

# Sobre la noción de liquidez constitucional. Una idea cercana a la tesis de la cláusula alternativa tácita de Kelsen<sup>1</sup>

## On the Notion of Constitutional Liquidity. A Close Idea to Kelsen's Thesis of Tacit Alternative Clause

Marcela Chahuán Zedan

 <https://orcid.org/0000-0001-7862-2334>

Universidad de Chile, Chile  
Correo electrónico: mchahuan@derecho.uchile.cl

RECEPCIÓN: 31 de julio de 2023

ACEPTACIÓN: 19 de septiembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2024.18.18653>

**RESUMEN:** En el presente trabajo examino la tesis de José María Sauca sobre la “liquidez constitucional” y las cláusulas de este tipo que identifica en la Constitución Española. Propondré analizarlas a la luz de la tesis de la cláusula alternativa tácita presentada por Kelsen.

**Palabras claves:** liquidez constitucional, cláusula alternativa tácita, control de regularidad normativa, interpretación auténtica de la Constitución, Constitución Española.

**ABSTRACT:** In this paper I examine the thesis statement of José María Sauca on “Constitutional Liquidity” and the clauses of this kind that he identifies in the Spanish Constitution. I will analyze them under the light of the tacit alternative clause thesis presented by Kelsen.

**Keywords:** constitutional liquidity, tacit alternative clause, control of normative regulation, authentic interpretation of Constitution, Spanish Constitution.

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *En torno a la tesis de la cláusula alternativa tácita.* III. *Las cláusulas de liquidez constitucional en la Cons-*

<sup>1</sup> Agradezco a Álvaro Núñez por invitarme a participar en el seminario de la Universidad de Murcia que dio origen a este texto. Por supuesto, también a José María Sauca, por compartir las agudas y estimulantes ideas que fueron discutidas en el seminario y en esta publicación. Asimismo, agradezco a quienes realizaron la revisión de este escrito, que con sus comentarios contribuyeron a mejorar su estructura y el desarrollo de algunas ideas.

*titución Española. Una lectura a través de la tesis de la cláusula alternativa tácita. IV. Características estructurales de las cláusulas de liquidez constitucional. Estrecha cercanía con la tesis de Kelsen. V. Conclusión. VI. Referencias.*

## I. INTRODUCCIÓN

José María Sauca (2023), en su trabajo *Estabilidad y cambio en la constitución: la liquidez constitucional*, analiza, desde una perspectiva teórica y también histórica, algunas características de las constituciones. En particular, examina la idea de estabilidad y los mecanismos institucionales para conseguir este objetivo, así como los modos en que la estabilidad puede adecuarse a las exigencias de cambio social. En esta línea, considera los conceptos de inmutabilidad, intangibilidad, rigidez, atrincheramiento, reforma, mutación y flexibilidad, todos ellos referidos a la constitución. También, aborda en su investigación un fenómeno normativo que propone denominar “liquidez constitucional”, y que, según presenta, se habilita mediante ciertas *cláusulas de liquidez constitucional* (CLC) contenidas de manera expresa en algunas constituciones. El autor identifica cuatro CLC en la Constitución Española de 1978, y las analiza mediante la caracterización que presenta sobre este fenómeno.

Sauca anota que la liquidez constitucional es una dimensión que no ha sido explorada de manera sistemática. En sus palabras, se refiere a “aquellos supuestos en los que las prescripciones constitucionales devienen parcialmente inaplicables en razón de que la propia constitución ha dispuesto la aceptación de la prioridad aplicativa de otra normativa que eventualmente pudiera llegar a existir” (Sauca, 2023, p. 31). A continuación, señala que las previsiones constitucionales que operan como fuente de liquidez constitucional serán denominadas CLC. Para su identificación, dice, se limita a una aproximación a la Constitución Española de 1978.

Reseñaré las CLC que Sauca identifica en la Constitución Española y propondré analizarlas a la luz de las ideas que Kelsen expuso sobre la *cláusula alternativa tácita* (CAT). Sostendré que las ideas de Sauca sobre liquidez constitucional (no obstante que atribuye a las cláusulas habilitantes un carácter expreso) son cercanas a lo que Kelsen intentaba esclarecer mediante la tesis de la CAT. Esto es, que la aplicabilidad y efectos jurídicos de normas que podrían tener un contenido incompatible con otras normas constitucionales está estrechamente relacionado con el diseño institucional del control de la constitucionalidad. Así, se vincula con las decisiones que dichos órganos toman sobre la regularidad de las normas jurídicas y la prioridad aplicativa de estas.

## II. EN TORNO A LA TESIS DE LA CLÁUSULA ALTERNATIVA TÁCITA

Kelsen es uno de los teóricos que enfatiza el carácter dinámico del derecho, en el sentido de que regula su propia producción mediante normas que establecen las condiciones para producir válidamente otras normas. Esta idea está estrechamente vinculada con su noción de estructura jerárquica del orden jurídico, según la cual, este se compone de normas de distintos niveles, y las normas de inferior jerarquía están subordinadas a las normas superiores. En el nivel superior del derecho positivo de los órdenes jurídicos se encuentran las constituciones. Las normas superiores instauran condiciones de validez formal, relativas al órgano competente y el procedimiento que ha de seguir dicho órgano para la producción normativa. Y, también, en los órdenes jurídicos contemporáneos, las normas superiores establecen requisitos materiales que, generalmente, limitan el contenido de las normas a producir (Kelsen, 1960, p. 201 y ss.).<sup>2</sup>

De lo recién expuesto, podría concluirse que una norma que no se adecúa a las condiciones formales y/o materiales establecidos por las normas superiores es, según esta propuesta, una norma inválida. Sin embargo, cuando Kelsen aborda la cuestión de las normas inconstitucionales formula la polémica tesis de la CAT.

Según plantea Kelsen, las constituciones tienen, por una parte, una regulación que fija las condiciones que han de seguirse para producir válidamente las otras normas de un sistema jurídico. Pero, además, dice, tienen una regulación alternativa, en virtud de la cual, las denominadas normas inconstitucionales están, en realidad, autorizadas vía indirecta por la constitución. Esta regulación alternativa faculta tácitamente al legislador y a los jueces a formular normas generales o individuales, respectivamente, según el procedimiento y contenido que los mismos decidan. Salvo que el control de la regularidad se encargue a un órgano diverso a estos, pues en este último caso, la constitucionalidad dependerá de la decisión de los órganos a cuyo cargo se encuentre dicho control (Kelsen, 1960, p. 279).<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Hay que precisar que, según Kelsen, la primera constitución de un orden jurídico deriva de la norma fundamental, la que no es una norma puesta o positivada, sino una norma supuesta; una hipótesis metodológica que utiliza el autor para justificar la validez (en sentido de obligatoriedad) de la primera constitución (Kelsen, 1960, p. 205 y ss.). Sobre la ambigüedad conceptual con que Kelsen utiliza la expresión “validez” me referiré, someramente, unos párrafos adelante. Críticas a la noción de norma fundamental y el concepto de validez en sentido de obligatoriedad, pueden revisarse en la bibliografía mencionada en la nota 7 de este escrito.

<sup>3</sup> Kelsen ya había formulado la CAT en la primera edición de la *Teoría Pura del Derecho* (Kelsen 1934, p. 115-116).

Entonces, de acuerdo con esta tesis, aunque las normas superiores fijen condiciones de validez formal relativas al procedimiento conforme al cual han de formularse las normas, y/o establezcan condiciones de validez material, las normas disconformes con estos requisitos cuentan como “válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por un órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la constitución” (Kelsen, 1960, p. 280).

Es interesante notar que, en este contexto, Kelsen hace la referencia al Rey Midas, explicando que: “En este respecto, el Derecho se asemeja al Rey Midas. Así como todo lo que aquel tocaba se convertía en oro, todo aquello a que el derecho se refiere, toma carácter jurídico. Dentro del orden jurídico, la nulidad es sólo el grado superior de la anulabilidad” (Kelsen, 1960, p. 283).

Para una comprensión de esta tesis de Kelsen es prudente conectarla con otros aspectos de su teoría.<sup>4</sup> Uno de estos aspectos es la ambigüedad conceptual con que utiliza la expresión *validez*. Si bien es cierto que Kelsen propone como criterio de validez jurídica la conformidad con las normas superiores que condicionan la producción normativa, también utiliza la expresión “validez” para referirse a la existencia jurídica de las normas y, también, a la obligatoriedad de cumplir con estas. Así, la tesis de la CAT puede entenderse como una propuesta para explicar la existencia y efectos jurídicos de normas inválidas (en sentido de irregulares o disconformes con las normas sobre producción jurídica), mientras no sean positivamente expulsadas del orden jurídico.<sup>5</sup>

Pero, sobre todo, para un mejor entendimiento de la tesis de la CAT esta ha de conectarse con la idea del carácter de constitutivo de las sentencias y de las “declaraciones” de inconstitucionalidad, así como con la noción de interpretación auténtica del autor. Sobre lo primero, cabe recordar que, según Kelsen, las denominadas “declaraciones de inconstitucionalidad” no meramente declaran, sino que constituyen la inconstitucionalidad (Kelsen, 1960, p. 246-251). A su vez, de acuerdo con Kelsen, hay que considerar que los intérpretes auténticos no son, como se entien-

<sup>4</sup> En esta oportunidad me referiré, solamente, a los aspectos de la teoría de Kelsen que tienen mayor relevancia a los efectos de esta propuesta. En otro escrito he analizado con mayor profundidad las conexiones de la CAT con otras tesis de la teoría del derecho de Kelsen (Chahuán, 2017).

<sup>5</sup> En este sentido afirma: “Una norma no válida es una no existente, es la nada jurídica. La expresión «ley inconstitucional», aplicada a un precepto legal que se considera válido, es una contradicción en los términos” (Kelsen, 1960, p. 277). La ambigüedad con que Kelsen utiliza el término “validez”, tanto en sentido de existencia jurídica y obligatoriedad, ha sido criticada por otros autores. Cito a modo de ejemplo: Hart (1958); Ross (1961); Raz (1979); Nino (1985); Celano (1999); Bulgin (1982, 1990); Guastini (1992, 2002).

de tradicionalmente, los autores de los textos. Los intérpretes auténticos en sentido kelseniano son los órganos con competencias para atribuirle significado a los textos normativos, cuya decisión produce efectos jurídicos y se impone sobre las demás. En especial, dice Kelsen, es auténtica la interpretación que llevan a cabo los tribunales superiores que tienen la última palabra sobre el significado de los textos normativos (Kelsen, 1960, p. 350-354).<sup>6</sup>

La tesis de la CAT, en general, ha sido bastante criticada por considerarse contradictoria con la propia teoría del derecho de Kelsen, concretamente, con la idea de estructura jerárquica del orden jurídico.<sup>7</sup> En mi opinión, aun cuando sea una tesis que fue formulada de un modo que puede parecer paradójico, Kelsen observa una cuestión central para el análisis de las normas inconstitucionales: el diseño institucional de los mecanismos de control de la regularidad constitucional. Cuando una norma no está sujeta a un control distinto al de aquel que la formula, entonces, será este mismo órgano quién decida sin límites su contenido (o procedimiento). En cambio, cuando existe un órgano diferente a quien se atribuye competencia para decidir sobre la constitucionalidad, será quien decida lo que vale como una norma jurídica regular. Además, cuando existe dicho órgano encargado del control de la regularidad, mientras una norma no sea positivamente expulsada del orden jurídico por este, aunque haya sido formulada de modo irregular (o interpretada de este modo por algunos intérpretes), esta cuenta como si fuese válida.

Algunos autores que son críticos de la CAT, me refiero en particular a Eugenio Bulygin (1995, p. 17) y a Juan Ruiz Manero (1990, p. 65-67), la han interpretado como una tesis que alude a una regla que ordenaría conductas opuestas: por una parte, ordena formular normas ajustadas a las normas constitucionales y, también, autoriza formular normas inconstitucionales. Así, cualquier curso de acción resultaría conforme con las normas constitucionales, de modo que estas no podrían ser infringidas. Por eso estos autores creen que, de seguirse esta tesis, supondría la pérdi-

<sup>6</sup> Sobre la noción de interpretación auténtica de Kelsen puede revisarse Troper (1999, p. 475-476).

<sup>7</sup> En este sentido puede revisarse a Bulygin (1995). Una crítica similar se encuentra en Ruiz Manero (1990). Letizia Gianformaggio (1995) plantea sugerentes interrogantes sobre la tesis de la CAT de Kelsen (en esa misma publicación, esta autora junto a Stanley Paulson recopilan uno de los debates más difundidos en torno a la tesis de Kelsen). En defensa de la CAT y rescatando aspectos realistas de la teoría del derecho de Kelsen, véase Comanducci (1997, 1998, 2012); Chiassoni (2012a, 2012b, 2012c, 2013, 2017); Ratti (2014). Una propuesta de análisis que vincula a la CAT con la idea de derrotabilidad puede consultarse en Tur (2013).

da del contenido normativo, entendido como la capacidad de las normas de guiar la conducta.

En mi opinión, en cambio, la CAT es una tesis que no alude a reglas de conducta, sino a normas de competencia.<sup>8</sup> La tesis de Kelsen consiste en mostrar que a los órganos con competencias normativas se les concede un poder para formular normas sin ningún límite (más que aquellos que los mismos consideren), si es que sus decisiones no están sometidas a un control que sea ejercido por un órgano diverso. De este modo, los órganos con competencias normativas pueden formular normas que resultan contradictorias con otras normas que regulan la producción normativa. En cambio, cuando se confiere poder a un órgano distinto al que formula las normas, a cuyo cargo se encuentra el control de constitucionalidad, este podrá invalidarlas. Será así quien tenga la última palabra sobre la regularidad o irregularidad de las normas jurídicas.

Kelsen destaca que la cuestión de la regularidad depende de quién sea el organismo a cuyo cargo se encuentra el control de constitucionalidad. Dicho de otra manera, enfatiza que el órgano con competencia normativa será el que decida el contenido y el procedimiento de las normas que formula, o bien, será el órgano con competencias de control, si es que existe, quien decida finalmente sobre lo anterior.

Sobre la cercanía de estas ideas de Kelsen con las de Sauca, profundizaré en los puntos siguientes al examinar las CLC que identifica en la Constitución Española y sus características estructurales.

### **III. LAS CLÁUSULAS DE LIQUIDEZ CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. UNA LECTURA A TRAVÉS DE LA TESIS DE LA CLÁUSULA ALTERNATIVA TÁCITA**

Según propone Sauca, la Constitución Española de 1978 contiene algunas previsiones constitucionales que habilitan la posibilidad de que se formulen, en el futuro, normas cuyo contenido sea eventualmente inconstitucional. Estas cláusulas, expone, son inmunes al control de constitucionalidad correspondiente. La regulación constitucional se hace así líquida, en el sentido que es la misma Constitución la que explícitamente habilita las condiciones de producción de normativa inconstitucional. Estas cláusulas son:

- 1) La previsión de interpretación conforme al derecho internacional de los derechos humanos (artículo 10.2)

<sup>8</sup> En un sentido similar véase Guastini (2016).

- 2) La Casa del Rey (artículo 65.2)
- 3) El reconocimiento de la primacía y efecto directo del derecho de la Unión Europea (artículo 93)
- 4) La actualización de los derechos históricos (Disposición Adicional 1a.)

### 1. *Previsión de interpretación conforme*

La primera CLC que Sauca identifica en la Constitución Española es la contenida en el artículo 10.2 que establece que “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”.

Si entiendo bien el argumento de Sauca, esta disposición contiene una CLC porque habilita a los intérpretes estatales a interpretar las disposiciones normativas relativas a derechos fundamentales, de un modo tal que se extraigan normas que pueden resultar disconformes con la Constitución. Esto se explica, a su vez, debido a que las disposiciones sobre derechos fundamentales deben interpretarse de manera que se adecúen a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales sobre estas materias ratificados por España. Y, sobre todo, porque deben ajustarse a las interpretaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y los diversos comités de Naciones Unidas. Estas interpretaciones no son necesariamente compatibles con una interpretación conforme con la Constitución.

Esta cláusula daría prioridad aplicativa a las interpretaciones según la normativa internacional por sobre las interpretaciones conforme con la Constitución. Según plantea Sauca (2023, p. 35), esto se da, especialmente, cuando existen órganos internacionales a cargo de la interpretación de estos instrumentos, como es el caso del TEDH y los diversos Comités de Naciones Unidas, dado que los intérpretes estatales deben seguir sus interpretaciones, aun cuando sean incompatibles con normas constitucionales.

Sauca explica que el TEDH ha ido progresivamente convirtiéndose en un tribunal constitucional europeo, especialmente, a partir de la doctrina del efecto de cosa juzgada y su desarrollo a través de las sentencias piloto, así como con la vigencia del Protocolo 16 de la Convención Europea de Derechos Humanos. También, según indica, se ha ido extendiendo la posibilidad de aplicar un control de convencionalidad en el ámbito de actuación de los tribunales españoles.

Como ya he adelantado, esta disposición constitucional (y también las demás que examina el autor) se puede analizar con la tesis de la CAT de Kelsen, la que, como observé unas páginas atrás, se conecta con su noción de interpretación auténtica. Sobre esto último, cabe recordar que, según el autor de la *Teoría pura del derecho*, la interpretación auténtica es aquella que llevan a cabo los órganos con competencias para interpretar. Consiste en decidir un significado de los textos que se impone por sobre otras interpretaciones. Especialmente, es aquella que realizan los tribunales superiores que tienen la última palabra en materia de interpretación.

Aunque Sauca insiste en que las CLC son cláusulas expresas (no tácitas), apunta a la misma idea de Kelsen: lo que cuenta como válido o regular desde el punto de vista jurídico está estrechamente vinculado con el diseño institucional de los mecanismos de control de la regularidad constitucional y de la legalidad. Así, depende de quién tiene la última palabra sobre esto.

Esta idea se refuerza si se tiene en cuenta que, en el análisis de cada una de las cláusulas de liquidez, Sauca concluye dando cuenta de los mecanismos de control de la regularidad, ya sea de la constitucionalidad, o bien la regularidad respecto de la normativa internacional. En el desarrollo de sus argumentos subraya las diferencias, que considera significativas, entre las situaciones en que existe un órgano jurisdiccional encargado de interpretar autoritativamente la normativa internacional y las situaciones en que no existe un órgano de este tipo.<sup>9</sup> En esta misma línea, Sauca (2023, p. 37) explica que actualmente tiende a aceptarse que los jueces ordinarios del sistema jurídico español ejercen un control difuso de legalidad respecto de los criterios de interpretación de las sentencias de la Corte Europea. En otras palabras, ellos también ejercen una cuota de control de la regularidad de la normativa.

En síntesis, una parte considerable del análisis se dirige a dar cuenta del diseño de los mecanismos de control y lo que han decidido los órganos con competencias para interpretar las disposiciones normativas en cuestión. Con relación al sistema jurídico español, cabe preguntarse, quién tiene la última palabra en materia de interpretación (quién o quiénes son los intérpretes auténticos en sentido kelseniano): el TEDH (u órganos similares), o bien los órganos estatales como el Tribunal Constitucional

<sup>9</sup> Cito una parte del texto en que Sauca (2023) explícitamente recalca las diferencias relativas al diseño del control de regularidad normativa: “el margen de discrecionalidad que existe para la interpretación de un tratado o un acuerdo internacional es significativamente diferente en el caso de que estos tengan asociados o no un órgano de tipo jurisdiccional encargado de la interpretación de aquellos” (p. 35).



(TC) que decide seguir o no seguir las interpretaciones de los tribunales internacionales y considerarlas o no como prioritarias.

## 2. La Casa del Rey

Sauca identifica una segunda CLC que extrae del artículo 65.2 que dispone que: “El Rey nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa”.

Esta cláusula, según registra, tiene como antecedente el aspecto financiero contenido en el número anterior del mismo artículo, que señala: “El Rey recibe de los Presupuestos del Estado una cantidad global para el sostenimiento de su Familia y Casa, y distribuye libremente la misma”.

Al respecto, Sauca sostiene que, si bien es cierto que los integrantes de la casa del Rey tienen protección jurisdiccional en cuanto a sus derechos como miembros de una administración singular, el control jurisdiccional no interfiere en la libre administración que tiene el Rey. Sobre esto goza de “irresponsabilidad”. Así, Sauca concluye que el artículo 65.2 contiene una CLC que habilita al Rey a producir actos relativos a la administración de su casa que están por fuera de la legalidad y del control jurisdiccional. Nota que, a diferencia del supuesto anterior, la tendencia es que vaya en disminución, dada la disposición a una mayor regulación constitucional de la monarquía (Sauca, 2023, p. 39-40).

Una primera cuestión que podría comentarse aquí es que puede interpretarse que hay una antinomia entre, por una parte, esta norma constitucional que exime de responsabilidad al Rey por la administración interna de su casa, y, por la otra, las normas constitucionales que sujetan los actos de los órganos del estado o de las administraciones a la legalidad. El mismo Sauca, unas páginas adelante, descarta que las CLC se traten de antinomias porque, según señala, las CLC habilitan a producir normas que pueden resultar incompatibles con otras normas constitucionales, pero no son ellas mismas incompatibles. Son cláusulas habilitantes de aplicabilidad externa que dan prioridad aplicativa a la normativa producida en virtud de ella.

En mi opinión, nuevamente se trata de lo que muestra Kelsen con la tesis de la CAT. Si no hay un órgano diverso al que formula la normativa que tenga competencia para controlar su regularidad, entonces, será este mismo quién decida las normas que cuentan como regulares. En este caso, si no hay un órgano diferente al Rey que controle la constitucionalidad de sus actos (el control jurisdiccional queda fuera) es este quien decide sin límites el contenido de los actos relativos a la administración interna de su casa.

Así, explicado a través de la tesis de la CAT esta disposición diría lo siguiente. Aun cuando el Rey produzca actos relativos a la administración interna de su casa que puedan ser interpretados como incompatibles con otra normativa constitucional, estos operarán como si fuesen válidos. Esto porque es el mismo Rey el que controla la regularidad de los actos relativos a la administración interna de su casa. Tales actos están exentos de un control a cargo de un órgano diferente, caso en el cual sería este último quien decide si se ajustan o no a la Constitución.

### **3. *El reconocimiento de la primacía y efecto directo del derecho de la Unión***

La tercera CLC que Sauca identifica es la que contiene el art. 93 de la Constitución Española, que dispone:

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.

Esta disposición, según menciona Sauca, se complementa con el artículo 135.2 (introducido por reforma constitucional del 27 de septiembre de 2011) que establece que: “El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros”.

El autor reconoce que no pretende abordar todas las complejidades de los múltiples aspectos involucrados en la interpretación de estas disposiciones. No obstante, puntualiza que, en un comienzo la tendencia jurisprudencial fue a no reconocer el carácter constitucional del derecho europeo, más bien se consideró de rango infra constitucional. Sin embargo, cree que actualmente la tendencia es a defender la primacía del derecho de la Unión por sobre el derecho español, incluida la Constitución, más allá de unos límites genéricos que el TC juzga de improbable transgresión.

Entonces, de nuevo depende de quién o quiénes tienen la última palabra sobre las normas que cuentan como válidas en un sistema jurídico, tal como en la tesis de la CAT. En este punto, Sauca examina la jurisprudencia del TC español y observa que este órgano es quien ha decidido el estatus del derecho europeo en el sistema jurídico español (infra o supra constitucional). Por consiguiente, destaca las decisiones del órgano

con competencia para determinar en última instancia lo que cuenta y lo que no cuenta como válido o regular en el derecho español y su jerarquía.

De este modo, al analizar esta CLC, Sauca se enfoca en prácticamente los mismos aspectos que Kelsen aborda en su explicación sobre la CAT. Recuerdese que Kelsen insiste en que cuando existe un órgano competente —como un tribunal constitucional— para revisar la regularidad de cierta normativa, será este quien finalmente decida su estatus en el orden jurídico y si tal normativa se ajusta o no a la constitución. Estos mismos aspectos se encuentran en el análisis de Sauca cuando examina las tendencias jurisprudenciales de las decisiones del órgano a cargo del control de constitucionalidad en el sistema jurídico español. También en este punto es interesante considerar las conexiones entre la tesis de la CAT y la tesis del carácter constitutivo de las “declaraciones de constitucionalidad e inconstitucionalidad”, así como con la noción kelseniana de *intérprete auténtico*. Aplicado al análisis de Sauca, me parece interesante, sobre todo, por los comentarios relativos a los órganos que han decidido el estatus del derecho europeo en relación con la Constitución Española.

#### 4. La actualización de los derechos históricos

La cuarta CLC en la Constitución Española es, según Sauca, la norma que se extrae de la Disposición Adicional 1a. que establece que: “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”.

Según Sauca, este es el supuesto más complejo y probablemente más controvertido de las cuatro CLC analizadas, y cree que connota una excepcionalidad en el marco constitucional español. Según algunos han sostenido, los derechos históricos preceden a la constitución “son pre y para constitucionales, inmunes a revisión constitucional y suponen reserva permanente de autogobierno” (Sauca, 2023, p. 44, citando a Herro de Miñón).

La idea aquí, según entiendo, es que se trata de una CLC porque, según tal interpretación de esta disposición, se habilita a producir normativa según derechos históricos, lo que podría resultar incompatible con otras normas constitucionales. Sauca indica que a este marco constitucional se debe añadir la Disposición Adicional 4a., relativa al estatuto de autonomía del País Vasco y el de Navarra. Sobre estas cláusulas subraya lo que cito continuación:

Por demás, el Tribunal Constitucional ha mantenido una posición interpretativa restrictiva en relación con su reconocimiento. Si bien se han mantenido los peculiares sistemas de concierto y convenio económico que ha establecido un régimen fiscal singular que ha sido, por demás, ratificado en el marco europeo. (Sauca, 2023, p. 45)

En este punto, Sauca destaca cómo el TC español ha interpretado los márgenes de la normativa relativa a los derechos históricos y su estatus en el derecho español. De esta manera, una vez más apunta hacia lo que advierte Kelsen con la tesis de la CAT en cuanto al diseño institucional de los mecanismos de control de la regularidad constitucional. Los márgenes constitucionales respecto al contenido y procedimiento para formular normas dependen, en la práctica, de las decisiones que adopten los órganos a los que el propio sistema jurídico atribuye competencia para decidir sobre esto. Así, las normas que sean producidas en virtud de esta CLC continuarán o no produciendo efectos jurídicos, dependiendo de la decisión que, al respecto, tomen los órganos competentes para producir una interpretación auténtica de la constitución, en sentido kelseniano.

#### **IV. CARACTERÍSTICAS ESTRUCTURALES DE LAS CLÁUSULAS DE LIQUIDEZ CONSTITUCIONAL. ESTRECHA CERCANÍA CON LA TESIS DE KELSEN**

Al final del texto, Sauca propone algunas características estructurales y otras funcionales de las CLC, así como sus implicaciones teóricas. Haré algunos comentarios sobre las características estructurales.

##### **1. *Carácter expreso***

En primer lugar, Sauca plantea que estas cláusulas tienen un *carácter expreso*. Es decir, están contenidas en una formulación explícita, en el sentido de que existe un “enunciado lingüístico susceptible de contener una proposición inteligible y con grado de univocidad aceptable”, que habilita a producir normativa de este tipo (Sauca, 2023, p. 46).

Intuyo que Sauca defendería la idea de que esta es, al menos, una de las características que diferencia su propuesta de análisis sobre estas cláusulas de la tesis de Kelsen. Las que él analiza no son cláusulas tácitas o supuestas, sino reglas que explícitamente confieren poderes para producir una normativa que, eventualmente, puede tener un contenido inconstitucional.

Pero ¿qué indican de manera explícita estas disposiciones? Considerando el propio análisis de Sauca, en el desarrollo de sus argumen-

tos enfatiza, más bien, cómo está diseñado el control de la regularidad de las normas producidas en ejercicio de la competencia conferida por las CLC. En algunos casos, según relata, están exentas de control jurisdiccional de constitucionalidad, de modo que el órgano o sujeto que formula la norma es el mismo que decide sobre la regularidad de sus actos (como en el caso de la administración interna de la casa del Rey). O bien, se refiere al órgano encargado del control y qué es lo que ha decidido sobre la constitucionalidad o la primacía de otra normativa (como la normativa del derecho internacional o la de los derechos históricos). Así también, examina si es que hay otro órgano con competencias para interpretar que está “por encima” de los órganos estatales (el TEDH como tribunal constitucional), en el sentido que estos deben seguir sus interpretaciones o que, en la práctica, las siguen.

Entonces, tal como Kelsen, Sauca desprende su tesis de la configuración o diseño de los mecanismos de control de constitucionalidad. Extrae las características estructurales —incluida la del carácter expreso— a partir de lo mismo: de normas que confieren poder para interpretar autoritativamente si es que la normativa producida en virtud de las CLC se ajusta o no a normas superiores. Y recalca lo que han decidido tales órganos al respecto. O bien, saca sus conclusiones a partir de la ausencia de competencias para controlar la constitucionalidad de algunos actos, en el sentido de que no hay un órgano a cargo del control que sea distinto al que los formula.

## **2. Estructura de una regla**

Una segunda característica que Sauca atribuye a las CLC es la estructura de una regla. Al respecto, precisa que las CLC no responden al grado de generalidad y ambigüedad que caracterizan a los principios.

En el caso de la tesis de Kelsen, también alude a las reglas que organizan el control de constitucionalidad. De estas reglas sobre el diseño del control, Kelsen extrae la tesis de la CAT. Esto está íntimamente relacionado con la característica siguiente.

## **3. Reglas que confieren poderes**

Las CLC son, según Sauca, reglas que atribuyen competencias para la creación de otras normas. Entonces, ¿cuáles son, concretamente, los poderes atribuidos por estas CLC y a qué sujeto u órgano se le confieren? Intentaré reconstruir la respuesta a esta pregunta sobre la base de las afirmaciones

de Sauca, aunque no siempre resulta del todo claro cuál es el poder conferido ni a qué sujeto u órgano.

La norma que se extrae del artículo 10.2 atribuye a los órganos estatales el poder de interpretar los textos normativos de acuerdo con normativa internacional sobre derechos humanos. O más bien, según las interpretaciones de organismos internacionales, aun cuando de esas interpretaciones se extraigan normas disconformes con normas constitucionales. Esta cláusula establece así la prioridad de la interpretación según la normativa internacional de los derechos humanos, frente a una interpretación conforme con la Constitución.

La norma que se extrae del artículo 65.2 confiere el poder normativo al Rey para disponer libremente de los nombramientos de los miembros de esta administración singular, y de la distribución del gasto. Dicho de otra manera, el mismo Rey “controla” estos actos (no hay órgano diferente que controle su regularidad).

Sobre la norma contenida en el artículo 93, no estoy muy segura de qué poder confiere exactamente y a quiénes. Sauca asevera que la producción normativa reconocida por esta CLC es de magnitud extraordinaria: establece una prelación normativa, efectos generales y aplicación directa del derecho de la Unión, así como también, hay ámbitos competenciales afectados.

Respecto de la Disposición Adicional 1a., según entiendo, Sauca plantea que esta CLC confiere el poder normativo para producir una regulación alternativa a la contemplada en la Constitución, respecto de la atribución de competencias a las comunidades autónomas, sin proceder a su reforma formal.<sup>10</sup>

En este punto, finalmente comenta que, en definitiva: “las CLC tienen un carácter nomodinámico que, con mayor o menor amplitud [...], genera nuevas normas cuyo contenido no es determinable *a priori* de los actos de producción normativa” (Sauca, 2023, p.).

Sobre esta característica, al igual que la tesis de Kelsen, se refiere a normas que atribuyen competencia. Como subrayé anteriormente, Kelsen observa que en los casos en que el examen de constitucionalidad

<sup>10</sup> Sobre esta CLC, Sauca señala que es de un grado de indeterminación más amplio y que “[...] la habilitación de producción normativa remite, de manera indirecta, a un carácter paccional que resulta característico de los procedimientos de elaboración y reforma de los Estatutos de Autonomía establecidos en la Constitución. De esta forma, los Derechos Históricos constituyen el acervo material de competencias de carácter extraordinario objeto de actualización mediante los procesos bilaterales de novación estatutaria. Dicha actualización, por definición -salvo que sea una disposición vacía de contenido-, excede los límites establecidos en el art. 149.1 de la CE relativos al reparto competencial sometido al principio de disponibilidad” (Sauca, 2023, p. 48).

no se delega en un órgano distinto al legislador, no se puede concluir otro resultado que la autorización tácita para formular normas irregulares. Distinta es la situación cuando se contemplan dichos mecanismos de control, destacando que:

es esencialmente diferente cuando la constitución delega en otro órgano, distinto al legislativo el examen o resolución de la pregunta de si una ley corresponde a las determinaciones constitucionales que directamente regulan la legislación, facultándole a anular la ley que considere “inconstitucional”. Esta función puede ser conferida a un tribunal especial, o a un tribunal supremo, o a todos los tribunales. (Kelsen, 1960, p. 279- 280).

Estas mismas ideas pueden extraerse de las aseveraciones de Sauca. Así, por ejemplo, cuando al referirse a la primera CLC, acentúa que es significativamente diferente la situación si es que existe un órgano jurisdiccional a cargo de las interpretaciones de los tratados o acuerdos internacionales sobre derechos humanos, como el TEDH. En este caso, sostiene, este tendrá la última palabra sobre la interpretación de estos documentos. En caso de que no exista un órgano internacional de este tipo, los órganos estatales tendrán mayor discrecionalidad para interpretarlos. Incluso en el primer caso, creo que vale la pena evaluar con mayor detenimiento si es que el TEDH es el órgano que tiene, realmente, la última palabra en estas materias en el sistema jurídico español.

Las ideas de Sauca también se acercan bastante a la tesis de Kelsen cuando, respecto de la segunda cláusula, explica que los actos de la administración interna de la casa del Rey están por fuera del control jurisdiccional. Asimismo, respecto de la tercera y cuarta CLC, cuando presenta lo que ha resuelto el TC español sobre la primacía o subordinación del derecho europeo o de los derechos históricos respecto de la Constitución Española.

#### **4. Relación de primacía aplicativa en relación con la normativa constitucional**

Sobre este punto tengo más bien preguntas y solicitudes de aclaración al autor. Según expone Sauca:

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 D. A. 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 siste-

ma. 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. Finalmente, es conveniente aclarar que las normas dictadas en virtud de la CLC no tienen el carácter de normas delegadas. (Sauca, 2023, p. 49-50).

De estas afirmaciones, puede extraerse que las CLC, además de conferir poderes, son normas o criterios de aplicabilidad externa, es decir, que ordenan o autorizan la aplicación de otras normas,<sup>11</sup> las producidas en ejercicio de la competencia que confieren. Estas últimas, aun cuando no pertenezcan al sistema jurídico de referencia (en este caso el español), resultan aplicables. Asimismo, las CLC establecen una primacía aplicativa de estas normas frente a otras con las que pudiesen resultar incompatibles.

Mi pregunta es la siguiente: según Sauca, lo que no entra en relación de contradicción, ¿son las CLC con la Constitución? O bien, ¿las normas producidas en virtud de las CLC con la Constitución, aun cuando tengan un contenido incompatible?

Entiendo que las cláusulas habilitantes (las CLC) no entren en relación de contradicción con la constitución, porque son una habilitación para producir una futura legislación que eventualmente podría —o no— resultar incompatible con la constitución. Pero las normas en virtud de ellas producidas, en caso de que tengan un contenido inconstitucional (se interprete de ese modo), ¿por qué no entran en relación de contradicción con la Constitución? De contenido inconstitucional parece decir precisamente eso. Podría concluirse, entonces, que, aunque las normas producidas como ejercicio de la competencia atribuida resulten inconstitucionales,

<sup>11</sup> Moreso y Navarro (1996) introducen, al concepto de aplicabilidad propuesto por Bulygin (1982), la distinción entre aplicabilidad externa y aplicabilidad interna. La primera coincide con el concepto de aplicabilidad propuesto por Bulygin, de modo que “Una norma *Ni* es externamente aplicable en un tiempo *t* a un caso individual *c*, que es una instancia del caso genérico *C* si y sólo si otra norma *Nj*, perteneciente al sistema *Sj* del tiempo *t*, prescribe (obliga o faculta) aplicar *Ni* a los casos individuales que son instancias de *C*” (p. 125). En cambio, la aplicabilidad interna de una norma alude a los eventos o estados de cosas regulados por su propio “ámbito de validez”. Definen así a la aplicabilidad interna del siguiente modo: “Una norma *Ni* es internamente aplicable en un momento *t* a un caso individual *c* si y sólo si *c* es una instancia del caso genérico *C*, delimitado por las propiedades definitorias de los ámbitos de validez (espacial, temporal, personal y material) de *Ni*” (Moreso y Navarro, 1996, p. 127).



son igualmente aplicables, porque otra norma constitucional (la respectiva CLC) autoriza y también prioriza su aplicación.

Otra cuestión. Las normas producidas en virtud de la CLC contenidas en el artículo 65.2 y la de la Disposición Adicional 1a., según Sauca, son aplicables y, además, pertenecientes al sistema jurídico en cuestión. En cambio, en los supuestos de los artículos 10.2 y 93, afirma que las normas producidas son aplicables mas no pertenecientes. Sobre esto, no me queda claro cuál es el criterio de pertenencia asumido por el autor. ¿Por qué las dos primeras pertenecen y las otras no? Pareciera que todas las normas producidas como ejercicio de las competencias conferidas por las CLC pertenecen al sistema jurídico de referencia —no obstante, tengan un contenido incompatible con la Constitución—, porque, por ejemplo, el criterio asumido es el de la vigencia. O bien, podría decirse que, cuando tienen un contenido incompatible con la Constitución, no son pertenecientes al sistema jurídico en cuestión, pero son aplicables porque otra norma (la respectiva CLC) autoriza su aplicación, como sostiene Bulygin (1982) respecto de las normas inconstitucionales. No es mi intención aquí defender algún criterio de pertenencia frente a otro, sino más bien mostrar que no es claro el criterio de pertenencia asumido por Sauca.

Ahora, respecto a la CAT de Kelsen, se puede entender también que las normas relativas al diseño del control de constitucionalidad son normas o criterios de aplicabilidad. De este modo, las normas producidas por autoridades normativas son aplicables a los supuestos que regulan, mientras no sean expulsadas del sistema por la decisión de los órganos que tienen a su cargo el control de la regularidad normativa.

##### **5. Las CLC habilitan a producir normativa que puede resultar incompatible con otras normas constitucionales**

Como quinta característica estructural, Sauca plantea que la Constitución admite que las normas generadas a través de una CLC puedan tener un contenido que, eventualmente, resulte incompatible con la regulación ordinaria de la Constitución.

La idea de que las cláusulas de liquidez habilitan a producir una regulación alternativa a la constitución es muy similar, incluso en su redacción, a la tesis de la CAT. No tengo más que agregar aquí que lo ya dicho.

Hacia el final de esta caracterización, Sauca añade que la liquidez constitucional implica la manifestación de un poder de idéntica naturaleza que el poder constituyente, o el poder constituido en el caso de las refor-

mas; y que, por ello, suponen el uso del poder soberano que fundamenta a la Constitución. En esa línea, sostiene que:

Las CLC son parte de la Constitución, tienen la misma legitimidad que cualquier otro componente de ella y su peculiaridad radica en que habilita la producción de normas que disfrutaran de preferencia aplicativa sobre las recogidas en el texto constitucional y, evidentemente, las producidas a tenor de la misma. Dicho en breve, las CLC implican una transferencia parcial de soberanía, la misma soberanía que legitima a la propia Constitución. (Sauca, 2023, p. 50).

Sobre la idea de transferencia de poderes soberanos, tengo también una duda y una solicitud de aclaración: ¿la transferencia de la soberanía se produce de quién hacia quién, o de cuál órgano a cuál otro órgano en cada una de las CLC identificadas? Para este análisis me parece relevante, nuevamente, evaluar quién tiene la última palabra sobre lo que cuenta como derecho y cuál es su jerarquía en el sistema jurídico español.

## V. CONCLUSIÓN

En este trabajo he intentado mostrar que la noción de *liquidez constitucional* que propone José María Sauca es muy cercana a la tesis de la CAT de Kelsen. En otras palabras, apunta hacia la misma idea: algunas disposiciones constitucionales expresan normas que autorizan a producir normativa que puede resultar incompatible con otras normas constitucionales. En el análisis de Sauca, estas normas son aquellas que denomina “cláusulas de liquidez constitucional”, cuyo examen sitúa en la Constitución Española de 1978, en la que identifica cuatro CLC. La tesis de Kelsen alude a las normas de competencia que configuran el control de constitucionalidad. En ambos análisis el foco está en esto último, sólo que la propuesta de Sauca está referida a una normativa específica y, también, al diseño del control de la regularidad que esa normativa, en particular, tiene. Así como a las decisiones que los respectivos órganos a cargo del control de la regularidad han tomado.

Sauca subraya como una de las características estructurales de las CLC su carácter expreso y, por tanto, no de carácter tácito como la cláusula de Kelsen. Sin embargo, el análisis de cada una de las cláusulas que identifica está enfocado, ya sea en la idea de que la normativa producida en virtud de la cláusula está exenta de control de constitucionalidad, o bien plantea que los órganos estatales que deciden sobre esto deben seguir, o de hecho siguen, las interpretaciones de otros organismos (i. e.

órganos internacionales). Y es exactamente esto lo que advierte Kelsen con la tesis de la CAT: la regularidad de una norma y el hecho de que esta pueda continuar produciendo efectos jurídicos depende, en la práctica, de la decisión del órgano que tiene la última palabra sobre el control de la regularidad.

Las demás características estructurales que identifica en estas cláusulas son las mismas que las de la tesis de la CAT. En síntesis: alude a normas de competencia que confieren poderes a ciertos órganos para producir normativa que, eventualmente, puede tener un contenido incompatible con otras normas constitucionales, cuestión que decidirán quienes tengan la última palabra sobre la regularidad de la normativa producida.

## VI. REFERENCIAS

- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1991). *Análisis lógico y derecho*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Bulygin, E. (1995). Cognition and interpretation of law. En L. Gianformaggio y S. Paulson (Eds.), *Cognition and Interpretation of Law* (pp. 11-35). Giappichelli.
- Celano, B. (1999). *La Teoria del diritto di Hans Kelsen: una introduzione critica*. Il Molino.
- Comanducci, P. (1997). Taking Kelsen seriously. En E. Garzón Valdés et al. (Eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory* (pp. 165-182). Duncker & Humblot.
- Comanducci, P. (1998). *Assagi di metaetica due*. Giappichelli.
- Comanducci, P. (2012). Tomando a Kelsen en serio. En G. A. Ramírez Cleves (Ed.), *Ecos sobre Kelsen* (pp. 439-460). Universidad Externado.
- Chahuán, M. (2017). Sobre la tesis de la cláusula alternativa tácita. Aspectos realistas que rescatar. *Analisi & Diritto*, (2017), 257-299.
- Chiassoni, P. (2012a). Dos preguntas, una solución. Sobre el realismo radical de Hans Kelsen. En J. J. Moreso y J. L. Martí (Eds.), *Contribuciones a la Filosofía del Derecho. Imperia en Barcelona 2010* (pp. 177-198). Marcial Pons.
- Chiassoni, P. (2012b). *Desencantos para abogados realistas*. Universidad Externado.
- Chiassoni, P. (2012c). Il realismo radicale della teoria pura del diritto. *Materiale per una Storia della Cultura Giuridica*, (1), 237-262. <https://www.rivisteweb.it/doi/10.1436/36850>

- Chiassoni, P. (2013). Wiener realism. En L. Duarte D'almeida, J. Gardner y L. Green (Eds.), *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law* (pp. 157-160). Hart Publishing.
- Chiassoni, P. (2017). Cuatro etapas en la epistemología jurídica de Hans Kelsen. En C. Bernal, y M. Porciuncula (Eds.), *Kelsen para erizos: ensayos en honor a Stanley L. Paulson* (pp. 85-126). Universidad Externado.
- Gianformaggio, L. (1995). Pure theory of law and tacit alternative clause. En L. Gianformaggio y S. Paulson (Eds.), *Cognition and Interpretation of Law* (pp. 257-273). Giappichelli.
- Guastini, R. (1992). *Dalle fonti alle norme*. Giappichelli.
- Guastini, R. (2002). Cinco observaciones sobre validez y derogación. *Discusiones. Inconstitucionalidad y Derogación*, (2), 59-63.
- Guastini, R. (2016). Kelsen on validity (once more). *Ratio Juris*, 29(3), 402-409.
- Kelsen, H. (1960). *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho* (Mario G. Losano, Trad.). Editorial Universitaria.
- Kelsen, H. (1986). *Teoría pura del derecho* (2a. Ed.; Roberto Vernengo, Trad.). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Moreso, J. J. y Navarro, P. (1996). Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (5), 119-139.
- Nino, C. S. (1985). *La validez del derecho*. Astrea.
- Sauca, J. M. (2023). *Estabilidad y cambio en la constitución: la liquidez constitucional* [Manuscrito inédito]. Programa de Doctorado en Derecho, Universitat Pompeu Fabra.
- Ratti, G. B. (2015). Un poco de realismo sobre inconstitucionalidad y derogación. *Discusiones*, 14(1), 253-276. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2014.2469>
- Raz, J. (1979). *The authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford University Press.
- Ross, A. (1991). *El concepto de validez y otros ensayos*. Fontamara.
- Ruiz Manero, J. (1990). *Jurisdicción y normas*. Centros de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Troper, M. (1999). Una teoría realista dell'interpretazione. *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, (2), 473-493. <https://www.rivisteweb.it/doi/10.1436/6738>
- Tur, R. (2013). The Alternative Character of the Legal Norm: Kelsen as a Defeasibilist? En L. Duarte D'almeida, J. Gardner, y L. Green (Eds.), *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law* (pp. 245-258). Hart Publishing.