

Cuestiones en torno al análisis formal  
de los límites explícitos a las reformas constitucionales<sup>1</sup>

Ignacio Colombo Murúa

Resumen

En el presente artículo efectuaremos una exposición y análisis de las cuestiones y dificultades formales que surgen de las cláusulas intangibles constitucionales (límites explícitos a las reformas constitucionales). Señalaremos, siempre desde el prisma formal, cuáles son las disposiciones que deben considerarse intangibles y cuáles no –pese a lo que lleva dicho parte de la doctrina-. Asimismo realizaremos una clasificación formal de las distintas técnicas a través de las cuales se petrifican contenidos en los textos constitucionales, distinguiendo las consecuencias jurídicas de cada una de ellas. Por último, analizaremos las posiciones logicistas que han pretendido ver en los dispositivos de revisiones constitucionales normativa inmodificable.

Área: Teoría y Derecho Constitucional.

Palabras clave

Cláusulas pétreas - Cláusulas intangibles - Contenidos pétreos - Reforma constitucional

<sup>1</sup> El presente artículo corresponde parcialmente, y con algunas modificaciones, al capítulo III de mi tesis doctoral: «Cláusulas pétreas constitucionales. Sus marcos teóricos». Presentada en junio de 2010 en la Pontificia Universidad Católica Argentina.

## 1. El insoslayable análisis formal

Las cláusulas pétreas son aquellas disposiciones que, incluidas expresamente en los textos normativos, establecen que determinados contenidos no pueden ser modificados. Ellas configuran, por lo tanto, un límite explícito al proceso de revisión constitucional. Vanossi las define como aquellas cláusulas que estipulan contenidos y que «por propia determinación constitucional resultan jurídicamente declarados de imposible reforma, es decir, irreformables»<sup>2</sup>.

Por su parte, Loewenstein indica que son aquellas normas «que tienen como fin librar radicalmente de cualquier modificación a determinadas normas constitucionales»<sup>3</sup> y en otro lugar señala que son: «determinadas normas constitucionales (que) se sustraen a cualquier enmienda por medio de una prohibición jurídico-constitucional»<sup>4</sup>.

Por consiguiente las notas esenciales que configuran a este tipo de cláusulas son: su disposición expresa —es decir, están explícitamente establecidas en el texto constitucional—, la declaración de irreformabilidad de determinados contenidos —a través de ellas la misma Constitución, de manera autorreferencial, estipula que determinados contenidos no pueden ser objetos de revisión—. De igual manera es importante comprender que ellas constituyen parte del procedimiento de reforma —estas cláusulas deben ser ubicadas como límites explícitos a la reforma constitucional—.

Lo que se deriva de lo dicho es que las normas intangibles se constituyen como tales en virtud del empleo de una específica técnica formal, por ello resulta necesario realizar un estudio formal de las mismas. Como hemos señalado, las peculiares características de estas cláusulas hacen ineludible esta tarea.

También resulta necesaria esta tarea con un objetivo de clarificación

<sup>2</sup> Vanossi Jorge Reinaldo. *Teoría Constitucional*, T I, Depalma, Bs. As., 1975, p. 186.

<sup>3</sup> Loewenstein Karl. *Teoría de la Constitución*, Ariel, Madrid, 1979, p. 189.

<sup>4</sup> *Ibidem* anterior p. 190.

y distinción, pues hemos encontrado confusión en parte de la doctrina en lo referente a su encuadre teórico y a su clasificación. Así, por ejemplo, suelen aparecer confundidos los llamados «contenidos pétreos» con las cláusulas pétreas explícitas. También se las suele identificar con las declaraciones genéricas de inamovilidad, estas son, aquellas que, conteniendo expresiones como «para siempre» o similares, no se encuentran, a su vez, respaldadas por una técnica formal específica que asegura esta petrificación (por ejemplo, el art. 18 de nuestra Constitución).

Es necesario, por consiguiente, realizar una distinción y clasificación de los distintos tipos de normas que han sido considerados cláusulas intangibles por la doctrina. Esta clasificación nos permitirá conocer cuáles son las características que debe reunir una disposición para configurarse como una cláusula pétrea en sentido estricto. A la vez, nos permitirá distinguir a las verdaderas normas intangibles de las que no lo son.

También emprenderemos, en este capítulo, el análisis de las disposiciones que han sido consideradas intangibles por determinados autores sobre la base de enfoques estrictamente formales de la cuestión. Tal es el caso, por ejemplo, de Merkl y Ross, quienes, partiendo de un análisis lógico del sistema jurídico, infieren la intangibilidad de las normas que fijan el procedimiento de reforma.

## 2. Lo que es y lo que no es

Es conveniente, antes de continuar, y partiendo de la definición que hemos brindado, revisar los casos que pueden llevar a confusión respecto de si se tratan o no de cláusulas pétreas. Esto nos ayudará a determinar cuáles son las auténticas cláusulas pétreas y cuáles no. Diremos que no son cláusulas pétreas: el procedimiento mismo de reforma constitucional, las declaraciones genéricas y los llamados «contenidos pétreos».

2. a) El procedimiento de revisión: Un primer acercamiento parecería indicar que el procedimiento de reforma es un límite explícito para la reforma misma, pues el órgano que se embarque en la tarea deberá

enmarcarse en esas condiciones formales, previamente fijadas, para que su actuación sea considerada válida. En otras palabras, estará «limitado» por el procedimiento estipulado y no podrá apartarse de él para alcanzar sus objetivos. Muchos autores, como Alf Ross, por ejemplo, han considerado que el procedimiento se trata de un límite inmodificable, por lo que constituiría, según este autor, una suerte de cláusula pétrea —asentada en la imposibilidad de la autorreferencia—.

Analizaremos en extenso los argumentos y contra-argumentos que se han esgrimido al respecto más adelante, pero, para ir adelantando posición, podemos señalar que coincidimos con los autores que señalan que el procedimiento formal de reforma no es un verdadero límite intangible, siendo, él mismo, revisable. Es decir, las reglas formales sobre cómo debe ser realizada la revisión constitucional pueden, a su vez, ser modificadas (siguiendo los mismos procedimientos).

Los límites deben constituir verdaderos obstáculos a la voluntad del constituyente, deben indicar que, cualquiera sea el procedimiento que se emplee, la materia protegida no podrá modificarse. El procedimiento es sólo un aspecto formal que, considerado como materia, puede ser modificado sin inconvenientes por la convención constituyente. No debe confundirse las cuestiones formales, como el procedimiento establecido, con las materiales (como las partes de la Constitución que nunca podrían ser objeto de modificaciones).

Que exista un procedimiento para llevar a cabo una reforma es algo necesario, pues es el mecanismo válido mediante el cual se pueden reformar las disposiciones constitucionales que el constituyente desee, incluso el mismo procedimiento para la reforma. Podemos señalar que no se trata estrictamente de un límite a la reforma sino de su condición de posibilidad, pues sin un mecanismo que reglamente las modificaciones estas vendrían en impracticables.

Sólo constituirá un límite a la reforma cuando la misma Constitución establezca que el procedimiento es intangible, tal como ocurre en la Constitución de Honduras de 1982 que establece en el art. 374, luego de fijar en el art. 373 el procedimiento de reforma, que «no podrá reformarse

en ningún caso el artículo anterior...»<sup>5</sup>. No obstante, el límite estará, en este caso, dado por la propia cláusula de intangibilidad que se refiere a él, y no por el procedimiento en sí mismo.

2. b) Las declaraciones genéricas: en el mismo sentido deben considerarse a las declaraciones que expresan deseos de perpetuidad, sin prohibir expresamente la reforma. Hemos señalado que una de las características definitorias de las cláusulas intangibles es que ellas suponen una formal petrificación con relación a la reforma, esto es, ellas constituyen disposiciones constitucionales que específicamente establecen que un determinado contenido o artículo no podrá ser objeto de revisión. Es una cuestión de técnica legislativa que, en las declaraciones genéricas, está claramente ausente.

Un ejemplo de esto es lo expresado en el atr. 18 de la Constitución Argentina, que dispone: «quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormentos y los azotes». Este contenido puede ser modificado, pues no existe otra norma que prohíba expresamente tal revisión –generando la petrificación formal–.

Dicho más claramente: si nos atenemos al análisis formal resulta evidente que las declaraciones que expresan deseos de perpetuidad, pero sin prohibir expresamente la reforma, no son cláusulas pétreas en sentido estricto, pues no cuentan con un mecanismo formal que petrifique el contenido esgrimido. Podrán ser deseos, aspiraciones, etc., pero no límites explícitos.

Pese a ello, numerosos doctrinarios tratan a estas declaraciones como

<sup>5</sup> Existen sí, algunos otros textos constitucionales, aunque ya no de países, que establecen también la petrificación del procedimiento de reforma.

Así, por ejemplo, la Constitución del Land alemán de Renania-Palatinado de 1946 dispone expresamente en su art. 129.3 que «se prohíbe la revisión de las normas de reforma», asimismo la Constitución de Hesse-1946 en el mismo art. 129 que fija límites materiales al procedimiento de reforma, dice: «este artículo no puede ser objeto de ninguna proposición de revisión», ídem las constituciones de Baden-Württemberg de 1946 (art. 85) y de Baviera.

si se trataran de cláusulas irreformables. Así, Cueto Rúa, por ejemplo, ha señalado que se puede declarar inconstitucional a cualquier reforma que viole las «prohibiciones intangibles» que establece la Constitución, y, como ejemplo de las mismas, señala lo dispuesto por el art. 17: «la confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal Argentino», y, también, lo dispuesto por el art. 18: «queda abolida para siempre la pena de muerte por causas políticas»<sup>6</sup>.

Por su parte, Bidegain ha sostenido que hay, en nuestro texto constitucional, tres cláusulas intangibles que son: la forma democrática de gobierno (art. 29), la abolición de la confiscación (art. 17), y la pena de muerte (art. 18)<sup>7</sup>.

Ferreira se expresa en sentido opuesto. Coincide con nosotros en que, si bien estas declaraciones son importantes, pues demuestran que existe en la Constitución una fuerte toma de posición valorativa, no suponen límites a las reformas. Así nos dice «empero, no creo que estrictamente puedan encajar dentro de una moderna técnica de intangibilidad de reglas constitucionales. Formalmente este contenido puede ser modificado, pues no existe otra norma que prohíba expresamente tal revisión»<sup>8</sup>. Aunque señala que no por ello se debe considerar que todo, en nuestra Constitución, es modificable sin más. Que no se haya seguido el paradigma técnico europeo para petrificar determinados contenidos, nos dice, no implica que no existan principios insustituibles (que él basa en el principio democrático)<sup>9</sup>.

Como ya indicamos, nosotros sostenemos que estas declaraciones no pueden ser consideradas cláusulas intangibles, pues ellas no encuadran

<sup>6</sup> Cueto Rúa, Julio. «¿Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional?», en *La Ley*, t. 36, Buenos Aires, 1944, pp. 1102-1103.

<sup>7</sup> Bidegain, Carlos María. *Curso de Derecho Constitucional*, revisado y actualizado por Palazzo Eugenio Luis y Puente Roberto A, Buenos Aires, 1995, pp. 19-24.

<sup>8</sup> Ferreira, Raúl Gustavo. *Reforma Constitucional y control de constitucionalidad*, Ediar, Bs. As, 2007, p. 473.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 472.

dentro de la definición que hemos dado de cláusulas pétreas: aquellas que por propia disposición constitucional resultan irreformables. En este caso es claro que la norma se queda en un plano material, sin estipular límite alguno al procedimiento, y es necesario, siempre formalmente hablando, que exista una explícita referencia a la imposibilidad de la reforma. Por ende, la garantía de que esas declaraciones no serán violadas está, al igual que en el caso de las demás normas constitucionales, sólo en la rigidez constitucional, esto es, en el proceso especial que debe llevarse a cabo para implementar una revisión constitucional. Si la revisión de tales declaraciones genéricas es efectuada conforme a las formalidades establecidas no podrá hablarse de una violación o inconstitucionalidad en el procedimiento.

En esa línea puede señalarse, por ejemplo, que el art. 1 de la Ley Fundamental de Bonn que expresa que «la dignidad del hombre es intangible» no sería una disposición irreformable si el art. 79.3 no dispusiera expresamente que es inadmisibile toda modificación que afecte los principios consignados en el art. 1.

Lo afirmado no sería tan claro si emprendemos un análisis material de la cuestión, es decir, si revisamos el contenido mismo que se ha consagrado en la normativa, sin tener en cuenta, a ese solo efecto, la técnica jurídica empleada. ¿Podría modificarse el art. 18 de la C. N. consagrando, luego, la pena de muerte por causas políticas, o a los tormentos y a los azotes como un derecho en favor del Estado? Estamos convencidos de que la respuesta debe ser negativa, pero que las razones de esta solución no deben buscarse en la declaración genérica misma (categorizándola, así, erradamente como una cláusula intangible), sino en un plano superior de legitimidad –por ejemplo el derecho natural–. Es decir, el análisis material demuestra que, en ciertas ocasiones, estas declaraciones consagran contenidos que no pueden ser suprimidos, pero las razones de esta imposibilidad también deben buscarse en motivos materiales (la naturaleza misma de esos contenidos) y no en cuestiones formales (la técnica jurídica empleada para su consagración).

Concluimos, entonces, que las declaraciones genéricas, como las ejemplificadas *supra*, no son cláusulas intangibles, pues para que ellas se

configuren deben establecerse de acuerdo con una especial técnica formal de petrificación.

2.c) «Contenidos pétreos»: otra confusión que se detecta en doctrina es la que confunde a las cláusulas pétreas explícitas con los contenidos pétreos implícitos. Los contenidos pétreos serían, de acuerdo a lo que se señala en doctrina, ciertas disposiciones constitucionales que no podrán ser alteradas por reformas constitucionales –pese a que la Constitución que las contuviera no se pronunciara al respecto–. Esta intangibilidad no encontraría su fuente en la ley ni en mecanismos formales –como las cláusulas pétreas explícitas–, sino en la real configuración social y cultural del Estado. Las sociedades entienden que ciertos principios y valores no pueden ser abolidos por mecanismos legales, pues son los pilares sobre los que se asienta el Estado mismo.

Bidart Campos, entre nosotros, ha sostenido que en nuestro país se han consolidado disposiciones de esta naturaleza. Señala, en ese sentido, que «decir que hay contenidos pétreos significa afirmar que mientras se mantenga la fisonomía de nuestra comunidad y mientras la estructura social subyacente siga siendo fundamentalmente la misma, dichos contenidos no podrán ser válidamente alterados o abolidos por ninguna reforma constitucional»<sup>10</sup> (para el autor estos contenidos son; la democracia, el federalismo, la república y la confesionalidad del Estado).

Nos detendremos en este punto, pues los contenidos pétreos, siguiendo la posición del constitucionalista argentino Bidart Campos, han sido citados muchas veces por nuestra doctrina como verdaderos límites jurídicos a las reformas constitucionales.

Nosotros consideramos que no es acertado confundir a este tipo de contenidos con las cláusulas pétreas explícitas, que requieren para configurarse de una específica técnica formal. Este tipo de contenidos no debe ser analizado desde una óptica jurídica, sino desde una sociológica. Afir-mamos esto porque, en realidad, ellos están inscriptos en el comporta-

<sup>10</sup> Bidart Campos, Germán. *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, Tomo I-a, EDIAR., Bs. As., 2007.

miento y en la misma conciencia social, por lo que su existencia debe ser contrastada de manera descriptiva (señalándose lo que realmente sucede en la sociedad) sin que se advierta, al menos en los ejemplos que suelen brindarse, aspectos prescriptivos deontológicos.

Dicho de otra forma, creemos que esta visión está reduciendo o subordinando lo normativo a lo fáctico (o la eficacia a la legitimidad). Es incuestionable que de la realidad social surgen estructuras determinadas que no pueden modificarse mediante una mera planificación racional del legislador, pero debemos ser conscientes de que, en este caso, estamos realizando apreciaciones de índole sociológicas –no jurídicas–.

Por lo demás podríamos, incluso, señalar que hablar de una estructura social que opera como límite es casi una redundancia. Ninguna reforma podría, de hecho, efectuarse en contra de la realidad imperante, pues de intentarse no se llegaría nunca a contar con la necesaria eficacia para la entrada en vigencia de las nuevas disposiciones. El entramado social-ideológico opera de hecho como un límite, no siendo necesario explicitarlo normativamente –esto sería incluso poco recomendable–, ya que es un sustrato dinámico y en constante transformación.

Por el contrario, sostenemos que el tema debería abordarse desde una óptica inversa. Es decir, debemos considerar que esta realidad político-social subyacente es una de las principales causas de las revisiones constitucionales, pues cuando el sustrato se modifica y la normativa permanece estática es cuando se producen las desarmonías que justifican la revisión constitucional. Dicho de otra forma: estos contenidos pétreos tienen cierta rigidez (tal como señala Bidart Campos), pero, por su propia naturaleza, pueden modificarse, evolucionar o transformarse. Estos arraigan en las convicciones sociales y mientras se mantengan allí permanecerán estables, pero una vez que se modifiquen y que no estén más acogidos por la sociedad, podrán modificarse legítimamente –y será necesario que esto suceda para que la Constitución no pierda vigencia–.

Justamente, como el «deber ser» tiene cierta independencia del ser fáctico, podemos hablar de regímenes injustos –pese al apoyo que le brinde determinada sociedad o determinada ideología– y de Estados sin cons-

tuciones. Los valores esenciales son lo realmente inmodificable y el verdadero fundamento de la normatividad y de los sistemas jurídicos. Si consideramos que la fórmula social e ideológica es la base de la Constitución y que la fisonomía de la normativa depende indefectiblemente de ella, no podríamos argumentar en contra de los regímenes autoritarios fundamentados en ideologías ilegítimas y apoyadas por las mayorías sociales.

En conclusión, los contenidos pétreos no son cláusulas pétreas, son contenidos que deben ser analizados en clave sociológica y no jurídica.

### 3 Abordajes en el Derecho Comparado

Como señalamos, las cláusulas pétreas propiamente dichas se dan cuando existe una técnica formal que limita a la reforma constitucional. La técnica de petrificación que se emplea en el derecho comparado no es siempre la misma, por ello consideramos necesario realizar una clasificación sobre la base de las distintas técnicas empleadas.

Las normas intangibles aparecen en los ordenamientos con diferentes estructuras formales y, por ende, con distintas problemáticas. Por ello es conveniente distinguirlas a los fines de lograr un adecuado estudio de cada una de ellas. Así, algunas normas petrifican contenidos consagrados en otros artículos separados, otras disposiciones consagran contenidos y los petrifican en un mismo artículo y, por último, otras petrifican contenidos y, a la vez, se petrifican a sí mismas. La clasificación no es superflua, ya que cada uno de estos tipos tendrá su propia problemática e implicancias formales.

#### A – Técnica 1:

La técnica que con más frecuencia se advierte en el derecho comparado es la de esgrimir contenidos en un artículo y petrificarlos en otro. La cláusula petrifica contenidos que se encuentran consagrados en otras disposiciones constitucionales. Como primer y paradigmático ejemplo podemos citar lo dispuesto por la Ley Fundamental de Bonn, la cual, en el artículo

79.3 señala: que «es inadmisibile toda modificación de la presente Ley Fundamental que afecte... a los principios consignados en los artículos 1 y 20».

Otro ejemplo paradigmático se encuentra en la Constitución francesa, la que en sus artículos 12, 23 y 50 establece el principio republicano de gobierno y, a la vez, en el art. 89 prohíbe la revisión de esas disposiciones. Idéntico es el caso de Italia, que consagra el mismo principio en el art. 1 («Italia es una República democrática fundada en el trabajo») y, posteriormente, establece su intangibilidad en el art. 139 («No podrá ser objeto de revisión la forma republicana»)<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Los ejemplos de este tipo de cláusulas abundan, así, la Constitución de Grecia en su art. 110 dispone: «Serán susceptibles de revisión los preceptos de la Constitución, excepto aquellos que establecen el fundamento y la forma del régimen como República parlamentaria, así como las disposiciones del artículo 2., párrafo I; del artículo 4, párrafos 1, 4 y 7; del artículo 5., párrafos I y 3; del artículo 13, párrafo 1, y del artículo 264º». La Constitución de Turquía establece en su art. 4 que: lo dispuesto en los artículos 1, 2 y 3 no puede ser enmendado, a su vez, agrega, que tampoco puede ser propuesta su enmienda. La Constitución de Portugal (1976) establece un amplio listado de contenidos inmodificables previamente establecidos en otros artículos: «Las leyes de revisión constitucional tendrán que respetar: a) la independencia nacional y la unidad del Estado; b) la forma republicana de gobierno; c) la separación de las Iglesias y el Estado; d) los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos; e) los derechos de los trabajadores, de las comisiones de trabajadores y de las asociaciones sindicales; f) el principio de apropiación colectiva de los medios principales de producción y de los sueldos, así como de los recursos naturales, y la eliminación de los monopolios y de los latifundios; g) la planificación democrática de la economía; h) el sufragio universal, directo, secreto y periódico en la designación de los titulares electivos de los órganos de soberanía, de las regiones autónomas y de la administración local, así como el sistema de representación proporcional; i) el pluralismo de expresión y organización política, incluyendo los partidos políticos, y el derecho a la oposición democrática; j) la participación de las organizaciones populares básicas en el ejercicio de la administración local; l) (sic) la separación de la interdependencia de los órganos de soberanía; m) el control de la constitucionalidad por acción o por omisión de normas jurídicas; n) la independencia de los Tribunales; o) la autonomía de las entidades locales autónomas; p) la autonomía político-administrativa de los archipiélagos de las Azores y las Madeira». Otros ejemplos: Constitución del Salvador, en el art, 248 in fine, Tonga, en su art. 79, etc.

Consideramos que, pese a que la doctrina las trate como tales, estas no son, formalmente, normas «pétreas» sino normas que «petrifican». Es decir, ellas determinan que no pueden modificarse determinados artículos o contenidos, pero no estipulan, a su vez, que ellas mismas sean irreformables. Las cláusulas que petrifican las disposiciones contenidas en otros artículos podrían ser modificadas en un procedimiento de reforma y, luego, por un proceso de *«doble revisión»*, se podrían reformar los artículos antes protegidos<sup>12</sup>.

Estas cláusulas deben ser entendidas, por consiguiente, como herramientas para agravar el procedimiento de reforma, pero no como normas inmodificables, pues ellas pueden, tal como vimos, ser revisadas. Aunque la modificación del contenido petrificado no podrá llevarse a cabo en un único acto constituyente, sino que serán necesarios dos convenciones constituyentes. Por ello, como señalamos, esta será una técnica adecuada para alcanzar una mayor rigidez en las constituciones, pero no para petrificar —serían superables a través del procedimiento de la doble revisión—.

Dentro de este tipo de cláusulas puede hacerse una sutil distinción, entre las cláusulas que petrifican algún artículo determinado, y las que petrifican, no el artículo, sino el contenido mismo. La distinción parece sutil, pero podría traer consecuencias en cuanto al alcance lógico de las mismas. Si una norma señala que otro artículo es inmodificable, derogada la norma el artículo pasa a ser modificable. Si una norma, en cambio, señala directamente que un determinado principio (por ejemplo: el republicano) es inmodificable, no será tan sencilla la cuestión. Esto porque la misma cláusula que petrifica esgrime el contenido (la remisión al artículo que también invoca el principio pasa a ser secundaria). Pareciera, a nivel formal, que no es lo mismo señalar que un determinado contenido es inmodificable (por ejemplo: el sistema republicano), a señalar que un determinado artículo lo es. Esto podría dejar abierta la vía interpretativa, si es que se afina el análisis

<sup>12</sup> Para que la cláusula misma sea inmodificable se necesitaría una nueva disposición normativa que lo estipulara. Aunque los problemas formales no terminarían allí, pues para que la nueva disposición sea inmodificable se necesitaría, a su vez, una nueva que así lo estableciera y, así, ad infinitum.

formal, para considerar que si se intentara reformar un artículo de este tipo (que indica que un cierto principio es irreformable), ya se estaría, en ese intento mismo, violentando el contenido protegido. Con un esfuerzo interpretativo, por consiguiente, podría considerarse que en esos casos no sería viable la doble revisión como técnica superadora de la intangibilidad. Por ello consideramos que este tipo de casos debe ser analizado como una especie aparte, subsumible en la categoría que veremos a continuación.

## B – Técnica 2:

También se advierten cláusulas que esgrimen contenidos y los petrifican en un mismo artículo.

En este tipo de cláusulas el análisis parece hacerse más complejo, pues nos encontramos frente a una norma que esgrime un contenido y, al mismo tiempo, declara que ese contenido es inmodificable.

Acá no existiría posibilidad del doble procedimiento, pues, si se quisiera derogar la disposición que petrifica se modificaría también, por estar en el mismo dispositivo, al contenido petrificado. La pregunta que se impone es: ¿dentro de la misma norma, pueden distinguirse la forma y el contenido y derogarse sólo la forma? En esencia no parecerían ser distintas a las primeras, pues no hay una disposición que prohíba la modificación de la norma que declara inmodificable el contenido esgrimido. Pero el problema está en que no parece posible revisar esa norma sin tocar el contenido que se ha declarado intangible, por lo que también, aunque con mayores dificultades interpretativas, serían normas intangibles en sentido estricto.

Hay muy pocos ejemplos de este tipo de cláusulas en los ordenamientos constitucionales. Un ejemplo se advierte en la Constitución de Burundi, que en su art. 299 señala que «no procederá la revisión constitucional que afecte a la unidad nacional, a la cohesión del pueblo de Burundi... a la reconciliación, a la democracia y a la integridad del territorio de la república». Algunos de los principios esgrimidos, como el de «cohesión del pueblo» y la «reconciliación», no están estipulados en otros artículos,

por ende, el mismo artículo que los esgrime los petrifica.

Desde una posición analítica del lenguaje, estas disposiciones así legisladas sí serían, estrictamente, cláusulas pétreas, pues es indispensable distinguir en el ordenamiento al texto del contenido normativo esgrimido. En estos casos se petrifica sólo el contenido, por lo que él, de acuerdo al texto, se presenta como inmodificable.

Por las dificultades que hemos mencionado, este tipo de disposiciones se presenta complejo a nivel formal, de lo que se desprende que la técnica utilizada en su legislación no ha sido la más adecuada para evitar, luego, posibles conflictos de interpretación y, por ende, de aplicación.

### C – Técnica 3:

Por último se observa, en unos pocos ordenamientos constitucionales, la particular técnica de la petrificación autorreferente. Es decir, algunas cláusulas petrifican algún contenido y, a la vez, ellas mismas disponen su inamovilidad. Estas son las verdaderas cláusulas pétreas, pues son las que se cierran formalmente como inmodificables.

Estas cláusulas sólo aparecen legisladas en dos constituciones mundiales. La Constitución de Honduras (1982), que fija el proceso de reforma en el art. 373, y en el art. 374 dispone que: «no podrá reformarse en ningún caso el art. anterior, (ni) el presente artículo...». Y la Constitución Rusa, que en su art. 135, establece la petrificación de sus capítulos uno, dos y nueve, siendo ese artículo –el 135– parte del capítulo nueve («Enmiendas constitucionales y revisión»). De esta manera se petrifica el procedimiento de reforma y, asimismo, se obstaculiza el mecanismo del doble procedimiento de revisión.

Estas son las disposiciones que generan todos los problemas que hemos planteado en esta tesis. Acá, por ejemplo, cabe preguntarse si es válido que una norma del sistema se autodetermine como inmodificable, si esto no entrañaría problemas lógicos como el de autorreferencia. Si se concede que la norma puede hacerlo, entonces ésta se erige como una norma de mayor jerarquía sobre las demás y, por lo tanto, es pertinente

preguntarse sobre qué fundamentos se asienta la pretendida superioridad.

Podemos, por la actualidad del tema, detenernos en lo ocurrido recientemente en Honduras, para poder analizar en la práctica las complicaciones que este tipo de disposiciones puede generar en la interpretación y en la arquitectura constitucional.

Las disposiciones de la Constitución de Honduras son extremadamente rígidas. El Título VII de la mencionada Ley Fundamental, lleva el sugerente título de: «De la reforma y de la inviolabilidad de la Constitución». Transcribimos los artículos del capítulo I y II por ser paradigmáticos en nuestro tema:

Artículo 373: La reforma de esta Constitución podrá decretarse por el Congreso Nacional, en sesiones ordinarias, con dos tercios de votos de la totalidad de sus miembros. El decreto señalará al efecto el artículo o artículos que hayan de reformarse, debiendo ratificarse por la subsiguiente legislatura ordinaria, por igual número de votos, para que entre en vigencia.

Artículo 374: No podrán reformarse, en ningún caso, el artículo anterior, el presente artículo, los artículos constitucionales que se refieren a la forma de gobierno, al territorio nacional, al período presidencial, a la prohibición para ser nuevamente Presidente de la República, el ciudadano que lo haya desempeñado bajo cualquier título y el referente a quienes no pueden ser Presidentes de la República por el período subsiguiente.

Por su lado, el capítulo II, titulado «De la inviolabilidad de la Constitución» dispone:

Artículo 375: Esta Constitución no pierde su vigencia ni deja de cumplirse por acto de fuerza o cuando fuere supuestamente derogada o modificada por cualquier otro medio y procedimiento distintos del que ella mismo dispone. En estos casos, todo ciudadano investido o no de autoridad, tiene el deber de colaborar en el mantenimiento o restablecimiento de su efectiva vigencia.

Serán juzgados, según esta misma Constitución y las leyes expedidas en conformidad con ella, los responsables de los hechos señalados en la primera parte del párrafo anterior, lo mismo que los principales funciona-

rios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente, si no han contribuido a restablecer inmediatamente el imperio de esta Constitución y a las autoridades constituidas conforme a ella. El Congreso puede decretar con el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido al amparo de la suplantación de la soberanía popular o de la usurpación de los poderes públicos, para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado.

La normativa es clara en cuanto al alcance de la petrificación, no sólo se dispone la irreformabilidad de una serie de disposiciones constitucionales, sino que también, en el mismo artículo, se señala la inviolabilidad del artículo petrificante. Y el capítulo II, que estratégicamente está ubicado inmediatamente después de la cláusula de intangibilidad, dispone una serie de sanciones (que van hasta la incautación de todos los bienes del autor de los hechos) para los que no respeten el procedimiento de reforma (petrificado).

Estas disposiciones están siendo utilizadas, desde los sucesos desencadenados en Honduras con la destitución del presidente Manuel Zelaya, en los discursos y argumentaciones del Congreso y Poder Judicial hondureños, fundamentando la serie de medidas tomadas en una supuesta defensa del orden constitucional.

Todas las disposiciones en contra del mandatario destituido hondureño se basan, en última instancia, en la acusación de sus intentos y proyectos reeleccionistas que irían abiertamente en contra de la petrificación constitucional transcrita.

El presidente Zelaya pretendía obtener el apoyo de la población para convocar a un referéndum con la intención de habilitar la reforma constitucional y permitir la reelección presidencial<sup>13</sup>. El Parlamento decidió

<sup>13</sup> <http://www.lanacion.com.ar/nota>, «Golpe en Honduras, derrocan a Zelaya», publicado el 3 de julio de 2009, sección «Exterior». Señala el columnista del diario «El País» Miguel Ángel Basteiner: «El presidente hondureño, Manuel Zelaya, del Partido Liberal, es el último en la ya larga nómina de jefes de Estado latinoamericanos que consideran que un solo mandato priva injustamente al pueblo de la repetición de gobernante... Sin esperar a las elecciones presidenciales del 28 de noviembre de este

que, por la ilegalidad e ilegitimidad de las acciones emprendidas por Zelaya, el presidente del parlamento, Micheletti, lo reemplazaría en el cargo hasta que termine el mandato que le correspondía a Zelaya. Micheletti fue elegido en virtud de una disposición constitucional que establece que, en ausencia absoluta del presidente y el vicepresidente (que renunció en 2008), el titular del Parlamento asume el cargo. Los voceros legislativos negaron que se tratara de un golpe de Estado e indicaron que las medidas se implementaron siguiendo estrictamente la legalidad constitucional.

Los comunicados del máximo tribunal hondureño señalan que: «el golpe de Estado... fue en cumplimiento de una orden de la Corte Suprema de Justicia. «El Poder Judicial deja constancia de que...las acciones están basadas en una orden judicial emitida por un juez competente. Su ejecución está enmarcada dentro de los preceptos legales»... «Las fuerzas armadas, como defensoras del imperio de la Constitución, han actuado en defensa del Estado de Derecho, obligando a cumplir las disposiciones legales a quienes públicamente han manifestado y actuado en contra de las disposiciones de la Carta Magna»<sup>14</sup>.

Los argumentos de los poderes legislativo y judicial se basan en que el presidente Zelaya pretendía reformular la Constitución mediante mecanismos no previstos por el artículo 373 (petrificado, como vimos, por el artículo 374), pues buscaba convocar a una asamblea constituyente por referéndum popular (mecanismo no previsto por la normativa funda-

ño, el líder hondureño tenía que tratar de poner a sus adversarios ante una evidencia insuperable: un referéndum, anunciado para el pasado domingo, en el que la opinión allanara el camino a una futura reelección, que es la que permitiría avanzar con ese nuevo libreto. El Congreso, en vez de iniciar entonces algún tipo de juicio político contra el presidente, que se demoraría ad calendas, prohibía el día 23 el referéndum, ante lo que Zelaya destituía de inmediato al jefe de las fuerzas armadas, Romeo Vásquez, por no secundar materialmente la votación, y el ejército, finalmente, cometía el gravísimo delito y terrible error de sacar los tanques, secuestrar al presidente y llevarlo a San José de Costa Rica». «Un arriesgado golpe al chavismo», publicado en «La Nación», 2 de julio de 2009, sección «Exterior».

<sup>14</sup> *Ibidem* art. cit.

mental); pero, además, según estos mismos argumentos, el mandatario intentaba violar una segunda norma petrificada, que es la que establece la imposibilidad de reformar lo relativo al período presidencial y lo referente a ser nuevamente presidente (artículo 374). Esto dejaba casi abierta la posibilidad de la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 375.

Más allá del trasfondo político, que no interesa para los objetos de nuestra tesis, es claro que la rigidez de estas disposiciones ha formado y forma parte del conflicto desencadenado. Esto nos parece una muestra más de que una petrificación *ad eternum* no es una acertada técnica constitucional para encarrilar a las democracias debilitadas. Consideramos que una mayor rigidez en los principios que se deseaban proteger en la normativa bajo análisis hubiera alcanzado mejores resultado. Que existan caminos constitucionales para las reformas deseadas, aunque protegidos con un alto nivel de rigidez, podría haber contribuido a una solución pacífica del conflicto. El mandatario, por ejemplo, se hubiera visto obligado a buscar consensos y acuerdos gubernamentales y populares, antes de llegar a un enfrentamiento abierto entre los poderes del Estado, impulsado, tal vez, por una normativa inflexible e insuperable por vías de consensos o mecanismos alternativos.

A su vez, el artículo 375, aleja aun más a la Constitución de configurar una posible herramienta de consenso y pacificación, al considerar «enemigo público» a cualquiera que intente modificar la Constitución por mecanismos no previstos por la normativa, incluido, claro, el caso de intentos de desconocer las normas intangibles. Es una disposición que se inscribe dentro de la ilusión racionalista que postula la idea de que a través de las normas puede desactivarse cualquier intento de modificación —cuenta con el apoyo social con el que cuenta, tenga fundamentos válidos o no, sea violento o totalmente pacífico— y, estableciendo, nada más ni nada menos, que una obligación en cabeza de cualquier ciudadano —aunque el mismo carezca de «autoridad»<sup>15</sup> para restablecer el orden normativo violado. El mismo artículo legitima la

<sup>15</sup> El artículo 375 señala al respecto que «En estos casos, todo ciudadano investido o no de autoridad, tiene el deber de colaborar en el mantenimiento o restablecimiento de su efectiva vigencia».

aplicación de sanciones leoninas que se podrían aplicar a los reformistas. La ambigüedad del artículo agrava la cuestión, pues deja librado al intérprete de turno determinar cuándo hay un intento de reforma y cuándo se podrían aplicar las sanciones que la normativa determina.

Es claro que en casos de división social en torno a cuestiones fundamentales de la organización del Estado, el articulado de la Constitución de Honduras no contribuirá a la obtención de soluciones pacíficas o consensuadas, constituyendo, por el contrario, y parafraseando a Vanossi, una clara normativa que «invita a practicar la gimnasia de la revolución».

Concluimos, por consiguiente, que la técnica legislativa empleada en ese país es claramente deficiente en lo referente a la temática de petrificación y modificación constitucional. Si bien, no pude afirmarse que los sucesos registrados en dicho país recientemente se deban a las disposiciones constitucionales que hemos analizado, pues los motivos son más profundos y arraigan en cuestiones políticas de poder y de conflictos sociales, sí podemos afirmar que la normativa se ha mostrado «impenetrable» e «inflexible» y no ha permitido soluciones canalizables por los carriles de la legalidad. La pretendida defensa de la Constitución a través de petrificaciones y artículos como el 375 ha generado un efecto completamente contrario al buscado.

#### 4. Un caso aparte

La Constitución de Brasil de 1988 utiliza una interesante técnica legislativa que se aparta de la clasificación anterior y supera alguno de los problemas y objeciones que marcaremos en nuestra tesis.

En el artículo 60 inc. 4º establece que «no será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir, la forma federal del Estado; el voto directo, secreto, universal y periódico; la separación de los poderes; los derechos y garantías individuales». La particularidad está en que la petrificación no es total, sino que sólo se prohíben las propues-

tas de enmiendas que tiendan a *abolir* los principios y derechos enumerados. Por ende, se sigue que se podrán modificar esos principios siempre y cuando no se los suprima.

Esta positivización podría estar suponiendo, por un lado, que la forma federal del Estado, el voto con las características indicadas, la separación de los poderes y los derechos y garantías individuales, son principios que han sido descubiertos y proclamados para siempre por el ordenamiento jurídico; por otro lado, señalaría que como el derecho evoluciona, estos principios podrían ser redefinidos, mejorados, etc., de acuerdo a las necesidades o nuevas consideraciones que las circunstancias históricas impongan.

También esta forma de petrificación marca una solución para la problemática que abordaremos más adelante en esta tesis, referida a la desacertada inmovilización de la letra o literalidad de los artículos que la intangibilidad suele suponer. Esto es así porque la Constitución brasilera indica claramente que lo pétreo son ciertos principios en sí (ya que ellos no pueden ser abolidos), más allá de la forma en que se los positivice. Es decir, no se petrifica, así, a un determinado artículo –en su literalidad–, sino a un contenido material determinado.

Pese a estas virtudes, sí pueden discutirse los principios mismos que, según la norma brasileña, no pueden abolirse. Alguno de ellos, como la forma federal o las características del voto, parecen ser de contenido netamente político, por lo que cambiadas las circunstancias políticas podría ser necesario abolirlos y modificarlos por otros.

## 5. Posiciones logicistas: Merkl y Ross

En este punto nos referiremos particularmente al tema de la supuesta intangibilidad del procedimiento de reforma constitucional.

Planteos de índole lógica han llevado a autores como Ross (que presentó esta posición por primera vez en su obra *El Derecho y la Justicia*)

y Merkl<sup>16</sup> a sostener que el procedimiento de reforma constitucional es inmodificable.

El argumento básicamente, y resumido a grandes rasgos, es el siguiente: sostener que pueda reformarse el procedimiento de reforma a través de ese mismo procedimiento supone una falacia de autorreferencia, por lo que tal accionar no es lógicamente admisible.

La inadmisibilidad de la autorreferencia procede, inicialmente, del campo de la lógica, en donde se considera que las proposiciones autorreferentes carecen de sentido por ser paradójicas<sup>17</sup>. Partiendo de ahí, estos autores estiman que esta especie de regla lógica puede y debe ser extendida al campo del derecho y aplicarse, también, a las proposiciones normativas.

Meckl señala que la inmodificabilidad de las disposiciones de reforma es una exigencia que surge de la estructura misma del sistema normativo, es decir, es un principio de tipo normológico<sup>18</sup>. El jurista se basa en un esquema kelseniano formalista de ordenación jerárquica escalonada del sistema jurídico. Las normas de procedimiento constituyen, para él, la *Derogationsnorm* de las demás disposiciones constitucionales. Esto quiere decir que al ser las normas de reforma las disposiciones que fundamentan la modificación o

<sup>16</sup> Merkl, Adolfo. «L' 'inmodificabilità delle leggi, principio normológico», en *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, a cura di C. Geraci, Milano. Giuffrè, 1987. Reseña Díaz Ricci que el primer autor en señalar la tesis de la inmodificabilidad de las normas de revisión, fundándose en argumentos lógicos, fue el autor suizo Burckhardt Walter, en su artículo de 1910 «Verfassungs und Gesetzesrecht», en *Politisches Jahrbuch der Scheweiereschen Eidgenossenschaften*, tomo XXVI, 1910. También Carl Schmitt, en su *Teoría Constitucional*, ha señalado la imposibilidad de que se reforme el artículo 76 de la Constitución de Weimar, utilizando el mismo artículo 76 –aunque no ha argumentado ni fundamentado su afirmación– Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, p. 119.

<sup>17</sup> Cf. De Cabo Martín, Carlos, ob. cit., pp. 43 y 44.

<sup>18</sup> Merkl, Adolfo. «L' 'inmodificabilità delle leggi, principio normológico», en *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, a cura di C. Geraci, Milano. Giuffrè, 1987.

derogación de las restantes normas constitucionales e infraconstitucionales del ordenamiento, estas no pueden, a su vez, ser reformadas.

El argumento, como hemos señalado, se basa en la estructura jerárquica del sistema, que establece que una norma debe surgir siempre de una norma superior. Por ello, la disposición constitucional (es decir, la de mayor jerarquía) que estipula cómo se deben crear y modificar las demás normas no puede, a su vez, ser derogada, pues no existe otra norma jerárquicamente superior que establezca el procedimiento para hacerlo<sup>19</sup>.

Siguiendo esa misma línea, Ross afirma que las disposiciones de reforma constitucional no pueden ser modificadas, pues si el articulado se aplicara a sí mismo sería autorreferente y, por ende, se opondría al «teorema lógico» según el cual los enunciados autorreferentes carecen de sentido<sup>20</sup>.

Citemos lo que señala el autor al respecto: «una proposición no puede referirse a sí misma», por lo que «la Constitución, tal como la ley, no

<sup>19</sup> Dicho de otro modo, como no pueden existir, a su vez, otras disposiciones que fundamenten la derogación o modificación de las propias normas de reforma (planteo que implicaría un regreso ad infinitum, pues para modificar la disposición que fundamenta la derogación del proceso de reforma se necesitaría, a su vez, otra norma que fundamente esa nueva derogación, y así sucesivamente), entonces estas son irreformables. Los argumentos de Merkl, o similares, para considerar irreformable la normativa de revisión, han sido seguidos por varios doctrinarios europeos, como por ejemplo, De Vega, Pedro (ob. cit. pp. 278-280), Gomes Canotilho (en *Direito Constitucional*, 6ª edición, Almeida, Coimbra, 1993, p. 205), De Otto Ignacio (La defensa de la Constitución y los partidos políticos, CEC, Madrid, 1995, p. 31), Liet-Vaux, Giacometti, Ehmke, Sandulli y Crisafulli.

<sup>20</sup> Cf. Ross Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, «Sobre la autorreferencia y un difícil problema de derecho constitucional», Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969. Ross nos dice que «podría sostenerse que cierta autoridad, por ejemplo, A3, puede ser establecida por normas sancionadas por ella misma, lo que equivale a decir que es posible que una norma determine las condiciones para su propia sanción, incluyendo la manera en que ella puede ser modificada. Una «reflexividad» de este tipo, empero, es una imposibilidad lógica, y generalmente es reconocida como tal por los lógicos», *Sobre el Derecho y la justicia*, Eudeba, Bs. As., 1994, pp. 79 y 80.

puede expresar las condiciones para su propia reforma. El art. 5 de la Constitución (la de Estados Unidos), por lo tanto, no es lógicamente parte de la Constitución, sino que comprende normas presupuestas de un plano más alto. Éstas a su vez no pueden establecer las condiciones para su propia reforma. Si tales condiciones existieran, ellas estarían establecidas en un plano más alto aún. Pero de hecho no existen. El art. V de la Constitución no es derecho legislado sino presupuesto»<sup>21</sup>. En consecuencia, si el art. V se reformara autorreferencialmente, no sería posible considerar al nuevo art. V válido, pues no ha derivado de una instancia superior, sino del mismo art. V. La conclusión es que ese artículo es irreformable, pues postular lo contrario es caer en la paradoja de la autorreferencia.

## 6 Cuando la Lógica es ilógica

Sin recurrir a las posiciones extremas que rechazan totalmente la aparente paradoja que presenta Ross (v.gr. Vanossi, que lo considera un mero juego lógico) podemos reseñar que el argumento ha recibido agudas críticas de otros lógicos y filósofos.

Así Hart<sup>22</sup>, Bulygin<sup>23</sup>, Raz<sup>24</sup>, entre otros, han coincidido en objetar

<sup>21</sup> Ross Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, ob. cit., p. 80.

<sup>22</sup> Hart, H.L.A., «Self-Referring Laws» en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, 170-178.

Hart señala que la posición de los lógicos sobre la autorreferencia (por ejemplo de Gödel) no es absoluta. En ciertos contextos, nos dice, las expresiones autorreferentes son totalmente válidas y no suponen vicio lógico o incoherencia alguna (por ejemplo decir «esta expresión está escrita en español» es algo lógico y semánticamente válido). Por ello no puede asegurarse, como lo hace Ross, que haya un vicio o error lógico en la autoaplicación del proceso de reforma constitucional.

<sup>23</sup> Bulygin, Eugenio, «La paradoja de la reforma constitucional», en *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso. Alf Ross. Estudios en su homenaje, Chile, 1984, pp. 329-336.

<sup>24</sup> Raz, Joseph, «Professor Alf Ross and Some Legal Puzzles», en *Mind* 63:162-169, 1972.

que el argumento de la autorreferencia aplicado al proceso de reforma parte de una visión totalmente estática del derecho. Ross ha olvidado, según los autores mencionados, que si se considera al argumento de manera dinámica, comprendiendo que las etapas de análisis están sujetas al devenir cronológico, la aparente paradoja se diluye. Así, visto en clave temporal, debe concluirse que si las normas de reforma han autorizado a un órgano a dictar leyes de reforma y, luego, el órgano ha decidido modificar o derogar el mecanismo mismo de reforma, no hay contradicción alguna. El artículo original de reforma será válido en un determinado momento (que no coexiste con la modificación posterior), luego, una vez que el procedimiento se ha llevado a cabo, el nuevo artículo de reforma será válido e inválido el antiguo –el posterior ha derogado al anterior–. El contra-argumento, por lo tanto, recurre a la perspectiva cronológica –*lex posterior derogat a la anterior*–, mientras que el de la irreformabilidad se asentaba en una supuesta superioridad de las normas de reforma con relación a las demás –*ley superior derogat a la inferior*–.

Guibourg coincide en este planteo y, además, agrega que la posición de Ross es contraria al sentido común y a la práctica: todos los operadores jurídicos, nos dice, aceptan, como algo absolutamente normal, que la Ley Fundamental pueda ser revisada de acuerdo a sus propias previsiones<sup>25</sup>. El jurista señala que esto es claro, pues nadie tiene dificultades para comprender el sentido y las disposiciones que prevé el art. 30 de nuestra Constitución. Esta claridad semántica no hace más que confirmar que la autorreferencia, en este caso, no tiene nada de conflictiva, pues el operador no halla dificultades para aplicar con coherencia el artículo de revisión –incluso reflexivamente–. Esto es así, porque según Guibourg, la autorreferencia no acarrea por sí sola paradojas. Es cierto que algunas proposiciones autorreferentes son inconsistentes, pero esto

<sup>25</sup> Guibourg, Ricardo: «La autorreferencia normativa y la continuidad constitucional», art. pub. en *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro Carrió*. Eugenio Buligyn, Martín Farrel, Carlos Nino y Eduardo Rabossi (comp.), Abeledo Perrot, Bs. As., 1993, pp. 181-195.

no sucede por la autorreferencia en sí misma, sino por el sentido que se esconde detrás de esas expresiones (que en este caso son vacías y nada dicen, por lo que no puede asignárseles a ellas ningún valor epistémico)<sup>26</sup>.

Sintetizando algunos de estos argumentos Ferreyra señala que «desde el punto de vista semántico la propiedad que posee una disposición de referirse a sí misma («esta oración está redactada en castellano») no genera autocontradicción. Eso sí, la autorreferencia debe manejarse con cuidado puesto que puede conducir a paradojas» (como el clásico ejemplo de la «paradoja del mentiroso»). Aceptándose, pues, que no necesariamente toda autorreferencia vicia el significado de un enunciado, no habrá dificultades en aceptar también, por de pronto, que la prescripción impuesta por el art. 30 constitucional no impone una fórmula lógicamente insostenible<sup>27</sup>.

Para concluir con la crítica podemos señalar que en la práctica constitucional nunca se consideró como intangibles a las normas de revisión, siendo ellas frecuentemente objeto de reformas a través del mismo procedimiento. Así, podemos citar el ejemplo de la Constitución helvética de 1874 que fue modificada en 1891, alterándose sustancialmente las reglas de revisión constitucional que contenía. Lo mismo ha sucedido, por ejemplo, en las reformas de la Ley de Bonn de 1954 (que modificó el artículo 79.1 relativo al proceso de revisión), las de Costa Rica de 1968 y 1977, la revisión de 1982 de la Constitución portuguesa de 1976, que modificó varios artículos del procedimiento de reforma (derogó los artículos 286, 287.3 y 288.3), la de Dinamarca de 1953 que modificó el artículo 88 referente al procedimiento de enmienda constitucional, entre otras.

## 7 Límites al análisis formal

Consideramos que, pese a que no parece adecuado aventurarse en

<sup>26</sup> Así, por ejemplo, es autorreferente la oración «esta frase está en español», pero la misma no genera ningún problema lógico ni semántico. *Ibidem*, pp. 183-187.

<sup>27</sup> Ferreyra, Gustavo Raúl, *ob. cit.*, pp. 445 y 446.

ilaciones lógicas tan finas para comprender el sentido de los ordenamientos jurídicos, sí es necesario adentrarse en un cierto análisis formal con un objetivo técnico-jurídico: conseguir un ordenamiento claro y que responda a las finalidades perseguidas. Un ordenamiento debe tender a reunir esas cualidades para lograr estabilidad y seguridad jurídica. El análisis formal es una herramienta necesaria para que se afine la técnica legislativa y, así, se reduzcan las ambigüedades y problemáticas lógicas que las normas mal legisladas podrían suscitar.

No obstante, debe comprenderse que las constituciones, por su propia naturaleza, contienen cierto indeterminismo, esto es, cierta abstracción genérica a-priori a cualquier concretización posterior en cada caso particular. Esto está basado en su estructura primordialmente principalista. Esto quiere decir que las constituciones modernas contienen amplios catálogos de derechos fundamentales y principios orientativos que, como tales, gozan de una gran abstracción y son susceptibles de interpretaciones diversas al momento de ser determinados en la praxis.

Por ello, realizar un estricto análisis lógico de las mismas resulta inapropiado cuando el estudio finaliza allí. Muchas veces, cuando las disposiciones constitucionales se vean contrastadas con los hechos, presentarán conflictos y contradicciones en cuanto a su interpretación. Esto no es un error o algo «a corregir» con criterios meramente formales, sino que es algo inevitable y que se corresponde con la estructura de principios<sup>28</sup> —que, como hemos señalado, en cuanto tales, presentan un alto grado de generalidad— y, en última instancia, lo que es propio conforme al pluralismo que existe en las sociedades actuales.

<sup>28</sup> En la actualidad está ampliamente aceptada la estructura principalista de las Constituciones, esto es, la primacía de los principios por sobre las reglas en la conformación de las normas fundamentales. Al respecto pueden verse, entre otros, los trabajos de: Dworkin, R. *Los derechos en serio*, 3<sup>o</sup> reimpresión, Ariel, Barcelona, 1997; García Figueroa, A. *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, CEPC, Madrid, 1998; Pietro Sanchís, Luis. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003; Cianciardo, Juan, *Una introducción a los principios constitucionales*, Ad Hoc, Bs. As., 2008.

Nos parece adecuado, en este punto, por resultar esclarecedor, citar a Prieto Sanchís, quien nos dice que a nivel constitucional «no cabe hablar... de un orden o sistema de valores, cerrado y jerarquizado, sino más bien de un pluralismo o «desorden» de principios que entran en juego simultáneamente y que, en la medida en que se hallen presentes o sean relevantes en los discursos de aplicación –y no sólo en los juicios de validez abstracta– han de ser irremediablemente ponderados por el juez»<sup>29</sup>. Y agrega, previendo la crítica que podría ensayarse desde un estricto formalismo, que «ciertamente, tras el panorama expuesto, pudiera pensarse que estas Constituciones del neoconstitucionalismo son un despropósito, un monumento a la antinomia: un conjunto de normas contradictorias entre sí que se superponen de modo permanente dando lugar a soluciones dispares. Sucedería efectivamente así si las normas constitucionales aparecieran como reglas, pero ya hemos dicho que una de las características del neoconstitucionalismo es que los principios predominan sobre las reglas... la cuestión es la siguiente: si bien individualmente consideradas las normas constitucionales son como cualesquiera otras, cuando entran en conflicto interno suelen operar como se supone que hacen los principios. La diferencia puede formularse así: cuando dos reglas se muestran en conflicto, ello significa que o bien una de ellas no es válida, o bien que una opera como excepción a la otra (criterio de especialidad). En cambio, cuando la contradicción se entabla entre dos principios, ambos siguen siendo simultáneamente válidos, por más que en el caso concreto y de modo circunstancial triunfe uno sobre otro»<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Pietro Sanchís, Luis. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003., p. 125.

<sup>30</sup> *Ibíd*em, p. 126. «Los principios, en efecto, se caracterizarían porque nunca son mutuamente excluyentes en el plano abstracto y, si llegasen a serlo, se convertirían en reglas; y sus eventuales contradicciones no desembocan en la declaración de invalidez de uno de ellos, ni tampoco en la formulación de una cláusula de excepción a favor de otro, sino en el establecimiento caso por caso de una relación de preferencia condicionada, de manera que en ocasiones triunfará un principio y otras veces su contrario», *ibíd*em, p. 187.

Por lo tanto, y esto es clave para entender los límites del formalismo a nivel de las disposiciones constitucionales, es propio de los principios que ante un caso concreto sean aplicables, en abstracto, varios de ellos contradictorios entre sí (libertad y seguridad, derecho al honor y libertad de expresión, etc.). La subsunción del caso al principio deberá ser decidida en cada caso, de acuerdo a las circunstancias particulares que presente el mismo, y a través de un juicio prudencial del operador jurídico (la historicidad del derecho y la concreción de la justicia así lo exigen)–.

Siendo esta la naturaleza normativa de las constituciones debe modificarse la lógica tradicional, rigurosa y formalista –aplicable a las «reglas»–, por una «lógica de principios» diversa y más «abierta». Las normas constitucionales no suponen, por lo general, derechos rígidos listos para una aplicación técnica inmediata, sino que requieren juicios de ponderación para su concretización práctica en cada momento<sup>31</sup>.

El procedimiento de reforma debe ser entendido también dentro de este contexto de principios –así se desvanecerá el argumento de la autorreferencialidad inválida–. Esto significa que cuando debe ser aplicado a situaciones históricas concretas se deberá, como se exige con las demás disposiciones constitucionales, buscar el sentido y la finalidad del articulado de revisión para llegar a la solución concreta. Así, cuando decimos que la reforma es una institución que existe para la adecuación de la normativa a la realidad, y en determinada situación y circunstancias, el propio artículo de reforma resulta ser el obstáculo para tal adecuación, resultaría inapropiado esgrimir argumentos lógicos como los de Ross o Merkl para negar su reformabilidad, pues, como señala Vanossi, las necesidades sociales se terminarán imponiendo sobre los argumentos formales, de una u otra forma (si se sigue una visión estrictamente formalista la única solución para escapar del dilema será la revolución).

<sup>31</sup> Como señala Alexy, esto no quiere decir que no haya una razonabilidad o coherencia en su aplicación, sino que la ponderación es una tarea eminentemente práctica que no puede realizarse de manera apriorística. Ver, por ejemplo, Alexy, Robert, «Ponderación y control de constitucionalidad y representación», *La Ley*, N° 195, 9 de octubre de 2008.

El sentido y razón de ser de la propia institución de reforma se vería vulnerado por estos supuestos argumentos lógicos. Si vemos a la Constitución y a su proceso de reforma en clave de principios (que pueden estar en contradicción a nivel abstracto) podremos comprender que un quiebre de la institución de la reforma –incluso cuando se vulneran normas pétreas– no será, necesariamente, una revolución, sino simplemente un cambio normativo basado en el principio de autodeterminación popular (primando sobre un principio de legalidad pensado sin inteligencia ni armonía con los demás principios).

De otra manera, un cambio en la institución de la reforma podría suponer una revolución (pese a que sea socialmente aceptada y no se verifique violencia alguna en la medida). Esto nos está revelando que lo que en realidad está en el fondo de esta cuestión no es algo formal, sino material, pues frente a este supuesto entrarían en colisión dos principios constitucionales, como los son el de autodeterminación de los pueblos y el de la supremacía de la Constitución. Los operadores jurídicos deberán sopesar los principios en pugna y resolver con prudencia. Dicho de otra manera, nos parece poco plausible que frente a una necesaria modificación constitucional –basada en el principio de autodeterminación popular– pueda oponerse un principio lógico-formal –asentado discutiblemente en el principio de supremacía de la Constitución entendido como antinómico del anterior–.

En este mismo sentido debemos encuadrar el tema de la autorreferencia de las cláusulas pétreas. La autorreferencia de las cláusulas intangibles sólo se presentará como un problema si es que se está observando a la Constitución en clave formalista. Es decir, cuando estas disposiciones son pensadas como meramente formales, sin ningún sustento heterónomo y con fundamento exclusivo en el propio sistema jurídico. Bajo esa perspectiva una norma intangible sería una disposición que se declara intangible a sí misma –o declara intangible a un contenido que, en cuanto constitucional, reviste su misma jerarquía–. Podrá postularse, como se ha hecho para evitar la autorreferencialidad del procedimiento de reforma, que son normas de mayor jerarquía que petrifican disposiciones inferiores, aunque esta respuesta nos parece a todas luces insatisfactoria. De manera intrasistemática

no hay fundamento alguno para sostener semejante tesis. Sólo podremos, por consiguiente, encontrar una justificación válida a las disposiciones intangibles si salimos del sistema y buscamos en sus fundamentos heterónomos, ya sean los ontológicamente superiores (moral o derecho natural) o decisionistas-sociales (tal como sostiene Carl Schmitt)<sup>32</sup>.

Podemos concluir, por lo dicho, que no es adecuado limitarse al análisis meramente formal. La Constitución no es una abstracción «pura» sin elementos «contaminantes». Hay que alcanzar una mirada integral entendiendo que en ella se mezclan factores axiológicos con políticos y sociales.

<sup>32</sup> Juan Carlos Bayón señala, en una interesante reflexión, que la validez o legitimidad de las normas constitucionales no se pueden basar en la autorreferencia lógica intrasistemática, sino que siempre dependerá, en última instancia, de lo fáctico y social. Así señala que: «el problema de la identificación de las normas supremas de un sistema jurídico no puede resolverse intrasistemáticamente, sino que depende de una práctica de reconocimiento que las acepta como tales; y el contenido de esa práctica es inmodificable a través de procedimientos jurídicos... siendo su cambio una pura cuestión de hecho». Y agrega que para que la Constitución «goce realmente de «fuerza pasiva» frente a la ley (y sea por tanto «suprema» en el sentido de la jerarquía formal o positiva) no basta con que se estipule un procedimiento para su reforma más exigente que el procedimiento legislativo ordinario: es preciso además que se acepte, como parte de la práctica de reconocimiento correspondiente, que las leyes que contradicen la Constitución no son válidas». Bayón marca la necesidad del reconocimiento social de la validez de la Constitución, sin ello, no habrá normatividad válida y toda la lógica del sistema caería. Bayón, Juan Carlos, «Democracia y derechos: el problema de fundamentación del constitucionalismo», art. publicado en *Constitución y derechos fundamentales*, coord. por Jerónimo Betegón Carrillo, Francisco Javier Laporta San Miguel, Luis Prieto Sanchís, Juan Ramón de Páramo Argüelles, España, 2004, pp. 67-138.

También y en igual sentido Hart, H.L.A. *El concepto de Derecho*, trad. Genaro Carrió, Bs. As., Abeledo Perrot, 1963, p. 186.

## 8 Sintetizando el capítulo

I. Las cláusulas pétreas son disposiciones que, por su particular naturaleza, deben ser analizadas desde el punto de vista formal. Esto porque ellas se configuran en virtud de una específica técnica legislativa que debe estar explícitamente utilizada en las constituciones para darles nacimiento.

II. Del análisis formal se descarta que determinadas disposiciones, como las declaraciones genéricas de inderogabilidad, puedan ser consideradas técnicamente cláusulas intangibles. Si la petrificación no está configurada a nivel formal cualquier artículo podrá ser modificado.

III. El estudio y la clasificación de las cláusulas consideradas intangibles en el derecho comparado nos permite concluir que existen básicamente dos tipos o especies. Las cláusulas que se limitan a petrificar contenidos (que configuran el tipo más común) y las cláusulas que petrifican contenidos y a la vez se petrifican, autorreferencialmente, ellas mismas. Estas últimas son, en sentido estricto, las auténticas cláusulas pétreas, pues sólo ellas pueden considerarse irreformables desde el punto de vista formal, resistiendo, incluso, el doble procedimiento.

IV. Las cláusulas intangibles en sentido estricto son poco comunes, y sólo las encontramos legisladas en dos constituciones mundiales, la rusa y la hondureña.

V. Si nos atenemos a un análisis formal parecería que las disposiciones en cuestión son irreformables para siempre, aunque, automáticamente surgirá también el tema del límite del formalismo mismo, puesto que no parece fundamentado sostener que una disposición constitucional, de idéntica jerarquía a las demás, pueda disponer autorreferencialmente su propia inamovilidad. El sistema ha tocado sus límites, y ya no puede fundamentarse intrasistemáticamente este tipo de disposiciones.

VI. Las constituciones no pueden entenderse, y este tipo de cláusulas permite ver este tópico con claridad, en clave meramente formal. Ellas contienen principios orientativos y disposiciones que deben ser interpretadas necesariamente por los operadores jurídicos de acuerdo a las caracte-

rísticas particulares histórico–circunstanciales. El ideal racionalista de normas intangibles que rigen para siempre debe, por ello, ser desechado.

VII. En esa línea debe concluirse que: a) por todos los problemas que generan en cuanto a su interpretación, es poco aconsejable legislar cláusulas formalmente intangibles. B) De estar legisladas no deben ser entendidas con alcance absoluto

VIII. Como ya hemos señalado en el capítulo anterior, debe comprenderse que el formalismo está limitado y cede cuando las necesidades históricas así lo aconsejan.