

Sobre el concepto de liquidez constitucional

On The Concept of Constitutional Liquidity

Josep M. Vilajosana

 <https://orcid.org/0000-0001-8416-2418>

Universidad Pompeu Fabra. España
Correo electrónico: josep.vilajosana@upf.edu

RECEPCIÓN: 7 de julio de 2023

ACEPTACIÓN: 22 de septiembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2024.18.18652>

RESUMEN: En este trabajo se analizan las cláusulas de liquidez constitucional (CLC), tal como han sido caracterizadas por José María Sauca. Sobre los rasgos estructurales se sostiene, primero, que es difícil reconducir los ejemplos de CLC a un sólo modelo, por cuanto, una vez introducida la distinción entre reglas prescriptivas y constitutivas, caben seis posibles reconstrucciones; segundo, que el principio de prevalencia, lejos de suponer que no hay contradicciones entre las normas que puedan emanar de las CLC y la normativa constitucional, las presuponen; tercero, que mantener que las CLC implican una transferencia de soberanía sólo puede obedecer a un uso ambiguo del término "soberanía". Por lo que hace a las funciones, y en contra de lo sostenido por Sauca, se muestra que las CLC pueden conducir a mutaciones constitucionales y es factible considerarlas mecanismos de última palabra.

Palabras clave: liquidez constitucional, reglas constitutivas, soberanía, mutación constitucional, interpretación evolutiva.

ABSTRACT: This paper analyses constitutional liquidity clauses (CLCs), as characterized by José María Sauca. On the structural features, firstly, it argues that it is difficult to reduct the examples of CLCs to a single model, hence, once the distinction between prescriptive and constitutive rules has been introduced, there are six possible reconstructions. Secondly, it states that the principle of prevalence, far from assuming that there are no contradictions between the rules that may emanate from CLCs and constitutional norms, presupposes them. Thirdly, it argues that maintaining that CLCs imply a transfer of sovereignty can only be due to an ambiguous use of the term "sovereignty". As far as functions are concerned, and contrary to Sauca's argument, it shows that CLCs can lead to constitutional mutations and can feasibly be seen as mechanisms of last resort.

Keywords: constitutional liquidity, constitutive rules, sovereignty, constitutional mutations, evolutive interpretation.

SUMARIO: I. Introducción. II. Observaciones sobre la estructura de las cláusulas de liquidez constitucional. III. Observaciones sobre las funciones de las cláusulas de liquidez constitucional. IV. Conclusiones. V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La obra de José María Sauca, “Estabilidad y cambio en la constitución: la liquidez constitucional”, supone una aportación de primer orden a la hora de abordar algunos problemas centrales que presenta la dinámica constitucional. La pregunta que late a través del texto es si el aparato conceptual del que dispone la filosofía jurídica y la teoría constitucional resulta adecuado para dar cuenta de tales problemas; o, por el contrario, si tiene sentido proponer una nueva categoría —la de *liquidez constitucional*— que sirva para resaltar ciertos mecanismos de los que se dotan las constituciones, cuya especificidad no se vería suficientemente reflejada en las clasificaciones usuales, como es la que distingue entre constituciones rígidas y flexibles.

El texto objeto del presente comentario se divide en dos partes claramente diferenciadas. En la primera, el autor afronta el concepto de estabilidad constitucional pasando revista a algunas de las distinciones que los juristas suelen emplear en su análisis; en la segunda, explora las posibilidades que ofrece el concepto de liquidez constitucional para mostrar fenómenos relevantes y que no encajarían del todo en los conceptos tradicionales.

A lo largo del estudio pueden hallarse indudables aciertos. Por lo que hace a la primera parte, resulta meritorio el intento de clarificación de las nociones que giran alrededor de la idea de estabilidad constitucional. En especial, es destacable el tratamiento que se realiza de la distinción entre constituciones flexibles y rígidas, mostrando algunas ambigüedades y paradojas que surgen precisamente por el hecho de la falta de claridad conceptual. Además, la manera de abordar esta primera parte pone de relieve la extensa cultura jurídica de la que hace gala el autor y la elegancia de su estilo. En cuanto a la segunda parte, el tratamiento de la liquidez constitucional combina una doble perspectiva, estructural y funcional. En mi opinión, esto también es un acierto, por cuanto el descuido en cualquiera de estas dos aproximaciones al estudio de un tema con tantas aristas como el de la dinámica constitucional, ocasionaría una imagen no sólo incompleta, sino distorsionada. Es a partir de esa doble perspectiva que Sauca propone tomar en consideración cuatro ejemplos extraídos

de la Constitución española (CE) de 1978 a los que califica como “cláusulas de liquidez constitucional” (CLC).

En lo que sigue, voy a concentrar mi atención en esta segunda parte. Tomaré como referencia de mi análisis esta doble perspectiva estructural-funcional. Así, en el apartado II trataré tres cuestiones que tienen que ver con los rasgos estructurales que el autor asigna a las CLC, mientras que reservaré el apartado III para discutir otros asuntos que tienen que ver con las funciones que el autor asigna a dichas cláusulas. El trabajo terminará con un apartado en el que se resumirán sus conclusiones. Debo advertir que mi aproximación será crítica, pero en mayor medida de carácter interno. Con esto quiero decir que las cuestiones que voy a plantear están destinadas prioritariamente al debate constructivo, deseando contribuir a clarificar, en la medida de lo posible, las propias tesis del autor. Sólo en pocos casos, que oportunamente destacaré, la aceptación de la crítica en cuestión podría llevar a desatender la tesis de fondo defendida por Sauca. No obstante, incluso en tales ocasiones, no voy a ofrecer una visión alternativa.

II. OBSERVACIONES SOBRE LA ESTRUCTURA DE LAS CLÁUSULAS DE LIQUIDEZ CONSTITUCIONAL

Sauca identifica en cuatro preceptos de la CE otros tantos ejemplos de CLC. Los rasgos estructurales que les acabará atribuyendo surgen de una especie de proceso de inducción a partir de tales modelos. Los preceptos son los siguientes:

a) Art. 10.2: Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

b) Art. 65.2: El Rey nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa.

c) Art. 93: Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.

d) Disposición Adicional primera: La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.

De los preceptos transcritos, Sauca extrae los cinco rasgos estructurales que caracterizarían a las CLC:

- 1) Están formuladas con carácter expreso.
- 2) Tienen estructura de regla, no de principio.
- 3) Confieren poderes normativos, mediante la atribución de normas de competencia.
- 4) Determinan una relación de primacía aplicativa en relación con la normativa constitucional: las incompatibilidades se resuelven por el principio de prevalencia.
- 5) Implican transferencia parcial de soberanía.

A continuación, organizaré mis aportaciones críticas en tres subapartados correspondientes a los rasgos 2 y 3 (el primero), 4 (el segundo) y 5 (el tercero).

1. Relevancia de las reglas constitutivas

Sauca sostiene que la forma que adopta una CLC es la de una regla, y no la de un principio (rasgo 2). Creo que esta elección es acertada, teniendo en cuenta los mencionados preceptos: todos ellos especifican condiciones de aplicación de los que carecerían si fueran principios. Ahora bien, dentro de la categoría de las reglas, estaríamos hablando de reglas que confieren poderes (rasgo 3), pero esta indicación merecería un mayor desarrollo.

El autor sostiene que las CLC son, y cito literalmente, “reglas que confieren poderes normativos [...], que habilitan un poder de creación de normas mediante la atribución de normas de competencia”. Sin embargo, esta formulación es confusa. ¿Se trata de una única regla de competencia o de una regla de competencia que habilita otra regla de competencia? ¿Esta formulación excluye la posibilidad de que la CLC consista en una obligación de seguir lo que acuerde un órgano que ha sido designado como competente?

Frente a estas dudas, tal vez resultaría útil distinguir entre dos sentidos de “regla” que pueden ser relevantes. Así, se puede hablar de “regla” como regla prescriptiva, es decir, como aquella que establece que, en explícitas circunstancias (las condiciones de aplicación que distinguirían las reglas de los principios), se asocia un determinado contenido (clase de acciones, por ejemplo) a un operador deóntico (obligatorio, prohibido o facultativo). Este uso de “regla” se suele expresar a través de la forma de un condicional en el que el antecedente está constituido por las condiciones de aplicación y el consecuente por el operador deóntico corres-

pondiente y la clase de acciones de que se trate. Otra forma de decirlo, más precisa, es que la norma expresada a través de una regla prescriptiva asocia un caso genérico (clases de acciones, estados de cosas o sujetos) con una solución normativa (formada por el operador deóntico y la acción correspondiente) (Alchourrón y Bulygin, 1971). El otro uso de “regla” es el que la trata como regla constitutiva, que obedece a la forma canónica que acuñó en su día John Searle: “X cuenta como Y en el contexto C” (Searle, 1997). Aunque haya maneras distintas de entender este uso distinto de “regla” (Ramírez y Vilajosana, 2022), para lo que ahora interesa, bastará con concebirla de este modo: una regla constitutiva carece de solución normativa y, en cambio, asocia dos casos genéricos (Moreso y Vilajosana, 2004, p. 65 y ss.).

Si introducimos la anterior distinción entre regla en sentido prescriptivo y regla en sentido constitutivo, entonces las posibilidades que se nos abren a la hora de caracterizar estructuralmente las CLC aumentan. En concreto, teniendo en cuenta que pudieran ser entendidas como la expresión de una sola norma o la combinación de dos, los casos posibles de CLC serían seis:

- a) *Una CLC expresa una sola norma que adopta la forma de regla prescriptiva.*
- b) *Una CLC expresa una sola norma que adopta la forma de regla constitutiva.*
- c) *Una CLC expresa una combinación de normas, de modo que su estructura es la de una regla que prescribe el uso de una regla constitutiva.*
- d) *Una CLC expresa una combinación de normas, de modo que su estructura es la de una regla constitutiva que se refiere a otra regla constitutiva.*
- e) *Una CLC expresa una combinación de normas, de modo que su estructura es la de una regla constitutiva que se refiere a una regla prescriptiva.*
- f) *Una CLC expresa una combinación de normas, de modo que su estructura es la de una regla que prescribe el uso de otra regla prescriptiva.*

Que todas las CLC encajen o no en el mismo caso posible es una de las cuestiones que cabría aclarar. En principio, no es descartable que cada ejemplo propuesto se ajuste mejor a un supuesto que a otro no necesariamente coincidente con el resto.

Para desbrozar el camino, por de pronto, habrá que determinar si cuando Sauca habla de “reglas que confieren poderes normativos” y “normas de competencia” está utilizando dos expresiones sinónimas.

Probablemente sea así. En este caso, como es sabido, ha habido diversas formas de caracterizar a las normas de competencia, algunas que pueden ser asociadas a las reglas prescriptivas y otras a las reglas constitutivas. Actualmente parece que se ha llegado a un cierto consenso en la teoría del derecho a la hora de entenderlas mejor en este último sentido (Ferrer, 2000).

De ser así, el caso *d*) se acomodaría mejor a la idea del texto de Sauca: una estructura en la que se combinan dos reglas constitutivas. En efecto, así podría inferirse, una vez hecha la aclaración anterior, de la definición dada por el autor, según el cual las CLC son “reglas que confieren poderes normativos [...], que habilitan un poder de creación de normas mediante la atribución de normas de competencia”. Incluso esta forma de “encadenar” reglas constitutivas tendría su sustento teórico en el propio Searle cuando propone la idea de iteración de reglas constitutivas como la forma típica en la que se genera la “realidad institucional” (Searle, 1997, p. 93 y ss.). La forma de hacerlo sería, dicho de forma resumida, que aquello que en una primera regla constitutiva ha ocupado el lugar de *Y*, en la fórmula “*X* cuenta como *Y* en el contexto *C*”, pase a ocupar la posición de *X* en la siguiente regla constitutiva, y así sucesivamente. Por ejemplo, primera regla constitutiva: “Prestar el consentimiento (*X*) cuenta como contraer una obligación (*Y*) en nuestra sociedad (*C*)”; segunda regla constitutiva: “Contraer una obligación (*X*) cuenta como haber realizado un contrato válido (*Y*), según el Código civil (*C*)”, etc. Me aventuro a decir, pues, que esta sería una forma que cabría explorar para intentar recoger la intuición que se halla tras la mencionada definición de Sauca. No obstante, cuando contrastamos la definición con los ejemplos de CLC, no parece que el caso *d*) los refleje demasiado bien.

Así, esta elección se compadece mal con el tenor literal de la CLC contenida en el art. 10.2. CE. Cuando en este precepto se utiliza la expresión “se interpretarán” es difícil no asociarlo a una regla de carácter prescriptivo (en concreto, de obligación); tampoco refleja adecuadamente la CLC correspondiente al art. 93 CE, al decir “Mediante ley orgánica se podrá autorizar”, la cual puede ser reconstruida como una regla prescriptiva (en este caso de carácter facultativo). Por tanto, la forma más adecuada de entender estos ejemplos de CLC es tratarlos como casos *c*), es decir, como reglas prescriptivas que obligan o facultan a usar una regla constitutiva.

Por otro lado, el supuesto contemplado en el art. 65.2 no es otra cosa que la expresión de una única norma de competencia, por ende, un ejemplo de caso *b*). En efecto, “El Rey nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa” puede ser reconstruido así: “Los nombramientos y relevos realizados por el Rey (*X*) cuentan como actos válidos (*Y*) según la CE (*C*)”.

Por último, la CLC ejemplificada en la Disposición Adicional primera parece ser una adición de caso a) y caso b). En efecto, una forma razonable de entender el contenido de la misma pasa por distinguir la primera parte (“La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales”) de la segunda (“La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”). La primera parte puede reconstruirse como una regla constitutiva: “Los derechos históricos de los territorios forales (X) cuentan como derecho válido (Y) según la CE (C)”. En cambio, la segunda parte se presta a una mejor reconstrucción como regla prescriptiva: “Si se quiere actualizar el régimen foral es obligatorio hacerlo de acuerdo con la CE y los Estatutos de Autonomía”.

Hemos visto, pues, que, una vez hechas las oportunas distinciones, se dan seis posibilidades de reconstrucción de las CLC desde la perspectiva estructural. A pesar de que una de esas posibilidades encajaría bien en la definición dada por Sauca, una vez analizados los cuatro ejemplos de CLC aportados por el autor, se torna difícil reducirlos todos a una misma estructura y que, además, esta sea la sugerida por la definición.

2. Principio de prevalencia y antinomias

El cuarto rasgo estructural que Sauca asocia a las CLC es que estas establecen una suerte de “primacía aplicativa” de las normas resultantes del ejercicio de poderes que sean incompatibles con la CE. El párrafo que resume la posición del autor al respecto es el siguiente:

Esta configuración de las CLC evita que las normas producidas en virtud de cada una de ellas y que puedan tener contenidos discrepantes con la regulación constitucional entren en relación de contradicción. La determinación de condiciones de aplicabilidad diferentes implica que se relacionan mediante el principio de prevalencia y no mediante la aplicación de un criterio de jerarquía o de temporalidad.

Quisiera realizar tres comentarios en relación con este punto. En primer lugar, hay que clarificar la idea de contradicción normativa. En efecto, el autor admite que las normas producidas a partir del uso de las CLC pueden tener “contenidos discrepantes” respecto a las normas de la CE; pero a renglón seguido aclara que esas mismas cláusulas evitan la relación de contradicción. Sin embargo, no queda claro de lo que se dice en el texto cuál sería la diferencia entre “contenido discrepante” (que se admite que pueda darse) y “contradicción” (que se niega que se dé). Además, cabe recordar que la relación de contradicción entre normas es una cues-

tión puramente lógica. Una norma N es contradictoria con una norma N' si ambas regulan el mismo caso genérico, pero con soluciones normativas incompatibles entre sí. Por ejemplo, en N se sostiene que para el caso C será facultativo realizar *p*, mientras que, según N', en el caso C está prohibido realizar *p*. Al ser una relación lógica, que exista o no una contradicción normativa entre ambas normas no se ve afectado por ninguna circunstancia fáctica, como pudiera ser el distinto ordenamiento en el que aparezcan. Así, pues, salvo que se sostenga que "contenido discrepante" es algo significativamente distinto a contradicción, habrá que concluir que estamos ante dos expresiones sinónimas o que, al menos, comparten propiedades definitorias relevantes.

En segundo lugar, la razón que aduce Sauca para sostener que en estos supuestos no se da una contradicción es el hecho de que se utilice el principio de prevalencia y no los típicos criterios de resolución de antinomias (*lex posterior*, *lex superior*, *lex specialis*). Pero esta no es una buena razón. Como acabo de decir, la relación de contradicción se da con independencia de lo demás. Así, el hecho de que se utilice en estos casos el "principio de prevalencia" para resolver la "discrepancia" normativa no demostraría que no existe una contradicción. En todo caso, habría que considerar que, si "contenido discrepante" y "contradicción" son sinónimos o comparten un campo semántico relevante, entonces lo que se sigue es que el "principio de prevalencia" sería uno más de los criterios usados por los juristas para resolver antinomias.

Esto no es tan sorprendente. Baste recordar que otra manera de resolver posibles contradicciones normativas es el uso del criterio de competencia (por ejemplo, a la hora de resolver disputas entre normas emanadas de las Comunidades Autónomas y aquellas de competencia estatal, en la medida en que entren en contradicción).

Por otra parte, a este argumento conceptual se le puede añadir uno de derecho positivo. Así, el alcance que se dé al ejemplo de CLC recogido en el art. 93 CE debería complementarse con lo que dispone el art. 95.1 CE: "La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la CE exigirá la previa revisión constitucional". A tenor de lo que dice este precepto, primero, se da por hecho que pueden existir contradicciones normativas entre lo que se disponga en los tratados internacionales y lo regulado por la CE; y, segundo, se obliga a que en estos casos se acuda a una revisión constitucional. Esto último, por cierto, pondría en duda que en el caso de la CLC recogida en el art. 93 se cumpliera con una de las funciones básicas que Sauca atribuye a este tipo de cláusulas, que es la de contribuir a la estabilidad constitucional, evi-

tando la reforma formal continuada. Pero de las funciones que cumplen las CLC me ocuparé más adelante.

En tercer lugar, según Sauca, entender convenientemente el funcionamiento del principio de prevalencia demanda distinguir entre normas pertenecientes al sistema y normas aplicables según el mismo (para esta distinción, véase Moreso y Navarro, 1998). No obstante, este planteamiento lleva a resultados contraintuitivos.

La distinción entre la pertenencia y la aplicabilidad funciona bien en algunos supuestos, porque ayuda a explicar cuestiones que de otro modo resultarían paradójicas. Así, por ejemplo, una norma en período de *vacatio legis* puede ser concebida como una norma perteneciente a un sistema jurídico, pero que no es aplicable, según el propio sistema. Igualmente, una norma extranjera, que por definición no pertenece a un determinado sistema jurídico, puede ser en cambio aplicable según ese sistema, si existe una norma del mismo que así lo dispone (es decir, que obliga o faculta a que los jueces de ese sistema usen esa norma para resolver un caso), como sucede emblemáticamente en Derecho internacional privado con las remisiones que se dan a partir de las normas de conflicto (estas sí que pertenecen al sistema, pero las normas que deberá o podrá aplicar el juez no, aunque podrán ser consideradas aplicables).

Pero el empleo de esta distinción para otros casos no resulta convincente. Por ejemplo, ello ocurre cuando se usa para dar cuenta de la recepción de normas a través de órdenes jurídicos sucesivos pertenecientes a un mismo orden estatal. En estos supuestos, se dice que las normas receptadas no pertenecen al sistema jurídico actual, sino que sólo son aplicables en relación con el mismo (Moreso y Navarro, 1998). Pero si esto fuera así, habría que concluir que, si por hipótesis, a partir de la promulgación de la Constitución española de 1978, las normas del anterior orden jurídico español no contradictorias con la CE son normas receptadas, entonces son aplicables, pero no pertenecientes. Esta conclusión es claramente contraintuitiva (como se argumenta en Vilajosana, 2022), por cuanto habría que concluir, por ejemplo, que las normas contenidas en el Código Civil español, a partir del orden inaugurado por la CE, son aplicables, aunque no perteneciente a él. El concluir que las normas del Código Civil no pertenecen al sistema jurídico actualmente vigente en España no parece ser una conclusión afortunada; pero, si no lo es, entonces hay que revisar el uso de aquella distinción para estos casos.

Lo mismo puede ocurrir *mutatis mutandis* en determinados supuestos de CLC. Sauca explica el uso de esta distinción para el caso que nos ocupa de esta manera:

la Constitución faculta mediante la CLC la existencia de una norma habilitante de la aplicabilidad externa de las normas que puedan ser producidas mediante el ejercicio de dicha competencia. Las normas generadas por las CLC tendrán además de la característica de aplicabilidad externa, la de su validez como pertenencia al sistema jurídico español en los casos de las CLC del art. 65 y la DA 1ª, mientras que en los supuestos de las CLC del art. 10.2 y 93 su aplicabilidad externa no va acompañada de que puedan reputarse como pertenecientes al sistema. Esta configuración de las CLC evita que las normas producidas en virtud de cada una de ellas y que puedan tener contenidos discrepantes con la regulación constitucional entren en relación de contradicción. La determinación de condiciones de aplicabilidad diferentes implica que se relacionan mediante un principio de prevalencia y no mediante la aplicación de un criterio de jerarquía o de temporalidad.

El carácter contraintuitivo de lo que se dice en relación con lo dispuesto en las CLC formuladas en los artículos 10.2 y 93 (los únicos en los que la distinción entre pertenencia y aplicabilidad es decisiva) parece evidente. Por lo que hace al art. 10.2, se trata de una regla que impone una determinada interpretación en caso de discrepancia, por lo que es ajena a la distinción entre normas perteneciente y aplicables. Finalmente es en el art. 93 donde parece radicar la aparente plausibilidad de aplicar dicha distinción a las CLC. Sin embargo, el carácter contraintuitivo en este caso viene reforzado por una disposición clave de la propia CE, como es el art. 96.1: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno”. Si esto es así, cualquier interpretación razonable de este precepto, llevaría a concluir que las normas contenidas en los tratados a los que se alude en el art. 93, si no son contradictorias con la CE, una vez publicadas oficialmente serán normas pertenecientes al sistema jurídico español y, si son contradictorias, debería procederse a la modificación de la CE (ex art. 95.1 CE) para que terminaran siendo normas pertenecientes al mismo. En definitiva, y a diferencia de lo que ocurre en los supuestos relativos al derecho internacional privado a los que antes aludí, no hay espacio en este caso para admitir normas que sean aplicables, pero no pertenecientes al sistema.

3. *Dos conceptos de soberanía*

Sauca sostiene, como quinto rasgo estructural, que “las CLC implican una transferencia parcial de soberanía, la misma soberanía que legitima a la propia Constitución”. No obstante, la defensa de esta tesis presenta alguna dificultad.

Por lo pronto, más bien parece un rasgo de carácter funcional, ya que no está dicho que del examen de la estructura de un precepto pueda

derivarse sin más que se ceda parte de la soberanía. Pero, aun admitiendo que sea un elemento estructural, sigue quedando la duda sobre si en los casos a los que alude Sauca se da esa cesión de soberanía.

Seguramente los candidatos más claros son aquellos en los que interviene un elemento de extranjería. Así, el art. 10.2 podría entenderse como una transferencia de soberanía a la hora de interpretar los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades. Por ejemplo, podría decirse que el Tribunal Constitucional (TC) perdería parte de su “soberanía interpretativa” en favor del Tribunal Europeo de Derechos humanos (TEDH) por lo que hace a los derechos y libertades recogidos en el Convenio Europeo de derechos humanos. De forma más clara, lo dispuesto en el art. 93 lleva aparejada la posibilidad de transferencia de soberanía (en este caso, “política”), como pone de relieve, por ejemplo, el hecho de que el Estado español haya suscrito los tratados que le ligan a lo que dispongan las instituciones de la Unión Europea.

Ahora bien, es muy dudoso que haya una transferencia de soberanía en los otros dos supuestos de CLC. En este sentido, resulta particularmente chocante decir que el art. 65.2 implica una transferencia parcial de soberanía por el hecho de que el Rey pueda nombrar y relevar libremente a los miembros civiles y militares de su Casa. Parece, más bien, un caso de distribución de competencias (del mismo modo podría ser interpretado lo que se dice en la Disposición Adicional primera). En efecto, no hay que olvidar que, en ambos casos (tanto el del Rey como el de las instituciones correspondientes a los territorios forales con derechos históricos), se está hablando de órganos del Estado español. Si esto es así, no hay transferencia de soberanía de España hacia otros Estados, sino distribución de competencias dentro un mismo orden estatal.

La explicación de por qué entender que en los cuatro casos de CLC se da transferencia parcial de soberanía seguramente haya que buscarla en una ambigüedad en el uso del término “soberanía”. Como mínimo, se pueden apreciar dos conceptos diferentes de soberanía en estos casos. En los relativos a los artículos 10.2 y 93 se produce una afectación a la soberanía entendida como “soberanía estatal” (aunque en el primero se circunscriba a órganos interpretativos, mientras que en el segundo incluya la posibilidad de abarcar, además, instituciones legislativas y ejecutivas). Aquí estamos frente a un Estado que cede parte de su soberanía a organismos ajenos al mismo. En cambio, cuando se mantiene que el art. 65.2 y la Disposición Adicional primera, transfieren soberanía, el término “soberanía” habría que entenderlo no como soberanía estatal, por cuanto, como queda dicho, estamos frente a organismos perteneciente al mismo Estado, sino como “soberanía popular”. El caso que contempla el art.

65.2 es emblemático al respecto: la competencia que se le atribuye al Rey sustrae su actuación en este ámbito al escrutinio de las decisiones democráticas, pero dentro del mismo Estado. De este modo, cobran sentido las palabras de Sauca, citadas al inicio de este subapartado, al indicar que la soberanía que se cede es “la misma soberanía que legitima a la propia Constitución”, puesto que es la “soberanía popular” la que le confiere legitimación como sistema democrático.

III. OBSERVACIONES SOBRE LAS FUNCIONES DE LAS CLÁUSULAS DE LIQUIDEZ CONSTITUCIONAL

Como dije al inicio de este trabajo, una de las virtudes que, en mi opinión, atesora el estudio de Sauca es el de combinar el análisis estructural de las CLC con una visión funcional. Aunque en la teoría jurídica contemporánea suele predominar el enfoque estructural a la hora de categorizar las normas jurídicas, no hay que olvidar que autores tan destacados como Hart han otorgado preponderancia a la perspectiva funcional a la hora de clasificar el material normativo con el que trabajan los juristas. Este autor no hace otra cosa cuando, por ejemplo, formula su conocida distinción entre diversas reglas secundarias. Como es sabido, las reglas de cambio, de adjudicación y de reconocimiento vienen a suplir, respectivamente, los defectos que tendría un sistema jurídico poco evolucionado: carácter estático, presión social difusa y falta de certeza (Hart, 1961, cáp. V). Tengo para mí que algunas de las discusiones recurrentes acerca de la mejor caracterización de tales tipos de reglas han priorizado el análisis estructural (véase, por todas, la mantenida por Bulygin (1991) y Ruíz Manero (1991)) a expensas del funcional, que era justamente el que estaba en la base de la distinción hartiana. Cierto es que cuando se da prioridad a la función por encima de la estructura, habría que admitir que las normas de las que se trate no tengan por qué compartir los mismos rasgos estructurales. Esto le sucedía a Hart, emblemáticamente con la regla de reconocimiento (Vilajosana, 2019) y esto también puede explicar algunas de las dificultades que debe afrontar la propuesta de Sauca y a las que ya me he referido en el anterior apartado.

Sea como fuere, las funciones que Sauca asigna a las CLC son las siguientes:

- 1) Contribuyen a la estabilidad constitucional, evitando la reforma formal continuada.
- 2) Moderan tensiones debidas a eventuales antinomias entre compromisos internos e internacionales.

- 3) Moderan la necesidad de acudir a mutaciones constitucionales.
- 4) Ayudan a la integración de distintas dinámicas constitucionales.
- 5) Fomentan la cooperación institucional, favoreciendo dinámicas de deferencia.
- 6) Evitan mecanismos de última palabra, abriendo espacios deliberativos.
- 7) Ayudan a configurar una soberanía multinivel.

A continuación, realizaré una serie de comentarios acerca de dos cuestiones vinculadas a estas funciones. En primer lugar, en relación con las funciones primera y tercera, pondré de relieve las dificultades de diferenciar los cambios de interpretación “normales”, a los que parecen asociarse en algún caso las CLC y que evitarían la reforma formal, de los que suponen una mutación constitucional; en segundo lugar, cuestionaré la sexta función adscrita a las CLC, por cuanto resulta difícil diferenciar estas cláusulas de los usuales mecanismos de concesión de la última palabra.

1. *Mutaciones constitucionales e interpretación evolutiva*

Como queda dicho, Sauca asigna a las CLC las funciones de, por un lado, evitar la reforma formal continuada y, por otro, la de moderar la necesidad de acudir a mutaciones constitucionales. Me parece que este es un punto central en el esquema planteado por el autor, por cuanto si las CLC cumplen este doble cometido, se justifica que sean tratadas como un recurso que está a medio camino entre la reforma y la mutación, sin identificarse con ninguna de ellas. Por ello, emitir un juicio acerca de si eso es así, requiere un análisis previo de qué entendemos por “reforma formal” y por “mutación constitucional”.

Sin duda, trazar la distinción entre reforma y mutación requiere diferenciar entre el texto de una constitución y su significado. Sólo entonces podremos decir que el cambio que afecta al texto supone una reforma, mientras que la mutación tiene que ver con la modificación de su significado. Pero con ser esto cierto de entrada, no termina de resolver los problemas que hay que afrontar, sobre todo por lo que hace al alcance que haya que dar al concepto de mutación constitucional.

Para empezar, aceptar la distinción entre texto y significado implica admitir también que se puede alterar el texto sin cambiar el significado y que se puede cambiar el significado sin alterar el texto. El primer caso, más de carácter experimental, se daría si la “reforma formal” modificara un enunciado normativo presente en una constitución y lo sustituyera por otro enunciado sinónimo. Es lo que sucedería, por ejemplo, si el art. 11.2 CE (“Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionali-

dad”) se substituyera por “Se prohíbe que a cualquier español de origen se le prive de su nacionalidad”. Se habría cambiado el texto, pero su significado seguiría siendo el mismo. El segundo caso, la variación de significado sin alterar el texto, es el más relevante para lo que aquí estamos tratando, por cuanto debería llevarnos a entender las dificultades a la hora de diferenciar los supuestos de mutación constitucional de los producidos mediante la actividad interpretativa.

Históricamente ha habido casos indudables de mutación constitucional, casos que precisamente han mostrado la necesidad de usar esa categoría de manera contrapuesta a la de reforma formal de la constitución. El más emblemático al respecto quizás sea el del acceso de Hitler al poder. Como es notorio, aprovechando la oportunidad que le brindaba la previsión de la Constitución de Weimar en materia de excepción (fundamentalmente, su art. 48), Hitler consiguió modificar el diseño institucional del Estado alemán sin tocar ni una coma de su texto constitucional. Puesto que los cambios provocados por este proceder eran indudablemente significativos, pero no encajaban en el concepto de reforma constitucional, hubo quien habló de mutación (Boldt, 1971).

En efecto, casos como este muestran que, cuando está en juego la determinación de la identidad de un orden jurídico, un análisis basado en criterios puramente formales no resulta convincente. Ahora bien, tampoco cualquier cambio no formal de una constitución diríamos que produce una mutación constitucional. Si esto es así, entonces hay que establecer un criterio de relevancia para distinguir entre aquellas variaciones que dan lugar a la mutación y las que no. El criterio de relevancia debe ser de carácter político y el mejor candidato es el relativo a los elementos que definen un tipo de régimen político (Vilajosana, 1996). Los cambios producidos en la época de Hitler originan una mutación constitucional porque implican un cambio de régimen político sin modificar formalmente el texto constitucional.

Tal vez esta idea podría ser tomada por Sauca para establecer una distinción entre las CLC y la mutación constitucional: las primeras no pretenden modificar el régimen político que va asociado a la Constitución. No obstante, queda algún problema no menor por resolver. Si la mutación no se produce a través de un cambio de estructuras institucionales, como es el caso de que un jefe de Estado o de gobierno pase a legislar a espaldas del Parlamento en un sistema formalmente democrático, sino mediante una tarea interpretativa, entonces surgen contrariedades específicas asociadas a esta actividad.

Interpretar un texto consiste en atribuirle un significado. ¿Podría llegar la mutación constitucional por vía interpretativa? En principio, sí. Cabe

pensar que el intérprete de la misma, por ejemplo un determinado Tribunal Constitucional o la judicatura en su conjunto (dependiendo del tipo de ordenamiento jurídico de que se trate), puede producir a través de esa actividad cambios profundos en el significado de los textos constitucionales sin que se haya procedido a su reforma formal (o, mejor dicho, una variación en los significados asociados originariamente a los textos, porque no tiene sentido en esta sede hablar de textos carentes de significado). De nuevo, aquí tendríamos el problema de o bien aceptar que cualquier cambio de interpretación de un precepto de la Constitución supone una mutación constitucional; o bien, proporcionar un criterio de relevancia del cambio interpretativo, que bien podría ser el que indiqué hace un momento. Únicamente se daría una mutación constitucional por vía interpretativa si los cambios en los significados asociados a los textos constitucionales conllevan un cambio de régimen político. Este, sin embargo, puede ser un criterio demasiado exigente. Así, algunos autores parecen sostener, a veces de manera implícita, que los cambios han de ser relevantes para entrar en la categoría de mutación constitucional, pero no necesariamente han de conllevar un cambio de régimen político.

En este caso surge una problemática interesante y difícil de resolver que se pone claramente de relieve cuando se utilizan pautas hermenéuticas como la llamada interpretación evolutiva, cuyo uso admite y justifica que precisamente deben producirse cambios en la interpretación de textos constitucionales, y no de poco calado, para acompañarlos a los cambios sociales que se van produciendo. Tanto el TEDH como el TC han empleado este recurso. Y tiene sentido que así sea en ambos casos debido en parte a algunas de las razones que Sauca esgrime para justificar la presencia de CLC. Cuando las reformas formales son muy difíciles de alcanzar, el recurso a la interpretación evolutiva se torna un mecanismo interpretativo capaz de llevar a cabo transformaciones que de otro modo serían muy onerosas. En el caso del TEDH, porque conseguir consensos formales para modificar tratados internacionales que afectan a un buen número de Estados no es tarea fácil; en el caso del TC, dado el procedimiento costoso de reforma formal regulado en el título X CE.

El uso de la interpretación evolutiva goza de una larga tradición en la jurisdicción internacional y, más en concreto, en la del TEDH a la hora de interpretar el Convenio Europeo de Derecho Humanos. También se ha utilizado, entre otros, por el Tribunal Internacional de Justicia,¹ por el Tri-

¹ Algunos de los casos donde se puede hallar son: *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, [1971] ICJ Reports 16, para. 53. *Aegean Sea Continen-*

bunal Europeo de Justicia,² por la Corte interamericana de Derechos Humanos³ o por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.⁴

El TEDH, como mínimo desde la resolución del caso *Tyrer*,⁵ ha ido elaborando la doctrina según la cual los derechos humanos deben ser interpretados de manera evolutiva. Eso significa que su contenido y alcance no pueden verse limitados, apelando a que en el momento de la promulgación de la normativa de que se trate (en el caso de este Tribunal, el Convenio) se interpretaba el derecho en cuestión de manera restringida o con determinadas connotaciones. Lo relevante en estos casos no es la voluntad que tenía en su momento quien aprobó la normativa, sino las connotaciones y el alcance que el concepto haya ido adquiriendo con el paso del tiempo (Helmersen, 2013).

Con mayor o menor rigor y coherencia, el TC también ha empleado esta pauta hermenéutica en pronunciamientos sobre materias tan diversas como la protección de los derechos fundamentales frente al ruido ambiental que puede surgir de la sociedad tecnológica,⁶ la lucha contra la violencia de género,⁷ el matrimonio entre personas del mismo sexo,⁸ la discriminación por razón de sexo,⁹ el impacto de las redes sociales en la ponderación entre el derecho al honor y la intimidad personal y las libertades de expresión e información¹⁰ o sobre la legalidad del aborto.¹¹

Además, el alto tribunal añade que el encaje constitucional de este tipo de interpretación viene avalado por el artículo 10.2: “la regla hermenéutica del art. 10.2 CE lleva asociada una regla de interpretación evolutiva”.¹² El argumento que conduce a esta conclusión puede ser reconstruido del siguiente modo. Como sabemos, el artículo 10.2 CE establece que las

tal Shelf [1978] ICJ Reports 3, para. 77. *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* [2009] ICJ Reports 213, para. 64-66.

² Caso 283/81, *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health* [1982] ECR 3415, para. 20.

³ *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the due Process of Law*, Advisory Opinion, OC-16, Inter-American Court of Human Rights Series A No 16 (1 October 1999), para. 114.

⁴ *Roger Judge vs. Canada*, 2003, Human Rights Committee, Communication No. 829/1998, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/829/1998, para. 10.3.

⁵ *Tyrer v. The United Kingdom* (1978) Series A n. 26, para. 31.

⁶ STC 119/2001, de 24 de mayo.

⁷ STC 59/2008, de 14 de mayo.

⁸ STC 198/2012, de 6 de noviembre.

⁹ STC 233/2007, de 5 de noviembre, 108/2019, de 30 de septiembre y 153/2021, de 13 de septiembre.

¹⁰ STC 8/2022, de 27 de enero.

¹¹ STC 44/2023, de 4 de mayo.

¹² STC 198/2012, de 6 de noviembre, fundamento 9.

normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se deberán interpretar de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre estas materias ratificados por el Estado español. Ya que este llamamiento al ámbito internacional incluye, según la propia doctrina del TC,¹³ la interpretación que hacen de esta Declaración y de aquellos tratados los órganos pertinentes, y puesto que en el proceso hermenéutico de estos órganos juega un papel decisivo la interpretación evolutiva, podemos concluir, entonces, que cuando el TC lo utiliza no hace otra cosa que cumplir el mandato del artículo 10.2.

Si lo anterior es cierto, ¿no se estará dando pie, justamente a través del art. 10.2 (uno de los ejemplos de CLC dados por Sauca), a la posibilidad de que se origine una mutación constitucional, algo que las CLC vendrían a evitar? Por supuesto, el responder adecuadamente a esta pregunta pasa por disponer de un criterio lo más claro posible que permita deslindar los supuestos en que determinadas actividades interpretativas (emblemáticamente las llevadas a cabo mediante la interpretación evolutiva) dan lugar a mutaciones constitucionales de aquellos que son expresión de simples cambios interpretativos sin mayor trascendencia. Antes he ofrecido alguna pista de por dónde podría trazarse tal distinción, pero para admitir el criterio sugerido (relacionar la mutación con el cambio de régimen político) o cualquier otro, es preciso aceptar que, al menos por lo que hace al art. 10.2 CE y según la interpretación de este dada por el TC, el uso de la interpretación evolutiva puede desembocar en mutaciones constitucionales.

2. Mecanismos de última palabra y el dilema de la liquidez constitucional

Una de las funciones que atribuye Sauca a las CLC es que estas evitan mecanismos de última palabra, abriendo espacios deliberativos. Sin embargo, del análisis de los cuatro ejemplos de CLC propuestos, surge la sospecha de que las CLC puedan ser, después de todo, mecanismos de última palabra.

Puesto que, como ya dije, la contradicción entre dos enunciados es una relación lógica, no es descartable que resoluciones emitidas por el TC puedan ser contrarias a la CE. Estas, además, puede adquirir firmeza, a pesar de ser inconstitucionales, por no ser susceptibles de recurso o bien porque, siéndolo, ha transcurrido el plazo preceptivo para recurrir-

¹³ STC 116/2006, de 24 de abril y STC 38/2011, de 28 de marzo, entre muchas.

las. Estos son casos bien conocidos de organismos a los que se concede la última palabra, con lo cual se corre el riesgo de incorporar al ordenamiento normas inconstitucionales. Pone de relieve un problema más específico del problema general de las llamadas normas irregulares. Como se sabe, Kelsen ofreció una solución a esta contrariedad: la cláusula alternativa tácita.

Este recurso aparece en Kelsen como solución al problema de las contradicciones normativas entre normas con distinto grado jerárquico. La posición de Kelsen (1960, p. 277) al respecto es negar precisamente que puedan darse tales contradicciones. Para él, sostener que una norma válida es “inconstitucional” constituye una *contradictio in adjecto*. Sin embargo, no puede obviar el hecho de que en la práctica diaria del derecho se tilde a ciertas normas jurídicas de inconstitucionales y, a pesar de ello, se las considere “válidas”. Frente a esta práctica, Kelsen elabora la siguiente respuesta: la constitución faculta al legislador a producir normas jurídicas generales también en un procedimiento distinto del determinado directamente por las normas de la constitución, dándoles otro contenido del que determinen directamente las normas constitucionales. Estas últimas formulan sólo una de las dos posibilidades que la constitución crea. La otra posibilidad es creada por la constitución al no delegar en ningún otro órgano, salvo el legislativo, la decisión sobre la cuestión de si una ley promulgada por ese órgano es una ley en sentido constitucional. Las disposiciones constitucionales que regulan la legislación tienen el carácter de disposiciones alternativas. De ahí que quepa concluir, según Kelsen (1960, p. 279), que la constitución contiene una regulación directa y una indirecta de la legislación, teniendo el órgano legislativo la elección entre ambas.

Así, pues, el hecho de que una norma sea válida a pesar de no adecuarse a las condiciones que expresamente se establecen para su creación (y sea por ello llamada por algunos “inconstitucional” o simplemente “ilegal”), sólo puede explicarse, según Kelsen, mediante la hipótesis de que la norma superior contiene tácitamente una autorización abierta que faculta al órgano en cuestión (no sólo al poder legislativo, ya que Kelsen lo hace extensivo a los demás órganos) a dictar normas mediante el procedimiento y el contenido que él determine, aun en contradicción con el texto de la misma. De este modo, toda norma jurídica coincidiría con una norma superior, ya sea con la formulación expresa de ésta última o con la cláusula de habilitación tácita. Así, cabría concluir que no hay posibilidad de conflictos entre normas de distinto grado. La diferencia entre ambas alternativas de creación jurídica reside únicamente en que, si se elige la segunda, o sea la que tácitamente permite plena autonomía en la elec-

ción del procedimiento y el contenido, el órgano se expone a la anulación de las normas que dicta y eventualmente a ser sancionado.

La cláusula alternativa tácita ha recibido varias críticas. Baste citar una de las iniciales y más demoledoras. La tesis de Kelsen implica suponer que todas las normas del sistema jurídico son tautológicas, puesto que autorizarían una conducta normativa y también su opuesta (Vernengo, 1960, p. 17). En definitiva, ello supone que el sistema en cuestión no determinaría ninguna pauta de comportamiento: decir “debes hacer *p* o no *p*” no tiene mucho sentido para un sistema normativo que tenga la pretensión de regular las conductas de las personas y hacerlo como “técnica social específica”, que es la forma de entender el derecho que tenía el propio Kelsen.

No se puede negar que las CLC, tal como han sido concebidas por Sauca, guardan un cierto parecido familiar con la idea que subyace al uso de la cláusula alternativa tácita, aunque hay ciertas diferencias entre ellas. Por un lado, la cláusula alternativa tácita postulada por Kelsen es una hipótesis de conocimiento, como lo era en este autor su famosa *Grundnorm*. Podemos decirlo de este modo: el recurso a esta categoría es un expediente propio de la teoría a través de la cual se intenta dar cuenta de algún elemento de la práctica jurídica. En cambio, Sauca ha insistido suficientemente que las CLC son preceptos de derecho positivo; de ahí los cuatro ejemplos que ofrece relativos a artículos de la CE.

No obstante, sigue existiendo entre ambas figuras un aire de familia. Este se halla seguramente en el hecho de incorporar al ordenamiento normas que puedan ser inconstitucionales, pero sobre las cuales ya no puede suscitarse discusión jurídica. Y esto, de nuevo, nos lleva a tener que determinar si efectivamente las CLC evitan o no constituir mecanismos de última palabra.

Llegados a este punto, nos encaminamos hacia una suerte de dilema. Por un lado, consciente del problema que puede generar admitir normas inconstitucionales de los órganos a los que se les atribuye “poderes normativos” a través de las CLC, Sauca recurre a la distinción, ya mencionada anteriormente, entre pertenencia y aplicabilidad, que otros autores han aplicado precisamente a las llamadas “normas irregulares” (Moreso y Navarro, 1998): esas eventuales normas inconstitucionales no pertenecerían al ordenamiento jurídico español pero serían aplicables según este, por cuanto una norma (contenida en la CLC en cuestión y esta sí perteneciente al ordenamiento) obligaría o facultaría su uso por parte de un juez a la hora de resolver un caso. Ya dije en su momento que esto en algunos supuestos podía llevar a resultados contraintuitivos, pero lo que ahora deseo destacar es que, al echar mano de esta distinción para resolver un pro-

blema como el de las normas irregulares, se está aceptando la posibilidad de que efectivamente exista tal contradicción, puesto que su presencia es la que origina el problema. Por otro lado, si se dan los casos generales de normas irregulares y el más específico de normas inconstitucionales a las que pueden dar lugar el ejercicio de competencias otorgadas por las CLC, entonces se está aceptando que los órganos que ejercen esas competencias funcionan como instituciones de última palabra.

He ahí, pues, el dilema al que me refiero. Si los supuestos contemplados en las CLC instituyen mecanismos de última palabra (como parece evidente en el ejemplo de las competencias otorgadas al Rey por el art. 65.2), no cabe diferenciarlos de otros mecanismos “normales” de concesión de la última palabra, con lo que la función de evitar este tipo de mecanismos no podría ser una función característica de las CLC. Si, por el contrario, las decisiones tomadas por los órganos a quienes las CLC otorga competencia son decisiones susceptibles de ser revisadas por otras instituciones, entonces efectivamente las CLC no instaurarían mecanismos de última palabra y este rasgo funcional podría ser postulado como distintivo de estas, pero entonces decaen otras características que Sauca atribuye a las CLC. En concreto, deja de tener sentido decir tanto que las incompatibilidades entre lo dicho por estos órganos y la normativa constitucional se resuelve acudiendo al principio de prevalencia de los primeros frente a los segundos (cuarto rasgo estructural), como que las CLC implican transferencia de soberanía (quinto rasgo estructural). Del mismo modo, cuesta ver desde este cuerno del dilema, cómo se cumpliría con los rasgos funcionales cuarto y quinto, es decir, en qué medida las CLC ayudarían a integrar distintas dinámicas constitucionales o fomentarían la cooperación institucional, favoreciendo dinámicas de deferencia.

IV. CONCLUSIONES

Lo sostenido a lo largo de este trabajo puede quedar resumido en las siguientes conclusiones:

1. La combinación entre un análisis estructural y funcional de las CLC llevado a cabo por Sauca es un acierto, lo cual no excluye que su estudio pueda ser objeto de observaciones críticas en relación con ambos tipos de análisis.

2. En el apartado II he fijado mi atención en tres cuestiones relativas a los rasgos estructurales que caracterizarían a las CLC: que sean reglas que confieren poderes normativos, que las discrepancias que puedan originar su uso con respecto a la normativa constitucional se resuelvan a tra-

vés del principio de prevalencia, y que conlleven una transferencia parcial de soberanía.

3. Respecto a que las CLC sean reglas que confieren poderes normativos, he sostenido que puede resultar útil introducir la distinción entre reglas prescriptivas y reglas constitutivas. A partir de ahí, y según que las CLC expresen una o dos normas, caben seis formas distintas de reconstruirlas. A pesar de que, a tenor de la definición que de las CLC ofrece Sauca, parecería factible reducir las CLC a un modelo unitario (como una regla constitutiva que se refiere a otra regla constitutiva), un examen pormenorizado de las mismas muestra las dificultades de este empeño.

4. Sobre el principio de prevalencia, he mantenido que, si entendemos que “contenidos discrepantes” y “contradicción” son expresiones (al menos parcialmente) sinónimas y admitimos que la relación de contradicción entre dos normas es de carácter lógico, entonces el uso del principio de prevalencia, lejos de negar que pueda existir contradicción entre las normas resultantes del uso de las CLC y la Constitución, la presupone. Por otro lado, he subrayado que el empleo en este caso de la distinción entre pertenencia y aplicabilidad lleva a resultados contraintuitivos, como lo pone de relieve el art. 96.1 CE.

5. Acerca de la afirmación de que las CLC suponen una transferencia parcial de soberanía, he mostrado que es dudoso que sea así en algunos casos y he avanzado que su eventual plausibilidad provendría de una ambigüedad en el uso del término “soberanía”. Así, mientras que, mediante los arts. 10.2 y 93, podría entenderse que se cede “soberanía estatal”, no ocurre así con el art. 65.2, el cual se referiría más bien a una cuestión relativa a la legitimación democrática, más cercana, por tanto, a la idea de “soberanía popular”.

6. En el apartado III he concentrado mi atención en el escrutinio de tres funciones que Sauca atribuye a las CLC: evitar la reforma formal continuada, moderar la necesidad de acudir a mutaciones constitucionales, y evitar mecanismos de última palabra.

7. Respecto a la posibilidad de que las CLC contribuyan a la estabilidad constitucional alejándose de complejos dispositivos de reforma constitucional, pero sin caer en la mutación constitucional, he puesto de relieve la necesidad de establecer una clara distinción entre mutación constitucional y los cambios de significado del texto constitucional fruto de la actividad interpretativa. Que esta no es tarea fácil se muestra especialmente en lo tocante a la llamada interpretación evolutiva. Y más, por cuanto el máximo intérprete de la CE ha sostenido en alguna de sus sentencias que el art. 10.2, precisamente uno de los casos de CLC destacado por Sauca, contiene el mandato de realizar este tipo de interpretación

cuando estamos frente a derechos fundamentales y libertades reconocidas en la CE.

8. Finalmente, por lo que hace a la tesis según la cual la presencia de CLC evita acudir a mecanismos de última palabra, he puesto de relieve que la manera de entender tales cláusulas comparte un cierto aire de familia con la cláusula alternativa tácita propuesta por Kelsen para abordar el problema de las normas irregulares. El uso en esta sede de la distinción entre pertenencia y aplicabilidad evita a Sauca caer en ciertos resultados autodestructivos a los que conduce la cláusula kelseniana, pero no le exime de tener que afrontar un dilema: o bien las CLC son mecanismos de última palabra (lo cual contradice la función que comentamos), o bien no lo son (pero entonces quedan afectados ciertos rasgos estructurales y otras funciones que Sauca atribuye a las CLC).

Aunque estas conclusiones muestran algunos desacuerdos con las tesis mantenidas por Sauca, creo que también dan fe del interés que me han suscitado. Estamos frente a un estudio que aborda cuestiones determinantes, de gran complejidad, y lo hace con un alto grado de solvencia académica. Por eso, como ocurre con todo buen trabajo intelectual, el mayor elogio que pueda hacerse de él consiste en discutirlo a fondo.

V. REFERENCIAS

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1975). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea.
- Boldt, H. (1971). Article 48 of the Weimar Constitution: Its Historical and Political Implications. En A. Nicholls y E. Matthias (Eds.), *German Democracy and the Triumph of Hitler* (pp. 79-97). Unwin.
- Bulygin, E. (1991). Regla de reconocimiento: ¿norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero. *Doxa; Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (9), 311-318. <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.9.16>
- Ferrer, J. (2000). *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hart, H. L. A. (1961). *El concepto de derecho* (G. R. Carrió, Trad.). Abeledo-Perrot.
- Helmensen, S. (2013). Evolutive Treaty Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions. *European Journal of Legal Studies*, 6(1), 127-148.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del derecho* (R. J. Vernengo, trad.). Universidad Nacional Autónoma de México.

- Moreso, J. J. y Navarro, P. (1998). The Reception of Norms, and Open Legal Systems. En S. L. Paulson y B. L. Paulson (Eds.), *Normativity and Norms* (pp. 273-292). Clarendon Press.
- Moreso, J. J. y Vilajosana, J. M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Marcial Pons.
- Ramírez, L. y Vilajosana, J. M. (Eds.) (2022). *Reglas constitutivas y derecho*. Marcial Pons.
- Ruiz Manero, J. (1991). Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales; Respuesta a Eugenio Bulygin. *Doxa; Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (9), 281-293. <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.9.14>
- Searle, J. (1997). *La construcción de la realidad social* (A. Doménech, Trad.). Paidós.
- Vernengo, R. (1960). La función sistemática de la norma fundamental. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, (1-2), 207-225.
- Vilajosana, J. M. (1996). Towards a Material Criterion of Identity of a Legal Order. *Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts*, (27), 45-64.
- Vilajosana, J. M. (2019). Social Facts and Law: Why the Rule of Recognition is a Convention. En L. Ramírez y J.M. Vilajosana (Eds.), *Legal Conventionalism* (pp. 89-107). Springer.
- Vilajosana, J. M. (2022). Persistencia y recepción de normas jurídicas. En J.J. Moreso, P. Navarro, J. L. Rodríguez y J. Ferrer (Coords.), *Eugenio Bulygin en la teoría del derecho contemporánea* (pp. 355-368). Marcial Pons.

