para la primera revisión constitucional, teniendo prevalecido la intención de facilitar y convertir en comunes o

incondicionales las revisiones constitucionales siguientes. Entonces estaremos delante de una Constitución rígida en un primero momento, que luego se convierte en Constitución flexible.

Por fin, cabe hacer referencia a la llamada hiper-rigidez constitucional. Esta se verifica principalmente en casos (i) de reconocimiento expreso del valor absoluto de ciertos limites a la revisión constitucional, (ii) de consagración de una clausula extensa de limites materiales, (iii) de establecimiento de amplos periodos temporales en que se encuentra prohibida la revisión constitucional o aún (iv) de previsión de limites procesales que, delante de circunstancias particulares de vida institucional, son muy difícilmente superables.

CAPITULO VII

CONCEPTO Y CATEGORIAS DE
LIMITES DE LA REVISIÓN
CONSTITUCIONAL

Sumário:

1. La limitación de la revisión constitucional, en general
2. Límites expresos y no expresos
3. Límites autónomos y heterónomos
4. Límites circunstanciales
5. Límites temporales
6. Límites formales y procesales
7. Límites materiales

1. La limitación de la revisión constitucional, en general

a) La consideración de que la figura de la revisión constitucional y del poder de revisión constitucional piden por definición un origen constitucional permite luego concluir por su cuño limitado. La revisión constitucional es pensada en función de la Constitución. La Constitución es al mismo tiempo su fundamento y fin y, consecuentemente, también su límite.

La limitación de la revisión constitucional resulta además de representar un medio de realización en los términos constitucionalmente previstos, de simples modificaciones constitucionales, caracterizándose por pertenecer solamente introducir alteraciones parciales en la Constitución, que desde luego (y sin perjuicio de otros condicionamientos) no determinen el apareamiento de una nueva Constitución y que no perjudiquen su identidad (material y formal) propia^{213 214}.

Acrece que su cuño limitado se revela en la circunstancia de, por definición, el poder de revisión constitucional ser un poder público, con la textura de una *competencia*, tratándose de un poder funcional vinculado al cumplimiento de la función y a la realización de las atribuciones que han justificado su consagración.

b) En términos generales, los *límites de la revisión constitucional* presentanse como *condicionamientos que se imponen al desarrollo de la actividad de revisión constitucional y que implican de alguna forma restricciones a la libertad de su concretización*.

²¹³ A éste propósito tengase en cuenta desde luego las consideraciones antes hechas sobre la problemática de la revisión constitucional total y sobre el propio concepto de modificación constitucional, que entendemos no poder ser confundido con el concepto de creación originaria o de sustitución de Constitución.

²¹⁴ En el sentido de que la limitación del poder de revisión constitucional es conatural a la propia función de revisión cfr., por ejemplo: ESPOSITO, *Validità*, p. 201 ss; MORTATI, *Concetto*, p. 17.

En tal concepto cabe la referencia a límites de naturaleza muy distinta, imponendose desde luego establecer una distinción entre límites *de hecho* y límites *jurídicos*.

Los límites *de hecho*, defínense por respetaren a factores de relacionamiento político (interno o externo), económicos, sociales o sociológicos, culturales, geográficos, históricos o otros que influyen decisivamente sobre las decisiones constituyentes ²¹⁵, condicionando su conveniencia y oportunidad políticas, restringiendo las posibilidades prácticas de cambio constitucional, interfiriendo sobre los juicios de adecuación a la realidad de las nuevas soluciones constitucionales a contemplar y así también viabilizando en términos prácticos o inviabilizando la producción por los actos de revisión de los efectos de conformación de la vida constitucional ²¹⁶.

A su vez, los límites *jurídicos* presentanse como los condicionamientos a la revisión constitucional que resultan de valores, principios y reglas jurídicas vigentes y que tienen el significado de fijaren el deber ser de tal actividad, de cuyo cumplimiento depende la posibilidad de ciertos actos ser valorizados (calificados y defendidos en su eficacia) en cierto ordenamiento jurídico como verdaderos actos de revisión constitucional.

De acuerdo con los parámetros de investigación que nos hemos impuesto, interesanos aquí fundamentalmente considerar ésta última categoría de límites a la revisión constitucional.

²¹⁵ H. EHMKE (Grenzen, p. 91 ss), hablando a propósito en *límites heterónomos*, refiere a los momentos económicos y técnicos, así como a la situación geográfica que, desde luego escapan al ámbito del cambio constitucional, pero influyen, decisivamente sobre la Constitución y la vida constitucional. En tal sentido, valorizando el efecto limitador de tales factores, se ha pronunciado también SCHINDLER, *Verfassungsrecht und Soziale Struktur*, Zurich, 1932, p. 93.

²¹⁶ Al consideramos la existencia de unos límites *de hecho* a la revisión constitucional que se no confunden con límites *jurídicos*, no pretendemos alejar la consideración de que a partir de ciertos hechos se pueden formar límites verdaderamente jurídicos. Del *ser* puede retirarse también un *deber ser*. En tal sentido Cfr. *infra* lo que se dice a propósito de los límites *inmanentes* a la revisión constitucional.

c) Los límites jurídicos de la revisión constitucional, pueden ser de distintas clases o tipos:

- (i) de acuerdo con un criterio en que se atiende a la forma de revelación de éstos límites, tenemos límites *expresos*, con consagración en normas jurídicas consideradas constitucionalmente aplicables a la revisión constitucional, y límites *no expresos*, que se encuentran implícitos en los textos constitucionales, son inmanentes a la realidad constitucional o están subentendidos en el ordenamiento jurídico respectivo, pero que no tienen una formalización clara en el derecho positivo aplicable;
- (ii) consonante la fuente de fijación de los límites, hay a considerar, a su vez, la existencia de límites *autónomos*, que se refieren a normas de derecho objetivo interno relativamente al ordenamiento en causa, y límites *heterónomos*, que respetan a un derecho de alguna forma producido fuera del ordenamiento jurídico en que se destinan a producir efectos;
- (iii) cuanto a los principales aspectos del régimen jurídico de la revisión constitucional sobre los cuales tienen incidencia, cumple hacer la distinción entre límites *circunstanciales*, que definen las situaciones excepcionales en que no se puede concretar tal actividad, límites *temporales*, que dicen respecto al momento en que el poder de revisión puede ser ejercido, límites *procesales*, que establecen la tramitación de los procesos de revisión constitucional, *límites formales*, que definen el modo como debe procederse a la exteriorización (o revelación externa) de los actos de revisión constitucional, y límites *materiales* que precisan en que sentido o hasta que punto se puede ir en la modificación del contenido de las

normas constitucionales^{217 218}.

2. Los límites expresos y no expresos, en general

Los *límites expresos* de la revisión constitucional representan condicionamientos fijados en normas jurídicas que declaradamente concurren para la definición del régimen de revisión constitucional.

Tales límites pueden resultar de normas formalmente constitucionales que se refieren específicamente a la revisión constitucional, así como pueden ser precisados en otras normas de la Constitución para las cuales se haga remisión expresa o que sean de aplicación genérica a una categoría de actividades públicas en que se integre también la de revisión constitucional.

Además pueden ser calificados como *límites expresos* los que resultan de normas de derecho positivo extra-constitucional expresamente aplicables a la revisión constitucional, para las cuales la Constitución haga remisión, de normas que sean expresión de un poder (reconocido en la Constitución) de auto-organización del titular

²¹⁷ Además de estas clasificaciones o tipologías y de acuerdo con el sentido de los preceptos limitadores, podemos aún considerar la distinción entre límites *negativos*, que establecen prohibiciones, y límites *positivos*, que imponen la adopción de determinados comportamientos.

Establecese aún por ejemplo una distinción entre *límites absolutos* y *relativos*, considerándose que los primeros son jurídicamente insuperables, mientras que los segundos pueden ser superados mediante modificación de las normas que los consagran. No incluimos aquí esta distinción porque presupone ya resuelta la cuestión del valor de los límites, problemática que solo adelante desarrollaremos.

NEF (*Materielle Schranken*, p. 111 ss) establece además una distinción entre *límites inferiores* y *límites superiores*, refiriendo los primeros a la imposibilidad de se insertar en la Constitución cualquiera disposición y los segundos a la consideración de la existencia de disposiciones constitucionales que no pueden ser sometidas a revisión. Para una crítica de esta distinción Cfr. CICONETTI, *La Revisione Costituzionale*, p. 216-217.

²¹⁸ Sobre la clasificación de los límites a la revisión constitucional cfr., por ejemplo CONTINI, *La Revisione Costituzionale*, p. 279 ss; PEDRO VEGA, *La Reforma Constitucional*, p. 240 ss.

del poder de revisión constitucional o de normas que sean de fuente considerada por la Constitución de rango constitucional (o mismo quizá de rango supra-constitucional) y cuyo respecto, por disposición constitucional expresa, se impone al poder de revisión constitucional.

Éses límites expresos pueden ser de fuente *autónoma* o *heterónoma*, así como pueden referirse -y normalmente refieren- a cualesquier de los aspectos del régimen de revisión constitucional, pudiendo entonces ser indiscriminadamente, límites circunstanciales, temporales, procesales, formales o materiales.

Los *límites no expresos* a su vez, resultando de normas que no fuerón constitucionalmente explicitadas como vinculativas de la revisión constitucional, pueden ser de tres ordenes: *límites implícitos*, *límites inmanentes* y *límites transcendentales*.

Los *límites implícitos* representan condicionamientos a la revisión constitucional que se encuentran simplemente subentendidos en la Constitución formal, pero que, no obstante no teneren una consagración expresa, fueron inequívocamente objeto de valorización constitucional ²¹⁹.

El apuramiento de límites implícitos se hace en vía de interpretación sistemática de las normas formalmente constitucionales pertinentes, tenendose al efecto presente que:

- (i) son decurrencias lógicas de soluciones constitucionales expresas;
- (ii) corresponden y integranse en el concepto y sistema de revisión constitucional contenido en la propia Constitución, no contradiciendo lo consignado en normas de limitación expresa ni perjudicando su aplicación;

²¹⁹ Como observa PEDRO DE VEGA (La Reforma Constitucional, p. 242), los límites implícitos caracterizanse por su existencia solamente poder ser deducida indirectamente, bien como una consecuencia lógica de los presupuestos en que descansa el sistema constitucional considerado en su conjunto, bien como correlato de las singulares cualificaciones que se producen en determinados preceptos de la Constitución.

(iii) deben ser expresión de la voluntad constituyente presupuesta en la Constitución.

Cabe en todo caso subrayar que la distinción entre límites expresos y límites implícitos tiende de cierto modo a relativizarse, ya que las cláusulas que contienen límites expresos (maxime: en los casos de límites materiales expresos) deben, delante de la concisión de las fórmulas muchas veces empleadas, ser conjugadas con otras normas de la Constitución, para se llenaren de sentido. Lo que se irá buscar a otras normas, el *plus* que se acrecenta al expresado en una cláusula de limitación del poder de revisión constitucional, representará ya un límite implícito.

Como hemos referido, los límites implícitos no agotan la categoría de los límites no expresos a la revisión constitucional, cabendo aún tener presente las categorías de los *límites inmanentes* y de los *límites transcendentales*. Los primeros -los *límites inmanentes*- representan condicionamientos a la revisión constitucional que traducen determinaciones de una legalidad derivada de la propia realidad constitucional y formada quizá con indiferencia para con lo que la Constitución formal establece. Los *límites transcendentales*, a su vez, exprimen los condicionamientos a la revisión constitucional que derivan de la necesidad de consideración de un derecho constitucional suprapositivo, anterior y superior a todas las demás normas del ordenamiento jurídico y fundamentador en última instancia de todo el derecho positivo.

Los principales problemas doctrinales que la temática de los límites *no expresos* plantea relacionanse específicamente con estas dos categorías de límites -límites inmanentes y transcendentales-, desarrollandose a propósito amplia discusión, que se centra en todo caso fundamentalmente en torno de la temática de los límites materiales. Profundizaremos entonces consideraciones sobre tales categorías de límites adelante, cuando considerarmos específicamente la temática de los límites materiales no expresos a la revisión

constitucional.

3. Los límites autónomos y heterónomos

Los límites de la revisión constitucional, en sentido jurídico-positivo y de acuerdo con un criterio que atiende a la diversidad de origen que pueden tener las normas que los consagran, pueden ser clasificados en *límites autónomos* y *límites heterónomos*²²⁰.

Los *límites autónomos* representan los condicionamientos normativos de la revisión constitucional que se relacionan con un derecho interno íntegramente producido dentro del ordenamiento jurídico en que la revisión constitucional se destina a producir efectos.

A su vez, los *límites heterónomos* traducense en condicionamientos normativos de la revisión constitucional que expresan la necesidad de consideración de normas producidas fuera del ordenamiento jurídico particular en que ésta se destina a producir efectos.

Tales límites por un lado pueden resultar expresamente del texto de la Constitución que contiene una norma por la cual se obliga

²²⁰ Esta distinción encuentrase luego en W. JELLINEK, *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, Berlin, 1931. Para éste Autor, los límites heterónomos eran definidos como aquellos que son puestos por una voluntad exterior a la Constitución, siendo los límites autónomos puestos por la Constitución. En sentido próximo BISCARETTI DI RUFFIA (*Sui limiti*, p. 169; *Lo Stato democratico moderno*, Milano, 1946, p. 627; *Sull'agganciamento*, p. 19 ss; *Derecho Constitucional*, p. 284) distingue entre límites puestos dentro del ordenamiento jurídico estatal y límites afirmados en normas de otros ordenamientos jurídicos. Véase además entre otros: N. PEREZ SERRANO, *El poder constituyente*, p. 297 ss; JORGE MIRANDA, *Manual*, II, p. 108-110; MARIE-FRANÇOISE RIGAU, *La Théorie*, p. 95ss., 117ss y 263ss. Para esta Autora, sin embargo, el concepto de límites heterónomos es más amplio, considerándose como tales los límites producidos por una orden normativa distinta de la orden jurídica estatal, incluyendo también una referencia a límites no jurídicos derivados de una orden ética o del derecho natural. Así también, considerando como límites heterónomos los momentos económicos y técnicos o la situación geográfica Cfr. EHMKE, *Grezen*, p. 91 ss.

el poder de revisión constitucional a respetar normas heterónomas, prohibiendo la producción de normas constitucionales no conformes o incompatibles con esas normas heterónomas. Estaremos entonces delante de lo que se pueden clasificar como límites expresos heterónomos de la revisión constitucional.

Por otro lado, éstos límites pueden resultar solo implícitamente del texto de la Constitución, que no contiene ninguna norma de su proclamación expresa, siendo una consecuencia de una solución constitucionalmente consagrada relativamente a cuestiones de relacionamiento entre distintos ordenes jurídicas.

Por fin, los límites heterónomos pueden no ser consecuencia ni de disposición expresa de la Constitución, ni resultar implícitamente de cualquiera de sus normas, traduciendo antes un determinado tipo de relacionamiento que, por naturaleza, se establece necesariamente entre distintas ordenes jurídicas -entre una Orden Jurídica particular e otras Ordenes Jurídicas con las cuales aquella no puede dejar de relacionar.

Los límites heterónomos pueden afirmarse desde luego en el ámbito de los Estados federales, traduciendo la subordinación del ejercicio del poder de revisión constitucional en un Estado federado a la Constitución del Estado federal respectivo ²²¹.

²²¹ Tales límites encuentranse en ciertos casos fijados en la Constitución del Estado federal, traduciendo una intención de homogenización de las formas de organización política en el espacio federal. Véase así: la *Constitución norte americana* de 1787 que en su artículo 4, sección IV determina que los Estados adoptarán un gobierno de forma republicana; la *Constitución suiza* de 1874 que en su artículo 6 obliga los cantones a pedir a la Confederación la garantía de sus Constituciones, subrayando que esa garantía será concedida cuando aquellas no contengan nada en contrario de las disposiciones de la Constitución Federal, aseguran el ejercicio de los derechos políticos, según las formas republicanas representativas o democráticas, y tengan sido aceptadas por el pueblo y pueden ser revisadas a requerimiento de la mayoría absoluta de los ciudadanos; la *Constitución de Weimar* de 1919 que en su artículo 17 preveía la organización de los *Land* según un modo republicano y determinaba que los representantes del pueblo debían ser elegidos por sufragio universal, directo y secreto, de acuerdo con el principio del escrutinio proporcional de todos los ciudadanos, hombres y

Esos límites pueden además, en una vasta panoplia de hipótesis, resultar de la existencia de relaciones institucionalizadas de suzeranía, de protección, de unión real, de confederación o de asociación (en el cuadro de organizaciones internacionales) entre distintos Estados. El poder de revisión constitucional en los Estados vasallos, protegidos o miembros de una unión real, de una confederación o de organizaciones internacionales presentase como limitado, respectivamente, por el pacto de vasalaje o por los tratados constitutivos de los protectorados ²²², de las uniones reales ²²³, de las confederaciones y de las organizaciones internacionales (o también por el derecho derivado de estas últimas) ²²⁴.

mujeres, del Reich; la *Ley Fundamental de Bonn*, que en su artículo 28, determina que la orden constitucional de los Länder debe conformarse a los principios del Estado de Derecho republicano democrático y social en el sentido definido en la propia Ley Fundamental, imponiendo aún que la representación popular en el ámbito de los Länder, distritos y comunas sea proveniente de elecciones por sufragio universal, directo, libre, igual y secreto. Además y independientemente de disposiciones constitucionales expresas es de referir el límite implícito que resulta de la consideración del principio según el cual el *derecho constitucional de los Estados federados cede el paso delante del derecho constitucional federal*.

A propósito, con referencias bibliográficas Cfr. M.F. RIGAUX, *La Théorie*, p. 144-145. Para otros ejemplos Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, *Sui limiti*, p. 170 (100); GIANNINI, *Tendenze Costituzionali*, p. 243; MIRKINE GUÉTZEVITCHE, *Nouvelles tendances*, p. 73 y 109.

²²² Así por ejemplo los protectorados franceses sobre Marruecos, Tunisia, Vietnam, Camboya o Laos. Véase también el caso del Tratado firmado entre la Francia y Monaco en 17 de Julio de 1918 y su previsión que en caso de vacatura de la Corona se constituiría en Estado de Monaco bajo el protectorado de Francia, imponiéndose la dependencia de las reglas sobre regencia y sucesión en el Trono de acuerdo entre las Partes.

²²³ Así por ejemplo el acuerdo de 30 de Noviembre de 1918 constitutivo de la Unión Real de la Dinamarca y de la Islandia que imponía especiales restricciones a la posibilidad de modificación de la forma monárquica de gobierno.

²²⁴ Además del problema de los límites que resultan de la participación en Organizaciones Internacionales de integración, de sus tratados institutivos así como posiblemente de su derecho derivado (Cfr. *infra*, a propósito del caso portugués, las consecuencias constitucionales de la participación en las Comunidades Europeas), cabe referir los límites que por ejemplo resultan del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, del artículo 3 del Estatuto del Consejo de la Europa, del artículo 3 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (y la resolución inter-

Tales límites heterónomos pueden además resultar de tratados de paz, de un derecho impuesto por los Estados vencedores de una guerra sobre los Estados vencidos o de un derecho de ocupación ²²⁵.

Cabe por fin tener presente que, independientemente de la existencia relaciones de supremacía de un Estado (o otro sujeto de derecho internacional) sobre otro Estado, se pueden afirmar límites materiales heterónomos a la revisión constitucional correspondientes a un imperativo de respeto por las normas de *jus cogens* internacional o de las normas de derecho internacional general o común o convencional. Tal hipótesis puede darse delante de la adhesión expresa por la Constitución al principio del primado del derecho internacional (general y/o convencional) sobre el derecho interno, delante del reconocimiento del valor absoluto y universalmente iderrogable del *jus cogens* y también delante de la consideración de que, en las relaciones entre las ordenes jurídicas internacional y internas, la orden jurídica internacional con sus determinaciones prima sobre el Derecho interno

americana nº XXXII). En el ámbito de la Organización de los Estados Centroamericanos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención Adicional al Tratado de paz y amistad firmado en Washington en 20 de diciembre de 1907 y en el artículo 5 de la Convención Adicional de 7 de enero de 1923, imponerse a los Estados-miembros el respecto del principio de la no reelección oficiosa de sus Presidentes o Vice-Presidentes de la República. Cuando tal principio no estuviese consagrado constitucionalmente debería procederse a reforma constitucional .

²²⁵ Así por ejemplo: el Tratado de Trianon de 4 de junio de 1920 por el cual, y en la secuencia del fin de la Iª Guerra Mundial, se ha impuesto al Estado húngaro la restauración de la monarquía de los Habsburgos y se ha impuesto la regencia del almirante Horthy; el Tratado de paz de París firmado con Italia en 10 de febrero de 1947, que obligaba a Italia a garantizar, sin discriminaciones, el respeto de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales; el tratado de paz de Saint-Germain de 10 de septiembre de 1919 que ha determinado la inalienabilidad de la independencia de Austria.

Sobre el *Derecho de ocupación* relativo a la República Federal Alemana en la secuencia de la IIª Guerra Mundial, y considerando que formaba como que una especie de Constitución superior Cfr. O. BACHOF, Normas Constitutionais Inconstitutionais, p. 15 y 91-92; IPSEN, Über das Grundgesetz, p. 28 ss.

de los Estados en general y sobre su Derecho Constitucional en particular ^{226 227}.

La cuestión que esta clasificación particularmente plantea, es la de saber se la categoría de los límites heterónomos no tiende a confundirse con la de los límites autónomos. Es que, por un lado, los límites que decurren del derecho internacional general o común, de la celebración de tratados, acuerdos o convenciones internacionales que han beneficiado de la participación constitutiva del Estado en causa, tienden a perder su heteronomía por los Estados que a ellos se someten haberen participado en su formación en cuanto miembros de la Comunidad Internacional o en cuanto partes contractantes. A su vez, si consideramos los límites derivados de un derecho federal (y que son impuestos por la Constitución federal), o de un derecho supranacional (y que advienen de los tratados instituidores de Organizaciones Internacionales de integración o de otros actos normativos producidos por sus órganos, que dispongan de *inmediatividad*) también tenemos de considerar que ellos -con perjuicio para su heteronomía- presuponen una su aceptación, aunque tácita, por los Estados federados o por los Estados miembros de tales organizaciones, la cual se opera luego en el momento de la creación de la federación o de la organización o en el momento de la entrada de éstos Estados en una o otra. Y aún delante de la consideración de que los Estados federados están integrados en el ordenamiento jurídico federal, puede también dudarse o rechazarse la posibilidad de se consideraren tales límites como verdaderamente heterónomos ²²⁸. La

²²⁶ Sobre este punto y para otros desarrollos a propósito del derecho portugués actual Cfr. *infra*.

²²⁷ En el sentido de que no representan límites heterónomos los principios generales de Derecho Internacional (y incluso los de *jus cogens*), por no afectaren directamente la estructura constitucional Cfr. JORGE MIRANDA, Manual, II, p. 109.

²²⁸ En éste sentido Cfr. PEDRO DE VEGA, La Reforma Constitucional, p. 242. A su vez, JORGE MIRANDA (Manual, II, p. 109-110) caracteriza tales límites aún como *heterónomos*, pero de *derecho interno*.

misma duda o posición podrá además adoptarse en lo que respeta a los límites de derecho supranacional, ya que está aquí presupuesta una relación de integración entre las ordenes jurídicas estatales y de la Organización respectiva.

Por último, considerando los límites derivados de un derecho de descolonización o de un derecho de ocupación, debemos idénticamente concluir que su heteronomía es perjudicada por el hecho de su vigencia o eficacia depender en última instancia de su aceptación en el ordenamiento jurídico estatal de destino. La característica heteronomía de estos límites solamente se mantiene si para su afirmación y para el reconocimiento de su fuerza jurídica no tuvo intervención alguna el Estado. En tales casos o éses límites no son verdaderos límites jurídicos, no interesando considerarlos sino en términos políticos, o ellos son jurídicamente vinculativos, pudiendo en éste caso dudarse de la soberanía del Estado en cuestión y mismo -en casos extremos- de la posibilidad de nos considerarnos delante de una verdadera Constitución.

Llegados a éste punto podemos concluir que los límites heterónomos en la medida en que sean reconducibles al ordenamiento jurídico estatal, dejan de ser heterónomos para pasaren a ser de fuente autónoma. La cuestión inicialmente planteada se resuelve entonces en favor de la consideración de que se puede prescindir de la característica heteronomía de tales límites ²²⁹. Tal resulta particularmente subrayado cuando en las propias Constituciones se hace la recepción formal de un derecho que nos es verdaderamente interno o se hace un reenvío para ése otro derecho ²³⁰.

²²⁹ MORTATI (Concetto, p. 30) esclarece en este sentido que la inserción en un ordenamiento de estatuciones pertenecientes a un otro ordenamiento, sea resultante de reenvío o de otro modo, importa necesariamente una novación de su fuente de validez, una nueva legitimación que se sobrepone a aquella donde tiene origen y se extiende el ámbito de validez.

²³⁰ En el sentido de que tales límites *dentro del Estado* rigen sólo en vía de hecho, o por una invocación explícita hecha por el mismo ordenamiento estatal Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, "Sull'agganciamento", *ob.loc.cit.*, y Derecho

Sin embargo de se esbateren las fronteras que distinguen los límites heterónomos de los límites autónomos, podremos mismo así reconocer utilidad a la distinción, ya que la distinta origen de las normas relativas a éstos límites y la circunstancia de las normas respectivas manteneren su fuerza y sentido de origen puede siempre implicar consecuencias jurídicas también distintas, sea cuanto al régimen de modificación de las normas que los consagran, sea aún en materia de sanciones de los actos que los desconsideren ²³¹.

4. Los límites circunstanciales

a) Los límites circunstanciales de la revisión constitucional traducense regla general en una prohibición de su concretización en situaciones excepcionales en que se encuentra puesta en crisis, por causas internas o externas, la normalidad constitucional.

Sin embargo de las divergencias de formulación de las cláusulas de limitación circunstancial, las situaciones excepcionales prohibitivas de la revisión constitucional son comunmente identificadas con un *estado de excepción* ²³² o más específicamente con casos de beligerancia, de *ocupación* o de agresión contra la integridad del territorio nacional por fuerzas militares extranjeras ^{233 234}.

Constitucional, p. 284.

²³¹ Distintamente, considerando que los límites heterónomos en general representan una categoría con una proyección más teórica que real Cfr. PEDRO DE VEGA, La Reforma Constitucional, p. 241-242.

²³² Véanse los casos de las Constituciones portuguesa actual (art. 289) española de 1978 (art. 169) e brasileñas de 1934 (art. 178, § 4), de 1946 (art. 217, § 5), de 1967 (art. 50, § 2 y en la Enmienda nº 1, de 1969 (art. 47, § 2).

²³³ Véanse los casos de las Constituciones francesa de 1946 (art. 94) y de 1958 (art. 89), argelina de 1976 (art. 194), española de 1978 (art. 169). Veáanse además los casos de muchas Constituciones de la Africa francófona, citadas por BURDEAU, *Traité*, IV, p. 256 (nota 133). Sobre el artículo 43 del Reglamento anexo a la IV Convención de Haya de 1907 que prohibía a las autoridades militares de ocupación de imponer modificaciones en el ordenamiento legislativo sino en casos de inderrogable necesidad determinada por exigencias de orden pública Cfr. BALLADORE-PALLIERI, *La Guerra*, Padua, 1935, p. 325 ss; MONACO,

b) La consagración constitucional de tales límites basase desde luego y principalmente en la consideración de que en situación de anormalidad constitucional no se encuentran creadas las condiciones para que la revisión constitucional, se concrete de forma libre y esclarecida, y ésto por influencia de los elementos o factores desestabilizadores de la vida del ordenamiento que entonces se afirman²³⁵.

Tales límites pueden además ser consagrados en vista de se proveer a la necesidad de se asegurar que la revisión constitucional sea determinada no por exigencias momentaneas de la vida jurídica o por razones coyunturales, pero antes en vista de imperativos constantes del ordenamiento jurídico y por razones estructurales. Para la

L'armistizio nel sistema degli accordi internazionali, Milano, 1943, p. 176 y aún BISCARETTI DI RUFFIA, Sui limiti, p. 155.

²³⁴ Tales *límites circunstanciales* pueden aun respetar, en regimenes monarquicos, a épocas de Regencia prohibiéndose total o parcialmente (cuanto a algunos aspectos relativos a la estructura y competencias del organo real) la revisión constitucional en tales circunstancias. Véanse los casos de las Constituciones belga de 1831 (art. 84), Holanda de 1887 (art. 198), japonesa de 1889 (art. 75), romana de 1923 (art. 85), egipcia de 1930 (art. 147). Véase a propósito BISCARETTI DI RUFFIA (Sui limiti, p. 154) que refiere además el caso del *Regency Act de 1937*, británico, que determina que el Regente no tendrá la facultad de dar su asentimiento a cualquier ley que cambie el orden de sucesión de la Corona o abrogue o altere una ley del quinto año de reinado de la Reina Ana, emanada en Escocia y intitulada "ley para asegurar la religión protestante y el gobierno de la Iglesia Protestante". Un límite circunstancial de éste tipo no es sin embargo exclusivo de los regimenes monárquicos. Así en la Constitución francesa de 1958 (art. 7, in fine) determinase que su art. 89 (relativo a la revisión constitucional) no podrá ser aplicado mientras la vacatura de la Presidencia de la Republica o dentro del periodo comprendido entre la declaración del carácter definitivo del impedimento del Presidente de la Republica y la elección de su sucesor.

²³⁵ En sentido proximo Cfr. M. GONÇALVES FERREIRA FILHO (Direito Constitucional Comparado, p. 170) que acrecenta que, en caso de *estado de sitio* y una vez verificada una suspensión temporaria de las garantías constitucionales, se genera un ambiente en que la libre circulación de ideas es restringida, sino mismo impedida. Cohibe entonces la libre manifestación de la opinión publica. Puede mismo llevar a la suspensión de las inmunidades parlamentarias. El mismo argumento es invocado por MARCELO REBELO DE SOUSA, Direito Constitucional, p. 75.

consagración de tales límites podrá entonces prevalecer la consideración de que en situación de anomalía constitucional habrá la tendencia para, de modo inaceptable, se tomaren las exigencias momentáneas por constantes y las necesidades coyunturales por estructurales.

Otro fundamento justificador de tales límites será lo que subraya que la revisión constitucional, debe preservar las características de la Constitución en cuanto instrumento destinado a regular establemente para el futuro un conjunto de situaciones resultantes de una vida constitucional normal. Por naturaleza, no se destina a regular situaciones inmediatas, irrepetibles y fuera del común que excepcionalmente se verifican en momentos de crisis aguda del ordenamiento constitucional. La eficacia de una revisión constitucional con tal objeto se agotaría en el momento de superación de la crisis constitucional verificada, perjudicándose su vocación para el establecimiento de una normación constitucional con eficacia temporalmente ilimitada. Al admitirse la concretización de una revisión constitucional en situaciones de anomalía constitucional corre el riesgo, que importa evitar, de se valorizar el tratamiento de esas situaciones excepcionales, degradándose la Constitución en instrumento de regulación constitucional provisional y operándose la pérdida de aquella que es la vocación natural de la figura jurídica en cuestión.

c) La referencia a límites circunstanciales plantea sin embargo algunas cuestiones generales, preguntándose, por un lado, (i) si tales límites se afirman simplemente cuando la Constitución los consigna de forma expresa y, por otro lado, (ii) si tales límites se afirman solamente cuando estamos delante de una situación de anomalía constitucional declarada en la forma prevista en la Constitución.

Respondiendo a la primera de esas cuestiones podemos

señalar que los límites circunstanciales son, hasta cierto punto, una consecuencia necesaria del propio concepto de revisión constitucional, al menos en cuanto concurren para la afirmación de que la revisión constitucional se destina a traducirse en acto de una voluntad constituyente libre y esclarecida.

Tenemos entonces que, mismo que la Constitución sea omisa en este punto, se impone siempre al poder de revisión constitucional al respecto por límites circunstanciales que se destinan a garantizar la libertad y el esclarecimiento en su ejercicio.

Éses límites circunstanciales *necesarios* refieren a un conjunto de situaciones excepcionales particularmente graves para la vida constitucional de un Estado en las cuales el titular del poder de revisión constitucional se puede encontrar bajo *coacción*²³⁶ o en que los propios titulares del órgano de revisión constitucional se encuentren sujetos, en su actividad y en su libertad de expresión, a especiales contrañimientos.

Cuanto a la segunda cuestión hay que tener presente la realidad de cada Constitución, debiendo tenerse en cuenta las reglas sobre la revisión constitucional y sobre la suspensión de la Constitución, así como también los principios generales enformadores de la organización del poder político.

En términos generales, podrá en todo caso defenderse que, consagrandose expresamente éses límites, en la ausencia de otros elementos seguros, y por razones de seguridad y de certidumbre jurídicas, ellos funcionan simplemente una vez verificados los condicionalismos previstos constitucionalmente. Evítanse así dudas cuanto a saber cuando funcionan los límites circunstanciales que prohíben la revisión constitucional en determinado momento. Siguiendose ésta orientación, evítanse además discusiones en torno de

²³⁶ Tales situaciones podrán verificarse en casos de ocupación o de agresión por fuerzas extranjeras o en casos de guerra civil, acompañados de la imposición por las fuerzas de ocupación o en conflicto de la práctica de actos de revisión constitucional que favorezcan sus posiciones.

la legitimidad de revisiones constitucionales operadas en situaciones dudosas de anormalidad constitucional, acautelándose la fragilización de la Constitución.

5. Los límites temporales

Por principio, la concretización de una modificación de la Constitución imponese siempre que haya desactualización de la Constitución o en otros términos cuando se verifique una falta de correspondencia entre normalidad y normatividad constitucional.

Sin embargo, las Constituciones, en muchos casos, establecen límites temporales que condicionan en razón del tiempo el ejercicio del poder de revisión constitucional.

El establecimiento de éstos límites traduce en la previsión de plazos de no revisibilidad constitucional o en la definición de momentos, épocas o periodos en que la revisión constitucional es posible.

Las soluciones a propósito adoptadas en las Constituciones son muy variadas. En esa variedad de soluciones adoptadas, por un lado, tenemos que los plazos de no revisibilidad o los periodos abiertos a la revisión pueden ser definidos con referencia a la Constitución considerada globalmente o solamente con referencia a ciertos puntos o partes de ella ²³⁷. Por otro lado, los límites temporales

²³⁷ Ejemplos de Constituciones que prohíben en cierto plazo su modificación en aspectos puntuales son los de: la Constitución de Estados Unidos de América, que establecía en su Artículo I, sección IX, n.º 1 la prohibición de antes de 1808 el Congreso impedir la inmigración o la entrada de personas en cualquier Estado y en su Artículo V que hasta el mismo año de 1808 ningún aditamento podría incidir sobre la materia de las cláusulas 1ª y 4ª de la sección IX del artículo I; y la Constitución de Rhodesia del Norte de 1956, que prohibía por un periodo determinado la modificación de la representación de la población negra y blanca en el Parlamento. La fijación de límites temporales aplicables a la revisión de cualquier disposición de la Constitución representa en todo caso una posibilidad más divulgada.

Caso distinto es lo de las Constituciones que prohíben solamente su *reforma*

pueden ser relativos solamente a la primera revisión constitucional o también a las revisiones siguientes ²³⁸. Además, en unos casos los límites temporales establecidos son intransponibles y en otros casos admitese que una vez cumplidos ciertos requisitos, se anticipe la revisión constitucional ²³⁹. Acrece que éses límites pueden ser definidos con referencia a fechas precisas (o susceptibles de ser inmediatamente precisadas) o entonces a fechas legales de verificación variable ²⁴⁰. Cabe aún referir que en ciertos casos se establecen límites temporales relativos al ejercicio de la iniciativa de revisión constitucional y otros límites relativos a su concretización o a su conocimiento ²⁴¹. Por fin hay que tener en cuenta la grande disparidad que hay en la fijación de los plazos de no revisibilidad o en la determinación de la periodicidad mínima de las revisiones constitucionales.

Las razones justificadoras en concreto de la consagración de límites temporales pueden ser muy distintas, relacionandose más frecuentemente con las necesidades de se:

- (i) garantizar un periodo de experiencia de las soluciones constitucionalmente contempladas y así también su sedimentación ²⁴², favoreciendose además revisiones

total dentro de cierto periodo, como era el caso de la Constitución de Nicaragua de 1905.

²³⁸ La situación quizás más divulgada es la de la fijación de límites temporales a la primera revisión constitucional. Véase a propósito BISCARETTI DI RUFFIA, *Sui Limiti*, p. 154.

²³⁹ En éste último sentido Cfr. por ejemplo las Constituciones portuguesas de 1911, de 1933 y de 1976.

²⁴⁰ En ésta última hipótesis cabe la referencia a los casos de fijación de los periodos de revisión constitucional, o de los periodos en que esta no se puede concretar, con referencia a Legislaturas, cuando éstas pueden tener duraciones distintas delante de eventualidades de disolución anticipada de las Asambleas Legislativas.

²⁴¹ Véanse a propósito los ejemplos referidos por BURDEAU, *Traité*, IV, p. 255.

²⁴² En palabras de LOEWENSTEIN (*Teoría*, p. 188), tratase de dar posibilidad a la Constitución de aclimatarse, y a la nación de familiarizarse con ella.

- constitucionales maduradas, no precipitadas;
- (ii) asegurar estabilidad constitucional, evitandose revisiones constitucionales demasiado frecuentes y buscandose retrasarlas²⁴³;
 - (iii) evitar una excesiva politización de la revisión constitucional y, tanto cuanto posible, que ésta se convierta en un instrumento cotidiano de la lucha política;
 - (iv) impedir que se valoricen las soluciones constitucionales a partir de la consideración de datos puramente conyunturales;
 - (v) proteger un proyecto constitucional, con filiación ideológica y expresión partidaria bien marcada, contra los ataques de las fuerzas políticas que le sean adversas.

6. Los limites formales y procesales

En cuanto los limites temporales no son de existencia imperativa, los limites formales y procesales lo son, al menos en la medida en que las ideas de formalidad y organización se unen al concepto de revisión constitucional. La revisión constitucional, por determinación expresa o implícita de la Constitución, debe concretarse de cierta forma y para la practica del acto respectivo debe seguirse un determinado procedimiento presentandose vinculada al cumplimiento de las respectivas reglas de forma y de procedimiento.

Tales limites pueden ser identicos a los que se afirman cuanto al ejercicio del poder legislativo ordinario o pueden ser diferenciados de éstos y quizás más exigentes²⁴⁴.

²⁴³ En todo caso, observa BURDEAU (Traité, IV, p. 255, nota 132) que "la stabilité de la constitution doit être assurée non pour l'artifice d'un délai, mais par la facilité de l'entreprise de la révision combinée avec la difficulté de son aboutissement".

²⁴⁴ Es cuanto a éstos ultimos que se usa en teoria calificar propiamente como limites de la revisión constitucional, tenendose presente que le son especificos y propios.

La tendencia más generalizada es de establecimiento de límites formales y procesales de revisión constitucional de algún modo diferenciados de los que se afirman cuanto al poder legislativo ordinario.

Tales límites pueden respetar por un lado a exigencia de que los actos de revisión constitucional presenten una forma especial que nos permita muy claramente equiparar, del punto de vista de su fuerza jurídica, sus normas a las demás normas de la Constitución y diferenciarlos de los demás actos legislativos.

Por otro lado, hay a considerar los límites que definen los momentos procesales o la secuencia en que se debe operar la intervención de distintos órganos en la operación de revisión.

Además es uso limitar la revisión constitucional mediante la imposición de que se encadenen de cierto modo una serie de actos del proceso respectivo.

Por fin, cabe mencionar los límites por los cuales se impone que se verifique, en el ámbito del órgano plenario deliberativo de la revisión constitucional, determinadas mayorías cualificadas.

Las posibilidades prácticas de combinación de los distintos tipos de límites formales y, principalmente, procesales relativos a la revisión constitucional son múltiples, dispensándonos aquí de desarrollar un esfuerzo de sistematización de todas esas posibilidades.²⁴⁵

²⁴⁵ Uno de los esfuerzos doctrinales más exhaustivos de clasificación, en términos de derecho comparado, de los sistemas de revisión constitucional, a partir de la consideración de la posición del pueblo o de la nación en la revisión, pero con referencia significativa a los límites procesales establecidos fué, seguramente, lo que ha realizado GABRIEL ARNOULT, en su *De la Revisión des Constitutions - Etablissement y Revision des Constitutions Françaises - Systèmes de Révision des Constitutions Étrangères*, Paris, 1896.

El Autor arrancaba de la consideración de los (1) casos de Constituciones que no hacían intervenir directamente el pueblo en la elaboración de la revisión constitucional y que no le dejan sino una intervención indirecta por medio del nombramiento de representantes encargados de elaborar definitivamente la revisión.

En el ámbito de éstos casos cabía referir luego los ejemplos de (1.1) Constituciones que confían la elaboración de la revisión al poder legislativo ordinario. En éstos casos la revisión podía ser operada por el poder legislativo

ordinario (1.1.1.) sin realización previa de nuevas elecciones o (1.1.2.) mediante la exigencia, para que la revisión fué adoptada definitivamente, de voto en dos legislaturas, presentandose la segunda legislatura limitada en su competencia por el voto de la primera o aún (1.1.3.) de acuerdo con un sistema mixto en que la renovación del poder legislativo es facultativa.

Cuanto a los casos (1.1.1.) en que la revisión puede ser operada por el poder legislativo ordinario sin realización previa de nuevas elecciones, cabia distinguir las situaciones en que (1.1.1.1.) hay asimilación completa o cuasi completa de la revisión con la ley ordinaria y en que (1.1.1.2.) se intenta diferenciar la revisión constitucional de la ley ordinaria y imponer que la adopción de la primera sea más difícil que la segunda.

Éstas últimas situaciones (1.1.1.2.) de diferenciación de la revisión constitucional de la ley ordinaria merecian aún una distinción entre (1.1.1.2.1.) aquellas en que se exigía para el voto de la revisión una mayoría especial, (1.1.1.2.2.) otras en que se exigía una mayoría especial calculada sobre un quórum especial y (1.1.1.2.3.) otras aún en que se organiza un proceso especial en materia de revisión.

A su vez en lo que respeta a los casos (1.1.2.) en que la revisión puede ser operada por el poder legislativo ordinario pero en dos legislaturas habia que considerar (1.1.2.1.) las situaciones en que la revisión en la segunda legislatura se realizaba después de agotados los poderes de la primera y (1.1.2.2.) las situaciones en que la primera legislatura debía ser disuelta luego que ella se pronunciase en favor de la revisión.

Cuanto a la situación referida (1.1.2.1) en que se debía aguardar por el agotamiento de los poderes de la primera legislatura, cabia aún distinguir cuatro tipos de hipótesis: (1.1.2.1.1.) aquellas en que las Constituciones se contentan como la mayoría ordinaria (determinada quizás sobre un quórum especial); (1.1.2.1.2.) otras en que se exige para el voto de la revisión una mayoría de dos tercios de los miembros presentes (sea en las dos legislaturas, sea en una sola); (1.1.2.1.4.) y otras aún que se aproximaban del sistema consagrado en la Constitución francesa de 1875.

Además, cuanto a la situación atrás referida (1.1.2.2.) en que la primera legislatura debía ser disuelta luego que ella se pronunciase en favor de la revisión, cabia distinguir tres hipótesis: (1.1.2.2.1.) una en que no se exigía quórum especial, ni mayoría especial; (1.1.2.2.2.) otra en que se exigía una mayoría especial; (1.1.2.2.3.) y otra finalmente en que se exigía al mismo tiempo un quórum especial y una mayoría especial.

Aún en el capítulo de (1) las Constituciones en que el pueblo no interviene directamente en la elaboración de las revisiones, sino indirectamente mediante representantes, y también cuanto a los (1.1.) casos de Constituciones que confían la elaboración de la revisión a una asamblea especialmente elegida al efecto, luego que la oportunidad sea declarada por el poder legislativo ordinario, habia a considerar (1.1.3.) los sistemas mixtos de Constituciones que confían la elaboración de la revisión sea al poder legislativo ordinario, sea a una asamblea especial.

En el cuadro de los sistemas mixtos referidos por último (1.1.3.) cabía la referencia (1.1.3.1.) a las Constituciones que admiten los dos procedimientos alternativos y (1.1.3.2.) a las Constituciones que confían la revisión parcial al poder legislativo ordinario y la revisión total a una asamblea especial. En el ámbito por último referido (1.1.3.2.) sería posible establecer una sub-distinción entre situaciones (1.1.3.2.1.) de Constituciones que exigen, para el voto de revisión parcial, el voto de dos legislaturas y (1.1.3.2.2.) de Constituciones que se contentan con el voto de una sola legislatura.

En un campo radicalmente separado, y en lo que respecta a (2) las Constituciones que admiten la intervención directa del pueblo en materia de revisión, sería luego posible identificar dos grandes tipos de Constituciones: (2.1.) las Constituciones que someten la revisión a la ratificación de la nación, pero que no conceden al pueblo la iniciativa constituyente y (2.2) las Constituciones que conceden al pueblo los poderes de iniciativa y de ratificación de la revisión.

Cuanto a (2.1.) las Constituciones que someten la revisión a la ratificación de la nación, pero que no conceden al pueblo la iniciativa constituyente, sería luego de considerar los casos en que (2.1.1.) la revisión es confiada al poder legislativo ordinario, pudiendo distinguirse aquí las situaciones en que las Constituciones (2.1.1.1.) se contentan con el voto de una sola legislatura o (2.1.1.2.) someten la revisión al voto de dos legislaturas que se suceden normalmente sin disolución de la primera. Además serían de considerar (2.1.2.) las Constituciones que confían la elaboración de la revisión tanto al poder legislativo ordinario (y que se contentan con el voto de una sola legislatura), como a una convención que es convocada sin consultación previa del pueblo a tal propósito.

Por otro lado, cuanto a (2.2) las Constituciones que conceden al pueblo la iniciativa y la ratificación de la revisión, sería de tener en consideración dos grandes hipótesis: (2.2.1) una en que se prevé una iniciativa plebiscitaria y (2.2.2.) otra en que se consagra la iniciativa plural o individual. Los casos (2.2.1.) en que ha previsión de una iniciativa plebiscitaria se subdividirían en situaciones (2.2.1.1.) en que la iniciativa plebiscitaria no es exclusiva y (2.2.1.2.) en que tal iniciativa se presenta como exclusiva.

Cuanto a las situaciones (2.2.1.1.) de previsión de una iniciativa plebiscitaria exclusiva, estas podían especializarse del siguiente modo: (2.2.1.1.1.) situaciones en que la iniciativa de la revisión (parcial o total) es repartida entre el pueblo y el poder legislativo ordinario; (2.2.1.1.2.) situaciones en que la iniciativa de la revisión parcial pertenece sea al pueblo, sea al poder legislativo ordinario, estando la revisión total reservada al pueblo y (2.2.1.1.3.) situaciones en que la elaboración de la revisión es confiada sea al poder legislativo ordinario, sea a una convención, no siendo el pueblo llamado a ejercer la iniciativa de revisión sino en éste segundo caso.

A su vez, cuanto a las situaciones (2.2.1.2.) en que la iniciativa plebiscitaria se presenta como exclusiva, ellas podían especializarse del siguiente modo: (2.2.1.2.1.) situaciones en que la iniciativa plebiscitaria no tiene lugar sino mediante acto previo del poder legislativo; (2.2.1.2.2.) situaciones en que la iniciativa plebiscitaria es provocada sea por la iniciativa del poder legislativo, sea a

Los fundamentos justificadores, en concreto, del establecimiento de los límites formales y procesales (particularmente cuando estos se especializan delante de los establecidos para la legislación ordinaria) pueden ser asociados a intenciones distintas de: (i) solemnización del acto de revisión constitucional, de modo a que haya una valorización y diferenciación clara de éste relativamente a los demás actos legislativos ²⁴⁶; (ii) creación de condiciones para una mayor ponderación en la práctica del acto; (iii) obtención de un máximo de consensualidad en el dominio constitucional; (iv) garantizar la extraordinariedad de ejercicio del poder de revisión constitucional^{247 248}

pedido de un cierto número de electores y (2.2.1.2.3.) situaciones en que el pueblo es consultado oficiosamente, periódicamente, sobre la oportunidad de la revisión, no teniendo el poder legislativo ninguna participación en la iniciativa de revisión, ni tampoco en su elaboración que es siempre confiada a una asamblea especial.

Considerando, en otra orden de consideraciones, los casos (2.2.2.) en que se consagra la iniciativa plural o individual y especialmente en los (2.2.2.1.) casos de consagración de iniciativa plural debían distinguirse las siguientes situaciones: (2.2.2.1.1.) Constituciones que admiten en materia de revisión parcial al mismo tiempo los sistemas de iniciativa plebiscitaria y de iniciativa plural y (2.2.2.1.2.) Constituciones que no admiten en materia de revisión parcial el sistema de iniciativa plebiscitaria.

A terminar su exposición sobre los sistemas de revisión de las Constituciones extranjeras, ARNOULT tenía aún presente los sistemas mixtos entre los dos principales sistemas antes considerados y también la subdivisión de las Constituciones que admiten el principio de la intervención directa del pueblo en materia de revisión, considerando diferencias en el modo de ratificación y en el cálculo de la mayoría exigida en las votaciones populares. Sus últimas consideraciones, se han dirigido para la consideración de los casos de revisión constitucional por la vía diplomática.

²⁴⁶ En éste punto, como subraya MORTATI (Concetto, p. 15-16) sobresale la idea de garantía de la Constitución. Está presente una intención que se aproxima de aquella que conduce a la reducción a escrito y a la redacción en forma solemne de las Constituciones.

Es además de referir -en la línea de consideraciones hechas sobre lo establecido en el artículo 79,1 de la Ley Fundamental de Bonn- que puede relevar en éste punto una intención de concretización del principio de la "documentabilidad y carácter expresamente visible de toda reforma de la Constitución" (Cfr. K.STERN, Derecho del Estado, p. 333-334).

²⁴⁷ En estos aspectos -como también subraya MORTATI -(Concetto, p. 15-16)-

A concluir cabe referir que los límites formales a la revisión constitucional tanto pueden resultar de una norma que expresamente los consagre como pueden considerarse implícitos en la Constitución a que respetan.

Sin embargo de los límites implícitos deberen ser apurados delante de las especificidades que presentan los concretos regímenes de revisión constitucional, será posible en todo caso aislarnos, en teoría general, dos límites formales que se afirman mismo cuando no sean expresamente consagrados en normas constitucionales y que resultan del propio concepto de revisión constitucional.

Uno de éstos límites corresponde a la exigencia de que toda revisión constitucional implique siempre una modificación textual de la Constitución ²⁴⁹. Por ésa vía garantizase que -como es propio de la revisión constitucional- las modificaciones a introducir en la Constitución sean visibles, evitándose las situaciones de incertidumbre jurídica que se asocian a las modificaciones constitucionales tácitas y optimizándose los fundamentos que justifican la formalización de las Constituciones.

Otro de éstos límites será lo que determina que la revisión

coincide la intención de se asegurar la estabilidad constitucional.

²⁴⁸ LOEWENSTEIN (Teoría, p. 245) subraya aún el argumento de que a través de mayorías cualificadas (que son preferentemente -aunque no exclusivamente- prescritas para enmiendas constitucionales) se obtiene una protección de las minorías. Para éste Autor "mayorías cualificadas son, (...) una técnica importante de los controles intraórgano, por medio de los cuales el poder estará debidamente distribuido, y se alcanzará una eficaz protección de la minoría limitando a la mayoría. Si se eleva el grado de aprobación para la formación de la voluntad general, una minoría considerablemente menor a la mitad de los miembros, puede impedir su realización. Y aquí hay que añadir un elemento psicológico: cuanto más estrictas sean las exigencias numéricas, tanto más convincentemente será expresada la voluntad general de la asamblea, y tanto mayor será la disposición de la minoría vencida en la votación para aceptar la decisión tomada".

²⁴⁹ En éste sentido Cfr. C. MORTATI, *Concetto*, p. 18. Véase también: HSU-DAU LIN, *Verfassungswandlung*, p. 74ss; FREYTAG-LORINGHOVEN, *Verfassungsänderung*, p. 557; BREDT, *Verfassungsänderung*, p. 437 ss; THEISEN, *Verfassung und Richter*, p. 276. Contra véase ESPOSITO, *La Validità*, p. 180 ss.

constitucional se debe concretar en vía procedimental que no sea menos solemne que la que es adecuada, en cada ordenamiento jurídico, para la producción de legislación ordinaria o, donde se prevean y organicen distintos procesos legislativos, que no sea menos solemne que la que se aplica a la creación de legislación reforzada. Y lo menos se diga de la forma del acto. Con esto se pretende salvaguardar la supremacía de los actos de revisión constitucional que siempre resultará influenciada por aspectos procesales y formales relativos a su génesis ^{250 251}

7. Los límites materiales. Consideraciones generales

Los límites materiales al poder de revisión constitucional pueden expresarse en una prohibición de reformar la Constitución cuanto a ciertas *materias*, a determinados *preceptos* o *principios*, a *soluciones* constitucionalmente consagradas o aún, en términos más amplios, a su espíritu o a su sentido global.

La limitación material expresa del poder de revisión constitucional, que se encuentra en número razonable de Constituciones²⁵², respecta más comúnmente a aspectos muy

²⁵⁰ Por referencia a este límite se comprende que en las Constituciones los regímenes de revisión sean fijados en normas que solamente se atañen a especialidades, aplicándose subsidiariamente las demás normas constitucionales relativas al proceso legislativo ordinario.

²⁵¹ Además la consideración de que el acto de creación originaria de la Constitución tiene la naturaleza de cuasi-contrato podía justificar la aplicación de un *principio de paralelismo de formas*, en cuanto límite implícito a la revisión constitucional. Contra tal orientación, que también no aceptamos, por no ser de aceptar la naturaleza pactista de la Constitución y por ser inexacta la tentativa de transformar en permanente y jurídico un procedimiento solamente por que por una vez y en vía de hecho se es revelado adaptado políticamente a la instauración de un régimen constitucional, sin ninguna pretensión de convertirse en regla para futuras modificaciones constitucionales Cfr. ESPOSITO, *Validità*, p. 202.

²⁵² VAN MAARSEVEEN y VAN DER TANG (*Written constitutions, A computerized comparative study*, New York, 1978) observan que en 142 constituciones escritas existentes en el mundo, 33 consagran el principio de la

concretos, vinculándose por ejemplo a la consagración constitucional de la inmutabilidad de la forma de gobierno, de la forma del Estado (federal o regional), de ciertos derechos fundamentales, de determinados principios de organización política, de cierto método de elección del Jefe del Estado, de las reglas de sucesión al Trono o a la salvaguardia de la integridad del territorio ²⁵³.

Hay, todavía ejemplos de Constituciones en que, más que consagrar unos límites materiales aislados, referidos a un conjunto restringido de aspectos de contenido constitucionalmente tratados, se intenta preservar el núcleo de sentido esencial o fundamental de la Constitución, haciéndolo lo más ampliamente posible. Así, mediante una cláusula de limitación material de tenor general o fijada con referencia a un complejo de aspectos materiales, defínense por veces como inmodificables los fundamentos ideológicos del Estado, intentándose preservar la ideología política (o en algunos casos mismo la ideología religiosa) constitucionalmente afirmada. Las fórmulas empleadas en concreto para dar consagración a tal cláusula presentanse como muy variadas. Ejemplo paradigmático de consagración de una cláusula de limitación material de tenor general es lo de la Constitución de Noruega de 1814, que en su artículo 112 excluye del campo de la revisión constitucional las propuestas que desrespetaren el espíritu y los principios de la Constitución ²⁵⁴. A su vez cabe mencionar la Constitución portuguesa actual como ejemplo claro de Constitución

inmutabilidad de ciertas materias constitucionales mediante una subtracción expresa al proceso de revisión de las disposiciones que las tratan. M.F.RIGAUX (La théories des limites matérielles, p. 45 (6)), más recientemente, contrapone a ése número de Constituciones que consagran limitaciones materiales expresas el de 38 Constituciones.

²⁵³ Cfr. a propósito, en general: M. F. RIGAUX, La théorie des limites matérielles, p. 46-51.

²⁵⁴ Además será de referir el caso de la Constitución grega de 1911 (art. 108) que no permitía las modificaciones de preceptos fundamentales de la Constitución y el caso de la Constitución del Sarre de 1947, que en su artículo 103 determinaba que debía ser rechazado todo proyecto de modificación contrario a los principios fundamentales contenidos en la Constitución.

que, mediante una referencia a múltiples aspectos de su contenido, define como inmodificables los fundamentos ideológicos del Estado ²⁵⁵
²⁵⁶.

Cuando planteamos el problema de los límites materiales a la revisión constitucional y en particular el de su extensión y comprensión, preguntase, especialmente, si hay otros límites de esa naturaleza además de los consagrados expresamente y, en caso afirmativo, preguntase aún sobre cuál será el criterio a seguir para la identificación de tales límites no expresamente consagrados constitucionalmente.

La respuesta a esta cuestión obliga a que se hagan algunas distinciones, subrayando que ahí están envueltas problemáticas que no deben ser confundidas ²⁵⁷. Hay específicamente a considerar, con relativa autonomía, los problemas relativos a tres grandes categorías de límites materiales *no expresos*: los *límites implícitos*; los *límites immanentes* y los *límites transcendentales*. Esta es una problemática que versaremos en el capítulo siguiente.

²⁵⁵ Sobre el caso portugués véase, desarrolladamente, *infra*.

De cierto modo, aunque se trate de un caso en que el legislador constituyente fue menos exhaustivo que el portugués, puede también apuntarse a propósito el ejemplo de la Ley Fundamental de Bonn (Véase artículo 79, especialmente en la declaración de intangibilidad de los principios consagrados en sus artículos 1 y 20). Véanse además los casos de las Constituciones de Camboya de 1956 (art. 115), de Camerones de 1972 (art. 37), de Barheïn de 1973 (art. 104), de Grecia de 1975 (art. 110), de Argelia de 1976 (art. 193 y 195).

²⁵⁶ Ejemplos de Constituciones que establecen límites materiales a la revisión constitucional tendientes a garantizar la ideología religiosa y en especial el carácter islámico del Estado serían los: de la Constitución de Afganistán de 1964 (art. 120), de la Constitución de Argelia de 1976 (art. 195,3); de la Constitución de Bahrein de 1973 (art. 104); de la Constitución de Comores (art. 45,6); de la Constitución del Irán de 1979 (art. 12); y de la Constitución de Marruecos de 1962 (art. 108). Cfr. , a propósito de esos ejemplos y del alcance de tal limitación, M.-F. RIGAUX, *Théorie des limites matérielles*, p. 49.

²⁵⁷ Sobre la confusión terminológica a propósito verificada en la doctrina, estableciendo una distinción entre límites implícitos y límites immanentes Cfr. M.F. RIGAUX, *Théorie des limites matérielles*, p. 105.

CAPITULO VIII

EL PROBLEMA DE LOS LIMITES MATERIALES NO EXPRESOS

Sumario:

1. Los limites materiales implícitos
2. Los limites materiales inmanentes
3. Los limites materiales transcendentales

Sumario:

1. Los limites materiales implícitos
2. Los limites materiales inmanentes
3. Los limites materiales transcendentales

1. Los límites materiales implícitos

Para nosotros, los *límites implícitos* distingúense de otras categorías de *límites no expresos*, por se identificaren con base en argumentos vinculados al texto o al sentido de la Constitución o de sus normas. Los demás límites no expresos averigúense con referencia a criterios que ultrapasan la consideración de los textos constitucionales.

El problema que aquí se plantea está por un lado en saber se en Constituciones donde no se consagren expresamente cualesquier límites materiales se puede, por fuerza de algún argumento constitucional formal, concluir por la existencia de tales límites implícitos. Y el problema está aún en saber se, mismo en Constituciones que contienen una cláusula de limitación material expresa de la revisión constitucional, es posible por vía de interpretación ir más lejos que el legislador constituyente, extrapolando de la Constitución globalmente considerada o de alguna de sus normas, otros límites materiales claramente autónomos de los expresamente proclamados.

Rechaza por supuesto tal categoría de límites materiales el sector de la doctrina que no reconoce valor jurídico a cualquier especie de límites que se pretenda imponer al poder de revisión constitucional o que, en particular, lo nega a los límites materiales expresos, considerando que se trata de un poder libre y incondicionado ²⁵⁸.

Del mismo modo, rechaza tal categoría de límites quien prohija una posición restrictiva cuanto a la admisibilidad de límites materiales a la revisión constitucional, aceptándolos solamente cuando sean constitucionalmente establecidos, de modo explícito y sin se dejar margen para interpretaciones más que literales. Delante de la naturaleza constituyente del poder de revisión constitucional y en homenaje a un principio de libertad de las decisiones o deliberaciones constituyentes, los límites materiales serán, desde éste punto de vista, de existencia

²⁵⁸ A propósito de tal posición Cfr. *infra*.

excepcional, necesitando de proclamación expresa ²⁵⁹.

Por fin, es rechazada, al menos en cuanto jurídica, la categoría de los límites materiales implícitos por los autores que consideran que todos los intentos hechos doctrinariamente para los aislar han abandonado el campo, que les sería propio, del derecho positivo, caendose siempre de algun modo en consideraciones de orden metajurídica, muchas veces basadas en juzgamientos políticos o morales, pero siempre ajenas a la positividad constitucional ²⁶⁰.

Al contrario, otros vastos sectores de la doctrina aceptan la existencia de límites implícitos, aunque se puedan observar

²⁵⁹ De acuerdo con esta última posición, sería posible invocar una presunción *juris et de jure* según la cual fuera del cuadro de limitaciones materiales expresas, el poder de revisión constitucional sería libre en la fijación del contenido de sus actos. En tal sentido parece apuntar la opinión manifestada por el Consejo federal Suizo en 1955 a propósito del tema de los límites materiales de la revisión de la Constitución Suiza (que no contiene disposición expresa al propósito), y según la cual se entendía que "si une restriction matérielle a été voulue, c'est celle qui consiste à prévoir qu'aucune règle ne pourra jamais empêcher de reviser librement la Constitution (opinión cit. por M.F. Rigaux, *La Théorie des limites matérielles*, p. 100).

²⁶⁰ En este sentido CONTINI (*La revisione*, p. 286) subraya que quién "ha sostenuto tale tesis l'ha giustificata solo con delle preoccupazioni di carattere politico. Nè sembra che altre giustificazioni possano trovare in definitiva coloro i quali sostengono oggi contenere ogni costituzione dei limiti impliciti, detti anche assoluti od essenziali, derivanti dai principi fondamentali o della forma di regime esistente.

En este mismo sentido cfr. también, M.F. RIGAUX, *La Théorie des limites matérielles*, p. 96, 101-102, 104-106, 110, 112-117. Esta Autora en la secuencia del estudio y crítica de la doctrina de lo que llamó límites autónomos tácitos ha formulado la siguiente conclusión: "aucune thèse abordée ne convainc de la réalité d'une force juridique constitutionnelle immanente ou implicite capable d'aliéner, à l'avenir, l'exercice de la fonction constituante dans l'Etat. Nul ordre juridique ne saurait prétendre jouir d'assez d'autonomie pour découvrir en lui les sources d'une autorité non expressément reconnue par une norme de droit positif. Ce constat, en vérité, n'est pas étonnant; il est même la conséquence logique du principe de positivité qui gouverne à la fois la pratique juridique et l'éclairage que propose d'en donner la science du droit. La nécessité à laquelle le juriste occidental n'échappe pas d'enraciner la sphère du droit dans une certaine positivité l'empêche, le plus souvent, d'envisager la coexistence de l'ordre étatique avec des ordres normatifs hétérogènes, voire non juridiques" (p. 117).

Véase aún BISCARETTI DI RUFFIA, *Sui limiti*, p. 147 ss.

significativas divergencias en la fundamentación de tal posición y en la identificación concreta de tales límites.

Entre los argumentos favorables a la existencia de límites materiales implícitos pueden ser apuntados como más significativos los siguientes ²⁶¹:

- (i) por un lado, ha sido subrayado que ciertas disposiciones fundamentales de las Constituciones tienen un origen contractualista muy vinculada, que les atribuye una validez más elevada que impide su modificación sucesiva por vía de simples *revisión* ²⁶²;
- (ii) por otro lado, ha sido considerado que la consagración en la Constitución de determinadas soluciones o principios, en razón de su esencialidad, es lo que ha justificado especialmente (o mismo obligado) a la adopción de un procedimiento especial de creación de la Constitución, entendiéndose por éso que su modificación solamente se puede operar mediante un procedimiento análogo a ése ²⁶³;
- (iii) además, ha sido valorizada la circunstancia de determinadas soluciones o principios se haberen impuesto luego al legislador constituyente originario, que no las tendría así libremente consagrado en la Constitución, imponiéndose su preservación al poder de revisión constitucional en los mismos términos en que se había impuesto su consagración al poder constituyente originario ²⁶⁴;

²⁶¹ Para una análisis de ésas distintas posiciones Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, *Sui limiti*, p. 129 ss y M.F.RIGAUX, *Théorie des limites matérielles*, p. 99 ss.

²⁶² Estaría en causa un pacto entre Rey y Pueblo o entre las varias clases del mismo pueblo. A propósito de éste argumento Cfr. HERRNRIT, *Die Staatsform*, p. 30. Sobre la Constitución como pacto Cfr. C.SCHMITT, *Teoria*, p. 80ss.

²⁶³ En éste sentido Cfr. ORIGONE, *Sulle leggi costituzionali*, p. 81-82. Véase también en la doctrina francesa la posición adoptada por BARTHÉLEMY-DUEZ, *Traité*, II, p. 236 y LAFERRIÈRE, *Manuel*, p. 293.

²⁶⁴ Tratase aquí de una posición que se vincula inmediatamente a la defensa de la existencia de límites transcendentales, representando una su consecuencia lógica. Cfr. HUBER, *Bedeutungswandel der Grundrechtes*, in *AOR*, 1932, NF 23, p. 96.

- (iv) acrece que ha sido también invocado el argumento de la origen y de la naturaleza del propio poder de revisión constitucional (o en otros términos, el argumento de su carácter constituido) en razón del cual resultaba subrayada la necesidad de salvaguardar -según los autores- o el sentido general (Sinnzusammenhang) de la Constitución, o la filosofía política que inspira la Constitución ²⁶⁵, o la identificación que la Constitución hace del mismo poder de revisión (y las concretizaciones del principio que subyace a tal identificación)²⁶⁶, entendiéndose que la desconsideración de éstos aspectos implicaría la destrucción de

²⁶⁵ En este sentido cfr. GEORGES BURDEAU, (Traité, IV, p. 204, 252-253-258-259) para quién la Idea de Derecho constitucionalmente vigente (o sea la representación, por naturaleza unitaria, de una orden social deseable, establecida por fuerzas políticas preponderantes, garantizada por reglas jurídicas que vinculan los poderes constituidos a su plena realización y dependiente de las conciencias ciudadanas que le otorgan vigencia) sería un parámetro fundamental de la actividad del poder de revisión constitucional, siendo para este su límite y fundamento. Tratase de un cambio radical de posición adoptado por este Autor si consideramos lo que había defendido en su tesis doctoral -Essai d'une théorie de la révision de lois constitutionnelles en droit positif français, Paris, 1930, p. 281ss. El cambio de posición es justificado -en palabras del Autor- por su defensa del poder ilimitado de la Nación haber sido "essentiellement commandée par une attitude positiviste que j'ai depuis lors abandonnée" (Traité, IV, p. 265, nota 153).

En sentido próximo Cfr. también por ejemplo WIGNY (Droit Constitutionnel, 114) que afirma que la Constitution "a été inspirée par une philosophie politique dont on ne peut la séparer. La procédure de la révision ne peut aboutir à un bouleversement de l'État (...) Il faut rien moins qu'une révolution pour abandonner les principes fondamentaux d'un régime et transformer une société".

En el pensamiento institucionalista sobre la Constitución material tal argumento también es defendido, quedando así algo nebulosa la distinción entre límites implícitos y immanentes. A propósito véase *infra*.

²⁶⁶ Considerando el principio imprescriptible del poder del pueblo de proceder a la revisión constitucional, extrapolando de este principio otras consecuencias cfr. GIACOMETTI, Schweizerisches Bundestaatsrecht, Zurich, 1946, p. 706 y Das Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, Zurich, 1941, p. 449; KÄGI, Rechtsfragen p. 841; NAWIASKI, Aufbau und Begriff der Eidgenossenschaft, St. Gallen, 1937, p. 40; NEF, Materielle Schranken, p. 129-135-136-140. NEF y KÄGI, sin embargo, llegan a la conclusión de la imprescriptibilidad del poder de revisión constitucional, con referencia al contenido de las normas constitucionales que consagran el principio.

las propias bases en que el poder de revisión asienta y su conversión en un poder distinto;

- (v) por otro lado aún, han sido desarrolladas argumentaciones doctrinarias que extraen los límites materiales implícitos de la función desarrollada por ciertas normas de la Constitución a que respetan, considerando como insusceptibles de revisión la normas que contribuyen decisivamente para la definición de la significación global (*Gesamtzusammenhang*) de la Constitución, sirviendo de instrumento de racionalización de la fuerza y de protección de la vida política ²⁶⁷;
- (vi) a su vez, hay quién vea los límites materiales implícitos como una derivación de la propia naturaleza de la Constitución, apuntándose para la necesidad de no se admitir la introducción en la Constitución, por vía de revisión, de disposiciones individuales y concretas ²⁶⁸ o de “contenido constitucional imposible” (*unmöglicher Verfassungsinhalt*) o de “contenido sin substancia constitucional” (*nichtverfassungswesentlicher Inhalt*) ^{269 270};
- (vii) por fin, cabe hacer la referencia a los autores que, subrayando la posibilidad de dentro de una Constitución se establecer una jerarquía de normas y defendiendo que el contenido de las reglas principales debe ser precisado mediante articulación con las reglas secundarias, ponderan por la necesidad de una interpretación extensiva de las cláusulas de limitación expresa de la revisión de la cual resultaría la identificación de los límites implícitos ²⁷¹.

²⁶⁷ En éste sentido Cfr. EHMKE, *Grenzen*, p. 99-100.

²⁶⁸ En éste sentido Cfr. NEF (*Materielle Schranken*, p. 112), que habla a propósito de *límites implícitos inferiores*.

²⁶⁹ En éste sentido Cfr. W. KÄGI, *Rechtsfragen*, p. 842, 844 y 847.

²⁷⁰ Véase también la consideración hecha por DARBELLAY (*L'initiative*, p. 733-735) que subraya que por definición el poder de revisión constitucional no puede hacer administración, legislación o jurisdicción.

²⁷¹ Cfr., a propósito: BRIDEL y MOOR, *Observations sur la hierarchie des*

Sin entrarnos en una apreciación crítica de éstas diversas posiciones doctrinales y dando cuenta de la orientación que prohijamos a propósito, consideramos que los límites materiales implícitos deben representar siempre verdaderas imposiciones de la Constitución ²⁷². Tales límites deben traducir una orientación constituyente restrictiva relativamente a la revisión constitucional que estea presente en algún principio, precepto o concepto (determinado o indeterminado) contenidos en normas formalmente constitucionales.

Su identificación -como se pasa con los demás límites implícitos- concretase mediante una actividad de interpretación constitucional.

En los ordenamientos que dispongan de normas formalmente constitucionales de limitación material expresa de la revisión constitucional, tal actividad interpretativa debe empezar por tomar como objeto tales normas.

En tales casos, y considerando que siempre las normas de límites materiales son textualmente concisas, deberá articularse el sentido de los límites proclamados expresamente con las normas de la Constitución que respetan al principio o solución cuya modificación se prohíbe, descubriéndose por ésa vía el sentido implícito de la limitación formulada ^{273 274}.

Dentro de los parámetros trazados por la *mens legis* será posible llegarse a una *interpretación extensiva* de las cláusulas de limitación material expresa de la revisión constitucional, así como será de aceptar, delante de exigencias de la evolución, su *extensión teleológica*, o sea, su corrección amplificante determinada por una

règles constitutionnelles, in Revue de Droit Suisse, vol. 87, p. 406.

²⁷² Cfr. J.J.GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional, p. 1137.

²⁷³ Tal operación será obviamente desnecesaria en el caso en que la normas de limitación expresa se refieren *directamente* a ciertas normas de la Constitución.

²⁷⁴ Quizás se podrá concluir que tales resultados de interpretación conducen a la afirmación de límites que pueden aún ser cualificados como expresos, pero indirectos. Para una referencia a límites expresos indirectos Cfr. JORGE MIRANDA, Manual, p. 180-181.

reponderación actualizadora de su teleología inmanente. Y tal interpretación extensiva y extensión teleológica inevitablemente, conducen a la afirmación de límites materiales implícitos.

Contra la afirmación de tales límites implícitos no cabe invocar el argumento de que el poder de revisión constitucional será un poder en principio ilimitado y de que, a admitirse límites materiales a su ejercicio, solamente serían de considerar restrictivamente los expresos y directamente proclamados en la Constitución. Es que el poder de revisión constitucional es un poder constituido, estando sometido -como todos los demás poderes constituidos- a lo que resulta expreso e implícitamente (incluso, en resultado de interpretaciones extensivas o de extensiones teleológicas) de las normas de derecho positivo que definen su régimen ²⁷⁵

Los problemas de apuramiento de los límites implícitos podrán quedarse prácticamente resueltos por las vías de interpretación antes mencionadas cuando se estea en presencia de una Constitución que contemple una norma que contiene un largo enunciado de límites materiales.

En todo caso, mismo que la Constitución contenga una norma largamente enunciativa de los límites materiales a la revisión, pero sobretodo cuando no contenga ninguna norma de limitación material expresa o encierre una cláusula de límites materiales puntual, relativa a unas aisladas soluciones constitucionalmente consagradas, debemos buscar en otras normas de la Constitución el punto de partida para una exégesis sobre la cuestión de los límites materiales de la revisión.

Las normas que -en teoría general y sin perjuicio de otros referenciales normativos constitucionales- deberán ser necesariamente tenidas en cuenta para efecto de apuramiento de límites materiales implícitos a la revisión son las que nos facultan el concepto de revisión constitucional o los conceptos de modificación constitucional

²⁷⁵ Sobre el carácter limitado de la revisión constitucional véase *supra*.

adoptados en la Constitución. Es que, en la ausencia de otros elementos de derecho positivo, será tal concepto, desde luego, que ofrecerá los criterios de limitación material de la revisión constitucional ²⁷⁶, y ésto precisamente por que es al nivel conceptual que se empieza por definir las virtualidades o posibilidades de actuación de las figuras jurídicas.

La revisión constitucional en cualquier Constitución, desde que entendida en sentido riguroso, encuentrase siempre sujeta a unos límites conceptuales, o sea a los límites materiales derivados del concepto de revisión que está presente en la Constitución.

Éstos *límites conceptuales*, no necesitan de declaración o proclamación expresa para afirmaren su fuerza jurídica, no necesitando de ser autenticados por ningún texto. Si fueren consagrados expresamente en la Constitución, tal no tendrá un valor constitutivo en si, pero antes simplemente un valor declarativo ²⁷⁷. Si no fueren consagrados expresamente vigoran del mismo modo con la fuerza normativa que se asocia y es propia del concepto constitucionalmente asumido.

El concepto de revisión constitucional puede variar de Constitución para Constitución, variando consecuentemente el enunciado y el contenido de los límites implícitos a la revisión constitucional que se imponen en los distintos ordenamientos jurídicos y no siendo así posible trazar, en teoría, un cuadro de límites materiales implícitos universalmente válidos ²⁷⁸.

²⁷⁶ En éste sentido Cfr. C. SCHMITT, Teoría, p. 119.

²⁷⁷ En éste sentido Cfr. EHMKE, Grenzen, p. 99. La divergencia entre la posición de EHMKE y la que defendemos en este punto es sobretudo de índole terminológica, hablando este Autor a propósito de *Verfassungsimmanente Schranken* (límites immanentes a la Constitución).

²⁷⁸ En éste sentido, en sede de teoría de la Constitución, no podemos subscribir la conclusión a que llegan algunos autores de que las normas producidas en vía de revisión constitucional deben ser generales y abstractas (NEF, *Materielle Schranken*, p. 112), o de que está vedada la posibilidad de práctica de actos de revisión con contenido sin substancia constitucional (KÄGI, *Rechtsfragen*, p. 847) o aún de que son intangibles las normas identificadoras del poder de revisión

En teoría, podrá en todo caso afirmarse que, si el concepto de revisión constitucional consagrado en la Constitución coincidir con el concepto jurídico-científico de revisión constitucional ²⁷⁹, entonces tenemos que la revisión constitucional tiene como límites materiales los principios, y soluciones constitucionales que otorgan identidad material a la Constitución en causa ²⁸⁰. Es que, científicamente, la revisión constitucional representa una simple forma de modificación de la Constitución por la cual pueden ser introducidas en ésta alteraciones parciales que no conduzcan materialmente a un cambio de Constitución o que de algún modo perjudiquen su propia identidad. La figura de la revisión constitucional no podrá ser asociada en concreto a actos de creación de una nueva Constitución, sin que con éso se verifique la negación de su propia esencia o se sobrepase el fundamento y fin que justifican la previsión de su existencia constitucional.

En esta orden de consideraciones, además, deberá tenerse presente que, en general, se afirma como límite material implícito, un principio que determina que *por vía de revisión constitucional no se podrán perjudicar los elementos que sirven para dar identidad formal a la Constitución*, subrayándose de éste modo que aquella figura jurídica no podrá ser utilizada para determinar también formalmente un cambio de Constitución.

Por cierto que hay que tener presente que ciertas Constituciones contienen la previsión de su reforma o revisión total, lo

(GIACOMETTI, Bundesstaatrecht, p. 706; NAWIASKI, Aufbau und Begriff, p. 40-41) y la propia norma consagrada de límites materiales a la revisión (C. SCHMITT, Teoría, p. 119; J.J.GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional, p. 1138).

²⁷⁹ Sobre el concepto jurídico-científico de revisión constitucional véase *supra*.

²⁸⁰ En el sentido de que la limitación del poder de reforma de la Constitución es algo connatural a la misma reforma, siendo secundario que el límite -o los límites- sean explícitos o implícitos y en el sentido aún de que la existencia de algunos de éstos límites es una garantía indispensable para el mismo mantenimiento de la Constitución, para que se conserve su identidad pese a las modificaciones integradas en su contenido Cfr. PABLO LUCAS VERDU, Curso, II, p. 650.

que significa que se abre la posibilidad -que no rechazamos- de cambio de Constitución o de se interferir en los aspectos que le otorgan identidad material ²⁸¹. Tal hecho no perjudica en todo caso la conclusión a que llegamos pues que en tales Constituciones la expresión *reforma* o *revisión constitucional* no es empleada en términos que se puedan considerar científicamente rigurosos. Lo que está en causa cuando se prevé una *reforma* o *revisión constitucional total* susceptible de conducir a un cambio de Constitución material o formal es ya una realidad que no debe ser confundida científicamente con la figura de la revisión constitucional.

En una otra orden de consideraciones, es aún de considerar, en teoría, como límites materiales implícitos de la revisión constitucional los principios contenidos en una Constitución que, mismo que no concurren decisamente para identificar materialmente una Constitución, traducen un derecho considerado anterior o superior en relación a todo el derecho positivo. La consagración de tales principios con su valor de origen tiene un significado puramente declarativo (y no constitutivo), implicando, en consecuencia lógica de éso, una intención constituyente originaria de preservación y conservación futuras de tales principios, incluso (o desde luego) por parte del titular del poder de revisión constitucional ²⁸².

Por fin, serán de considerar teóricamente otros límites materiales implícitos que responden a exigencias específicas y esenciales del concepto de poder de revisión constitucional. En

²⁸¹ Alejamos en este punto de la posición defendida por C.SCHMITT (Teoría, p. 120), según la cual "incluso cuando se habla de una revisión total de la Constitución, hay que (...) atenerse a los límites de la facultad de revisar..". Como ha subrayado BISCARETTI DI RUFFIA (Sui limiti, p. 149), "solo con una costruzione insanabilmente artificiosa possono trovare una spiegazione nell'ambito delle costruzione dommatiche (...) le quali, trascinate dalle loro stesse premesse teoriche, sono costrette a negare, nella specie, al vocabolo totale il comune significato che al esso viene universalmente attribuito (inducendo, praticamente, alla categoria delle parziali tutti le revisioni in parola).

²⁸² En tal sentido se puede entender la referencia de FLEINER y GIACOMETTI (Schweizerisches Bunderstaatsrecht, p. 706) a normas *eternas* de la Constitución.

particular, cumple subrayar la existencia, como limite implícito, de un *principio de inderrogabilidad del poder de revisión constitucional*, por fuerza del cual se prohíbe al titular de éste poder que renuncie a su ejercicio, lo aliene, lo delegue (salvo se para tanto beneficiar de una norma constitucional de habilitación), lo transfiera o de cualquier modo paralise la revisión constitucional ²⁸³. Tal es un corolario del carácter público y funcional del poder de revisión constitucional y aún una consecuencia de su origen constitucional, lo que determina que el titular del poder de revisión constitucional no puede en cuanto tal anularse ²⁸⁴.

2. Los límites materiales inmanentes

a) En un plano distinto -como ya subrayámos- debe ser planteada la cuestión de los límites materiales inmanentes y trascendentes, que se distinguen de los límites implícitos en razón de se afirmaren con independencia a respecto de lo que la Constitución formal determina.

Específicamente los límites inmanentes- pueden ser vinculados a un concepto de Constitución material, liberto de consideraciones sobre lo que es, en su contenido textual actual, la Constitución formal y traductor de una realidad constitucional que se sobrepone a la Constitución formal, pero que es inmanente a la Orden Jurídica en causa.

Doctrinalmente, el reconocimiento de la subordinación del poder de revisión constitucional a *límites materiales inmanentes*, tiene sido asociado a la defensa de un concepto de Constitución material

²⁸³ En éste último sentido cfr. DARBELLAY, De l'initiative, p. 733-734.

²⁸⁴ Sobre este principio de la inderrogabilidad de la competencia cfr., por ejemplo, en la juspublicística portuguesa, ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, Da Delegação de Poderes em Direito Administrativo, Coimbra, 1960, p. 26; DÍOGO FREITAS DO AMARAL, Curso de Direito Administrativo, I, Coimbra, 1986, p. 610.

representativo de algo de radicado en la realidad, pero distinto, separable o autonomizable de la Constitución formal, vinculándose a orientaciones jusfilosóficas muy distintas, nombradamente al *historicismo*, al *sociologismo*, al *institucionalismo*, al *decisionismo* y al *tridimensionalismo*.

A todas estas orientaciones es común la afirmación de que éste tipo de límites no son específicos del poder de revisión constitucional, referiéndose también a la actividad de creación de nuevas Constituciones formales.

A todas ellas también es común la consideración de que el mundo del deber ser -en el cual se inscribe determinantemente el Derecho- no es autónomo y radicalmente separado del mundo del ser, estableciéndose relaciones de interconexión entre ambos.

Para los secuaces del *historicismo*, el poder de revisión constitucional (y el poder constituyente, en general) encuentra siempre como límite la *Constitución histórica* que sería un dato de la naturaleza y determinada -en palabras de *Burke*- por las circunstancias peculiares, ocasiones, temperamentos, por las costumbres morales, civiles y sociales de la gente, que se forman solamente al fin de un largo espacio de tiempo²⁸⁵. Desde éste punto de vista, contrariar las determinaciones de tal *Constitución histórica* representaría un desafío a la naturaleza²⁸⁶.

A su vez, los defensores de tesis *sociologistas*, invocan la existencia de una *Constitución real*, concebida como límite de todo poder constituyente. La *Constitución real* sería primordialmente una forma de ser, fruto de situaciones y estructuras sociales del presente,

²⁸⁵ Cfr. BURKE, *Reform of Representation in The House of Commons*, in *Works*, vol. VI, p. 147. De éste Autor cfr. aún su obra fundamental: *Reflections on the Revolution in France* (1790).

²⁸⁶ Además de BURKE, en una línea *historicista*, véase aún, en la historia de las ideas políticas, el pensamiento de autores como VINCENZO CUOCO, JOSEPH DE MAISTRE, DE BONALD o aún HUMBOLDT. A propósito, Cfr. nuestro estudio: *O Poder Constituyente na Gênese do Constitucionalismo Moderno*, p. 91-94.

traduciendo una legalidad inmanente a la propia Sociedad, de la que emerge o a la que debe adaptarse el deber ser, que lo mismo será decir, desde luego, la Constitución normativa o positiva ²⁸⁷ ²⁸⁸ ²⁸⁹.

²⁸⁷ En sentido proximo, para una síntesis de lo que representa, para la concepción sociológica, la *Constitución real* cfr. M.GARCIA-PELAYO, Derecho Constitucional Comparado, p. 46-47. Véase también nuestro estudio: O Poder Constituyente na Genése do Constitucionalismo Moderno, p. 94 ss.

En la historia de las ideas, tal concepción ha tenido como primeros representantes, nombradamente, LASSALE y SISMONDI, siendo aún de observar una vertiente sociológica marcada en el pensamiento de LORENZO VON STEIN, de BALMES y DÓNOSO CORTES.

²⁸⁸ En una perspectiva que se vincula al sociologismo, aunque en términos que se pueden considerar de un *sociologismo espiritualista*, es además de referir el pensamiento constitucional desarrollado por R. SMEND (Constitución y Derecho Constitucional, trad. de Beneyto Pérez, Madrid, 1985). Para éste Autor, en el punto que interesa ahora enfocar, la Constitución sería la ordenación jurídica del Estado, o en otros términos, de la dinámica vital en que se desarrolla la vida del Estado, que lo mismo sería decir del proceso de integración. Ella sería la plasmación legal o normativa de aspectos determinados de éste proceso (p. 132). Había en todo caso que distinguir los conceptos de Constitución material y formal, refiriéndose el primero a la esencia material de una realidad concreta relativa al político y concebida como una totalidad vital y el segundo contentándose con una referencia al contenido más o menos casual de los artículos constitucionales. El primero concepto es lo que debía constituir punto de referencia decisivo de todas las indagaciones jurídico-constitucionales. El principio de la integración que domina el Derecho político y la propia Constitución material serían una condicionante decisiva de toda tentativa jurídico-positivadora constituyente (p. 194 ss). A propósito del pensamiento smendiano cfr. desde luego: PABLO LUCAS VERDU, La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar -La Teoría Constitucional de Rudolf Smend, Madrid, 1987. A propósito cfr. nuestro: RUDOLF SMEND e a luta contra o positivismo, E & D, 2-1988, p. 155-171.

²⁸⁹ Además, en perspectiva que es también de cuño sociologista, cabe referir el pensamiento constitucional de HERMANN HELLER (Staatslehre, 1932) que partía de la consideración que ser y deber, normalidad y normatividad se relacionan dialécticamente hasta poderen formar una unidad o síntesis. Arrancaba entonces de la consideración de dos conceptos de Constitución -la *Constitución normada* (jurídica o extrajudicialmente) y *no normada*- en la unidad de los cuales se podía descubrir el concepto de *Constitución política total*.

Aunque el Autor no haya planteado directamente la problemática del poder de revisión constitucional, podemos en todo caso extraer de su pensamiento expreso en su obra *Teoría del Estado*, la conclusión de que tal poder, mismo que se presente material y expresamente limitado por una norma de la *Constitución organizada* (Constitución normada por el derecho conscientemente establecido), está aún así, y

Cuanto a las *concepciones institucionalistas*, pasando por encima de las muchas divergencias que separan sus defensores, cabe subrayar que apuntan para la defensa de la existencia de *limites materiales inmanentes* a la revisión constitucional que traducen el imperativo de se garantizar *objetividad* en las alteraciones que se introduzcan en la Constitución. Tal objetividad solamente será alcanzada cuando haya una convergencia entre las grandes orientaciones asumidas por el titular del poder de revisión constitucional y las que son relevantemente aceptadas en la Sociedad a que se destina ²⁹⁰.

siempre, sometido a la Constitución normada extrajudicialmente y a la Constitución no normada.

A propósito del pensamiento *hellertiano* Cfr. nuestro: Ensaio sobre o Conceito de Poder Constituinte, I, p. 120ss.

²⁹⁰ Esta convergencia de posiciones, para MAURICE HAURIOU (Précis, p. 11 y 232) debía respetar "a la idea misma del Estado, a la idea de tal o tal régimen político". Por la combinación de la voluntad jurídica de los fundadores, de los adherentes, de la idea objetiva, la operación constituyente ganaría una virtud jurídica completa. Para HAURIOU la Constitución no comprendía solamente lo que está escrito en la Constitución, incluyendo también todos los *principios fundamentales del régimen*, los cuales representarían "una especie de legitimidad constitucional que toma lugar mismo por encima de la Constitución escrita" (Précis, p. 296). Los límites inmanentes al poder de revisión constitucional se referirían a los *principios de la orden individualista que están en la base del Estado*, así como a los *principios políticos que están en la base del gobierno*.

Para SANTI ROMANO, a su vez, todo el poder constituyente se encontraría sometido a una idea que le daría fundamento y razón de ser, provocando una actitud social de aceptación o rechazo, y sirviendo de cuadro jurídico de previsibilidad y de factor genético de objetivación de soluciones normativamente consagradas. De SANTI ROMANO cfr. desde luego sus obras: L'Ordinamento Giuridico; L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione; Principii di Diritto Costituzionale Generale. Para un cotejo de las concepciones de HAURIOU y SANTI ROMANO, Cfr. BALLADORE PALIERI, A Doutrina, I, p. 289 ss.

Por otro lado aún, y más recientemente, para MORTATI el límite primario de objetividad de la actividad constituyente estaría en la capacidad de se producir una *tendencia de vida en comun, definiéndose necesidades unitarias, haciéndose emerger una voluntad política, determinándose una diferenciación de valores y de posiciones entre sus miembros, una supra y subordinación de querer, instaurándose relaciones de comando y de obediencia*. (Cfr. La Costituyente, p. 13) Los límites implícitos se referirían a los fines políticos fundamentales sostenidos y actuados por

A su vez, considerando la *concepción decisionista* defendida por CARL SCHMITT, esta tomaba como punto de referencia de todas las indagaciones el *ser concreto* y en particular la *voluntad* entendida como una *magnitud del ser* ²⁹¹. Dentro de tales parámetros, los límites materiales de la revisión constitucional debían ser comprendidos con referencia a un concepto positivo de Constitución y mediante la diferenciación de éste frente al concepto de ley constitucional. La Constitución, en sentido positivo, representaba la decisión de conjunto sobre el modo y forma de la unidad política, surgiendo mediante un acto del poder constituyente que contenía, por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia y valiendo por virtud de la voluntad política existencial de aquél que la da ²⁹². A su vez, el concepto de ley constitucional se fijaría según características externas y accesorias, llamadas formales, pudiendo tener cualquier contenido ²⁹³. La distinción entre Constitución y ley constitucional se haría en términos cualitativos, siendo de subrayar que entre la decisión política fundamental y las prescripciones legales-constitucionales se establecería una relación política y sociológica de fundamentación ²⁹⁴.

las fuerzas políticas dominantes (Cfr. La Costituzione in senso materiale, Milan, 1940, p. 101 ss).

Véase también, valorizándose el concepto de régimen político: BARILE, La Costituzione como norma giuridica, Firenze, 1951; VIRGA, Diritto Costituzionale, Milano, 1967, p. 353; SANDULLI, Fonti del Diritto, Nvss. D I, VII, 527. Para un confronto de la posición de MORTATI y BARILE Cfr. M.F. RIGAUX, Théorie des limites matérielles, p. 113-114.

²⁹¹ El pensamiento schmittiano -en palabras de LEGAZ y LACAMBRA (Cfr. Prologo a la obra de Caamaño Martínez, El pensamiento jurídico-político de Carl Schmitt, Santiago de Compostela, 1950)- ía a favor del concreto, del sentido adecuado a la situación, y, en oposición a la ratio y al nomos impersonal, afirmaba el poder personalista de la decisión. Sobre el pensamiento de C. SCHMITT, con referencias bibliográficas, cfr. nuestro: Ensaio sob o conceito de poder constituinte, I, p. 110ss y, sobretudo GERMÁN GOMEZ ORFANEL, Excepción y normalidad en el pensamiento de C. SCHMITT, Madrid, 1987.

²⁹² Cfr. SCHMITT, Teoria, p. 45-46

²⁹³ Cfr. SCHMITT, Teoria, p. 37

²⁹⁴ En este sentido Cfr. CUETO RUÀ, El poder constituyente, p. 891ss. Véase,

En este sentido, una facultad de “reforma da Constitución”, atribuida por una normación legal-constitucional, significaría que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser substituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución en sentido positivo. Ésta representaría para la revisión constitucional, en ultimo término, donde hiciése falta una clausula completa de limitación material expresa o mismo donde se admitise expresamente la revisión total de la Constitución, un su limite inmanente.

Considerando por otro lado el problema de los limites materiales inmanentes a la revisión de un punto de vista *tridimensionalista*, cabe inmediatamente subrayar que de acuerdo con esta orientación el derecho debe ser comprendido como *hecho*, como *valor* y como *norma*, habendo una interconurrencia entre éstas distintas dimensiones del derecho. En términos de creación de las normas constitucionales, el titular de poder de revisión constitucional, según ésta perspectiva, además de se encontrar vinculado a las normas de la Constitución que definen el régimen de revisión constitucional (y de innovar en la orden constitucional normativa), encuentra aún como limites al desarrollo de la función que ejerce los hechos político-constitucionalmente relevantes y aún los propios valores. Los limites materiales inmanentes a la revisión constitucional respetarian, especialmente, a los *hechos* que concurren para la conformación de la realidad constitucional ²⁹⁵.

también, a propósito: VANOSI, Teoria constitucional, I, p. 52

²⁹⁵ En tal sentido apunta el pensamiento constitucional de PABLO LUCAS VERDU, al subrayar la importancia de la *formula politica* vigente que representaría siempre un limite a reforma constitucional, definiendose aquella como la expresión ideológica, jurídicamente organizada en una estructura social. Cfr. Curso, II, p. 650ss, 428ss, 699ss; El problema de los cambios de la Constitución, p. 41-42 y por último, en colaboración con PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Manual², p. 28-29. Con referencia a la Constitución española de 1978, y referiendo la necesidad de consideración de cuatro dimensiones -el subsuelo socioeconómico, la dimensión ideológica, la penetración historicista y la dimensión estimativa iusnaturalista, cfr. del mismo Autor: Estimativa y Política Constitucionales,

b) La afirmación de la existencia de límites materiales inmanentes a la revisión constitucional es, en contrapartida, rechazada desde luego por los defensores de concepciones positivistas, que establecen una radical separación entre los mundos del *ser* y del *deber ser*. Y así negan la posibilidad de se aislaren límites jurídicos a la revisión constitucional que, como se pasa con los ahora en referencia, tengan su origen en el mundo del ser. Además tal posición de rechazo de éses límites es prohijada por todos cuantos equiparan el poder de revisión constitucional al poder constituyente originario, subrayando el carácter incondicionado del primero ²⁹⁶. Por fin ésa misma posición es aún seguida por autores que: (i) refieren las dificultades de tipo aplicativo existentes en la individualización concreta del contenido de la Constitución material y consecuentemente en la elencación concreta de los límites que derivan de la Constitución material ²⁹⁷; (ii) invocan objeciones de tipo dogmático para la afirmación de tales límites, fundadas en la consideración de que el poder de revisión constitucional se afirma en los términos en que es concebido en la Constitución, no siendo de invocar cualquier argumento que imponga o exija mismo, en el silencio de la Constitución, la sumisión del poder de revisión constitucional a límites ²⁹⁸, o aún que (iii) subrayan que la referencia a tales límites asienta en el error de se hacer pasar por un racionio jurídico lo que resulta de apreciaciones extra-jurídicas ²⁹⁹.

c) La posición que nosotros prohijamos a propósito es claramente favorable a la consideración de la posibilidad de existencia

Madrid, 1984, p. 61 ss. En perspectiva que también se puede considerar tridimensionalista, puede ser comprendido el pensamiento constitucional de NAWIASKI, no podendo dejar de se referir desde luego el nombre de MIGUEL REALE.

²⁹⁶ Véase, a proposito, *infra*.

²⁹⁷ Cfr. en este sentido CICCONE, *Revisione Costituzionale*, p. 233ss. y BISCARETTI DI RUFFIA, *Sui limiti*, p. 149-150 (nota 64).

²⁹⁸ Así, CICCONE, *ob.*, loc. cit.

²⁹⁹ Así, M. F. RIGAUX, *La Théorie*, p. 115.

de límites materiales immanentes a la revisión constitucional. La negación de tal posibilidad derivada de la invocación de una separación radical entre *ser* y *deber ser*, asienta en postulados filosóficos que no prohijamos, entendiéndose que el *deber ser* no integra un mundo de realidades míticas, vivientes por sí misma con indiferencia en relación a la vida. El *ser* es el fundamento y el fin del *deber ser*. El *deber ser* construyese a partir del *ser* y vive en función del *ser*. Es del *ser* que siempre brota el *deber ser*. El *ser* construye su propia legalidad, trahendo en sí el propio concepto de *deber ser* que le es conatural. Hay así un *deber ser* inmanente al *ser*, que integra como *segunda naturaleza* el *ser*. Desde luego o en un primero momento ése *deber ser* inmanente al *ser* traduce la idea de que *el ser es lo que es por naturaleza, en su origen y en todas sus evoluciones*.

Transponiendo estas ideas para el dominio constitucional, tenemos en resumen que:

- (i) la Constitución formal representa derecho objetivo pero radicado en la realidad, por su génesis, por la función que cumple y por la efectividad que es supuesto tener;
- (ii) la Constitución formal representa además una parcela de la realidad constitucional;
- (iii) la realidad constitucional, en la multiplicidad de los factores que para ella concurren, tiene su propia legalidad;
- (iv) La *legalidad inmanente a la realidad constitucional*, antes de coincidir o no con la Constitución formal, representa lo que el mundo-de-vida político relativo a determinada Sociedad en dado momento *es* en cuanto *ser* organizado y ordenado de cierta forma;
- (v) Ése mundo-de-vida político vive y evoluciona según el plano de organización y de ordenación que es inmanente a su *ser*;
- (vi) Tal plano de organización y de ordenación inmanente al *ser* del mundo-de-vida político puede coincidir más o menos perfectamente con el plano que a propósito es trazado por la

- Constitución formal, así como puede no coincidir de todo con éste último o, mismo que no lo contrarie, puede sobrepasarlo;
- (vii) Tal plano de organización y de ordenación inmanente al ser del mundo-de-vida político puede entonces resultar de la Constitución formal, así como puede resultar de otras fuentes;
 - (viii) Toda *organización y ordenación* piden, por definición, un mínimo de permanencia o estabilidad, sin las cuales la realidad a que respetan se convierte en algo inorganizado y desordenado;
 - (ix) Entonces, las otras fuentes reveladoras del plano de organización y de ordenación inmanente al ser del mundo-de-vida político (que lo mismo es decir de la *legalidad inmanente a la realidad constitucional*) deben tener una estructura que garantice tal mínimo de permanencia y estabilidad de regulación, lo que nos lleva a asociarlas no solamente a la *Constitución* pero también y desde luego a la *costumbre constitucional*, a la *ley* (entendida en sentido amplio) *relativa a materia constitucional* o también a la *jurisprudencia constitucional* cuando vigore el principio del precedente judicial;
 - (x) Por otro lado es de referir que toda *organización y ordenación* viven, por definición, de una *idea* que da coherencia a la organización, sentido a la ordenación y unidad interior a ambas;
 - (xi) El plano de organización y ordenación inmanente al ser del mundo-de-vida político, particularmente vive de una *Idea de Constitución material* que representa entonces el punto de partida de la *legalidad inmanente a la realidad constitucional*;
 - (xii) Tal *Idea de Constitución material*, en cuanto elemento inmanente al ser del mundo-de-vida político, traduce en el conjunto de valores y principios fundamentales que definen el sentido esencial del plano de organización y ordenación

inmanente al ser del mundo-de-vida político, vigente en determinada Sociedad.

Partiendo de estas consideraciones generales será posible plantear el problema de los límites materiales inmanentes al poder de revisión constitucional en los siguientes términos:

- (i) El poder de revisión constitucional, en cuanto elemento de la realidad constitucional y como todos los otros elementos que participan en tal realidad, puede cumplir en relación a ésta una función conformadora o renovadora, determinándole evoluciones;
- (ii) En el cumplimiento de esa función conformadora o renovadora de la realidad constitucional, el poder de revisión constitucional encontrase no obstante limitado no solamente de modo expreso o implícito por la Constitución que sirve, pero también tácitamente por la *legalidad inmanente a la realidad constitucional*;
- (iii) En especial, el poder de revisión constitucional sujetase al respeto de la Idea de Constitución material que inmanentemente domina la realidad constitucional y a las grandes soluciones constitucionales que derivan necesaria y inmediatamente de aquella Idea;
- (iv) En éstos aspectos patentizanse los límites materiales inmanentes de la revisión constitucional, los cuales asumen especial relevancia cuando tacitamente se acrecentan a los límites expresos o implícitos que resultan de la Constitución formal;
- (v) La violación de éstos límites materiales tácitos inmanentes implica la negación por parte del poder de revisión constitucional de su cualidad de elemento de la realidad constitucional;
- (vi) La cuestión que se puede plantear es la de saber como resolver los conflictos que pueden surgir entre límites materiales expresos o implícitamente contenidos en la Constitución y éstos

- limites inmanentes;
- (vii) Tales conflictos no pueden ser resuolvidos ni contra los limites tacitos inmanentes, dada la invencibilidad de la realidad constitucional, ni contra los limites derivados de la Constitución formal, por estar en causa un poder que vive en función de la garantía de la Constitución formal;
 - (viii) La solución de ésos conflictos solamente podrá pasar por la enmergencia de un poder constituyente que deberá favorecer las determinaciones de la *legalidad inmanente a la realidad constitucional*, sobrepasando la Constitución formal hasta entonces existente.

Contra él entendimiento que prohijamos no se invoque el argumento de que no se solucionan así dificultades de tipo aplicativo. Es que la existencia de dificultades no sirve de criterio de rechazo de soluciones.

Además creemos que no relevan objeciones de tipo dogmático, relacionadas con el entendimiento de que no será posible sustentar el caracter naturalmente limitado del poder de revisión constitucional. Es que aquí, independientemente de considerarnos la naturaleza intrinsecamente limitada del poder de revisión constitucional, subrayamos lo que son las consecuencias que derivan de este poder estar radicado en la realidad, la cual siempre es condicionadora de sus elementos participativos.

Por fin no se invoque la existencia de error en el raciocinio seguido por se hacer pasar por raciocinio jurídico lo que resulta de apreciaciones extra-jurídicas. Contra tal argumento invocase una orientación que no desconoce la trama que en la realidad se opera entre *ser y deber ser* y que considera que *la legalidad inmanente a la realidad constitucional* es ya tanto derecho como lo es el derecho positivado en una Constitución formal.

3. Los límites materiales trascendentes

a) Los *límites materiales trascendentes* de la revisión constitucional caracterizan por traduciren, con independencia relativamente a lo que consagre la Constitución formal, determinaciones con alcance constitucional que deben ser consideradas anteriores y superiores a toda regla de derecho positivo, condicionando tanto el poder constituyente originario como el poder de revisión constitucional y aún, consecuentemente, todos los demás poderes constituidos.

La admisibilidad de existencia de tales límites tiene sido vinculada fundamentalmente a concepciones doctrinales de raíz jusnaturalista, pero también a cierto pensamiento positivista normativo.

b) Las *concepciones jusnaturalistas*, en general y pasando por encima de las divergencias doctrinales a propósito verificadas, arrancan de la consideración de que el Derecho no se agota en el derecho positivo y -en lo que particularmente nos interesa- de que el Derecho Constitucional no se resume a la Constitución formal, defendiendo la existencia de otras determinaciones -incluso, constitucionales- que valen por sí mismas independientemente de la voluntad humana, que se inscriben en la propia naturaleza de las cosas, de la vida de relación y del Derecho, y que conforman una orden objetiva de fundamentación esencial de todo el derecho positivo. Tales determinaciones consonante las orientaciones filosóficas prolijadas pueden ser consideradas fruto de revelación divina, de un esfuerzo racional, de intuición sobre la esencia del Derecho o de varios de éstos aspectos. Pueden ser concebidas como representando diversamente o un derecho natural universal y intemporalmente válido o un derecho natural de contenido variable o una orden de valores, pudiendo aún ser asociadas a la Etica, a la Moral, a la Idea de Derecho,

a un derecho universal-concreto o aún a un derecho de las esencias jurídicas.

Específicamente en el marco de la teoría de la revisión constitucional (y del poder constituyente en general), la defensa de la existencia de límites trascendentes a partir de consideraciones jusnaturalistas, beneficiando en circunstancias particulares de una mayor divulgación en la segunda mitad del presente siglo ³⁰⁰, se ha concretado en direcciones de algún modo distintas, que apuntan para la necesidad de consideración de:

- (i) un mínimo de exigencias que también el Estado tiene de respetar para poder ser visto como un Estado en el sentido de una orden con fuerza obligatoria, teniéndose en cuenta Dios, la Humanidad, cada hombre individualmente considerado, así como las comunidades naturales ³⁰¹;
- (ii) un derecho supralegal considerado como una orden objetiva que es sentida como obligatoria por sus destinatarios, que representa un mínimo ético con pretensión de vigencia inmediata y que es integrada por un conjunto de principios

³⁰⁰ Este retorno al derecho natural se ha basado en el argumento llamado "reductio ad hitlerum". LEGAZ Y LACAMBRA (Filosofía del Derecho, 5ª ed., Barcelona, 1979, p. 212) ha subrayado que tal argumento ha consistido en señalar las atrocidades de la época nazi como una consecuencia de la mentalidad positivista en que estaban formados los juristas, incapaces, en virtud de ella, de reaccionar en nombre de principios superiores a la exigencia de que la ley es la ley. En sentido próximo PABLO LUCAS VERDU (Estimativa y Política Constitucionales, Madrid, 1984, p. 52-53) subraya también causas psicológicas para ese retorno al derecho natural, relacionadas con la emocionalización de amplios sectores de la opinión pública germana hipersensibilizados por las calamitosas consecuencias producidas por el terror y tiranía nacional socialistas.

³⁰¹ Cfr. VON HIPPEL, Die Krise des Staatsgedankens und die Grenzen der Staatsgewalt, Stuttgart, 1950, p. 53.

En el sentido de que los límites trascendentes ya no valen específicamente para las alteraciones constitucionales -son límites al propio Estado cfr. ROGERIO E. SOARES, Constituição, DJAP, II, p.669. Para este Autor tales límites corresponden a valores espirituales trascendentes, al conjunto de valores materiales de una cierta cultura política que permanentemente dominan la existencia del cuadro constitucional (p. 666 y 668).

constitutivos de toda y cualquier orden jurídica o por los mandamientos cardinales de la ley moral, posiblemente diferente según el tiempo y el lugar, reconocida por la comunidad jurídica ^{302 303},

- (iii) la ética concreta de la cual resultan imperativos superiores que se afirman por vía de auto-limitación del titular del poder, definiendo los valores de una sociedad adecuados a las particularidades de tiempo y lugar de cada una de ellas y, en particular, imponiendo la consideración de la unidad dialéctica entre el ideal de justicia, en cuanto valor en sí, y los intereses sociales (*Realien*) vinculados a las realidades económicas, a las preferencias políticas y a ciertos condicionalismos naturales ³⁰⁴;
- (iv) el derecho natural en cuanto manifestación externa de la origen

³⁰² Cfr. O. BACHOF, Normas constitucionais inconstitucionais, trad., Coimbra, 1977, p. 40 a 48. En prefacio a la traducción portuguesa, el Autor refiere la necesidad de haber un consenso social sobre al menos las ideas fundamentales de la justicia, reconociendo haber un tal consenso sobre el respeto y protección de la vida humana y de la dignidad del hombre, la prohibición de la degradación del hombre en objeto, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la exigencia de igual tratamiento y a la prohibición del arbitrio. Estarian ahí en causa postulados de la justicia, de evidencia inmediata. Como ha subrayado el Autor en otro escrito (*Jueces y Constitución*, trad., Madrid, 1963, p. 31) los valores referenciales se fundarían en la idea de hombre dominante en la cultura occidental.

³⁰³ En sentido que reputamos proximo, AFONSO QUEIRÓ (*Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, 1976, I, p. 293-294) subraya a propósito la necesidad de consideración de preceptos o maximas tan ligadas a la Idea de Derecho y al Principio de la Justicia, a los canones basilares de la ley moral generalmente reconocida, que la validez de preceptos creados por el legislador constituyente, o por cualquier órgano de producción normativa a él subordinado, en contradicción evidente con ellos, sería radicalmente inadmisibile y totalmente insuportable. Eses canones seran expresión tan elemental de la Idea de Derecho y de la Ley Moral reconocida por la Comunidad que se no puede imaginar su derogación o desrespeto, aunque a titulo excepcional y transitorio, por el legislador constituyente, y se tiene, al contrario, de reconocer, para se no ser victima de una perversión del sentimiento jurídico, que ellos son vinculantes para todos los órganos de producción normativa, a començar por el poder constituyente.

³⁰⁴ Cfr. HAUG, *Die Schranken*, p. 206 ss. Sobre el pensamiento de este Autor Cfr., nombradamente, MARTIN LUCHSINGER, *Die Prinzipien des Rechtsstaats als materielle Schranken der Verfassungsrevision*, p. 70 ss.

- divina de toda sociedad humana ³⁰⁵;
- (v) el derecho del ser (*seinrecht*) que contiene datos de valor ontológico fundadores de la orden jurídico-positiva, sirviendo de criterio diferenciador entre lo que, en términos de poder, es o no adecuado al derecho ³⁰⁶;
 - (vi) los valores superiores de determinado ordenamiento, en cuanto elementos representativos de una *dimensión estimativa jusnaturalista justificante* ³⁰⁷;
 - (vii) una intención axiológico-jurídica de raíz transpositiva, caracterizada por una referencia a una universalidad normativa, histórica, integrante, abierta y crítica, por la cual se pretende cumplir plenamente el sentido auténticamente humano del hombre en comunidad, representando tal intencionalidad una condición de validez social de todo proyecto constituyente y de conformación de éste como realidad jurídica (y no ya simplemente de hecho) ^{308 309}.

³⁰⁵ Cfr. MESSINEO, *Fonte del potere costituente*, p. 180ss., LANZA, *Estensione e Limiti del potere costituente*, p. 214ss.

³⁰⁶ Cfr. RENE MARCIC: *Von Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Viena, 1957; *Verfassung und Verfassungsgericht*, Viena, 1963; *Rechtsphilosophie*, Friburgo, 1969. Sobre su pensamiento Cfr. FRANCESCA PUIG PELAT, *Derecho del ser y Estado del juez*, Barcelona, 1983; PABLO LUCAS VERDÚ, *Política y Estimativa Constitucionales*, Madrid, 1984, p. 57 ss.

³⁰⁷ Cfr. PABLO LUCAS VERDÚ, *Política y Estimativa Constitucional*, Madrid, 1984, p. 64-65. Esclarece además el Autor (Curso, II, p. 653-654) que los límites trascendentes "entrañan una consideración estimativa sobre el hombre (dignidad humana, derechos naturales inviolables) o sobre la convivencia humana (matrimonio, familia, religión) que son no sólo límites insoslayables frente a la revisión de los preceptos constitucionales que los recogen, sino, además, principios supra-constitucionales, magnitudes que constituyen un *prius* del ordenamiento constitucional porque encuentran adecuada dimensión en la *ley natural* establecida por la sabiduría del Creador".

³⁰⁸ Cfr. CASTANHEIRA NEVES: *Questão-de-facto-Questão-de-direito*, 1967; *A Revolução e o Direito*, 1976. Para éste Autor, tal axiología jurídica refiere desde luego a los valores de la dignidad humana, de la libertad, de la igualdad, de la comunitaria participación y de la responsabilidad social, que son postulados del sentido auténticamente humano del hombre en comunidad.

³⁰⁹ Para otras formulaciones jusnaturalistas sobre los límites trascendentes Cfr.

c) Desde una perspectiva doctrinal radicalmente distinta, la defensa de límites trascendentes o, más rigurosamente, transcendentales a la revisión constitucional tiene sido hecha por autores de orientación positivista normativa. Tales límites, de acuerdo con tal impostación y en un aspecto que revela su transcendentalidad, refieren a algo que se pone antes de toda la experiencia de derecho positivo como condición lógica de su comprensión, aunque solamente nos sea posible dar cuenta de esa verdad en el transcurso de la propia experiencia.

Los límites trascendentes de la revisión constitucional, de acuerdo con un punto de vista que se ha vinculado luego al pensamiento de HANS KELSEN, se referirían a una *grundnorm*, norma hipotética vacía de todo contenido valorativo³¹⁰.

En síntesis, para KELSEN el derecho tenía por característica regular su propia creación: toda la norma jurídica sería puesta de acuerdo con las prescripciones de una norma superior y, por otro lado, determinaría como sería establecida la norma inferior³¹¹. Crear una norma sería, así, al mismo tiempo, aplicar una otra. Uno de los problemas que entonces importaba resolver sería lo de saber que

MARIO BIGOTTE CHORÃO, *Perspectiva jusnaturalista da Revisão Constitucional, Democracia e Liberdade*, 15, p. 37 ss.; DARBELLAY, *L'initiative populaire*, p. 773-735 y 737; JAGMETTI, *Des Einflut der Lehren von der Volkssouveränität und von Pouvoir constituant auf das Schweizerische Verfassungsrecht*, Zúrich, 1920; MAUNZ-DURIG, *Grundgesetz*, Múnich, 1966, art. 79,12; JORGE MIRANDA, *Manual*, II, p. 107; NEF, *Materielle Schranken*, p. 140s.; ZWEIG, *Die Lehre*, p. 225, 240ss.,250ss.;

³¹⁰ La circunstancia de esta *Grundnorm* ser vacía de contenido axiológico y tener un valor puramente lógico-formal, permiten claramente diferenciar la posición positivista normativa de la posición defendida por MARCIC relativamente a la existencia de una pirámide jurídica encimada por el derecho del ser. Aunque el *derecho del ser* en el pensamiento *marciciano* tenga su equivalente en la *Grundnorm Kelseniana*, la distinción entre ambas resulta clara: el *derecho del ser* en MARCIC tiene un valor ontológico de fundamentación ético-jurídica de la orden jurídica positiva; la *Grundnorm* para los positivistas kelsenianos tiene un valor puramente lógico-formal.

³¹¹ Cfr. H. KELSEN, *Aperçu*, p. 64.

norma el titular del poder constituyente aplica cuando procede a la elaboración de una Constitución (o sea, en sentido amplio, del conjunto de las normas que regulan la posición de los órganos superiores del Estado y las relaciones entre el poder público y los sujetos) ³¹². Cuanto a este problema habría, desde éste punto de vista, que distinguir dos hipótesis. Una primera hipótesis sería relativa a los casos en que el poder constituyente procede a la revisión de una Constitución, cuando ésta instituye al lado de un órgano legislativo ordinario, un órgano propiamente constitucional o que somete la revisión a reglas y procedimientos especiales, distintos de los aplicables a la elaboración de legislación ordinaria. La segunda hipótesis sería relativa a los casos en que el poder constituyente crea normas constitucionales al margen de cualquiera otra disposición constitucional.

Para KELSEN, en la hipótesis de ejercicio del poder de revisión constitucional estaría en causa la aplicación de las propias normas constitucionales que se le refieren. Solamente en la hipótesis de ejercicio del poder constituyente originario cabería recurso a la referida norma fundamental o primera (Grundnorm) supuesta y hipotética que justamente tendría por función crear el primero órgano de creación del derecho. Esta regla formaba la Constitución en el sentido teórico o ideal de la palabra, la Constitución hipotética ³¹³. Esta Constitución hipotética, siendo vacía de todo contenido valorativo y valendo por sí misma, serviría para dar fundamento lógico a la Constitución positiva, manteniéndose sin embargo el poder constituyente libre de cualquier límite jurídico.

Posición doctrinaria defendida a propósito y que puede ser vinculada de alguna forma a la matriz de pensamiento KELSENIANO es la que fué defendida por BON VALSASSINA ³¹⁴. Este Autor,

³¹² Cfr. KELSEN, *Aperçu*, p. 66.

³¹³ Cfr. KELSEN, *Aperçu*, p. 65.

³¹⁴ Cfr. BON VALSASSINA, *Di un limite assoluto della potestà normativa in materia costituzionale*, in *Arch. giuridico*, 1948, CXXXV.

defendiendo una concepción gradualística del derecho, consideraba que en el vértice de la pirámide normativa se descubre una *supernorma* que confiere una validez unitaria a todo el sistema normativo. Tal *supernorma* representaría específicamente, una disposición suprema conteniendo una fórmula política, la cual se refería a la *forma esencial* para el Estado en cuestión y se vinculaba a un determinado contenido político-material³¹⁵. Para BON, el poder de revisión constitucional no podía desconsiderar tal *supernorma*, constituyendo tal un límite a la jurisdicción de los procedimientos de revisión. La superación o contradicción de tal *supernorma* solamente se podía dar en el caso de instauración de una nueva instancia jurídico-política, pero en éso caso el poder debía actuar teniendo presente la nueva *supernorma* mientras tanto establecida. En esta orden de consideraciones teníamos que el poder de revisión constitucional se presentaba siempre vinculado al cumplimiento de un imperativo hipotético que podía formularse del siguiente modo: “no cambiarás la forma esencial de Estado que fué establecida con la *supernorma*, salvo se se instaurar un nuevo ordinamiento”³¹⁶.

d) Para nosotros y prescindiendo de una análisis crítica de las orientaciones antes expuestas, (que además resultará implícita en la exposición de la posición defendida), entendemos ser de aceptar la existencia de límites transcendentales a la revisión constitucional, ya que consideramos que el concepto de *derecho* se refiere también a un deber ser que, además de se radicar en el mundo del ser fenoménico, se refiere aún a un *ser en si* ideal de las cosas.

³¹⁵ En el sentido de que en el pensamiento de BON se opera una mediación entre la Grundnorm Kelseniana y la decisión total schmittiana, ponendose la segunda como contenido de la primera Cfr. CICONETTI, Revisione Costituzionale, p. 232 (61). Véase también ahí la consideración sobre la proximidad del pensamiento del Autor con el de ROSS que en su Theorie der Rechtsquellen (Leipzig, Wien, 1929, p. 365) subrayaba que la Grundnorm vale porque es observada y representa la expresión de un querer político.

³¹⁶ Cfr. BON, Di un límite, p. 82.

Desde éste punto de vista, tenemos que el poder de revisión constitucional, como además todo el poder constituyente, se encuentra sujeto a límites materiales que trascienden el dominio del derecho positivo, así como la propia realidad constitucional *de hecho*, traduciendo orientaciones que se imponen mismo que el derecho positivo o la realidad constitucional *de hecho* las rechaze o no contemple. Tales límites traducen lo que el poder de revisión constitucional es en sí mismo, liberto de todo cuanto en concreto lo vincula al mundo temporal, dándonos cuenta de lo que el tiene de valioso en la intimidad de su esencia necesaria. Tales límites sirven a la definición del sentido *optimo a priori* de todo poder de revisión constitucional, esclareciéndonos sobre la razón de ser última y consecuentemente también sobre el fin último de éste poder. Tales límites determinan a final hasta que punto la existencia o la realización en el plano temporal del poder de revisión constitucional es, objetivamente, un bien.

Éses límites trascendentes de que hablamos dan expresión a lo que puede ser representado como la legalidad inherente a la esencia necesaria de la revisión constitucional y del poder respectivo, diciéndonos como *deben ser* (o más que éso, como *tienen de ser*) concebidos en la realidad constitucional concreta, y en que sentido fundamentalmente deben orientarse los actos de revisión constitucional.

Todo fenómeno es, por naturaleza, fenómeno de alguna cosa que está por detrás, en que se apoya y es ya supuesto. La revisión constitucional y el poder respectivo, en cuanto fenómenos de cierta voluntad humana, no escapan también a esta regla.

Si la revisión constitucional y el poder que la actúa en concreto no se conformaren o no fueren conformados en vista de lo que son sus supuestos fundamentales, o -que es lo mismo- contrariaren *la legalidad interna* de lo que representan, entonces decaracterizanse, anulándose como revisión constitucional y como

poder de revisión constitucional ³¹⁷.

Los supuestos fundamentales en que se deben o tienen de apoyar los fenómenos de revisión constitucional y que representan sus límites materiales transcendentales traducense en una *idea-objetiva*. No se trata en todo caso de una idea que, con objetividad absoluta, exista por y para sí misma, como hipostase cosificada o entidad ontológica. No es algo de incondicionado y libre de todo fundamento. No es algo de incondicionado desde luego por se destinar a ser recibida (intuitivamente por las conciencias individuales) y a ser por éstas convertida en valor, necesitando de concretización humana. Ésa idea no es así algo de indiferente a la vida o que, se substitua a ella, superando la libertad de los sujetos que la actúan ³¹⁸. La idea vive además en *situación*, en conciencias individuales situadas en el tiempo y en el espacio, teniendo *historicidad*. Ella pide operabilidad, destinándose a servir de criterio para la resolución de problemas y conflictos concretos y necesitando de *mediadores activos*

³¹⁷ Salvaguardadas las distancias que nos separan del pensamiento hegeliano podremos decir, con HEGEL, que las cosas son lo que son por la actividad del concepto que le es inherente y que en ellas se manifiestan y que cuando los hechos no concordan con el concepto tanto peor para los hechos.

Si insistimos en considerar los fenómenos con indiferencia (o mismo rechazo) de todo lo que está alén de la simple apariencia corre el riesgo serio de nos perdermos en la aprehensión de una realidad que verdaderamente, en la esencia de las cosas, está ausente. Éste es el riesgo que corren los defensores de tesis positivistas y racionalistas críticas que, con matices y formulaciones siempre renovadas, vuelven hoy a merecer los favores de largos sectores doctrinales. Significativamente en ése sentido parece apuntar el pensamiento por ejemplo de HABERLE que defiende una *teoría de la Constitución sin derecho natural* (Cfr. *Verfassung al öffentlichen Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlín, 1978, p. 93 ss). Contra tal orientación estamos fundamentalmente de acuerdo con PABLO LUCAS VERDÚ (*Estimativa y Política Constitucionales*, p. 52 ss) que habla en la posibilidad de en caso de indiferencia delante del Derecho Natural se formular una *Teoría de la Constitución sin Constitución*.

³¹⁸ En este sentido no podemos ser acusados de defensa de una posición que favorece una tiranía de los valores. Sobre la idea de tiranía de valores Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, 1982, p. 200 ss.

que especifiquen plenamente su sentido y que la concretizen en programas de acción. Ésa *idea* fuera de situación y sin operacionalidad es algo de indeterminado y insusceptible de cumplir lo que es una exigencia de su propia esencia.

Para una mejor comprensión de este aspecto importa subrayar que tal *idea* se caracteriza por definir un *minimo ético* susceptible de multiplas concretizaciones y de variaciones de entendimiento, de tantas cuantas las situaciones sobre las cuales puede afirmar su operacionalidad.

No se entienda en todo caso, que la *idea* delante del universo vastísimo de posibilidades de concretización que encierra, pierde necesariamente su objetividad, a punto de se poder criticarla, a la manera de Pascal, por permitir que se la considere en cierto sentido como *verdad de acá de los Pirineos y falsedad alen de los Pirineos*. Tal idea no se define por existir como fenómeno psíquico en una o otra consciencia individual o por reflejar los deseos, las aspiraciones, las inclinaciones psíquicas o mismo las preferencias ideológicas de este o de aquél sujeto individual o grupo de intereses ³¹⁹.

La idea, reclama exige al Hombre históricamente situado, a todos los hombres que viven en una misma *época*, que uniformemente la acepten o reconozcan con determinado sentido. Ella traduce un pensamiento que se encuentra en estado latente en el espíritu de todos los hombres que atraviesan el mismo estadio de evolución y que, por fuerza de circunstancias externas o de cualquier otro estímulo, puede

³¹⁹ En este sentido la *idea* que subjaz y domina la realidad de la revisión constitucional no se confunde con la *idea de derecho* a que Burdeau hace apelación. Para este Autor, distintamente de lo que defendemos, la idea de derecho representa un hecho social tan proximo de la ideología que difícilmente se distingue de esta. Cfr. *La règle du droit et le Pouvoir*, Archives de philosophie du droit, 1937, nº 2.; *Traité I*, Paris, 1966, nº 73 ss; *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 18ª ed., Paris, 1977, p. 26 y 40 ss.

Por nuestra parte entendemos deber libertar la idea de todo subjectivismo y despir la palabra -como ha escrito CASTANHEIRA NEVES (A Revolução e o Direito, in ROA, III-1975, p. 393) -de su carga ideológica que no es sino una ganga de perjuicios y que parece hacer hoy de ella una palabra maldita.

ser apropiado por las consciencias individuales, siendo entonces su contenido concebido y vivido, como valor que debe ser realizado en el plano temporal.

Pero, si la idea que da contenido a los límites trascendentes a la revisión constitucional vive, con determinado sentido, en el espíritu humano de cierta época, ni por eso debemos creer que ella tiene ahí su origen y que, así, deriva de un arbitrio humano supra-individual o colectivo. Del punto de vista de su origen, ésa idea, en todo su contenido significativo y objetivamente valioso, representará -en las palabras de *von Hildebrand*- "la revelación de un otro mundo más alto, colocado sobre nosotros como una bóveda del Espíritu de onde irradia la absoluta magestad de Dios"³²⁰.

Ésa idea, aunque pueda tener una formulación universal y intemporalmente válida, tiene todavía un contenido significativo variable de época para época, sujeto a variaciones impuestas por la evolución y así a perfeccionamientos progresivos. En síntesis, representa un imperativo fundamentalmente adecuado al estadio de evolución humana propio de cierto momento y de determinada sociedad, que es comunicado al universo respectivo de las consciencias individuales y que, por definición, se destina a ser realizado inmediatamente en el mundo temporal.

Concretizando, considerando esa idea en su formulación universal y intemporalmente válida, tenemos que la revisión constitucional se somete al imperativo de *organizar y ordenar el mundo-de-vida jurídico-político propio de determinada Sociedad en favor de la condición humana*. En una formulación negativa, resulta de tal idea una *prohibición absoluta para la revisión constitucional de afectar el "minimum vital" (Dabin) necesario a la plena afirmación de la condición humana en el ámbito del mundo-de-vida jurídico-político propio de determinada Sociedad*.

Ésta formulación, en su abstracción, deja indefinido lo que

³²⁰ D. VON HILDEBRAND, *Zeitliches in lichte des Ewigen*, p. 334

se pueda considerar favorecimiento de la condición humana o lo que representa el *minimum vital* necesario a su plena afirmación.

En éste punto entroncamos con el problema de la identificación del contenido significativo de la idea que transcendentemente limita o condiciona la revisión constitucional. Aquí, sin embargo, ya no serán posibles respuestas abstractas, pidiéndose antes atención para lo que en cada Sociedad y en cada momento histórico son exigencias concretas fundamentales de la condición humana.

Con referencia al mundo de cultura euro-atlántico y de acuerdo con la evolución de los últimos doscientos años, esa idea tiene sido vinculada a la promoción o defensa, en un cuadro de justicia humana, de los valores de la libertad, de la igualdad y de la solidaridad, habiendo éstos, por sí y en sus mutuas articulaciones, sido sujetos, del punto de vista de su significación, a un movimiento de perfeccionamiento progresivo. De una perspectiva inicial esencialmente individualista de concepción de tales valores, se ha pasado para una otra de pendor más igualitarista y por fin, hoy, para otra de pendor más solidarista.

En una formulación sintética o englobante, el límite trascendente del poder de revisión constitucional en el mundo de cultura euro-atlántico hodierno puede ser vinculado especialmente a una *idea de desarrollo integral del Hombre* que, en su pluridimensionalidad (en sus dimensiones económica, política, social y cultural), responde a la necesidad esencial del hombre de hoy de *realizar, conocer y poseer más* y traduce el anhelo de se vivir en un mundo *donde todos tengan cualquiera cosa a dar y a recibir* (Paulo VI) y donde prevalezca un espíritu comunitario ³²¹.

Las posibilidades de especificación de tal idea, sin que con

³²¹ A propósito de tal idea, más detalladamente: Cfr. nuestro estudio: "A Enciclica Populorum Progressio e o Direito ao Desenvolvimento Integral do Homem", in E & D, nº 1, 1987/88, p. 55 a 68.

éso resulte preterida, son inumeras, conformando ése universo de posibilidades el espacio de autonomía reguladora de que, desde luego, el poder constituyente (en todas sus formas) beneficia.

CAPITULO IX

VALOR Y GARANTIA DE LOS LIMITES DE LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL

Sumário:

1. El problema del valor jurídico de los límites
2. La garantía del cumplimiento de los límites: los controles sobre la revisión constitucional

1. El problema del valor jurídico de los límites

a) El problema del valor jurídico de los límites de la revisión constitucional analizase en una serie de cuestiones que en lo fundamental pueden ser enunciadas del siguiente modo:

Preguntase, por un lado, si pertenece al titular del poder constituyente originario regular la actividad de modificación de la Constitución, condicionando la formación o la manifestación de futuras voluntades constituyentes. Ampliándose la cuestión, preguntase se la revisión constitucional y el poder que la actúa son, por naturaleza, jurídicamente ilimitables, no teniendo jamás sobre sí otras normas, ni mismo la propia Constitución ³²².

Por otro lado, aceptándose en términos generales la posibilidad de limitación del poder de revisión constitucional, cabe esclarecer se éste puede ser sometido a todas clases de límites, o antes solamente a algunas.

Por fin, cuestionase sobre se el valor de los límites susceptibles de ser impuestos al poder de revisión constitucional es absoluto o relativo.

En la respuesta a esta orden de cuestiones -como advierte Mortati- importa no caer en el error de determinar la eficacia vinculante de los límites de modo abstracto, o sea en vía de pura deducción lógica, sin referencia a un concreto sistema positivo, o aún considerando aisladamente las disposiciones escritas relativas singularmente a tales límites, y así abstraído del conjunto del cual hacen parte ³²³.

³²² Siguiendo LOEWENSTEIN (Teoría, p. 188 y antes en *Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, 1961, p. 42) y empleándose la fórmula plástica de ANSCHÜTZ, se trata por fin de dilucidar si la Constitución está por encima del legislador constitucional, o a su disposición.

³²³ Cfr. MORTATI, *Concetto*, p. 17. Este Autor subraya que en tal error habrá caído BISCARETTI DI RUFFIA al contrariar la admisibilidad de límites implícitos con base en la consideración de la disonancia de resultados alcanzados por la doctrina que los admite. En el mismo sentido del texto cfr. CONTINI, *La Revisione Costituzionale*, p. 297.

Sin embargo de aceptarmos tal advertencia, será en todo caso posible establecer un cuadro de referencia teórico o general que puede ayudar a la dilucidación de éses problemas cuando referidos a ordenamientos jurídicos particulares.

b) Cuanto a la primera cuestión planteada, sobre la radical ilimitación del poder de revisión constitucional, debemos tener presente que su respuesta es tributaria de la que se encuentra para el problema de la naturaleza del poder de revisión constitucional ³²⁴.

Para quién considere que el poder de revisión constitucional es en absoluto identico, en naturaleza y plano de afirmación, al poder constituyente originario, y para quién considere que todo poder constituyente (originario o derivado) es inicial, autónomo y omnipotente, entonces la respuesta a tal cuestión será decisivamente en el sentido de que el poder de revisión constitucional será jurídicamente ilimitable. Y los límites que se impongan constitucionalmente a la revisión constitucional no presentarán entonces cualquier valor jurídico.

Tal orientación ha correspondido desde luego al pensamiento de la primera fase del constitucionalismo.

En tal perspectiva, SIEYÈS ha defendido, que la Nación jamás pierde el poder de establecer una nueva Constitución o de reformar, con intera libertad, la ya existente. Sería ridiculo -escribió SIEYÈS- suponer la Nación vinculada, ella propia, por las formalidades o por la Constitución con la cual ha subordinado sus mandatarios. Si fuéese necesario aguardar que ella, para ser una Nación, tuviéese una manera de ser positiva, ella no tenia jamás sido organizada. La Nación formase simplemente por el derecho natural (...). La Nación es todo lo que ella puede ser solamente por el hecho de que es. No solamente la Nación no está sometida a una Constitución, pero además ella no lo puede ser y no lo debe ser, lo

³²⁴ A propósito véase *supra*.

que equivale aún a decir que ella no lo es ³²⁵.

En este sentido también en la Constitución francesa de 1791 se ha subrayado que “la Nación tiene el derecho imprescriptible de modificar su Constitución” ³²⁶.

Ya en nuestro siglo, a su vez BURCKHARDT ha defendido ésta orientación, negando desde supuestos positivistas la jurisdicción de las normas sobre la revisión constitucional y considerando que todo acto de revisión se presentaría como un acto revolucionario. Es que la Constitución y sus normas (originarias o derivadas de revisión constitucional) representarían la más alta manifestación de voluntad en el Estado, valiendo solamente por el hecho que las ha puesto ³²⁷.

³²⁵ Cfr. SIEYÈS, Qu'est-ce que le Tiers Etat, p. 68. Cabe en todo caso subrayar que SIEYÈS en una segunda fase de su pensamiento ha admitido que la inmutabilidad al menos relativa de las Constituciones, por crear obstáculos a la amenaza perpetua de alteración de la orden, trahía más ventajas a los individuos que inconvenientes. En este sentido ha declarado en su Discurso del 18 de Thermidor que “no hay ley que necesite más de una especie de inmutabilidad que la Constitución”. El poder constituyente, siendo entonces de cierto modo absorbido por la Constitución, se convertiría en una facultad de perfeccionamiento y actualización regular de las instituciones.

A propósito del pensamiento sieyesiano en sus fases inicial y tardía Cfr. nuestro estudio: O poder constituyente na gênese do constitucionalismo moderno, p. 77 ss.

³²⁶ Cfr. art. 1º del Título VII de la Constitución de 1791, en el cual sin embargo se subrayaba que se consideraba, que sería más conforme al interés nacional usar solamente en los términos de la Constitución el derecho de reformar los artículos que la experiencia revelase ser inconvenientes. La fórmula empleada traducía el reconocimiento del valor simplemente político y no también jurídico de los límites a la revisión constitucional.

Véase además el artículo 28 de la declaración de derechos inserta en la Constitución francesa de 1793, que determinaba que: “un pueblo tiene siempre el derecho de rever, de reformar y de modificar su Constitución. Ninguna generación puede sujetar las generaciones futuras a sus leyes”.

Sobre la revisión constitucional y el problema de la nuevas generaciones, desde luego con referencia al pensamiento de Thomas Jefferson Cfr. BÜHLER, Verfassungsrevision und Generation en problem. Studie zur Verfassungsrevision theorie Thomas Jeffersons, Friburgo, 1949; M.F. RIGAUX, La Théorie, p. 248-249.

³²⁷ W. BURCKHARDT, Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel 1927, p. 206ss. Para una análisis crítica detallada de ésta posición de BURCKHARDT Cfr.

Además fué también invocado en el sentido apuntado el argumento de que no sería de aceptar la construcción dogmática de la competencia de un órgano constituyente capaz de limitar la competencia igual a la propia, bajo el aspecto formal o material, de un sucesivo órgano de revisión constitucional ³²⁸.

Otros autores aún subrayan la falta de valor jurídico de las normas sobre la revisión constitucional, considerando para tanto su completa *irracionalidad* delante de las exigencias del principio de la evolución ³²⁹.

c) Desde otros puntos de vista menos radicales, el valor jurídico de los límites de la revisión constitucional es afirmado o rechazado consonante la especie de límites en consideración, variando además las conclusiones cuanto a la afirmación del valor jurídico absoluto o simplemente relativo de ésas distintas especies de límites.

En tal diversidad de posiciones, por un lado, es de considerar la posición que concluye por la defensa del valor jurídico de los límites expresos (o, en último término, también de los límites textuales implícitos) a la revisión constitucional, rechazando, por no jurídicas, todas otras categorías de límites ³³⁰.

Por otro lado, llegase también a negar, en teoría, el valor jurídico de todos los límites de la revisión constitucional que tengan el

CARRÉ DE MALBERG, Contribution, II, p. 523 ss y ROSS, Theorie des Rechtsquellen, 364 (13).

³²⁸ A propósito Cfr. por ejemplo: CROSA, Diritto Costituzionale, Turin, 1951, p. 486.

³²⁹ Afirmando el desvalor, la ineficacia o la irracionalidad de los límites (aunque ni siempre irredutiblemente): Cfr. HERRNRIT, Die Staatsform al Gegenstand der Verfassungsgesetzgebung und Verfassungsänderungs, Wiener, 1901, p. 40; LAFERRIÈRE, Manuel, p. 289; CONTINI, La Revisione Costituzionale, p. 303; LOEWENSTEIN, Teoria, p. 189-192; JONA, La riforma delle leggi costituzionali, p. 75 ss; UGO, Leggi incostituzionali, p. 9; MORELLI, La funzione legislativa, p. 292; DUGUIT, Traité, IV, p. 539 ss; BARTHÉLEMY y DUEZ, Traité, p. 231 y 866; EISENMANN, Justice Constitutionnelle, p. 10; RAUCHAUPT, Verfassungsänderungen, p. 37; W. JELLINEK, Grenzen, p. 23.

³³⁰ A propósito cfr. M. F. RIGAUX, La Théorie, p. 115.

significado de introducir, expresa o implícitamente, una prohibición de modificación constitucional o que dificulten ésta a punto de se poner en causa la posibilidad de su concretización o de se dificultar ésta de modo intolerable. Se trataría de cláusulas abusivas que, por teneren tal naturaleza, serían inválidas, nulas y de ningún efecto ³³¹.

Además, es de tener presente la posición que defiende que solamente los límites con incidencia orgánica y procesal serían jurídicamente relevantes, no se considerando en contrapartida el valor jurídico de los límites materiales. Los primeros darían expresión a una necesidad de organización de competencias; los segundos representarían una desvirtuación de la soberanía constituyente propia del poder de revisión constitucional ³³².

Otros autores aún, subrayan que solamente los límites autónomos presentan valor jurídico en el ordenamiento a que se destinan. Los límites heterónomos no presentarían fuerza jurídicamente vinculadora del poder de revisión constitucional, por cuanto perjudicarían la afirmación de la soberanía en la orden interna que es inherente a los Estados sobre los cuales aquél poder se destina a actuar o por cuanto se refieren a una orden jurídica que tiene una existencia paralela a aquella en que se destina a operar la revisión constitucional, no habiendo una intercedencia de aquella en ésta ³³³.

³³¹ En este sentido cfr. ARNOULT, *De la Revisión*, p. 3, que subraya que "la revision ne doit pas être prohibée, parce que théoriquement, c'est le droit au progrès, ou au moins le droit de mettre les règles constitutionnelles en harmonie avec les conditions nouvelles que le temps a créés".

³³² Esta posición encuéntrase implícita en el pensamiento de los autores que se preocupan en rechazar simplemente el valor jurídico de los límites materiales, haciéndolo con argumentos que no son adecuados a la realidad de los demás tipos de límites (maxime: con el argumento de que el contenido constitucional debe estar siempre a la disposición del poder constituyente, incluso derivado).

³³³ Esta será la posición defendida, en materia de relaciones entre orden jurídica internacional y ordenes jurídicas internas, por lo secuzas de las concepciones *monista con primado del derecho interno* y *dualista*.

d) En otra orden de consideraciones, discútese el valor jurídico absoluto o relativo de los límites de la revisión constitucional.

En este punto cabe referir luego las orientaciones doctrinales que defienden el valor absoluto de la generalidad de los límites de la revisión constitucional o especialmente de algunas de sus categorías, considerando que las normas que los consagran no son modificables por el propio poder de revisión constitucional. Esta orientación, en términos generales basase, en la consideración de la superioridad de las normas sobre la revisión constitucional, que serían *normas superconstitucionales* que no pueden ser sobrepasadas por sus destinatarios, y en el entendimiento de que el poder de revisión se encuentra subordinado al poder constituyente originario ³³⁴.

³³⁴ Sobre la inmodificabilidad de las normas consagradoras de límites a la revisión constitucional y así sobre su valor jurídico absoluto es de considerar posiciones doctrinales que siempre se especializan en los argumentos que invocan.

Así, por un lado, es de referir que BURCHKARDT (Organisation du Rechtsgemeinschaft, Basel, 1927, p. 217 y Verfassung und Gesetzrecht, p. 44 ss), aunque consideráse que una Constitución no podrá regular jurídicamente la revisión constitucional, que sería siempre un acto revolucionario, hipotéticamente entendía que las normas sobre la revisión pertenecen a una instancia superior a la que opera en concreto la revisión. LIET-VEAUX (La fraude a la Constitución, p. 144) ponía en ése sentido también en relieve que el abandono de las reglas contrasta con el espíritu de la Constitución. NELSON SOUSA SAMPAIO (El Poder de Reforma, p. 92 ss) habla también en fraude a la Constitución, subrayando no ser de admitir nombradamente la alteración de las reglas que disciplinan formalmente el procedimiento de alteración de la Constitución. Rechaza también tal posibilidad MERKL (Die Lehre von der Rechtskraft, Leipzig, 1923, p. 240 ss), considerando que las normas de procedimiento de reforma representan *Derogationsnorm* del resto de los preceptos constitucionales y que en la jerarquía normativa no es hacedero encontrar una norma superior que, a su vez, sirviera de fundamento para derogar los preceptos en que se regula el procedimiento de reforma. La permanencia y irreformabilidad de éstos preceptos sería la clave de bóveda que garantiza la identidad, la coherencia y la integridad jurídica del sistema. En sentido próximo, apunta la posición de ALF ROSS (Sobre el Derecho y la Justicia, Buenos Aires, 1963 y "Sobre la autoreferencia y un difícil problema de derecho constitucional", in El concepto de validez y otros ensayos, Buenos Aires, 1969, p. 47 a 81) que ha esclarecido que en virtud de la regla de la lógica según la cual una proposición no puede referirse a sí misma, las normas de procedimiento de reforma, que no obtienen su validez de una norma superior, y, por consiguiente, no pueden ser modificadas por una autoridad más elevada, tampoco podían reformarse por la

Por otro lado, cabe mencionar la orientación doctrinal que defiende el valor jurídico relativo de la generalidad de los límites de la revisión constitucional, considerándose para tanto que las normas sobre revisión constitucional son de rango idéntico a las demás normas constitucionales, siendo así modificables por el poder de revisión constitucional en los términos generales ³³⁵.

autoridad que las mismas confieren al poder de reforma. La norma básica de un sistema de derecho -ésto es el procedimiento de reforma- sería inmodificable mediante un procedimiento jurídico. PEDRO DE VEGA (La Reforma Constitucional, p. 278 ss), en la secuencia de la análisis de la posición de MERKL y ROSS, concluye también que "la circunstancia de que, para la conciencia jurídica y política de nuestro tiempo, la Constitución se presenta como ley suprema es (...) lo que obliga a considerar como únicamente sostenibles -a pesar de las críticas que en otro contexto pudieran merecer- las tesis de quienes defienden que las normas de procedimiento no pueden ser objeto de reforma constitucional. CARL SCHMITT (Teoría, p. 119) a su vez subraya que al poder de revisión constitucional no pertenece ensanchar o substituir por otro su propio fundamento (así, reformar el artículo 76 de la Constitución de Weimar, siguiendo el procedimiento de propio art. 76 para que las revisiones pudiésem tener lugar, por acuerdo de simple mayoría del Reichstag). EHMKE (Grenzen, p. 123) sostiene que la mayoría de dos tercios prevista en la Ley Fundamental de Bonn para la revisión no puede ser objeto de revisión.

Sobre la inmodificabilidad de los límites materiales es de considerar por ejemplo la posición defendida por NAWIASKI (Allgemeine Staatslehre, Colonia, 1956, p. 98 ss) que subraya que las normas que establecen la inmodificabilidad de otra norma de la Constitución constituyen parte integrante de la *Staatsfundamentalnorm* y como tal, siendo de grado superior a la propia Constitución, no pueden ser jurídicamente modificadas. Cfr., además, entre otros J.J. GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional, p. 1137ss. Particularmente sobre la inmodificabilidad de los límites temporales Cfr. HILDESHEIMER, Über die Revision, p. 26; G. JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, p. 464.

³³⁵ Esta orientación vincúlase desde luego a la defensa de la tesis del *doble procedimiento de revisión constitucional* que tiene sido seguida particularmente a propósito de los límites materiales de la revisión constitucional pero que puede ser extendida a todas las clases de límites. De acuerdo con esta posición en un primero momento se modificaría la norma sobre la revisión constitucional que establece un condicionamiento que se quiere sobrepasar y solamente en un segundo proceso se altera la Constitución ya de forma liberta de tal condicionamiento. Cfr. a propósito: BISCARETTI DI RUFFIA, Diritto Costituzionale, p. 247-248; ID., Sui limiti, p. 159ss.; CROSA, Diritto Costituzionale, Turin, 1950, p. 484ss; ESMEIN-NEZARD, Éléments, II, p. 553ss; JORGE MIRANDA, Manual, II, p. 190ss; MONACO-CANSACHI, La Costituzione italiana, Turin, 1963, p. 81-82;

Por fin cabe aún hacer referencia a la posición de los autores que defienden el valor jurídico absoluto de los límites materiales y el valor relativo de los demás límites ³³⁶ y aún a la orientación que acepta específicamente el valor absoluto de los límites trascendentes de derecho natural ³³⁷.

e) En nuestro entender, es de afirmar en principio el valor jurídico de la generalidad de los límites de la revisión constitucional, sean éstos expresos o no expresos, autónomos o heterónomos, circunstanciales, temporales, formales, procesales o materiales.

Esta conclusión asienta luego en la consideración de que el poder de revisión constitucional es, no obstante su naturaleza constituyente, un poder constituido que, teniendo la textura de una competencia, se presenta naturalmente limitado ³³⁸.

Además tal conclusión basase en el entendimiento de que

MORANGE, *Valeur Juridique des principes contenus dans les Declarations de Droits*, RDP, 1945, p. 236ss; PERGOLESI, *Diritto Costituzionale*, Bologna, 1948, p. 87 ss; ID. *Rigidità y elasticità*; RANELETTI, *Istituzioni de Diritto Pubblico*, III, Milano, 1954, p. 467;. La relatividad de los límites puede en todo caso vincularse a la consideración de otras formas de superación de límites pudiendo, desde luego, hacerse referencia al caso italiano, relativamente al cual algunos autores refieren la posibilidad de recurso, para tanto, al referendum. Así, por ejemplo, Cfr.: MORTATI, *Concetto*, p. 392; VIRGA, *La revisione*, p. 121-126; BON, *Referendum abrogativo*, p. 81. Sobre la modificabilidad de las normas sobre proceso de revisión desde que no ofendan los principios institucionales entre los cuales el de la rigidez constitucional Cfr. VIRGA, *La revisione*, p. 121-126; AUBERT, *Traité*, 44ss y 52; MORTATI, *Concetto*, p. 18; JORGE MIRANDA, *ob.loc.cit.*, En sentido distinto, favorable a la transformación de una Constitución rígida en flexible, por no implicar una modificación de los principios fundamentales, cfr. CONTINI, *La Revisione Costituzionale in Italia*, Milano, 1977. Véase también: LAVAGNA, *Le Costituzioni Rigida*, p. 95;. Sobre los límites temporales y su modificabilidad Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, *Sui limiti*, p. 99.

³³⁶ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional*, p. 82.

³³⁷ Esa es una posición que es un corolario de la defensa de la existencia de un derecho natural, anterior y superior a la voluntad humana. Cfr. DARBELLAY, *De l'initiative populaire*, p. 732 ss.

³³⁸ A propósito véase *supra*.

ninguna de aquellas especies de límites contraria la naturaleza del poder de revisión constitucional, no siendo incompatibles con lo que éste poder representa en lo esencial. Tal como cualquier otro poder constituido, el poder de revisión constitucional está subordinado al derecho, siendo que las normas que lo vinculan pueden ser de fuente autónoma o heterónoma y tener el significado de, expresamente o no, condicionaren su ejercicio en razón de las circunstancias o del tiempo, en aspectos formales y procesales o de contenido. Algunas clases de límites de la revisión constitucional que estudiámos son simplemente compatibles con la realidad del poder de revisión constitucional. Otras, más que éso, son mismo de existencia obligatoria. Lo que es jurídicamente inadmisibile, por contrario a la naturaleza del poder de revisión constitucional, es la afirmación de que éste se puede, en algun caso, presentar como un poder arbitrario o absolutamente libre y incondicionado.

Contra tal entendimiento no cabe defender que los límites de la revisión constitucional no tienen valor jurídico por que son *ineficaces*, sucumbindo delante de la fuerza normativa de los hechos o de la circunstancia de, en caso de su incumplimiento, los actos de revisión constitucional poderen convalidarse jurídicamente a través de la invocación de una legitimidad extra-constitucional. Tal consideración sobre la ineficacia de los límites no es, en nuestro entender, jurídicamente rigurosa. Es que los actos de modificación constitucional operados con violación de las normas de limitación de la revisión y convalidados por via extra-constitucional, no son ya verdaderamente actos de revisión constitucional, presentandose antes como actos revolucionarios o como golpe constitucional. Cuanto a los verdaderos actos de revisión constitucional que se quieren subordinados a la Constitución y que intentan beneficiar de una legitimidad constitucional, los límites que se les imponen son plenamente eficaces y ésto desde luego en el sentido de que los actos que no los cumplan se sujetan a la aplicación de las sanciones jurídicas

respectivas, presentando un valor jurídico negativo ³³⁹

Contra el entendimiento que prohijamos de que los límites de la revisión constitucional en general siempre presentan valor jurídico, también no se invoque el argumento de la *irracionalidad* de su consagración, no cabendo subrayar que ellos luchan contra la propia naturaleza evolutiva de la realidad o representan la tentativa injustificable de hacer sobreponer una voluntad constituyente sobre otras voluntades que idénticamente se pueden afirmar en el futuro. Es que, la revisión constitucional es simplemente un medio de modificación constitucional entre otros. La consagración constitucional de tal figura no tiene el significado de anular la realidad de las modificaciones constitucionales operadas por otros medios. En último término su consagración constitucional obliga a que las modificaciones de la Constitución operadas por otras vías busquen su legitimación extra/constitucionalmente. La revisión constitucional además no es pensada en vista de se valorizar una voluntad constituyente subjetivamente considerada relativamente a otras posibles voluntades constituyentes que posiblemente se afirmen en el futuro. Es antes pensada en vista de su garantizar la Constitución objetivamente considerada, la evolución constitucional en la continuidad, la estabilidad constitucional, la seguridad y la certidumbre jurídica. Estes fundamentos de la revisión constitucional aseguranle desde luego racionalidad ³⁴⁰.

Más compleja es la cuestión de saber se las distintas especies o categorías de límites de la revisión constitucional presentan un carácter absoluto o relativo, preguntandose a final se las normas que los consagran son o no susceptibles de ser alteradas por el propio poder de revisión constitucional.

³³⁹ Sobre cual sea ése valor jurídico negativo, es algo a que debemos responder delante de lo que a propósito se consigna en los ordenamientos jurídicos particulares, no siendo la teoría general interamente adecuada para responder a ésa cuestión. Sobre éste punto, relativamente al ordenamiento portugués véase *infra*.

³⁴⁰ A propósito cfr. *supra*.

En éste punto, consideraremos primero el caso de los *limites autónomos* a la revisión constitucional que resultan de la Constitución formal.

A propósito del valor jurídico de tales limites, podemos en una primera consideración subrayar que las normas que los consagran formalmente son normas de la Constitución como cualesquier otras, lo que quiere decir que en principio ésas normas pueden ser modificadas como cualesquier otras normas constitucionales. El valor jurídico de los limites de la revisión constitucional será tendencialmente relativo y no absoluto.

Esta es todavía una conclusión general basada en un argumento puramente formal que no atiende a las especificidades de cada una de las especies o categorías, de limites que se pueden imponer a la revisión constitucional y a las particularidades de los ordenamientos constitucionales en causa.

Considerando particularmente, en tesis general, los *limites circunstanciales* de la revisión tenemos que las normas que los consagran pueden ser modificadas, siendo posible una redefinición de los términos en que tales limites funcionan y incluso la revocación pura y simples de las normas que los consagran. La posibilidad de modificación de los términos de consagración de los limites circunstanciales o de la simples revocación de la norma que los consagra no puede tener sin embargo el significado de una relativización completa del valor jurídico de todos éses limites. Es que, donde se piense la revisión constitucional como acto de una voluntad constituyente libre y esclarecida, habrá que considerar la existencia de un nucleo de situaciones particularmente graves de la vida constitucional de un Estado ³⁴¹ en la vigencia de las cuales no será de admitir la concretización de una revisión constitucional. Así la alteración o la revocación de la norma formalmente constitucional consagrada de limites circunstanciales no tiene la virtualidad de

³⁴¹ Sobre tales situaciones, a propósito de los limites circunstanciales cfr. *supra*.

libertar el poder de revisión constitucional de la prohibición de ser ejercido en tales situaciones límites. En tales casos los límites circunstanciales expresos pueden desaparecer, pero se mantienen los límites circunstanciales implícitos que son una derivación necesaria del concepto de revisión constitucional que vincula esta a un acto de voluntad libre y esclarecida. Los límites circunstanciales constitucionalmente expresos, tienen entonces un valor jurídico relativo solamente en el sentido de que las normas que formalmente los consagran pueden ser modificadas o revocadas, pero no ya en el sentido de que el poder de revisión constitucional se puede libertar de todos ellos. Los límites circunstanciales *necesarios*, aunque implícitos, tendrán así un valor jurídico absoluto.

Cuanto a los límites temporales, podemos a su vez ponderar por su valor jurídico simplemente relativo, entendiéndose que las normas que los consagran pueden ser libremente modificadas, con la condición de que lo sean en procesos de revisión constitucional concretados en el momento propio al efecto fijado en la Constitución. Para tanto es suficiente considerar que se trata de límites de afirmación facultativa. Su consagración depende interamente del titular del poder constituyente y no es pensable que su manutención sea una exigencia derivada del concepto de revisión constitucional adoptado o de cualquier otra solución constitucionalmente consagrada.

En lo que respecta a los límites formales y procesales, podríamos idénticamente ser llevados a concluir en el sentido de que su valor jurídico es relativo, admitiéndose la posibilidad de modificación o mismo de revocación de las normas que los consagran por parte del poder de revisión constitucional.

Cabe en todo caso tener presente una especificidad de éstos límites subrayando que son de existencia necesaria o obligatoria. La figura de la revisión constitucional asociase a una idea de formalidad y de organización de la modificación de la Constitución, pidiendo previsiones normativas sobre la forma y el procedimiento por los

cuales aquella se puede concretar en acto. En éstos terminos, expresa o implícitamente, la revisión se sujetará siempre a límites formales y procesales.

Lo que queda por saber es se alguno o algunos de éstos límites son, en su específico contenido, de imposición necesaria, continuando a afirmarse implícitamente mismo cuando revocadas las normas que expresamente los consagran. En éste punto, la respuesta debe depender de la consideración de cada Constitución en concreto, pudiendo apenas subrayarse en tesis general que la revisión constitucional siempre debe implicar una modificación textual de la Constitución a operarse según un proceso y forma que no sea menos solemne que lo empleado en la producción de legislación ordinaria. Además, y donde la *rigidez constitucional* sea un elemento que confiere identidad a la Constitución, deberá considerarse que la modificación que se opere en las normas constitucionales sobre forma y proceso de revisión constitucional no podrá alejar tal rigidez característica de la Constitución. A su vez, en Constitución identificada por su *flexibilidad* será de admitir que las modificaciones constitucionales en materia de revisión de la Constitución no deberán sobrepasar tal solución de *flexibilidad*.

La obligación de modificación textual de la Constitución mediante proceso no menos solemne que el proceso legislativo ordinario, así como la rigidez o la flexibilidad constitucionales donde éstas sean identificadoras de la Constitución representan límites a la revisión constitucional con valor jurídico absoluto. Tal valor jurídico absoluto no resulta todavía de la imposibilidad de se modificaren las normas constitucionales formales que expresamente los consagran. Ése su valor absoluto resulta antes de se manteneren en vigor mismo después de tales límites dejaren de estar expresos en la Constitución.

Fuera éso, los demás límites formales y procesales tendrán en principio un valor jurídico relativo.

Contra este último entendimiento no se invoquen los

argumentos de que todas las normas que consagran tales límites son todas ellas normas *superconstitucionales*, o *derogationsnorm* (Merkel) de los demás preceptos constitucionales, o normas superiores intangibles por sus destinatarios. Tales normas indiscriminadamente no pertenecen a una instancia superior, ni son jerárquicamente superiores a las demás normas constitucionales, ni definen el espíritu de la Constitución. Tampoco representan el fundamento esencial del poder de revisión constitucional, sin lo cual éste deja de ser lo que constitucionalmente se quiere que sea, ni mismo, en otros términos, el *presupuesto* en que se basan las normas constitucionales.

Son normas constitucionales que formalmente son como cualesquiera otras normas de la Constitución y solamente lo dejarán de ser mediante prueba en contrario, esto es: (i) cuando formal y expresamente beneficien de una dignidad constitucional agravada, mediante la inclusión en la Constitución de una norma que les atribuya valor absoluto, excluyendo directamente la posibilidad de su modificación o (ii) cuando sean simplemente declarativas de soluciones constitucionales que representan una consecuencia necesaria del concepto de revisión constitucional prohijado en la Constitución. Mismo así las normas que atribuyan valor absoluto a los límites formales y procesales constitucionalmente consagrados o que declaren soluciones derivadas necesariamente del concepto de revisión constitucional adoptado, son en cuanto normas constitucionales formales, modificables o mismo revocables. Ésto no significa en todo caso que implícitamente los límites referidos no permanezcan vigentes después de la revocación de las normas formalmente constitucionales que los consagran.

Referíndonos por último, en el dominio de los límites autónomos expresos de la revisión constitucional, al valor jurídico de los *límites materiales*, cabe aquí establecer una distinción entre aquellos de éstos límites que se vinculan a aspectos que otorgan identidad a la Constitución y los que versan sobre puntos no

esenciales para la identificación constitucional y que resultan de un *capricho* del constituyente ³⁴².

Cuanto a los límites materiales garantizadores de la identidad de la Constitución, debemos concluir por su valor jurídico absoluto y esto más una vez en el sentido de que mismo que éstos dejen de estar expresados en una norma formalmente constitucional permanecerán vigentes en cuanto límites implícitos.

La superación de éstos límites no podrá resultar de un doble procedimiento de revisión constitucional. Alejado el límite expreso, permanece el límite implícito que debe necesariamente ser respetado por el poder de revisión constitucional en el siguiente proceso que se venga a abrir. El sobrepasar de la solución constitucional a que se refería el límite material expreso alejado, solamente se podrá concretar con la intervención de un poder constituyente legitimado extra-constitucionalmente y con capacidad para refundar la Constitución. El poder de revisión constitucional solamente se libertará de aquél límite después de una intervención de refundación constitucional operada por ése otro poder constituyente y mediante la cual se aleja la solución constitucional protegida.

Los demás límites materiales que no se refiran a aspectos identificadores de la Constitución, presentarán al contrario un valor jurídico relativo. En un primero proceso de revisión constitucional es revocado el límite y en un segundo proceso el poder de revisión constitucional puede modificar la solución constitucional protegida por ése límite. En éstos casos, así, la relativización de los límites traduce en la posibilidad de se les aplicar la técnica del llamado *doble procedimiento de revisión constitucional*.

En una otra orden de consideraciones, planteando el problema del valor jurídico de los límites inmanentes a la revisión

³⁴² Subrayando la necesidad de esta distinción Cfr. PABLO LUCAS VERDÚ, Curso, II, p. 650. Véase también, a propósito de una distinción entre límites de primero y de segundo grado: JORGE MIRANDA, Mñual, II, p. 202.

constitucional, debemos subrayar que éstos límites presentan en sí mismos un valor absoluto en el sentido de que el propio poder de revisión no puede actuar sobre ellos para modificarlos o, en último término, para revocarlos. Tales límites traducen una legalidad inherente a la propia realidad constitucional, siendo de considerar que la realidad constitucional en su complejidad no puede ser cambiada por la acción aislada de uno de sus factores. El poder de revisión constitucional está en estos términos sujeto a dos maestros -a la Constitución y a la realidad constitucional-, debiendo simultáneamente conformarse con las determinaciones derivadas de una y otra. El problema que ésta circunstancia plantea es lo de saber como se afirma el valor absoluto de los límites inmanentes cuando éstos son de sentido contrario a límites expresos o implícitos en la Constitución también éstos con valor absoluto. Tratase de un problema de *colisión* o *conflicto* de límites que -como ya antes observámos- no puede ser resuelto ni en favor de los límites inmanentes ni en favor de los límites derivados de la Constitución. La salvaguardia del valor absoluto de éses dos tipos de límites obliga a que se considere como única salida para tal conflicto la emergencia de un nuevo poder constituyente legitimado extra-constitucionalmente.

En lo que respecta, a su vez, a la cuestión del valor jurídico de los *límites transcendentales* a la revisión constitucional, la conclusión que se impone es también la de la absolutidad de su valor, debiendo tenerse en cuenta al efecto, fundamentalmente, que se trata de límites que se refieren a un derecho suprapositivo que es anterior y superior relativamente a cualesquiera otras normas jurídicas de otra fuente, prevaleciendo sobre todas ellas y imponiéndose su respeto, inderroablemente, a todo poder constituyente, incluso al poder constituyente originario.

Por fin y en el campo radicalmente distinto de los *límites heterónomos*, considerándose éstos como límites de derecho positivo, cabe subrayar que su valor jurídico en la orden interna es en principio

relativo, y ésto en el sentido de que tienen un origen exterior al ordenamiento de destino y presuponen, en homenaje al principio de la soberanía estatal, su aceptación y recepción en tal ordenamiento. La vigencia de éstos límites depende de acto de soberanía del Estado respectivo, dependiendo de éso también su subsistencia. Tales límites subsisten en cuanto se mantuvier su aceptación en el ámbito de ordenamiento de destino, pudiendo ser revocados por deliberación de los órganos competentes del Estado en causa. Es en todo caso de subrayar que la libre disponibilidad de los límites heterónomos no representa un principio que en sus concretizaciones será exento de consecuencias jurídicas. La revocación de éstos límites y la desconsideración en concreto de las soluciones protegidas por ellos podrá generar consecuencias al nivel de la responsabilidad internacional del Estado. Sin embargo, esta última consideración no colide, al menos directamente, con la afirmación de la relatividad de valor en la orden interna de los límites heterónomos.

2. La garantía del cumplimiento de los límites: los controles sobre la revisión constitucional

a) Es suficiente que se reconozca valor jurídico a los límites de la revisión constitucional -sea valor absoluto, sea valor relativo- para que se deba plantear el problema de los instrumentos de garantía previstos por el ordenamiento para salvaguardar la coherencia de la evolución del sistema constitucional ³⁴³. Los ordenamientos deben disponer de los medios necesarios para poder hacer valer la jurisdicción de sus determinaciones, incluso en el cuadro de la revisión constitucional ³⁴⁴.

³⁴³ Cfr. BARILE-SIERVO, *Revisione della Costituzione*, p. 792.

³⁴⁴ Como advierte PEDRO DE VEGA (*La Reforma Constitucional*, p. 296) la problemática de la reforma quedaría reducida a una mera disquisición doctrinal, más propia de la metafísica política que de la teoría del Estado constitucional, si no existieran unos controles a cuyo través se asegurara efectivamente su actuación, se

Además, el poder de revisión constitucional (como la generalidad de los poderes públicos), al menos en Estado de Derecho y en régimen democrático, teniendo un carácter limitado, encuentrase sujeto a determinados controles presentandose regla general implicado en relaciones con otros poderes en virtud de las cuales puede resultar condicionado su ejercicio.

Tales controles pueden tener distintas expresiones, podendo ser clasificados (i) teniendo en cuenta el momento en que son actuados, en *controles preventivos y sucesivos*; (ii) considerando su previsión o imprevisión normativa y la circunstancia de seren o no actuados por organos de poder publico legalmente establecidos, en *controles organizados y inorganizados*; (iii) de acuerdo con la normativa que los prevé, en *controles constitucionales y extraconstitucionales*; (iv) consonante presupongan, la intervención directa del pueblo o simplemente una relación entre órganos del Estado, en *controles populares y estatales*; (v) consonante interfieren en la fijación del contenido de los actos de revisión constitucional o tienden a la simples apreciación de éstos actos, en *controles orientadores y fiscalizadores* (o sancionatórios); (vi) con referencia a los criterios de decisión que les presiden, en *controles políticos y jurídicos* ³⁴⁵.

Por su mayor sugestividad, y mayor capacidad de ligación con las demás clasificaciones, tomaremos adelante, especialmente como punto de referencia la distinción entre controles políticos y jurisdiccionales.

garantizara su procedimiento y se fijaran sus limites.

³⁴⁵ Además, considerando los casos de afirmación de limites heterónomos cuyo cumplimiento es impuesto por una orden jurídica distinta de aquella en que la revisión constitucional se destina a producir efectos, será aún posible aislar una categoría de controles externos a par de la de los controles internos. Tales controles externos sin embargo son más difícilmente actuados delante de los obstaculos impuestos por la noción de soberania. A propósito véase: BISCARETTI DI RUFFIA, *Sui limiti*, p. 51-54; BARILE, *Revisione della Costituyente*, p. 793.

b) Los controles políticos que pueden ser actuados sobre el poder de revisión constitucional, cuando se presentan en forma organizada presuponen regla general la intervención de órganos políticos, la práctica de actos políticos y la utilización predominante de criterios de oportunidad y conveniencia política. La politicidad de tales controles afirmase así, normalmente, tanto orgánicamente, como formal y materialmente.

Del punto de vista de la fuente normativa de su consagración, éstos controles pueden estar previstos en la Constitución formal o en otros instrumentos jurídicos de rango constitucional no pudiendo, en principio, resultar de normas infraconstitucionales, salvo los casos de remisión constitucional.

Además, cuanto al significado práctico de su actuación, tales controles pueden ser de *orientación*, así como de *fiscalización*. Por otro lado, puede tratarse de controles *preventivos*, que funcionan antes de una deliberación final de revisión constitucional, representando un factor corrector de ésta, así como puede tratarse de controles *sucesivos* que se operan simplemente cuando hay ya un acto de revisión constitucional.

En el campo de los controles políticos organizados de la revisión constitucional, merece una especial referencia el *referendum* constituyente ³⁴⁶, considerado éste en sus distintas modalidades, cabendo aún aquí la alusión al poder del Jefe de Estado de *sanción* o de *promulgación* del acto de revisión constitucional ³⁴⁷ o aún a su poder de disolución del órgano de revisión para llamar el cuerpo electoral a pronunciarse sobre una revisión constitucional inminente.

³⁴⁶ En el sentido de que el referendum constitucional representa una institución de garantía inserta en el juego de los *cheks and balances*, de los frenos y contrapesos en que descansa el Estado constitucional y de que su misión no es la de legitimar políticamente la reforma como un acto de soberanía del pueblo, sino, precisamente, la de controlarla cfr. PEDRO DE VEGA, La Reforma Constitucional, p. 302.

³⁴⁷ En todo caso, generalmente, en monarquías constitucionales y en repúblicas democráticas, no se admita la denegación de sanción o de promulgación por razones políticas.

Esta especie de control puede asociarse además al acto de iniciativa de revisión constitucional cuando se otorgue la competencia respectiva a entidades distintas de las que son deliberativas, condicionándose por esa vía, de algún modo (por muy tenue que sea), la secuencia del proceso respectivo y del contenido de la propia revisión constitucional ³⁴⁸.

El control político puede obtenerse también por la acción conjunta de distintos órganos estatales con competencia en materia de revisión constitucional, o, en otros términos, por la acción recíproca de unos órganos sobre otros.

En una otra orden de consideraciones, cabe referir que el control político de la revisión constitucional se puede afirmar aún de un modo no organizado y radicalmente al margen del Estado (*maxime* a través de la opinión pública). En este plano imponese considerar el control legitimador de la revisión constitucional, que se opera cuanto a distintos aspectos de la revisión constitucional (iniciativa, órganos intervinientes, fases procedimentales, forma y contenido), y que significa la aceptación en último grado de la revisión constitucional operada y el sancionamiento de su vigencia o de la posibilidad de hacer desencadenar validamente los efectos para que tende.

En control político de la revisión constitucional en general tiene la naturaleza de limitación práctica (o de simples *obstáculo no jurídico o político*) del poder de revisión constitucional, no implicando sin embargo el ejercicio de un verdadero poder de revisión constitucional ya que éste necesita de tener una función dispositiva o verdaderamente reguladora de materias, que aquí hace falta.

c) Los controles jurídicos de la revisión constitucional defínense por ser actuados en vista de criterios jurídicos, destinándose a la verificación de la constitucionalidad de los actos de

³⁴⁸ Véase por ejemplo los casos de *iniciativa popular* o más ampliamente de ejercicio de un *derecho de petición constituyente*.

revisión constitucional y a la aplicación de sanciones jurídicas a aquellos de éses actos que se presenten inconstitucionales.

Tales controles pueden presentarse en forma organizada o no organizada.

En forma organizada, éses controles jurídicos pueden ser político-institucionales o jurisdiccionales, conforme para tanto esta consagrada la competencia de órganos políticos (maxime: del Estado respectivo) o entonces la competencia de órganos jurisdiccionales.

Sin embargo, los controles jurídicos político-institucionales tienden en la practica a ser raramente previstos, verificandose normalmente que los controles por órganos políticos tienden a ser activados por razones y según criterios (simplemente o predominantemente) políticos. De ahí tenemos que los controles jurisdiccionales representan practicamente la categoría principal de controles jurídicos. Por éso, a éstos dedicaremos adelante una especial atención.

Debemos en todo caso subrayar que los controles jurídicos pueden ser no organizados, no incumbiendo a cualesquier órganos del Estado y siendo susceptibles de se afirmaren mismo independientemente de cualquier previsión constitucional o legal. En este punto es fundamentalmente de considerar el control de la constitucionalidad de la revisión constitucional operado por via del ejercicio del *derecho de resistencia*, en cualquier de sus formas posibles y desde luego con referencia a la posibilidad reacción *colectiva* contra un acto ferido de vicio a que corresponda la inexistencia jurídica³⁴⁹.

d) Podrá decirse que la principal garantia del cumplimiento de los limites de la revisión constitucional está en que la Constitución

³⁴⁹ A propósito, además de la bibliografía general sobre el derecho de resistencia, cfr. específicamente: BARILE, *La Costituzione*, p. 100-103; BARILE-SIERVO, *Revisione della Costituzione*, p. 743; MORTATI, *Istituzioni*, p. 977-978; ESPOSITO, *La Validità*.

(o, particularmente, las soluciones que ella encierra) beneficie de continuadamente, por vía de la opinión pública constitucional, de un fenómeno de legitimación popular ³⁵⁰.

En todo caso, tal no perjudica que se reconozca a las garantías jurisdiccionales de la constitucionalidad de los actos de revisión constitucional un significado importante desde el punto de vista del refuerzo de la eficacia vinculante de los límites de la revisión constitucional.

Los controles jurisdiccionales sobre la revisión constitucional definen por se realizaren mediante la intervención de órganos judiciales, la práctica de actos jurisdiccionales y la utilización predominante de criterios jurídicos de constitucionalidad, dirigiéndose a apreciar la conformidad del acto de revisión constitucional con lo consignado en normas del *bloque de constitucionalidad*.

La previsión de éstos controles debe constar de la Constitución o de normas de valor igual o superior a ésta. Ésa previsión no necesita sin embargo de ser expresa o especialmente dirigida a admitir el control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos de revisión constitucional, admitiéndose que resulte de una regla general de control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos del poder público.

Tratase de controles de fiscalización que son susceptibles de ser actuados después de una deliberación de fondo sobre la revisión constitucional, pero que pueden afirmarse mismo antes de su entrada en vigencia. Así, puede hablarse en una fiscalización jurisdiccional de la revisión constitucional tanto preventiva como sucesiva.

La principal cuestión que aquí se plantea es la de saber hasta que punto se puede aceptar que el poder de revisión constitucional sea

³⁵⁰ Con AMORTH (La Revisione Costituzionale, p. 20), puede considerarse que la garantía por excelencia de la permanencia de la Constitución material reside en el perdurante reconocerse de las fuerzas políticas y sociales en el sistema constitucional vigente. Cfr. BARILE-SIERVO, La Revisione della Costituzione, p. 792.

controlado por el poder judicial.

Esta cuestión es por veces vinculada al tema de la naturaleza jurídica del poder de revisión constitucional, diciendose entonces que se éste es un poder con las mismas características del poder constituyente originario entonces no será legítimo a un poder constituido -como es el caso del poder judicial- fiscalizar, y en último término anular actos del poder de revisión constitucional. Sería de respetar una separación entre dos ordenes de poderes. Otras veces invocase la naturaleza de las normas derivadas de revisión constitucional, considerandose inadmisibile el control jurisdiccional en razón de la politicidad de éstas normas en contrapunto con la dimensión jurídica de las decisiones de un órgano jurisdiccional de control. Otras veces aún subrayase la ineptitud del control jurisdiccional delante del riesgo de una declaración de inconstitucionalidad no ser observada, lo que se verificará cuando el acto de revisión constitucional inconstitucional busque su legitimación fuera de la Constitución ³⁵¹ ³⁵². Además, y entre otros argumentos, hay

³⁵¹ Favoravelmente al control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en la doctrina portuguesa véase *infra*.

En la doctrina española cfr. por ejemplo: PEDRO DE VEGA, La Reforma Constitucional, p. 299ss.

Favorablemente, en tal sentido, en la doctrina italiana cfr. nombradamente: BARILE, La Revisione, p. 475-476; BARILE-SIERVO, Revisione della Costituzione, p. 792; BON VALSASSINA, Di un limite, p. 75-79; CROSA, Diritto Costituzionale, p. 491; EULA, Controllo di costituzionalità, p. 43-44; LAVAGNA, Le Costituzione Rigida, p. 291-292; MORTATI, Sul controllo di costituzionalità delle leggi costituzionali, in Foro Italiano., 1949, p. 21-23; MORTATI, Istituzioni, p. 1040-1041. Contra: ID., Concetto, p. 15; PERGOLESI, Diritto Costituzionale, II, p.190-191; PIERANDREI, La Corte, p. 103-104; SANDULLI, La Giustizia Costituzional in Italia, in Giurisprudenza Costituzionale, 1961, p. 13; TOSI, Modificazione, p. 53-55; VIRGA, La Revisione, p. 120-121.

Véase aún: CONTINI, La Revisione, p. 296, 298-299.

En la doctrina alemana, por todos, cfr. OTTO BADROF, Normas constitucionais inconstitucionais, p. 70ss.

³⁵² Sobre este argumento en particular cfr. criticamente: OTTO BACHOF, Normas Constitucionais Inconstitucionais, p. 71.

quién argumente que el control de la concordancia de las normas constitucionales derivadas de revisión con el contenido material de la Constitución es misión exclusiva del titular del poder de revisión que al emitir un acto de revisión afirma su compatibilidad con las normas que le están supra-ordenadas, siendo que su juicio, así explicitado, es obligatorio también para los tribunales.

A nuestro aviso la respuesta a la cuestión no debe ser influenciada por consideraciones sobre la naturaleza del poder de revisión constitucional o de las normas producidas por éste poder o siquiera sobre la eficacia o ineficacia de las medidas de control. La legitimidad de las medidas de control o fiscalización de la revisión constitucional apurase simplemente en función de que la Constitución las prevea o no, expresa o implícitamente. Ningún principio jurídico superior prohíbe tal posibilidad ³⁵³.

³⁵³ MORTATI (Concetto, p. 15), referindose especialmente a la cuestión de la naturaleza del poder de revisión ha afirmado que "la revisione è certamente e sempre soggetta a controllo relativamente all'osservanza dei requisiti di forma prescritti pel suo esercizio e pero essere anche, senza che ciò contrasti con la sua indole di potere costituyente e derivato, sottoposta, sempre che il diritto positivo lo consenta, a controllo giudiziario, onde sia garantito il rispetto dei limiti sostanziali".

PARTE II

LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL EN LA HISTORIA DEL DERECHO PORTUGUÉS

CAPITULO I
PRELIMINARES

Sumário:

1. Razón de orden
2. Génesis del constitucionalismo portugués
3. Tendencias del constitucionalismo portugués
4. Las Constituciones portuguesas y sus vigencias
5. Las fases de evolución del constitucionalismo portugués

1. Razón de orden

El estudio de la revisión constitucional en la historia del derecho portugués no puede ser reducido a la presentación sucesiva de los regimenes de revisión constitucional consagrados en las diversas Constituciones portuguesas. Ésa sería una perspectiva estrecha de análisis. Los regimenes de revisión constitucional espejan, en general, las dificultades históricas del constitucionalismo y de los procesos que estan en la génesis de las Constituciones a que respetan. Son función de lo que éstas Constituciones globalmente representan y, además, de la forma como en la práctica se concretan.

Tal estudio debe así ser también tributario de consideraciones histórico-políticas y de encuadramientos constitucionales más generales.

Desde éste punto de vista, en este capítulo histórico, empezaremos por hacer una referencia a la génesis del constitucionalismo portugués, intentando también, en un primero momento, descubrir su línea evolutiva.

Siguese la comprensión del tema con referencia a las distintas Constituciones portuguesas, considerandose la orden cronológica de creación de éstas.

A propósito de cada una de las Constituciones, comenzaremos por hacer consideraciones generales sobre la especificidad de sus respectivas génesis históricas y sobre las fuentes y sentido de los proyectos en ellas contenidas. Solamente después entraremos en el estudio de los regimenes de revisión constitucional consagrados en tales Constituciones, concluyendo con una referencia a la practica de revisión constitucional en el ambito de sus vigencias y a las principales vicisitudes constitucionales que han sufrido.

2. Génesis del constitucionalismo portugués

La revolución de 1820, en el marco de un intento de superación histórica del Antiguo Régimen, ha dado traducción a un movimiento de rechazo de las fórmulas de poder valorizadoras de la posición del monarca ³⁵⁴ y de institucionalización de los nuevos ideales liberales y democráticos ³⁵⁵.

La decadencia y caída del Antiguo Régimen y el consiguiente desarrollo del movimiento constitucionalista han sido favorecidos por factores de diversa índole (institucionales, económicos, culturales y de política internacional), todos ellos determinantes de una situación de crisis ³⁵⁶.

³⁵⁴ Como observa MARCELO CAETANO (Constituições Portuguesas, 5ª ed., Lisboa, 1981, p. 11) el Rey ejercía el poder supremo, ya que las leyes eran expresión de su voluntad, pertenecendole la última decisión en todos los asuntos del gobierno y de la administración corriente. Aunque limitados en conciencia por la religión y por la moral y sujetos a observar la constitución natural del Reyno (esto es, la necesidad de respetar el equilibrio de hecho de ciertas fuerzas espirituales y sociales), los reyes considerabanse desprendidos de limitaciones jurídicas provenientes de cualquier otro poder, y en ése sentido se decían *absolutos*. Sin embargo admitíase la existencia de ciertas leyes fundamentales superiores a la voluntad del soberano.

³⁵⁵ Sobre los antecedentes de ése movimiento y para una referencia a las primeras aspiraciones constitucionales Cfr. en síntesis: ANTONIO MANUEL HESPANHA, "O projecto institucional do tradicionalismo reformista: um projecto de Constituição de Francisco Manuel Trigoso de Aragão Morato" (1823), in *O liberalismo na Península Ibérica na primeira metade do sec. XIX*, Lisboa, 1982, vol. I, p. 66. Véase aún, por ejemplo: ANTÓNIO PEDRO RIBEIRO DOS SANTOS, *A Imagem do Poder no Constitucionalismo Português*, Lisboa, 1990, p. 37ss.; MARIA H. CARVALHO DOS SANTOS, *A evolução da Ideia de Constituição em Portugal. Tentativas constitucionais durante a invasão de Junot*, in *A Revolução Francesa e a Península Ibérica* (org. Vitor Neto), Coimbra, 1988, p. 435ss. Como obra general de referencia cfr. MARTINE DE ALBUQUERQUE y RUY DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, II, Lisboa, 1983.

³⁵⁶ Como refiere ANTONIO M. HESPANHA (O projecto institucional, p. 66) se ha vivido en el inicio del siglo XIX un ambiente de crisis. Crisis desde luego determinada por la situación político-militar. El país había sufrido una larga y penosa guerra, desde los últimos años del siglo XVIII hasta 1810. Esta guerra ha favorecido una situación de *crisis política*, de *crisis de subsistencias*, de *crisis del comercio externo*, de *crisis administrativa*, de *crisis financiera*, de *crisis de la propia*

Portugal había salido de las invasiones francesas, y encontrabase bajo una ostensiva influencia británica ³⁵⁷. El Rey y la Corte se habían dislocado para el Brasil (Rio de Janeiro), no regresando una vez terminada la ocupación extranjera. Delante de esa ausencia, había sido creado con funciones en el Continente, un Consejo de Regencia que ejercía una reducida autoridad. Además, la Administración Pública no funcionaba, o funcionaba mal. En éste contexto, la institución monárquica resultaba desvalorizada, ganándose conciencia de su prescindibilidad como *institución llave* del sistema político vigente.

Por otro lado, el empobrecimiento de la economía nacional y la crisis financiera -que se han asociado a la desorganización de la economía interna, a la pérdida del mercado brasileño, a la reducción radical de los ingresos del Estado, al crecimiento de las despesas militares ³⁵⁸- ha determinado la formación de un sentimiento generalizado de insatisfacción ³⁵⁹.

Acrece que, con la divulgación de los ideales constitucionalistas y liberales hecha, parcialmente, por las tropas de ocupación y aún por las clases intelectuales, por vía de sociedades secretas ³⁶⁰, se ha divulgado un espíritu de mudanza, que fué además

independencia, de crisis político-militar, de crisis ideológica.

³⁵⁷ Tal influencia ha sido ejercida desde luego mediante la subordinación del Ejército portugués a un general británico -William Beresford- y la participación en sus filas de oficiales británicos.

³⁵⁸ Cfr. ANTONIO MANUEL HESPANHA, O projecto institucional, p. 66. Véase aún: JULIÃO SOARES DE AZEVEDO, Condições económicas da revolução de 1820, I, Lisboa, 1944.

³⁵⁹ Como observa J. S. da SILVA DIAS (A revolução liberal portuguesa: amálgama e não substituição de classes, in O liberalismo na Península Ibérica na primeira metade do sec. XIX, 1º vol., Lisboa, 1982, p. 21) "hay error manifiesto cuando se escribe que el pronunciamiento de 24 de Agosto de 1820 y los movimientos siguientes en todo el País fueron una revolución liberal de la burguesía. En realidad, fueron simplemente la expresión de una coalición de descontentamientos generalizados a los distintos niveles sociales".

³⁶⁰ En el cuadro de tales sociedades merece especial referencia el *Supremo Consejo Regenerador de Portugal, Brazil y de los Algarves*, fundado en Lisboa en

fortalecido delante del conocimiento de la situación entonces vivida en España, particularmente en la secuencia de la insurrección que ha impuesto a Fernando VII la restauración de la Constitución de Cádiz de 1812 ³⁶¹.

La revolución ha sido desencadenada en 24 de Agosto de 1820 en la ciudad de Porto, habiendo conducido inmediatamente a la formación de una Junta Provisional del Gobierno Supremo del Reyno, que ha recibido la incumbencia de gobernar en nombre de el Rey D. João VI y de convocar Cortes representativas de la Nación con competencia para formar una Constitución adecuada a la religión, buenos usos, y leyes convenientes a la situación ³⁶². En 15 de septiembre de ése mismo año la revolución extiendese a Lisboa,

1817 y cuyos miembros han sido objeto de punición rigurosa, y la Sociedad *Sinédrío* fundada en Porto en 1818, congregando nombres como los de Fernandes Thomaz, Ferreira Borges, Silva Carvalho, Ferreira Vianna y Duarte Leça, y que ha tenido especial influencia en los acontecimientos revolucionarios de 1820.

El peligro que las sociedades secretas representaban se ha patentizado en el alvará de 30 de Marzo de 1818 que ha prohibido todas las "sociedades secretas de cualquiera denominación que tuviesen, o con los nombres y formas ya conocidas, bajo cualquier nombre o forma que de nuevo se imaginase, ya que todas y cualesquiera deberian ser consideradas, desde entonces, como hechas para consejo y confederación contra el rey y contra el Estado" (Cfr. JOSÉ DE ARRIAGA, *História da Revolução Portuguesa de 1820*, tomo I, Porto, 1886, ps. 554-555).

³⁶¹ Los hechos pasados en España se han traducido en la sublevación de 1 de enero de 1820, dirigida por el comandante del batallón de Asturias, D. Raphael del Riego, conducente a la proclamación de la Constitución de Cádiz de 1812, y a la generalización de la revolución. Fernando VII, ante la revolución en Madrid, se ha apresurado a consentir en el restablecimiento de la Constitución (7 de marzo), prestando juramiento delante del Ayuntamiento de Madrid a 19 de marzo y delante de las Cortes en 9 de julio.

³⁶² No es cierto como han defendido algunos autores, que luego en Octubre de 1820 se haya proclamado la vigencia en Portugal de la Constitución española de 1812, aunque se vengán a aplicar sus disposiciones electorales en la elección de los Diputados a las Cortes Generales y Constituyentes. Ciertamente es simplemente que por Decreto de 21 de abril de 1821 (luego revocado en el día siguiente) se ha mandado observar en el reyno de Brazil la dicha Constitución de Cádiz. Las intenciones de proclamación de la Constitución de Cádiz han sido defendidas mediante el pronunciamiento militar de 10-11 de Noviembre de 1812 (Martinhada), pero al fin sin suceso.

nombrándose entonces un gobierno interino que, luego en 27 de Septiembre, se reuniría a la Junta Provisional del Gobierno Supremo del Reyno ³⁶³. Se ha seguido en 11 de Octubre de 1820 el juramento de fidelidad al nuevo régimen por los grandes y titulares del reyno, habiendo éstos protestado obedecer a la Junta Provisional constituida, al Rey, a las Cortes a convocar y a la Constitución que éstas hiciesen, una vez que se quedase asegurada constitucionalmente la religión católica romana y la dinastía de la Casa de Bragança. El propio Rey, mediante Decreto de 24 de Febrero de 1821, ha aprobado en Brazil la Constitución que mientras tanto se había empezado a hacer en las Cortes Constituyentes de Lisboa.

La revolución de 1820, inaugurando el constitucionalismo portugués y alñeandose con los movimientos constitucionalistas de los siglos XVIII y XIX, ha apuntado a la consagración de las ideas de soberanía de la Nación, del poder constituyente del pueblo, de la limitación del poder político, de la libertad política y del gobierno representativo, siendo naturalmente dominada también por la intención de dotar el ordenamiento portugués de una Constitución escrita consagrada de derechos y libertades individuales y de la separación de poderes.

En éstos términos, la revolución de 1820 se ha vinculado a la concretización de un modelo de constitucionalismo de matriz francesa ³⁶⁴. Esta conclusión no es sin embargo exenta de dudas, particularmente en el punto en que se discute se le ha presidido un espíritu racionalista, conducente a hacerse *tabula rasa* del pasado y a una completa superación de las viejas instituciones políticas ³⁶⁵. Las

³⁶³ Este órgano es, también entonces, dividido en dos secciones: la Junta Provisional del Gobierno supremo del Reyno y la Junta Provisional Preparatória de las Cortes.

³⁶⁴ En éste sentido, LOPES PRAÇA (Colecção de Leis e Subsídios para o Estudo do Direito Constitucional Portuguez, II, Coimbra, 1894 p.V) afirmaba que "el moderno régimen constitucional portugués, como el de las otras naciones del continente de la Europa, va entroncarse en la revolución francesa de 1789."

³⁶⁵ En éste sentido plantea GOMES CANOTILHO (Direito Constitucional, p.

proclamaciones revolucionarias oficiales, el Manifiesto a los Portugueses de la Junta Provisional del Gobierno Supremo del Reyno de 24 de agosto de 1820 y también la Proclamación de Lisboa de 15 de septiembre de 1820 ³⁶⁶ y el propio preámbulo de la Constitución de 1822, parecen dar cuerpo a tales dudas, ya que se hablaba en el olvido en que habían caído en el Antiguo Régimen las leyes fundamentales de la Monarquía y se invocaba el restablecimiento, ampliación y reforma de tales leyes ³⁶⁷. Creemos en todo caso que la conclusión posible en este punto (sin embargo del reconocimiento de la influencia que las facciones *absolutistas* y *tradicionalistas reformistas* pueden haber tenido ³⁶⁸) debe apuntar para la comprensión del nuevo régimen inmediatamente salido de la revolución no como una simple *restauración* de la antigua *monarquía de los tres estados*, pero antes como el establecimiento de una *monarquía constitucional moderna*. La constante referencia, en el curso del proceso revolucionario portugués, al caso español lo atestiga, confirmandose aún tal conclusión delante de la intención revolucionaria de elaboración de una Constitución escrita mediante la intervención de unas Cortes Generales y Constituyentes resultantes de elecciones generales ³⁶⁹.

260ss) la cuestión de saber si las tesis de nuestro constitucionalismo vintista se inseren en la corriente del racionalismo abstracto o si, no dejando de adherir a los postulados liberales, van entrecruzarse con la vertiente histórica, opuesta a una ruptura completa con el pasado histórico. A propósito véase también A. SILVA PEREIRA, O "tradicionalismo" vintista y o Astro da Lusitânia, Coimbra, 1976.

³⁶⁶ Estos documentos encuentranse en: JOSÉ TENGARRINHA, A Revolução de 1820, Lisboa, 1974.

³⁶⁷ Véase a propósito ZÉLIA OSÓRIO DE CASTRO, Constitucionalismo vintista -Antecedentes e pressupostos, Lisboa, 1986, p. 6.

³⁶⁸ Para una distinción entre los *modelos constitucionales* en conflicto: *absolutista*, orientado para la restauración pura y simple del antiguo régimen; *tradicionalista reformista*, defensor de un reformismo conducente a limitaciones al poder absoluto, pero sin cuño revolucionario y de acuerdo con las características históricas del país; *liberal radical*, adepto de la traducción inmediata en la práctica del credo revolucionario y *liberal gradualista*, defensor de una orden nueva de tipo liberal, pero a realizar de una forma gradual Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional, p. 260 y 281.

³⁶⁹ Véase a propósito la declaración de 31 de Octubre de 1820 del Gobierno

3. Tendencias del constitucionalismo portugués

La historia constitucional portuguesa puede ser interpretada como siendo marcada por un movimiento de perfeccionamiento progresivo de las formas de organización del poder político y de ordenación de la vida política constitucionalmente consagradas.

Ése movimiento, sin embargo, no es lineal, consensual, pacífico o siquiera continuo. Además la historia jamás lo es. Al contrario, representa un proceso con avances y retrazos, determinado frecuentemente por el conflicto y presentando soluciones de continuidad. La defensa de nuevas ideas es acompañada o sucedida de su negación, hasta que se llegue a un equilibrio que luego tiende a ser superado. Hay así - aunque en términos no hegelianos - algo de dialéctico en ése proceso. En el constitucionalismo portugués ése proceso se realiza ora con afirmaciones sucesivas pero cambiantes de las mismas ideas, ora con negación de tales afirmaciones, ora con superación del conflicto o con pacificación, ora aún con la incapacidad momentánea de se hacer alguna afirmación inequívoca.

Puede además observarse que ése proceso tiene frecuentemente estado sujeto a una tendencia, política y socialmente, bipolarizadora. Los campos de debate y de acción política tienden a extremarse en situaciones críticas, concretándose una separación entre campos *más progresistas y más conservadores*. Los procesos constituyentes o de mudanza constitucional han reflejado regla general éso mismo, siendo frecuentemente dominados por conflicto político, salvo cuando se presentan dirigidos no democráticamente.

En una otra orden de consideraciones, es de subrayar que la historia constitucional portuguesa tiene demostrado la existencia de paralelismos de evolución político-constitucional con ordenamientos

Supremo del Reyno que subrayaba que el movimiento liberal iniciado no tenía en vista "resuscitar las anticuadas formas del feudalismo y un vano simulacro de cortes", pero "elegir mandatarios en que se personalizase realmente la voluntad universal." Cfr. LOPES PRAÇA, Coleção, II, p.152.

constitucionales que le son próximos, reflejando o influenciando, experiencias extranjeras. La proximidad entre las historias constitucionales portuguesa, brasileña ³⁷⁰, española ³⁷¹ y también francesa ³⁷² es en éste punto especialmente de afirmar.

³⁷⁰ La interinfluencia de los constitucionalismos portugués y brasileño se ha verificado sobretudo en el siglo XIX y en principios del siglo XX. Aspectos a considerar reveladores de tal fenómeno son:

- La influencia que la revolución portuguesa de 1820 ha tenido en la secesión de Brasil del Reyno Unido de Portugal, Brasil y Algarves, propiciando un agravamiento de tensiones entre Portugal y Brasil;

- La Carta Constitucional portuguesa de 1826 fué directamente influenciada por la Constitución brasileña de 1824 (así como los Actos Adicionales a la Carta han traducido modificaciones constitucionales mientras tanto operadas en Brasil);

- La Constitución brasileña de 1891, asociándose a la proclamación de la republica en Brasil, ha influenciado la Constitución portuguesa de 1911;

- La Revolución portuguesa de 28 de Mayo de 1926 ha influenciado la Revolución brasileña de 1930, y en el mismo sentido la Constitución portuguesa de 1933 ha influenciado la Constitución brasileña de 1934 y más claramente la de 1937.

³⁷¹ Subrayando el paralelismo de evolución político-constitucional de Portugal y de España, JORGE MIRANDA (Manual, I, p. 251) apunta los siguientes aspectos de aproximación histórica:

- La primera Constitución portuguesa ha tenido por fuente la Constitución de Cadiz y ha cesado su vigencia en 1823, luego que en España Fernando VII fué restablecido como rey absoluto;

- Tal como en España, se da una guerra de sucesión, a la cual subjaz el conflicto entre liberales y absolutistas;

- El equivalente a la Carta Constitucional de 1826 es el Estatuto Real de 1834 y el equivalente de la Constitución portuguesa de 1838 es la Constitución española;

- La segunda mitad del siglo es de relativa paz institucional en ambos los países, así como la inestabilidad del reinado de D. Carlos I tiene paralelo en el reinado Afonso XIII;

- La dictadura de Primo de Rivera (1923-1930) es coeva de la Dictadura Militar anterior a Salazar;

- Son por demás conocidos los puntos de contacto doctrinales y institucionales entre el *Estado Novo* de Salazar y el régimen de Franco;

- La revolución portuguesa de 1974 es un de los factores determinantes de la *reforma política* española de 1976-1977.

³⁷² La influencia de la experiencia del constitucionalismo francés sobre el constitucionalismo portugués tiene sido una constante. Así:

- La Revolución de 1820 encuadrarse en un movimiento de instauración del constitucionalismo iniciado en Francia, con la Revolución de 1789;

- La Constitución portuguesa de 1822 ha buscado como fuentes las

Por otro lado, es también de referir que la normatividad constitucional (o la capacidad para las Constituciones regeren efectivamente el proceso político) en el ordenamiento portugués ni siempre se tiene afirmado con la misma intensidad. En el campo de la revisión constitucional, específicamente, la crisis de normatividad de las Constituciones tienese afirmado por diversas veces, siendo varios los ejemplos en que la normatividad constitucional ha resultado prevertida. El recurso a la revolución y al golpe constitucional y la verificación de otro tipo de vicisitudes constitucionales tiene sido algo de constante en la historia constitucional portuguesa. Para tanto tiene concurrido la circunstancia de las Constituciones seren frecuentemente responsabilizadas por debilidades estructurales nacionales, exigiendose de ellas más que les pertenece dar, pero acabandose por se les reconocer una flaca autoridad, por se tener en relación a ellas una actitud de *respeto contenido* o por se condescender mismo en su violación en ciertas situaciones. En el mismo sentido es además de subrayar que la legitimación popular de las Constituciones se verifica frecuentemente en circunstancias de un su conocimiento abreviado y contrato, lo que tiene determinado que la retirada de ésa legitimación ocurra más facilmente cuando la sociedad se vea confrontada con situaciones de crisis política.

Desde éstos puntos de vista, podemos concluir también que la historia constitucional portuguesa tiene sido marcada por una cierta tendencia para la *inestabilidad constitucional*. Tal inestabilidad traduce

Constituciones francesas de 1791 y de 1795;

- La Carta Constitucional portuguesa de 1826 fué influenciada por la Carta Constitucional francesa de 1814 (y los Actos Adicionales de 1852 y de 1885 a la Carta Portuguesa traducieron la adopción de una orientación orleanista de origen francesa);

- La Constitución portuguesa de 1838 relacionase con la Carta Constitucional francesa (reformada), de 1830;

- La Constitución portuguesa de 1911 traduce la influencia del ejemplo de la III Republica francesa, y de sus leyes constitucionales;

- La Constitución portuguesa de 1976 ha sido influenciada, en parte, por las Constituciones de las IV y V Republica francesa.

además una no valorización de la idea de necesaria sedimentación de las fórmulas constitucionalmente consagradas. El desrespeto por tradiciones constitucionales tiene sido una constante. Aceptanse las ideas, los principios, los valores, pero no se dogmatiza la manutención de las formas constitucionales de su concretización, prevaleciendo un *espíritu de ruptura* ³⁷³.

No significa todo ésto que en el ordenamiento portugués la falta de consensualidad en torno de la Constitución, las quiebras de la normatividad constitucional y la inestabilidad sean características permanentemente verificadas. Lo que se puede concluir es que, en el ordenamiento portugués, la Constitución, en términos de tendencia histórica general, se tiene presentado regularmente en *estado de peligro*, o en estado de ser subvertida en situación de crisis política nacional ³⁷⁴.

4 . Las Constituciones portuguesas y sus vigencias

Para que se pueda tener una primera confirmación de tales tendencias del constitucionalismo portugués y para un encuadramiento de lo que adelante desarrollaremos, tendrá interés establecer, con referencia a las distintas Constituciones portuguesas, un cuadro de identificación de sus matrices ideológicas, de sus periodos de vigencia y de las modificaciones formales de que han sido objeto.

La primera Constitución portuguesa - la Constitución de 1822 - siendo el producto inmediato de la Revolución de 1820, ha reflejado una ideología liberal radical, y ha tenido una primera

³⁷³ En sentido proximo JORGE MIRANDA (Manual, I, p. 261) observa que "cada nueva Constitución tiene sido para los Portugueses un comenzar o recomenzar de nuevo en la procura de una convivencia política pacífica, tiene sido el tener de se hacer todo desde la base en el plano institucional."

³⁷⁴ Esto no será por cierto una característica exclusiva de la historia del constitucionalismo portugués, siendo inherente a la generalidad de los ordenamientos que no disponen de Constituciones escritas de larga duración.

vigencia entre septiembre de 1822 y junio de 1823 y una segunda vigencia entre 1836 y 1838.

Seguidamente, la Carta Constitucional de 1826, surgiendo en la secuencia de un periodo de interregno constitucional, ha traducido una ideología conservadora con valorización de la posición del Rey. La Carta ha tenido una primera vigencia en el periodo entre 1826 y 1828, a lo que se ha seguido un nuevo periodo de interregno constitucional, una su segunda vigencia entre 1834 y 1836 y su tercera vigencia entre 1842 y 1910. Cabe además mencionar que en ésa su tercera vigencia la Carta de 26 fué objeto de diversos actos de modificación, de orientación democrática (así los Actos Adicionales de 1852 y de 1885) o autoritaria (como se ha verificado con las alteraciones dictatoriales de 1895, seguidas del Acto Adicional de 1896, y por un decreto dictatorial de 1907 luego declarado nulo y de ningún efecto).

La Constitución de 1838, a su vez, surgiendo en la secuencia de la Revolución de Septiembre de 1836 y vigorando hasta 1842, se ha presentado como una Constitución compromisória, que ha intentado conciliar las posiciones liberales radicales y más conservadoras.

Cuanto a la Constitución de 1911, ésta ha sido elaborada en la secuencia de la Revolución del 5 de Octubre de 1910, caracterizandose por haber intentado llevar a sus ultimas consecuencias los ideales de 1820 y por haber consagrado un cambio en la forma de gobierno, transformandola en republicana. Su vigencia se ha verificado en el periodo comprendido entre 1911 y 1926, habiendo sido sujeta a una reforma de detalle en 1916, a una modificación dictatorial introducida por el Decreto nº 3997, de 30 de Marzo de 1918, que luego ha sido revocado por medio de la Lei nº 833, de 16 de Diciembre de 1918, y aún a la revisión de 1919-20-21.

En seguimiento a la Revolución del 28 de Mayo de 1926 y a un periodo de *Ditadura Militar*, que ha durado hasta Abril de 1933,

ocurre la elaboración de la Constitución de 1933. Esta se ha presentado como la Constitución del régimen del *Estado Novo*, de raíz corporativa, vigorando ininterrumpidamente hasta la ocurrencia de la Revolución de 25 de Abril de 1974. En su periodo de vigencia, la Constitución ha sufrido las revisiones constitucionales de 1935-1938, de 1945, de 1951, de 1959 y de 1971.

Por fin tenemos la Constitución de 1976, creada en la secuencia de la Revolución de 25 de Abril de 1974 y que apunta para la concretización de un Estado de Derecho Democrático, teniendo vigencia hasta la actualidad, con las reformas operadas en 1982 y en 1989.

Además de éstas Constituciones hay aún a considerar la legislación constitucional provisoria producida en a periodos revolucionarios tales como los inmediatamente siguientes a las Revoluciones de 1820 (hasta 1822), de 1910 (hasta 1911), de 1926 (hasta 1933) y de 1974 (hasta 1976).

5. Las fases de evolución del constitucionalismo portugués

La identificación de las fases de evolución del constitucionalismo portugués puede hacerse de acuerdo con múltiples criterios.

Un de éses criterios toma en consideración los distintos periodos de vigencia de las Constituciones, bastando remitir para la exposición que antecede para se conozcan los resultados de su aplicación.

Otro criterio posible será el que atenta en las ideologías político-constitucionales dominantes al largo del constitucionalismo, permitiendo su aplicación aislar: el periodo del *Estado liberal de Derecho*, comprendido entre las fechas de la Revolución de 1820 y de la Revolución de 28 de Mayo de 1926 (excluidos los periodos de

interregno constitucional); el periodo del *Estado Novo* o del *Estado corporativo*, comprendido entre las fechas de las Revoluciones de 28 de Mayo de 1926 y de 25 de Abril de 1974 y el periodo actual del *Estado de Derecho Democrático*, que viene desde la fecha de la Revolución del 25 de Abril de 1974 hasta nuestros días (sin embargo de las desvirtuaciones operadas entre 1974 y 1982) ³⁷⁵.

Podrá aún recurrirse al criterio de las formas de gobierno, haciéndose la distinción entre una fase de constitucionalismo monárquico y una fase de constitucionalismo republicano, correspondiendo la primera fase al periodo anterior a la Revolución del 5 de Octubre de 1910 y la segunda fase al periodo que viene desde ésta fecha hasta nuestros días.

A su vez, tomando como punto de referencia los cambios políticos más salientes, con reflejos constitucionales, operados al largo del constitucionalismo portugués, podremos considerar los siguientes periodos:

- *periodo vintista*, que, transcurriendo desde la Revolución de 1820 hasta 1823, ha traducido un primero intento de consagración de un régimen constitucionalista;

- *primero periodo de interregno constitucional*, desde 1823 hasta 1826, que ha implicado un regreso al Antiguo Régimen, pero sin ruptura completa con la orden liberal ³⁷⁶;

- *periodo cartista de primera fase*, desde 1826 hasta 1828,

³⁷⁵ En sentido proximo, partindo de la consideración de la especial relación que intercede entre historia política y historia constitucional, Cfr. JORGE MIRANDA, Manual, I, p. 246.

³⁷⁶ Véase a propósito JORGE MIRANDA, Manual, I, p. 249 y J.J. GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional, p. 293-294, que subrayan tal *nuance* delante de la intención manifestada por el rey D. João VI de octorgar una carta de ley fundamental, que ha conducido al Proyecto Oficial de Constitución de 1823, redactado sobre un proyecto de Ricardo Raimundo Nogueira (publicado por PAULO MEREIA, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. XXIII, 1967), o aún al Proyecto de Constitución de Francisco Manuel Trigoso de Aragão Morato (publicado por A. MANUEL HESPANHA, O Projecto Institucional, p. 81-82).

que traduce un regreso al constitucionalismo pero en la línea de un "conservadorismo esclarecido";

- *segundo periodo de interregno constitucional*, desde 1828 hasta 1834, que ha conducido a un regreso al absolutismo acompañado de guerra civil;

- *periodo cartista de segunda fase*, desde 1834 hasta la Revolución de Septiembre de 1836, marcado por el regreso al régimen constitucional bajo la vigencia de la Carta, pero según un espíritu autoritario de post-guerra civil;

- *periodo septiembrista*, desde 1836 hasta 1842, que se ha caracterizado por un regreso al espíritu del vintismo pero con concesiones al cartismo, en vista de un consenso constitucional. Tratase de un periodo primero marcado por la ditadura septiembrista bajo la aparente vigencia de la Constitución de 1822 y luego después por la vigencia de la Constitución de 1838 de pendiente compromisoria;

- *periodo cabralista*, que nace en 1842 con el inicio de movimiento de Costa Cabral y de la tercera vigencia de la Carta Constitucional y se desarrolla hasta la Revolución regeneradora de 1851, caracterizandose por un regreso al constitucionalismo conservador bajo la vigencia de la Carta;

- *periodo de la regeneración*, desde 1851 a 1890, que ha sido caracterizado por mayor estabilidad política y constitucional y por haber dado expresión a profundizamientos democráticos;

- *periodo de decadencia monárquica*, desde 1891 hasta la Revolución del 5 de octubre de 1910, que ha traducido un regreso al autoritarismo y a la adopción de formas de poder personal, bajo circunstancias de fuerte desestabilización política;

- *periodo de implantación de la Republica*, desde 1910 hasta diciembre de 1917, que ha sido marcado por el intento de llevar hasta las ultimas consecuencias los ideales de la Revolución de 1820 acompañado de situaciones de conflicto político insoluble y por

ineficiencia gubernativa;

- *periodo sidonista*, desde diciembre de 1917 (fecha de la elección para la Presidencia de la Republica de Sidónio Pais), hasta diciembre de 1918 (en la secuencia de su asesinato y de la revocación de la alteración constitucional dictatorial que mientras tanto habia sido producida), que ha sido dominado por la tentativa de superación de los excesos del parlamentarismo y por la introducción de elementos corporativistas en el régimen;

- *ultimo periodo de la Iª Republica*, desde diciembre de 1918 hasta la Revolución del 28 de mayo de 1926, que ha consagrado el regreso al espíritu de la revolución republicana, en un ambiente político de inestabilidad y crisis;

- *periodo del Estado Novo* (o de la IIª Republica), desde la Revolución del 28 de Mayo de 1926 hasta la Revolución del 25 de Abril de 1974, que se ha asociado a la vigencia de un régimen autoritario de orientación ideológica corporativista, desarrollandose en un cuadro de *orden* interna impuesta, pero bajo la presión de factores internos y externos de desestabilización ³⁷⁷;

- *periodo de la IIIª Republica*, desde la Revolución del 25 de Abril de 1974 hasta hoy, que tiene sido marcado, malgrado unos primeros momentos de grave inestabilidad y de profunda conflictualidad política, por intenciones de democratización plena de la vida politica y de modernización del país ³⁷⁸.

³⁷⁷ Cuanto a este periodo, JORGE MIRANDA (Manual, I, p. 250) distingue: una fase de gobierno militar directo, de 1926 a 1928; otra fase de inicio y apogeo del consulado de Salazar (o del *Estado Novo*), de 1928 a 1945; otra fase aún de decadencia y de huida a la adopción de las formulas democraticas y europeas, de 1945 a 1961; y finalmente una fase dominada por las guerras *ultramarinas*.

³⁷⁸ A propósito de este periodo y del proceso de democratización que se le refiere, J. M. DURÃO BARROSO (O proceso de democratização: uma tentativa de interpretação a partir de uma perspectiva sistémica, in Portugal - O Sistema Político e Constitucional - 1974/1987, Lisboa, 1989, p. 54) distingue: una primera fase, entre abril de 1974 y marzo de 1975, de calida del régimen autoritario; una segunda fase entre marzo de 1975 y noviembre de 1975, de crisis; una tercera fase, entre noviembre de 1975 y abril de 1976, de transición descontinua; una cuarta

Considerando, por fin, las principales situaciones de conflicto con reflejo constitucional operadas al largo del constitucionalismo portugués, podremos aún considerar los siguientes periodos:

- *periodo de implantación de la monarquía constitucional*, marcado por la oposición entre defensores de la monarquía constitucional y defensores de la monarquía absoluta o, más complejamente, entre absolutistas, tradicionalistas reformistas, liberales radicales y liberales gradualistas ³⁷⁹, transcurriendo desde la Revolución de 1820 hasta 1852 y correspondiendo a periodos conturbados de vigencia de la Constitución de 1822, de la Carta Constitucional de 1826 y de la Constitución de 1838, con mediación de dos situaciones de interregno constitucional;

- *periodo de madurez de la monarquía constitucional*, marcado, principalmente después de 1851, por la búsqueda de una conciliación entre las distintas facciones políticas en presencia y luego por la obtención de un acuerdo de régimen entre fuerzas políticas realineadas, que ha durado desde 1842 hasta 1890, bajo la vigencia de la Carta Constitucional de 1826 y de sus Actos Adicionales, de 1852 y de 1885;

- *periodo de decadencia monárquica*, que ha sido marcado por el conflicto entre monárquicos y republicanos desarrollándose de modo más patente desde 1890 y culminando con la Revolución del 5 de Octubre de 1910;

- *periodo de implantación de la República*, que ha dado continuación a la lucha entre monárquicos y republicanos, ahora planteada de un nuevo ángulo, a la cual se ha acrecentado complejamente la división nombradamente entre radicales jacobinos, evolucionistas, socialistas, conservadores, localizándose

fase, de abril de 1976 a septiembre/octubre de 1982, de instauración democrática; y una quinta fase, desde octubre de 1982, de consolidación.

³⁷⁹ Para ésta distinción, véase *supra*. En la secuencia de la Revolución de Septiembre de 1836, es de subrayar el confronto entre *septembristas* y *cabralistas*.

historicamente entre las Revoluciones del 5 de Octubre de 1910 y del 28 de Mayo de 1926 y referindose al periodo de vigencia de la Constitución de 1911;

- *periodo del Estado Novo*, que ha sido marcado por una tentativa de imposición de la congregación de todas las fuerzas sociales alrededor de un proyecto nacional, por una radical separación entre fuerzas *pró-regimen* y fuerzas *oposicionistas* (de pendor democrata o progresista), por la proscripción de las fuerzas oposicionistas relativamente a la participación en el funcionamiento de las instituciones y por el diluimiento (o radical enflaquecimiento) de la oposición monárquicos/republicanos, correspondiendo al periodo comprendido entre las Revoluciones del 28 de Mayo de 1926 y del 25 de Abril de 1974 y desarrollandose en un cuadro de vigencia de la Constitución de 1933;

- *periodo revolucionario de restauración democrática*, que ha transcurrido entre la Revolución de 1974 y la fecha de la concretización de la primera revisión constitucional (1982), siendo más una vez dominado por la oposición entre progresistas y moderados, o más complejamente, ahora, entre comunistas, socialistas, social-democratas, democratas cristianos y sus distintos proyectos políticos. Éste periodo se ha caracterizado también por se haber en él afirmado una fuerte influencia militar desarrollada desde luego por el Movimiento de las Fuerzas Armadas y después canalizada a través del Consejo de la Revolución, habendo tal influencia sido ejercida con interferencia inevitable en el libre juego de las fuerzas políticas civiles y condicionado el curso del proceso revolucionario en sentidos que , alias, han divergido en razón de los equilibrios de fuerzas sucesivamente encontrados en el seno de la institución militar. Tal periodo ha correspondido a una fase pre-constitucional del nuevo régimen y a los primeros años de vigencia de la Constitución actual, hasta la concretización de la primera revisión constitucional;

- *periodo de normalización democrática*, que,

transcurriendo desde 1982 hasta hoy, surge vinculado a un proceso de estabilización y de pacificación políticas, concretado bajo la vigencia de una Constitución depurada de desviaciones no democráticas que contenía originariamente y -en la secuencia de revisión constitucional de 1989- descargada ideológicamente, así como en un cuadro de concentración de fuerzas en dos partidos políticos -Partido Socialista y Partido Social-Democrata- que, en su relativa proximidad ideológico-política, tienden a alternar en el poder y a concertarse sobre las grandes cuestiones nacionales ³⁸⁰.

³⁸⁰ Para una subperiodización con referencia a las evoluciones del sistema partidario después de 1976 cfr. por ejemplo: GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, Portugal-Instituições e Factos, Lisboa, 1991, p. 87ss; MARCELO REBELO DE SOUSA, Os Partidos Políticos no Direito Constitucional Português, Braga, 1983, p. 266ss.

CAPITULO II

LA CONSTITUCIÓN DE 1822

Sumário:

1. Consideraciones general
2. El órgano de revisión constitucional
3. Los limites temporales de la revisión constitucional
4. Los limites materiales de la revisión constitucional
5. Los limites procesales y formales de la revisión constitucional
6. Proceso de revisión constitucional
7. Las vicisitudes constitucionales

1. Consideraciones generales

a) La Constitución de 1822 ³⁸¹ fué un resultado directo de la Revolución de 1820, traduciendo un proceso constituyente arrastrado y dominado por dudas, incertidumbres y hesitaciones fructo

³⁸¹ Sobre la Constitución de 1822 y el periodo histórico de su vigencia Cfr.: MARTIM DE ALBUQUERQUE y RUY DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, II, Lisboa, 1983, p. 173ss y 204ss; JOSÉ ARRIAGA, *História da Revolução Portuguesa de 1820*, III vol., Porto, 1886-1889; MARCELLO CAETANO, *Constituições*, p. 11ss; ID., *Manual*, II, p. 409ss; MARIA HELENA CARVALHO DOS SANTOS, "A maior felicidade do maior número". Bentham e a Constituição Portuguesa de 1822, in *O Liberalismo na Península Ibérica na primeira metade do século XIX*, I vol., Lisboa, 1982, p. 91ss; JOSÉ MARIA DANTAS PEREIRA (Lusitano Philantropo), *Memórias para a história da regeneração portuguesa em 1820*, Lisboa, 1823; RODRIGO FERREIRA DA COSTA, *Cathecismo politico do cidadão portuguez: ou exposição dos direitos e obrigações do homem natural e social; e dos principios da ordem politica; segundo o systema da Constituição da Monarchia Portuguesa*, Lisboa, 1823; FEZAS VITAL, *Direito Constitucional*, Lisboa, 1936-37, p. 335-337; JOSÉ LIBERATO FREIRE DE CARVALHO, *Ensaio historico-politico sobre a Constituição e Governo do reino de Portugal*, Paris, 1830; MIGUEL GALVÃO TELES, *Constituições Portuguezas*, in *Verbo*, V, p. 1054ss; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 280ss; SIMÃO JOSÉ DA LUZ SORIANO, *História da guerra civil e do estabelecimento do governo parlamentar em Portugal*, Lisboa, 1866-1893; FAUSTINO JOSÉ DA MADRE DE DEOS, *A Constituição de 1822, Comentada e Desenvolvida na Prática por...*, Lisboa, 1823; JORGE MIRANDA, *Manual*, I, p. 262ss; ID., *Constituições Portuguezas*, in *Polis*, I, p. 1169ss; LOPES PRAÇA, *Colecção*, II, p. XIVss; ZÉLIA OSÓRIO DE CASTRO, *Constitucionalismo Vintista. Antecedentes e pressupostos*, Lisboa, 1986; GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, *Portugal-Instituições e Factos*, p. 18ss; SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA, *Breves observações sobre a Constituição Política da Monarquia Portuguesa*, Paris, 1837; JAIME RAPOSO COSTA, *A Teoria da Liberdade - Período de 1820 a 1823*, Coimbra, 1976; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Os Partidos Políticos no Direito Constitucional Português*, Braga, 1983, p. 136ss; ANTÓNIO PEDRO RIBEIRO DOS SANTOS, *A Imagem do Poder*, p. 41ss, 122ss, 371ss, 421ss; JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Direito Constitucional*, Coimbra, 1909, p. 10ss; TELMO DOS SANTOS VERDELHO, *As palavras e as ideias na Revolução Liberal de 1820*, Coimbra, 1981; CHRISTIAN DE SAUSSAY, *De l'evolution constitutionnelle du Portugal Contemporain - De la Revolution de 1820 a l'Estado Novo*, Nice, 1973; MÁRIO SOARES, *Constituição de 1822*, in *Dicionário de História de Portugal*, I, 1963, p. 673ss; TRINDADE COELHO, *Manual Político do Cidadão Português*, Lisboa, 1908.

no solamente del ambiente revolucionario entonces vivido, pero también (y quizás, principalmente) de una natural inexperiencia de vida parlamentaria.

La Constitución ha sido elaborada por las Cortes Extraordinarias Constituyentes convocadas para Lisboa por la Junta Provisional del Gobierno Supremo del Reyno, habiendo sus diputados sido elegidos (en el Continente, en diciembre de 1820) de acuerdo con las disposiciones pertinentes de la Constitución de Cadiz ³⁸².

Las Cortes se han reunido en una primera sesión preparatoria y se han instalado en 24 y 26 de enero de 1821, habiendo discutido entre 12 de febrero y 8 de marzo de ése año las "Bases de la Constitución portuguesa" ³⁸³, que se han concretado en el Decreto de 9

³⁸² El problema de la organización de la representación nacional en las Cortes ha suscitado dudas y hesitaciones:

(i) los gobernadores del reyno instituidos por el Rey-D. João VI- han intentado convocar las antiguas Cortes, nombrando mismo una comisión destinada a promover su rápida reunión (Proclamación y portaria de 1 de septiembre de 1820);

(ii) a su vez, los Diputados de la *Casa de los 24*, en cuanto representantes de todos los gremios y pueblo de Lisboa, han llevado en 25 de octubre de 1820 al conocimiento de la junta preparatoria de las Cortes su opinión de que los representantes en Cortes fuésen elegidos de acuerdo con la forma determinada en la Constitución de Cadiz, con las alteraciones resultantes de la diferencia de población;

(iii) en 31 de octubre de 1820 son emitidas por el gobierno supremo del Reyno las primeras instrucciones electorales;

(iv) en 11 de noviembre de 1820 desencadenase un movimiento destinado a poner en vigencia la Constitución de Cadiz, a ser modificada en Cortes elegidas según el método español, pidiéndose la supresión de las instrucciones electorales antes editadas;

(v) malgrado una primera adhesión del gobierno supremo del reyno a las peticiones de aquél movimiento, en 22 de noviembre de 1820 vienen a ser edictadas nuevas instrucciones electorales, las cuales repetían los artículos correspondientes de la Constitución de Cadiz (art.27 a 103), aditándose algunas disposiciones que consagraban especificidades del caso portugués.

Para una noticia circunstanciada de éstos hechos Cfr. LOPES PRAÇA, *Collecção*, II, p.152-153.

³⁸³ Tal discusión se ha desarrollado en torno de un proyecto firmado en 8 de enero de 1821, por Bento Pereira do Carmo, José Joaquim Ferreira de Moura, Manoel Borges Carneiro, João Maria Soares Castello-Branco y Manoel Fernandes Thomaz. El proyecto de Bases encuentrase publicado en el *Diário das Cortes*, vol.I,

de Marzo de 1821. De acuerdo con tales “Bases”, había que dar consagración en la futura Constitución a un conjunto de principios considerados algunos de ellos derivados del antiguo derecho público portugués ³⁸⁴ y juzgados “más adecuados para asegurar los derechos individuales del ciudadano, y establecer la organización y límites de los Poderes Políticos del Estado” ³⁸⁵.

Mientras tanto, la Constitución, tal cual se estaba haciendo, era jurada por D. João VI (en 24 de febrero) y por el príncipe real D. Pedro (en 26 de febrero ³⁸⁶), sometendose aún las “Bases de la Constitución” a juramento por todas las autoridades públicas.

Sobre dichas “Bases” ha sido elaborado el proyecto de Constitución, cuya discusión en las Cortes ha tenido inicio en 9 de julio de 1821, y se ha completado en septiembre de 1822, teniendo lugar la firma de la Constitución en 23 de septiembre y su juramento por los Diputados y por el Rey respectivamente en 30 de septiembre y en 1 de octubre.

b) Una de las principales fuentes de la nueva Constitución - a juzgar por lo que al momento se afirmaba - tendrá sido el antiguo

p. 60 y en LOPES PRAÇA, Collecção, II, p. 158ss.

³⁸⁴ En tal sentido se ha pronunciado PEREIRA DO CARMO, uno de los autores del proyecto, que ha subrayado ésa vinculación al antiguo derecho público portugués por parte de las disposiciones de los artículos 8, 9 y 10 del proyecto de bases (relativos a libertad de comunicación de pensamientos y de opiniones, libertad de prensa y abuso de tal libertad en materia religiosa), así como de sus artículos 17 (sobre la Dinastía de la Casa de Bragança), 25 (sobre la reunión de las Cortes), 27 (sobre regencia del Reyno) y 31 (sobre el principio de la legalidad en materia tributaria). Cfr. LOPES PRAÇA, Colecção, II, p.157 y MARCELLO CAETANO, Constituições Portuguesas, p.15-16.

³⁸⁵ En éste sentido Cfr. preambulo del Proyecto de Bases y del Decreto de 9 de marzo. El Decreto encuentrase publicado en Diário das Cortes, vol. I, p. 232 y 233 y en LOPES PRAÇA, Collecção, II, p.158 ss.

³⁸⁶ El decreto de 24 de febrero y el juramento de D. Pedro encuentranse publicados en: CLEMENTE JOSÉ DOS SANTOS, Documentos para a História das Cortes Geraes da Nação Potugueza, vol.I, Lisboa, 1883, p. 162 y 163 y LOPES PRAÇA, Collecção, II, p.154 y 155. El Rey D.João VI, una vez llegado a Lisboa en junio de 1821, ha jurado las bases de la Constitución mientras tanto decretadas.

derecho público portugués, que se creía haber incurrido en desuso en resultado de la acción de Ministros *despóticos* ³⁸⁷.

Sin embargo, la Constitución de 1822 se ha presentado como claramente innovadora relativamente al antiguo ordenamiento jurídico portugués, teniendo un cuño no tradicionalista pero antes marcadamente liberal, alias de un liberalismo individualista que se puede considerar radical. Tal es confirmado por la consagración en la Constitución (i) de un catalogo liberal de derechos e deberes fundamentales, basado en la trilogia libertad, seguridad y propiedad, (ii) del principio de la constitucionalidad y de la legalidad (iii) del principio de la soberania indivisible y inalienable de la Nación, acompañado de la atribución en exclusivo del poder constituyente a la Nación, que lo ejerce por medio de los diputados a las Cortes, y de una afirmación de derivación de todo el poder (incluyendo la autoridad real) de la Nación, (iv) del principio de la representación a concretar mediante sufragio popular directo, secreto y tendencialmente universal o aún (v) del principio de la separación de poderes y del primado de las Cortes, en el campo de la organización del poder político.

En éstos puntos, tornase obligado considerar que la Constitución de 1822 ha buscado inspiración determinante en experiencias constitucionales extranjeras, siendo en particular de referir el papel de fuente principal que ha tenido la Constitución de Cadiz de 1812 ³⁸⁸ y la influencia ejercida por las Constituciones francesas de 1791 y 1795 ³⁸⁹.

³⁸⁷ En éste sentido y con referencia al proyecto de "Bases de la Constitución", véase *supra*. Tal conclusión puede también ser fundada en la afirmación contenida en el preambulo de la Constitución de que "las desgracias públicas... han tenido su origen en el desprecio de los derechos del ciudadanos y en el olvido de las leyes fundamentales de la monarquia" y de que habia que restablecer tales leyes, ampliadas y reformadas.

³⁸⁸ Tal conclusión imponese, inmediatamente, delante de la comparación de ambos los textos.

³⁸⁹ Para una comparación entre los textos de la Constitución de 1822 con las Constituciones de Cadiz y francesas de 1791 y 1795 Cfr. A.P. RIBEIRO DOS SANTOS, A Imagem do Poder, p. 422-424.

c) La Constitución de 1822, del punto de vista del régimen que establecía para la revisión constitucional, presentabase como una Constitución rígida, estando su modificación sujeta a especiales condicionamientos. Ésa su rigidez, en general, tenía su expresión a nivel organico y en la consagración expresa de límites procesales a la revisión constitucional. En lo que respetaba específicamente a la primera revisión constitucional la rigidez constitucional resultaba además agravada por se le aplicar aún un límite temporal.

Confrontando el régimen de revisión constitucional consagrado en la Constitución de 1822, con lo que se había previsto en el *Proyecto de Bases de la Constitución*, en el Decreto que aprobó las *Bases de la Constitución* y en el *Proyecto de Constitución* con base en lo cual se desarrolló el debate constituyente, podemos decir que la Constitución resultó más rígida que se pretendía en el mencionado proyecto de Bases ³⁹⁰ y menos rígida que el Proyecto de Constitución ³⁹¹, consagrando la solución que resultaba del Decreto que aprobó las bases de la Constitución ³⁹².

La Constitución en su rigidez ha seguido una orientación propia del constitucionalismo liberal, y desde luego de sus modelos próximos que fueron las Constituciones española de 1812 ³⁹³ y

³⁹⁰ Más rígida por cuanto el *Proyecto de Bases* en su artículo 20 no distinguía entre una fase de iniciativa y otra de aprobación de la revisión a concretar en Legislaturas siguientes. Una sola Legislatura era suficiente. El mencionado *Proyecto de Bases* encontrase en *Diario das Cortes*, I, p. 60ss y en LOPES PRAÇA, *Collecção*, II, p. 158ss.

³⁹¹ Menos rígida por cuanto la fase de iniciativa de revisión se concretaba en una sola Legislatura y no en dos Legislaturas como resultaba del *Proyecto de Constitución*, en su artículo 28. Para éste *Proyecto* Cfr. *Diario das Cortes*, V, p. 3ss y LOPES PRAÇA, *Collecção*, II, p. 166ss.

³⁹² El *Decreto* definidor de las *Bases de la Constitución* (artículo 22) fué así la fuente inmediata y decisiva del dispuesto en el artículo 28 de la Constitución de 1822. Este decreto encontrase publicado en *Diario das Cortes*, I p. 232ss y en LOPES PRAÇA, *Collecção*, II, p. 158ss.

³⁹³ La Constitución portuguesa de 1822 sería en todo caso menos rígida que la Constitución española de 1812. El límite temporal de la revisión establecido en aquella Constitución era menos exigente que en ésta: quatro años en la

Constitución portuguesa y ocho años en la española. Estableciase en las dos Constituciones una exigencia de separación entre la fase de propuesta de reforma y la de aprobación, exigiéndose la habilitación de las Cortes con poderes especiales. La fase de propuesta de reforma era no obstante mucho más compleja en el cuadro de la Constitución española que en la portuguesa. En la Constitución portuguesa -como mejor veremos adelante- el proceso de revisión agotabase en dos Legislaturas, cabendo a una primera la proposición y a la siguiente la aprobación. En la Constitución española, el proceso podía arrastrarse por varias legislaturas: en dos Legislaturas seguidas se apreciaria y votaria una proposición de reforma; las Cortes determinarían se tenía de ser la diputación próximamente inmediata o la siguiente a ésta a traer poderes especiales de reforma; las Juntas electorales de provincia conferirían siguientemente éses poderes especiales; solamente en la Legislatura señalada al efecto se propondría, discutiría y votaria la reforma. Cuanto a mayorías exigidas para aprobación de la iniciativa y del acto final de revisión constitucional las dos Constituciones coincidían en imponer la verificación de una mayoría agravada de dos terceras partes de los votos.

Debemos todavía recordar que el *Proyecto de Constitución* portuguesa que estuvo en la base de los trabajos constituyentes que condujeron a la Constitución de 1822 reproducía los mecanismos de revisión constitucional previstos en la Constitución española de 1812 (Cfr. artículo 28 de ése Proyecto, que fué publicado en *Diário das Cortes*, vol. V, p. 3 a 18 y que se encuentra también en LOPES PRAÇA, Coleção, II, p. 166ss). Tal versión sufrió en todo caso como obserbámos atenuaciones en la rigidez que implicaba.

Sobre el régimen de revisión constitucional en la Constitución española de 1812 cfr. sus artículos 375 a 384.

Sobre el debate constituyente español de 1812 y la justificación histórica de la rigidez de la Constitución de 1812, con argumentos próximos de los que encontramos en los debates constituyentes portugueses, cfr. PEREZ ROYO, *La Reforma de la Constitución*, p. 51ss; R. CALZADA CONDE, *El principio configurador y garantista en la Constitución de Cádiz*, in *Historia, Literatura Pensamiento, Estudios en homenaje de María Dolores Gómez Molleda*, I, Salamanca, p. 292-297.

³⁹⁴ Véase también, por representar una experiencia precursora de consagración de rigidez constitucional, el caso de la Constitución polaca de 1791. También en el constitucionalismo de matriz norte-americana ha relevado luego en 1787 un concepto de rigidez constitucional, pero con otras implicaciones traductoras de especificidades de organización constitucional.

³⁹⁵ La Constitución portuguesa de 1822 en todo caso también se ha presentado como menos rígida que la Constitución de 1791. En la Constitución de 1791 la fase de iniciativa de reforma parcial de la Constitución era mucho más extensa pudiendo desarrollarse al largo de ocho legislaturas seguidas. Además cuanto a la Legislatura en que a final cabía aprobar el acto final de reforma, serían inelegibles los diputados de la legislatura inmediatamente precedente y elegíanse

Siguiendose tal matriz, tenemos que los fundamentos de la rigidez constitucional en la Constitución de 1822 podían ser asociados a la consideración, por un lado, de la necesidad de se asegurar la supremacía de la Constitución y, por otro lado, de la exigencia de que las modificaciones constitucionales formales fuéser extraordinarias y representáser lo mejor possible la voluntad de la Nación puesta en representación.

Además, delante de la circunstancia de en la Constitución expresamente se definir el régimen de la primera revisión constitucional, debemos aún subrayar que se ha afirmado también una intención constituyente de se garantizar la radicación del nuevo sistema jurídico-político constitucionalista, creandose condiciones jurídicas para su subsistencia y estabilización, así como para que la Constitución se presentáse a salvo de una lucha política que, en ambiente revolucionario, podía ser constitucionalmente devastadora.

2. El órgano de revisión constitucional

Tal como determinaba el artículo 27 de la Constitución de 1822, el poder constituyente pertenecía a la Nación, incumbidole hacer, por medio de sus Diputados reunidos en Cortes, su Constitución o Ley Fundamental, sin dependencia de sanción del Rey. Y como específicamente resultaba del artículo 28 de la Constitución, el poder de revisión constitucional pertenecía a la Nación, incumbindole, por medio de sus Diputados reunidos en Cortes, reformar o alterar la Constitución.

Estableciase un principio de exclusividad del ejercicio del

extraordinariamente más doscientos e cuarenta e nueve diputados con la finalidad de participar exclusivamente en la discusión y votación de la revisión (Cfr. artículos 1 a 6 del Título VII de la Constitución francesa de 1791).

Cuanto a la Constitución de 1793, véanse los artículos 115 a 117, que consagraban un complicado régimen de convocación de una Convención nacional al efecto de la revisión.

poder de revisión constitucional en favor de las Cortes, la Nación solo intervenia en la revisión constitucional para, a través de los electores, conceder las procuraciones a los Diputados para concretaren las alteraciones que previamente fuésen juzgadas necesarias por las Cortes, obligandose después, sin más, a reconocer como constitucional la reforma que se hiciése. Por otro lado, excluïase toda interferencia del Rey en la modificación de la Constitución, recusandose mismo -como resultaba expresamente del artículo 112, I- el poder de sanción de la Constitución y de las alteraciones que en ella se hiciésen en el futuro ³⁹⁶.

En la secuencia de amplio debate constituyente, en que se contestara la competencia constituyente de las Cortes para aprobar una disposición que limitaba la libertad de opción de los electores sobre alteraciones a la Constitución que futuramente fuésen propuestas ³⁹⁷, terminaria vengando la solución del poder de revisión constitucional puramente representativo.

La atribución del poder de revisión constitucional a las Cortes -asamblea unicameral- resultaba justificada por se tratar del órgano máximo y además unico de representación de la Nación portuguesa, cuyos Diputados eran elegidos con respeto a la población de todo el territorio portugués para tal fin de representación ³⁹⁸. Además, la exclusividad de la representación nacional establecida en favor de las Cortes y la solución unicameral de estructuración de éste órgano fundabanse en la consideración del caracter uno de la

³⁹⁶ En términos que servian también para precisar el contenido y alcance de ése principio de exclusividad de competencia revisionista, esclareciase, en el artículo 105, que la iniciativa directa de las leyes solamente competia a los representantes de la Nación reunidos en Cortes.

³⁹⁷ Para una síntesis sobre ése debate Cfr. JAIME RAPOSO COSTA, A Teoria da Liberdade, p. 55ss. Véase a propósito, los argumentos de tal constestación, defendidos por los Diputados Agostinho José Freire, Ferreira de Moura e Castelo Branco en la sesión de 13 de agosto de 1821 (*Diario das Cortes*, t. III, p. 1869 a 1877) y por Fernandes Tomás en la sesión de 17 de agosto de 1821 (*Diario das Cortes*, t. III, p. 1925-1926).

³⁹⁸ Cfr. artículo 32 de la Constitución.

representación nacional y de que la voluntad nacional puesta en representación solamente podía ser expresada por un órgano, sin posibilidad de contradicciones ³⁹⁹.

Con ésta solución realizabanse dos objetivos de señal contrario que era proseguidos por fuerzas antagónicas: a las fuerzas conservadoras, ésa solución servía por estaren esperanzados en veniren a asumir en el futuro el liderazgo en las Cortes, estando entonces en posición de desarrollaren libremente su política; a las fuerzas liberales, tal solución interesaba por inviabilizar la posibilidad de, en la secuencia de una consulta a la nación, se venir a negar la Constitución ⁴⁰⁰.

3. Los límites temporales de la revisión constitucional

Como hemos referido, en lo que respetaba específicamente a la primera revisión constitucional, la rigidez de la Constitución de 1822 resultaba agravada por se imponer un límite temporal a la revisión.

Concretando, en materia de límites temporales a la revisión constitucional, estableciase en el artículo 28 de la Constitución, por un lado, que la reforma o alteración de la Constitución solamente se podía concretar transcurridos cuatro años, contados de su publicación ⁴⁰¹.

³⁹⁹ En este mismo sentido apuntaba la Constitución de Cadiz, habiendo afirmado ARGUELLES en los debates constituyentes que "la representación nacional no puede ser más que una, y ésta, refundida solamente en las Cortes, es la que unicamente puede expresar la voluntad de los pueblos". Cfr. LUIS SANCHEZ AGESTA, *Historia del Constitucionalismo Español (1808-1936)*, 4ª ed., Madrid, 1984, pág. 84.

⁴⁰⁰ En este último sentido se ha pronunciado el Diputado Ferreira de Moura, en la sesión de 13 de agosto de 1821 (*Diario das Cortes*, t. III, p. 1875). Véase también RODRIGO FERREIRA DA COSTA, *Cathecismo político*, p. 87ss y 126ss.

Sobre estas dos posiciones antagónicas Cfr. JAIME RAPOSO COSTA, *A Teoria da Liberdade*, p. 58, nota (1) y p. 59.

⁴⁰¹ Éste artículo podía plantear un problema de interpretación cuanto a saber se debía respetar un plazo de cuatro años *de calendario* o antes un plazo de cuatro años de vigencia efectiva de la Constitución. Prácticamente el problema podía ponerse en

Por otro lado, especificabase que, cuanto a los artículos de la Constitución cuya ejecución dependía de *leyes reglamentarias*, su alteración solamente se podía concretar transcurridos cuatro años sobre la publicación de dichas leyes. Tal distinción de régimen asentaba en una clasificación de las normas constitucionales en exequibles y no exequibles por sí propias, aplicandose el límite temporal referido en último lugar a las del segundo tipo ⁴⁰².

La limitación temporal establecida era, sin embargo, aplicable, simplemente a la primera revisión de la Constitución, podendo las revisiones constitucionales siguientes concretarse a todo tiempo.

La consagración de aquél límite temporal justificabase desde luego delante de la necesidad de se garantizar la radicación de la Constitución, permitindose el mejor (y más divulgado) conocimiento de su texto y, al mismo tiempo y sobretodo, la creación de hábitos de vivencia constitucional superadores de los que se habían vinculado al Antigo Régimen. En éste sentido teniase aún en cuenta el interés en se experimentaren las soluciones constitucionalmente consagradas, favoreciendose una verificación práctica suficientemente amplia acerca de las verdaderas debilidades de la Constitución y de la adecuación a la realidad de las soluciones en ella consagradas.

4. Los límites materiales a la revisión constitucional

El poder de revisión constitucional - como ya hemos observado - no es concebido en la Constitución de 1822 como un poder libre y incondicionado, estando expresamente sujeto a límites

el segundo periodo de vigencia de la Constitución, sabendose que la Constitución ha tenido una primera vigencia de nueve meses (entre septiembre de 1822 y junio de 1823) y además que ésa segunda vigencia no ha llegado a cumplir dos años.

⁴⁰² Como ejemplos de normas constitucionales del segundo tipo, o sea no exequibles por sí propias, podemos referir los artículos: 6 (2ª parte); 8; 177; 178; 186; 188; 189; 195; 209; 212; 213; 217; 219; 220; 223, VII; 229, 235.

temporales (para la primera revisión), formales y procesales. Es de notar, sin embargo, la ausencia de fijación expresa de límites materiales.

Sin embargo, de la ausencia de fijación expresa límites materiales ⁴⁰³, siempre se podía hacer referencia a límites implícitos, entre los cuales figurarían: la integridad del Reyno; la forma monárquica de gobierno con reconocimiento de que la dinastía reinante era la de la Casa de Bragança; la proclamación de que la Religión de la Nación Portuguesa era la Católica Apostólica Romana; el principio de la constitucionalidad y de la legalidad; los principios de la libertad individual, de la seguridad y de la propiedad; los principios de la soberanía nacional y del poder constituyente de la Nación; el principio de la representación política; el principio de la separación de poderes⁴⁰⁴.

Tales límites materiales implícitos serían de afirmar delante de lo que representaba el núcleo esencial de la Constitución material contenida en el texto constitucional de 1822 y que apuntaba para la caracterización del Estado portugués como un Estado de Monarquía Constitucional hereditaria, como un Estado confesional y como un Estado Liberal de Derecho. En lo que respetaba a la forma de gobierno y a los aspectos de confesionalidad, estaban en causa elementos

⁴⁰³ Quizás, podrá hacerse referencia a un límite material expreso, aunque no sea específico del poder de revisión constitucional y se afirme en general cuanto al poder legislativo considerado en todas sus manifestaciones posibles: éste límite general transcurre de lo consignado en el artículo 10 de la Constitución, lo cual determinaba que “ninguna ley (...) sea establecida sin absoluta necesidad”. Este principio de la necesidad debe ser vinculado al imperativo de mediante la revisión constitucional, se cumplieren los fines que justifican la consagración del poder respectivo, a saber: desarrollo del ordenamiento constitucional, con adaptación de la Constitución a las exigencias impuestas por nuevas circunstancias.

⁴⁰⁴ En las Cortes Constituyentes se ha hablado de la existencia de unos “primeros principios constitucionales y universales” intangibles, que serían la inviolabilidad del Rey, la separación de poderes, la soberanía de la Nación, la responsabilidad de los Ministros, la organización de los poderes intermediarios, el método de elección.

En este sentido dando noticia de una intervención hecha por el Diputado Baeta Cfr. JORGE MIRANDA, Manual, II, p. 175.

consensuales que se intentaba preservar y que se concebían como referenciales fijos ⁴⁰⁵. A su vez el Estado Liberal de Derecho representaba una conquista revolucionaria y rechazarla significaría reconocer el fracaso de la Revolución de 1820 y del régimen constitucional, significaría la negación de la nueva orden establecida y su sustitución por otra.

Quizás, en el ámbito de una sociedad muy marcada por una ideología conservadora, algunos de esos límites - aquellos de derivación revolucionaria más radical - no pudiesen ser caracterizados también como límites inmanentes a la realidad constitucional de entonces. En todo caso, el poder de revisión constitucional presentabase vinculado a preservar lo que otorgaba identidad material a la Constitución, mismo que con eso no se obtuviese una plena coincidencia entre normalidad y normatividad constitucional.

Límites materiales no expresos serían además los que resultaban de la necesidad de las Cortes solamente poder concretar una revisión constitucional dentro de los parámetros definidos en el *decreto* de aprobación de una propuesta de revisión que tuviese sido adoptado por las Cortes en la legislatura antecedente. Este decreto fijaba el ámbito y el sentido de la revisión constitucional a concretar, que resultaban estabilizados en la secuencia del término de la legislatura en que fuera producido y de la intervención del cuerpo electoral en elecciones para la siguiente Legislatura. Las Cortes en la Legislatura siguiente tenían un mandato de revisión restringido no pudiendo sino aprobar o rechazar la propuesta que constaba del mencionado decreto de iniciativa. Las procuraciones concedidas por el electorado a los Diputados a la siguiente legislatura representaban así

⁴⁰⁵ En este punto, sin embargo, son de subrayar las críticas hechas a la Constitución de 1822 por las facciones más radicales que no aceptaban las facultades legadas a los obispos ni el exclusivismo concedido a la religión católica, defendiendo la completa libertad de los cultos. Véase a propósito: JAIME RAPOSO COSTA, *A Teoria da Liberdade*, p. 27ss; JOSÉ EDUARDO HORTA CORREIA, *Liberalismo e Catolicismo - O problema congregacionista (1820-1823)*, Coimbra, 1974.

un instrumento de limitación material del poder de concretización de la revisión constitucional.

5. Los límites procesales y formales de la revisión constitucional

En lo que respecta al régimen procesal de la revisión constitucional y aún con arreglo a lo determinado en el artículo 28 de la Constitución, debemos luego considerar la exigencia que se hacía de distinción de dos fases en el proceso respectivo: una fase iniciativa de revisión y otra fase de concretización del acto de revisión. Imponiase además que entre esas dos fases obligatoriamente debería mediar una nueva elección de Diputados, solamente pudiendo tener lugar la fase de concretización de la revisión constitucional en la legislatura siguiente a aquella en que se hubiese ejercido la iniciativa de revisión. Mediante tal elección, los electores concederían una procuración especial a los Diputados, para concretaren la pretendida alteración o reforma.

Por otro lado, la Constitución, en el mismo artículo 28, establecía límites relativos a las mayorías exigidas para toma de deliberaciones en materia de revisión constitucional, determinando en particular que la aprobación de la iniciativa de revisión constitucional, así como la aprobación del acto final de revisión necesitarían del voto concurrente de dos tercios de los Diputados presentes ⁴⁰⁶.

Por fin y en lo que respecta a los límites formales, hay que considerar que el artículo 28 de la Constitución determinaba que el acto de aprobación de una iniciativa de revisión constitucional debería

⁴⁰⁶ La especificación de que esa mayoría se contabilizaba con referencia al número de diputados presentes solamente se hacía a propósito de la iniciativa de proposición de reforma. Sin embargo es de entender que tal regla era también aplicable a la aprobación del acto final de revisión por analogía o mismo por simple necesidad de interpretar integradamente el artículo 28 en sus distintos párrafos.

ser reducido a decreto. Tal decreto además debería formalizar una orden a los electores de los diputados para la siguiente legislatura para que en las procuraciones respectivas concedesen a los Diputados especial facultad para poderen hacer la pretendida alteración o reforma, obligandose al mismo tiempo a reconocer ésta como constitucional en el caso de llegar a ser aprobada. A su vez, estableciase que, después de aprobada en la siguiente legislatura, la propuesta de revisión sería luego habida como ley constitucional, incluida en la Constitución y presentada al Rey para que la hiciése publicar y ejecutar en toda la Monarquía. La técnica utilizada de formalización de la revisión constitucional parece haber sido la de los actos adicionales. Así, en la secuencia de revisiones constitucionales, la Constitución formal pasaria a integrar la Constitución instrumental y aún las leyes constitucionales mientras tanto debidamente aprobadas.

6. Proceso de revisión constitucional

Analizando en su secuencia el proceso de revisión de la Constitución de 1822 y empezando por una referencia a la fase de *iniciativa de revisión constitucional*, cumple recordar primeramente que el mencionado artículo 28 determinaba simplemente que, una vez respetado el límite temporal de la revisión constitucional, se podía proponer en Cortes la reforma o alteración que se pretendiera. No se decía ahí, sin embargo, a quién pertenecía presentar propuestas de revisión constitucional. Para responder a esta cuestión había que recurrir al dispuesto en el artículo 105 de la Constitución que disponía que la *iniciativa directa de las leyes* solamente competía a los representantes de la Nación junto de las Cortes. Así, y considerandose que el concepto de ley ahí presente era un concepto amplio en el cual cabía también referencia a las leyes constitucionales conteniendo actos de revisión de la Constitución, teníamos que los Diputados serían las únicas entidades que gozaban del poder de *iniciativa directa de*

revisión constitucional. Es en todo caso de tener presente que el mencionado artículo 105 admitía también que los Secretarios de Estado podían hacer propuestas legislativas, las cuales, después de examinadas por una Comisión de las Cortes, podían ser convertidas en proyectos de ley. Este poder de iniciativa indirecta -según creemos- en la ausencia de disposición expresa en contrario, sería de admitir también en materia de revisión constitucional, y no solamente cuanto a la legislación ordinaria ⁴⁰⁷.

La iniciativa de revisión, en una otra orden de consideraciones, debía ser ejercida mediante propuesta de revisión constitucional de un o más Diputados. La presentación de una propuesta no excluía la posibilidad de presentación de otras por otros Diputados. No se establecía ningún plazo para presentación de nuevas propuestas, pero, como solamente podía vengarse una, debía entenderse que las nuevas propuestas solamente podían ser presentadas hasta el momento en que fuere tomada una deliberación final y definitiva de iniciativa de revisión constitucional.

La propuesta de revisión constitucional presentada, como resultaba del artículo 28 de la Constitución, debía ser leída por tres veces con intervalos de ocho días y, en el caso de ser admitida a la discusión y de la mayoría de dos tercios de los Diputados presentes concordaren en su necesidad, esa propuesta sería reducida a decreto, en lo cual se ordenaría a los electores de los Diputados para la siguiente legislatura, que en las procuraciones les concedesen la

⁴⁰⁷ Contra tal entendimiento podía en todo caso invocarse el argumento de que el proceso de conversión de las propuestas de los Secretarios de Estado en proyectos de ley no se mostraba compatible con el proceso de iniciativa de revisión consagrado en el artículo 28. La conversión de las propuestas en proyectos de ley dependía de su examen por una Comisión de las Cortes y de su aprobación, mientras que las propuestas de revisión constitucional serían luego sometidas a discusión y aprobación del plenario de las Cortes. Por otro lado, podía también invocarse contra éste entendimiento la existencia de una prohibición implícita de tal iniciativa de revisión constitucional por parte de los Secretarios de Estado, delante de lo consignado en el artículo 27 de la Constitución, que establecía que solamente a la Nación pertenecía por sus Diputados juntos en Cortes hacer su Constitución.

especial facultad para hacer en la pretendida alteración o reforma, obligándose a reconocerla como constitucional en el caso de llegar a ser aprobada.

Delante de lo consignado en el artículo 108 de la Constitución, si una propuesta de revisión no hubiese sido admitida a la discusión o a votación o, si admitida, no hubiese sido aceptada, no podía de nuevo ser presentada en la misma sesión de la legislatura, salvo si lo fuese en términos algo distintos de la propuesta mientras tanto rechazada.

El decreto de iniciativa de revisión constitucional era revocable o sustituible por un nuevo decreto antes de terminada la legislatura en la cual hubiese sido aprobado. Todavía, en homenaje a la voluntad popular, ése decreto debía considerarse irrevocable y insustituible una vez realizadas las elecciones para los Diputados a la siguiente legislatura, y así una vez concedida por la Nación la procuración especial para la revisión constitucional. Tal decreto (salvo renovación) caducaba en todo caso una vez concluida la legislatura siguiente. Los poderes conferidos en el decreto se destinaban a ser ejercidos en la legislatura siguiente, y no en otras legislaturas.

Considerando por otro lado la fase de discusión y aprobación de la revisión constitucional, tenemos desde luego que, en la legislatura siguiente a la que había aprobado el decreto de iniciativa de revisión constitucional, la propuesta de revisión destinabase a ser objeto de nueva discusión y votación, no se admitiendo en todo caso la modificación de su contenido que se encontraba, de una vez por todas, estabilizado en el mencionado decreto de iniciativa.

Era en seguida la propuesta sometida a votación para efectos de su eventual aprobación la cual se concretaba validamente mediante el voto concurrente de al menos dos tercios de los Diputados presentes. La aprobación debía incidir sobre la propuesta considerada en su conjunto, afirmandose así un principio de su unidad. Así se puede comprender que, como determinaba el artículo 28 de la

Constitución, en seguida a su aprobación, la propuesta era luego habida como ley constitucional.

La ley constitucional en referencia, por aplicación del dispuesto en el artículo 109, después de ser leída en las Cortes y firmada por el Presidente y dos Secretarios, era presentada al Rey en duplicado por una Diputación de cinco de sus miembros, nombrados por el Presidente o en caso de el Rey estar fuera de la capital, debía serle presentada por el Secretario de Estado de la respectiva repartición.

Cumplía finalmente al Rey simplemente hacer publicar y ejecutar la ley constitucional en toda la Monarquía, no dependiendo, tal como resultaba del artículo 112, I de la Constitución, de sanción real.

7. Las vicisitudes constitucionales

a) La Constitución de 1822 -como ya se ha mencionado- ha tenido dos cortos periodos de vigencia, cumpliendo al todo poco más de dos años de vigencia.

Eses dos periodos se han caracterizado por una fuerte inestabilidad constitucional, provocada por una falta de consenso en torno de una Constitución que se revelaba demasiado avanzada, casi republicana, en el ambiente de la sociedad portuguesa ⁴⁰⁸ y europea de

⁴⁰⁸ ALEXANDRE HERCULANO subrayando el factor económico ha afirmado en tal sentido "que se había hecho una Constitución poco más o menos republicana, pero interamente inadecuada al país (...) El pueblo espantabase de ser tan grande, tan libre, tan rico, en derecho teórico: porque en la realidad, en los hechos materiales, palpables, de la vida económica las cosas estaban poco más o menos en la misma". Y J. P. d'OLIVEIRA MARTINS, *História de Portugal*, 16ª ed., Lisboa, 1972, pág. 529. añadió que los revolucionarios de 1820 "eran apóstolos, cuando la miseria pública no dejaba tener oídos para disertaciones, y solamente podía ser convencida por hechos duros y crueles". ALMEIDA GARRETT (*Portugal na Balança da Europa*, Lisboa, Livros Horizonte, s.d., pág. 209), a su vez, subrayando las debilidades institucionales y el factor clasista, ha considerado que el aislamiento de la Corona en el medio de las masas demagógicas

entonces y que representaba un tema central de conflictos políticos graves.

La Constitución no ha sido jamás reformada, preferiéndose antes - y además por dos veces - la vía revolucionaria de cesación de su vigencia, para se hacer frente a los estrangulamientos político-constitucionales verificados o a reivindicaciones (internas y externas) reaccionarias.

Del punto de vista de su cumplimiento, la Constitución ha sido constantemente violada, traduciendo éso la circunstancia de no haber beneficiado de un sentimiento general de respeto y de haber sido en la práctica utilizada sobretudo como instrumento de lucha política. La disidencia entre normalidad y normatividad constitucional ha sido fatal para la Constitución.

Quizás, la rigidez constitucional (en lo que respecta específicamente al límite temporal de cuatro años para la revisión constitucional) puede también haber influenciado la verificación de las vicisitudes sufridas por la Constitución, no facilitando la adaptación de la Constitución a las exigencias de una conyuntura que no le era favorable.

b) El primero periodo de vigencia de la Constitución ha terminado en la secuencia de la revuelta conocida por *Vila-Francada* verificada en finales de Mayo de 1823.

Este pronunciamiento beneficiando de la adhesión del Rey,

ha conducido a que el Rey no podía, ni proteger la democracia, ni contener la aristocracia, la cual sin vínculo o interés legal alguno que la atañese al Estado, por necesaria reacción promovía la destrucción de un sistema que por odio no la había admitido y por impotencia y recelo no la pretendía aniquilar. De ahí la incongruencia y impracticabilidad del código político de 1822. En sentido próximo, JOSÉ ALBERTO DOS REIS (Direito Constitucional, Coimbra, 1909, pág. 10), teniendo presente el factor religioso, ha considerado que "la alma de la población era hostil al liberalismo (...). Las ideas nuevas eran proclamadas en libros condenados por la censura eclesiástica y rigurosamente prohibidos por los confesores; el liberalismo se les presentaba pues envuelto en una atmósfera de herejía y pecado".

ha conducido a la disolución de las Cortes (operada por el monarca en 3 de Junio de 1823) y a la restauración de un absolutismo de cuño moderado ⁴⁰⁹.

Se ha hecho entonces la promesa de regreso al constitucionalismo, mediante la futura preparación de una nueva Constitución más de acuerdo con las tradiciones nacionales, instituyéndose, mediante Decreto de 18 de Junio de 1823, una Junta para preparar un proyecto de Carta de ley fundamental, a ser otorgada por el Rey que, regulada por los sanos principios del derecho público, establecése en perfecta harmonia el ejercicio del poder supremo y la permanente seguridad legal de los pueblos, flanqueando los camiños que debésen conducir la administración pública, por mejoramientos progresivos, al grado de perfección compatible con las instituciones

⁴⁰⁹ La revuelta fué dirigida por el infante D. Miguel, que en proclamación redactada en Villa Franca de Xira, a 27 de mayo de 1823, ha explicado a los portugueses que la honra le no permitia ver por más en vergonzosa inercia la majestad real, ultrajada y hecha ludibrio de faccioso, el rey reducido a un simple fantasma, la magistratura despojada y ultrajada, la nobleza reducida al abatimiento, la religión y sus ministros objeto de mofa y escarnio. Anunciaba entonces que pretendia libertar el rey, para que Su Majestad, libre, octorgáse una Constitución a los pueblos, tan ajena del despotismo como de la licencia.

En 31 de mayo, el rey en proclamación firmada también en Villa Franca de Xira declaraba que las instituciones existentes eran incompatibles con la voluntad, usos y persuasiones de la mayor parte de la monarquia, y que queria salvar sus subditos de la anarquia y de la invasión, conciliando los partidos, proponendose modificar la Constitución y confesando que jamás habia deseado el poder absoluto que rechazaba por contrario a sus sentimientos. Su propósito era asegurar la dignidad de la Coroa y garantizar las libertades.

En 2 de junio siguiente, los Diputados de las Cortes firmaban una declaración de protesta, en la cual manifestaban su deliberación de interrumpiren sus sesiones hasta que la deputación permanente o el presidente de las Cortes juzgasen conveniente reunir sus diputados.

En 3 de junio, el rey en proclamación firmada en Villa Franca de Xira disuelve las Cortes, considerando que la Constitución era habida como un conjunto de maximas promulgadas con el fin de encubrir principios subversivos y no subsistentes, que tenian el fin de sepultar con la dinastia reynante la monarquia portuguesa.

Para una noticia detallada de éstos hechos Cfr. LOPES PRAÇA, Collecção, II, p.198ss.

humanas y fijáse de una vez los futuros destinos y la prosperidad de la monarquía portuguesa. Ése proyecto de Carta de ley fundamental ha sido redactado pero no ha sido adoptado, habiendo antes sido declarada, mediante carta de ley de 4 de Junio de 1824, la vigencia integral de las leyes tradicionales, y luego después prevista la convocación, que no llegó a concretarse, de las antiguas Cortes ⁴¹⁰.

Este periodo de interregno constitucional se ha mantenido hasta el fallecimiento de el rey D.João VI y a la subsiguiente aclamación de su hijo D.Pedro y a la octorga por éste en 1826 de una Carta Constitucional ⁴¹¹.

Éste primero fracaso de la Constitución de 1822, concretamente, puede ser justificado historicamente con arreglo a influencias externas, derivadas de la política conservadora de la Sancta Alianza que habia tenido desde luego sus frutos en Turin, Napoles y España ⁴¹², pero también con referencia a causas internas que pueden

⁴¹⁰ El texto de esta carta de ley, producida en la secuencia del logro del movimiento absolutista radical que se ha quedado conocido como "Abrilada", encuentrase publicado en CLEMENTE JOSÉ DOS SANTOS, Documentos para a História das Cortes Gerais, vol.I, Lisboa, 1883-1891, p. 871-873 y en LOPES PRAÇA, Collecção, II, p. 204 ss.

Sobre el processo conducente a la elaboración del proyecto de Constitución de 1823 Cfr. PAULO MERÊA, Projecto de Constituição de 1823, Coimbra, 1967 (Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, XLIII, p. 133 a 145); NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, Notulas historico-jurídicas- Projectos de Constituição entre a Vilafrancada (1823) e a morte de D. João VI (1826), in RJ AAFDL, I-1979, p.114-115; A.M. HESPANHA, O Projecto institucional do tradicionalismo reformista, in O Liberalismo na Península Ibérica, 1º vol., Lisboa, 1982, p.74; JOSÉ HENRIQUE DIAS, A Carta Constitucional prometida, in História e Filosofia, VI, 1987, p. 543ss. Cfr. aún SIMÃO JOSÉ LUZ SORIANO, História da guerra civil e do estabelecimento do governo parlamentar em Portugal, III época, t. 2, p.1, Lisboa, 1893, p. 193 ss; JOSÉ DE ARRIAGA, História da revolução portuguesa de 1820, III, Porto, 1989, p. 613.

⁴¹¹ A propósito Véase *infra*.

⁴¹² Cabe en éste punto hacer el recuerdo de la intervención diplomática de las potencias de la Sancta Alianza en la secuencia del Congreso de Verona de 22 de octubre de 1822 y que ha sido seguida de intervención militar francesa y culminado con la restauración de la autoridad soberana de Fernando VII, que luego (octubre de 1823) ha disuelto las Cortes y revocado la Constitución. Ya antes en la secuencia de los Congresos de Troppan (octubre 1820) y Layback (enero de 1820), los

ser ligadas a una consciencia (mismo entre los adeptos del partido constitucionalista) de que la Constitución no tenía condiciones políticas para se mantener ⁴¹³, ya que no posibilitaba un gobierno monárquico estable y verificabase una falta de educación constitucional ⁴¹⁴, o mismo, más radicalmente, una falta de ilustración generalizada que permitía manipulaciones ⁴¹⁵.

c) La vigencia de la Constitución de 1822 ha sido históricamente recobrada en medio de un periodo de grande conturbación político-constitucional, siguiendose a un primero periodo de interregno constitucional (1823-1826), a un periodo de restauración del constitucionalismo bajo la vigencia de la Carta Constitucional de 1826 (1826-1828), a un segundo periodo de interregno constitucional (1828-1834) y por ultimo a un nuevo periodo de vigencia de la Carta Constitucional de 1826 (1834-1836).

Se ha iniciado ésa segunda vigencia de la Constitución de 1822 en la secuencia de la Revolución de septiembre de 1836 ⁴¹⁶, a la

soldados austriacos habían restablecido el absolutismo en Nápoles y Turin. Así, las tres revoluciones contemporaneas de la revolución portuguesa de 1820 - la revolución de Madrid, Napoles y Turin - tenían el mismo fin.

⁴¹³ En éste sentido se ha planteado en las Cortes ordinárias elegidas en 1822 el problema de la reforma de la Constitución, habendo mismo la propuesta de reforma sido presentada de nuevo en una de las ultimas sesiones de las Cortes. Cfr. SIMÃO JOSÉ DA LUZ SORIANO, História da guerra civil e do estabelecimento do governo parlamentar em Portugal, III época, t. 2, p.1, Lisboa, 1893, p.156.

Véase a propósito: ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, O projecto institucional, p.73.

⁴¹⁴ En éste sentido: THOMAZ RIBEIRO, História da legislação liberal portuguesa, vol.II, p.36.

⁴¹⁵ En éste sentido: LOPES PRAÇA, Collecção, II, p. XXI.

⁴¹⁶ Los hechos que condujeron a la revolución de septiembre pueden ser así sintetizados:

- En las Cortes desarrollabase un movimiento de oposición jefiada por Passos Manuel contra el Gobierno;
- Disolución de las Cortes, en junio de 1836 con vista a anularse la influencia de la oposición;
- En las elecciones realizadas en seguida, las fuerzas de la oposición son bien sucedidas en diversos círculos electorales;

que ha asistido una intención renovadora favorable a la realización de un proyecto liberal avanzado, a un rompimiento con el sistema conservador de la Carta y al volver en su puridad al ideário de la revolución de 1820.

La reposición en vigencia de la Constitución de 1822 ha sido concretada por el Decreto de 10 de Septiembre de 1836, por lo cual además también se han luego convocado las Cortes Generales, con poderes para introducir en la Constitución las modificaciones que se entendiése convenientes ⁴¹⁷.

- En 9 de septiembre, la llegada a Lisboa de los Diputados de la oposición, desencadena manifestaciones que benefician de la adhesión militar;

- La reyna, impotente delante de los hechos revolucionarios, declara la abolición de la Carta, restaurando la vigencia de la Constitución de 1822.

El paralelismo entre la revolución portuguesa de septiembre y la revolución española que ha conducido al restablecimiento de la vigencia de la Constitución de Cadiz, en 2 de agosto de 1836, es evidente. A propósito Cfr. RIBEIRO DOS SANTOS, *A Imagem do Poder*, p. 55.

Sobre la revolución de septiembre además de las obras generales de historia del constitucionalismo portugués, Cfr.: JOSÉ DE ARRIAGA, *História da Revolução de Setembro*, Lisboa, 3 vols. s.f.; MARIA DE FATIMA BONIFÁCIO, *A Revolução de 9 de Setembro de 1836. A lógica dos acontecimentos*, in *Análise Social*, nº 78, 1982; BENEDITA DUQUE VIERA, *A Revolução de Setembro e a discussão constitucional de 1837*, Lisboa, 1987; SACUNTALA DE MIRANDA, *A Revolução de Setembro de 1836 -Geografia eleitoral*, Lisboa, 1982; VITOR DE SÁ, *A Revolução de Setembro de 1836*, Lisboa, 1979; JOEL SERRÃO, *A Revolução de Setembro (1836)*, in *Dicionário de História de Portugal*, Lisboa, 1971, III, p. 859-863;

⁴¹⁷ En el mismo sentido en las instrucciones electorales del 8 de octubre de 1836 (aplicables a la elección de los Diputados a las Cortes generales constituyentes), determinabase que fuésen conferidos a los Diputados a elegir "amplios poderes para... reformar, derogar o alterar cualesquier artículos de la Constitución del 23 de Septiembre de 1822, así como para acrecentar otros y introducirle además las modificaciones consideradas convenientes" (art. 43). Sin embargo, más tarde, por el Decreto de 6 de noviembre de 1836, delante de una fuerte oposición de los defensores del *cartismo*, se han modificado los términos del otorgamiento de poderes constituyentes a los Diputados, autorizandose éstos a hacer en la Constitución de 1822 y en la Carta Constitucional de 1826 las alteraciones consideradas necesarias, con el objetivo de "estableceren una ley fundamental que aseguráse la libertad legal de la Nación, las prerrogativas del Trono Constitucional y que estuviése en armonía con las monarquías constitucionales de la Europa". En éste sentido Cfr. MARCELLO CAETANO, *Constituições Portuguesas*, p. 43-44.

En éste ultimo sentido, la reposición en vigencia de la Constitución de 1822 se ha hecho en una perspectiva de *transitoriedad*: la Constitución destinabase a vigorar hasta el momento en que pudiése ser substituida por una nueva Constitución a elaborar mientras tanto. Preveíase la realización a breve plazo más que una simples revisión de la Constitución de 1822. Preveíase la elaboración de una nueva Constitución.

Distintamente de lo que determinaba la Constitución de 1822 acerca de la revisión constitucional, al convocarese las Cortes Constituyentes, se ha consignado la necesidad (luego confirmada en las instrucciones electorales) de atribución a los Diputados a elegir de amplios poderes constituyentes, no se procedendo a una su limitación material. Pedíase a la Nación una procuración constituyente general, y no una procuración especial para se concretaren determinadas modificaciones constitucionales, ya perfectamente especificadas. No se ha así, primeramente estabilizado una propuesta concreta de revisión constitucional, para solamente después la Nación, delante de éso y en acto electoral, conceder una procuración especial para se concretizar la revisión constitucional proyectada. El poder de aprobación de la revisión constitucional, por fin, no se ha presentado como un poder estrictamente vinculado, surjindo antes amplio y libre. Estaba entonces en causa un verdadero poder constituyente originário.

Al seguirse una via distinta de la prevista en la Constitución y de acuerdo con las intenciones revolucionarias prevalecentes, lo que se queria verdaderamente era no tanto la Constitución de 1822, pero antes una nueva Constitución de 1820 en que se valorizáse el dogma de la soberania nacional, la realidad de una Constitución dada por la Nación y no octorgada por la Coroa, la exigencia de abolición de la Camara de los Pares, o al menos de que ésta, subsistindo, no votáse la ley constitucional ⁴¹⁸.

⁴¹⁸ En éste sentido se ha pronunciado Passos Manuel en la sesión de las Cortes de 21 de enero de 1837. Cfr. LOPES PRAÇA, Collecção, II, p. 210.

La consciencia de la transitoriedad de la vigencia de la Constitución ha favorecido el hecho de que en la practica se verificasen, en el periodo de la segunda vigencia de la Constitución de 1822, multiplas situaciones de inconstitucionalidad o de incumplimiento o no observancia de la Constitución con las cuales se ha transijido por que se consideraban necesarias ⁴¹⁹.

En su segunda vigencia, la Constitución surge así como una *Constitución más nominal que normativa*, cumpliendose además la orientación inicialmente asumida, en el momento de reposición en vigor de la Constitución, de que ésta se destinaba a tener vigencia con las modificaciones que las circunstancias justificásen ⁴²⁰.

En éste periodo consideranse superadas las intenciones de retorno al Antiguo Régimen, siendo ahora dominado por un conflicto entre orientaciones *vinistas* y *cartistas* que ha forzado a la busqueda de una solución de compromiso entre ambas ⁴²¹.

Siguense así de pierto las tendencias constitucionales verificadas por ejemplo en Francia en la secuencia de la Revolución de Julio de 1830 y en España con la reposición en vigencia de la Constitución de 1812 y con la preparación de la Constitución de 1837, de pendor más moderado.

La cesación definitiva de vigencia de la Constitución de 1822 viene a operarse en la secuencia de la conclusión de los trabajos constituyentes de las Cortes Generales y con la aprobación y entrada en vigencia de la Constitución de 1838.

⁴¹⁹ Tal ha sido expresamente reconocido por PASSOS MANUEL (miembro del triunvirato que dirigia el Gobierno de entonces) delante de las Cortes, llegando a declarar que la ejecución de la Constitución de 1822 seria un crimen horrible, porque tal implicaria una pérdida de la revolución y de la libertad, y a confesar que se habia violado un sin numero de artículos de la Constitución. Cfr. a propósito, MARCELO CAETANO, *Constituições Portuguesas*, p. 43-44.

⁴²⁰ Véase el citado Decreto de 10 de septiembre de 1836, que se puede encontrar en *Estatísticas Parlamentares*, vol.I, p.47 y en LOPES PRAÇA, *Collecção*, II, p.209.

⁴²¹ Véase RIBEIRO SANTOS, *A Imagem do Poder*, p. 57-58.

CAPITULO III

LA CARTA CONSTITUCIONAL DE 1826

Sumário:

1. Consideraciones generales
2. La organica de revisión constitucional
3. Los limites temporales de la revisión constitucional
4. Los limites materiales de la revisión constitucional
5. Los limites procesales y formales de la revisión constitucional
6. Proceso de revisión constitucional en forma simplificada
7. Proceso de revisión constitucional en forma solemne
8. Las vicisitudes constitucionales, en general
9. La preactica de revisión constitucional

1. Consideraciones generales

a) La Carta Constitucional de 1826 ⁴²² surge en la secuencia de un periodo de interregno constitucional que ha durado desde 1823 y que se ha traducido en un retorno al absolutismo monárquico sin ruptura completa con la orden liberal - a un absolutismo matizado por indecisas intenciones constitucionalistas que apuntaban para la elaboración de una nueva Constitución.

Se ha tratado de una Constitución octorgada, habiendo tenido un origen que la vinculaba a un título de legitimidad monárquica.

La génesis histórica de la Carta Constitucional debe ser comprendida con arreglo a los hechos que se han seguido a la muerte del Rey D. João VI (10 de marzo de 1826) y con referencia específica al problema de su sucesión.

⁴²² Sobre la Carta Constitucional de 1826 Cfr.: MARTIM ALBUQUERQUE y RUY ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, II, Lisboa, 1983, p. 246ss; MARCELLO CAETANO, *Constituições Portuguesas*, p. 27ss; ID., *Carta Constitucional*, in *Verbo*, IV, p. 119 ss; ID., *Manual*, II, p. 423 ss; JORGE CAMPINOS, *A Carta Constitucional de 1826, Comentário e texto*, Lisboa, 1975; FERREIRA BORGES, *Cartilha do Cidadão Constitucional dedicada à Mocidade Portuguesa*, Londres, 1832; FEZAS VITAL, *Direito Constitucional*, Lisboa, 1936-37, p. 337ss; MIGUEL GALVÃO TELES, *Constituições Portuguesas*, *Verbo*, V; J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 293 ss; LARANJO, *A Constituição Política do Paiz*, Coimbra, 1901; LOPES PRAÇA, *Collecção*, II, p. XXII ss y 211 ss; ID., *Estudos sobre a Carta Constitucional e o Acto Adicional de 1852*, 3 vols., Coimbra, 1878-1880; MARNOCO E SOUSA, *Direito Político - Poderes do Estado*, Coimbra, 1910; JORGE MIRANDA, *Manual*, I, p. 270ss; ID., *Constituições Portuguesas*, in *Polis*, V, p. 1169ss; GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, *Portugal - Instituições e Factos*, Lisboa, 1991, p. 21 ss; SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA, *Observações sobre a Carta Constitucional do Reino de Portugal e a Constituição do Império do Brasil*; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Os Partidos Políticos no Direito Constitucional Português*, Braga, 1983, p. 136 ss; JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Sciência Política e Direito Constitucional*, Coimbra, 1905; CHRISTIAN SAUSSAY, *De l'évolution constitutionnelle du Portugal Contemporain - De la Revolution de 1820 à l'Estado Novo*, Nice, 1973; MÁRIO SOARES, *Carta Constitucional*, in *Dicionário de História de Portugal*, I, p.494 ss; JOSÉ TAVARES, *O Poder governamental no Direito Constitucional Português*, Coimbra, 1909; TRINDADE COELHO, *Manual Político do Cidadão Português*, Lisboa, 1908.

El príncipe real de Portugal y Imperador de Brasil, D. Pedro (hijo de D. João VI) fué reconocido como Rey por toda la *Regencia* que, delante de la enfermedad de D. João VI, habia sido encargada del gobierno, así como por su hermano D. Miguel. No obstante, mediante la acumulación en la persona de D. Pedro de las posiciones de Rey de Portugal y de Imperador de Brasil, creabase una situación de *unión personal* entre Portugal y Brasil, que no era considerada conveniente ni por portugueses, ni por brasileños, ni mismo por los ingleses que mantenian su influencia en Portugal, queriendo todos la radical separación de Portugal y Brasil ⁴²³. D. Pedro consciente de éso y no teniendo intenciones de abdicar del Imperio de Brasil, buscaba una solución para el problema de la sucesión, pero que garantizase el restablecimiento del constitucionalismo en Portugal. No abdicaria de sus derechos al trono portugués sin que éso quedase asegurado. Respondiendo como que a un espíritu de misión ⁴²⁴, queria para Portugal lo que habia conseguido para el Brasil, con la Constitución que le habia dado en 1824. Habia que dotar Portugal de una nueva Constitución, por si otorgada, y después abdicar.

La redacción del texto de la Carta ha sido así concretada en circunstancias de urgencia delante de la necesidad de rápida resolución

⁴²³ Tal situación además contrariaba las disposiciones vigentes sobre sucesión en el trono, que no consentian en que la sucesión se pudiese operar en favor de un extranjero. Y D. Pedro, al declarar la independencia de Brasil y al convertirse en Imperador de Brasil, podia ser presentado en el ordenamiento portugués como extranjero.

⁴²⁴ Expresando ésta vertiente de la personalidad de D. Pedro, J.P.D'OLIVEIRA MARTINS (Portugal Contemporâneo, I, 8ª ed., 1976, pág.37) há representado la figura del príncipe como alguien que "se consideraba como un Bolívar, con la superioridad incontestable, para él, de ser de sangre de los reyes. Lo que en el español fuera una ascensión, era en el mancebo un acto generoso de magnanimidad espontanea que llevaba del orgullo. Un rey que *dá* la libertad es incomparablemente más, que un general que la conquista. Véase noble, véfase héroe. Y los que lo rodeaban, discipulos de *Bentham*, hijos de países sin tradicionalismos católicos ni monarquias, acreditaban que la suma felicidad de los pueblos consistia en las formulas de ésas Constituciones que día a día los nuevos Estados de la America encomendaban al publicista inglés. Era una bella ocasión de subrayar la acción refleja del nuevo sobre el viejo mundo: se mandase Bentham de vuelta-de-viaje para Lisboa."

del problema de la sucesión al trono, habiendo sido redactada en cinco días, entre 24 y 29 de Abril de 1826 ⁴²⁵.

La Carta fué otorgada en el propio día 29 de Abril, nombrandose luego en el día siguiente los miembros de la nueva Camara de los Pares, prevista en la Carta, y ordenandose que se procedése sin retrazos a las elecciones de Diputados en la forma constitucionalmente establecida.

En 2 de mayo, D. Pedro promete abdicar de todos sus derechos al trono portugués en favor de su hija D. Maria da Glória bajo la doble condición de ésta casar con su tío D. Miguel (que quedaria Regente hasta la mayor edad de su cónyuge) y de se proceder al juramento de la Carta Constitucional.

En 31 de julio, se ha procedido, a instancias del general Saldanha, al juramento de la Carta, por la infanta regente, D. Isabel Maria, así como por los miembros del gobierno, por los titulares y demás miembros de la Corte ⁴²⁶.

b) La Carta Constitucional ha tenido como principal fuente el texto de la Constitución brasileña de 1824, que habia sido también otorgada por D. Pedro ⁴²⁷. Tal como ésta Constitución brasileña, también la Carta Constitucional traduce la influencia decisiva del pensamiento de Benjamin Constant (particularmente de su

⁴²⁵ La redacción del texto fué atribuida a José Joaquim Carneiro de Campos, marquez de Caravellas, que al tiempo era Ministro de Justicia de Brazil. Cfr. LOPES PRAÇA in *Collecção*, II, p. XXIII, citando J.MARTINS DE CARVALHO. AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO (*Introdução a O constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal*, ed. do Ministério da Justiça do Brasil, 1972) llega todavía a conclusión diversa, considerando haber sido el propio D. Pedro quién, auxiliado por su secretario Gomes da Silva, ha redactado el texto de la Carta, trabajando sobre el proyecto revisto del Consejo de Estado para la Constitución brasileña de 1824. Cfr., a propósito, JORGE MIRANDA, *Manual*, I, p. 270-271.

⁴²⁶ La abdicación de D. Pedro se ha concretado, aunque antes del cumplimiento de todas las condiciones por él establecidas, mediante decreto de 3 de marzo de 1828.

⁴²⁷ Sobre las dos Constituciones Cfr. SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA, *Observações sobre a Carta Constitucional do Reino de Portugal e sobre a Constituição do Império do Brazil*.

pensamiento expreso en *Ésquisse de Constitution*, 1814)⁴²⁸ y luego también de la Carta Constitucional francesa de 1814⁴²⁹.

Además es también de observar la influencia ejercida por la propia Constitución portuguesa de 1822, resultando tal notoriamente de la transcripción de algunos de sus preceptos.

Del punto de vista de su sentido, la Carta Constitucional presentabase como más conservadora que la Constitución de 1822, recojendo y traduciendo la aceptación de los valores fundamentales del constitucionalismo, pero con atenuaciones de su alcance democrático⁴³⁰.

Concebiase por un lado, una Monarquía Constitucional, pero con refuerzo de la posición del Rey y con cierta depreciación de la idea de separación de poderes. Subrayabase el principio monárquico, considerandose que el Rey era por si representante de la Nación y era el Jefe Supremo de la Nación. Estaba además subyacente la recuperación de los poderes del rey absoluto, pero ahora encuadrados en los esquemas constitucionales y concebidos como factor arbitral y de neutralización de conflictos político-institucionales

⁴²⁸ La influencia del pensamiento de CONSTANT se ha verificado luego en la concepción de un poder real en cuanto *llave de toda la organización política*. En el artículo 71 de la Carta el *poder moderador* del rey era exactamente definido en éses términos.

⁴²⁹ Sobre el cuño más democrático de la Carta Constitucional portuguesa de 1826. Cfr. LOPES PRAÇA, *Collecção*, II, pág. XXIV. JORGE MIRANDA (Manual, I, p. 271-272), después de considerar que la Carta Constitucional portuguesa en distintos aspectos era menos democrática que la Constitución brasileña de 1824, concluye en el sentido de que la Carta se asemejaría más a la Carta Constitucional francesa de 1814. Véase también las comparaciones hechas por: JORGE CAMPINOS, *A Carta Constitucional de 1826*, Lisboa, 1975; RIBEIRO DOS SANTOS, *A Imagem do Poder*, p. 425.

⁴³⁰ En éste sentido, en Proclamación de 12 de julio de 1826, la infanta-regente D. Isabel Maria, anunciando la publicación de la nueva Constitución, subrayaba que ésta era "esencialmente distinta de aquella Constitución que ha abortado del seno de una facción revolucionaria en 1822" que no era una concesión "arrancada por el espíritu revolucionario", siendo antes "un don espontaneo del poder legitimo de su majestad meditando en su profunda y real sabiduria". Y subrayaba aún que en ésta Carta se intentaba "terminar la lucha de los principios extremos que tienen agitado todo el universo". Cfr. MARCELLO CAETANO, *Constituições Portuguesas*, p. 35.

⁴³¹ El Rey, en la línea del pensamiento de B. Constant, pasaba a disponer de un Poder Moderador, *llave de toda la organización política*, pertenecendole garantizar la independencia, equilibrio y armonía de los demás Poderes Políticos ⁴³². Además el Rey sería el Jefe del Poder Ejecutivo, función que ejercería mediante sus Ministros de Estado ⁴³³.

Por otro lado, viene entonces a reforzarse la componente aristocrática del régimen. En éste sentido, por un lado, garantizase expresamente la Nobleza Hereditaria y sus regalías ⁴³⁴. Por otro lado, pasando las Cortes a órgano bicamaral, crease, al lado de una Cámara de Diputados, una Cámara de Pares que era compuesta de Miembros vitalicios y hereditarios, nombrados por el Rey ⁴³⁵ ⁴³⁶ ⁴³⁷.

Además, el sistema electoral consagrado en la versión originaria de la Carta (y en confronto con lo que resultaba a propósito de la Constitución de 1822) pierde en democraticidad, resultando éso de la introducción del sufragio indirecto en las elecciones de los Diputados⁴³⁸ y de la introducción de nuevas restricciones en la definición de la capacidad electoral activa y pasiva ⁴³⁹.

Por ultimo, la tendencia más conservadora de la Carta Constitucional patentizabase aún en una secundarización del

⁴³¹ CARLOS PASSOS (História de Portugal, dirigida por Damião Peres, ed. de Barcelos, vol.II, p. 131) habla a propósito de un "absolutismo disfrazado con el *travesti liberal*".

⁴³² Cfr. artículo 71.

⁴³³ Cfr. artículo 75.

⁴³⁴ Cfr. artículo 145 § 31.

⁴³⁵ Cfr. artículo 39 de la Carta

⁴³⁶ Como observa J.J.GOMES CANOTILHO (Direito Constitucional, p. 291) mediante la Cámara de los Pares se ha dado un encuadramiento constitucional a las fuerzas nobiliarquico-feudales-clericales, que representaban el soporte sociológico del *Ancien Régime*.

⁴³⁷ De acuerdo con el pensamiento de CONSTANT ésta división en las Cortes buscaba dar respuesta a una intención de se asegurar una representación de la opinión, a través de una Cámara elegida - la Cámara de los Diputados -, y una representación perene, a través de una Cámara hereditaria - la Cámara de los Pares.

⁴³⁸ Cfr. artículo 63.

⁴³⁹ Cfr. artículo 65.

tratamiento sistemático dado a la materia de los derechos fundamentales ⁴⁴⁰ ⁴⁴¹.

El sentido de la Carta ha tenido, sin embargo, avanos y retrasos en la concretización del principio democrático al largo del periodo de su vigencia, y en consecuencia de las diversas modificaciones de que ha sido objeto.

Al efecto de una caracterización general de la Carta Constitucional, importa que se subrayen dos aspectos: por un lado, que su designación de Carta Constitucional pone en relieve que se trata de una dádiva real, hecha en el ejercicio de un poder constituyente de que el Rey no había abdicado; por otro lado, la circunstancia de en el artículo 144 se establecer una distinción entre materia versada en la Carta que sería propiamente Constitucional y otra que no lo sería. Tal permitenos concluir que no ha prevalecido un concepto de Constitución interamente de acuerdo con las orientaciones del moderno constitucionalismo liberal, intentandose antes dar cuerpo a un Código de Derecho Público, que representaría un instrumento jurídico compatible con el ordenamiento del Antiguo Régimen, al mismo tiempo que traducía una apertura a las nuevas tendencias constitucionalistas.

c) En la Carta Constitucional la definición de un régimen especial de revisión constitucional resultaba de lo consignado en sus artículos 140 a 144.

En el artículo 140 empezabase por se establecer un límite temporal aplicable, en la versión originaria, a la primera revisión constitucional y, después, por fuerza de disposición del Acto

⁴⁴⁰ Cfr. artículo 145.

⁴⁴¹ LOPES PRAÇA (Collecção, II, pág.XXIV) alejaba el argumento, subrayando que también es en el fin de la Constitución federal de los Estados Unidos que se encuentra la declaración de los derechos. Y acrecenta que, sin embargo de la Carta portuguesa no tratar la materia de los derechos luego en el principio de la Constitución, como se hacía en la Carta Constitucional francesa de 1814, sería más liberal que ésta última.

Adicional de 1885, a las revisiones siguientes. En ése mismo artículo y en los artículos 141 a 143 seguía la definición de otros límites procesales y formales.

En el artículo 144, a su vez, establecía una distinción de regímenes de revisión constitucional. Subrayaba ahí que solamente sería *constitucional* lo que respetase a los límites y atribuciones respectivas de los Poderes Políticos, y a los Derechos Políticos y individuales de los Ciudadanos, esclareciéndose luego que todo cuanto no fuese *constitucional* podía ser alterado, sin las formalidades referidas en los artículos anteriores, por las Legislaturas ordinarias ⁴⁴²

⁴⁴³

En estos términos, a par de la consagración de un régimen de revisión constitucional solemnizada y de la consagración de mecanismos de rigidez constitucional en materia de límites y atribuciones de los poderes políticos, y de derechos políticos y individuales de los ciudadanos se ha previsto un otro régimen de revisión constitucional en forma simplificada, optándose por una mayor flexibilidad constitucional en lo que respetaba a las demás materias.

⁴⁴² Tal precisión sobre lo que serían materias constitucionales, no perjudicaba la superioridad de las normas no constitucionales de la Carta, destinándose a producir efectos principalmente en el capítulo de la revisión constitucional.

⁴⁴³ A propósito de esta distinción JOSÉ ALBERTO DOS REIS (*Ciencia política e Direito Constitucional*, Coimbra, 1905, p. 334-335) ha observado que: "parece al principio fácil, en armonía con el artículo 144, discriminar lo que es constitucional de lo que no lo es. Pero esta determinación ofrece dificultades mucho graves, siendo preferible que la Carta enumerase precisamente cuales son los artículos constitucionales.

Es por eso que no raras veces leyes ordinarias tienen legislado sobre materia Constitucional. Así, la ley de 8 de mayo de 1878, extendiendo el sufragio a todos los ciudadanos portugueses de mayor edad que supiesen leer y escribir o fuesen jefes de familia, ha legislado evidentemente sobre materia constitucional, visto desviarse de la doctrina de la Carta y del 1º Acto Adicional sobre capacidad electoral. Lo mismo podremos decir de la ley de 3 de mayo de 1878, que ha fijado las categorías de los ciudadanos que podían ser nombrados pares, restringiendo una de las atribuciones del poder moderador. El propio poder ejecutivo se tiene arrogado la competencia para legislar en materia constitucional. Tengase en vista el decreto de 25 de septiembre de 1895".

Considerando una tal dualidad de regimenes de revisión constitucional podíamos ser llevados a caracterizar la Carta Constitucional como una *Constitución semi-rígida o mixta*. Para nosotros -como ya tuvimos oportunidad de defender- rechazamos esta cualificación por entendermos que una Constitución o es rígida o flexible, no habiendo lugar para un tercero término de clasificación ⁴⁴⁴.

La Carta Constitucional era así una Constitución rígida, aunque de una rigidez confrontada con espacios de mayor - aunque, no absoluta - flexibilidad constitucional ⁴⁴⁵. Su cuño rígido derivaba de la circunstancia de se hacer depender el ejercicio del poder de las Cortes de concretización de revisiones de la Carta en materia *Constitucional* de una habilitación especial concedida por via de acto electoral y en general de la consagración de limites temporales y procesales a la revisión. Además y mismo cuanto a la revisión de la Carta en materias *no Constitucionales*, estabamos aún delante de una Constitución rígida por solamente se poder concretar con observancia de lo consignado en sus artículos *Constitucionales*.

Del punto de vista de su fundamento, el régimen de revisión de la Carta (en su versión posterior al Acto Adicional de 1885) traducía una clara intención constituyente de garantía de la supremacía de la Constitución, de extraordinariedad de la revisión constitucional y de fidedignidad de expresión de la voluntad popular puesta en representación. Cabe en todo caso subrayar, en vista de la mayor flexibilidad de la Carta (desde luego delante de la Constitución de 1822), que se ha tenido presente, por un lado, que esta Constitución

⁴⁴⁴ A propósito, en términos teóricos, véase. *supra*.

⁴⁴⁵ Quizás podrá decirse que en su versión originaria (antes del Acto Adicional de 1885) la Carta se presentaba como una Constitución flexible con espacios de rigidez constitucional. Es que, el artículo 144 podía ser interpretado como conteniendo un principio de flexibilidad constitucional, no permitiendo que se retirase del silencio constitucional una conclusión sobre la irrevisibilidad subsiguiente de la Carta ni consentiendo que se encarasen analógicamente la primera revisión y las revisiones siguientes. Entonces tendríamos que la Carta, una vez concretada una su primera revisión, podría ser reformada por las legislaturas ordinarias de acuerdo con los tramites de creación de legislación ordinaria.

había sido otorgada por el Rey, con desviación al principio democrático, imponiéndose facilitar de algún modo una intervención constitutiva de la Nación reunida en Cortes en el acertamiento del texto constitucional. Por otro lado, cabe también tener presente que la experiencia de la primera fase del constitucionalismo portugués, en todo su accidentado, había demostrado que la rigidez constitucional, particularmente en materias no tan relevantes, sería más contraproducente que favorable a la estabilidad constitucional.

2. La organica de revisión constitucional

La función de revisión constitucional, en el régimen de la Carta Constitucional, pertenecía a las Cortes Generales, reconocéndose además al cuerpo electoral y al Rey y a los Ministros de Estado, una capacidad interventora en ése dominio.

En el cuadro de las Cortes Generales, la posición de sus dos Camaras - Camara de Diputados y Camara de los Pares - surjía en materia de revisión constitucional algo diferenciada ⁴⁴⁶. La diferencia

⁴⁴⁶ Se ha discutido si la Camara de los Pares debía intervenir en la reforma de la Constitución, o se ésta sería atribución exclusiva de la Camara de los Diputados.

La opinión de que la Camara de los Pares no debía intervenir en la reforma de la Constitución basabase en que el artículo 142 exigía poderes especiales para la reforma, conferidos por los electores, y por éso solamente la camara electiva podía hacer la reforma. Además en este sentido teniase en cuenta que el artículo 50, disponiendo que *en general* las proposiciones que la Camara de los Diputados admitise y aprobáse serian remitidas a la Camara de los Pares, daría a entender que había casos en que aquellas proposiciones no tenían de ser remitidas a la Camara de los Pares. Por fin, sería de considerar que la posibilidad de surgir un conflicto entre la Camara de los Diputados y la Camara de los Pares podía impedir la conclusión del proceso de revisión en la primera sesión de la legislatura con poderes de revisión, lo que contrariaba lo dispuesto en el artículo 143.

Contra esta opinión y en sentido favorable a la intervención de la Camara de los Pares se ha subrayado que según los artículos 12 a 15, ambas las Camaras representan la soberanía nacional y ambas tienen el derecho de hacer leyes, no se pudiendo admitir excepción alguna a ésta regla que no este consignada en la Carta. Por otro lado, el artículo 143 al hablar en legislatura y sesión hacia presuponer la intervención de las dos Camaras.

Esta ultima posición ha sido la que en la práctica de revisión constitucional ha sido seguida.

de estatuto asentaba fundamentalmente en que se reconocía - en el artículo 140 de la Carta - que los procesos de revisión constitucional debían tener su origen en la Cámara de los Diputados ⁴⁴⁷. Tal posición privilegiada de la Cámara de los Diputados respetaba en todo caso solamente a la fase de iniciativa en los procesos de revisión solemnizada (referentes a materia cualificada en el artículo 144 como *Constitucional*) ⁴⁴⁸. En todo lo demás, y también en los procesos de revisión constitucional simplificada (referentes a materia no considerada *constitucional*) existía paridad de posición entre ambas las Cámaras de las Cortes.

Las Cortes Generales, en el régimen de la Carta (y tal como ya habían sido concebidas en la Constitución de 1822), no se presentaban como un órgano permanente de revisión constitucional, siendolo solo extraordinariamente una vez cumplido cierto plazo y hasta la concretización de un acto de revisión constitucional. Mismo después de cumplido ése plazo y cuanto a la revisión de las normas de la Carta dichas *Constitucionales*, las Cortes presentabanse primero como *órgano de simples proposición*, y solamente en un segundo momento -en la siguiente Legislatura- como *órgano de aprobación*.

Cuanto a la intervención del cuerpo electoral en el proceso de revisión constitucional, idénticamente al previsto en la Constitución de 1822, ésta verificabase entre la fase de iniciativa y la fase de

A propósito Cfr. LOPES PRAÇA, Estudios sobre a Carta, p. XLVI; JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Sciencia Política e Direeito Constitucional*, p. 341.

⁴⁴⁷ Esta disposición, que reproducía los términos del artículo 174 de la Constitución brasileña, traducía la idea de que la proposición de revisión no debía ni podía ser mejor entregada que al poder legislativo; que es lo que dicta la puridad de los intereses capitales del sistema representativo; por lo cual el pueblo se pronuncia por sus órganos legítimos. La Cámara de los Diputados era sin duda el ramo más popular de ése poder, y consecuentemente el órgano más propio para indicar la proposición. Se trataría así de más una garantía ofrecida a la sociedad contra la centralización despótica. Cfr. LOPES PRAÇA, Estudios sobre a Carta, p. XXVI.

⁴⁴⁸ Para tanto, es de tener en cuenta que la norma de la Carta que consagraba esa posición privilegiada de Cámara de los Diputados - el artículo 144 - respetaba simplemente a tales procesos y que ninguna otra norma constitucional consentía en la ampliación de ésa reserva a otros procesos.

aprobación de la revisión. Más concretamente, en los términos de lo dispuesto en el artículo 142, una vez vencida la necesidad de reforma de un *Artículo Constitucional*, ordenabase en la ley respectiva a los Electores de los Diputados para la siguiente Legislatura que en las Procuraciones les conferisen especial facultad para la alteración o reforma considerada necesaria. El cuerpo electoral mediante el acto de elección de los Diputados a la siguiente Legislatura intervenía así en el proceso de revisión constitucional para concretar la atribución del mandato de revisión, ratificando al mismo tiempo la iniciativa parlamentaria adoptada en la Legislatura cesante ⁴⁴⁹.

El Rey, a su vez, surjía en la Carta con el poder de sanción y promulgación de la Ley de proposición de revisión constitucional y con el poder de promulgación del acto final de revisión ⁴⁵⁰. Ésa participación presentabase además reforzada cuanto a la revisión de normas de la Carta consideradas *no constitucionales*, ya que en ése punto también el acto final de revisión estaría sometido a sanción real.

Por fin, cuanto a la capacidad interventora de los Ministros de Estado, ésta traducíase en la posibilidad de ejerceren, aunque indirectamente, la iniciativa de revisión constitucional ⁴⁵¹. De acuerdo

⁴⁴⁹ Para una análisis crítica de la posición defendida por SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA contra el artículo que exigía una procuración especial para los diputados constituyentes Cfr. LOPES PRAÇA, Estudos sobre a Carta, p. XLII.

⁴⁵⁰ En el sentido de que el acto final de revisión no estaba sujeto a *sanción real* sería de subrayar el argumento de que el artículo 143 determinaba que lo que se venciese en la primera sesión de la Legislatura siguiente prevalecería sin más para la mudanza o adición a la ley fundamental. Tal resultaba también de la comparación de los artículos 142 y 143, preveendo el primero que la ley de proposición de reforma sería sancionada y promulgada por el rey en la forma ordinaria y estableciendo el segundo simplemente la necesidad de promulgación del acto final de revisión.

Contra tal entendimiento -y así en favor de la sanción real del acto final de revisión constitucional- se ha subrayado en todo caso que el poder legislativo compete a las Cortes con la sanción del Rey, no se pudiendo hacer excepciones a ésta regla. Además, había que considerar que en la fórmula de la promulgación, a que se refiere el artículo 143, va siempre incluida la sanción. Éste último entendimiento ha prevalecido en la práctica de revisión constitucional.

Véase a propósito LOPES PRAÇA, Estudos sobre a Carta, p. XLV-XLVI; JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Sciencia Política e Direito Constitucional*, p. 342.

⁴⁵¹ JOSÉ ALBERTO DOS REIS (*Sciencia Política e Direito Constitucional*, p. 337-338) ha planteado el problema de saber se no sería de rechazar el poder de

con lo previsto en el artículo 46 de la Carta, cualquier de los Ministros de Estado podía presentar una proposición que sería luego examinada por una Comisión de la Cámara de los Diputados, la cual solamente después de éso podría ser convertida en Proyecto de Ley.

En la organica de revisión constitucional se han hecho confluír, en éstos terminos, tres principios distintos de organización del poder político: el *principio democrático* en la valorización del papel de las Cortes y en especial de la Cámara de los Diputados; el *principio aristocrático* presente en el reconocimiento del papel de la Cámara de los Pares y el *principio monárquico* subyacente a la capacidad interventora constitutiva que era reconocida al Rey.

3. Los límites temporales de la revisión constitucional

La Carta establecía un doble límite temporal a la primera revisión constitucional que fué incidente sobre sus *Artículos Constitucionales*: por un lado solamente pasados cuatro años después de jurada la Constitución del Reyno se podía proponer su reforma ⁴⁵², por otro lado, la concretización de la reforma, solamente se podía verificar en la Legislatura siguiente a aquella en que la proposición hubiéese sido hecha y en la primera Sesión ⁴⁵³.

De acuerdo con la versión originaria del artículo 140, la revisión constitucional solamente estaba temporalmente condicionada en los cuatro primeros años de vigencia de la Constitución. Una vez

iniciativa de revisión al gobierno por en el artículo 140 se determinar que la proposición de reforma debía tener su origen en la Cámara de los Diputados. Considerando no obstante que tal implicaría una interpretación restrictiva que una análisis sistemática de la Constitución no consentía (Vd. artículos 35, 56 y 46), concluye que la frase *donde debe tener origen*, no puede referirse si no a la discusión. Quedaba así en abierto la posibilidad de iniciativa de revisión por parte del Gobierno.

⁴⁵² Cfr. artículo 144 de la Carta.

⁴⁵³ Éste límite temporal no se aplicaba a la alteración de los artículos de la Carta *no constitucionales*, siendo de considerar para tanto que en el artículo 144 se admitía su reforma por las Legislaturas ordinarias.

transcurrido éste plazo, podía ser propuesta la reforma de la Carta a todo tiempo. Solamente en la primera legislatura ⁴⁵⁴ las Cortes no tenían poderes de iniciativa de revisión constitucional ⁴⁵⁵.

El artículo 140 ha sido todavía modificado por el Acto Adicional de 1885, extendiéndose entonces el ámbito de aplicación del mencionado límite y pasando a determinarse que la revisión constitucional solamente podía ser propuesta pasados cuatro años después de reformado algún artículo de la Carta Constitucional ⁴⁵⁶.

4. Los límites materiales de la revisión constitucional

a) La Carta Constitucional no contenía ninguna norma directa y expresamente consagrada de límites materiales de las revisiones constitucionales solemnizadas, referentes a *Artículos Constitucionales* y destinadas a concretarse de acuerdo con el

⁴⁵⁴ Las legislaturas tenían la duración de cuatro años. Cfr. artículo 17 de la Carta.

⁴⁵⁵ Se ha planteado todavía la duda cuanto a saber si el plazo de cuatro años era necesario solamente para la primera revisión constitucional, o si sería también necesario para otras revisiones constitucionales.

SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA interpretaba el artículo en el sentido de considerar el plazo de cuatro años necesario no solamente para la primera revisión constitucional, después de jurada la Carta Constitucional, pero para todas las revisiones futuras, esto es, para todas las veces que se conociese que algún de los artículos de la Constitución merecía reforma. Cfr. a propósito LOPES PRAÇA, *Estudos sobre a Carta*, p. XXX-XXI; JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Sciencia Política e Direito Constitucional*, p. 336. En el mismo sentido a propósito de una disposición paralela de la Constitución brasileña de 1824 Cfr. PIMENTA BUENO, *Direito Publico Brasileiro e Análise da Constituição do Imperio*, Rio, 1857, nº 685.

⁴⁵⁶ Esta alteración ha sido, justificada en la necesidad de se obstar a que el espíritu de facción pudiese tentar nueva reforma inmediatamente después de la última se hacer convertido en ley, asegurándose a ésta un pequeño plazo, pero en todo caso un plazo para que no pudiese ser modificada antes de experimentada (Cfr. Parecer da Comissão especial da Camara dos Senhores Deputados, presentado en la sesión de 15 de junio de 1883, in *Diario da Camara dos Senhores Deputados*, 1883, p. 1909 e in LOPES PRAÇA, *Collecção*, II, p. 317). Esta nueva limitación también respetaría simplemente a la revisión de las normas dichas constitucionales de la Carta, ya que se mantuvo intocado el artículo 144 que admitía la reforma de las demás normas de la Carta por las Legislaturas ordinarias.

procedimiento especial previsto constitucionalmente ⁴⁵⁷.

b) Lo mismo ya no se podía decir, sin embargo de las revisiones en forma simplificada, referentes a artículos de la Carta *no constitucionales*. Tales revisiones, de acuerdo con el dispuesto en el

⁴⁵⁷ Sin embargo se ha cuestionado se de la Carta Constitucional se era posible deducir que solamente se podía proponer la reforma de un artículo constitucional, y no una reforma más vasta, abarcando varios artículos, por cuanto el artículo 140 se refería a *algún* de los artículos de la Constitución y el artículo 142 hablaba de la *reforma del Artículo Constitucional*.

En tal sentido se ha pronunciado LOBO D'AVILA en sesión parlamentaria (Cfr. Diario da Camara dos Deputados, 1871, p. 447), diciendo: "La Carta dice, en su artículo 140, que, luego que se se conozca la necesidad de la reforma de algún de sus artículos, se puede hacer la proposición para ésa reforma. No quiero ya entender restrictamente que sea un solo artículo, pero, menos aún que se juzgue que puede ser más que un artículo, lo que se no puede dejar de entender es que, al menos como se expresa la Carta, la idea de la reforma jamás puede ser su demolición y su reconstrucción completa, sino la reforma de los artículos que la experiencia haya demostrado careceren de ella. Este es que es el espíritu y nos parece que la letra de la Carta.

En el sentido de que se ha formado un consenso entre las principales fuerzas políticas (Partidos Histórico, Regenerador y Reformista) en el sentido de que sería posible una reforma amplia de la Carta y no solamente puntual, artículo a artículo Cfr. LOPES PRAÇA, Estudos sobre a Carta, p. XXXII. Véase también a propósito J.A. DOS REIS, *Sciencia Politica e Direito Constitucional*, p. 336-337.

También se ha planteado el problema de saber se las Cortes, en la legislatura con poderes para la práctica del acto final de revisión, podían dejar de reformar los artículos que habían sido indicados para ése fin por la legislatura antecedente. Las opiniones se han dividido, considerando unos la obligatoriedad de reforma de los artículos referidos en la ley de iniciativa y entendiendo otros que las Cortes tenían libertad de deliberación. La afirmación de la obligatoriedad de reforma de todos éses artículos resultaba de la necesidad de reforma ser la causa determinante de las Cortes Constituyentes, y de solamente así tener sentido decirse en el artículo 143 que lo que se venciese prevalecería para la mudanza o adición a la Ley Fundamental. A su vez, la afirmación de la libertad de reforma o no de los artículos previstos en la ley de iniciativa basabase en la consideración de que las Cortes Constituyentes no disponían de mandato imperativo para la reforma constitucional, pero antes de mandato restrictivo, no pudiendo reformar otros artículos, además de los propuestos por la legislatura ordinária. Por otro lado el artículo 143, al admitir que en las Cortes Constituyentes se discutise y deliberáse de nuevo sobre la necesidad y oportunidad de la reforma, distinguiendo las hipótesis de vencimiento y no vencimiento de posiciones sobre la reforma de artículos de la Carta, obligaba a la conclusión de que sería un absurdo imponerse la aprobación de alteraciones constitucionales que se hubiésen mientras tanto convertido en inútiles o perjudiciales. Cfr. a propósito: JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Sciencia Politica e Direito Constitucional*, p. 338.

artículo 144 de la Carta, no debían conducir a la violación, directa o indirecta, de las normas de la Carta propiamente *constitucionales*, no siendo además, nombradamente, medio propio para la introducción por ésa vía de una reducción o disminución de la extensión o del alcance del contenido esencial de las normas de la Carta definidoras de los límites y atribuciones del poder político o de los derechos políticos y individuales de los ciudadanos. Éso dependía de la adopción del procedimiento especial de revisión constitucional previsto en la Carta.

La existencia de tales límites materiales de la revisión simplificada de la Carta puede ser comprendida con referencia no solamente a un argumento de refuerzo del valor de un núcleo esencial de la Constitución en sentido material y de aseguramiento de una mayor estabilidad a ése nivel, pero también, y sobre todo, a la necesidad de se garantizar la efectividad y supremacía de las normas de la Carta consagradoras de un régimen especial de revisión constitucional, evitándose situaciones de modificación en vía ordinaria de los *Artículos constitucionales* de la Carta.

c) En una otra orden de consideraciones es de subrayar la existencia de límites materiales implícitos tanto a la revisión constitucional en forma simplificada, como a la que se concretaba en forma más solemnizada.

Éstes, traduciendo el sentido global fundamental de la Carta, decían respeto al principio de la integridad del Reyno, al principio del gobierno monárquico, hereditario y representativo, al principio de la vinculación del Reyno a la Religión Católica Apostólica Romana, al principio de la división de poderes y de su moderación por el Rey, al principio de la representación nacional bicefala, a través del Rey y de unas Cortes Generales de composición bicamaral, al principio de la constitucionalidad y de la legalidad, al principio de la independencia del poder judicial y a los principios de la libertad, de la seguridad individual y de la propiedad.

En el largo (y intrecortado) periodo de vigencia de la Carta Constitucional éstos límites implícitos ni siempre han correspondido a verdaderos límites inmanentes verificándose en unos momentos un conflicto o contradicción entre éstas dos clases de límites y en otros momentos un mayor profundizamiento de los límites inmanentes. En éstas dos situaciones regla general estuvo en causa un conflicto relativo a una mejor concretización del principio democrático en la Carta, sea en vista de una disminución del peso institucional del Rey, sea en vista de la expurgación del elemento aristocrático del concepto de representación nacional (o sea en torno del bicameralismo y particularmente de la existencia de una Cámara de Pares no elegida democráticamente), sea aún, nombradamente, en vista de se asegurar una mayor fidedignidad de la expresión de la voluntad popular, mediante nombradamente la consagración de la solución de elección directa de los Diputados.

d) Por fin, cambiando de perspectiva, cabe mencionar que los actos finales de revisión en materia considerada propiamente *constitucional* estaban sujetos a limitaciones materiales resultantes de la propia ley de iniciativa o de proposición de reforma, afirmandose en vía de vinculación de las Cortes a una deliberación suya confirmada por el voto popular expreso en elecciones. Ésa ley de iniciativa o de proposición definía el ámbito posible de una revisión a concretar en la Legislatura siguiente, no podiendo el acto de final de revisión exceder ése ámbito.

Ésa limitación sería aún más estricta se se estableciese en la ley de iniciativa el sentido de las modificaciones a concretar ⁴⁵⁸.

⁴⁵⁸ A propósito es de referir que ha sido mismo defendido que obligatoriamente la ley de iniciativa debía indicar los artículos constitucionales y el sentido en que se debía hacer la reforma. Para tanto se ha subrayado que el artículo 142 decía que, vencida la necesidad de la reforma, se ordenaría a los electores a diputados para la siguiente legislatura que en las procuraciones les conferisen especial facultad para la pretendida alteración o reforma, esto es para una reforma determinada, lo que suponía la indicación en la ley convocatoria de las cortes constituyentes del sentido

5. Los límites procesales y formales de la revisión constitucional

Los límites formales y procesales específicos de la revisión constitucional expresos en la Carta decían respecto especialmente a la revisión en forma solemne, referente a sus normas dichas *constitucionales*.

En los términos de lo consignado en el citado artículo 144, todo cuanto no era considerado *constitucional* podía ser alterado, sin formalidades especiales, por las legislaturas ordinarias. Quiere decir, la revisión de los *artículos no constitucionales* de la Carta se concretaba procesalmente en los mismos términos en que se elaboraba la legislación ordinaria.

Planteabase, sin embargo, la cuestión de saber si aunque implícitamente no se establecía ningún límite formal o procesal también aplicable a la revisión de artículos de la Carta dichos *no constitucionales*.

A propósito, podía defenderse que los actos de revisión constitucional en general y así también los referentes a artículos *no constitucionales*, debían, tal como resultaba del artículo 143, ser juntos a la Carta y ser solemnemente promulgados. Imponíase en

en que debe ser hecha la reforma. Acrecia que para se probar la necesidad de la reforma sería necesario presentar el sentido para que ella debía apuntar.

Contra tal orientación y defendiéndose que sería suficiente la inclusión en la ley de iniciativa de la referencia a los artículos e reformar, se ha invocado el argumento de que se así no fué las Cortes constituyentes tendrían una función muy secundaria, cuando es cierto que son éstas que reciben poderes para alterar la Constitución. En éste sentido además, el artículo 143 de la Carta determinaba que la siguiente legislatura y en la primera sesión sería la materia propuesta y discutida, donde resultaba que a ésta es que pertenecía la discusión de la reforma a adoptar. Acrecia que la expresión *pretendida reforma* empleada en el artículo 142 de la Carta debía ser interpretada del siguiente modo: para la alteración o reforma de los artículos cuya necesidad de reforma ha vencido. Lo que se discutía y vencía en la legislatura ordinaria sería la necesidad de la reforma.

Esta última ha sido la posición que en la práctica ha prevalecido. A propósito Cfr.: LOPES PRAÇA, Estudos sobre a Carta, p. XXXIII a XXXV; JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Sciencia Política e Direito Constitucional*, p. 338.

general la técnica de los Actos Adicionales, exigiéndose su adopción, mismo en las revisiones en forma simplificada, para se patentizar el carácter constitucional de los actos de revisión y se asegurar la supremacía de las normas en ellos contenidas.

Específicamente, en lo que se refería a la revisión en forma solemne referente a artículos *constitucionales* de la Carta, los límites formales y procesales que se establecían respetaban: (i) a la imposición de que las proposiciones de revisión tuvieran su origen en la Cámara de los diputados ⁴⁵⁹; (ii) a la necesaria distinción entre iniciativa y aprobación (y conclusión) de la revisión constitucional ⁴⁶⁰; (iii) al imperativo de aprobación de la iniciativa de revisión constitucional por dos tercios de los diputados ⁴⁶¹, después de tripla lectura ⁴⁶²; (iv) a la exigencia de conversión en ley de la proposición aprobada de revisión constitucional ⁴⁶³; (v) a la necesidad de otorga, por vía electoral, a los diputados de la Legislatura siguiente, de poderes especiales de concretización de la revisión constitucional propuesta ⁴⁶⁴; (vi) a la sumisión a sanción y promulgación por el Rey de la ley de iniciativa de revisión constitucional ⁴⁶⁵; (vii) a la imposición de junción a la Constitución del acto de revisión constitucional aprobado y de solemne promulgación de éste acto ⁴⁶⁶.

En un aspecto que denotaba alguna flexibilidad

⁴⁵⁹ Cfr. artículo 140 de la Carta.

⁴⁶⁰ Cfr. artículo 140 de la Carta.

⁴⁶¹ Planteabase la duda cuanto a saber si esa mayoría se calculaba con referencia al número total de Diputados en efectividad de funciones o al número de Diputados presentes. A propósito LOPES PRAÇA (Estudios sobre a Carta, p. XXXVI) ha defendido que esa mayoría se refería a los Diputados presentes ya que el artículo 141 mandaba seguir todo lo demás necesario a la formación de una ley y el artículo 24 de la Carta disponía que los negocios se resolverían por la mayoría absoluta de votos de los miembros presentes. Además, no se debería presumir que el legislador fuese más escrupuloso con la admisión de la proposición por escrito, que con su aprobación.

⁴⁶² Cfr. artículos 140 y 141 de la Carta.

⁴⁶³ Cfr. artículo 142º de la Carta.

⁴⁶⁴ Cfr. artículo 142 de la Carta.

⁴⁶⁵ Cfr. artículo 142º de la Carta.

⁴⁶⁶ Cfr. artículo 143 de la Carta.

constitucional, la aprobación de los actos finales de revisión constitucional no estaba dependiente de la verificación de cualquier mayoría cualificada, aplicandose la regla general de aprobación de los actos legislativos por mayoría absoluta de votos de los miembros presentes ⁴⁶⁷.

6. Proceso de revisión constitucional en forma simplificada

La revisión constitucional en forma simplificada, incidente en materias *no constitucionales*, procesabase en los mismos términos de la producción de legislación ordinaria, transcurriendo en proceso seguido, que - distintamente de las revisiones solemnizadas - no se interrumpia en el término de la fase de iniciativa y que no obligaba a la mediación de elecciones generales de Diputados.

Identicamente a lo que caracterizaba el proceso legislativo ordinario, las proposiciones de revisión constitucional una vez presentadas por escrito en una de las Camaras (por los diputados o por el Poder Ejecutivo en la Camara de los Diputados y por los Pares en la Camara de los Pares), serian luego sometidas a discusión y a votación, considerandose adoptadas por la Camara respectiva cuando beneficiásen del voto concurrente de la mayoría absoluta de los diputados presentes ⁴⁶⁸.

La proposición admitida o aprobada por la Camara donde hubiése sido presentada, seria remitida a la otra Camara ⁴⁶⁹.

En los casos en que ésta otra Camara no adoptase interamente la proposición o consideráse que no la podía admitir la reenviaria a la Camara que anteriormente la tuviése aprobado ⁴⁷⁰.

Caso no se obtuviése acuerdo entre las dos Camaras cuanto

⁴⁶⁷ Cfr. artículo 24 de la Carta

⁴⁶⁸ Cfr. artículo 24 de la Carta.

⁴⁶⁹ Cfr. artículos 50 y 53 de la Carta.

⁴⁷⁰ Cfr. artículos 51, 52 y 53 de la Carta.

al destino del Proyecto, considerando la Camara proponente el Proyecto ventajoso, seria nombrada una Comisión paritaria, de igual numero de Pares y de Diputados, que decidiria a propósito ⁴⁷¹.

En la secuencia de deliberación concordante de las dos Camaras, reduciase la Proposición aprobada a Decreto, enviandola después al Rey para efectos de su sanción y promulgación ⁴⁷².

El Rey tenia la facultad de denegar la sanción, teniendo la denegación efecto absoluto ⁴⁷³. Ésa deliberación sobre la sanción debia tener lugar en el plazo de un mês, contado de la presentación del Decreto ⁴⁷⁴.

Seguiase la referenda del Decreto por el Secretario de Estado competente y luego su publicación ⁴⁷⁵.

7. Proceso de revisión constitucional en forma solemne

En el proceso más solemnizado de revisión de las normas *constitucionales* de la Carta verificabanse particularidades de régimen desde luego en la fase de iniciativa, que era autonomizada a punto de deber concretarse en acto externo propio.

El proceso debia tener su origen en la Camara de los Diputados ⁴⁷⁶, iniciandose con la presentación por uno o varios de sus

⁴⁷¹ Cfr. artículo 54 de la Carta. Además es de considerar el artículo 5 del Decreto de 25 de septiembre de 1895, que ha reformado la Carta Constitucional luego en su artículo 54, preveendo la posibilidad de, en caso de empate de votos en tal Comisión Paritaria, o de falta de acuerdo, el poder moderador, óido el Consejo de Estado, decidir en favor de una de las deliberaciones adoptadas a propósito por una de las Camaras. La Carta de Ley de 3 de Abril de 1896, ha todavia modificado ésta previsión pasando a consagrar la solución de, en caso de empate de votos o de falta de resolución, convocación de las Cortes Generales.

⁴⁷² Cfr. artículos 55 y 56 de la Carta. Sobre la distinción entre sanción y promulgación en la Carta, cfr. MARGARIDA SALEMA, O Direito de Veto na Constituição de 1976, Braga, 1980, p. 10-11

⁴⁷³ Cfr. artículo 58 de la Carta.

⁴⁷⁴ Cfr. artículo 59 de la Carta.

⁴⁷⁵ Cfr. artículo 62 de la Carta.

⁴⁷⁶ Cfr. artículo 140 de la Carta, cuya aplicación no solamente a la primera revisión constitucional pero también a todas las revisiones siguientes fué

miembros de una proposición en forma escrita ⁴⁷⁷ para la reforma de Artículos determinados de la Carta ^{478 479}.

La proposición de revisión constitucional sería leída por tres veces con intervalos de seis días, deliberando la Cámara de los Diputados en la tercera lectura sobre se sería o no de la admitir a la discusión ⁴⁸⁰.

La proposición, una vez resuelta su admisión, pasaría a ser examinada por una comisión parlamentaria especial que presentaría su opinión consultiva, iniciándose después su discusión y votación, primero en la *generalidad* y después en la *especialidad*.

El vencimiento de la necesidad de reforma de *artículos constitucionales* en la Cámara de los Diputados dependía de ser apoyada por dos tercios de los diputados ⁴⁸¹.

La proposición aprobada por la Cámara de los Diputados sería después enviada a la Cámara de los Pares, siguiendo el mismo procedimiento adoptado para la producción de legislación ordinaria ⁴⁸².

determinada por el artículo 9 del Acto Adicional a la Carta, de 24 de Julio de 1885.

⁴⁷⁷ En el sentido de que todas las propuestas y proyectos de ley que tuvieran de ser presentados en la Cámara de los Diputados serían escritos y firmados, y también en el sentido de que no serían admitidos los que contuvieran más que siete firmas, salvo siendo de comisión de la Cámara compuesta de mayor número de miembros. Cfr. artículo 105 del Reglamento interno de la *Camara dos Senhores Diputados*, de 22 de marzo de 1876.

⁴⁷⁸ Consideramos que no era excluida la posibilidad de el Poder Ejecutivo presentar proposiciones de reforma de la Constitución. Tal no contrariaba la determinación del artículo 140 de la Carta, que imponía que la proposición debía tener origen en la Cámara de los Diputados, ya que las posibles proposiciones del Poder Ejecutivo - como se pasaba en general con el proceso legislativo ordinario (artículo 46 a 49 de la Carta) - solamente después de examinadas por una Comisión de la Cámara de los Diputados podían venir a ser consideradas. Esas proposiciones del Poder Ejecutivo, además, una vez admitidas a la discusión en la Cámara de los Diputados siempre podían ser consideradas como teniendo ahí su origen.

⁴⁷⁹ Esa proposición debía contener una simple referencia a lo que se consideraba que sería útil que fuese objeto de revisión constitucional y así tema de discusión. A propósito véase *supra*.

⁴⁸⁰ Cfr. artículo 141 de la Carta.

⁴⁸¹ Creemos que se hacía aquí referencia a un número de Diputados presentes, siguiendo así una solución próxima de la consignada en el artículo 24 de la Carta. Véase a propósito *supra*.

⁴⁸² Véase a propósito de la intervención de la Cámara de los Pares y de las

Una vez deliberada - con acuerdo de las dos Camaras - la admisión de la proposición, reduciase ésta a Decreto, lo cual después de leído en Sesión sería dirigido al Rey para sancionarlo y promulgarlo como Ley en forma ordinaria siguiendose la refrenda ministerial y su publicación ⁴⁸³.

En materia de sanción del Decreto, el Rey podía denegarla, teniendo tal denegación efecto absoluto ⁴⁸⁴. El plazo para se pronunciar era de un mes contado de la fecha de su presentación ⁴⁸⁵ y el silencio del Rey sobre el Decreto, mantenido hasta el agotamiento de ése plazo, tenía una significación de veto (veto de bolsillo).

La intervención del Rey en la revisión constitucional presentabase, en éstos términos como decisiva, dependiendo de él su viabilización en concreto.

Cuanto a la fórmula de promulgación de la ley de iniciativa, determinabase que esta debía contemplar una orden a los Electores de los Diputados para la siguiente Legislatura en el sentido que en las respectivas procuraciones les conferisen especial facultad para la pretendida alteración o reforma ⁴⁸⁶.

La Ley en causa tenía la naturaleza de un acto de habilitación o de autorización de revisión constitucional, desarrollando una función materialmente condicionadora de los actos siguientes del proceso de revisión constitucional respectivo.

posibles situaciones de disidencia entre ésta Camara y la Camara de los Diputados, lo que *supra* diciémos sobre el proceso de revisión de normas de la Carta dichas *no constitucionales*.

⁴⁸³ Sobre los términos de presentación real del decreto Cfr. artículos 55 y 56 de la Carta. Y sobre la forma legal del decreto Cfr. artículo 142 de la Carta.

⁴⁸⁴ Cfr. artículo 58 de la Carta.

⁴⁸⁵ Cfr. artículo 59 de la Carta.

⁴⁸⁶ Así, por ejemplo, en la Ley de 15 de mayo de 1884 - Ley preparatoria del Acto Adicional de 24 de julio de 1885 - determinabase en el párrafo único de su artículo 1 que "la Camara de los Diputados que se seguir inmediatamente después de la presente legislatura, será elegida con poderes especiales para la reforma de que trata el artículo antecedente, la cual será decretada por las Cortes, y sancionada por el Rey en los términos ordinarios fijados por la Carta para la promulgación de las leyes".

Una vez iniciada la siguiente Legislatura, en la primera Sesión, la Cámara de los Diputados, con la nueva composición salida de elecciones generales, proponía y discutía de nuevo la materia de revisión constitucional contemplada en la mencionada *ley de iniciativa*⁴⁸⁷.

El proceso de concretización de la revisión constitucional iniciábase con la presentación en la Cámara de los Diputados⁴⁸⁸ por uno o varios Diputados⁴⁸⁹ de proyectos de modificación de la Carta en los artículos referidos en la *ley de iniciativa* y con la definición precisa del contenido de las alteraciones constitucionales pretendidas.

Seguíanse los demás trámites que eran obligados para la producción de legislación ordinaria, procediéndose, primero, en la Cámara de los Diputados, a la lectura y a la admisión a discusión de la proposición presentada, a la elaboración de opinión consultiva por comisión parlamentaria especial y a su discusión y votación en el plenario. Luego después, la proposición aprobada sería enviada a la Cámara de los Pares.

Por fin, caso hubiese acuerdo de las dos Cámaras, las modificaciones o adiciones a la Ley Fundamental aprobadas serían reducidas a Decreto. En una especialidad de régimen de la revisión constitucional, éste decreto era entonces enviado al Rey que lo debía promulgar obligatoriamente como Acto Adicional a quedar junto a la

⁴⁸⁷ Cfr. artículo 143 de la Carta. Puede entenderse que el poder de concretar la revisión constitucional legalmente prevista se extinguiría, por caducidad, en el caso de el proceso respectivo no tener su conclusión hasta el final de la primera Sesión de la Legislatura siguiente.

⁴⁸⁸ Determinándose en el artículo 143 de la Carta solamente que "en la siguiente Legislatura y en la primera Sesión, será la materia propuesta y discutida...". quedaba en abierto la posibilidad de ésta nueva fase del proceso de revisión constitucional ser abierto en Cámara de los Pares. Tal hipótesis no se ha todavía verificado en la práctica. Por otro lado, es de referir que la materia podía ser, en ésta fase del proceso, propuesta por el Poder Ejecutivo, junto de la Cámara de los Diputados, que comenzaba por apreciar tal proposición en una su Comisión especial.

⁴⁸⁹ También aquí en un máximo de siete Diputados.

Constitución ⁴⁹⁰. Seguiase la refrenda ministerial y su publicación.

8. Las vicisitudes constitucionales, en general

La vigencia de la Carta ha sido conturbada ⁴⁹¹, habiendo sufrido una primera interrupción en el periodo de 1828 hasta 1834 (periodo de regreso al absolutismo), siendo restaurada en 1834 y de nuevo interrumpida con la Revolución de septiembre de 1836 para luego en 1842 ser de nuevo restaurada y vigorar hasta la Revolución del 5 de octubre de 1910.

Las dos primeras vigencias de la Carta (1826-28 y 1834-36) han sido afectadas por situaciones de conflicto político agudizado y de grave inestabilidad constitucional.

Su primera vigencia, más precisamente, fué dominada por un ambiente de reacción absolutista, acompañada de la divulgación de movimientos militares y civiles contra el régimen liberal, a que el gobierno establecido no conseguía poner fin, y favorecida, a partir del exterior, por una hostilidad desarrollada por Austria, Francia y España en el cuadro de la Sancta Alianza, que solo era atenuada por el apoyo inglés al régimen establecido. Este estado de cosas fué aún agravado por el hecho de D. Pedro IV, ausente en Brasil, nombrar, en 3 de julio de 1827, como su lugar-tenente su hermano, el infante D. Miguel, y, en 3 de marzo de 1828, llegar a confirmar su abdicación. D. Miguel, que era considerado por los partidários del absolutismo como el legítimo sucesor de D. João VI y siempre se había revelado extremo defensor de las ideas del Antiguo Régimen, promueve luego en 13 de

⁴⁹⁰ Cfr. artículo 143 de la Carta. La obligatoriedad de promulgación de los Actos Adicionales a la Carta por el Rey puede considerarse que deriva de en éste artículo constitucional se utilizar una formula imperativa: "sera solemnemente promulgada." Sobre el problema de la sanción real de ése decreto Véase *supra*.

⁴⁹¹ LOPES PRAÇA, (Estudos sobre a Carta, p. XLI) ha subrayado que fuéron las excesivas precauciones consignadas en los artículos 140 a 143 que contribuyeron, en parte, la necesidad de recurrir a la revolución, todas las veces que se ha tratado de reformar la Carta. Tal afirmación producida en 1873 no ha todavía sido confirmada en el caso de la revisión de 1885.

marzo de 1828 la disolución de la Camara de los Diputados y hace la convocación de los tres estados del Reyno, terminando siendo -en reunión de 23 de junio de 1828- proclamado Rey de Portugal y considerandose inmediatamente nulos todos los actos de D. Pedro, así como los decretos que habian sido promulgados en nombre de su hermano. Restableciase entonces - no sin reacción liberal - el Antiguo Régimen ⁴⁹².

La segunda vigencia de la Carta iniciase en 1834 en la secuencia de una guerra civil que ha terminado con la capitulación de las fuerzas miguelistas y con la conclusión de la Convención de Évora-Monte en 26 de mayo de ése año, por la cual D. Miguel ha renunciado definitivamente al Trono portugués, obligandose a su exilio y al de sus principales seguidores. Tratase de un periodo luego marcado por disensiones entre los partidarios del constitucionalismo - entre cartistas y vintistas- que una vez vencido el absolutismo, retoman su intransigencia en la defensa de puntos de vista particulares. Contra un gobierno de orientación cartista levantabase una oposición jacobina y radical. Bajo el liderazgo de Passos Manuel, ésta oposición, en la secuencia del relativo suceso obtenido en el acto electoral que se sucedió a la disolución de las Cortes operada en junio de 1836, viene a determinar, en el cuadro de acontecimientos que han dado cuerpo a la Revolución de Septiembre de 1836 y en una coyuntura internacional favorable, la cesación de la vigencia de la Carta y la reposición en vigencia de la Constitución de 1822 ⁴⁹³.

A su vez, la tercera y más prolongada vigencia de la Carta iniciase en 1842, solo terminando en 1910, con la Revolución republicana del 5 de Octubre. La génesis de éste periodo vinculase a los hechos que han determinado la cesación de la vigencia de la Constitución de 1838 y la caída del *septembrismo*. Así, por un lado, ha resultado inmediatamente de un fortalecimiento de la posición de

⁴⁹² Cfr. DAMIÃO PERES, História de Portugal, ed. de Barcelos, vol.VII, p. 166 ss.

⁴⁹³ Sobre tal circunstancialismo véase *supra* y *infra*.

Costa Cabral - entonces miembro del gobierno establecido, y antiguo septiembrista radical convertido a la moderación. Por otro lado, ha sido determinado por el hecho de las elecciones de 2 de enero de 1842 haberen sido favorables en Porto (antigua plaza fuerte del septiembrismo) a los cartistas. Por fin, cabe relacionar la génesis de éste periodo con la concretización de un pronunciamiento militar favorable a la Carta, iniciado en Porto en finales de enero de 1842 y que ha beneficiado del apoyo de Costa Cabral, de la complicitad de la Reyna, de una flaca resistencia de las fuerzas antagónicas y también, decisivamente, de la adhesión de las fuerzas militares de Lisboa ⁴⁹⁴.

En 10 de febrero de 1842, la Reyna firma el decreto que restablece la vigencia de la Carta Constitucional, hacendose la promesa de convocación de las Cortes Extraordinarias para proceder a la revisión de la Carta ⁴⁹⁵.

Una primera fase de este tercer período de vigencia de la Carta Constitucional ha sido dominada por la figura de Costa Cabral que, en el gobierno, intentaba desarrollar una política de reformas y de orientación autocrática y centralizadora. Se trata en todo caso de una fase políticamente conturbada en la cual delante de dificultades económicas, de fenómenos de especulación financiera y de reformas consideradas no deseables, se ha divulgado un sentimiento de descontentamiento popular, asistiéndose incluso a la constitución de una frente anti-cabralista que reunía septiembristas radicales y moderados, cartistas e miguelistas ⁴⁹⁶ ⁴⁹⁷. En la mal sucedida revolta de

⁴⁹⁴ Véase a propósito, nombradamente: M. MANUELA TAVARES RIBEIRO, *A Restauração da Carta Constitucional* y FERNANDO CATROGA, *A Maçonaria e a Restauração da Carta Constitucional*, ambos in *Revolta e Revoluções* (coord. Carvalho Homem), vol. 2, Coimbra, 1985.

⁴⁹⁵ En éste sentido, en Decreto de 10 de febrero de 1842, se ha ordenado a los electores que octorgasen a los Diputados poderes extraordinarios para la revisión constitucional. Tal Decreto fué todavía anulado por Decreto de 5 de marzo del mismo año.

⁴⁹⁶ Cfr. GUILHERME d'OLIVEIRA MARTINS, *Portugal-Instituições e Factos*, p. 26 y MARIA FATIMA BONIFACIO, "A guerra de todos contra todos" (ensaio sobre a instabilidade antes da Regeneração), *Análise Social*, 1992, p. 91 ss.

⁴⁹⁷ A tal descontentamiento se somaba la circunstancia de las camadas populares

Torres Novas de 1844 se ha clamado por la prometida revisión de la Carta, pidiéndose el fin del despotismo cabralino. Entre Abril de 1846 (y en la secuencia de la *revolta de Maria da Fonte*) y hasta junio de 1847 (con la firma de la *Convención de Gramido*) desarrollase un periodo de guerra-civil - la *Patuleia* - en que de modo organizado, y con aprovechamiento por las fuerzas septiembristas, el Poder regular fué puesto en causa a través de la constitución de juntas gubernativas por todo el país⁴⁹⁸.

Mientras tanto, se había verificado el alejamiento de Costa Cabral, el nombramiento de un gobierno -el *gobierno Palmela* - que se ha revelado de pendor septiembrista moderado y luego su substitución por un gobierno de orientación cartista - el gobierno Saldanha. En el medio de tal sucesión de ministerios estaba ya presente la cuestión constitucional estando en causa la preservación de la Carta o su substitución o revisión profunda. La guerra civil entre noviembre de 1846 y junio de 1847 toma entonces también el cuño de conflicto entre cartistas y septiembristas, teniendo como pano de fondo, idénticamente, la cuestión constitucional. La cuestión permanece mismo después de terminada la guerra civil, conduciendo en la secuencia del regreso al poder de Costa Cabral (junio de 1849), y en un ambiente de descontentamiento permanente, a la revolución *regeneradora* de 1851, liderada por el Mariscal Saldanha.

Con el movimiento Regenerador de 1851 (y especialmente entre 1876 y 1891, con la institucionalización de un *rotativismo* partidário⁴⁹⁹ que ha garantizado una alternancia en el poder de las

urbanas se manteneren fieles al *septiembrismo* y de las camadas populares rurales persistiren en la defensa del absolutismo, acentuandose la clivagen entre las camadas populares y la nueva aristocracia liberal. Véase en este sentido: A.RIBEIRO DOS SANTOS, *A Imagem do Poder*, pág. 60.

⁴⁹⁸ Sobre la relación entre éstos hechos y los que en España han conducido al movimiento revolucionário de la Galicia de 1846 Cfr. A.RIBEIRO DOS SANTOS, *A Imagem do Poder*, p.62.

⁴⁹⁹ A propósito del *rotativismo* Cfr., por ultimo, MARCELO REBELO DE SOUSA, *Os Partidos Politicos no Direito Constitucional Português*, Braga, 1983, p. 157ss y ANTONIO PINTO RAVARA, "Os partidos políticos liberais na

principales fuerzas políticas), ha empezado un periodo de pacificación y de consolidación del régimen constitucional, que solo ha culminado en 1891, en la secuencia del Ultimatum británico, de una situación financiera nacional grave y de fuerte agitación republicana.

De 1891 hasta la revolución republicana del 5 de octubre de 1910, instalase una situación de crisis de estabilidad político-constitucional que se fué agudizando al mismo tiempo que germinaban y se divulgaban los ideales republicanos.

9. La practica de revisión constitucional

a) Es con referencia a todo el periodo del constitucionalismo monárquico de 1851 hasta 1910 que se viene a inaugurar efectivamente la practica de revisión constitucional que importa de seguida analizar especialmente.

En torno de la tematica de la modificación de la Carta (o tomandola como punto de referencia decisivo) vienen también a desarrollarse los principales acontecimientos de tal periodo del constitucionalismo portugués.

La Carta, en su tercera vigencia (y en especial en el citado periodo de 1851-1910) ha sido objeto de modificación mediante cuatro Actos Adicionales - los de 1852, de 1885, de 1895-1896 y de 1907

⁵⁰⁰

primeira fase do rotativismo parlamentar", (1851-1865), *Análise Social*, nº 46, 1976, p. 363ss.

⁵⁰⁰ Para una referencia a la practica de revisión constitucional en la vigencia de la Carta, cabe aún tener presente que además, han sido producidos diversos intentos no concretados de reforma constitucional. Así, el Decreto de 10 de febrero de 1842 (luego anulado por el Decreto de 5 de marzo), ordenabase a los electores que otorgasen a los Diputados poderes extraordinarios para la revisión de la Carta. Por otro lado, el Decreto dictatorial del 27 de julio de 1846 (luego invalidado por el Decreto de 9 de octubre del mismo año) determinaba de nuevo la octorga de tales poderes a los Diputados. Acrece que en 1871-72 fué discutida en la Camara de los Diputados la oportunidad de reforma de la Carta y tres proyectos que habian sido presentados. Por fin, en 1890 y 1900 llegó a ser presentada una propuesta de ley de reforma de la Carta, que todavía no fué aprobada.

b) Inmediatamente en la secuencia del *movimiento Regenerador de 1851* ha sido abierto un proceso de revisión constitucional del cual ha resultado el *Acto Adicional* a la Carta, de 1852.

El movimiento se ha concretado en Abril de 1851 y luego en seguida la Reina ha disuelto la Cámara de los Diputados y marcado nuevas elecciones, ordenando a los Electores, por Decreto de 25 de mayo de 1851, que en las Procuraciones a otorgar a los Diputados concediesen poderes de revisión constitucional.

El proceso de modificación de la Carta ha sido abierto así con violación de lo dispuesto en sus artículos 140 a 142 de la Carta, preterindose el poder de conocimiento de la necesidad de reforma constitucional y de proposición de sus términos perteneciente en su origen a la Cámara de los Diputados.

Son aún de referir por su incidencia derogatoria y en general modificadora de disposiciones constitucionales, la Carta de ley de 11 de abril de 1845 que ha reglado el derecho hereditario de los pares y las habilitaciones para su admisión y la Ley de 7 de abril de 1846 que ha contenido, en materia de Regencia, un régimen de dispensa de los artículos 92 y 93 de la Carta.

Por último, cabe mencionar diversos casos de actos legislativos ordinarios que han determinado una interpretación auténtica de la Carta, muchos de los cuales han implicado modificación del contenido o sentido de artículos constitucionales. Así: el decreto de 15 de junio de 1870, interpretativo del artículo 145 de la Carta, que reconocía en este la consagración del derecho de reunión; la ley de 3 de septiembre de 1842, interpretativo del artículo 21 de la Carta, sobre nombramiento de los suplentes a la presidencia de la Cámara de los Diputados; la ley de 13 de julio de 1849, precisando el contenido de los artículos 31 y 33 de la Carta; la ley de 11 de febrero de 1863, interpretativa del artículo 10 del Acto Adicional de 1852, obligando a la divulgación en sesión pública de los resultados de votaciones sobre tratados; la ley de 3 de mayo de 1878, interpretativa del artículo 74, parágrafo 1 de la Carta, estableciendo categorías en las cuales podía recaer el nombramiento de pares; la ley electoral de 8 de mayo de 1878, interpretativa del artículo 5 del Acto Adicional de 1852, sobre capacidad electoral; la ley de 2 de mayo de 1882, interpretativa del artículo 10 del Acto Adicional de 1852, determinando la discusión en sesión pública de los Tratados; la ley de 26 de julio de 1899 sobre capacidad electoral y que ha ampliado aún más el sufragio.

Para una lista de tales casos de interpretación auténtica de normas constitucionales por legislación ordinaria Cfr. Opinión Consultiva de la Comisión especial de la Cámara de los Pares sobre la proposición de lo que vendría a ser el Acto Adicional de 1885, in *Diário da Camara dos Dignos Pares do Reino de 1884*, p. 155 a 161 (publicado también in LOPES PRAÇA, *Collecção*, II, p.332-333).

En 24 de enero de 1852, el Gobierno ha presentado a las Cortes una propuesta de modificación constitucional, a lo que se ha seguido su apreciación por las diversas secciones de la Camara de los Diputados y la elaboración por una su comisión central de un proyecto que ha reunido todas las contribuciones parlamentarias hechas a propósito. Poco más de cinco meses después de presentada la proposición gubernamental, el proceso de modificación de la Carta se ha concluido, completandose la formación del primero Acto Adicional con la fecha de 5 de julio de 1852 ⁵⁰¹.

La circunstancia de éste Acto Adicional haber sido producido con violación de las normas pertinentes de la Carta obliga a que lo caracterizemos no como verdadero y propio acto de revisión constitucional, pero antes que lo vinculemos al concepto de *golpe constitucional* ⁵⁰².

Ése acto ha buscado su fuente de legitimación extra-constitucionalmente, recojendo su legitimidad directamente en la sociedad. El apoyo popular de que el movimiento regenerador ha beneficiado y especialmente la ausencia de contestación del procedimiento adoptado y la atribución, confirmada electoralmente ⁵⁰³, de un mandato constituyente a los Diputados a las Cortes que han concretado la modificación de la Carta han desarrollado tal fuerza legitimadora propia.

Acrece que el *deficit* de constitucionalidad del proceso que estuvo en la base del Acto Adicional era compensado por la urgencia

⁵⁰¹ La importancia del tema de la reforma de la Carta resulta patentizada por el hecho de la proposición gubernamental respectiva haber sido presentada antes de transcurrido un mes sobre la fecha de la primera reunión de las Cortes, después de elecciones (15 de diciembre de 1851).

⁵⁰² La circunstancia de no haber implicado una desvirtuación de la identidad material y formal de la Carta, llevanos a excluir su caracterización jurídica como acto de modificación constitucional revolucionaria.

⁵⁰³ Cabe en todo caso atenuar el alcance de esta afirmación delante del hecho de en ley electoral mientras tanto producida desde luego al efecto de las elecciones en causa - Decreto de 20 de junio de 1851 - se mantener el sufragio censitario (y también capacitario), así como el metodo de elección indirecta de los Diputados.

que había en se adecuar el texto constitucional a las exigencias de la vida política y por estar en causa una primera intervención de las Cortes sobre la Carta, que se mantenía vinculada a una legitimidad de origen puramente monárquica.

Del punto de vista material, éste Acto Adicional ha traducido un refuerzo, del pendor liberal-democrático-parlamentario de la Carta ⁵⁰⁴, denotándose tal particularmente en materia electoral, de repartición de competencias y de derechos fundamentales.

En materia electoral se ha consagrado desde luego, dándose satisfacción a una vieja reclamación, el principio de la elección directa de los Diputados, introduciéndose aún alteraciones en la definición del ámbito del sufragio que es ampliado, aunque se mantenga censitario y ahora también capacitario ⁵⁰⁵.

A su vez, en materia de repartición de competencias, el Acto Adicional se ha orientado principalmente en el sentido de se reforzar la posición de las Cortes, y de se someter el Gobierno a un control parlamentario más apretado, imponéndose en términos generales la sumisión a aprobación de las Cortes de todo tratado, concordata y convención celebrado por el Gobierno con cualquiera Potencia extranjera, clarificándose reglas sobre derecho presupuestario (votación anual de impuestos y anualidad de las leyes que los establecieran, Erario público y Tribunal de Cuentas) y atribuyéndose a

⁵⁰⁴ Alguna timidez de esta reforma se ha patentizado luego en el relatorio de la propuesta presentada por el Gobierno (Diário da Camara dos Deputados, 1852, 1^o vol., pág.249) en la cual se ha manifestado la intención de no se introdujeran modificaciones en los derechos y prerrogativas de la Corona, que se consideraban como *dogmas políticos*. Esa misma timidez en la reforma se ha revelado además en la ausencia de establecimiento de nuevas determinaciones constitucionales relativamente al *pariato*, dejándose intocada - contrariamente a lo que habían sido intenciones constituyentes de los promotores del movimiento regenerador - la hereditaria en los *pares*.

⁵⁰⁵ Cfr. artículos 4, 5, 6 y 8 del Adicional. En consecuencia de la introducción del sistema de elección directa otras alteraciones se han impuesto (así, el artículo 7, sobre capacidad para ser elegido). Además, incluyese una norma relativa a la producción de una ley electoral organizadora del sufragio y del empadronamiento y concretizadora de los criterios definidores de la capacidad electoral activa y pasiva.

las Camaras de los Diputados o de los Pares el poder de proceder en por medio de Comisiones de Inquerito al examen de cualquier objeto de su competencia ⁵⁰⁶ ⁵⁰⁷.

Por fin en materia de derechos fundamentales, cabe referir que el Acto Adicional ha determinado la abolición de la pena de muerte (art.16).

c) El segundo Acto Adicional, datado de 1885, viene en la secuencia de diversas tentativas hechas para se concretar una reforma más democratizadora de la Carta ⁵⁰⁸, en la linea de las evoluciones

⁵⁰⁶ Cfr. artículos 10, 12, 13 y 14 del Acto Adicional. Más en general sobre materia de organización de los poderes públicos, cabe aún hacer referencia a la clarificación de los poderes de las Cortes en materia de reconocimiento y elección de la Regencia (art.1) y al establecimiento de garantías de imparcialidad de los miembros de las Cortes (art.2). Se ha determinado también la atribución de la administración económica de los municipios a unas Camaras Municipales (art.11), inovandose además mediante la previsión de existencia de legislación de urgencia para las provincias ultramarinas, de la responsabilidad del Gobierno o del respectivo gobernador, cuando no fué posible recurrir a las Cortes.

⁵⁰⁷ En el sentido de que el fortalecimiento de las Cortes determinaba un decrecimiento de los derechos y prerrogativas de la Corona por la necesidad que esta tenia de compartir con una estructura social en ascensión - la burguesia industrial - con intereses antagonicos a los de la nobleza, en la cual la realeza ocupaba el lugar cimero Cfr. RIBEIRO SANTOS, A Imagem do Poder, p. 381.

⁵⁰⁸ Así, en 16 de agosto de 1871, en la Camara de los Diputados fué presentado un proyecto de reforma de la Carta por el Diputado Francisco Mendes, que malgrado haber sido rechazado fué de nuevo presentado en 4 de enero de 1872, en la sesión legislativa siguiente. Delante de tal insistencia, el Gobierno, considerando que el proyecto presentado conducia (por la profundidad de las reformas propuestas) a una nueva Constitución y para no se quedar al margen de un proceso que ahora se podia abrir, presenta en 15 de enero a la Camara de los Diputados su propuesta de revisión. Otros proyectos de revisión fueron mientras tanto presentados en la Camara de los Diputados mereciendo especial referencia lo del diputado del partido historico, José Luciano de Castro (24 de enero). La propuesta del Gobierno contemplaba aspectos relativos a la composición de la Camara de los Pares (que solamente podria venir a integrar miembros vitalicios, aunque sin numero fijo, no se nombrando más pares por derecho hereditario) y a los poderes del Rey (que veria limitado su poder de disolución de la Camara de los Pares, así como su poder de perdonar, conmutar y minorar penas, estableciendo aún el principio de la responsabilidad ministerial por los actos del poder moderador (Diário da Camara dos Deputados, 1872, p. 67 a 69). A su vez el *proyecto Luciano de Castro* apuntaba para un refuerzo de los derechos y garantías individuales, para el establecimiento del sufragio universal y para la substitución de la Camara de los Pares por un Senado

verificadas desde luego en España con la revolución de 1868⁵⁰⁹ y la 1ª República de 1873⁵¹⁰.

Más inmediatamente, este Acto Adicional decurre de un proceso abierto en el inicio del año de 1883 con la presentación a la

electivo (*Diário da Camara dos Deputados*, 1872, p. 119/126). El proceso de revisión de la Carta no fué en todo caso llevado por delante, dada la evolución de los acontecimientos en España que habian de conducir a la implantación en 1873 de la República. La cuestión de la reforma de la Carta había posteriormente de ser levantada por la oposición, habendolo sido especialmente en 1876.

A propósito Cfr. ,por ejemplo, MANUEL PINHEIRO CHAGAS, *História de Portugal*, continuada por J. Barbosa Colen e por Marques Gomes, 12ª vol., Lisboa, 1907, p. 394 ss. V. También GUILHERME d'OLIVEIRA MARTINS, *Portugal - Instituições e Factos*, p. 28 y RIBEIRO SANTOS, *A Imagem do Poder*, p. 383-384.

⁵⁰⁹ La revolución de 1868 ha conducido al destronamiento de Isabel II y de su dinastía, consagrandose la libertad de asociación , instituyendose el sufragio directo y universal (o mejor el sufragio general masculino ya que se excluía la idea de sufragio femenino) en vista de elecciones para Cortes Constituyentes que se formaran como órgano unicameral que llegaron a preparar en pocos meses lo que seria la Constitución de 1869. Esta Constitución consagraba aún una monarquía (aunque sin Rey ni Dinastía definida, que serian nombrados por Ley), abriendo con una Declaración de Derechos ciudadanos (que da a éstos una más amplia consagración), subrayando el principio de la soberanía nacional, organizando las Cortes en dos cuerpos colegisladores - Senado y Congreso - que serian elegidos por sufragio universal (pero indirecto en el caso del Senado) y afirmando un principio de desresponsabilidad del Rey y de responsabilidad política del Gobierno ante las Cortes. Para una síntesis Cfr. por ejemplo: BARTOLOME CLAVERO, *Evolución Histórica del Constitucionalismo Español*, Madrid, 1985, págs. 75-84.

⁵¹⁰ Delante de la renuncia en 11 de febrero de 1873 de la nueva dinastía iniciada con Amadeo I de Saboya (que habia sido nombrado legalmente en la secuencia de la Constitución de 1869), las Cortes en reunión conjunta de ambas as Cortes determinarían un cambio en la forma de gobierno que pasaria a ser la República, asumiendo la Asamblea Nacional todos los poderes y prevendose la Convocatoria de Cortes Constituyentes. El nuevo proceso constituyente que mientras tanto se ha abierto fué todavía interrumpido en principios de 1874 por fuerza de intervención militar y más tarde (en finales de ése año) con la Restauración de la dinastía histórica en la persona de Alfonso XII. En 30 de junio de 1876 surge una nueva Constitución que, comparada con la de 1869, daba menos amplia consagración a los derechos de los ciudadanos, eludindose la cuestión de la soberanía, prevendose la existencia, al lado del Congreso de Diputados, de un Senado integrado por miembros por derecho propio, vitalicios por designación regia y electivos por régimen censitario e indirecto, dejando en abierto la organización del sufragio, reforzando los poderes reales y sostrandose el Gobierno a tan estrictos controles parlamentarios. El sufragio se mantuvo censitario y directo por algunos años, con cierta amplitud, introduciendose definitivamente el sufragio universal masculino directo en 1890. Cfr. a propósito, BARTOLOME CLAVERO, *Evolución*, págs. 85-97.

Camara de los Diputados por el Gobierno presidido por Fontes Pereira de Melo de una propuesta de revisión constitucional ⁵¹¹ ⁵¹².

En la secuencia de la discusión en Cortes de tal propuesta de revisión, sería producida, la Ley de 15 de mayo de 1884 en la cual se reconocía la necesidad de reforma de los artículos de la Carta referentes a las materias de la propuesta mencionada, ordenándose a los electores de los Diputados para la siguiente Legislatura que en las procuraciones conferisen especial facultad para la pretendida alteración o reforma.

En 24 de mayo de ése mismo año, operase la disolución de la Camara de los Diputados, realizandose nuevas elecciones en 29 de junio y reuniendose las Cortes salidas de elecciones en 15 de diciembre ⁵¹³.

Iniciase entonces la discusión de la propuesta de revisión constitucional de la Carta completandose el proceso respectivo en 24 de julio de 1885, fecha del segundo Acto Adicional.

La elaboración de éste Acto Adicional se ha concretado, de acuerdo con lo determinado en la Carta, representando el unico caso de verdadera *revisión* realizada conforme a lo estipulado

⁵¹¹ Esta propuesta presentada en 30 de enero llevaba más lejos la intención constituyente que había estado subyacente al Acto Adicional de 52 y apuntaba para la supresión del principio de la hereditariadad en el pariato, para la consagración de los principios de la elegibilidad de los pares y de lo numerus clausus de los pares y consagrandose aún medidas constituyentes de restricción de los poderes reales (maxime: quanto a la disolución de la Camara de los Diputados, al perdón, comutación y minoramiento de penas y aún a través de la somisión de los actos del poder moderador a referenda ministerial). Cfr. Diário da Camara dos Deputados, 1883, págs. 207 a 210.

⁵¹² Tal iniciativa ha tenido en su base un acuerdo interpartidario - entre los partidos regenerador y progresista - sobre reforma electoral, que se concretaría en la Ley de 21 de mayo de 1884, y sobre reforma constitucional en ciertos puntos considerados esenciales, en los cuales se incluía la siempre eterna cuestión de la hereditariadad en el pariato. A propósito Cfr. RIBEIRO DOS SANTOS, A Imagem do Poder, pág. 202 y sigts.

⁵¹³ La reunión de las Cortes estaba marcada primeramente para 5 de noviembre pero la realización por esas fechas de la Conferencia de Berlin y la discusión internacional de la posición de Portugal relativamente al Zaire han determinado un aplazamiento.

constitucionalmente ⁵¹⁴.

De un punto de vista material, éste Acto Adicional, buscando hasta cierto punto como fuente las Constituciones españolas de 1869 y de 1876, ha implicado en la línea del Acto Adicional de 1852 un nuevo refuerzo de la componente democrática (una disminución del peso del factor monárquico y una anulación del elemento aristocrático del régimen, que representaba una sobrevivencia de la antigua organización política), mediante: (i) la afirmación del principio del mandato representativo de los Diputados y de los Pares, así como precisiones sobre los regímenes de inmunidad y de incompatibilidad de aquellos ⁵¹⁵; (ii) una reducción del tiempo de legislatura para tres años ⁵¹⁶; (iii) la supresión de la hereditariad de los Pares, que además pasarían a ser en número fijo y a ser algunos de ellos elegidos por sufragio indirecto ⁵¹⁷; (iv) la

⁵¹⁴ La única duda que a este propósito se podía suscitar tenía que ver con la circunstancia de, en concreto, la iniciativa (aunque indirecta) de revisión haber pertenecido al Gobierno. Sin embargo y como ya tuvimos oportunidad de subrayar, aunque la origen del proceso debese tener lugar en la Cámara de los Diputados, éso no perjudicaba la posibilidad de una iniciativa indirecta, que fué recibida por la propia Cámara de los Diputados.

⁵¹⁵ Cfr. artículo 1, 3, 4 y 5 del Acto Adicional.

⁵¹⁶ Cfr. artículo 2 del Acto Adicional

⁵¹⁷ Cfr. artículo 6 del Acto Adicional. Este era representado el punto central de este Acto Adicional. En los términos de lo dispuesto en el artículo 6 del Acto Adicional, la Cámara de los Pares pasaría a ser compuesta de cien miembros vitalicios nombrados por el rey, de cincuenta miembros electivos así como por el Príncipe Real y los Infantes (luego que tuviesen 25 años de edad). Los que al tiempo fuesen pares del reino (y los sucesores de los pares al momento ya fallecidos o actuales), fué a que título, mantenían su posición solo vitaliciamente. Hacerían aún parte de esta Cámara, como pares vitalicios, el Patriarca de Lisboa y los arzobispos y bispos del Continente del Reyno. Estableciase además un procedimiento temporario destinado a garantizar que el número de pares vitalicios se fijase en cien, determinandose que hasta se atingir este número el Rey por cada tres vacaturas en la Cámara solamente podía proceder a la nominación de un nuevo miembro.

Quanto al mandato de los pares vitalicios, este sería de seis años, podendo la parte de la Cámara relativa a pares vitalicios ser disuelta simultánea o separadamente con la Cámara de los Diputados. La elección de estos pares electivos sería indirecta, disponiendo de capacidad para ser elegido ciertas categorías de individuos. La Ley fijaría los términos de tal elección y definiría esas categorías de individuos.

restricción del poder moderador, que pasaría a ejercerse bajo la responsabilidad de los Ministros y con condicionamientos en lo que respetaba a los poderes no solamente de nombramiento de pares, pero también de disolución de las Cortes (que solamente podría venir a ser decretada en función de exigencias del *bien del Estado*) y de perdón y moderación de penas ⁵¹⁸; (v) la subordinación de la revisión constitucional a un límite temporal idéntico a lo que la Carta originariamente establecía para la primera revisión ⁵¹⁹; (vi) la consagración de los derechos de reclamación, de queja y de petición (nombradamente delante de infracciones de la Constitución y al efecto de responsabilización de los infractores) y del derecho de reunión ⁵²⁰.

d) Cuanto al Acto Adicional de 1895-1896, éste ha sido producido en la secuencia de una situación de disolución de la Cámara de los Diputados y de instauración de un gobierno dictatorial (Ministerio Hintze Ribeiro - João Franco), operada en 1895 ⁵²¹, concretándose en un ambiente de crisis financiera y siendo aún dominado por los acontecimientos relativos al *Ultimatum* inglés de 11 de enero de 1890 para el abandono por Portugal de determinadas posiciones en África, por la crisis del rotativismo, por una inestabilidad político-social favorecida por el partido republicano. Había en este contexto que favorecer el poder real y en general restablecerse la confianza en las instituciones, reforzándose desde luego el poder moderador real que mientras tanto había sido objeto de sucesivas medidas de enflaquecimiento o neutralización ⁵²². En tal sentido, por

⁵¹⁸ Cfr. artículo 7 del Acto Adicional. Precisabase además, en el artículo 8, que el rey no podía ausentarse del reino por más de tres meses sin el consentimiento de las Cortes.

⁵¹⁹ Cfr. artículo 9 del Acto Adicional

⁵²⁰ Cfr. artículo 10 del Acto Adicional

⁵²¹ Cabe hacer referencia al hecho de que mientras tanto en 1890 había sido planteada la cuestión de la reforma de la Carta, llegando a ser presentada formalmente una propuesta en ése sentido. Ésta iniciativa no ha obtenido, sin embargo, aprobación.

⁵²² En este sentido en libro publicado en 1896, FUSCHINI (*Liquidações*

via del decreto dictatorial del 25 de septiembre de 1895, el gobierno establecido ha promovido la modificación de la Carta y del Acto Adicional de 1885, mediante la introducción de mecanismos correctores de las insuficiencias o aspectos negativos del parlamentarismo, y de refuerzo de los poderes del Rey (al cual se pasaba a cometer poderes de arbitraje contra disidencias entre las dos Camaras), poniéndose además en causa la solución que apuntaba para la elegibilidad de los miembros de la Camara de los Pares.

Tal decreto dictatorial, habiendo modificado la Carta, de modo obviamente inconstitucional, ponía problemas de responsabilidad y desde luego también de invalidez. Para se salvaren tales efectos, el decreto debía entonces ser ratificado por las Cortes. Así, en un otro decreto de 25 de Septiembre de 1895, convocándose nuevas elecciones de Diputados, ha sido determinado que los electores conferirían a los diputados a elegir poderes para deliberaren y resolveren sobre las alteraciones a la Carta entonces dictatorialmente establecidas. Institúfase así la técnica de los *bills de indemnidad*.

Mediante el ejercicio de aquél mandato previsto en el mencionado decreto de 1895, las Cortes (sin la presencia de las fuerzas de oposición que se habían abstenido de presentarse a elecciones) han discutido, confirmado en ciertos puntos y modificado en otros, el decreto dictatorial del 25 de septiembre de 1885, concluyendo sus trabajos con la adopción de la Carta de Ley de 3 de abril de 1896, que completa así el tercer Acto Adicional a la Carta.

Este Acto Adicional, semejantemente al Acto Adicional de 1852, se ha presentado como inconstitucional por violar las disposiciones de los artículos 140, 141 y 142 de la Carta relativas a la fase de proposición de los procesos de revisión constitucional, habiendo sido concretado con preterición del poder de iniciativa

Políticas, p. 115) afirmaba: "Monarchia democratica, um chefe popular hereditario, governos de força, tolerantes e liberaes, principios definidos em politica, absoluta moralidade na administração, taes seriam os meios de levantar a opinião publica no paiz e de avigorar as instituições".

perteneciente a las Cortes.

Materialmente, la Carta de Ley de 3 de abril de 1896 ha seguido en lo fundamental la orientación contenida en el decreto dictatorial del 25 de septiembre de 1895, apuntando también esencialmente para un restablecimiento del poder real moderador mediante la anulación de la categoría de los pares elegidos ⁵²³ y la liberación de los poderes de disolución de la Cámara de los Diputados (y de convocación de nuevas elecciones), así como del poder de perdón y de moderación de penas ⁵²⁴. No se ha mantenido, sin embargo, la orientación del mencionado decreto dictatorial relativa a los poderes de arbitraje del Rey cuanto a conflictos entre Cámaras ⁵²⁵. Además, inovándose, se ha acrecentado, por ejemplo, la previsión de la facultad de los Miembros del Gobierno de participaren en las Cortes en la discusión de determinados proyectos de ley ⁵²⁶, estableciéndose aún precisiones en materia de derecho presupuestario ⁵²⁷.

⁵²³ La Cámara de los Pares, en los términos del artículo 1 de la Carta de Ley, sería compuesta de miembros vitalicios (en número de 90) nombrados por el Rey, de miembros por derecho propio y aún por derecho hereditario. En el artículo 2 y 3 de la Carta de Ley estableciase un régimen de incompatibilidades aplicable a los pares del Reyno.

Desapareciendo la categoría de los pares electivos, pasaba a competir al rey en exclusivo la facultad de nombrar todos los pares del reino (que no lo fuesen por derecho propio o de hereditariadad), pasando de nuevo a influenciar determinantemente la relación de fuerzas en éso organo.

⁵²⁴ Cfr. artículo 6 de la Carta de Ley de 3 de abril de 1896.

⁵²⁵ En alternativa se ha consagrado, en el artículo 5 de la Carta de Ley de 3 de abril de 1896, la solución de nombramiento de una Comisión de igual número de pares y de diputados con poderes de deliberación final sobre el conflicto o, en caso de esta Comisión ser a propósito inconclusiva, la solución de convocación de las Cortes generales, en reunión conjunta de las dos Cámaras.

⁵²⁶ Cfr. artículo 4 de la Carta de Ley de 3 de abril de 1896, donde se preveía el poder de los ministros nombraren delegados suyos para tomaren delante de las cámaras legislativas en la discusión de determinados proyectos de ley.

⁵²⁷ Cfr. artículo 7 de la Carta de Ley de 3 de abril de 1896, que relativamente al deber de presentación en la Cámara de los Diputados del Presupuesto de Estado, detallaba (en un aspecto omiso en el decreto de 1895) la solución para los casos en que no estuviésen abiertas o que estuviésen disueltas, prohibiendo su encerramiento en la eminencia de discusión del Presupuesto del Estado.

e) La técnica de modificación de la Carta por Decreto dictatorial ha sido aún seguida en circunstancias idénticas a aquellas en que se había operado la reforma de 1895-1896 (en la secuencia de la disolución de la Cámara de los Diputados, operada en 11 de abril de 1907 y en un ambiente de inestabilidad política ahora determinada por un fenómeno de desagregación partidaria y de divulgación de agitación republicana) en el caso de Decreto de 23 de diciembre de 1907⁵²⁸, lo cual, también en una perspectiva de involución democrática, determinaba el regreso a la regla del número indeterminado de pares vitalicios, volviéndose así a la solución originariamente contemplada por la Carta cuanto a la composición de la Cámara de los Pares⁵²⁹.

La circunstancia del asesinato del Rey y de su hijo mayor en 1 de febrero de 1908 y la necesidad de favorecer una coalición de las fuerzas políticas monárquicas han determinado que ése decreto todavía no ganase efectividad, no se llegando a verificar su convalidación por las Cortes⁵³⁰ y siendo mismo declarado nulo y de

⁵²⁸ Con anticipación, pero de señal políticamente contrario y en un aspecto justificando delante del rotativismo, la cuestión de la reforma de la Carta había sido planteada en 1899 por el gobierno progresista de José Luciano de Castro (que había sucedido al Ministerio Hintze Ribeiro que estuviera en la origen del Acto Adicional de 1895-1896), llegando mismo a ser editada en 1 de agosto de ése año una ley que reconocía la necesidad de reforma de ciertas normas de la Carta, y determinaba que se otorgasen a los Diputados el mandato constituyente respectivo. En propuesta presentada por el Gobierno en 16 de marzo de 1900 a la Cámara de los Diputados, la cuestión principal que de nuevo se plantea es la de la composición de la Cámara de los Pares, pretendiéndose restablecer su parte electiva, revocándose en esa parte el Acto Adicional de 1896. Además, tenían en vista la consagración de medidas de refuerzo de la posición de las Cortes, preveándose nombradamente la facultad de éstas poderen venir a reunir por deliberación propia. Contra tal propuesta fué invocado por la oposición desde luego un argumento de inconstitucionalidad, ya que no había transcurrido el plazo de cuatro años sobre la última reforma constitucional concretada. El propio rey, delante de las consecuencias negativas de tal reforma sobre su estatuto, se ha manifestado contra tal reforma. Cfr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Direito Constitucional*, Coimbra, 1909, págs. 23 a 25.

⁵²⁹ En tal Decreto preveíase además la atribución al Supremo Tribunal de Justicia de la competencia para juzgamiento de los crímenes de responsabilidad ministerial.

⁵³⁰ La necesidad de se garantizar tal convalidación (o de un bill de indemnidad) para aquél decreto dictatorial ha llevado a que se convocasen elecciones con atribución a los Diputados de poderes para tanto por medio de Decreto de 24 de diciembre de 1907.

ningún efecto por el Decreto nº2 de 27 de febrero de 1908.

CAPITULO IV
LA CONSTITUCIÓN DE 1838

Sumário:

1. Consideraciones generales
2. La organica de revisión constitucional
3. Los limites temporales de la revisión constitucional
4. Los limites materiales de la revisión constitucional
5. Los limites procesales y formales de la revisión constitucional
6. Proceso de revisión constitucional
7. La vigencia y la revocación de la Constitución

1000
1000
1000
1000
1000

1. Consideraciones generales

a) La Constitución de 1838 ⁵³¹ ha sido aprobada en la secuencia de la Revolución de Septiembre de 1836 ⁵³² y después de un segundo y corto periodo de vigencia de la Constitución de 1822.

La restauración de la vigencia de la Constitución de 1822 se ha concretado en términos que hacían presuponer el reconocimiento de la inviabilidad de su aplicación integral. Tal resultaba luego del Decreto de 10 de septiembre de 1836 por el cual la Reyna D. María II, atendiendo a las representaciones que le habían sido hechas en favor del restablecimiento de la Constitución de 1822, ha declarado en vigor la dicha Constitución y ha ordenado que inmediatamente se procediese, en la forma de ella, a la reunión de las Cortes Generales de la Nación portuguesa, a cuyos diputados, además de las facultades ordinarias, se deberían otorgar los poderes precisos para hacer en la misma Constitución las modificaciones que las mencionadas Cortes entendiésem convenientes ⁵³³.

⁵³¹ Sobre la Constitución de 1838 Cfr.: MARTIM DE ALBUQUERQUE y RUY DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, II, Lisboa, 1983, p. 204ss; MARCELLO CAETANO, *Constituições Portuguesas*, p. 43ss; ID., *Manual*, II, p. 437 ss.; BENEDICTA MARIA DUQUE VIEIRA, *A Revolução de Setembro e a Discussão Constitucional de 1837*, Lisboa, 1987; FEZAS VITAL, *Direito Constitucional*, Lisboa, 1936-37, p. 340-341; MIGUEL GALVÃO TELLES, *Constituições Portuguesas*, Verbo, V, p. 1054 ss; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 305 ss; FRANZ LANGHANS, *Constituição de 1838*, in *Dicionário de História de Portugal*, I, p. 677 ss; LOPES PRAÇA, *Collecção*, II, p. XXI ss y 250 ss; JORGE MIRANDA, *Manual*, I, p. 280 ss; ID., *Constituições Portuguesas*, Polis, I, p. 1169 ss; GUILHERME d'OLIVEIRA MARTINS, *Portugal - Instituições e Factos*, p. 24 ss; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Os Partidos Políticos no Direito Constitucional Português*, Braga, 1983, p. 136ss; JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Direito Constitucional*, Coimbra, 1909; JOÃO DE SANDE MAGALHÃES MEXIA SALEMA, *Princípios de Direito Político aplicados à Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1838 ou a Teoria Moderada do Governo Monárquico Constitucional Representativo*, I, Coimbra, 1841; CHRISTIAN DE SAUSSAY, *De l'évolution constitutionnelle du Portugal Contemporain - De la Revolution de 1820 a l'Estado Novo*, Nice, 1973.

⁵³² Sobre la Revolución de septiembre Cfr. bibliografía citada *supra*.

⁵³³ El texto de este Decreto encontrase publicado en LOPES PRAÇA,

La verdadera intención en todo caso, como sería confirmado por el Decreto de 6 de noviembre de 1836, ha sido la de se promover la elaboración de una nueva Constitución. Efectivamente, en la secuencia de la reacción de los partidarios del cartismo y mediante ése Decreto de 6 de noviembre de 1836 ⁵³⁴ se han modificado los términos de octorga de poderes constituyentes a los Diputados a las Cortes, pasando a autorizarse éstos a introducir en "en la Constitución del año de 1822 y en la Carta Constitucional de 1826 las alteraciones juzgadas convenientes, a fin de establecieren una ley fundamental aseguradora de la libertad legal de la Nación, de las prerrogativas del Trono constitucional y en harmonia con las monarquias constitucionales de la Europa". La perspectiva seguida pasaba entonces a ser claramente la de una octorga de poder constituyente originario o de poder de elaboración de una nueva Constitución, apuntandose especialmente para la necesidad de se buscar un *compromiso* constitucional entre los proyectos y ideales contenidos en la Constitución de 1822 y en la Carta Constitucional de 1826.

Las Cortes Generales y Constituyentes, en la secuencia de elección de los Diputados, concretada en 22 de noviembre de 1836, se han reunido en sesión preparatoria en 18 de enero de 1837 y en sesión real de apertura en 26 de ése mes, eligiendose en el dia siguiente a esta sesión la comisión encargada de preparar el proyecto de Constitución ⁵³⁵. Tal proyecto ⁵³⁶ fué leído en sesión de 6 de marzo de 1837,

Collecção, II, pág.209. Véase aún a propósito las instrucciones electorales de 8 de octubre de 1836 (art.43).

⁵³⁴ Los hechos que están en la base de este nuevo Decreto de octorga de poderes constituyentes refieren al golpe de Estado de 4 de noviembre de 1836, que se quedó conocido como la *Belenzada*, por el cual la Reyna demisionó el ministerio y se visaba la restauración de la Carta Constitucional. El golpe, mal grado no haber tenido suceso frente a la actuación de la Guardia Nacional de apoyo al septiembrismo, ha conducido a un acuerdo que apuntaba, tal como se ha consagrado en aquél Decreto, para la elaboración de una nueva Constitución, que hiciése el *compromiso* entre la Constitución de 1822 y la Carta Constitucional de 1826.

⁵³⁵ Esta comisión fué presidida por José Liberato, teniendo como secretario Silva Sanches y como relator Leonel Tavares Cabral.

iniciándose su discusión en la generalidad en el mes siguiente, en 5 de abril.

Delante de una situación de guerra civil entre septiembristas y cartistas, desencadenada por la llamada *Revolta dos Marechais* (julio de 1837), de suspensión de garantías y en la secuencia de una discusión sobre la conveniencia de continuación de los trabajos constituyentes en la vigencia de tal situación, éstos han sufrido un retraso ⁵³⁶.

El texto de la Constitución fué objeto de apreciación final y de aprobación solamente en las sesiones de 6, 7 y 8 de marzo del año siguiente, habiendo sido firmado por los Diputados en 20 de marzo de 1838 y jurado por éstos en 3 de abril. La nueva Constitución fué entonces presentada a la Reina, que la ha aceptado y jurado en 4 de abril de 1838⁵³⁷

b) La Constitución de 1838, intentando dar cumplimiento al mandato constituyente configurado en el citado Decreto de 6 de noviembre de 1836, se ha presentado como una Constitución compromisoria que buscaba un equilibrio entre las pretensiones *vinartista y cartista*, entre el conservadorismo de la Carta y el progresismo de la Constitución de 1822, visando alcanzar una mejor conciliación entre los principios monárquico y democrático.

⁵³⁶ Cfr. Diário das Cortes Gerais e Constituintes da Nação Portuguesa, de 1837, vol.II, pág.4 ou LOPES PRAÇA, Collecção, II, págs. 251 y sigts.

⁵³⁷ El proceso constituyente quedaria practicamente paralisado entre julio y septiembre de 1837.

⁵³⁸ La sumisión de la Constitución a la aceptación de la Reina permitenos caracterizar la Constitución de 1838 como una Constitución pacticia. En este sentido, fueron significativas las palabras de la Reina pronunciadas en el momento del juramento de la Constitución, que ha entonces subrayado que *libremente* aceptaba la Ley Fundamental de la Monarchia (Cfr. Diário do Governo de 1838, nº 82, p. 339. Véase también LOPES PRAÇA, Collecção, II, p. 277-278). Además, es de referir que la Reina, en la secuencia de la presentación de la Constitución, habia declarado que *examinaria y consideraria* la Constitución y que solamente después, enso consideráse que debia convertirse en Ley Fundamental de la Monarchia, marcaria fecha para su juramento.

En una tal perspectiva compromisoria, la Constitución de 1838 ha recogido de la Constitución de 1822 la valorización del principio de la soberanía nacional, la mayor relevancia sistemática dada al tratamiento de los derechos y garantías de los portugueses, la consideración clásica de los tres poderes del Estado y de su separación, la inexistencia de una segunda Cámara hereditaria ⁵³⁹ y la adopción del sufragio directo, aunque no universal. A su vez, de la Carta Constitucional de 1826 viene a recogerse la orientación de valorización de la posición jurídico-constitucional del Rey, que mantuvo los poderes de sanción y de veto de decretos, así como de disolución de la Cámara de los Diputados, y la idea de organización bicameral de las Cortes, aunque ahora la segunda Cámara -la Cámara de los Senadores- fuere un órgano de base electiva, y no ya de base hereditaria.

La síntesis a que se ha intentado llegar apuntaba en el sentido de la construcción de un sistema de monarquía constitucional en que se imponían algunas restricciones a la afirmación del principio monárquico en función de los intereses de la burguesía ⁵⁴⁰.

Las principales o más inmediatas fuentes de la Constitución han sido, en ésta orden de consideraciones, la Constitución de 1822 y la Carta Constitucional de 1826. Sin embargo, es aún de considerar la especial influencia que sobre la Constitución de 1838 ha tenido la

⁵³⁹ Se ha instituido una segunda Cámara -la Cámara de los Senadores- pero de base electiva.

⁵⁴⁰ La Constitución de 1838 se ha presentado en todo caso de cuño moderado. En este sentido LOPES PRAÇA (Coleção, II, pág. XXI) refiere que "los constituyentes se hubieran con inesperada moderación, haciendo en aquella Constitución (de 1822) alteraciones no menos importantes que en la Carta". J. P. d'OLIVEIRA MARTINS (Portugal Contemporaneo, II, pág.77) ha afirmado incluso que "destruir la revolución sin la negar; cortar la cauda incomoda de los descamisados, defendiéndose contra los inimigos de la derecha para no perderen el puesto; equilibrar, ponderar las cosas; hacer una Constitución tan parecida con la Carta que para el Paço fuere la misma cosa, sin dejar de ser Constitución en nombre - ahí estaba el pensamiento dominante en los hombres que, mal grado suyo, se veían mandatarios de la revolución".

Constitución española de 1837 ⁵⁴¹ y luego también la experiencia constitucional que se ha asociado a la revolución francesa de Julio de 1830 y (en aspectos particulares como los relativos a la organización bicameralista de las Cortes, y en particular del Senado) las Constituciones belga de 17 de febrero de 1831 y brasileña de 1834.

c) La Constitución de 1838 fué también como una Constitución rfgida.

Tratase todavia de una Constitución menos rfgida que la Constitución de 1822 o con un grado menos intenso de rigidez constitucional. La rigidez constitucional verificase fundamentalmente al nivel organico y procesal, pero descargase la reforma constitucional de algunos condicionamientos establecidos en las Constituciones anteriores y atenuase el sentido restrictivo de otros.

En éste sentido cabe referir que en ésta Constitución (i) no se establecía cualquier limite temporal para el ejercicio de la iniciativa de revisión constitucional, (ii) admitiase mismo la posibilidad de concretización de una revisión constitucional (aunque limitada a la discusión de la forma de nombramiento de los Senadores) luego en la primera legislatura, (iii) ha desaparecido la necesidad de en las elecciones intercalares serén pasadas procuraciones especiales a las Cortes para concretaren una revisión constitucional propuesta, y (iv) no se imponía la verificación de una mayoría cualificada para la aprobación de la propuesta de revisión o del acto final de revisión, siendo de notar aún que (v) se ha definido el régimen de revisión constitucional, en general, de modo menos detallado ⁵⁴².

⁵⁴¹ El proceso constituyente español que ha conducido a la Constitución de 1837 se ha iniciado contemporaneamente al proceso constituyente portugués relativo a la Constitución de 1838. La convocación de las Cortes españolas se ha operado en 19 de noviembre de 1836. En Portugal la convocación de las Cortes se ha verificado en 10 de septiembre de ése año. El proceso español en todo caso se ha desarrollado más rapidamente, sin las incidencias que ha sufrido el proceso portugués, concluyéndose en 18 de junio de 1837.

⁵⁴² Sin embargo de éste aspecto podrá decirse que en la Constitución de 1838 se

El régimen de revisión constitucional recoge aspectos de los regimenes fijados en la Constitución de 1822 y en la Carta Constitucional de 1826.

En aspectos comunes a las Constituciones anteriores, también en la Constitución de 1838 se ha atribuido el poder de revisión constitucional a las Cortes y hecho la distinción entre una fase de iniciativa y una fase de concretización de la revisión constitucional (salvo en lo que respetáse a la revisión, en la primera legislatura, del régimen de nombramiento de los Senadores), acreciendo que también no se ha hecho depender de sanción real los actos finales de reforma de la Constitución ⁵⁴³.

Por otro lado, y a semejanza de lo que se pasaba con la Carta Constitucional, se ha considerado la especificidad de la estructura bicameral de las Cortes, aunque se deban retirar consecuencias diferenciadoras de la circunstancia de la segunda cámara - Cámara de los Senadores - ser un órgano de base electiva (ésto sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo transitorio).

2. La organica de revisión constitucional

En la Constitución de 1838, la tarea de revisión constitucional incumbía prioritariamente a las Cortes Generales, que se componían de dos Cámaras: Cámara de Senadores y Cámara de Diputados.

Disipándose dudas que se habían planteado en el ámbito de vigencia de la Carta Constitucional de 1826 sobre se estaba autorizada o no la intervención en los procesos de revisión constitucional de las

han dejado resueltas algunas cuestiones que tanto la Constitución de 1822 como la Carta Constitucional de 1826 habían dejado en abierto. En éste sentido Cfr. LOPES PRAÇA, Estudos sobre a Carta, p. XLVII-XLVIII

⁵⁴³ Esto sin olvidarnos las dudas que se planteaban en la vigencia de la Carta sobre la necesidad de sanción real del acto final de revisión. A propósito véase *supra*.

dos Camaras, ha sido prevista de forma inequivoca la competencia conjunta de ambas las Camaras. En todo caso - tal como en el sistema de la Carta - la posición de prevalencia pertenecía a la Camara de Diputados, ya que solamente a esta pertenecía presentar propuestas de reforma constitucional.

La organica de revisión constitucional consagrada en la Constitución de 1838 además de ser dominada por las Cortes Generales integraba aún el propio Rey. Cuanto a la participación del Rey en los procesos de revisión constitucional esta podía operarse de modo constitutivo por medio de la activación del instituto de la sanción real. Cumple en todo caso subrayar que solamente se hacia depender (y mismo así indirectamente) de sanción real el Decreto que aprobáse una iniciativa de revisión constitucional ⁵⁴, no estando los decretos de aprobación de alteraciones a la Constitución sujetos a tal acto ⁵⁵ ⁵⁶.

Cabe además hacer referencia a la posición del Poder Ejecutivo en el cuadro de la organica de revisión constitucional, subrayandose que a éste simplemente estaba abierta la posibilidad de presentar propuestas que, solamente después de examinadas por una Comisión de la Camara de los Diputados, podian convertirse en proyectos de reforma constitucional ⁵⁷.

Por fin, tornase obligada una referencia al Cuerpo electoral en cuanto entidad participante en los procesos de revisión constitucional, incumbiendole particularmente hacer, en elecciones para las Cortes, la mediación entre una fase de iniciativa de revisión y una fase de concretización (o de aprobación final) del acto de revisión y desarrollando así una función de control.

La Constitución de 1838 sin embargo de atribuir el poder de

⁵⁴ Cfr. artículo 68 de la Constitución.

⁵⁵ Mismo así, los poderes de intervención del Rey en la fase de iniciativa de revisión tenían así un alcance significativo, ya que una iniciativa de revisión constitucional podía ser vetada - veto absoluto - por el Rey, frustandose así las intenciones parlamentarias respectivas.

⁵⁶ Cfr. artículo 139 de la Constitución

⁵⁷ Cfr. artículo 64, § unico (y artículo 55) de la Constitución.

revisión constitucional al órgano incumbido de la función legislativa ordinaria y de admitir en cierto momento de los procesos de revisión la intervención del Rey, ha adoptado una orientación de separación entre el poder de reforma constitucional y los otros poderes constituidos y, incluso, el legislativo ordinario ⁵⁴⁸.

En el confronto del poder de revisión constitucional con el poder legislativo ordinario, la separación resultaba asegurada desde luego mediante la previsión de mecanismos procesales, y en especial por medio de la determinación de que las Cortes para aprobar alteraciones a la Constitución, en la secuencia de una iniciativa concretada en Decreto, deberían ser renovadas por fuerza de elecciones para una nueva legislatura. Sin éso, las Cortes no se convertirían plenamente en órgano constituyente de reforma constitucional, no dejando de ser un simple órgano legislativo ordinario (o, en el límite, también en órgano de iniciativa de revisión) obligado al estricto cumplimiento de la Constitución y impedido de por cualquier forma sobrepasar sus determinaciones.

Por otro lado, en el confronto del poder de revisión constitucional con el poder de sanción real del acto de iniciativa de revisión, la separación de poderes concretabase mediante la concepción del poder real como un simple poder de control, insusceptible jurídicamente de interferir directamente en la definición del contenido concreto de las alteraciones a introducir en la Constitución.

Por fin, en el confronto del poder de revisión constitucional con el poder ejecutivo, ésa separación de poderes era subrayada por la circunstancia de toda la interferencia del poder ejecutivo en la tarea de revisión constitucional depender, en su efectividad, de su aceptación puntual por las Cortes, que quedaban libres de tornar suyas o no las

⁵⁴⁸ El principio de la separación de poderes alias estaba claramente consagrado en el artículo 35 de la Constitución que determinaba que los poderes políticos serían esencialmente independientes, no pudiendo ningún arrogarse las atribuciones del otro.

iniciativas por él desarrolladas ⁴⁹.

3. Los límites temporales de la revisión constitucional

La Constitución de 1838, distintamente de las Constituciones anteriores, no consagraba un límite temporal a la primera revisión constitucional ⁵⁰, posibilitándose en el *artículo transitorio* de la Constitución que, en materia de nombramiento de Senadores, podían las Cortes aprobar, definitivamente, luego en la primera legislatura, una reforma constitucional que determinase que, de futuro, los Senadores pasarían a ser escogidos por el Rey sobre lista triplete propuesta por los círculos electorales ⁵¹ ⁵². En éste punto particular ni siquiera se establecía la necesidad de se respetar la

⁴⁹ Ésa separación podía en todo caso sufrir desviaciones en resultado de la posibilidad, prevista en el artículo 50 de la Constitución, de los Senadores y Diputados poderen ser nombrados Ministros e Secretários de Estado y cumularen las dos posiciones desde que en nueva elección, luego después realizada para ése efecto, fuésen de nuevo elegidos.

⁵⁰ Es sin embargo de referir que en el proyecto de Constitución elaborado por una Comisión de las Cortes Generales y Constituyentes se preveía, en su artículo 145, un límite temporal de cuatro años para se proponer una revisión constitucional.

⁵¹ Esta solución alternativa era la que estaba contemplada en la Constitución española de 1837.

⁵² Para la historia de este artículo transitorio de la Constitución Cfr. LOPES PRAÇA, *Colectão*, II, pág. 271 nota (1). Véase también B. M. DUQUE VIEIRA, *A Revolução de Setembro*, p. 48 ss.

Una primera propuesta ha sido en el sentido de que la primera Cámara de los Diputados pudiese hacer las alteraciones que considerase convenientes en materia de organización de la Cámara de los Senadores. JOSÉ ESTEVÃO ha contrapuesto que tal facultad quedase restringida, pudiendo ser discutida en la primera legislatura solamente la manutención de la elección popular de los senadores o la consagración de una solución de nombramiento mixto de los Senadores por el Rey y por el Pueblo. El artículo ha nacido de una exigencia del Visconde de Sá da Bandeira que no aceptaría ser ministro y presidente del Consejo si no se consagrase una solución de nombramiento *mixto* de los Senadores. El expediente de la introducción del artículo transitorio ha representado una fórmula de modificación de la votación que ya había tenido lugar sobre la organización del Senado, inspirada en la técnica americana de la *motion to reconsider*.

distinción entre fase de iniciativa y fase de concretización de la revisión constitucional, abriéndose una derogación al procedimiento especial de revisión establecido en el artículo 139 de la Constitución⁵⁸³.

Cuanto a las demás materias, y al efecto de la primera como de las siguientes revisiones, en el silencio de la Constitución, podía ejercerse a todo tiempo el poder de iniciativa de reforma constitucional, no se imponiendo el respeto de ningún plazo para su ejercicio.

El único límite temporal que, aunque indirectamente, se establecía - siguiendo una orientación constitucional ya tradicional - respetaba a la concretización de una revisión constitucional antes propuesta. Para tal concretización, en los términos de lo dispuesto en el artículo 139 de la Constitución, había que aguardar por elecciones a las Cortes, pudiendo solamente tener lugar en las Cortes siguientes a aquellas en que hubiese sido ejercida la iniciativa de revisión⁵⁸⁴.

4. Los límites materiales de la revisión constitucional

Tal como las demás Constituciones portuguesas anteriores, también la Constitución de 1838 ha sido omisa en la fijación expresa de límites materiales aplicables a la generalidad de las revisiones constitucionales.

Cabe sin embargo hacer aquí referencia al régimen especial

⁵⁸³ Sin embargo es de tener presente que la Ley de 9 de abril de 1838, que establecía el proceso y formalidades de las elecciones para diputados y senadores, ordenaba en § único de su artículo 56 que se declarase en las actas de las elecciones próximas que los electores otorgaban a los senadores y diputados elegidos poderes especiales para reformaren el artículo de la Constitución que decretaba la origen de la Cámara de los Senadores de pura elección popular, a fin de que lo confirmasen, o no lo confirmasen, o lo alterasen, para que de futuro los senadores pudiesen ser escogidos por el rey sobre lista triplice propuesta por los colegios electorales.

⁵⁸⁴ No se fijaba un plazo mínimo cierto para que se pudiese concretar una revisión. Entre la iniciativa y la concretización de la revisión constitucional podía distar un período de tiempo mayor o menor, conforme la fecha de nuevas elecciones a las Cortes.

establecido en el *artículo transitorio* de la Constitución, de acuerdo con el cual se fijaba un límite material expreso a la alteración, en la primera legislatura, del modo de nombramiento de los Senadores. Tal reforma solamente podía dirigirse en el sentido de los Senadores pasasen a ser escogidos por el Rey sobre lista tríplice propuesta por los círculos electorales. Debemos no obstante subrayar que tal límite material (que se puede considerar *positivo*, en el sentido de que apunta una orientación precisa a seguir en determinada reforma constitucional), destinabase a funcionar simplemente en una circunstancia concreta: en el caso en que luego en la primera legislatura se pretendiése o deseáse alterar el modo de nombramiento de los senadores mediante un procedimiento simplificado que no obligáse a la mediación de elecciones entre una fase de iniciativa de revisión constitucional y una fase de su concretización. En todo caso, las Cortes podían ya reformar la Constitución en materia de nombramiento de los Senadores en sentido distinto de aquél para que apuntaba el mencionado *artículo transitorio* se se optáse por el procedimiento establecido en el artículo 139.

Además, hay a considerar que, tal como resultaba de los regímenes de revisión constitucional consagrados en las Constituciones anteriores, la Constitución de 1838 ha favorecido la técnica de la limitación material *indirecta*, pero expresa, de la revisión constitucional, la cual consistía en someter el poder de concretización de una revisión constitucional a las determinaciones sobre su contenido establecidas, correspondientemente y con anticipación, en el acto de iniciativa de revisión constitucional. La distinción formal entre las fases de iniciativa y de concretización de la revisión constitucional tenía como consecuencia que las Cortes en el primero momento - en el momento de la iniciativa - se auto-vinculaban (o, en otros términos, vinculaban las Cortes siguientes, saídas de elecciones) a, queriendo, concretar una revisión constitucional sobre determinada materia y, quizá, a hacerlo en determinado sentido.

Cumple por fin tener presente la existencia en el cuadro de la Constitución de 1838 de límites materiales implícitos a la revisión constitucional traductores de elementos de identificación material de la Constitución y que se relacionaban con los principios (i) de la soberanía nacional, (ii) monárquico-hereditario, (iii) democrático-representativo, (iv) del respeto por los derechos y garantías fundamentales de los portugueses, según la trilogía *libertad, igualdad, propiedad*, (v) de la prohibición de los privilegios no fundados en la utilidad pública, (vi) de la constitucionalidad y de la legalidad y (vii) de la separación de poderes, así como (viii) con el imperativo de irrenunciabilidad por parte de la Nación a cualquiera parcela del territorio a que tuviése derecho, (ix) con la solución de confesionalidad de lo Estado y de vinculación de éste a la Religión Católica Apostólica Romana y (x) con la exigencia de respecto por la línea sucesoria continuadora de la Reyna D. Maria II, en el ámbito de la dinastía de la Casa de Bragança y con la exclusión perpétua de la línea colateral del ex-Infante D. Miguel y de toda su descendencia.

5. Los límites procesales y formales de la revisión constitucional

Considerando a su vez los límites procesales a la revisión constitucional consagrados en la Constitución de 1838, debemos desde luego tener presente que se imponía una división del procedimiento de reforma constitucional en dos fases bien diferenciadas: fase de iniciativa y fase de concretización ⁵⁵⁵.

Además, imponíase que entre la fase de iniciativa y la fase de concretización de la revisión constitucional debían mediar elecciones para la Cámara de los Diputados y, como determinaba el artículo 62 de la Constitución, también para la renovación parcial de la Cámara de los Senadores.

⁵⁵⁵ Cfr. artículo 139 de la Constitución.

Acrece que se exigía en el artículo 138 de la Constitución, que el proceso de iniciativa de revisión constitucional tuviese su comienzo en la Cámara de los Diputados, determinándose específicamente que la iniciativa debía concretarse en una propuesta hecha en esa Cámara.

Implícitamente (o de modo no perfectamente explícito), puede aún retirarse de la Constitución que la propuesta de reforma constitucional debería ser concreta, indicando no simplemente la materia que podía ser objeto de modificación, pero también el sentido de la alteración pretendida ⁵⁵⁶.

Acrece que se determinaba la necesidad de intervención conjunta de las dos Cámaras para la concretización tanto de la iniciativa de revisión como del acto final de revisión constitucional ⁵⁵⁷.

Por fin, sometíase a sanción real el acto de iniciativa, imponiéndose, del punto de vista formal, la incorporación de las alteraciones aprobadas en la Constitución, que pasarían a incluirla ⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ Así determinábase en el artículo 139 de la Constitución que la propuesta que fuere aprobada por ambas las Cámaras y sancionada por el Rey sería sometida a la deliberación de las Cortes siguientes. Esta redacción presupone que el contenido de la reforma se estabilizaba en un primero momento, quedando para una segunda fase simplemente una nueva votación de la propuesta antes decretada.

⁵⁵⁷ Cfr. artículo 139 de la Constitución

⁵⁵⁸ No se ha establecido la necesidad de formación de anejo a la Constitución, alejándose así la técnica de los Actos Adicionales. Cfr. LOPES PRAÇA, *Estudos sobre a Carta*, p. XLVIII.

⁵⁵⁹ Cfr. artículo 139 de la Constitución.

El proyecto de Constitución que fué elaborado por una Comisión de las Cortes Generales y Constituyentes era más detallado en materia de limitación procesal de la revisión constitucional. Siguiéndose aquí básicamente el régimen de revisión de la Carta, introducíanse en todo caso algunas precisiones: (i) el régimen ahora previsto aplicábase no solamente a la primera revisión, pero también a las revisiones siguientes; (ii) la proposición de revisión debía ser apoyada por dos tercios de los votos presentes para ser admitida a la discusión y para ser aprobada; (iii) el acto final de revisión constitucional dependía también de aprobación por dos tercios. En ese proyecto contemplábase además la solución de los electores pasaren procuración especial a los Diputados para concretaren una revisión de iniciativa de las Cortes en la Legislatura anterior.

6. Proceso de revisión constitucional

En el cuadro de la Constitución de 1838, los procesos de su revisión, en la fase de iniciativa, tenían comienzo en la Cámara de los Diputados, empezando con la presentación de una propuesta conteniendo la indicación de las materias sobre que podía incidir la reforma constitucional y, más que éso, del sentido de las alteraciones constitucionales pretendidas.

En la ausencia de otras normas específicas y por aplicación subsidiaria de lo dispuesto en el artículo 66 de la Constitución, la propuesta de revisión constitucional una vez aprobada en la Cámara de los Diputados sería remitida a la Cámara de los Senadores, que a su vez podía aprobarla, no aprobarla o introducirle alteraciones. Aprobándola, la Cámara de los Senadores reducía la propuesta a Decreto sometendola a la sanción del Rey ⁵⁶⁰. En caso de no aprobación, la propuesta quedaría rechazada ⁵⁶¹. Por fin, introduciendo la Cámara de los Senadores alteraciones en la propuesta, serían éstas transmitidas a la Cámara de los Diputados. Se ésta aprobase las alteraciones, reduciría la propuesta alterada a Decreto, sometendola a la sanción del Rey. Se no aprobáse las alteraciones, la propuesta sería examinada por una Comisión mixta de igual número de Senadores y Diputados, considerándose que el acuerdo obtenido en ésta representaría nueva propuesta a ser aprobada o rechazada por cada una de las Cámaras, empezándose por la Cámara de los Diputados y terminando en la Cámara de los Senadores que, después de aprobarla, la reduciría a decreto y la sometería a la sanción del Rey ⁵⁶².

Una vez sancionado el Decreto, se seguiría su promulgación, la refrenda ministerial y la publicación ⁵⁶³.

En la legislatura siguiente, la propuesta de revisión

⁵⁶⁰ Cfr. artículos 68 y 139 de la Constitución.

⁵⁶¹ Cfr. artículo 66 de la Constitución.

⁵⁶² Cfr. artículos 67 y 68 de la Constitución.

⁵⁶³ Cfr. artículo 70 de la Constitución.

constitucional contenida en el mencionado Decreto sería sometida a nueva deliberación de las Cortes.

Cumple en todo caso saber se ésa deliberación debía ser tomada en términos simplemente de se aceptar o rechazar la propuesta o se, al contrario, se otorgaba a las Cortes alguna margen de libertad de apreciación. La circunstancia de en el artículo 139 de la Constitución se decir "y lo que por ellas sea aprobado", permitenos concluir que las Cortes disponian de alguna margen de libertad, que correspondia a la posibilidad de se aprobaran todas o simplemente algunas de las modificaciones constitucionales concretadas en el decreto de iniciativa.

Seguianse para la aprobación del acto de la revisión constitucional los tramites del proceso legislativo ordinario, observandose, no obstante, que ése acto no estaba sujeto a sanción real.

Cumple, por fin, esclarecer que todas las deliberaciones sobre revisión constitucional debian ser tomadas con la presencia de la mayoría de la totalidad de los Miembros de las Camaras ⁵⁶⁴ y por mayoría simples.

7. La vigencia y la revocación de la Constitución

La Constitución de 1838 ha tenido un periodo de vigencia relativamente corto, hasta 10 de febrero de 1842, fecha en que ha sido restaurada la vigencia de la Carta Constitucional de 1826.

Durante ése periodo de su vigencia, la Constitución no ha sido objeto de revisión, sufriendo todavia, desde el punto de vista de su cumplimiento, los efectos negativos de una situación de inestabilidad política marcada por la sucesión de ministerios y por una oposición que las fuerzas cartistas persistentemente desarrollaban, por practicas demagógicas y por la fragilidad de una situación salida de un periodo

⁵⁶⁴ Cfr. artículo 40 de la Constitución.

de guerra civil. Ni la subida al poder, en 1840, del *Partido Ordeiro* de Rodrigo da Fonseca Magalhães, que pugnaba por el cumplimiento de la Constitución y defendía una política de pacificación de la sociedad, ha determinado una inversión de ésta tendencia. La inestabilidad política que acompañaba la persistencia de la divulgación en la Sociedad de un espíritu conservador, había de conducir a breve plazo a la restauración de la Carta Constitucional de 1826. Esta viene a concretarse por Decreto real de 10 de febrero de 1842, en la secuencia de una sublevación militar iniciada en el norte del país y dirigida por el entonces ministro de la Justicia - Costa Cabral - y favorecida - según se cree - por la propia Reina ⁵⁶⁵.

⁵⁶⁵ A propósito véase *supra*.

ABRIR CAPÍTULO V PARTE II

