

José Luis Pérez Triviño
Algunos modelos de autoridad suprema en un orden jurídico*

En este trabajo me propongo analizar uno de los conceptos más relevantes de la teoría del Derecho y de la filosofía política: la noción de autoridad suprema de un orden jurídico. Comenzaré este análisis con la que ha sido la noción de autoridad suprema de un orden jurídico por antonomasia, la noción de soberano, y una de las críticas conceptuales que se le ha dirigido: la paradoja de la soberanía parlamentaria de la cual surgen dos conceptos de soberano, continuo y autocomprensivo (§ 1).

A continuación, seguiré a Ernesto Garzón Valdés y su distinción entre soberano⁰ y soberano¹, aunque después me distanciaré de ella. Esta clasificación hará necesario revisar la paradoja de la soberanía parlamentaria en relación a ambos conceptos de soberano y evaluar su utilidad teórica como instrumento descriptivo de algunos aspectos importantes del Derecho como son la identificación de la autoridad creadora de un orden jurídico y la autoridad jurídica suprema en un orden jurídico, así como de las relaciones que se dan entre ellas (§ 2) Por último, expondré una ulterior clasificación que surge de la combinación de las nociones de soberano⁰ y soberano¹ y, de soberano continuo y autocomprensivo, así como los fundamentos político-morales de las últimas dos nociones de autoridad jurídica suprema en un ordenamiento constitucional-democrático (§ 3).

1. El concepto de autoridad suprema que más importancia ha tenido en la historia del pensamiento jurídico y político ha sido el elaborado por la teoría del soberano absoluto. Tal relevancia ha conducido frecuentemente a asimilar autoridad suprema en un Estado y soberano. En efecto, la noción de soberano constituye un elemento importante en la caracterización del Estado: no hay Estado sin que exista un soberano.

Una reconstrucción de las propiedades que dicha teoría atribuye a la noción

* Quisiera agradecer los útiles y sutiles comentarios que han realizado a este trabajo los profesores Jorge Malem, Ernesto Garzón Valdés, Ricardo Caracciolo, José Juan Moreso y Daniel Mendonca.

de soberano permite extraer los siguientes rasgos¹: a) supremacía: el poder legislativo soberano no puede ser conferido por una norma jurídica, y a su vez; este mismo poder no puede ser revocado jurídicamente; b) ilimitabilidad: el poder legislativo soberano es ilimitable legalmente, es decir, puede dictar o derogar cualquier ley. Por otro lado, el poder soberano no puede ser objeto de deberes jurídicos en el ejercicio de su poder legislativo; c) unicidad: para cada sistema jurídico existe uno y sólo un poder legislativo supremo e ilimitado; d) indivisibilidad: el poder legislativo soberano es poseído por una persona o conjunto de personas.

Estas características conducen a una concepción de la autoridad suprema en un orden jurídico en la que el individuo soberano se sitúa por encima de cualquier otra autoridad jurídica, y además, su palabra se convierte inmediatamente en ley para sus súbditos.

Sin embargo, esta noción de soberano es internamente inconsistente, como lo prueba la paradoja de la soberanía parlamentaria. Esta se plantea en los términos siguientes: si el parlamento soberano puede promulgar cualquier norma, ¿puede crear una norma (A) que declare inderogable otra norma (B)? De nuevo surgen las dos alternativas: a) puede crear (A); b) no puede crear (A). En el primer caso, el soberano no podrá crear la norma derogatoria de (B), mientras que en el segundo caso, lo que no podrá hacer es crear (A). Por tanto, dicho parlamento no es soberano. La paradoja también podría plantearse de la siguiente manera: ¿puede crear el soberano una norma por la cual quede limitado su poder legislativo hacia el futuro? La posibilidad de que pueda darse una respuesta positiva o negativa también permite concluir que existe una norma que escapa a la capacidad normativa del soberano.

2. Hasta el momento se han expuesto las ideas principales acerca de la paradoja de la soberanía parlamentaria. Ahora bien, el problema que plantea la aplicación de la paradoja de la omnipotencia respecto de la noción de soberano es que no se ha señalado que esta noción es ambigua. Si se toma en consideración la distinción de Garzón Valdés entre soberano₀ y soberano₁ puede observarse la ambigüedad implícita en la noción clásica de soberano, pues ha designado indistintamente una autoridad de carácter efectivo, pero también, una autoridad de carácter institucional o jurídico. El primer sentido de autoridad es aquél en el que se destaca su capacidad de imponer normas y de que éstas sean obedecidas generalmente por los destinatarios. La noción de autoridad efectiva tiene los siguientes rasgos: a) se caracteriza por la capacidad de imponer sus mandatos a sus destinatarios; b) sólo puede predicarse de individuos o conjunto de individuos; c) supone que, en este contexto, tal individuo no obedece a otros

¹ Raz, Joseph: *The Concept of a Legal System*; Clarendon Press, Oxford, 1980 [1971], pág. 8.

individuos; no es objeto de deberes y derechos; d) involucra una propiedad disposicional: la eficacia de sus normas o, eventualmente, de sus sanciones.

Entre estos rasgos me interesa destacar que el primer tipo de autoridad sólo puede ser predicada de individuos (o conjunto de individuos) puesto que se trata de un poder, en algún sentido “personal”, pues se posee por ciertas propiedades predicables de individuos. Por otro lado, es también distintivo de esta noción de autoridad, no sólo su capacidad de imposición de normas, sino que no puede ser objeto de derechos y deberes jurídicos. Desde el punto de vista de la teoría del Derecho, estas propiedades permiten considerar a este tipo de autoridad como una autoridad que existe al margen de las normas de un orden jurídico. Por esta razón, puede ser denominada como una autoridad suprema preinstitucional.

El segundo sentido de autoridad hace referencia a la competencia legislativa atribuida por normas y que aquí se denominará “autoridad institucional o jurídica”, como aquella que:

a) está constituida por reglas que establecen una serie de condiciones – personales, materiales y procedimentales – para la creación válida de normas;

b) se predica de individuos que son designados de acuerdo con un conjunto de reglas. Por ello, la identidad de la institución no depende de la identidad de sus miembros, sino de las reglas. Esta noción de autoridad tiene sentido en el marco de un sistema normativo;

c) asigna a la propiedad “supremacía” un sentido distinto del que se predicó de la autoridad preinstitucional. El criterio que se ha utilizado aquí para definir la supremacía de la autoridad institucional es el sugerido por Ross, según el cual, es autoridad institucional suprema en un orden jurídico aquel órgano que tiene la competencia para reformar la norma de reforma constitucional suprema. El fundamento de esta concepción estriba en que de una jerarquía de normas también puede predicarse una jerarquía de autoridades. La autoridad suprema es aquella que puede modificar la norma suprema de dicha jerarquía normativa;

d) la noción de autoridad institucional presupone un sistema social institucionalizado.

Este tipo de autoridad únicamente puede atribuirse a órganos institucionales, lo cual supone que su identidad no depende de sus miembros, sino de las reglas que constituyen dicha institución.

El problema que permite detectar esta distinción es la atribución simultánea de ambos sentidos de autoridad a la noción de soberano. La teoría del soberano no ha distinguido con claridad ambas nociones de autoridad. Ernesto Garzón Valdés ha mostrado este tipo de incongruencia, como también ha señalado la posibilidad de aludir a la noción de autoridad legislativa suprema basada en reglas del propio sistema jurídico, lo cual lleva a concluir que puede ser objeto de límites jurídicos².

² Garzón Valdés, Ernesto: “Los límites al soberano legal”; en *Derecho, ética y política*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

La pregunta que emerge tras exponer esta distinción conceptual es si puede predicarse la paradoja de la soberanía parlamentaria de ambas nociones de autoridad suprema, preinstitucional y jurídica. La respuesta debe ser matizada en ambos casos.

El planteamiento de la paradoja tiene pleno sentido respecto de la autoridad jurídica. En efecto, esta autoridad no puede promulgar simultáneamente una de las normas sin que afecte a su competencia normativa. Frente a este dilema, algunos teóricos han propuesto distinguir dos nociones de soberano. En efecto, Hart distinguió entre soberano continuo y soberano autocomprendido.³

La expresión “soberano continuo” se define de la siguiente manera:

“... en cada momento de la existencia del monarca tiene un poder continuo de legislar como desee sobre cualquier materia excepto la limitación de sus poderes, por lo que no puede limitar irrevocablemente sus poderes”⁴.

El soberano autocomprendido se define como

“el monarca tiene poder de legislar sobre todas las materias incluida la limitación irrevocable de sus poderes”⁵.

Sin embargo, como ninguno de estos sentidos de soberano refleja la idea clásica de soberano, parece preferible modificar su denominación con el objeto de evitar ulteriores confusiones. En este sentido, como la paradoja se predica del Parlamento, es decir, de una autoridad institucional o jurídica sugiero utilizar las expresiones “autoridad jurídica autocomprendida” y “autoridad jurídica continua” presuponiendo siempre que me refiero a una autoridad suprema.

Respecto de la autoridad preinstitucional es posible plantear una paradoja análoga a la de la soberanía parlamentaria, pero sería incorrecto denominarla con la misma expresión pues ésta presupone una autoridad jurídica en un orden jurídico, cosa que no sucede con el soberano como autoridad preinstitucional. Por eso, la pregunta acerca de la posibilidad de que un norma declare inderogable otra regla cae fuera del rango de significatividad de la noción de autoridad preinstitucional. En consecuencia, es preciso replantear dicha paradoja y evitar caer en la pregunta – carente de sentido – de si es posible limitar jurídicamente al soberano – entendido como autoridad preinstitucional.

Hay dos formas de plantear la paradoja en relación al concepto de autoridad preinstitucional, según su capacidad normativa se exprese en mandatos – reglas regulativas – o reglas constitutivas.

En una primera aproximación la paradoja sería presentada de la siguiente

³ Hart, H. L. A.: *El concepto de Derecho*; Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963 [1961]. Trad. Genaro Carrió, pág. 186. Ver también “Self-referring Laws”; en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*; Clarendon Press, Oxford, 1983 [1964] op. cit., pág. 177. Tammelo, Ilmar: “The Antinomy of Parliamentary Sovereignty”; *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*; 1958.

⁴. Hart, H. L. A.: “Self-referring Laws”; op. cit., pág. 177.

⁵. Hart, H. L. A.: “Self-referring Laws”; op. cit., pág. 177.

manera: ¿puede la autoridad preinstitucional promulgar un mandato que no pueda derogar?. Tal como lo expuso J. Raz, este intento de limitación tendría la siguiente formulación:

i) “Prohibido dictar mandato sobre P”. Cada vez que ordene P se me debe desobedecer.

Posteriormente, esta autoridad ordena lo siguiente:

ii) “Obligatorio P”.

Si los sujetos normativos obedecen i), la autoridad deja de ser obedecida, y por lo tanto, abandona el carácter de soberano. En cambio, si obedecen ii), cae fuera de su capacidad normativa de la autoridad preinstitucional limitar su propia capacidad de imponer mandatos.

De manera análoga a lo que sucede en la paradoja de la soberanía parlamentaria, aquí parece conveniente distinguir entre una autoridad autocomprensiva y una autoridad continua, según pueda o no pueda emitir – efectivamente – el mandato limitante.

Sin embargo, esta caracterización de la autoridad preinstitucional no permite explicar la creación y estructura de un orden jurídico, pues en él sólo figurarían mandatos. Pero, si esto es así, entonces no logra dar cuenta de una de las propiedades definitorias del concepto de orden jurídico: las normas de competencia y de autoridades institucionales⁶.

La otra manera de analizar la paradoja es la siguiente: ¿puede una autoridad preinstitucional crear una regla constitutiva de una autoridad jurídica? Tanto la respuesta positiva como la negativa muestran que en el futuro existe, al menos, una norma que esta autoridad no puede promulgar. En el caso de que pueda dictar esa regla, el individuo que ejerce de autoridad preinstitucional constituye a la autoridad jurídica de un nuevo orden jurídico, pero simultáneamente queda excluido como autoridad jurídica. Por ello, no podrá crear normas jurídicas válidas. En otras palabras, queda excluido como autoridad relevante para identificar a las normas válidas del nuevo orden.

Por el otro lado, si se concibe la otra alternativa se asume un concepto de autoridad preinstitucional continua en la que el agente no puede crear una norma constitutiva de una autoridad jurídica.

Esta distinción es útil pues, permite mostrar otra variante de la ambigüedad de la palabra soberano – como autoridad preinstitucional continua y autocomprensiva. La noción austiniana de soberano caería en el modelo de la autoridad preinstitucional continua, mientras que la noción de soberano de Garzón o de autoridad soberana de von Wright podría encuadrarse en la autoridad de carácter autocomprensivo.

De estas dos nociones de autoridad preinstitucional, la que presenta más

⁶ Raz, Joseph: *The Concept of a Legal System*; op. cit., pág. 32.

⁷ Ver Bulygin, Eugenio: “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, *Doxa*, 9, 1991.

problemas es la de carácter autocomprensivo pues se enfrenta a una de las preguntas perennes de la teoría del Derecho: explicar el paso de la autoridad preinstitucional a la autoridad jurídica. En mi opinión, la cuestión central está en que la autoridad preinstitucional puede dictar reglas constitutivas de una autoridad jurídica⁸. Estas reglas podrían tener la siguiente formulación: “A partir del momento t, O es la autoridad jurídica suprema del (nuevo) orden jurídico cuando dicte normas sobre la materia M siguiendo el procedimiento P”. Consideradas así, estas reglas son las normas soberanas, independientes u originarias del nuevo orden jurídico. No delegan ni transfieren poder (normativo o efectivo) sino que crean o constituyen una autoridad conceptualmente distinta y que ejerce poder sólo cuando crea normas de acuerdo con las condiciones estipuladas. No es autoridad jurídica cuando no cumple con los requisitos establecidos en las reglas originarias o soberanas. En este sentido, estas reglas originarias restringen normativamente a la autoridad jurídica al establecer su marco competencial, pero también al propio individuo que las promulgó, pero no lo hacen como como las reglas obligatorias o prohibitivas, sino de la peculiar forma que lo hacen las reglas constitutivas: excluyen como *autoridades jurídicas* a los individuos no habilitados para la creación legislativa. Lo que importa destacar de estas reglas es que se constituyen en uno de los criterios para identificar a la institución legislativa suprema y a las reglas dependientes del nuevo orden jurídico.

Esto, obviamente, no supone que el individuo que es autoridad preinstitucional desaparezca o que pierda la base de su poder efectivo, sino que a los efectos de una reconstrucción de la autoridad jurídica hay que remitirse a las normas originarias y no a criterios extranormativos; sus decisiones no pueden, conceptualmente, ser vistas como reglas válidas del nuevo orden jurídico.

Entre la autoridad preinstitucional autocomprensiva y la autoridad jurídica surgen relaciones que pueden ser vistas desde dos puntos de vista, uno diacrónico y otro sincrónico.

La relación de tipo diacrónico que se produce entre ambos tipos de autores puede mostrarse en el siguiente gráfico (figura 1), donde APS simboliza la autoridad preinstitucional suprema, AJS la autoridad jurídica suprema y t0, t1, etc., los diferentes momentos temporales.

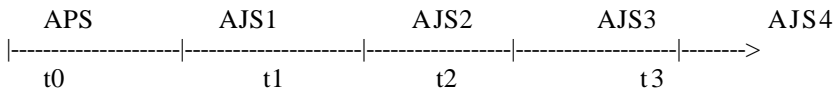


Figura 1

⁸ Esta concepción implica que una acción o decisión que constituye una institución no requiere de la existencia de reglas o convenciones previas. Esta presuposición parece necesaria si no se quiere caer en un inevitable regreso al infinito.

La autoridad preinstitucional crea en t_0 una autoridad jurídica suprema a la que dota de competencia para dictar normas. Desde esta perspectiva, el orden jurídico sólo puede ser reconstruido de manera que en su origen siempre se encuentre una autoridad preinstitucional creadora de normas soberanas. En este sentido, la “teoría de la fuente de origen” resulta plausible para la explicación del surgimiento de un orden jurídico. Todo orden jurídico comienza con una norma originaria o soberana creada por una autoridad preinstitucional suprema del tipo examinado.

La segunda perspectiva de análisis de las relaciones entre la autoridad preinstitucional y la autoridad jurídica suprema es de tipo sincrónico. Este parece ser el enfoque – y preocupación – de Hart acerca de la identificación de la autoridad jurídica en un orden jurídico. Aquí, la identificación de esta autoridad se realiza en un mismo momento temporal (t_0 , t_1 , t_2 , etc.) que puede ser representado con la figura 2.

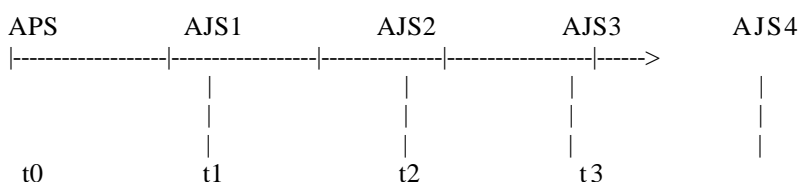


Figura 2

Cada línea vertical representa un momento temporal específico que corresponde a un sistema jurídico y, en ella, la única autoridad que se observa es la autoridad jurídica que es la última autoridad identificable mediante reglas pertenecientes al sistema jurídico. No es necesario remitirse a criterios extranormativos, y tampoco es preciso apelar a la autoridad preinstitucional que creó a la primera autoridad jurídica. Si la preocupación es explicar o identificar a la autoridad legislativa en un sistema jurídico no es necesario incluir en dicho examen una autoridad preinstitucional. Este es un enfoque en el que las normas que establecen la autoridad legislativa suprema pueden ser tomadas como la base del sistema originario de un orden jurídico, o bien, como parte de una regla de reconocimiento⁹.

Este tipo de enfoque parece coherente con la idea de que un sistema jurídico implica la existencia de dos tipos de normas: las originarias (soberanas o independientes) y las dependientes¹⁰. La autoridad que creó las normas originarias

⁹ A estos efectos, poco importa si la regla de reconocimiento es una regla conceptual o una regla de conducta. Sobre esta discusión ver el número 9 de *Doxa* (1991), donde E. Bulygin, J. Ruiz Manero, y R. Caracciolo exponen sus ideas al respecto.

¹⁰ Ver Caracciolo, Ricardo: *Sistema jurídico. Problemas actuales*; Centro de Estudios

es conceptualmente distinta de las autoridades creadoras de las normas dependientes legisladas.

Ahora bien, la distinción entre normas independientes o soberanas, por un lado, y normas dependientes por otro, sólo es defendible desde el punto de vista diacrónico. Pero no lo es necesariamente desde el punto de vista sincrónico. La razón está en que en un momento temporal determinado las normas originarias o soberanas pueden haber sido reformadas válidamente. En este sentido, el resultado de tal modificación es que las normas originarias han sido sustituidas válidamente por otras normas (dependientes). Es posible que estas mismas disposiciones sigan siendo las normas supremas del sistema normativo en el sentido de que confieren el poder normativo más alto o porque tienen el rango más elevado en la jerarquía material del ordenamiento¹¹, pero han dejado de ser las normas originarias o soberanas tal y como aquí han sido definidas.

Así pues, sería posible concluir que la noción “autoridad suprema de un orden jurídico” es ambigua. Existen, como mínimo, cuatro sentidos de dicha expresión:

A) La autoridad preinstitucional suprema continua: es la autoridad efectiva que mantiene relaciones de dominio basadas en la obediencia habitual a sus mandatos. Por definición, no crea una autoridad jurídica y tampoco un orden jurídico. Aquí, se encontraría la noción austriana de soberano.

B) La autoridad preinstitucional suprema autocomprensiva: es aquella autoridad efectiva que mediante reglas constitutivas crea una autoridad jurídica y, con ello, un nuevo orden jurídico. Esta concepción daría cuenta de la idea de soberano de Schmitt, de autoridad soberana de von Wright o soberano⁰ de Garzón Valdés.

C) La autoridad jurídica suprema continua: es aquella autoridad legal que no puede válidamente modificar su propia competencia. Un ejemplo de este tipo de autoridad es la sostenida por la doctrina clásica acerca del Parlamento británico.

D) La autoridad jurídica suprema autocomprensiva: es aquella autoridad legal que puede modificar válidamente su propia regla de competencia, con la consecuencia de que crea una nueva autoridad jurídica suprema.

Si ahora nos detenemos ante la pregunta de cuál de estos modelos de autoridad suprema explica en mayor grado las autoridades supremas en los sistemas jurídicos desarrollados, parece que la respuesta apunta a los dos últimos modelos. Y aún se podría precisar más señalando que desde el punto de vista descriptivo, no conceptual, el cuarto modelo es el que mayor aceptación ha tenido en las constituciones modernas. Esta autoridad se caracteriza por estar

Constitucionales, Madrid, 1988, págs. 31-34.

¹¹ Sobre la ambigüedad de la noción de norma suprema puede verse Guastini, Riccardo: “Norme supreme” in Comanducci, Paolo-Guastini, Riccardo (eds.): *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*; Giappichelli, Torino, 1996. También publicado en la revista *Doxa*, 17. Trad. de Jordi Ferrer.

limitada jurídicamente y por ser autocomprensiva. En primer lugar, se encuentra limitada jurídicamente, ya que puede carecer de la competencia para legislar sobre determinados asuntos, o bien, porque debe cumplir con los requisitos procedimentales para dictar normas válidas. El resultado de no seguir el procedimiento (o extender su competencia *ultra vires*) será la emisión de una norma inválida.

En segundo lugar, el carácter autocomprensivo señala que la autoridad tiene competencia legal para modificar la regla que establece su carácter y ámbito de poder normativo. Es decir, puede modificar la competencia material – los asuntos sobre los cuales puede dictar normas jurídicas – , el procedimiento para crear esas normas o, incluso, los requisitos que deben cumplir los individuos – o instituciones – para formar parte de su propia institución. El resultado de dicha modificación es la creación de una nueva autoridad normativa definida por las nuevas reglas. En este sentido, la cadena de autoridades jurídicas supremas remite temporalmente su existencia, en última instancia, a una regla creada por la autoridad preinstitucional. Pero, dado que la autoridad jurídica puede legalmente modificar o derogar esa norma, otras autoridades jurídicas posteriores pueden no estar necesariamente comprometidas con las normas dictadas originariamente por la autoridad preinstitucional suprema.

La validez de este modelo de autoridad jurídica suprema supone el rechazo de la tesis de quienes asumen la irreformabilidad de la disposición de reforma – o el necesario carácter continuo de la autoridad jurídica suprema – ¹². Y si se admite que el carácter continuo no es una propiedad necesaria – lógica o jurídicamente – de la autoridad jurídica suprema, entonces la existencia de una autoridad continua o autocomprensiva es una cuestión contingente.

3. A continuación, se abordará brevemente la exposición de algunos subtipos de autoridad jurídica autocomprensiva. Con esta tipología se mostrarán las diversas maneras cómo se puede configurar una autoridad autocomprensiva, y también permitirá introducir algunas consideraciones acerca del fundamento político-moral que subyace a este modelo de autoridad en un ordenamiento constitucional-democrático. Se examinará especialmente su relación con la existencia de órganos de control constitucional. Para señalar este punto he seguido la clasificación de B. Ackerman acerca de las constituciones dado que presenta una cierta analogía con los modelos de autoridad suprema sugeridos aquí.

1) El fundamento político-moral de la autoridad jurídica suprema continua. El monismo constitucional

¹² Ross, Alf: “Sobre la autorreferencia y un difícil problema de Derecho Constitucional” in *El concepto de validez y otros ensayos*; Fontamara, México, 1993 [1967]. Trad. E. Bulygin y E. Garzón Valdés, págs. 47-82.

El primer modelo que se presenta es monismo constitucional cuyos principales caracteres coinciden con la autoridad jurídica suprema continua. El carácter continuo de una autoridad jurídica suprema supone que ésta puede crear, modificar, o derogar cualquier norma, y que no es posible conceptualmente que una autoridad limite la competencia de la autoridad posterior. Un problema distinto es qué tipo de justificación de carácter político-moral es la que está detrás de este diseño de autoridad. Y la respuesta parece ser que dicha autoridad posee una determinada propiedad que la hace adecuada para poseer ese grado tan elevado de autonomía y libertad para legislar. Esta propiedad no ha sido constante en la teoría que ha sostenido esta concepción de la autoridad legislativa suprema. Así, en los inicios se había remitido al carácter divino del soberano, mientras que en la actualidad se apela a su carácter democrático. Este último desarrollo de la justificación de la autoridad jurídica suprema continua será el que interese examinar aquí.

En lo que concierne a la actual doctrina constitucionalista británica acerca de su Parlamento, el fundamento político-moral radica en el principio de la soberanía del pueblo, dado que es éste quien elige los miembros del Parlamento. Así fue expuesto por Dicey:

“El Parlamento es, desde un punto de vista jurídico, el soberano absoluto del Imperio Británico, puesto que sus disposiciones son obligatoria para cada tribunal de los dominios británicos, y ninguna regla, jurídica o moral que contravenga una disposición del Parlamento, obliga a los tribunales en dicho ámbito. Pero si el Parlamento es a los ojos del Derecho el legislador supremo, la esencia del gobierno representativo es que la legislatura debe representar o dar efecto a la voluntad del soberano político: el cuerpo electoral”¹³.

Por esta razón, cualquier límite impuesto a la competencia normativa del Parlamento sería considerado también como un límite al Pueblo, en la medida que sus representantes no podrán legislar en el futuro sobre determinadas materias. Una limitación del tipo de una declaración de derechos fundamentales tendría como consecuencia una restricción de poder que ejercería una generación de individuos sobre la próxima generación. Y esto sería visto como una acción injustificada según el principio de la soberanía política que reside en el pueblo, ya que de esta manera se limita su poder de decisión. Esta era en efecto, la opinión de Dicey al tratar de hacer compatible su noción de soberanía política y de soberanía jurídica¹⁴.

Esta configuración de la autoridad jurídica suprema británica ha sido

¹³ Dicey, A. V: *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*; MacMillan Education, Hampshire-London, 10ª ed., 1959 [1885], pág. 438.

¹⁴ Dicey, A. V: *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*; op. cit., pág. 438. Ver al respecto: Chander, Anupam: “Sovereignty, Referenda, and the Entrenchment of a United Kingdom Bill of Rights”; *The Yale Law Journal*, 101, 1991, pág. 470 y ss.

considerada por B. Ackerman como una formulación de lo que llama “monismo constitucional”:

“La democracia requiere conceder la autoridad plenaria de creación de normas a los ganadores de la últimas elecciones generales”¹⁵.

El monismo democrático exige que la autoridad que debe desarrollar la tarea legislativa en su más alta conformación sean los representantes elegidos por el pueblo¹⁶. Por ello, se les ha de conceder el pleno poder para la promulgación de las leyes. En este sentido:

1) se rechaza la idea de constitución en la que existen materias que quedan fuera del ámbito de decisión del órgano representativo;

2) se rechaza la existencia de tribunales constitucionales.

Este diseño constitucional en el que prima la institución legislativa – y se rechaza la existencia de materias atrincheradas o intangibles – ya había sido sostenido por Hume y Bentham¹⁷ cuando señalaron la injusticia de limitar la competencia legislativa de una generación en virtud de una norma dictada por una generación anterior.

Este problema fue debatido en el proceso constituyente norteamericano a través de las tesis de Thomas Paine, para quien no sólo era inmoral, sino inevitable el derecho que tenía cada generación para elegir su propio destino:

“... cada tiempo y cada generación debe ser libre para actuar por sí misma en todos los casos, como lo fueron en el tiempo las generaciones que la precedieron”¹⁸.

¹⁵ Ackerman, Bruce: *We the People*; The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge/Massachusetts-London, 1991, pág. 8. Ver también Ackerman, Bruce-Rosenkrantz, Carlos: “Tres concepciones de la democracia constitucional” en AA. VV.: *Fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad*; Centro de Estudios Constitucionales, 1991, págs. 19-22.

¹⁶ Para ser preciso, el monismo constitucional debería reconocer que en la constitución existe una regla de jerarquía superior, que es la que establece la soberanía parlamentaria, y que además es una regla continua. Y como dicha regla no la puede haber creado el Parlamento, tiene que remitirse a otra autoridad. Por tanto, en una constitución monista también hay dos niveles de legislación: 1) la que establece la soberanía parlamentaria; 2) la legislación del Parlamento.

¹⁷ “. . . supondría que el consentimiento de los padres obliga a los hijos hasta las más remotas generaciones. . .”. Hume, David: “Del contrato original” en *Ensayos políticos*; Tecnos, Madrid, 1987 [1741], pág. 101. Mientras que J. Bentham también escribió algunos párrafos en contra de esta posibilidad: “La suma total de los vivos quedaría bajo la tiranía de la suma total de los muertos”. Bentham, Jeremy: *Falacias políticas*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pág. 51.

¹⁸ Paine, Thomas: *Sentido común*; Tecnos, Madrid, Ver también del mismo autor: *The Rights of Man*; Everyman’s Library, London, 1993 [1792]. Pág. 161: “Los derechos del hombre son los derechos de cada generación de hombres y no puede ser monopolizado por ninguna de ellas. . . Cuando un hombre deja su propiedad a sus herederos, el no adhiere a ese acto una obligación de que ellos deban cumplir. ¿Por

Así pues, un autor que defienda el monismo constitucional rechazará completamente aquellas disposiciones que nieguen o restrinjan el alcance del parlamento entendido como representante popular. Tal es el caso de aquellas disposiciones que, emanadas por una mayoría parlamentaria, suponen que ciertas materias estarán atrincheradas frente a la voluntad política de futuras mayorías electorales¹⁹.

Respecto del segundo punto – rechazo de un sistema de control de constitucionalidad –, el monismo constitucional considera que toda interferencia destinada a modificar o alterar los resultados legislativos emanados del Parlamento representativo necesitará un importante arsenal justificatorio, pues ¿dónde radica la legitimidad de la anulación o modificación de una decisión adoptada por una mayoría parlamentaria? Este es el conocido problema de “la dificultad contramayoritaria”. En consecuencia, un órgano como el tribunal constitucional es una institución que contradice la legitimidad representativa del Parlamento, e incluso su mismo concepto de autoridad jurídica suprema continua: ¿cómo pueden unos individuos derogar o modificar las leyes que son el resultado de un proceso democrático? En definitiva, la existencia de una institución como la revisión constitucional contradice tanto el carácter supremo como el carácter continuo involucrado en la noción de autoridad jurídica suprema.

2) La autoridad jurídica suprema autocomprensiva. El fundamentalismo y el pluralismo constitucional.

La mayoría de los sistemas jurídicos actuales incorporan en su constitución alguna regla que establece la posibilidad de revisar sus disposiciones. Es frecuente, incluso, que esta misma regla puede ser reformada. En estos casos, existe una regla que establece una autoridad jurídica suprema y autocomprensiva. Esto supone que estos órdenes jurídicos distinguan claramente dos tipos de legislación: la ordinaria y la de reforma constitucional.

Existen varias formas en las que una constitución puede configurar las autoridades legislativas (ordinaria y de revisión constitucional). El fundamento del diseño constitucional es distinto según el modelo de autoridad suprema autocomprensiva adoptado. Cada uno de ellos responde a una diferente justificación político-moral.

a) El fundamentalismo constitucional

La expresión “fundamentalismo constitucional” sirve para designar diversas cosas. En primer lugar, designa una constitución que establece dos tipos de autoridades legislativas. La primera hace referencia a la legislatura ordinaria; la segunda a la legislatura de revisión constitucional. Pero lo que es distintivo de este tipo de constitución es que contiene normas que establecen límites

qué, entonces, debemos pensar de manera contrario respecto de la Constitución?”.

¹⁹ Ver Chander, Anupam: “Sovereignty, Referenda, and the Entrenchment of a United Kingdom Bill of Rights”; op. cit.

sustantivos a ambas autoridades. Esto significa que, aún cuando se modifique la regla de reforma constitucional, quedarán intactas algunas normas constitucionales. Este es el caso de la intangibilidad de los derechos fundamentales de la Constitución española o de la República Federal de Alemania o la permanencia del régimen republicano en el sistema jurídico francés. A estos tipos de sistema jurídico se les puede llamar “sistemas fundamentalistas”. En estos casos es pertinente distinguir tres niveles de reglas constitucionales en relación a la creación legislativa: 1) las que establecen las competencias del legislador ordinario; 2) la regla que establece la reforma de la disposición de reforma constitucional; 3) las reglas que establecen las materias atrincheradas²⁰.

En segundo lugar, “fundamentalismo constitucional” designa aquellos sistemas jurídicos en los que existe un ámbito material inmune a la competencia de la autoridad legislativa suprema. Es decir, se trata de un conjunto de materias que no pueden ser modificadas aún cuando se haga uso de la máxima competencia de reforma constitucional. Por tanto, en estos sistemas jurídicos el órgano de reforma constitucional puede modificar una parte de la constitución – incluida la disposición de reforma – , pero no toda la constitución.

La expresión “fundamentalismo constitucional” designa, según B. Ackerman y C. Rosenkrantz, aquellos sistemas jurídicos democráticos en los que el pueblo ni sus representantes tiene la competencia para cambiar algunas disposiciones de la constitución:

“... un gobierno democrático y popular debe estar restringido por el respeto a ciertos principios y a ciertos derechos”²¹.

En una constitución fundamentalista hay disposiciones que están por encima de la institución legislativa suprema. En este sentido, la Constitución valora en un grado mayor la protección y persistencia de determinadas regulaciones materiales que la propia institución legislativa. Precisamente, estas materias constituyen una barrera infranqueable a su acción política e incluso a su propia reforma: cualquier reforma de su propia competencia no puede alterar dicha materia²².

El sistema fundamentalista tiende a propugnar la existencia de un control de constitucionalidad dirigido a proteger la materia atrincherada frente a los envites que pudiera sufrir por parte de la autoridad suprema. El fundamentalismo subraya

²⁰ Una cuestión distinta es si la regla que establece las materias atrincheradas es, también, una regla atrincherada. Si no es así, basta modificar esta última regla por el procedimiento no agravado para poder así ulteriormente modificar el procedimiento de reforma de las materias atrincheradas.

²¹ Ackerman, Bruce-Rosenkrantz, Carlos: “Tres concepciones de la democracia constitucional”; op. cit., pág. 22.

²² Serían, en terminología de R. Guastini, las normas supremas desde el punto de vista material y axiológico. Guastini, Riccardo: “Norme Supreme”; op. cit.

el papel intervencionista de un órgano de control en el proceso legislativo para garantizar la plena efectividad de dicha materia atrincherada. Como señalan los autores citados, la existencia de un órgano de control de constitucionalidad es un síntoma de una cierta desconfianza hacia la institución legislativa suprema.

Es interesante señalar que de este tipo de sistema jurídico es posible obtener una consecuencia importante: la autoridad jurídica suprema no es indivisible, como pensaban los teóricos del soberano absoluto, sino que puede ser separada en dos órganos. Por un lado, el legislador, y por otro lado, el tribunal u órgano de control constitucional. Si se presta atención a un régimen democrático en el que exista una separación de poderes de este tipo, se podría señalar, con un vocabulario cercano al de Ackerman, que ningún funcionario u órgano puede hablar en representación de la soberanía popular de todo el pueblo. La expresión de la soberanía popular se halla dividida entre distintos órganos.

B) El pluralismo constitucional

Una situación bien distinta es la de aquellas constituciones en las que el órgano establecido por la disposición de reforma constitucional puede modificar toda la constitución, sin excepción alguna. En la mayoría de los casos esta disposición establece que debe cumplirse un procedimiento distinto – y agravado – al de la reforma de la legislación ordinaria. Sin embargo, hay que recordar que la distinción entre los límites procedimentales y sustantivos puede ser una cuestión de grados: los requisitos formales para reformar algunas normas puede ser tan complicados que se hace difícil distinguirlos de los límites sustantivos.

Así pues, este modelo constitucional se caracteriza por el hecho de no establecer materias intangibles o atrincheradas fuera de la competencia normativa del legislador ordinario o del legislador que reforma la constitución. Esto quiere decir que toda la constitución es modificable, incluido el artículo de reforma constitucional. Por otro lado, la constitución no establece un único órgano legislativo, sino que puede establecer varios: el legislador ordinario, el órgano de revisión constitucional ordinaria, el órgano de revisión extraordinaria – facultado para modificar el artículo de reforma constitucional – . En este punto reside la distinción entre este modelo de constitución y el monista, ya que en este último no hay distinción entre legislación ordinaria y constitucional. En cambio, el sistema pluralista admite una clara distinción entre reglas dentro de la propia constitución y por tanto, también de distintos órganos legislativos. Esa es la razón por la que este sistema jurídico se pueda denominar pluralista. De esta manera, se presta debida atención a la distinta relevancia que tiene cada uno de los diferentes niveles constitucionales. En cierto sentido, el propósito es evitar que las decisiones del legislador ordinario sean confundidas con o asimiladas a las que adoptan los órganos de reforma constitucional.

Por último, también es necesario señalar que en una constitución pluralista es importante la existencia de mecanismos de preservación y protección de las disposiciones de más alta jerarquía constitucional. Tal órgano suele adquirir la forma de un tribunal constitucional que puede desempeñar varias funciones: a) impedir que la legislación de un parlamento ordinario pueda derogar principios

constitucionales de rango superior; b) forzar al legislador ordinario que quiera modificar una regla constitucional a que cumpla los requisitos establecidos a tal efecto²³. Así pues, el legislador ordinario – el Parlamento – no puede autoatribirse la competencia de anular o invalidar reglas constitucionales que han sido tomadas por otros órganos de jerarquía superior.

Como consideraciones finales, se puede decir que, al igual que en el modelo constitucional visto en el apartado anterior, este modelo de autoridad jurídica suprema no asume necesariamente que dicha autoridad sea ilimitada e indivisible. Los órdenes jurídicos con un cierto grado de desarrollo muestran una complejidad tal en el diseño de las autoridades legislativas que la simple noción de soberano no permite dar cuenta de todas las posibilidades en las que puede cristalizar la tarea legislativa. Este punto es todavía más señalado donde existen diferentes niveles de autoridades legislativas con ámbitos competenciales distintos y, eventualmente, excluyentes. Y donde ulteriormente puede existir un órgano judicial encargado del control de la validez de dicha legislación. En este sentido, la búsqueda de una autoridad suprema, ilimitada e indivisible se convierte en una tarea de resultado incierto.

²³ Ackerman, Bruce-Rosenkrantz, Carlos: “Tres concepciones de la democracia constitucional”; op. cit., pág. 17.