



## Concepto y Justificación del Atrincheramiento de Normas Constitucionales Por Pedro A. Caminos

### I. El concepto de atrincheramiento de normas constitucionales.

Una de las características del constitucionalismo contemporáneo es la existencia de normas constitucionales *atrincheradas*. El atrincheramiento normativo consiste en la concurrencia de dos propiedades con relación a esas normas: (i) está prohibido derogarlas o modificarlas través del procedimiento legislativo ordinario; (ii) si ellas fueran derogadas o modificadas a través del procedimiento legislativo ordinario, existe un órgano que tiene la competencia para dejar sin efecto el acto de derogación o modificación.

La primera propiedad de las normas atrincheradas, es decir, su *inmodificabilidad por la vía legislativa ordinaria*, puede adoptar varias formas: (a) prohibición de reformar ciertos artículos o la totalidad del texto de la constitución, (b) prohibición de alterar ciertos principios o valores que caracterizan el contenido axiológico o ideológico de la constitución, (c) previsión de un procedimiento para la reforma del texto de la constitución que sea distinto, y más oneroso, que el previsto para la sanción de leyes ordinarias.

La segunda propiedad de las normas atrincheradas, esto es, que *exista un órgano con competencia para dejar sin efecto los actos que las deroguen o modifiquen*, puede implementarse también de diferentes formas. Para simplificar la exposición, diremos que, en general, los distintos procedimientos previstos en el derecho comparado para establecer sistemas de control de constitucionalidad pueden cumplir también con la tarea de garantizar el atrincheramiento de las normas inmodificables por la vía legislativa ordinaria, pues ambas actividades tienen un importante parecido estructural al punto tal que, en ocasiones, se las confunde.<sup>1</sup>

### II. En busca de una justificación para el atrincheramiento.

El atrincheramiento de las normas constitucionales, tan propio del constitucionalismo contemporáneo, entra en tensión, como no podía ser de otra manera, con aquellas teorías que, de alguna forma u otra, le otorgan primacía a los aspectos procedimentales en la producción de normas jurídicas. Aquí analizaremos sólo una de ellas: el *procedimentalismo jurídico*. Esta teoría se caracteriza por su adhesión a tres tesis. (i) La producción de normas jurídicas puede reducirse, conceptualmente, a un procedimiento, regulado por otras normas jurídicas, sin que sea en absoluto necesario incluir normas que impongan límites materiales a la producción de normas (tesis conceptual). (ii) Aunque sería posible incluir límites materiales a la producción de normas jurídicas, ello no es recomendable (tesis normativa). (iii) Si la constitución incluyera límites materiales

---

<sup>1</sup> La confusión es tan vieja como el propio control de constitucionalidad. Ya en “Marbury v. Madison” (5 US 137, 1803), el juez Marshall sostuvo que la inconstitucionalidad de la ley que, según su peculiar interpretación, había regulado la competencia originaria de la Suprema Corte de los Estados Unidos era inconstitucional porque la constitución sólo podía ser reformada por un procedimiento especial. En verdad, la inconstitucionalidad de la ley se sigue de que la constitución tiene una jerarquía normativa superior. Y la rigidez es un rasgo que indica esa mayor jerarquía, pero no es *constitutiva* de ella.

la producción de normas, los mismos deben ser considerados como no aplicables judicialmente (tesis interpretativa).<sup>2</sup>

Las tesis conceptual y normativa del procedimentalismo jurídico han sido criticadas por el *constitucionalismo político*.<sup>3</sup> Para esta teoría, reducir el derecho a un procedimiento autopoiético importa negar el carácter político de todo orden jurídico, es decir, del hecho de que éste es el resultado de una *decisión* adoptada por un *sujeto soberano* en un tiempo y espacio determinados. Para el constitucionalismo político, lo más importante de la *decisión constitucional* está dado por su contenido que consiste, en lo esencial, en una expresión de compromiso con ciertos valores o principios. Subordinados a esos valores, están el texto constitucional y las diferentes disposiciones que lo componen. En la medida en que se respete el contenido de la constitución, es decir, el conjunto de valores y principios que configuraron el objeto de la decisión constitucional (es decir, en tanto se respete la *legitimidad*), entonces es posible hacer todas las modificaciones que se quieran al texto constitucional (es decir, actuar a través de la *legalidad*). Ello es así porque alterar el contenido de la decisión constitucional equivale a adoptar una nueva decisión lo que, en términos políticos, implica que un nuevo sujeto soberano ha desplazado al anterior, modificándose, con ello, los principios de legitimidad. No tendríamos, entonces, una mera “reforma constitucional”, sino un *cambio de régimen político* (revolución, golpe de estado o como se le quiera decir).

Para el constitucionalismo político, el procedimentalismo jurídico no es capaz de distinguir entre legalidad y legitimidad. Por ello, es una teoría suicida, pues le otorgaría a los enemigos de la constitución la posibilidad de modificar, en cuanto las circunstancias políticas sean propicias, el texto de la constitución y así cubrir con el manto de la legalidad/legitimidad su intento de transformar las bases del orden político y jurídico. El cambio de régimen político, la ruptura con el orden político y jurídico anterior, quedaría disfrazada como una mera “reforma constitucional”.

Como vemos, la estrategia de atrincherar normas constitucionales parece ser un intento de plasmar en la práctica las críticas que el constitucionalismo político le formuló al procedimentalismo jurídico. Para evitar que se produzca el quiebre de un orden político y jurídico que se juzga valioso, acaso porque expresa un compromiso con la democracia y los derechos humanos, se procura limitar los alcances de una posible reforma constitucional, en el sentido de que una alteración de tales compromisos no se puede computar como un acto válido dentro de ese sistema institucional. Por cierto, si esta fuera efectivamente la *ratio* del atrincheramiento de las normas constitucionales, entonces deberíamos preguntarnos seriamente si todas las normas que están, de hecho, atrincheradas, pueden ser justificadas recurriendo a ella. Si no lo fueran, tendríamos entonces buenas razones para exigir que ellas sean “sacadas de la trinchera” y colocadas al alcance de la legislación ordinaria.

---

<sup>2</sup> La tesis conceptual es, obviamente, kelseniana. Las tesis normativa e interpretativa también lo son. Véase, para lo primero, Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*; para lo segundo, id., *¿Quién Debe Ser el Defensor de la Constitución?*.

<sup>3</sup> Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*; id., *Legalidad y Legitimidad*.