Errores en la creación y aplicación del derecho
Flavia Carbonell Bellolio
Carolina Fernández Blanco (eds.)
ISBN: 979-13-87913-34-2
Madrid, 2025 pp. 43-74
DOI: *10.37417/errores-creacion-aplicacion-derecho/02*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International Licens

ERRORES DE PRODUCCIÓN CONSTITUCIONAL. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES *INCONSTITUCIONALES*

Jorge Baquerizo Minuche
Università degli Studi Roma Tre

RESUMEN: En el presente trabajo se realiza un análisis teórico sobre las diversas posibilidades de «error» en el ámbito de la producción de leyes de reforma constitucional. En la primera parte se realizan algunas precisiones de orden conceptual sobre las dimensiones de la constitución en la reforma constitucional y sobre el estatus de las normas limitadoras de la reforma; asimismo, se proponen varias definiciones en orden a perfilar la noción de «errores de producción constitucional». Sobre la base de lo anterior, en la segunda parte del trabajo se expone una tipología de errores de producción constitucional que se conecta con las condiciones de validez formal y material a la que está sometida dicha producción normativa. Esta tipología de errores permite esclarecer la noción misma de «reformas constitucionales *inconstitucionales*», de creciente uso en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional de diversos países, así como sus diversas posibilidades de aplicación dentro de los ordenamientos jurídicos caracterizados por la rigidez de sus constituciones.

PALABRAS CLAVE: reforma constitucional; límites a la reforma; rigidez constitucional; validez formal; validez material; errores legislativos.

1. INTRODUCCIÓN: RIGIDEZ Y LÍMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL

En este trabajo me ocuparé de un tipo particular de errores de producción legislativa: los errores en la producción de reformas constitucionales, dentro de los ordenamientos jurídicos encabezados por una constitución escrita y *rígida*.

La rigidez, como se sabe, es una característica de ciertas constituciones cuya modificación está fuera del alcance de la legislación ordinaria: su cambio solo se puede vehicular a través de ciertos procedimientos legislativos especiales y más complejos que el procedimiento legislativo común. Desde el punto de vista de los grados de dificultad que pueden identificarse en tales procedimientos especiales —cuestión que atañe al derecho positivo—, se puede hablar de constituciones *más o menos* rígidas[1] o, incluso con más precisión, de *procedimientos* más o menos «agravados» de reforma dentro de sistemas de constitución rígida. Sin embargo, desde el punto de vista del *concepto* mismo de «rigidez» (y no de sus condiciones), una constitución solo puede ser «rígida» o «no rígida» (es decir, «flexible»): no se trata de un concepto gradual sino más bien bivalente, *tertium non datur*[2].

En los ordenamientos con constituciones rígidas, el poder de reforma constitucional se caracteriza por ser un poder *constituido* («constituido» precisamente por la constitución que lo establece), cuyo ejercicio produce un tipo de legislación cualitativamente distinta a la legislación ordinaria[3]. Se trata, pues, de un poder normativo que, a través de un *proceso* legislativo especial, se dirige a modificar el texto de una constitución escrita; así, cuando este poder es efectivamente ejercido, el *producto* o resultado de ese ejercicio es un documento normativo (usualmente denominado «ley de reforma constitucional») que modifica el conjunto de disposiciones constitucionales hasta entonces existente[4]: ya sea reemplazando o derogando disposiciones que se encontraban previamente en vigor, o bien introduciendo nuevas disposiciones en el respectivo texto constitucional[5].

---

[1] Guastini, 2017a: 270 [1].

[2] Luzzati, 2012: 201-202.

[3] «Si, y solo si, la constitución es rígida, se vuelve posible distinguir dos "niveles" jerárquicos de legislación: la legislación ordinaria y la legislación constitucional (o de reforma constitucional)». (Guastini, 2017a: 216. Traducción propia).

[4] En este trabajo adopto la conocida distinción teórico-general entre «disposición» y «norma» (véase *infra*, apartado 2.1). Sobre esta distinción, véase, en general, Guastini, 1998: 15-20; Pino, 2016: 22 y ss.

[5] En la mayoría de ordenamientos jurídicos, la introducción de nuevas disposiciones constitucionales está prevista únicamente como posibilidad de una *reforma parcial*; sin embargo, existen ordenamientos (en realidad, muy pocos) cuyas constituciones también prevén el eventual reemplazo de *todo* el documento constitucional a través de un mecanismo de *reforma total*. Este es el caso, por ejemplo, de

Ahora bien, si las leyes de reforma constitucional pueden modificar válidamente una constitución es porque ocupan un lugar destacado en la jerarquía de las fuentes del derecho. Y es que, si bien estas leyes se encuentran *formalmente* (o «estructuralmente») subordinadas a las normas constitucionales que determinan la competencia y el procedimiento para reformar la constitución[6], al mismo tiempo sus normas (las normas que se extraen de dichos actos reformatorios) están *materialmente* situadas en el mismo nivel jerárquico que las normas de la constitución hasta entonces en vigor[7]; si no fuese así, cualquier modificación constitucional que estableciera algo diverso respecto de lo que dice la constitución —lejos de reformarla— sería sencillamente inconstitucional[8]. Así, pues, en línea de principio, las leyes producidas por el poder de reforma constitucional se colocan «sobre el mismo nivel que la propia constitución» desde el punto de vista de la jerarquía material[9]: es esto lo que precisamente permite que la constitución pueda ser válidamente reformada[10].

No obstante, el poder de reforma constitucional, como se analizará a lo largo de este trabajo, está *necesariamente* sujeto a límites: siendo una competencia jurídica conferida y limitada por las normas constitucionales que determinan, cuando menos, *quién* puede y *cómo* se puede modificar válidamente la constitución, se trata de un poder que no puede *no* tener limitaciones, lo que es un rasgo común de todos los poderes constituidos. De esta necesidad —en sentido lógico o conceptual— se sigue que no es concebible un poder *ilimitado* de reforma constitucional; al contrario, se trata de un poder limitado por el derecho, cuyo ejercicio «bien podría ser, si se violan tales formas y tales límites, invalido»[11], dando como resultado —no ya una reforma consti-

---

las constituciones de Austria (art. 44.3), España (art. 168), Perú (art. 32.1) y Suiza (art. 193). En estos casos, como es evidente, la reforma constitucional no produce simplemente un cambio *en la constitución* sino, más bien, un cambio *de constitución*.

[6] Guastini, 2017a: 125.

[7] *Ibid*. Con la notoria excepción de las normas constitucionales que eventualmente se encuentren protegidas frente a la reforma; como se verá más adelante, estas normas son materialmente superiores a las normas provenientes de los actos reformatorios (véase *infra*, n. 60 y texto correspondiente).

[8] *Ibid.*: 125 [57].

[9] Guastini, 1998: 367 (traducción propia). Es pertinente aclarar que una relación de jerarquía material atañe al *contenido* de los enunciados jurídicos y, por tanto, no se establece propiamente entre actos normativos sino entre *normas*; por ende, una relación de este tipo no se da entre «la constitución» y «las leyes de reforma constitucional», sino entre las respectivas normas obtenidas a partir de la interpretación de tales actos normativos. Con todo, esta forma de expresarse es bastante inocua si se tiene en cuenta que una jerarquía material «se concreta en la posibilidad de anular un acto normativo» y que, en consecuencia, esta también podría ser concebida «como una jerarquía entre tipos de actos normativos (una jerarquía entre fuentes), determinada por la particular relación que se genera entre las normas expresadas por tales actos normativos» (Pino, 2016: 171. Traducción propia).

[10] Si, en condiciones normales de ejercicio, el poder de reforma constitucional puede producir *válidamente* ciertos cambios a la constitución, ello implica que las disposiciones constitucionales introducidas por el poder de reforma encuentran un fundamento dinámico de validez en las normas constitucionales precedentes y forman parte de las *fuentes derivadas* del derecho. Sobre las fuentes «derivadas» («*derivative sources*»), véase Pino, 2021b: 73-74, 76.

[11] Ferrajoli, 2007a: 857.

tucional— sino un acto *inconstitucional* que, bajo ciertas condiciones, podría incluso contar como una ruptura *de facto* del orden constituido, es decir, como una manifestación del «poder constituyente» [12].

En virtud de estas características del poder de reforma, dentro del contexto de los ordenamientos jurídicos con constituciones rígidas es posible hablar de «errores» de producción legislativo-constitucional, vale decir, errores de forma o de contenido que se pueden cometer al momento de producir una reforma que viole los límites marcados por la propia constitución para tales efectos. Utilizar una terminología vinculada a los «errores» legislativos, ciertamente, no es muy común en el ámbito de la reforma, pero su introducción se acopla bastante bien con las nociones de fondo que estructuran el discurso de los cambios constitucionales; además, lo anterior permite resaltar algunos aspectos de suma importancia tanto para la teoría como para la práctica constitucional.

Para la teoría constitucional, introducir la noción de errores de producción constitucional puede ser funcional para resaltar la distinción entre los cambios constitucionales *según la constitución* (producidos precisamente por el ejercicio regular del poder de reforma, dentro de los límites establecidos) y los cambios constitucionales *contrarios a la constitución* (producidos por un ejercicio irregular o inválido de tal poder, fuera de los límites de la reforma). Ello, a su vez, permitiría reconstruir las transformaciones constitucionales evidenciables dentro de una determinada comunidad política, a efectos de identificar qué cambios han supuesto la continuidad del orden jurídico preexistente y qué cambios han implicado, por el contrario, el surgimiento de un *nuevo* orden jurídico [13].

Para la práctica constitucional, por su lado, la noción de errores de producción constitucional podría ser relevante desde al menos dos perspectivas: la perspectiva de la *participación* en el proceso de reforma y la perspectiva del *control* de constitucionalidad de las reformas.

Desde la perspectiva de los participantes del proceso de reforma —lo que puede incluir no solo a los actores políticos involucrados sino también a los ciudadanos [14]—, conocer qué tipo de cambios constitucionales constituyen un «error» (según la constitución de que se trate), podría tener un impacto en

---

[12] Sobre las condiciones para considerar que ha habido una manifestación del poder constituyente, véase Baquerizo Minuche, 2021: cap. II.

[13] Adopto en este trabajo la definición de «orden jurídico» que se extrae de Alchourrón y Bulygin, 1976 : 420-421: una secuencia de sistemas normativos —es decir, una secuencia de conjuntos de normas— relacionados por los mismos criterios de identificación.

[14] La participación política dentro un proceso de reforma constitucional se incluye aquí como parte de la *práctica constitucional* dado que, como afirma Bruce Ackerman, no parece razonable restringir este ámbito de acción a la práctica de los jueces: «*While courts played a secondary role in the evolving higher lawmaking process, we cannot narrowly focus on judges if we hope to describe, and reflect upon, the constitutional practice*» (Ackerman, 1991: 22).

distintos niveles. Así, por ejemplo, lo anterior podría condicionar la elección del tipo de pretensiones de modificación a la constitución que se quisieran proponer, así como el tipo de iniciativa y de procedimiento que habría de seguirse para impulsar y lograr el cambio constitucional pretendido; y podría condicionar también la decisión de las mayorías en los procesos electorales cuando, dentro de ciertos supuestos, una reforma a la constitución sea sometida a la aprobación popular[15].

Asimismo, desde la perspectiva del control de constitucionalidad sobre las reformas (en los ordenamientos donde se prevé algún tipo de mecanismo al respecto)[16], la relevancia en la identificación de los posibles errores de producción constitucional puede contribuir a resaltar los parámetros de control para determinar si un determinado proyecto de reforma, o una reforma ya concretada, resulta (o no) «constitucional»[17].

Teniendo en cuenta lo anterior, este trabajo está estructurado en dos partes: en la primera parte (apartado 2) realizaré algunas precisiones de orden conceptual que pueden contribuir a perfilar la noción de error de producción constitucional; en la segunda parte, en cambio (apartado 3), realizaré una exposición sobre los diversos tipos de errores de producción constitucional que se pueden verificar dentro de este contexto normativo. Finalmente, cerraré el presente trabajo con una breve reflexión a modo de conclusión (apartado 4).

2. ERRORES DE PRODUCCIÓN CONSTITUCIONAL: PRECISIONES CONCEPTUALES

2.1. La doble dimensión de la constitución frente a su reforma

Un presupuesto necesario para formular una tipología de errores de producción constitucional es la conocida distinción teórica entre «disposición» y «norma»[18]. Una *disposición* es un enunciado contenido en un documento calificable como fuente del derecho[19]; una *norma*, en cambio, es el significado

---

[15] Por ejemplo, el art. 138, inciso 2, de la constitución italiana prevé, bajo ciertas condiciones, un referéndum de aprobación de las reformas constitucionales.

[16] Véase Ragone, 2011, para un estudio de derecho comparado sobre las diversas modalidades con las cuales se ha instituido un control constitucional de las reformas.

[17] El control constitucional de las reformas puede adoptar una modalidad preventiva (sobre proyectos de reforma) y/o una modalidad correctiva (sobre reformas ya realizadas), lo que depende no solo del diseño específico que cada ordenamiento jurídico establezca al respecto, sino también —y quizás sobre todo— de las orientaciones jurisprudenciales en sede de la jurisdicción constitucional de cada país (*ibid.*: capítulos III-V).

[18] Como se sabe, se trata de una distinción ampliamente aceptada en la filosofía contemporánea (véase, al respecto, Moreso, 2023: 31-33). Sobre la evolución de esta distinción y sobre su consolidación a partir de los desarrollos en la teoría analítica de la interpretación, véase Pino, 2021a: 27 [6].

[19] Pino, 2016: 24; véase, también, Guastini, 2017a: 23.

atribuible a una disposición a través de la interpretación jurídica[20]. Esta distinción resulta útil dentro de este contexto de análisis porque permite caracterizar con mayor exactitud las dos dimensiones de una constitución respecto a las modificaciones constitucionales: como *objeto* sobre el que recae una reforma constitucional y como *guía normativa* para la realización (o para la evaluación) de una reforma constitucional[21].

Cuando la constitución es *objeto* de una reforma, la modificación recae siempre sobre el documento constitucional escrito: sobre el *texto* constitucional[22]. El concepto relevante aquí es el de *disposición*: los actos normativos de reforma constitucional, siempre en relación con el texto constitucional escrito, introducen nuevas disposiciones, derogan disposiciones preexistentes o sustituyen ciertas disposiciones por otras (es decir, realizan una mezcla de las anteriores posibilidades: derogación *e* introducción de disposiciones)[23]. El objeto de la reforma constitucional, pues, tiene que ver exclusivamente con disposiciones constitucionales o con fragmentos de disposiciones; por ello mismo, los específicos actos normativos de reforma (las leyes de reforma constitucional) se refieren siempre a los «artículos» de la constitución, al modo de: «Introdúzcase el siguiente artículo a continuación del art. X» o «Sustitúyase el art. Y por el siguiente artículo», o «Elimínese el art. Z de la constitución», etcétera.

En cambio, cuando la constitución funciona como *guía normativa* para la realización o para la evaluación de una reforma constitucional —o sea, para regular o para controlar su propia modificación—, el análisis exige echar mano no solo del concepto de *disposición* sino también, y sobre todo, del

---

[20] Pino, 2016: 24. Por «interpretación jurídica» se entiende «la actividad intelectual que consiste en atribuir significado a las disposiciones contenidas en un texto normativo» (*ibid.*., traducción propia). En el mismo sentido, véase también Guastini, 2017a: 23, 307 y ss.; y Pino, 2021a: 28: «El resultado de esta actividad, su producto, es la "norma": el tránsito de la disposición a la norma (el tránsito del enunciado a su significado) se da a través de la interpretación. La norma, en síntesis, es el significado de una disposición, identificado luego de una interpretación» (traducción propia). Con todo, la tesis de que las normas son el resultado de la actividad interpretativa no es una tesis pacífica; una reciente discusión al respecto puede verse en Moreso, 2023: 33-36.

[21] Esta dualidad explica, a su vez, la ambigüedad del término «constitucional» dentro de este contexto: una reforma es «constitucional», banalmente, cuando recae sobre una constitución (constitución-*objeto*), o bien cuando resulta *conforme* con la constitución (constitución-*guía*).

[22] En este sentido, Carl Schmitt definía el concepto de reforma constitucional como una modificación «del texto de las leyes constitucionales vigentes hasta el momento» (Schmitt, 1928: 115). Véase también Loewenstein, 1969: 175: «Técnicamente, una reforma constitucional solamente puede efectuarse cuando se añade algo al texto existente en el momento de realizar la modificación —suplemento—, o bien se suprime algo —supresión— o bien se sustituye el texto existente por otro —cambio—».

[23] Siguiendo lo expuesto en Bulygin, 1982: 180, Guastini señala tres posibles tipos de reforma constitucional: *a*. la introducción de una nueva disposición; *b.* la supresión de una disposición preexistente; y *c*. la sustitución de una disposición preexistente, esto es, la combinación de *b.* y *a.* (véase Guastini, 2011b: 369). Esta tipología está emparentada con ciertas ideas expuestas en Alchourrón, 1988 : 332, sobre el cambio de los sistemas normativos, a saber: la *expansión* (adición de una norma al conjunto); la *contracción* (eliminación de una norma del conjunto) y la *revisión* (eliminación y posterior adición de normas en el conjunto).

concepto de *norma*. Por una parte, toda constitución rígida contiene necesariamente disposiciones que establecen la competencia y el procedimiento para operar una reforma constitucional [24]; además, algunas constituciones (numerosas constituciones, pero no todas) contienen también disposiciones que prohíben explícitamente la reforma de ciertos contenidos que se asumen como protegidos [25]. Pero, por otra parte, esas disposiciones constitucionales no pueden comprenderse ni aplicarse sin que antes se les atribuya un significado: su comprensión exige efectuar previamente una interpretación jurídica [26].

Dicho de otro modo, la «guía normativa» de la reforma constitucional se extrae a partir de la actividad interpretativa de ciertas disposiciones de la constitución relativas a los límites de tal operación reformatoria y se concreta en el producto o resultado de la interpretación: en normas constitucionales [27]. En adición, y como se verá más adelante, esta guía normativa puede conformarse no solo por normas *explícitas* sino también por normas *implícitas* que no son propiamente el producto de la interpretación textual de disposiciones constitucionales sino el resultado de la interpretación constitucional «en sentido amplio» o interpretación «metatextual» [28].

---

[24] Si no fuese así, no se trataría de una constitución rígida: «En todo sistema de constitución rígida necesariamente existen límites formales a las leyes constitucionales o de reforma constitucional, en el sentido de que la constitución (siendo rígida) dicta reglas sobre el procedimiento de reforma: si no lo hiciere, no sería rígida» (Guastini, 1999: 113. Traducción propia). En esta última hipótesis, podría argumentarse que la constitución es «flexible» o, al contrario, «petrificada», dependiendo del contexto y, sobre todo, de las asunciones conceptuales de quien interpreta un caso de este tipo; para una exposición de los diversos argumentos que se podrían ofrecer respecto de este problema (el problema de cuando una constitución no dice nada respecto de su reforma), véase Guastini, 2011c: 184-186.

[25] Véase *infra*, n. 70.

[26] Como señala Giorgio Pino, «el derecho no se aplica por sí mismo a sus destinatarios: existen instituciones dedicadas a la aplicación del derecho, y en el proceso de aplicación tales instituciones deben (= no pueden no) interpretar las disposiciones jurídicas, esto es, deben atribuirles un significado» (Pino, 2020: 391. Traducción propia). Esto es así salvo que se asuma que, en ciertos casos (en los «casos claros»), las disposiciones jurídicas puedan ser comprendidas sin necesidad de interpretación, por mera comprensión intuitiva o en virtud de directivas metodológicas como la tradicional *in claris non fit interpretatio*; para una crítica de esta forma de entendimiento de las relaciones entre interpretación y significado, véase Guastini, 2011b: 401-404. En este trabajo, en cambio, adopto una tesis contraria: «*no existe significado sin interpretación* [...] cualquier decisión acerca del significado de un texto, no importa si es "claro" u "oscuro", constituye interpretación [...] también un significado obvio es de todos modos un significado, y el significado es una variable dependiente de la interpretación» (*ibid.*: 405, cursivas en el original. Traducción propia). Véase también Pino, 2021a: 98: «la noción de caso claro no deja afuera a la interpretación: al contrario, la presupone. Para establecer que un cierto caso es un caso claro es necesario que se haya realizado previamente una actividad interpretativa, justamente porque un caso es claro *a la luz* de una norma, *respecto* de una norma, y la norma es el producto de una interpretación» (cursivas en el original. Traducción propia).

[27] Lo que es compatible, por cierto, con el uso de normas que son el resultado de interpretaciones anteriores: «el intérprete puede decidir que utilizará exclusivamente, y de manera directa, una norma (una interpretación-producto) tal como ha sido elaborada en una ocasión anterior, sin necesidad de emprender *ex novo* una actividad interpretativa para el caso respectivo» (*ibid.*: 56. Traducción propia).

[28] Véase *infra*, apartado 3.2.2. La interpretación jurídica «en sentido amplio» o «metatextual» es definida como «una serie de operaciones heterogéneas que se realizan "en torno a" (y no "sobre") los textos a interpretar, ya sea antes o después de la interpretación textual», y que mantienen con esta última «una relación que se caracteriza no solamente por las densas interacciones sino también por la

2.2. El *estatus* de las normas limitadoras de la reforma constitucional

Una vez efectuada la anterior distinción, es necesario realizar también una siguiente clarificación respecto al estatus de las normas que establecen límites a la reforma constitucional. Una norma, como se ha dicho, es un significado que se identifica por medio de la actividad interpretativa; pero dado que la interpretación jurídica es una actividad intelectual que puede ser realizada por *cualquier* persona y no solo por sujetos dotados de autoridad[29], una representación adecuada de los límites a la reforma constitucional requiere encuadrarlos dentro de normas *jurídicamente existentes* en un ordenamiento dado[30]. En este específico contexto de análisis, la existencia jurídica de tales normas se puede identificar, en mi opinión, a partir de dos criterios: el vínculo textual inequívoco con la constitución; o la consolidación de ciertas orientaciones interpretativas.

El primer criterio, formulado elípticamente, establece que un determinado límite a la reforma constitucional *existe* cuando la constitución lo declara expresamente: porque la constitución así lo «dice». En términos más precisos, lo que se señala con este criterio es que las normas limitadoras de la reforma constitucional existen, ante todo, cuando son el producto de la interpretación «declarativa» de ciertas disposiciones de una constitución que se refieren a su propio cambio, es decir, cuando son el resultado de una interpretación que simplemente confirma o reitera el significado más obvio o intuitivo (el significado *prima facie*) de tales disposiciones[31]. Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando el enunciado interpretativo (resultante de la interpretación) no hace más que iterar la formulación lingüística de una disposición constitucional sobre la reforma[32]. En tales circunstancias, independientemente de quién realice la interpretación, puede convenirse que ciertas normas que limitan la reforma constitucional existen jurídicamente porque encuentran un inequívoco fundamento textual en la propia constitución.

---

continuidad» (*ibid*.: 223). Sobre las diversas operaciones que conforman este tipo de interpretación, véase *ibid*.: cap. VII; véase también Chiassoni, 2007: cap. II, § 4.

[29] Véase, en este sentido, Pino, 2021a: 53; véase también *ibid.*: 31: «Las normas adquieren existencia con un acto de interpretación jurídica, que es una actividad intelectual que puede ser realizada por cualquier persona» (traducción propia).

[30] Y es que resultaría de lo más insensato afirmar que la reforma constitucional está limitada por normas meramente *pensadas* por alguien, o por normas formuladas verbalmente por algún profesor de derecho constitucional dentro de sus clases, o por normas formuladas dentro de un libro o de un artículo académico, o por normas formuladas dentro de un voto disidente (*dissenting opinion*) de una sentencia constitucional, etc. (estos ejemplos han sido adaptados a partir de varias hipótesis señaladas en Pino, 2016: 113 y en Gianformaggio, 1991: 30).

[31] Sobre la interpretación declarativa, véase Pino, 2021a: 182-183.

[32] En este caso, el producto de la interpretación sería una «norma explícita isomorfa» (Chiassoni, 2007: 124). Otros modos de realizar una interpretación declarativa son expuestos en Pino, 2021a: 183.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que si la interpretación declarativa se limita a reiterar el significado *prima facie* de ciertas disposiciones constitucionales, entonces las normas así identificadas difícilmente permitirán resolver problemas prácticos relacionados con reformas constitucionales concretas; así, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico italiano, para resolver el problema de una reforma constitucional que se considere polémica porque aparentemente altera la «forma republicana», resulta claramente insuficiente invocar una norma que se limite a reiterar lo dispuesto por el art. 139 de la constitución («La forma republicana no puede ser objeto de reforma constitucional»). Por tanto, este primer criterio ciertamente permite identificar normas jurídicamente existentes (normas constitucionales) que establecen límites a la reforma, pero su utilidad estará reducida, por lo general, a pocos casos (casos «fáciles») de aplicación en abstracto o en concreto[33].

El segundo criterio, por su parte, establece que las normas constitucionales limitadoras de la reforma también existen jurídicamente cuando, a pesar de no ser el resultado de una interpretación «declarativa» del texto constitucional, tienen un uso consolidado o dominante dentro de una determinada cultura jurídica[34]. Esto implica que las normas que establecen límites a la reforma pueden ser también el resultado de diversas y heterogéneas operaciones interpretativas y/o constructivas que se realizan tomando como base el texto constitucional, pero siempre en la medida en que sean objeto de un acuerdo mayoritario o generalizado dentro de la comunidad jurídica de que se trate. La consolidación de una orientación interpretativa, por supuesto, no es una cuestión «todo o nada» sino más bien gradual, lo que apareja inevitablemente un problema de vaguedad (con la presencia de casos claros pero también de casos dudosos de «consolidación»)[35] y, asimismo, un problema de reconocimiento social del fenómeno[36].

Con todo, estos problemas pueden atenuarse si se tiene en cuenta una dimensión institucional de la interpretación jurídica, donde tiene toda relevancia

---

[33] Con todo, puede admitirse que ciertas disposiciones constitucionales sobre el procedimiento de reforma no parecen exigir mucho más que una interpretación declarativa a efectos de su aplicación en abstracto o en concreto.

[34] Véase, al respecto, Guastini, 2011b: 218: «En general —o sea, en relación con la mayor parte de los textos normativos— en cada momento dado existe dentro de la cultura jurídica una interpretación consolidada y dominante: el "derecho viviente"» (traducción propia). Véase también Guastini, 2013: 105: «Dicho con otras palabras: aunque existan diversas interpretaciones de las formulaciones normativas, así como diversas construcciones de normas inexpresas, siempre (o, mejor dicho, casi siempre) existen sincrónicamente varias interpretaciones y construcciones jurídicas generalmente aceptadas y dominantes: lo que la Corte constitucional italiana llama el "derecho viviente"» (traducción propia).

[35] Algunos problemas relacionados con el carácter irremediablemente gradual e indeterminado de este criterio son analizados en Pino, 2016: 113-115.

[36] Como señala Letizia Gianformaggio, la «positividad» del derecho (entendida como una propiedad gradual que se reconoce a los fenómenos jurídicos, vinculada con palabras, significados, argumentaciones y prácticas sociales), «es el fruto de una operación de reconocimiento, que es una práctica difuminada, compleja y, sobre todo —por necesidad lógica— no institucionalizada» (Gianformaggio, 1991: 30-31. Traducción propia).

establecer qué tipo de sujetos utilizan las normas en cuestión[37]; y es que, en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos contemporáneos, existen intérpretes cuyas decisiones «*a)* son vinculantes para algunos sujetos (resuelven autoritativamente un problema práctico); y, *b)* a menudo están dotadas de una cierta influencia incluso frente a otros intérpretes»[38]. En este sentido, si las normas constitucionales limitadoras de la reforma son utilizadas por órganos de aplicación con una especial posición o con una particular autoridad dentro del sistema constitucional y si, posteriormente, son objeto de un seguimiento uniforme por parte de otros intérpretes (otros jueces y tribunales, los legisladores, los representantes del poder ejecutivo, etc.), entonces puede decirse que dichas normas –ya sea explícitas o implícitas, fruto de la interpretación en sentido estricto o de la interpretación «metatextual», dotadas de mayor o menor grado de abstracción, etc.– *existen jurídicamente* en el ordenamiento respectivo porque efectivamente existe una convergencia a nivel institucional para utilizarlas en la resolución de casos prácticos[39].

2.3. Una definición de «límite a la reforma constitucional»

Siguiendo las anteriores distinciones y clarificaciones, resulta también necesario precisar que, dentro del presente trabajo, por «límite a la reforma constitucional» se entiende:

i. Una *condición de aplicación* de una norma constitucional jurídicamente existente que, de manera explícita o implícita, regula aspectos formales y/o materiales para la modificación de una constitución rígida[40];

---

[37] Pino, 2016: 114. Véase también Pino, 2021a: 8: «aunque de hecho cualquier persona puede interpretar textos jurídicos, en el derecho no todos los intérpretes tienen el mismo papel ni el mismo peso; algunas interpretaciones, realizadas por determinados intérpretes, tienen asignado un mayor "peso" que otras, y este mayor peso puede llegar al punto de modificar el lenguaje mismo del derecho: los intérpretes del derecho se expresan con un lenguaje que es, en parte, construido por ellos mismos (o, mejor dicho, por algunos de ellos)» (traducción propia).

[38] *Ibid.* (traducción propia).

[39] Esta circunstancia determina que dichas normas sean consideradas *vigentes*, según una de las posibles acepciones de este término: «Una norma es vigente cuando el juez la *usa* para justificar su decisión» (Bulygin, 1963: 378, cursivas en el original). En el mismo sentido Guastini señala que, desde un cierto nivel profundo de análisis, «la palabra "derecho" designa el conjunto de las normas *vigentes*, o sea, *efectivamente aplicadas* —es decir, usadas para motivar decisiones— en el pasado y previsiblemente aplicables en el futuro por parte de los órganos que, justamente, "aplican" las formulaciones normativas: los jueces, pero también la administración pública y los órganos constitucionales supremos» (Guastini, 2013: 105, cursivas añadidas. Traducción propia).

[40] La expresión «condiciones de aplicación» es utilizada por G.H. von Wright para hacer referencia a uno de los «componentes»", «ingredientes» o «partes» de las normas prescriptivas (von Wright, 1963: 70): «*The condition which must be satisfied if there is to be an opportunity for doing the thing which is the content of a given norm will be called a* condition of application *of the norm*» (*ibid.*: 73, énfasis en el original). Véase también *ibid.*: 73-75.

Las condiciones de aplicación, más específicamente, son establecidas dentro del supuesto de hecho de las normas: son las condiciones de «aplicabilidad interna» de una norma. Véase, en este sentido,

ii. Asociada a la consecuencia jurídica de la validez del acto normativo de reforma o de la validez de las específicas normas que componen el contenido de dicho acto (según el «carácter» formal o material que adopten los respectivos límites a la reforma constitucional).

De la anterior definición se sigue que los límites de la reforma constitucional solo pueden tener lugar dentro de la estructura «lógica» de las normas que, teniendo existencia jurídica, se derivan de actividades interpretativas —sea en sentido estricto o en sentido amplio— basadas en un texto constitucional. En este esquema, dentro de las referidas normas constitucionales, se pueden identificar los (necesarios) *límites formales* —que condicionan la reforma de aquello que *se puede cambiar* dentro de una constitución— así como los (contingentes) *límites materiales* que, en cambio, determinan aquello que *no se puede cambiar* dentro de una constitución.

Así, los límites formales de la reforma operan como condiciones de aplicación de las normas constitucionales sobre la producción jurídica de los actos normativos modificatorios de la constitución (normas cuya observancia determina la validez *formal* de esos actos); mientras que los límites materiales operan como condiciones de aplicación de las normas constitucionales que regulan el contenido de las reformas a la constitución (normas cuya observancia determina, simétricamente, la validez *material* de las normas que componen el contenido de los actos normativos modificatorios).

2.4. «Reforma constitucional» *vs*. «error de producción constitucional»

Finalmente, sobre la base de lo expuesto en los epígrafes precedentes, resulta oportuno estipular que:

a. Una modificación a la constitución cuenta como «reforma constitucional» *si*, y *solo si*:

a.1 El acto normativo mediante el cual se vehicula la modificación de la constitución ha sido formalmente producido de conformidad con las correspondientes normas constitucionales sobre la producción jurídica (para ese tipo de actos); *y*,

---

Pino, 2016: 52-53: «el supuesto de hecho es la descripción en términos generales y abstractos de un estado de cosas, de una conducta, etc., identificados a través de determinadas propiedades (elementos, características). Esta descripción establece las condiciones de *aplicabilidad interna* de la norma, es decir, la indicación de los hechos a los cuales la norma puede o debe ser aplicada, su campo o ámbito de aplicación (las condiciones de aplicabilidad interna de una norma no son otra cosa que las circunstancias de hecho indicadas en el antecedente de la norma, es decir, en el supuesto de hecho)» (cursivas en el original). Sobre la noción de«"aplicabilidad interna», *ibid.*: 135-136.

*a.*2. Las normas que se identifican mediante la interpretación jurídica de las disposiciones del acto normativo modificatorio no son consideradas contradictorias con eventuales normas constitucionales en vigor que regulen aspectos de contenido de las reformas (específicamente, con aquellas normas que prohíben reformar ciertas materias en la constitución).

b. De manera simétrica, cualquier modificación a la constitución en la que no se presenten las referidas condiciones *a.1* y *a.2* (de manera individualmente necesaria y conjuntamente suficiente) no cuenta como «reforma constitucional» sino como un *error de producción constitucional*. Un error de este tipo, a su vez, puede consistir en una de las dos siguientes posibilidades:

b.1. Un *acto inconstitucional*: cuando los vicios formales y/o materiales que aquejan a la respectiva modificación sean objeto de un control judicial de constitucionalidad que desemboque en una sentencia estimatoria con efectos de anulación jurídica[41]; o,

b.2. Un acto de manifestación del *poder constituyente*: cuando, a pesar de la existencia de vicios formales y/o materiales, la modificación a la constitución logre imponerse en los hechos, *de facto* o *extra ordinem*, con un suficiente grado de efectividad[42].

Se debe precisar en este punto que el ejercicio irregular del poder de reforma puede ser la ocasión para la manifestación del poder constituyente[43]. Esto no equivale a sostener que el poder constituyente pueda manifestarse a través de «vías legales», sino que el uso de esas vías puede degenerar, *de facto*, en una ruptura constitucional[44]. En lo principal, este tipo de ruptura no solo ocasiona que los cambios producidos sean jurídicamente inválidos desde la perspectiva del orden jurídico preexistente sino, además, que ello puede ser valorado como una interrupción en la continuidad de ese orden, con el consecuente surgimiento de un nuevo orden jurídico[45].

---

[41] Evidentemente, la existencia de un control de constitucionalidad de las reformas constitucionales es un dato contingente que se presenta (o no) dependiendo del diseño constitucional de cada ordenamiento jurídico y de ciertas orientaciones jurisprudenciales en materia constitucional (véase *supra*, n. 16-17).

[42] Guastini, 2011c: 121, 172. Sobre el «principio de efectividad», véase *ibid*.: 135-136. Sobre los componentes de la efectividad, en relación con ciertos hechos «normativos» presupuestos en el concepto de «poder constituyente», véase Baquerizo Minuche, 2021: 133-141.

[43] En otras palabras, «[e]l mismo procedimiento de reforma constitucional, si es ejercido *contra constitutionem*, puede constituir la ocasión para el ejercicio del poder constituyente» (Pace, 1997: IX. Traducción propia). En el mismo sentido, Luigi Ferrajoli señala que, si el poder de reforma constitucional «es invocado y utilizado para dar vida a una nueva constitución, entonces sí que es constituyente pero anticonstitucional [...] en el sentido de que su ejercicio equivale a un acto revolucionario o subversivo» (Ferrajoli, 2007a: 857. Traducción propia).

[44] Como subraya Ferrajoli, si el poder de reforma es ejercido de manera contraria a la constitución, será «anticonstitucional respecto a la constitución existente [...] precisamente por ello, ilícito respecto al ordenamiento preexistente» (*ibid.*.).

[45] Esa valoración, evidentemente, dependerá de los criterios que se elijan para identificar un orden jurídico. Una breve exposición de los clásicos criterios de identidad de los órdenes jurídicos puede verse en Baquerizo Minuche, 2021: 156-160.

3. UNA TIPOLOGÍA DE ERRORES DE PRODUCCIÓN CONSTITUCIONAL

Una vez definido qué cuenta como un error de producción constitucional, en esta segunda parte del trabajo realizaré una presentación de los diversos tipos de errores que se pueden identificar dentro de este ámbito.

3.1. Errores formales de producción constitucional

Los errores formales de producción (de una reforma) constitucional son aquellos que se originan por la violación de las normas sobre la producción jurídica *en sentido estricto*[46]:

a. Por la violación de las normas constitucionales que confieren a un determinado órgano la *competencia* para reformar la constitución; y,

b. Por la violación de las normas constitucionales que regulan el ejercicio de tal competencia al determinar el *procedimiento* de formación de los actos normativos de reforma (las leyes de reforma constitucional)[47].

Ambos tipos de errores tienen un carácter *formal*, en el sentido de que no se refieren al contenido de la producción normativa[48]: se refieren, respectivamente, a la autoridad normativa —el órgano del Estado— competente para ejercer el poder de reforma; y a la secuencia de actos que conforman el procedimiento de producción de los actos normativos de reforma.

En este sentido, cuando la constitución confiere a un determinado órgano la *competencia* para reformar la constitución, al mismo tiempo instituye una «reserva de competencia normativa» a favor del órgano designado para operar una reforma constitucional[49]. Ello determina la invalidez de las modificaciones constitucionales producidas por otro órgano y, además, la invalidez de cualquier acto de delegación de la competencia de reforma: una competencia «reservada» *es*, por definición, una competencia indelegable. En otros términos, el carácter «reservado» de una competencia puede ser violado no solo

---

[46] Sobre las normas de producción jurídica en sentido estricto, véase Guastini, 2017a: 48-51.

[47] Como se puede intuir, uso aquí la expresión «acto normativo» como sinónimo de *documento normativo* formulado por una autoridad de creación del derecho (esto es, una «fuente del derecho»).

[48] Subyace aquí una noción de «forma» entendida como «todo aquello que *no* atañe al contenido normativo» (Guastini, 2017b: 376, cursivas en el original. Traducción propia).

[49] «[L]as disposiciones del tipo «Confiérase la competencia C al órgano O» comúnmente se entienden en el sentido de que la competencia en cuestión está *reservada* a aquel órgano: *solo* al órgano O, y a ningún otro, se atribuye la competencia C» (Guastini, 2017a: 49, cursivas en el original. Traducción propia). De manera similar, José Juan Moreso ha señalado que las normas que confieren el poder de reforma constitucional cumplen una función de «reserva de constitución» (Moreso, 1991: 202-208).

cuando otros sujetos no competentes intenten ejercerla, sino también cuando el propio órgano exclusivamente competente intente despojarse de ella[50].

Asimismo, cuando la constitución establece el *procedimiento* de formación de las leyes de reforma, al mismo tiempo limita la forma de producción de este tipo de actos normativos; de modo que, si el poder de reforma no se ejerce según *ese* procedimiento, entonces se producirá una reforma constitucional inválida[51].

En cualquiera de estas posibilidades, la existencia de errores formales de producción constitucional se fundamenta en una relación de *jerarquía formal* o *estructural*, acorde a la cual las leyes de reforma constitucional están subordinadas a las normas constitucionales sobre la producción jurídica en sentido estricto; dicho a la inversa, estas normas constitucionales son estructuralmente superiores a las leyes de reforma constitucional[52]. De la existencia de esta relación jerárquica se sigue que la observancia de las normas que establecen límites formales para la producción de los actos normativos modificatorios de la constitución determina la validez *formal* de tales actos y, en consecuencia, la validez de sus disposiciones[53]. La inobservancia o la violación de estas normas, por ende, genera *errores formales*: errores de competencia (por la intervención de una autoridad incompetente) o errores procedimentales (por el seguimiento irregular del procedimiento establecido).

En cualquier caso, los errores formales de producción constitucional producen la invalidez «originaria» del acto normativo de reforma, pues, teniendo relación con la formación misma del acto, este se considera «viciado» e «inválido desde el inicio»; por ello mismo, «una declaración de invalidez formal afecta a la totalidad del acto normativo viciado», independientemente de cuál sea su contenido[54]. Además, la existencia de errores formales de producción constitucional puede generar efectos que se despliegan a todo el orden jurídico[55].

Sin embargo, si bien los errores formales pueden considerarse los *más* burdos y evidentes en una modificación constitucional, por lo mismo también

---

[50] Guastini, 2017a: 52-53 (en relación con la «reserva de ley»; el mismo análisis se aplica, *mutatis mutandis*, para la «reserva» constitucional aquí analizada).

[51] «[L]as disposiciones del tipo «La competencia C se ejercerá según el procedimiento P» comúnmente se entienden en el sentido de que la competencia en cuestión puede ser ejercida *solo* a través del procedimiento de que se trata» (*ibid*.: 50, cursivas en el original. Traducción propia).

[52] *Ibid*.: 125. Este tipo de relación jerárquica es aquella que se presenta «entre una norma (o conjunto de normas) N y un acto normativo AN, en base a la cual el acto AN debe ser producido según las modalidades previstas en la norma o conjunto de normas N» (Pino, 2016: 169 [8]. Traducción propia).

[53] «[P]or metonimia se puede hablar también de disposiciones formalmente válidas o inválidas, es decir, de disposiciones contenidas en un acto normativo válido desde el punto de vista formal» (*ibid.*: 27 . Traducción propia). Sobre la validez formal de los actos normativos, véase *ibid.*: 26-27, 169 [8].

[54] *Ibid.*: 27 (traducción propia).

[55] En efecto, uno de los criterios para considerar que un orden jurídico mantiene la misma identidad a pesar de los cambios es la forma de producción de los cambios constitucionales: «la identidad del orden jurídico se mantiene cuando se respeta el procedimiento de generación constitucional» (Caracciolo, 1988 : 71).

puede decirse que son los errores que *menos* se presentan en la práctica: los casos de intervención de una autoridad incompetente o de violación del procedimiento de reforma (al menos tal como se entienden los procedimientos de reforma según una interpretación literal del respectivo texto constitucional) son casos bastante marginales.

Menos raro, en cambio, es observar casos problemáticos que, en relación con los límites formales, surgen dentro de un contexto interpretativo y aplicativo donde se entrelazan cuestiones de forma y de contenido y donde, además, se evidencia la relevancia que adquieren los conceptos constitucionales asumidos por los intérpretes. El caso más visible de este tipo es el que se observa en ciertas constituciones que establecen un procedimiento de reforma constitucional delimitado dentro de ciertos supuestos materiales, lo que exige examinar el contenido de la propuesta modificatoria para verificar si esta se enmarca (o no) dentro del ámbito material normativamente circunscrito[56]. En el contexto de aplicación de las normas de este tipo, la distinción entre *forma* y *sustancia* es impracticable: la forma está condicionada por la sustancia y la sustancia solo tiene sentido si se canaliza a través de una cierta forma. Y, por supuesto, la determinación de un error de producción constitucional dentro de este contexto normativo no puede sino presuponer una visión integral de los aspectos formales y materiales que resulten relevantes.

3.2. Errores materiales en el contenido de la reforma constitucional

Los errores materiales en la producción de una reforma constitucional son aquellos que se originan por la violación de un específico tipo de normas sobre la producción jurídica *en sentido lato*[57]: por la violación de las normas constitucionales que *prohíben* reformar ciertas partes de la constitución[58]. Estos

---

[56] Por ejemplo, en el art. 168, numeral 1, de la constitución española, se establece que determinadas secciones del texto constitucional solo pueden ser reformadas mediante el mismo procedimiento previsto para la «revisión total». Las referidas secciones son: el Título Preliminar (arts. 1 a 9); el Título I, Capítulo Segundo, Sección Primera («De los derechos fundamentales y de las libertades públicas», artículos 15 a 29); y el Título II («De la Corona», arts. 56 a 65) de la constitución española.

[57] Sobre las normas de producción jurídica en sentido lato, véase Guastini, 2017a: 51-55. Este tipo de normas, según el autor citado, «tienen un carácter "material" o "sustancial", ya que atañen precisamente al contenido de la normación futura» (*ibid.*: 48. Traducción propia).

[58] Debe tenerse en cuenta que la existencia de estas normas dentro de un sistema constitucional rígido no es necesaria sino *contingente*. A diferencia de las normas que establecen límites formales, las normas aquí analizadas no determinan la existencia misma del poder de reforma; lo que determinan, por así decirlo, es su «radio de acción» (lo que dependerá del diseño constitucional en cada Estado). Por ello mismo, no solo es posible concebir sino que *de hecho* es posible observar que algunas constituciones (por ejemplo, la constitución española o la austríaca) no contienen ninguna disposición que prohíba la reforma de ciertas materias. Asimismo, es posible observar que algunas jurisdicciones constitucionales no solo *no* identifican sino que expresamente niegan la existencia de normas constitucionales explícitas o implícitas que limiten materialmente la reforma; por ejemplo, el Tribunal Constitucional de España ha expresado en varias sentencias que la constitución española carece de «un núcleo normativo inaccesible

errores tienen un «carácter» *material* o *sustantivo*, en el sentido de que se refieren al contenido de la producción normativa; se producen precisamente porque alteran aquello que *no se puede cambiar* dentro de una constitución.

En este sentido, cuando la constitución prohíbe modificar ciertas materias que forman parte de su contenido, al mismo tiempo limita el ámbito material permitido para el ejercicio del poder de reforma; de modo que, si el poder de reforma no es ejercido dentro de ese ámbito material, entonces se producirá una reforma constitucional inválida[59].

La existencia de errores materiales de producción constitucional se fundamenta en una relación de *jerarquía material* acorde a la cual ciertas normas constitucionales «protegen» a otras normas de la constitución, instituyendo a favor de estas una superioridad jerárquica frente a las normas que se extraen interpretativamente de las leyes de reforma[60]. De esto se sigue que la observancia de las normas constitucionales que establecen prohibiciones de reforma es una condición para la validez *material* de las normas que se extraen de tales leyes reformatorias; en otras palabras, el contenido normativo de una ley de reforma será válido en la medida en que respete las normas que prohíben reformar ciertos contenidos constitucionales, lo que a su vez dependerá de que ese contenido sea compatible con las normas constitucionales «protegidas»[61].

Si esto último no se verifica —en sede interpretativa, naturalmente, pues el contraste se realiza entre normas, no entre disposiciones—, entonces puede decirse que el contenido normativo del acto reformatorio (o una parte de ese contenido) es materialmente *inválido*; como consecuencia de ese *error material*, un control judicial de constitucionalidad de las reformas podría declarar la anulación —no necesariamente de todo el acto normativo de reforma, sino— de las específicas disposiciones o fragmentos de disposiciones de las que se extraen interpretativamente las normas «viciadas» [62].

---

a los procedimientos de reforma constitucional» (véase, por ejemplo, la Sentencia 48/2003, Fundamento Jurídico 7 y la Sentencia 31/2009, Fundamento Jurídico 13).

[59] Guastini observa este doble aspecto de las normas que establecen límites materiales a la reforma constitucional, al expresar que estas pueden ser reconstruidas indiferentemente como normas de prohibición (modalidad deóntica) o como normas que establecen una incompetencia (modalidad hohfeldiana) (Guastini, 2017b: 378 [23]).

[60] Guastini, 2017a: 125. Este tipo de relación jerárquica, según Guastini, es atinente «al contenido de las normas: […] dos normas, N1 y N2, mantienen entre sí una relación jerárquica material toda vez que una tercera norma positiva, N3, establezca que N2 es inválida si entra en conflicto con N1. En estos casos, se puede decir que N1 es materialmente superior a N2» (*ibid.*: 115. Traducción propia).

[61] «[L]a validez material depende de la compatibilidad entre el contenido de la norma cuya validez se discute y una norma "superior" que funciona como parámetro de validez de la primera» (Pino, 2016: 27. Traducción propia).

[62] Ello bajo el entendido de que el control de constitucionalidad «juzga sobre normas, pero se pronuncia sobre disposiciones» (sobre esta dinámica del razonamiento jurídico en los procesos constitucionales véase, al respecto, la Sentencia n. 84/1996 de la Corte Constitucional italiana). Como señala Pino, «una declaración de invalidez material afecta, usualmente, solo aquellas partes del acto normativo de las que se extrae la norma inválida en sentido material» (Pino, 2016: 27. Traducción propia).

Un interesante aspecto identificable en los ordenamientos donde existen límites materiales a la reforma constitucional es que los errores de competencia que afectan a una modificación de la constitución pueden ser comprendidos también bajo una dimensión *sustantiva*: será incompetente no solo el sujeto que no esté autorizado por la constitución para ejercer la competencia de reforma, sino *también* el órgano que, estando autorizado para ello, ejerza tal competencia invadiendo el ámbito material vetado a la reforma[63]. Bajo esta comprensión, se presupone una noción de «competencia» no solo en sentido formal (la autorización para producir un cierto tipo de actos) sino también en sentido material (la autorización para producir actos con un *cierto contenido*)[64]; por tanto, para decidir si la autoridad normativa es (o no) competente en este sentido «integral», será necesario tener en cuenta «el objeto de la regulación y, por tanto, en *este* sentido, el "contenido" del acto»[65].

Ahora bien, los errores materiales de producción constitucional pueden generarse por la violación de normas constitucionales que establecen prohibiciones de reforma tanto en sentido explícito como implícito[66]; es decir, pueden generarse por la violación de límites materiales *explícitos*, que son el resultado de la interpretación de determinadas disposiciones del texto constitucional (ya sea que se utilice un argumento literal-declarativo u otro tipo de argumentos interpretativos en sede de interpretación *textual*), así como por la violación de límites materiales *implícitos*, que son el resultado de operaciones de integración o construcción jurídica que van más allá de la atribución de significado al texto constitucional (es decir, que son el fruto de la denominada interpretación *metatextual*)[67]. Veamos[68].

---

[63] Tiene aquí relevancia la segunda forma de reconstruir las normas que establecen límites materiales a la reforma (véase *supra*, n. 59).

[64] Sobre estos dos sentidos de «competencia», véase Guastini, 2017b: 378. Ese *cierto contenido*, por supuesto, equivale a todo aquello que no invada el ámbito material prohibido a la reforma.

[65] *Ibid.*: 378 [23] (cursivas en el original; traducción propia).

[66] Presupongo aquí una distinción entre *normas explícitas* y *normas implícitas* (o inexpresas), según la cual «las normas explícitas son normas obtenidas a partir de la interpretación de disposiciones contenidas en las fuentes del derecho; las normas inexpresas son normas elaboradas por los intérpretes a partir de otras normas, con operaciones de varios tipos» (Pino, 2016: 69. Traducción propia).

[67] Véase *supra*, n. 28. Con todo, debe advertirse que los confines entre «interpretación» y «construcción» jurídica son bastante frágiles (véase Guastini, 2011b: 162-163) y que su separación en este trabajo tiene fines meramente didácticos. Como señala Pino, «la interpretación textual y la interpretación metatextual, por un lado, están estrechamente entrelazadas y, por otro lado, no son fenómenos del todo heterogéneos» (Pino, 2021a: 263. Traducción propia). Sobre estas conexiones e interacciones, véase *ibid.*: 263-269.

[68] A pesar del parecido terminológico, esta subdivisión no es coincidente con la tipología de límites a la reforma constitucional propuesta por Riccardo Guastini; según este autor, los límites *expresos* (o textuales) son aquellos «expresamente establecidos por el propio documento constitucional interpretado a la letra», mientras que los límites *inexpresos* son «todos los demás», es decir, tanto los límites *implícitos* «que se extraen del texto constitucional mediante otras —más controvertibles— técnicas interpretativas», como los límites *lógicos* que «derivan del concepto mismo di constitución y/o de reforma constitucional» (Guastini, 1998: 371. Traducción propia).

3.2.1. Errores materiales por violación de límites materiales explícitos

Los límites materiales *explícitos* de la reforma son establecidos por normas constitucionales asimismo *explícitas*, vale decir, son el producto de la interpretación de determinadas disposiciones existentes en un texto constitucional. Esta actividad interpretativa puede efectuarse de varias y diversas maneras; de modo esquemático, puede decirse que existen tres posibilidades básicas mediante las cuales se identifican normas constitucionales explícitas que establecen límites materiales a la reforma:

i) Mediante la interpretación literal de una disposición constitucional que expresamente prohíbe la reforma de ciertas materias;

ii) Mediante la interpretación no-literal (extensiva, si se quiere) de una disposición del tipo antes indicado; y

iii) Mediante la interpretación de otras disposiciones constitucionales a las que se atribuye la misma función de prohibir la reforma de ciertas materias dentro de la constitución.

Pues bien, los errores materiales por violación de límites materiales explícitos a la reforma constitucional se pueden presentar en cada una de estas posibilidades. Sin embargo, determinar que una específica reforma constitucional resulta «errada» desde un punto de vista material es una actividad frecuentemente controvertida: por un lado, debido a que las disposiciones constitucionales que establecen límites de contenido a la reforma usualmente contienen términos ambiguos, establecen supuestos genéricos, se refieren a conceptos vagos o a conceptos valorativos (o incluso a conceptos «esencialmente controvertidos»), etcétera, todo lo cual dificulta en gran medida la atribución pacífica de significado a los respectivos enunciados de la constitución[69]; y, por otro lado, debido a las dificultades de orden *conceptual* que están involucradas en la identificación de los límites a la reforma constitucional, dado que el «andamiaje» conceptual (muchas veces implícito) con el que operan los juristas no es en lo absoluto homogéneo, en el sentido de que, respecto a las propiedades definitorias que componen los conceptos constitucionales relevantes, suelen existir divergencias incluso dentro de una misma cultura jurídica.

Hecha esta aclaración, en lo que sigue realizaré una breve exposición de cada una de las tres posibilidades de error en relación con los límites materiales explícitos de la reforma, indicando ante todo cómo se obtiene el respectivo

---

[69] Sobre los términos dotados de un significado valorativo y sobre los problemas relacionados con su interpretación y aplicación en el derecho, véase Pino, 2021a: 140-151; más específicamente, sobre la interpretación de conceptos valorativos formulados en las disposiciones constitucionales y sobre las diversas «estrategias» que se podrían adoptar para llevar a cabo una interpretación dentro de este contexto normativo, véase Pino, 2010: 130-142.

parámetro y, posteriormente, cuáles son las respectivas dificultades para determinar la existencia de un error material.

Sobre los límites materiales derivados de la interpretación literal de una cláusula de intangibilidad. Muchos textos constitucionales alrededor del mundo contienen disposiciones expresamente dirigidas a establecer aquello que *no* se puede reformar dentro de una constitución[70]; estas disposiciones, que la doctrina constitucional suele denominar «cláusulas de intangibilidad», «cláusulas de eternidad» o «cláusulas pétreas», constituyen el recurso más directo para evaluar la legitimidad de los cambios constitucionales: basta efectuar una interpretación literal (en sentido declarativo, iterativo) para identificar la respectiva norma que prohíbe determinadas modificaciones a ciertos contenidos de la constitución. En este contexto, la norma explícita que se produce a partir de este tipo de interpretación posee inequívocamente un respaldo textual: el límite material de la reforma existe porque así lo «dice» la constitución.

Sin embargo, no todas las constituciones contienen «cláusulas de intangibilidad». E incluso si existen, el hecho de que tales cláusulas admitan una simple interpretación literal no necesariamente significa que la norma explícita resultante sea suficiente para su aplicación en abstracto o en concreto; de hecho, como ya se advirtió de manera general al inicio del epígrafe 2.2, lo anterior puede resultar claramente insuficiente. Por ejemplo, la constitución de Portugal establece que las leyes de reforma constitucional «tendrán que respetar [...] los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos» (art. 288, lit. *d*); pero, como parece obvio, una interpretación al pie de la letra de esa disposición no dice nada específico para poder evaluar si una específica reforma constitucional incurre en un «error» dentro de ese contexto normativo.

Siguiendo este ejemplo, se podría preguntar si esa disposición de la constitución portuguesa se limita a prohibir la reforma de las específicas disposiciones constitucionales que expresan derechos, libertades y garantías; o si contiene, en cambio, una prohibición de efectuar cualquier tipo de reforma (sobre cualquier tipo de disposición) que directa o indirectamente «irrespete» el *contenido* de esos derechos, libertades y garantías. Si se elige esta última opción, se podría preguntar, a su vez, si la prohibición afecta a cualquier contenido posible de los derechos, libertades y garantías o si, en cambio, afec-

---

[70] Existen aproximadamente 75 constituciones en el mundo que contienen este tipo de disposiciones (según información disponible en la base de datos *Constitute Project*: *www.constituteproject.org*). Por ejemplo, en el art. 139 de la constitución italiana y en el art. 89 *in fine* de la constitución francesa, se prohíbe expresamente la revisión de la «forma republicana»; en el art. 79.3 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania se prohíbe expresamente toda modificación que afecte, entre otras cosas, los principios enunciados en el art. 1 (relativos a la dignidad humana, al reconocimiento de los derechos humanos y a la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales) y en el art. 20 (relativos a los fundamentos del orden estatal y al derecho de resistencia); y en el art. 288 de la constitución de Portugal se establece que las leyes de reforma constitucional «tendrán que respetar» una serie de principios y derechos expresados a lo largo de 14 literales.

ta únicamente al denominado «contenido esencial»; y si se elige la primera opción, asimismo, se podría preguntar si la prohibición se extiende (o no) a la introducción de nuevos derechos o a la ampliación de las garantías ya existentes[71]. Ninguna de estas preguntas puede responderse con una interpretación literal; cualquier intento de respuesta exige atribuir un significado más específico a aquella disposición.

Pongamos otro ejemplo. En aproximadamente un centenar de ordenamientos constitucionales (incluyendo los ordenamientos francés e italiano) se prohíbe reformar la «forma republicana»[72]. Respecto a esta prohibición pueden presentarse *casos claros* de modificaciones constitucionales que mantienen intacta la forma republicana (por ejemplo, limitar la facultad del Presidente de la República para disolver una o ambas cámaras del Parlamento fue considerada en Italia una reforma constitucional compatible con dicha forma de gobierno)[73]; también pueden presentarse *casos claros* de modificaciones que alteran la forma republicana (lo que sucedería, por ejemplo, si se introduce el mandato vitalicio del Presidente, o una sucesión hereditaria de dicho cargo, o un sistema de monarquía constitucional); y también, a la par de esos casos claros, pueden presentarse *casos dudosos* en los que no se pueda concluir fácilmente si una modificación constitucional mantiene o altera la forma republicana: por ejemplo, reforzar la estabilidad del gobierno mediante una reforma constitucional que garantice una mayoría parlamentaria al partido político vinculado con el Presidente, ¿altera o no la forma republicana y, por tanto, la identidad material de la constitución?[74].

---

[71] En este sentido, por ejemplo, Ferrajoli ha argumentado que los derechos fundamentales deben estar marginados de la reforma constitucional, *salvo* que sea para su ampliación: «una vez que se encuentran estipulados constitucionalmente, los derechos fundamentales no están a disponibilidad de las mayorías y deberían estar sustraídos también al poder de reforma: o, mejor dicho, debería ser admitida solo su ampliación y nunca su restricción ni mucho menos su eliminación» (Ferrajoli, 2007a: 928. Traducción propia).

[72] Véase Roznai, 2017: 23.

[73] Me refiero a la reforma producida por la ley constitucional n. 1 del 4 de noviembre de 1991, que sustituyó el segundo inciso del art. 88 de la constitución italiana.

[74] El ejemplo es extraído de una reciente propuesta de reforma constitucional presentada en Italia por la Presidente del Consejo de Ministros (Giorgia Meloni) y aprobada por el Senado (en primer debate) el 18 de junio de 2024; entre otras cosas, la propuesta pretende sustituir el art. 92 de la constitución italiana para que el jefe de gobierno sea elegido por sufragio universal y directo y para asignar «un premio de base nacional que garantice la mayoría de los escaños en cada una de las Cámaras legislativas a las listas y a los candidatos vinculados al Presidente del Consejo». Esta modificación podría constituir un *caso dudoso* de alteración de la identidad material de la constitución porque, por un lado, la estabilidad del gobierno (la llamada «gobernabilidad») según la Corte Constitucional italiana «constituye sin duda un objetivo constitucionalmente legítimo» (Sentencia n. 1/2014); pero, por otro lado, en la misma sentencia mencionada, la Corte sostiene que perseguir de manera desproporcionada el objetivo de la gobernabilidad determinaría «una comprensión excesiva de la función representativa de la Asamblea así como de la igualdad del derecho de voto, capaz de producir una alteración profunda de la composición de la representación democrática sobre la cual se fundamenta toda la arquitectura del ordenamiento constitucional vigente» (traducción propia). Para un análisis profundo de esta cuestión, véase Marcenò, 2024.

Así, pues, en el ámbito de los ordenamientos constitucionales donde existen «cláusulas de intangibilidad» formuladas de manera genérica, indeterminada, o mediante el recurso a conceptos valorativos, etcétera, se presenta la necesidad de *concretizar* las normas constitucionales relevantes, esto es, la necesidad de transformarlas en normas lo suficientemente precisas para ser empleadas en la premisa mayor de un razonamiento con el que se decida si una específica reforma resulta adecuada o, por el contrario, «errada» desde un punto de vista material[75]. La concretización de las normas explícitas derivadas de las cláusulas de intangibilidad probablemente requerirá la ponderación con otros principios y consideraciones concurrentes, según las específicas circunstancias del caso de que se trate; y el resultado de esa concretización dependerá en gran medida de un razonamiento de tipo valorativo donde tiene toda relevancia el modo de comprensión de los conceptos referidos en aquellas normas constitucionales[76]. Retomando el anterior ejemplo extraído de la constitución portuguesa, las anteriores operaciones requerirán adoptar o presuponer una determinada concepción acerca de los derechos constitucionales, de su configuración estructural en su dimensión de normas jurídicas, del tipo de razonamiento adecuado para su interpretación y aplicación, de la compatibilidad o conflictividad entre derechos, etcétera, lo que evidentemente puede suscitar controversias entre los juristas (con la consecuente bifurcación de criterios respecto a si una específica reforma constitucional resulta —o no— «errada»).

Sobre los límites materiales derivados de la interpretación no-literal de una cláusula de intangibilidad. Comienzo con un ejemplo: el ya antes mencionado art. 139 de la constitución italiana es un ejemplo de una «cláusula de intangibilidad», cuya interpretación literal permite identificar una norma

---

[75] Podría decirse que esto no es más que la aplicación, al ámbito constitucional, de la famosa máxima de Oliver Wendell Holmes: *General propositions do not decide concrete cases*. Y es que los principios constitucionales, como señala Guastini, «a causa de su peculiar forma de indeterminación – no son idóneos para funcionar como premisa normativa en la motivación de una decisión jurisdiccional [...]. Para que un principio pueda ser utilizado en la motivación de una decisión jurisdiccional [...], es necesario extraer del mismo una regla (inexpresa), dotada de un antecedente (relativamente) determinado, o sea, con un supuesto de hecho "cerrado", no derrotable y no genérico» (Guastini, 2011b: 203. Traducción propia). Sobre la concretización de principios constitucionales, véase *ibid.*: 201-203; en general, sobre la concretización de normas afectadas por la genericidad y la vaguedad, véase Pino, 2021a: 208-211.

[76] Podría pensarse que lo anterior no es necesario en aquellos ordenamientos constitucionales donde las cláusulas de intangibilidad, a primera vista, se expresan de manera precisa y taxativa; por ejemplo, el art. 281 de la constitución de Guatemala expresa (entre otras cosas) que «En ningún caso podrán reformarse los artículos 140, 141, 165 inciso *g*), 186 y 187 [...]». Dentro de este contexto normativo, para poder aplicar la norma constitucional explícita que establece el límite material, aparentemente bastaría con verificar si una propuesta de modificación a la constitución *se refiere* a alguno de esos artículos (y ello sin necesidad de entrar en un análisis sobre el contenido de la propuesta). Sin embargo, siguiendo el ejemplo, ocurre que el art. 140 de la misma constitución de Guatemala establece los principios de soberanía, garantía de los derechos y libertades, forma de gobierno republicana, etc.; con lo cual podría decirse que, incluso si no se deroga o sustituye explícitamente ese artículo (o una parte de este), queda aún la posibilidad de introducir *nuevas* disposiciones cuyo significado se considere incompatible con alguno de aquellos principios. Pero para poder verificar esto último, evidentemente, se requerirá concretizar tales normas de principio.

explícita que prohíbe reformar la «forma republicana». Sin embargo, la misma disposición constitucional puede ser —y de hecho es— interpretada también de manera no-literal. Así, mediante una interpretación sistemática (más concretamente, mediante el uso del argumento del *combinato disposto*)[77], se puede aducir que la expresión «forma republicana» debe entenderse de manera inescindible con lo que dispone el art. 1 de la misma constitución («Italia es una República democrática [...]»); de esa conjunción se deriva, pues, una norma que prohíbe reformar no solo la forma republicana sino, además, el carácter democrático del Estado[78].

Pues bien, más allá de las críticas que pueda generar este tipo de interpretación[79], esta norma resultante también requerirá, a efectos de su aplicación a casos genéricos o individuales, un proceso de concretización en el que se tengan como referencia las características de cada caso (y donde, nuevamente, será inevitable adoptar o presuponer alguna concepción acerca de la democracia, del sistema republicano, etcétera). Como se puede intuir, lo anterior también puede constituir una fuente de desacuerdos entre los juristas de cara a determinar la existencia de un error material que afecte a una específica reforma de la constitución.

Sobre los límites materiales derivados de la interpretación de otras disposiciones constitucionales. Parto nuevamente con un ejemplo: el art. 2 de la constitución italiana no se refiere, en ninguna parte de su formulación, a la reforma constitucional; no obstante, el mismo artículo expresa que «La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre […]». Esto ha llevado a algunos autores a afirmar que, en relación con los límites del poder de reforma, «[s]on explícitos y absolutos los límites representados

---

[77] Sobre este argumento interpretativo, véase Pino, 2021a: 292.

[78] Se debe mencionar que la Corte Constitucional italiana ha declarado —aunque sin utilizar esta argumentación— que «el carácter democrático del Estado y el respeto de los principios del Estado de derecho» es una de las «exigencias fundamentales, correspondientes a los principios supremos del ordenamiento constitucional italiano» (Sentencia n. 183/1973. Traducción propia). Por lo demás, el mismo argumento se puede utilizar, por ejemplo, dentro del contexto del ordenamiento constitucional francés, dado que su constitución establece, por una parte, que la forma republicana de gobierno no puede ser objeto de revisión (art. 89 *in fine*) y, por otra parte, que Francia es una «República indivisible, laica, democrática y social» (art. 1).

[79] Lucio Pegoraro, por ejemplo, señala que interpretar de manera no-literal una cláusula de intangibilidad «se presta a toda acrobacia interpretativa y, al privilegiar la interpretación sistemática, también se presta a arriesgadas incursiones en el campo de la política: de hecho, alejándose del dato textual, las palabras vagas o imprecisas de las Constituciones pueden ser completadas por los intérpretes de acuerdo con el significado que ellos consideren correcto, sobre todo si tales palabras, mediante las cuales los textos sustraen a la revisión cierto aspecto de la Constitución, son la "democracia" o peor aún, el "espíritu"» (Pegoraro, 2008: 912). Esta crítica parece presuponer una ideología «literalista», según la cual las constituciones son actos de una autoridad normativa que admiten exclusivamente una interpretación lo más apegada a las reglas sintácticas y semánticas de la lengua con la que se formulan (sobre esta ideología interpretativa, véase Guastini, 2011b: 433-435); la crítica de Pegoraro también parece presuponer que el lenguaje de la constitución es estático (algo que viene «dado»), excluyendo la posibilidad de que sea moldeado o «administrado» en los contextos de interpretación y aplicación jurídica (sobre la noción de «lenguaje administrado» véase Pino, 2021a: 104-106).

por los derechos fundamentales, que el art. 2 de la constitución denomina "inviolables"»[80]. Parece claro, pues, que el argumento interpretativo se concentra en el término «inviolables», al que se atribuye un significado jurídico que se extiende hasta las posibles «violaciones» de los derechos en sede de la reforma constitucional, es decir, mediante la supresión o modificación en sentido regresivo de las disposiciones que los expresan[81].

Siguiendo este argumento, las disposiciones que expresan «derechos inviolables» en la constitución italiana estarían protegidas frente a la reforma en virtud del art. 2 de la misma constitución que, por su parte, sería interpretado *como si fuera* también una cláusula de intangibilidad (al modo de: «Los derechos humanos, que la República reconoce y garantiza, son inviolables frente a las leyes de reforma constitucional»)[82]. Se produce de este modo una norma que, asimismo, exige ser concretizada a la luz de las características de los casos genéricos o individuales a los que se pretenda aplicar; y en esa labor de concretización, nuevamente, será imprescindible asumir alguna concepción acerca de los derechos y de la extensión de la «inviolabilidad» según cada específico derecho (entre otras cosas)[83]. Por tanto, la determinación de un posible error material dentro de una específica reforma constitucional, en este caso, dependerá de cuál sea el resultado de tal operación de concretización; resultado que, evidentemente, puede ser bastante diverso dependiendo de las interpretaciones, valoraciones y, en último término, concepciones constitucionales asumidas o presupuestas por los juristas.

3.2.2. Errores materiales por violación de límites materiales implícitos

Las normas que establecen límites materiales de la reforma —y que funcionan como parámetros para la determinación de errores de producción constitucional— también pueden ser *implícitas*. Esto significa que dichas normas

---

[80] Ferrajoli, 1994: 237 (traducción propia). Véase también Ferrajoli, 2007b: 90, donde se afirma que la constitución italiana «además de la prohibición taxativa de reformar la forma republicana, establecida por el art. 139, contiene, en el art. 2, el límite expreso de la calificación como «inviolables» de los de los «derechos del hombre, ya sea como individuo o como parte de las formaciones sociales donde desarrolla su personalidad» (traducción propia). Cabe aclarar que Ferrajoli utiliza una distinción entre límites «absolutos» (aquellos que prohíben la reforma) y límites «relativos» (aquellos que dificultan la reforma mediante procedimientos legislativos más agravados); véase, al respecto, *ibid*.: 90-91.

[81] Una crítica de este argumento puede verse en Guastini, 1994: 252.

[82] Si esta reconstrucción del argumento es adecuada, su conclusión consistiría en un subtipo de interpretación «manipulativa»: una interpretación *aditiva* (véase, al respecto, Pino, 2021a: 194-195).

[83] Una de las críticas de Guastini en relación con este argumento consiste en señalar que la constitución italiana solo califica como «inviolables» a algunos derechos (no a todos), siendo que algunos de los derechos que no reciben esa calificación «son percibidos por todos como irrenunciables» (Guastini, 1994: 252. Traducción propia). Este sería, precisamente, uno de los resquicios donde la argumentación respectiva puede evidenciar una toma de posición a nivel conceptual respecto de los derechos.

limitadoras no solo se identifican como resultado de atribuir un significado a específicas disposiciones de la constitución sino, además, como resultado de diversas labores de integración o construcción jurídica *a partir de* otras normas constitucionales (que son, a su vez, el producto directo o indirecto de la interpretación del texto constitucional)[84].

Por ejemplo, la Corte Constitucional italiana, a lo largo de los años y a través de diversas sentencias, ha determinado que el principio democrático, el principio de laicidad del Estado, el principio de unidad jurisdiccional, el principio de solidaridad, el derecho a la tutela judicial, la libertad de conciencia, el orden público, la seguridad del Estado, entre otros[85], constituyen «principios supremos», es decir, principios «que no pueden ser alterados o modificados en su contenido esencial ni siquiera por leyes de reforma constitucional»[86]. Todos estos principios, derechos, libertades, etcétera, evidentemente, tienen algún tipo de reconocimiento más o menos directo en la constitución italiana, pero en ninguna parte de ese texto constitucional se establece expresamente que no puedan ser objeto de reforma; resultan, pues, *implícitamente* protegidos frente a la reforma constitucional.

La protección implícita de todas estas normas constitucionales (y de otras más), creada en sede de la jurisdicción constitucional, implica dos cosas: por una parte, que las disposiciones constitucionales a las que se reconducen interpretativamente aquellas normas protegidas *no* pueden ser objeto de reforma[87]; y, por otra parte, que esas normas constitucionales implícitamente protegidas funcionarán como parámetro ya sea para la realización de una reforma como para la evaluación de una modificación al texto constitucional (con la posibilidad de detectar un error material de producción constitucional)[88]. Estas dos consecuencias, por supuesto, se generan debido a una labor de construcción de normas implícitas que establecen la prohibición de reformar esos contenidos constitucionales.

Ahora bien, a pesar de que las normas implícitas, en general —y más aún en el ámbito constitucional—, pueden ser construidas de muy diversas maneras[89], dentro del contexto de la reforma constitucional las cosas están algo más definidas. Esto tiene que ver, sobre todo, con la necesidad de que las

---

[84] Las normas implícitas, en general, «no son obtenidas mediante la interpretación textual de específicas disposiciones o, en todo caso, su identificación no parece ser el resultado de un proceso de atribución de significado a un texto [...]. Las normas implícitas se identifican a través de una pluralidad de procedimientos intelectuales (a veces agrupados bajo las etiquetas de "integración" o "construcción jurídica"), a partir de *otras normas*» (Pino, 2021a: 33-34, cursivas en el original. Traducción propia).

[85] Estos ejemplos han sido tomados de Pino, 2008: 153-154; y Guastini, 2011b: 183 [21]."

[86] Véase la Sentencia n. 1146/1988 de la Corte Constitucional italiana (traducción propia).

[87] Ferrajoli matizaría esta aseveración señalando que la prohibición tiene como objeto las reformas en sentido regresivo, no las reformas en sentido progresivo (véase *supra*, n. 71).

[88] Véase Pino, 2008: 154.

[89] Véase Guastini, 2011b: 156-158, 186-190.

normas implícitas que establecen límites materiales a la reforma se refieran a estándares normativos reconducibles al *texto* constitucional; dado que las reformas constitucionales recaen exclusivamente sobre disposiciones[90], una norma implícita que se refiera a un principio o valor totalmente inexpreso, del que no se pueda encontrar ni siquiera indirectamente ninguna conexión con el documento constitucional, no podría funcionar como norma limitadora de la reforma: al no haber nada que reformar, no habría nada que limitar[91]. Se sigue de esto que las normas implícitas que aquí se analizan no son totalmente una «invención» de la jurisprudencia; tales normas, al menos en parte, están necesariamente compuestas por un elemento vinculado (de forma directa o indirecta) con el texto constitucional.

Sobre la base de lo anterior, estas normas implícitas que establecen límites materiales de la reforma pueden ser caracterizadas de la siguiente manera:

a. Pueden ser reconstruidas mediante una estructura lógica «clásica», compuesta por un antecedente y un consecuente;

b. En el antecedente de la norma se menciona una norma constitucional explícita o implícita (esto es, derivada directa o indirectamente de la interpretación del texto constitucional)[92], como referencia de la condición de aplicación; y,

c. En el consecuente de la norma figura la prohibición de reformar las disposiciones constitucionales a las que se reconduzcan interpretativamente las normas protegidas (es decir, las normas constitucionales referidas en el antecedente).

Siguiendo el desarrollo de esta caracterización, el antecedente de una norma implícita que limita materialmente la reforma estará compuesto por una condición de aplicación que menciona o se refiere a ciertas normas constitucionales explícitas o implícitas, al modo de una hipótesis o caso genérico sobre la posibilidad de que un acto reformatorio de la constitución verse sobre las materias relacionadas con tales normas. Así, en el antecedente de este tipo de norma podrán figurar normas explícitas (como, por ejemplo, el principio de solidaridad, que se deriva de la interpretación textual del art. 2 de

---

[90] Véase *supra*, n. 22-23 y textos correspondientes.

[91] Se podría rebatir lo anterior argumentando que, en esa hipótesis, la norma implícita podría cumplir la función de prohibir la introducción de *nuevas* disposiciones en el texto constitucional, cuyo contenido se considere contradictorio con el principio o valor referido por aquella norma. Sin embargo, si la hipótesis parte de una norma que no tiene ni siquiera indirectamente ningún vínculo con el texto constitucional, entonces el juicio para establecer si existe o no una contradicción normativa tendría como parámetro una pura asunción dogmática; es lo que sucedería, por ejemplo, si dentro de un ordenamiento jurídico cuya constitución no dijese absolutamente nada sobre el derecho a la vida del no nacido (ni directa ni indirectamente), se alegase que este es un principio «inalienable» y protegido incluso frente a la reforma.

[92] Sobre la posibilidad de que las normas implícitas puedan ser elaboradas a partir de normas explícitas o, incluso, a partir de otras normas implícitas, véase Pino, 2016: 35; Pino, 2021a: 34.

la constitución italiana) pero también podrán figurar otras normas implícitas (como, por ejemplo, el principio de laicidad del Estado, que no tiene ningún respaldo literal en la constitución italiana pero que, interpretativamente, «emerge de los artículos 2, 3, 7, 8, 19 e 20 de la Constitución»)[93].

Por su lado, en el consecuente de las normas implícitas aquí analizadas se establece la prohibición de sustituir o derogar aquellas disposiciones del texto constitucional a las que puedan reconducirse, directa o indirectamente, las normas mencionadas o referidas en el supuesto de hecho; así como la prohibición de introducir nuevas disposiciones constitucionales cuyo contenido sea considerado contradictorio con tales normas protegidas. De este modo, siguiendo con los ejemplos de la constitución italiana previamente señalados, el principio constitucional de solidaridad se protegerá mediante la prohibición de reformar el art. 2 (y, eventualmente, otros artículos conexos), así como con la prohibición de introducir nuevas disposiciones cuyo significado sea incompatible con tal principio; y lo mismo ocurrirá con el principio constitucional de laicidad que, a pesar de no tener un respaldo literal en la constitución, se protegerá mediante la prohibición de reformar los artículos 2, 3, 7, 8, 19 o 20 del texto constitucional (en la parte relacionada con su contenido) y, además, mediante la prohibición de introducir cualquier nueva disposición con un contenido que le sea incongruente. Como es evidente, de todas estas prohibiciones se sigue que una reforma constitucional cuyo contenido sea contradictorio con las normas constitucionales «protegidas» incurrirá en un error material de producción constitucional.

Pues bien, reconstruidas de este modo, las normas implícitas que establecen límites materiales a la reforma constitucional poseen una parte necesariamente vinculada a las disposiciones de una constitución (el antecedente) pero, a la vez, también una parte «espuria» que carece de cualquier respaldo en el texto constitucional (el consecuente)[94]. En esto último radica la diferencia fundamental con los otros tipos de normas que establecen límites materiales a la reforma: mientras que en esos casos la prohibición de modificar ciertas materias constitucionales se deriva de una interpretación (literal o no) de una cláusula de intangibilidad, o a través de diversas técnicas con las que se interpretan otras disposiciones constitucionales (por ejemplo, interpretando «inviolable» como «irreformable»), lo que ocurre en este caso es que dicha prohibición es directamente estipulada por los intérpretes sobre la base de argumentaciones que, obviamente, van más allá de lo que «dice» la respectiva constitución[95].

---

[93] Sentencia n. 203/1989 de la Corte Constitucional de Italia (traducción propia).

[94] Si el consecuente de una norma implícita de este tipo pudiera reconducirse interpretativamente a alguna disposición constitucional, entonces ya no se hablaría de una norma propiamente «implícita» sino más bien *explícita* (pues sus dos partes encontrarían sustento en las disposiciones de una constitución).

[95] Para varias críticas sobre esta modalidad de imponer una «prohibición de reforma de la que no se encuentra ninguna señal en la constitución», véase Guastini, 1994: 251-255 (traducción propia).

En suma, si los otros tipos de normas pueden ser el resultado de una mayor o menor creatividad interpretativa en el plano *semántico*, este tipo de normas limitadoras de la reforma son el producto de una creatividad interpretativa que puede tener un gran impacto en el plano *pragmático*, esto es, en la innovación del derecho positivo[96]; siempre en la medida en que sean efectiva y establemente aplicadas por los órganos oficiales que actúan en las instancias de reforma constitucional y en el respectivo control de constitucionalidad[97].

Como se podrá intuir, esta creatividad (o «creacionismo») es precisamente el objeto de numerosas críticas sobre la altísima discrecionalidad (o la arbitrariedad, según ciertos autores) que exhiben las jurisdicciones constitucionales a la hora de conformar los elementos implícitos de la «identidad material» de la constitución. Pero, sin negar en lo absoluto esta posibilidad, también puede decirse que ese estado de cosas dependerá del grado de fortaleza o de debilidad de las argumentaciones que se elaboren al respecto. Ciertamente, es posible que un tribunal o corte constitucional elabore una norma implícita del tipo aquí analizado sin ningún esfuerzo argumentativo (por ejemplo, simplemente señalando que un cierto principio constitucional es irreformable); pero tampoco es inconcebible que las decisiones que se producen en esa sede puedan, en algunos casos, mostrar buenas razones para justificar que ciertas normas constitucionales consideradas especialmente importantes ameritan una protección frente a la reforma aunque la constitución no lo indique explícitamente.

De hecho, es usual —y cada vez más frecuente— encontrar construcciones jurisprudenciales de las que resultan normas implícitas que protegen ciertas materias constitucionales declaradas intangibles. Si de estas normas se puede predicar existencia jurídica —porque, por ejemplo, se advierte una estable y consolidada jurisprudencia constitucional al respecto— entonces tales normas pueden ser consideradas parte del derecho positivo vigente y, en tal condición, será bastante normal advertir su uso dentro de razonamientos jurídicos tanto teóricos como prácticos: funcionarán como parámetros para guiar normativamente las operaciones de reforma a la constitución y para evaluar posteriormente la posible existencia de un error material de producción constitucional.

---

[96] Sobre estas dos formas de creatividad interpretativa, véase Pino, 2021a: 340-347. Se presupone aquí una noción de «derecho positivo» como «un conjunto de actos normativos (textos producidos por el legislador) y de normas (las interpretaciones de esos textos, que a su vez pueden formularse en otros textos); al menos de normas que son utilizadas por los órganos de aplicación y que se han cristalizado en orientaciones interpretativas consolidadas» (*ibid.*: 347. Traducción propia).

[97] Como afirma Pino, «ante la presencia de interpretaciones consolidadas, de un «derecho viviente», el derecho positivo es «conformado» por lo que dicen los intérpretes: la presencia de una orientación interpretativa consolidada, seguida por los órganos de aplicación, efectivamente produce que una determinada interpretación se incorpore al derecho positivo» (*ibid.*: 346. Traducción propia). Con todo, el mismo autor citado advierte que «además de que no existe un umbral exacto a partir del cual una orientación interpretativa pueda considerarse "consolidada" o "unívoca" […], dicha situación no se traduce automáticamente en una obligación que tengan los intérpretes de alinearse a dicha interpretación» (*ibid.*: 347. Traducción propia).

4. UNA REFLEXIÓN CONCLUSIVA

A lo largo de las páginas anteriores se habrá podido notar que la determinación de errores de producción constitucional depende de algunas operaciones que se realizan *a partir* del texto de una constitución escrita y rígida pero que en ningún caso se limitan a dicha textualidad. Así, se ha visto que la existencia de tales errores depende, ante todo, de la existencia de normas explícitas o implícitas que limiten la reforma constitucional, normas que son el fruto de una serie de actividades intelectuales de atribución y de construcción de significado dentro de un espectro interpretativo bastante laxo; y también se ha visto que, frecuentemente, la aplicación en abstracto o en concreto de las normas limitadoras de la reforma constitucional exige operaciones de concretización (e incluso de ponderación) para poder articular adecuadamente el razonamiento jurídico respectivo. A ello se debe agregar que la propia determinación de un error de producción constitucional depende centralmente de valoraciones efectuadas por los intérpretes, dentro de un contexto argumentativo y decisional donde, al final del día, los contornos estrictamente jurídicos se difuminan: a las razones proporcionadas por el derecho positivo se agregan las razones conceptuales e ideológicas con las que inevitablemente operan los juristas.

Lo anterior ha sido recurrentemente criticado al señalar la excesiva discrecionalidad e inestabilidad en la determinación de la identidad de una constitución y en la concretización de los principios y/o valores «identitarios» (que, a su vez, sirven de parámetro para identificar la existencia de errores de producción constitucional). Ello se agravaría por el hecho de que aquellas interpretaciones y valoraciones detalladas previamente a menudo son realizadas en sede de la jurisdicción constitucional, es decir, son efectuadas por funcionarios judiciales que, suelen tener la última palabra a efectos de controlar la actividad del legislador democrático que ejerce el poder de reforma; lo que puede incluir (dependiendo de cada ordenamiento jurídico) la capacidad de frenar el procedimiento de reforma o incluso hasta la capacidad de anular las leyes de reforma constitucional aprobadas en sede parlamentaria[98].

Así y todo, estos inconvenientes no menores desde el punto de vista del principio democrático o desde la perspectiva de la seguridad jurídica, no son más que el reflejo de una serie de rasgos incontestables que caracterizan a los ordenamientos constitucionales contemporáneos, a saber: que, en la cultura jurídica de los estados constitucionales, la constitución generalmente no es

[98] Esta crítica, por supuesto, remite a las conocidas discusiones acerca de una de las formas en que se presenta la tensión entre el *constitucionalismo* (que atrinchera ciertas partes del programa constitucional, marginándolas de la deliberación pública para poder preservarlas) y el *principio democrático* (que rechaza las clausuras definitivas a la deliberación pública, en especial si las mayorías parlamentarias del presente consideran que una decisión política del pasado es errónea, inadecuada o insuficiente).

concebida como un conjunto normativo estrictamente delimitado[99]; que la inmensa mayoría de las constituciones actuales están pobladas por declaraciones de valores y principios; que la validez de las leyes (incluso si se trata de leyes de reforma constitucional) puede ser siempre cuestionada sobre la base de los principios de la constitución; que los juicios de validez de las leyes se basan, sobre todo, en la congruencia sustancial con los principios constitucionales relevantes; que la interpretación constitucional frecuentemente se entrelaza con operaciones de integración o construcción jurídica; que las jurisdicciones constitucionales, hoy por hoy, asumen roles cada vez más preponderantes de colegislador y de autoridad interpretativa (además del tradicional rol de «legislador negativo»); que el derecho de los Estados constitucionales es un derecho prevalentemente jurisprudencial; etcétera[100].

Esta explicación, por supuesto, no elimina en lo absoluto los problemas anteriormente indicados, pero sí que permite mostrar que estos surgen precisamente como un reflejo de la realidad de los estados constitucionales, esto es, del funcionamiento real de sus instituciones (con todas sus carencias y todos sus excesos) y de la cultura jurídica que se moldea como consecuencia de las correspondientes prácticas de creación, interpretación y aplicación del derecho, especialmente en sede de la jurisdicción constitucional[101]. Por lo demás, estos problemas podrían atenuarse en aquellos ordenamientos donde se articule un diseño de las instituciones constitucionales menos «fuerte» respecto al principio democrático[102] o donde se implementen «anticuerpos» para tratar de afianzar, en la medida de lo posible, el principio de seguridad jurídica[103] [104].

---

[99] Véase Pino, 2019: 44, donde el autor, exponiendo un modelo de constitución «por principios» —que representaría, en su opinión, «la fenomenología de las constituciones contemporáneas democráticas y plurales» (*ibid.*: 58)—, señala que las constituciones de este modelo son concebidas teniendo un ámbito normativo dinámico «que evoluciona con el tiempo y que se expande simultáneamente en una doble dirección: por fuera de los rígidos confines del texto de la propia constitución y hacia todos los sectores del ordenamiento jurídico» (traducción propia).

[100] Todos estos rasgos característicos del Estado constitucional son expuestos en Pino, 2018: 536-542.

[101] «*Understood as a description of the actual working and contents of (most) positive legal systems [...] [i]t is a matter of fact that last resort judges as well as other interpretive authorities whose decisions cannot be overruled (viz., supreme constitutional organs, as far as certain constitutional clauses are concerned) can ascribe normative texts whatever meaning they please, and it is true that law usually grants their "authentic" interpretations direct legal effects*» (Guastini, 2011a: 156). En el mismo sentido, véase Barberis, 2016: 21: «*Le grandi corti supreme, costituzionali e internazionali, infatti, si auto-attribuiscono anche il potere di scegliersi le fonti. In particolare, esse elevano al rango di fonti supreme materiali normativi prima non considerati formalmente giuridici, e ri-determinano i rapporti gerarchici fra questi e le fonti formali*».

[102] Como se ha discutido extensamente en la literatura filosófico-política, una posible solución de la tensión entre el constitucionalismo y la democracia es la coexistencia de un régimen democrático «fuerte» con un sistema de constitucionalismo «débil» (por ejemplo, a través de un mecanismo de control judicial de constitucionalidad *sin* supremacía judicial). Véase, al respecto, Martí, 2014 : 556; sobre la noción de «constitucionalismo débil», véase Bayón, 2000: 88-90; Bayón, 2004: § 5.

[103] Algunas sugerencias en este sentido pueden verse en Pino, 2018: 544.

[104] Reconocimientos. Este trabajo fue escrito durante mi estancia como Investigador post-doctoral «Margarita Salas» en el Àrea de Filosofia del Dret de la Universitat de Girona y con el finan-

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ackerman, B., 1991: *We the People*, *1: Foundations*, Cambridge (Massachusetts): Belknap Press.

Alchourrón, C.E. y Bulygin, E., 1976 : «Sobre el concepto de orden jurídico», en *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Trotta, 2021: 417-430.

Alchourrón, C.E., 1988 : «Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos», en C. E. Alchourrón. y E. Bulygin: *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Trotta, 2021: 323-333. Traducido al castellano por Bulygin, E.

Baquerizo Minuche, J., 2021: *El concepto de «poder constituyente». Un estudio de teoría analítica del derecho*, Madrid: Marcial Pons.

Barberis, M., 2016: «Para una teoría realmente realista del derecho» , *Revus - Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 29: 15-23. Traducido al castellano por Baquerizo, J.

Bayón, J. C., 2000 : «Derechos, democracia y constitución», *Discusiones*, 1 (Derechos y Justicia Constitucional): 65-94.

— 2004: «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en J. Betegón, F. Laporta, J. R. De Páramo, L. Prieto Sanchís (comps.): *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: 67-138.

Bulygin, E., 1963: «El concepto de vigencia en Alf Ross», en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Trotta, 2021: 369-382.

— 1982: «Time and Validity», en Id., *Essays in Legal Philosophy*, New York: Oxford University Press, 2015: 171-187.

Caracciolo, R.A., 1988: *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Chiassoni, P., 2007 : *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna: Il Mulino.

Ferrajoli, L., 1994 : «Democrazia e costituzione», *Ragion pratica*, 3: 227-244.

— 2007a: *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1 (*Teoria del diritto*), Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli.

— 2007b: *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 2 (*Teoria della democrazia*), Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli.

Gianformaggio, L., 1991: «Il filosofo del diritto e il diritto positivo», en E. Diciotti, V. Velluzzi (eds.) Ead., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico* (, Torino: Giappichelli, 2008: 25-40.

Guastini, R., 1994: «Revisione costituzionale: problemi di forma e di sostanza», *Ragion pratica*, 3: 245-255.

— 1998: *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano: Giuffrè.

— 1999: «La costituzione come limite alla legislazione», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino: Giappichelli: 107-114.

ciamiento del Ministerio de Universidades de España y de la Unión Europea - Next Generation EU (Ayuda REQ2021). Agradezco a cada uno de los compañeros y amigos de Girona por sus útiles críticas y comentarios.

— 2011a: «Rule-Scepticism Restated», en L. Green, B. Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1, Oxford: Oxford University Press: 138-161.
— 2011b: *Interpretare e argomentare*, Milano: Giuffrè.
— 2011c: *La sintassi del diritto*, 2ª ed., Torino: Giappichelli, 2014.
— 2013: «Il realismo giuridico ridefinito», *Revus - Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 19: 97-111.
— 2017a: *Filosofia del diritto positivo*,V. Velluzzi (ed.), Torino: Giappichelli.
— 2017b: «Identità della costituzione e limiti alla revisione costituzionale (il caso colombiano)», en Id., *Discutendo*, Madrid: Marcial Pons: 371-393.
Loewenstein, K., 1969: *Verfassungslehre*, 2ª ed., Tübingen: J.C.B. Mohr. Citado por la traducción al castellano de Gallego Anabitarte, A., *Teoría de la constitución*, 2ª ed., Barcelona: Ariel, 1976.
Luzzati, C., 2012: *Prìncipi e princìpi. La genericità nel diritto*, Torino: Giappichelli.
Marcenò, V., 2024: «Quali limiti alla normazione costituzionale? Riflessioni de iure condendo a partire dalla recente proposta di revisione costituzionale (ddl cost. AS 935)», *Costituzionalismo.it*, 2024 (1): 9-21.
Martí, J.L., 2014: «Is Constitutional Rigidity the Problem? Democratic Legitimacy and the Last Word», *Ratio Juris*, 27 (4): 550-558.
Moreso, J.J., 1991: «Disposiciones de reforma constitucional», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 10: 201-222.
— 2023: «Lekta nemo vidit unquam: Giorgio Pino sobre la interpretación en el derecho», *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2023/2: 29-40.
Pace, A., 1997: *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, 2da. ed., Padova: Cedam, 2002.
Pegoraro, L., 2008: «Revisión constitucional. El caso italiano en el contexto de la teoría general y del derecho comparado», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número conmemorativo por el sexagésimo aniversario: 895-931. Traducción al castellano por Enriquez Fuentes, G.J., y Iglesias Bárez, M.
Pino, G., 2008: *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino: Giappichelli.
— 2010: *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna: Il Mulino.
— 2016: *Teoria Analitica del Diritto I. La norma giuridica*, Pisa: ETS.
— 2018: «La certezza del diritto e lo Stato costituzionale», *Diritto Pubblico*, 2(2018): 517-544.
— 2019: *Interpretazione costituzionale e teorie della costituzione*, Modena: Mucchi.
— 2020: «Celano sul Rule of Law: il tassello mancante», en P. Luque, M. Maldonado Muñoz (eds.), *Discutendo con Bruno Celano. vol. 1: Contributi*, Madrid: Marcial Pons: 385-398.
— 2021a: *L'interpretazione nel diritto*, Torino: Giappichelli.
— 2021b: «Sources of Law», en J. Gardner, L. Green, B. Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 4, Oxford: Oxford University Press: 58-92.
Ragone, S., 2011: *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali. Profili teorici e comparativi*, Bologna: Bononia University Press.
Roznai, Y., 2017: *Unconstitutional Constitutional Amendments. The limits of Amendment Powers*, Oxford: Oxford University Press.
Schmitt, C., 1928: *Verfassungslehre*, München-Leipzig: Duncker & Humblot. Citado por la traducción al castellano de Ayala, F., 1982 : *Teoría de la Constitución*

(segunda reimpresión), Madrid: Alianza Editorial, 1996.
VON WRIGHT, G.H., 1963: *Norm and Action. A logical enquiry*, London: Routledge & Kegan Paul.