



¿Reformas constitucionales inconstitucionales? La eventual aplicación en España de un paradigma emergente en el derecho comparado

Francisco Javier Donaire Villa

*Profesor titular de Derecho Constitucional.
Universidad Carlos III de Madrid*

franciscojavier.donaire@uc3m.es | <https://orcid.org/0000-0002-7449-8177>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Íñigo del Guayo Castiella, don Gabriel Domenech Pascual, doña Susana García Couso, doña Ximena Lazo Vitoria, doña Eva María Menéndez Sebastián, don Vicente Moret Millás y doña Camino Vidal Fueyo.

Extracto

Se analiza en este trabajo si cabe aplicar en España el paradigma emergente de la «reforma constitucional inconstitucional», explicativo de un fenómeno, no infrecuente en derecho comparado, de impugnaciones (e incluso anulaciones) jurisdiccionales de enmiendas a la Constitución por transgresión de un núcleo material básico que limita el poder de revisión de esta.

Palabras clave: reforma constitucional inconstitucional.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Donaire Villa, F. J. (2021). ¿Reformas constitucionales inconstitucionales? La eventual aplicación en España de un paradigma emergente en el derecho comparado. *Revista CEFLegal*, 240, 33-66.



Unconstitutional constitutional amendment. The eventual application in Spain of an emerging paradigm in comparative law

Francisco Javier Donaire Villa

Abstract

This paper discusses whether the emerging paradigm of «unconstitutional constitutional reform» can be applied in Spain, explaining a phenomenon, not uncommon in comparative law, of jurisdictional challenges (and even annulments) of amendments to the Constitution for their transgression of a basic material core that limits such power to change the constitutional provisions.

Keywords: unconstitutional constitutional amendment.

Citation: Donaire Villa, F. J. 2021). ¿Reformas constitucionales inconstitucionales? La eventual aplicación en España de un paradigma emergente en el derecho comparado. *Revista CEFLegal*, 240, 33-66.





Sumario

1. Reforma constitucional inconstitucional, constitucionalismo iliberal, constitucionalismo abusivo, autoritarismo competitivo... Nuevos paradigmas comparados para una renovada teoría de límites a la reforma constitucional
2. ¿Reforma constitucional inconstitucional en España? ¿Sería fiscalizable jurisdiccionalmente?
3. Los límites: la permanencia de «lo constitucional» y de «la estatalidad»
4. Límites derivados del Estado social y democrático de derecho, de los partidos políticos y de otros contenidos del título preliminar de la Constitución
5. Enmienda constitucional y forma de gobierno
6. Reforma constitucional e inviolabilidad de los derechos fundamentales
7. Reforma constitucional y organización territorial
8. Reformas ordinarias que «afecten» a disposiciones no reformadas que se ubican en «zona de reforma agravada»
9. ¿Es incompatible la actual jurisprudencia constitucional sobre el sentido y alcance del artículo 168 de la Constitución con la doctrina de la *unconstitutional constitutional amendment* y su control jurisdiccional?

Referencias bibliográficas

1. Reforma constitucional inconstitucional, constitucionalismo iliberal, constitucionalismo abusivo, autoritarismo competitivo... Nuevos paradigmas comparados para una renovada teoría de límites a la reforma constitucional

¿Pueden eliminarse los derechos fundamentales, o alguno de ellos, mediante reforma constitucional? ¿O la democracia y el sufragio universal? ¿O el Estado de derecho? ¿O la separación de poderes? ¿O la integridad territorial y la propia permanencia del Estado? Adviértase, de entrada, que aquí se habla de reforma constitucional en el sentido técnico estricto del término: como un poder regulado en la Constitución que permite alterar el enunciado de sus disposiciones, pero que ni puede crear una Constitución nueva ni puede ser vía o cauce para la ruptura constitucional. Esto es, no como ejercicio del poder constituyente originario en la clásica acepción del Abate Sièyes (Sièyes, 1973), sino como poder constituyente-constituido, que puede alterar la redacción de la Constitución, pero con sujeción a lo previsto en ella, contraponiéndose al poder constituyente originario, creador, sin límites jurídicos, de una nueva Constitución. Al menos, sin límites jurídicos de derecho interno, pues otra cosa son, en la actualidad, los externos o internacionales.

Que una reforma constitucional pueda oponerse a la Constitución reformada es, no solo una hipótesis, sino una situación que efectivamente está teniendo lugar, y de manera creciente durante los últimos años en diversos sistemas constitucionales de otros países, y está siendo objeto de un cada vez mayor interés en el derecho constitucional comparado y en el derecho constitucional internacional. Tampoco España ha sido ajena a situaciones que pueden enfocarse desde estos parámetros, pues entre nosotros, como acaba de adelantarse, se llegó a recurrir ante el Tribunal Constitucional (TC) la reforma del artículo 135 de la Constitución, por la vía de un recurso de amparo basado en una eventual vulneración del derecho fundamental de sufragio pasivo en su dimensión del derecho al adecuado ejercicio del cargo para el cual fueron elegidos los diputados recurrentes, al entender estos que dicho derecho les quedaba lesionado por haberse seguido el procedimiento de reforma constitucional previsto en el artículo 167 de la Constitución, en lugar del regulado en el artículo 168, siendo así que la reforma afectaba a la definición de España como Estado social en el artículo 1.1 de la Norma Fundamental. Un recurso que, aunque fuera inadmitido a trámite por el Pleno del TC mediante su Auto 9/2012, de 13 de enero, dicha resolución planteó la hipó-

tesis de los recurrentes, la controló, y fundamentó su inadmisión precisamente por la adecuación del procedimiento seguido para la enmienda del artículo 135 de la Constitución, y no porque el problema fuese insusceptible de control jurisdiccional por el TC. Sobre este auto se volverá más adelante.

En la doctrina española, el problema de eventuales reformas constitucionales contrarias a la materialidad (o, al menos, a la materialidad fundamental) de la Constitución se ha venido abordando desde tradicionales esquemas kelsenianos, obviando tanto la praxis jurisprudencial en no pocos países (algunos, como Alemania, tradicionales referentes de la ciencia jurídica española, y otros, como algunos Estados de Latinoamérica, incluso culturalmente próximos, también en lo jurídico), cuanto los recientes (pero en España prácticamente inadvertidos) paradigmas jurídico-constitucionales internacionales comparados generados en torno a esta cuestión. Entre ellos, precisamente, la *unconstitutional constitutional amendment*, noción de filiación académica anglosajona (en consecuencia, desde parámetros de *common law*, en todos los casos, y de *judicial review of legislation* en los sistemas que, como el norteamericano, mas no el británico, lo admiten), pero aplicando enfoques comparados, que incluyen también en sus desarrollos conceptuales a la experiencia en la materia ocurrida en países de *civil law*, como varios europeos (Alemania, Austria, Italia, Chequia, Hungría) o países latinoamericanos como Colombia, Venezuela, Perú, Argentina o México. O bien el paradigma explicativo que ha venido a darse en denominar como *illiberal constitutionalism* (Halmai, 2018; Halmai, 2019; Tushnet, 2017). O el llamado *abusive constitutionalism* (Albert, 2015; Doyle, 2017; González-Jácome, 2017; Kosař y Šipulová, 2018; Landau, 2013; Roznai, 2015; Tushnet, 2014). O el bautizado como *competitive authoritarianism* (Bardall, 2016; Cameron, 2018; Levitsky y Way, 2002; Levitsky y Way, 2010). O, por último, y recientemente en España, aunque de fuente académica extranjera, la *rule of law backsliding* (Faggiani, 2019).

Todas estas nuevas categorías conceptuales examinan los supuestos en que se utiliza la reforma constitucional con fines de reemplazo de la Constitución mediante su sustitución por una nueva Constitución «a medida», que transforme un modelo inicial de *liberal constitutionalism*, o marco o patrón estándar, hacia parámetros constitucionales que, respondiendo aparentemente todavía a lo que sería una Constitución adscribible al «constitucionalismo estándar», esconde en realidad un nuevo esquema de poder que elude total o parcialmente los ejes fundamentales caracterizadores del constitucionalismo demo-liberal, bien sea únicamente para el mantenimiento de un líder o fuerza política en el poder (las reformas constitucionales colombianas eliminando límites al mandato presidencial en la época de Uribe, finalmente declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional de aquel país), bien, en sus manifestaciones más acentuadas (recientes reformas constitucionales húngaras o polacas, impulsadas respectivamente por los líderes de los partidos dominantes, Fidesz y PiS), con modificaciones esenciales del constitucionalismo liberal inicialmente imperante hacia pautas de constitucionalismo iliberal, o incluso, de autoritarismo competitivo, según algunas de las construcciones académicas explicativas a que anteriormente se hacía referencia.

Las reformas de tal signo tienden a mantener una «Constitución aparente», con un esquema de instituciones tomado del que aquí hemos llamado «constitucionalismo estándar», pero el nuevo orden constitucional resultante de la reforma entrega fácticamente el total control del Estado (y, con él, un control simuladamente jurídico) al bloque político en el poder así consolidado, y, con él, a su respectivo líder. Se mantienen procesos electivos multipartidistas, pero la facción dominante, ya instalada en los diversos resortes de autoridad del Estado, parte con una situación de ventaja que favorece la consolidación e incluso incremento de sus amplias mayorías parlamentarias, las cuales dejan en las exclusivas manos de esa facción política y de sus élites dirigentes, no solo la reforma de la Constitución, sino incluso el reemplazo de esta.

Este tipo de reformas constitucionales también menoscaban o acaban con los adicionales recursos para la igualdad en la contienda electoral, como el control mediático, o la supresión de órganos dotados de independencia que controlen, no solo la rectitud y transparencia en los propios comicios, sino el posterior desempeño de los poderes electoralmente conquistados en tal situación. Dichos mecanismos de ocupación del poder, y de perpetuación en él, son más sutiles, y gozan de una mayor apariencia de legitimidad que caminos alternativos como golpes u otras formas de quiebra frontal de la normalidad constitucional (Landau, 2013, pp. 189, 195), propiciando modificaciones de los respectivos marcos constitucionales de manera que, aun manteniéndose competiciones electorales multipartidistas, y no siendo sistemas políticos completamente totalitarios o autoritarios, son sensiblemente menos democráticos que lo fueron antes de estos usos de la reforma constitucional (Landau, 2013, p. 189).

2. ¿Reforma constitucional inconstitucional en España? ¿Sería fiscalizable jurisdiccionalmente?

¿Cabe aplicar los paradigmas de la reforma constitucional inconstitucional, en sus diversas manifestaciones recién mencionadas, también en España, en particular en lo que se refiere a aspectos materiales? La inconstitucionalidad material de la reforma de la Constitución, problema más complejo que el de su constitucionalidad formal o procedimental (como atestigua que solo este último problema se haya planteado y resuelto por el TC en su Auto 9/2012), aparentemente plantea una contradicción lógica. Y es que sería un problema de imposible control jurisdiccional. La tramitación procedimental correcta de las reformas a la Constitución española de 1978 (o lo que es lo mismo, la observancia del procedimiento correspondiente, sea el prescrito en su artículo 167, como ya ha acontecido en dos ocasiones, sea, en su caso, el regulado en su artículo 168) hace de la nueva redacción de los respectivos preceptos constitucionales reglas jurídicas que tienen el mismo valor que (el resto de) la propia Constitución así reformada, la cual, como es bien sabido, no puede ser objeto, sino solo parámetro de constitucionalidad para el TC, tal y como implícitamente se deduce del título X de la Constitución y explícita el artículo 1 de la LOTC, cuando dice que

el tribunal «está sometido solo a la Constitución» (además, y en segundo lugar, de a la propia LOTC, según reza el mismo precepto).

Siendo jurídicamente inaplicable ningún otro parámetro que no forme parte de la propia Constitución positiva y vigente, los requisitos de validez de la enmienda constitucional no son únicamente los que cabe obtener de la interpretación textual o literal de preceptos de la propia Constitución. Sabido es que el criterio literal o textual es solo uno de los varios posibles para la interpretación de normas jurídicas, y de la constitucional en particular. De hecho, la especificidad de la interpretación de la Constitución (Alonso García, 1984; Díaz Revorio, 1997; Troncoso Reigada, 2000), derivada de la utilización de conceptos axiológicos y de un lenguaje abierto susceptible de diversas concreciones o interpretaciones jurídicas, todas ellas válidas, especialmente en atención al contexto de apertura que deriva de la democracia y del valor superior del pluralismo político, determina que esa interpretación no deba jurídicamente detenerse (y que, a menudo, en la praxis, no se detenga) en el mero criterio exegético literal, y considere también parámetros interpretativos atentos a la consideración del sistema constitucional en su globalidad, y a la finalidad o finalidades a que atiende ese sistema, en cuyo marco se insertan los preceptos concretos de la propia Constitución.

Implica esta especial naturaleza y función de la Norma Fundamental el uso, no solo jurídicamente correcto, sino incluso frecuente, de la interpretación teleológica y sistemática de unos preceptos de la Constitución, tomando en consideración otro u otros de la misma que regulen situaciones o respondan a objetivos próximos o similares a aquellos que se hallen concretamente sometidos los artículos en trance de enmienda, y de todos ellos a la luz de las finalidades a que responde el conjunto de la propia Constitución, no deteniéndose exclusivamente en la interpretación gramatical o literal, por más que esta sea la primera a la que recurrir, pero sin agotar en ella la exégesis constitucional. No otra cosa se deriva de los preceptos del Código Civil sobre la interpretación de las normas jurídicas en general (en particular, a estos efectos, su art. 3.1), lo que, por participar la Constitución de esa misma naturaleza, la de norma jurídica, igualmente le resulta aplicable en lo que no resulte incompatible con ella. También el propio Código Civil prioriza la interpretación literal, al mencionarla en primer término, sin agotar en ella la hermenéutica jurídica, y dar a continuación entrada, igualmente, a los criterios teleológico, sistemático («las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto») e, incluso, histórico social («los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas»).

Así pues, restricciones y límites al contenido y redacción de las reformas a la Constitución pueden resultar de otros preceptos constitucionales no sometidos a enmienda, que confluyan, por su propio contenido y alcance material de aplicación, con el texto de una propuesta de reforma constitucional, aunque tales adicionales preceptos, igualmente convergentes y aplicables por su respectivo alcance y contenido material, no se autocalifiquen de modo expreso como límites a la reforma de la Constitución. Tal cosa sucede de modo natural, como revela la jurisprudencia constitucional, cuando se ejerce el control de consti-

tucionalidad de leyes y normas con fuerza de ley, pues muchos de los límites que la Constitución impone a estas, y la propia jurisprudencia constitucional hace aflorar, son límites implícitos en la Norma Fundamental, jurídicamente deducibles de un proceso interpretativo de la propia Constitución con arreglo a criterios hermenéuticos sistemáticos y teleológicos conforme a las reglas generales de la interpretación jurídica que el TC lleva a cabo ordinariamente en sus sentencias.

No obstante, entender que existen barreras materiales implícitas a la revisión de la Constitución, y determinar cuáles sean esas barreras de índole sustancial, es un problema de extrema dificultad jurídica, no precisamente exento de riesgos o peligros (quizás el principal radique en hacer de cada intérprete fuente, no ya del derecho constitucional, sino de las posibilidades jurídicas de la reforma constitucional, a riesgo de desplazar indebidamente, o de asimismo indebidamente sumarse, a los poderes institucionales a quienes directamente se le encomienda en la Constitución su propia reforma). Ahora bien, puede haber reformas constitucionales que manifiestamente vayan más allá de lo jurídicamente permitido por la propia Constitución a esos actores institucionales en principio legitimados por ella para emprender su propia reforma. Y lo complejo del envite no es excusa para renunciar a él.

Sabido es que el Código Civil (art. 1.7) prohíbe a los jueces el llamado *non liquet*, y que, por el contrario, y a resultas de esa prohibición, resulta ser siempre obligatoria para ellos la resolución de los casos que se les presenten, ateniéndose al sistema de fuentes establecido. No se trata de algo imposible de abordar siguiendo las reglas jurídicas de la interpretación de las normas jurídicas, y aplicándolas a la Constitución, que es también norma jurídica, aunque sea la superior entre todas ellas (art. 9.1 de la Constitución española de 1978). Ni siquiera lo imposibilita el hecho de que nos hallemos en la cúspide del sistema jurídico, o que en la reforma de la Constitución participen los órganos constitucionales (Gobierno, Congreso, Senado), o, en su caso, incluso el pueblo español a través del instituto del instrumento del referéndum, siempre vinculante (arts. 167 y 168 del texto constitucional) aunque no siempre preceptivo (art. 167.3 de la Constitución).

Ahora bien, esa condición de «cúspide» o «vértice» ordinamental que caracteriza a la Constitución (y, en principio, también a su propia reforma) implica que a la hora de indagar y especificar implícitas barreras sustanciales o materiales a dicha reforma, el intérprete, y concretamente cuando este ejerce un control «oficial» con resultados jurídicamente obligatorios, esto es, cuando se trata del Supremo Intérprete de la Constitución que es el Tribunal Constitucional, se incrementan los imperativos de autocontención o *self-restraint* jurisdiccional, en lógica deferencia a los poderes democráticamente electos. El punto de equilibrio entre preservación de la normatividad y supremacía de la Constitución, de un lado, y la legitimidad del poder al que ella misma le permite reformarla, de otro, radica, justamente, en la adecuada observancia de las reglas de interpretación jurídica de los preceptos de la Constitución que inciden en la reforma de esta, dado que la democracia exige respetar la voluntad ciudadana. Pero no solo la voluntad ciudadana expresada concretamente sobre la ratificación de alguna reforma puntual de la Constitución, sino también la que fue expresada de manera

estructural en torno al cumplimiento de los requerimientos constitucionalmente establecidos a que debe someterse la propia reforma constitucional, pues también los ciudadanos, y no solo los poderes públicos (también el de reforma, no excluido de esta regla jurídica), están sometidos a la Constitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9.1 de esta última.

Junto a las restricciones de iniciativa que impone el artículo 166, y las temporales que señala del artículo 169, hay que añadir las recíprocas limitaciones que de forma recíproca se imponen los dos artículos, 167 y 168, reguladores de los dos procedimientos de reforma constitucional, ordinario y agravado, respectivamente. Es decir, que el uno es de observancia cuando el otro no resulta serlo. Aquí terminan los límites expresos a la reforma de la Constitución. Todo otro límite, si jurídicamente existe, es un límite tácito o implícito en la propia Constitución a propia su reforma. Si agotamos la exégesis en la interpretación literal, no hay límites constitucionales adicionales a los referidos (esto es, los temporales y procedimentales que fijan los preceptos señalados, los artículos 167, 168 y 169, más las exclusiones subjetivas a la iniciativa de reforma, resultantes de la remisión limitada del artículo 166 a solo algunos de los sujetos (Gobierno, Congreso, Senado, y propuesta no vinculante de asambleas autonómicas a Gobierno y Congreso) titulares de la iniciativa legislativa según el artículo 87 (apartados 1 y 2 de este precepto, pues la remisión que al mismo efectúa el artículo 166 no alcanza a su tercer apartado del mismo artículo 87, dejando con ello fuera de la capacidad de propuesta de la reforma constitucional a la iniciativa legislativa popular).

Ahora bien, que en el título X de la Constitución no se establezcan límites o barreras materiales o sustanciales a la reforma constitucional no supone que por ello fuese sin más inadmisibles a trámite todo intento de hacerlos valer jurisdiccionalmente ante el TC. Ahora bien, cualquier límite constitucional a la reforma constitucional, y, en consecuencia, también cualquier intento de instar la fiscalización jurisdiccional de la observancia de esos límites al hilo de una reforma concreta de la Constitución, imperativamente ha de mantenerse dentro de los parámetros del derecho constitucional vigente, y tal adicional límite o límites materiales han de ser, por así decirlo, jurídicamente internos o inmanentes a la Constitución. Esto es, eventuales límites sustanciales o materiales a la reforma de la Constitución solo pueden derivar de esta última a través de un proceso de interpretación jurídica, literal, pero también sistemática y teleológica, de sus preceptos, habiendo de ser ese proceso interpretativo solo y exclusivamente de la Constitución como norma superior del sistema.

Han de excluirse en ese proceso exegético constitucional toda clase de elementos o consideraciones que excedan del discurso jurídico (y, en particular, del discurso jurídico-positivo), alcanzando tal exclusión tanto a nociones conceptuales de disciplinas próximas, como la sociología o la ciencia política, cuanto, incluso, a categorías de la dogmática jurídica que, aun pretendiendo capturar y explicar el derecho positivo, carezcan de existencia efectiva en él, y más específicamente, cuando se trate de nociones o institutos dogmático-jurídicos que no se hallen positivizados en la Constitución vigente. El indudable potencial y valor epistemológico y explicativo de tales institutos (uno de ellos, precisamente, es el concepto del poder constituyente, o del poder constituyente constituido, ausentes ambos, por

otra parte, al no invocarse expresamente por ninguna de sus disposiciones, en la vigente Constitución española de 1978) no obsta a que su empleo en la exégesis jurídica del derecho constitucional positivo, y en particular en la indagación a partir de él de límites materiales a la reforma de ese mismo derecho constitucional positivo, pueda dar lugar a falsos problemas jurídicos, al otorgar a esos conceptos dogmáticos sin reflejo en el derecho positivo una dimensión jurídica, o más precisamente, una dimensión jurídico-constitucional de la que realmente carecen en nuestro sistema. En relación, de nuevo, con el concepto de poder constituyente, la Constitución española no se refiere él, sino a los de «Constitución», en su preámbulo y a lo largo de su articulado, así como a los de «reforma constitucional» o «reforma de la Constitución», o «revisión de la Constitución».

Consecuentemente, una noción dogmática no empleada en el derecho constitucional positivo vigente en España, cual es la idea o concepto de «poder constituyente», no puede ser utilizada como parámetro de validez jurídico-positiva para concluir, por vía hermenéutica del propio texto constitucional, que no existen en la Constitución límites materiales a su reforma, derivables de la interpretación sistemática y teleológica, a falta de la exégesis literal o gramatical, de las propias disposiciones del texto constitucional, parafraseando a Dworkin (1978), «tomado en serio» en su conjunto. Consiguientemente, la eventual fiscalización jurisdiccional de una reforma constitucional en España no podría denegar (o, incluso, inadmitir a trámite) el examen de los eventuales límites constitucionales sustanciales basándose en que la idea o noción del «poder constituyente», en su configuración doctrinal como concepto dogmático-jurídico (conocida es la caracterización de Sieyès en plena Revolución francesa), sea un poder sin límites jurídicos que se opondría *per se* a la existencia de tales barreras constitucionales materiales a la reforma, o sustentándose en que el título X de la Constitución española de 1978 regula el ejercicio del «poder constituyente» o del «poder constituyente constituido», porque ninguno de estos conceptos aparece positivizado ni en ese título ni en el resto del vigente texto constitucional español. Metodológicamente, se estarían mezclando planos distintos de razonamiento: el epistemológico, propio de la ciencia jurídica, con el del derecho positivo, regido en esta materia por la Constitución española de 1978. Obrando así, se confundiría la ciencia del derecho constitucional con su objeto en España, que es precisamente el texto jurídico-positivo de la Constitución de 1978.

Si el propósito del título X de la Constitución hubiese sido el de dar regulación al poder constituyente según su clásica fisonomía dogmático-jurídica como poder originario, absoluto y desprovisto de límites jurídicos, entonces carecería de sentido la propia existencia del título X, pues este se hallaría desprovisto de valor jurídico alguno, incurriendo en una vacuidad que lo haría normativamente superfluo y consiguientemente inaplicable, así como carente de garantías jurisdiccionales, dadas las características de su objeto, si realmente fuera el «poder constituyente», tal y como ha sido caracterizado en la reflexión científico-jurídica a partir de su «creación» por el Abate Sieyès. Además, esa vacuidad o «inexistencia jurídico-positiva» del título X de la Constitución, si realmente regulase el «poder constituyente» (cosa que no hace, porque no dice que así sea), debería haber tenido expreso reflejo en el artículo 9.1 de la Constitución, excluyéndolo de la normatividad y supremacía de la Cons-

titución que en él se consagra, pues ni los poderes públicos ni los ciudadanos estarían sometidos a dicho título, lo que choca con la redacción del precepto, que no excluye al poder regulado en ese mismo título (el X) de entre los poderes públicos (y el de reforma también lo es, por su objeto, y por sus actores institucionales intervinientes) que a su tenor se hallan sometidos a la Constitución.

Es más, tanto la interpretación literal, como la sistemática, del artículo 9.1 del texto constitucional y del título X de este, conducen a estimar que ni el primero excluye de su ámbito al segundo, ni este se autoextrae de aquel. Esto es, permiten concluir que el título X tiene carácter normativo, en primer lugar. Y, en segundo, que comparte el mismo valor supremo que el resto de la Constitución, de la cual forma parte sin exclusiones. Pero, a la inversa, esa misma interpretación permite considerar también que el resto de la Constitución incide jurídicamente sobre su título X, y que, aun siendo el objeto de dicho título determinar quién y cómo tiene la capacidad de alterar la redacción de (los) enunciados constitucionales, ello no implica que la ausencia de límites materiales expresos a la reforma constitucional en el propio título X de la Constitución excluya la existencia de límites a la reforma en otros lugares del propio texto constitucional. Ni tampoco que esos límites eventualmente derivados de otros enunciados constitucionales ubicados en emplazamientos distintos del título X deban identificarse solo mediante la interpretación textual, o que no quepa hallar tales límites mediante la interpretación sistemática o teleológica de otras previsiones constitucionales, pues ni ese mismo título ni ninguna otra disposición de la Norma Fundamental prohíben el empleo de los criterios sistemático o teleológico en la interpretación jurídica de las reglas que la Constitución dedica a su propia reforma, como tampoco lo hacen para la exégesis de otras reglas constitucionales.

De hecho, la interpretación sistemática y teleológica son técnicas exegéticas muy frecuentemente empleadas por el TC para determinar el contenido y sentido de los preceptos constitucionales, debido a las específicas características ontológico-jurídicas que distinguen las reglas en ellos establecidas. La constatación de esas específicas características es, de hecho, lugar común en los tratamientos doctrinales relativos a la interpretación constitucional, como los que ya se han citado con anterioridad en este mismo trabajo. La propia jurisprudencia constitucional constantemente se vale de ambas modalidades de interpretación jurídica, sistemática y teleológica, además de la interpretación literal o gramatical, de los preceptos que integran la Constitución. Basten algunos ejemplos paradigmáticos: el principio de competencia como regla de resolución de colisiones normativas interterritoriales, según el TC implícito en el título VIII, pero que no es explícitamente proclamado ni en ese título, ni, por ejemplo, en el artículo 9.3 de la propia Norma Fundamental. O bien, el principio de proporcionalidad en las resoluciones que ponderan y resuelven situaciones de confluencia conflictiva entre derechos fundamentales, o entre derechos fundamentales y otros bienes constitucionales.

Por el contrario, la rigidez de la Constitución española de 1978 lo es en razón, justamente, de la «existencia jurídica» de su título X, que, sistemáticamente interpretado, conduce a concluir que nada permite considerar jurídicamente que se halle excluido del ámbito de

aplicación del artículo 9.1 del propio texto constitucional, siendo no solo esa rigidez, sino también su garantía jurisdiccional, atributos jurídicos esenciales de la Constitución española de 1978 en su totalidad (título X, pues, incluido). Y de otra parte, no hay previsión expresa de que los únicos límites constitucionales a la reforma de la Constitución sean los de orden cronológico y formal que expresamente establecen, dentro de su título X, los artículos 166 a 169. La ausencia de límites materiales a la reforma constitucional en esos preceptos no significa prohibición de esos límites, pues tal prohibición debería establecerse, para existir jurídicamente, de forma específica en la propia Constitución. Esta conclusión, alcanzada mediante exégesis jurídica del texto constitucional, no esconde, ni pretende hacerlo, la dificultad de hallar esos límites a la vista de que, precisamente, el cometido y objeto de la reforma constitucional es poder modificar los enunciados constitucionales.

Sin embargo, tal y como se configura en la Constitución positiva y vigente, el de reforma constitucional es un poder público. Y un poder público no ilimitado sino, al contrario y como dice el artículo 9.1, sometido a la Constitución (De Vega García, 1985, pp. 217 y ss.; García Roca, 2017, p. 186), y a toda ella sin exclusiones, o sin limitarse solo al propio título X. También, de conformidad con ese mismo artículo, el de reforma es un poder público sometido, al igual que los demás, no solo a la Constitución, sino también al resto del ordenamiento. Lo que supone, en este caso (como en el de los demás poderes públicos), sometimiento al resto del orden jurídico aplicable: la observancia, por ejemplo, de los trámites que en legítimo desarrollo de la Constitución, expresamente previsto por ella en los artículos 72.1 y 92.3, respectivamente, establecen los reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, o la Ley orgánica reguladora de las modalidades de referéndum.

La cuestión de los límites materiales a la reforma constitucional es, pues, un problema jurídico complejo. Consiste en la identificación del parámetro jurídico-constitucional de control, que debe ceñirse a los márgenes que permita la interpretación asimismo jurídica de la propia Constitución, pero de toda ella (art. 9.1 de la misma), sin incurrir el intérprete (incluido el supremo intérprete que es el Tribunal Constitucional) en libre creación de reglas constitucionales, cosa que solo pudo hacer el poder que elaboró la Constitución. En términos jurídicos, el intérprete debe, pues, descartar cualquier parámetro metajurídico y extraconstitucional (esto es, debe evitar el recurso a nociones sociológicas, politológicas o de cualquier índole distinta a la jurídico-positiva), o acudir a constructos teóricos de dogmática jurídica que carezcan de plasmación en el texto constitucional español vigente, a la hora de identificar los límites a la reforma de la propia Constitución. Tal indagación de los límites materiales a la reforma de la Constitución debe hacerse mediante interpretación jurídico-constitucional positiva, no solo literal, sino también sistemática y teleológica, y esa labor ha de ceñirse exclusivamente al contenido de la Constitución española vigente.

La exégesis de los límites sustanciales derivados de la Constitución a su propia reforma tiene como término inicial de referencia, lógicamente, el contenido del propio título X de la Constitución, presupuesta, como ya se ha indicado, la normatividad y supremacía de dicho título en las mismas condiciones que el resto del texto constitucional. Además, el tí-

tulo X debe entenderse en sistemática y conjunta lectura con el resto de la Constitución a la cual pertenece, y no, en cambio, en lectura aislada y separada de las restantes previsiones constitucionales, por más que las mismas (al igual, por lo demás, que las integrantes del propio título X) sean susceptibles de reforma. E incluso pueden derivarse límites materiales del propio título X, junto a los formales, estos últimos de más simple identificación por ser expresos. Es más, de los propiamente formales asimismo se derivan límites materiales, que, al ser estos últimos expresos, igualmente lo serían aquellos.

Una de las barreras de orden sustancial o material a la modificación de enunciados constitucionales la establece la propia denominación o rúbrica del título X de la Constitución, que nombra al poder público en él regulado como poder de «reforma constitucional», designación que repetidamente reaparece en los artículos 167 y 168, corazón o núcleo normativo de ese mismo título. Al no rubricarse el título X de la Constitución española de 1978 como «poder constituyente» o «poder constituyente constituido», nociones que, como ya se ha dicho, se caracterizan en su configuración dogmático-jurídica y de teoría de la Constitución como poderes no limitados jurídicamente (el poder constituyente en cuanto tal, y el poder constituyente constituido en cuanto poder constituyente según el primer miembro de la expresión que le da nombre), cabe inferir que la rúbrica o calificación «reforma constitucional» empleada en el título X de la Norma Fundamental española hace referencia a un poder con capacidad de modificar la Constitución. Pero no efectúa mención a un poder carente de límites jurídicos (porque no lo adjetiva de «constituyente»), si bien tales límites jurídicos son solo aquellos que puede establecer la propia Constitución (o, más ampliamente, aquellos que solo con base en ella pueden fijarse; por ejemplo, los que en estricto desarrollo de la Norma Fundamental puedan hallarse en los reglamentos parlamentarios o en la legislación orgánica reguladora del referéndum de reforma constitucional). Lo dicho significa que resulta jurídicamente relevante, a fin de abordar el problema de los límites constitucionales a la reforma constitucional, no solo aquello que el título X de la Constitución española de 1978 deja de decir en su denominación o rúbrica, o en los preceptos que lo componen, sino también lo que la propia Constitución expresamente dice.

Ateniéndonos, pues, a lo dicho explícitamente en la Constitución, el título X del texto fundamental vigente en España se denomina «De la reforma constitucional», locución que utilizan generalizadamente los artículos 166 a 169 que lo componen, y en particular los artículos 167 y 168, ordenadores respectivamente de los dos procedimientos en los que se desdobra el poder público a que la misma Constitución condicionadamente atribuye la capacidad para modificarla (reformularla). Y aunque el artículo 168 emplee el término «revisión» para referirse al resultado del procedimiento especialmente rígido que en él se regula, también utiliza con carga semántica equivalente el de «reforma» en su apartado 3, de modo que el uso de ambos («revisión» y «reforma») es indistinto en el precepto, y no acarrea efectos o consecuencias jurídicamente diferenciables en cada caso.

Tampoco dice el artículo 168 que a su amparo pueda elaborarse otra Constitución, pese a hacer corresponderse unos requisitos procedimentales más gravosos para una reforma

constitucional más amplia, cuantitativa (revisión total) o cualitativamente (revisión parcial que afecte a los objetos constitucionales enumerados en el propio precepto). Particularmente en cuanto a lo primero, dice el artículo 168 que a su amparo puede llevarse a cabo una «revisión total» de la Constitución. Esto es, que puede revisarse totalmente esta Constitución, pero no que pueda reemplazarse por una *nueva* Constitución, o lo que es igual, por *otra* Constitución (García Roca, 2017, p. 185). «Revisar», en el sentido del artículo 168, no es, pues, hacer una nueva Constitución, y hacerlo sin límites. Es poder cambiar la redacción de todas las disposiciones constitucionales, o de una parte de ellas predeterminada en el precepto, sin cambiar o reemplazar esta Constitución por otra.

Elaborar *ab initio* una Constitución nueva significa, en términos jurídicos, romper con la Constitución precedente, y esto, de nuevo jurídicamente hablando, es algo distinto de la reforma integral de la Constitución previa, y supone ir más allá de esa reforma, incluso aunque sea una reforma integral. La ruptura constitucional, a diferencia de, literalmente, la «reforma constitucional», no se halla regulada en la Constitución española de 1978. Ni específicamente en su título X, ni en el resto de su articulado, que, por el contrario, se asienta sobre la normatividad y supremacía del íntegro texto constitucional español de 1978, conforme prescribe su artículo 9.1. Justamente en esa ruptura constitucional, con solución jurídica de continuidad respecto a la Constitución española de 1978, sería donde hipotéticamente surgiría lo que en Teoría de la constitución y filosofía jurídica ha venido en denominarse (por cierto, no sin polémica doctrinal acerca de su propia existencia, características, titularidad, modo de ejercicio, etc.) el denominado poder constituyente, como poder creador, originario y carente de previos límites jurídicos según la clásica configuración que del mismo trazara Sièyes.

El artículo 168 de la Constitución española, regulador de un más intenso poder de reforma o revisión constitucional que el previsto en su artículo 167, permite llevar a cabo tal reforma o revisión (total, en el sentido de afectante a todo el texto constitucional y no solo a partes de él, o parcial, cuando las modificadas sean algunas de tales partes a que el propio precepto expresamente se refiere), siempre que el texto normativo resultante de la revisión o reforma siga siendo, en primer lugar, «Constitución» en el sentido técnico del término. Es decir, en tanto que ese texto resultante sea normativo, supremo y rígido, y continúe haciendo del sistema democrático la regla esencial de toma de decisiones, enuncie y proteja derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, se amolde a los requisitos del Estado de derecho, y estructure los poderes del Estado con arreglo a los patrones del principio de separación de poderes, cualquiera que sea la concreta forma de gobierno por la que se decante entre las que ofrece el panorama del constitucionalismo comparado.

Tampoco podrá ser el texto resultante de la reforma o revisión, incluso total, «otra Constitución» distinta de la actual, que suponga romper con ella. Reformar la Constitución, jurídicamente, no es, y no puede ser, romperla, ni siquiera mediante reemplazo constitucional. El reemplazo constitucional es algo distinto de la reforma constitucional, pues supone sustituir una Constitución por otra nueva (sobre la noción, por todos, Bernal-Pulido, 2018), mientras que la reforma de la Constitución, aun siendo una reforma total, no es cambiar

la Constitución reformada por una Constitución nueva. Es más, la ruptura de la Constitución suscita contradicciones jurídicamente insalvables en relación con su eventual fiscalización jurisdiccional.

En efecto, si se impugnara la Constitución «nueva», la fiscalización jurisdiccional del fenómeno, una de dos, o se basa en el nuevo texto supremo, o se fundamenta en la Constitución antecedente (lo que jurídicamente supondría negar, incluso como presupuesto de la propia jurisdicción, tal ruptura). Así, la Constitución «nueva» sería inconstitucional por invalidez si se toma como medida de validez de la ruptura a la propia Constitución «rota», y el resultado de la fiscalización dependería de la efectividad de una y otra Constitución (esto es, de cuál sea efectiva, la Constitución «nueva», o la Constitución «rota»). Si la Constitución «rota» aún fuese efectiva, el resultado sería la anulación de la «Constitución nueva». En caso contrario, la que tendría efectividad sería la «Constitución nueva», que sumaría así a su eficacia una nueva validez por la fuerza fáctica de los acontecimientos. En este último escenario, no obstante, la fiscalización jurisdiccional de la Constitución «nueva» será autorreferencial y, en consecuencia, inexistente en términos jurídicos, pasando, en su caso, a ser operativo ese control si este posteriormente se insta contra una ulterior reforma de la Constitución «nueva», con la repetición del mismo fenómeno si esa reforma posterior de la Constitución «nueva» pretendiese «romperla» mediante la creación de una Constitución «más nueva».

La fiscalización jurisdiccional autorreferencial sería aporética en tal escenario, pues carecería de remedio en el plano normativo, quedando limitada, presupuesta la formulación de la correspondiente demanda, a decretar su inadmisibilidad a trámite, bien en la fase de admisión, bien, en atención a eventuales razones de complejidad y extensión del razonamiento jurídico, en la propia sentencia. Tal inadmisión se fundaría entonces en la inadecuación del parámetro jurídico invocado (la «Constitución rota») en relación con el objeto litigioso (la «Constitución nueva»). Y todo ello en el bien entendido de que siguiera existiendo el propio TC en la «Constitución nueva», o esta contuviera reglas acerca de la sucesión jurídica de dicho tribunal por otro órgano o sala constitucional preexistente, u objeto de creación *ex novo* por la propia «Constitución nueva», o por otras normas a su amparo. No se produciría en tal tesitura reforma o revisión de la Constitución previa (en nuestro caso, la actual Constitución española de 1978), sino su ruptura, que finalmente sería resultado de una situación fáctica o no plenamente jurídica conducente a la inviabilidad del control jurisdiccional, bien sea por ausencia de parámetro, bien, en los supuestos más extremos, incluso por ausencia de continuidad del tribunal.

Elo no obstante, podría pensarse en un supuesto limitado de fiscalización jurídica de la ruptura constitucional, consistente en comprobar jurisprudencialmente que la «Constitución nueva» sea, al menos, Constitución, en el sentido técnico-jurídico del término. Ahora bien, semejante control judicial no lo sería de adecuación de la reforma de la Constitución anterior a los parámetros materiales y formales de esta última. Sería un control más reducido y genérico: que la «Constitución nueva» obedezca a los parámetros democráticos, del

Estado de derecho, de la separación de poderes, y del reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales de la persona, cualitativamente definitorios todos ellos de lo que técnicamente es una Constitución. Además de atenuado, sería un control exclusivamente material. Pero un control jurisdiccional de una ruptura constitucional, aun cuando efectivamente entre a fiscalizar tales parámetros, seguiría hallándose dentro de los confines de la ruptura constitucional, fenómeno este último, como ya se ha dicho, no solo no previsto en la Constitución, sino inconstitucional, por ser algo distinto de la reforma constitucional que la propia Constitución sí regula. Cabe concluir, así, que el título X de la Constitución autoriza a modificarla parcialmente, o a revisarla totalmente, pero no romperla mediante la creación de un orden jurídico-constitucional distinto del actual.

Localizar esos límites constitucionales materiales a la reforma de la Constitución es labor compleja y delicada en sede jurisdiccional, ante una llamada expresa a hacerlo por los sujetos a los que el ordenamiento concede legitimación activa. El control jurisdiccional de constitucionalidad de la reforma constitucional ha de ser necesariamente un control más restringido que el control de constitucionalidad de la ley, por mucho que comparta con él la función de garantía de la normatividad, supremacía y rigidez de la Constitución vigente. La razón de esa mayor restricción enjuiciadora es que, a diferencia de la aprobación o modificación de la ley, la reforma de la Constitución tiene por objeto, precisamente, alterar la redacción de las reglas constitucionales. Y ello alcanza incluso a aquellas que puedan oponer barreras sustanciales, que operan en su total intensidad con respecto al legislador ordinario, pero que, aun impidiendo al legislador reformador de la Constitución eliminar o transgredir frontalmente el límite, no prohíbe a ese mismo legislador cambiar la redacción del precepto o preceptos constitucionales de los que propio límite derive, siempre que dicho límite no solo continúe vigente tras la reforma, sino que además no haya sido transgredido por ella.

Todo esto debe traducirse en una deferencia incrementada del juez constitucional hacia los poderes democráticos a quienes la propia Constitución abre su propia reforma. A condición, como se decía antes, de que estos sean tales poderes reformadores. Y esto es algo que determina la estricta observancia formal de los procedimientos prescritos jurídicamente al efecto, en especial las elevadas mayorías en las cámaras parlamentarias constitucionalmente exigidas para la reforma constitucional. Dichas mayorías unen ese más exigente *quorum* de decisión al origen democrático directo de la composición de las cámaras por efecto de su elección mediante sufragio universal. A ese origen y ese mayor umbral de mayorías exigibles se añade, como adicional factor de legitimidad democrática, el referéndum vinculante cuando este tenga lugar (condicionadamente en el caso del art. 167, preceptivamente en el del art. 168).

El bloque sustancial o material resistente a la revisión o reforma de la Constitución española tramitada de conformidad con su título X sería incluso menor, más restringido, que el ámbito material sometido al procedimiento agravado de reforma constitucional establecido en el artículo 168. Tal conclusión es obvia, pues si ambos bloques o ámbitos de exclusión

coincidieran, no cabría reforma agravada de la Constitución, y el artículo 168 de esta quedaría indebidamente vaciado de contenido jurídico. Partiendo de tan significativa modulación, se examinan en los próximos apartados varios de esos posibles límites constitucionales materiales a la reforma de la Constitución española de 1978, con la consiguiente consecuencia aparejada, si existe constitucionalmente alguno de esos límites, de su necesaria garantía jurisdiccional. Garantía que, a este nivel jerárquico (cumbre) del sistema normativo, no puede sino corresponder a la jurisdicción constitucional. O lo que es lo mismo, al TC.

No obstante, los límites materiales a que se hará referencia en los próximos apartados no agotan necesariamente todos los posibles. A diferencia de los límites formales, que se regulan de manera explícita, con vocación de generalidad, y resultan aplicables a cualquier modificación de la Constitución, los límites materiales solo pueden considerarse de manera abstracta, muy general, aproximativa, y, consiguientemente no de modo taxativo, sino abierto y apriorístico. Obvio es decir que su concreto alcance restrictivo solo puede precisarse de manera casuística en función del contenido que presente cada reforma constitucional.

3. Los límites: la permanencia de «lo constitucional» y de «la estatalidad»

Especificando lo ya adelantado en términos genéricos, un límite material específico a la enmienda o revisión, parcial o total, del texto constitucional español de 1978, es resultado de la noción misma de «reforma constitucional» que rubrica el título X y se utiliza en su articulado. Una modificación de la Constitución no puede tener como resultado jurídico que esta pase a no ser Constitución conforme a la noción técnico-jurídica del término, tanto en su sentido formal como en su sentido material, a results de la reforma, revisión o enmienda constitucional. El límite es a la vez absoluto y de orden formal: tutela a la Constitución en trance de reforma cualquiera que sea el contenido que pretenda adoptarse como consecuencia del ejercicio del poder de revisión, y además, veta algunos de esos contenidos cuando sean incompatibles con el contenido del propio límite.

La limitación jurídica no se detiene en preservar la permanencia de la naturaleza de Constitución tras el empleo de los procedimientos de reforma, sino que comprende también la persistencia inalterada de la normatividad del texto constitucional tras su reforma, y de su supremacía respecto al resto del ordenamiento jurídico, así como la continuidad de los mecanismos de garantía de ambos rasgos básicos de la Constitución, incluyendo a las jurisdiccionales entre esas garantías, lo que en particular conlleva la pervivencia de la jurisdicción constitucional tras el ejercicio del poder público de reforma de la Constitución. De lo contrario se estaría suprimiendo un rasgo básico de identidad del texto constitucional que, si llegara a producirse (esto es, si se eliminase la garantía jurisdiccional de la normatividad suprema de la Constitución), desembocaría en la ruptura constitucional, más allá de la reforma. En particular, ello quebraría otro de los rasgos de identidad de la norma

constitucional española, el que reside en la justiciabilidad de la reforma constitucional regulada en su título X.

Los efectos de este límite, que supone que la reforma constitucional sea eso, reforma, y no destrucción, de la Constitución (hipótesis esta última jurídicamente vetada a la reforma por actuar, entonces, *ultra vires* con respecto a lo que su regulación en el título X jurídicamente le permite), abarcan la preservación de la noción misma de lo constitucional en el resultado de la enmienda. Y esto no solo significa que el resultado de la enmienda siga siendo Constitución. También alcanza, exigiéndola jurídicamente con el consiguiente freno al poder de reforma de la Constitución, a la continuidad de su sustrato jurídico-político necesario: la necesaria pervivencia de la «estatalidad». La supervivencia del Estado que mediante ella se constituye. Se trata de una verdadera garantía institucional de «lo estatal» que el poder de reforma ha de preservar, limitándolo jurídicamente en consecuencia. Y no resulta incompatible tal restricción con la regulación de un poder de integración supranacional, que la propia Constitución originaria de 1978 ya recogía como uno de sus caracteres básicos. Ni tampoco es barrera a evoluciones eventuales de experiencias integradoras con participación española que profundicen tales experiencias, siempre que, parafraseando al Tribunal Constitucional Federal alemán con respecto a la UE, garanticen la permanencia de «la estatalidad» (*Staatlichkeit*) de sus Estados copartícipes.

Asimismo, dentro del límite material implícito en la noción misma de la «reforma constitucional», impeditivo de resultados que no sean eso, reforma constitucional, hay que situar el complejo problema del alcance, y la medida de validez, de la «enmienda de la enmienda» (en nuestro caso, de reformas del título X de la Constitución). Dos son las facetas principales que presenta esta cuestión. De índole sustancial o material la primera de ellas, aunque repercutiendo sobre los requisitos procedimentales que puedan resultar modificados «reformando la reforma», lleva a plantearse si cabe cualquier enmienda de esos requisitos (mayorías, referéndum, etc.), o, por el contrario, si también respecto a ellos el contenido y alcance de la noción de «reforma constitucional» acogida en la Norma Fundamental española de 1978 erige obstáculos que no permitan cualquier clase de alteración de tal tipo a los enunciados constitucionales. También es preciso interrogarse, adicionalmente, si cabe la eliminación pura y simple, de preceptos, y más claramente aún, del que erige condicionantes más gravosos a la reforma de la Constitución, cual es el artículo 168, o al menos si es posible reformularlo, y de ser así, a través de cuál de los dos procedimientos de enmienda constitucional podría canalizarse semejante modificación.

Este último interrogante se suscita a consecuencia de la no autoinclusión expresa del artículo 168 de la Constitución en el ámbito de aplicación del procedimiento hiperrígido que en él mismo se regula. Esa omisión podría llevar a entender que la reforma de dicho precepto se regiría por el procedimiento ordinario (menos rígido) de revisión establecido en el artículo 167. Por interpretación literal (por la referida ausencia de autoinclusión del art. 168 dentro de su propio ámbito de aplicación), pero también por interpretación sistemática, a la luz del propio artículo 167 (cuyos amplios términos literales darían cabida, entre los con-

tenidos abiertos al poder de reforma menos rígido que en él se establece, a la modificación del artículo 168). ¿Habría también aquí algún otro límite material sistemático que diera lugar a una exégesis distinta a la apuntada, y que impidiera reformar o suprimir el artículo 168 de la Constitución siguiendo los trámites previstos en el artículo 167?

Como se decía antes, la noción de «reforma constitucional» empleada en el título X de la Constitución prohíbe desproveer a esta de su carácter, no solo normativo, sino también supremo. Y una de las condiciones básicas para la supremacía constitucional es la rigidez de la Constitución. Trocar rigidez en flexibilidad constitucional es un contenido jurídicamente vedado a la reforma de la Constitución, porque más que su reforma, supondría romperla, o reemplazarla por otra Constitución, siendo esto último (la ruptura), como ya se ha subrayado, algo jurídicamente muy distinto de reformarla, quedando, pues, extramuros de las posibilidades que la Constitución española de 1978 otorga a su propio poder de reforma. Lo que no impide este límite es cambiar el nivel de rigidez de la Constitución que pueda resultar de la reforma de esta. No parece, sin embargo, que quepa hacerlo a la baja. Esto es, no parece que sea constitucionalmente posible rebajar el nivel de rigidez que en la actualidad resulta del artículo 167, pues acercaría la reforma al poder de elaboración de la legislación ordinaria, y por tanto, a la flexibilidad constitucionalmente proscrita, incluso para el poder de reforma constitucional, como ya se ha señalado.

¿Y el artículo 168? El carácter especialmente rígido del procedimiento que en él se configura, con su consiguiente dificultad o impracticabilidad, unida a la experiencia aplicativa hasta ahora inédita de ese especialmente complejo trámite de revisión constitucional, plantea varias preguntas de cara a la eventual reforma del precepto. La primera es si cabría «flexibilizar» ese procedimiento, o rebajar su rigidez en alguna medida, presupuesta, según se ha dicho antes, la permanencia de esa misma rigidez como condición constitucional básica a su reforma, al igual que, en este mismo sentido, se acaba de decir respecto al artículo 167, presentando ambos preceptos clara identidad de razón en este aspecto concreto. También es lógico preguntarse si cabe eliminar pura y simplemente el artículo 168 de la Constitución mediante reforma constitucional, algo que facilita la generalidad del enunciado del artículo 167, del que el artículo 168 se presenta con la estructura típica de una norma especial: eliminado lo especial (el artículo 168), permanecería lo general (el artículo 167) sin necesidad de específico retoque a este último precepto. Pero también cabe plantearse alternativas opuestas de reforma: incrementar la rigidez procedimental que el artículo 168 establece a día de hoy (un modelo posible lo ofrecen Constituciones nórdicas), o, incluso, transformar ese mismo precepto en cláusula de intangibilidad que directamente excluya ciertos contenidos (o ciertos resultados) de la reforma constitucional.

A lo ya dicho, cabe añadir que el procedimiento especialmente rígido regulado en el artículo 168 de la Constitución, sin expresamente autoincluirse este dentro de los objetos protegidos por ese mismo procedimiento, puede considerarse aplicable a dicho precepto en virtud de una determinada lectura de sus previsiones (esto es, siguiendo una de las opciones posibles de interpretación textual de su tenor literal). Ese entendimiento gramatical

consistiría en considerar que la supresión pura y simple de tal artículo (el artículo 168) afectaría, como literalmente en él se dice, a todos los objetos constitucionales cuya revisión expresamente queda sometida al procedimiento que el propio precepto establece cuando esa revisión constitucional sea parcial. Esto es, que la supresión del artículo 168 afectaría al título preliminar, al título I, capítulo segundo, sección primera, o al título III, de la Constitución, al modificar el régimen de reforma parcial de dichos objetos constitucionales.

Pero el interrogante no queda ahí. Es preciso plantearse también si hay alguna barrera o restricción de orden sustancial o material a la modificación del precepto regulador de la reforma constitucional agravada. En este sentido, no parece que una eventual revisión del artículo 168 permitiera prescindir del referéndum preceptivo y vinculante que al presente establece ese mismo precepto. La alteración del núcleo en él tutelado frente a la revisión parcial, y la modificación de todas las disposiciones constitucionales (el otro supuesto de aplicación del artículo 168) afectaría a contenidos que la Constitución originaria de 1978 quiere que estén especialmente protegidos en trance de reforma, porque revisarlos es algo más que la (otra) reforma parcial, aquella a la que se refiere el artículo 167 de la Constitución. Para esas alteraciones de especial calado, ha querido la Constitución su sometimiento a referéndum de ratificación de la Nación española (en el sentido del preámbulo) o del Pueblo español (en el sentido del artículo 1.2), y una previa disolución de las Cortes Generales, con igual apelación al pueblo, en el «ecuador» del procedimiento agravado de revisión constitucional. Esto es, que hable directamente la Nación o Pueblo (y por dos veces), con lo que, si se hace desaparecer el artículo 168 para unificar todas las reformas en el procedimiento del actual artículo 167, parece que una condición esencial de validez de semejante reforma constitucional sería, al menos, la pervivencia del referéndum preceptivo, y como mínimo respecto a los contenidos constitucionales a día de hoy protegidos por el artículo 168, modificando en tal sentido el artículo 167.

Probablemente la previsión de la disolución de las Cortes Generales y la elección de otras nuevas a lo largo del actual procedimiento agravado sea lo más parecido que en la Constitución española de 1978 puede hallarse a una asamblea constituyente o a una convención constitucional. Una alternativa, *Constitutione ferenda*, al actual contenido del artículo 168, o para su eliminación con el consiguiente traslado de un carácter menos rígido del procedimiento de reforma a un también hipotéticamente reformado artículo 167, podría ser prescindir de la disolución de las Cortes Generales (lo que llevaría aparejado el fin del cese consiguiente del Gobierno y la necesidad de investidura de uno nuevo tras la constitución de las nuevas cámaras electas), y prever una convocatoria electoral por sufragio universal para elegir una asamblea constituyente o una convención constitucional, específica y exclusivamente encargada(s) de elaborar la Constitución resultante de la revisión total. No habría impedimento material a esa alternativa en el texto constitucional, pero sí el condicionante procedimental que, pese a haberse creído generalmente lo contrario hasta ahora, deriva del artículo 168 en relación con su propia reforma. Habría que observar el vigente procedimiento agravado para llevar a cabo una operación como la recién descrita.

Otra modificación posible, para la que en principio no hay límite material obstativo, sería la alteración de la literalidad actual del artículo 166 para ampliar la iniciativa de reforma o revisión constitucionales, y extenderla también a la iniciativa popular (con iguales o superiores requisitos en términos de número de firmas). Lo último sería más coherente con el hecho de la necesaria aprobación parlamentaria de la reforma constitucional mediante mayorías reforzadas. Tampoco hay límite para reformas como las reglas denominadas en Estados Unidos de *single subject* o de *separate vote* en caso de enmiendas parciales temáticamente heterogéneas (mayores detalles sobre este tipo de condicionantes procedimentales a la reforma de las constituciones estatales norteamericanas en Williams [2009]).

La vía de incorporación al texto constitucional dependería del procedimiento, ordinario o agravado, a que afectase una reforma de tal contenido. Si solo al primero, sería de observancia, también, el procedimiento ordinario. Si solo al segundo, entonces lo sería el agravado. Y si a ambos, las opciones residirían en tramitarlo como iniciativas separadas, cada una regida por el procedimiento del precepto respectivamente reformado (el artículo 167 o el artículo 168). La tramitación conjunta, si es todavía una reforma parcial de la Constitución, no sería viable, al someter cuestiones propias del artículo 167 a la mayor rigidez que deriva del artículo 168. Igualmente, carece de barrera material impeditiva una modificación que explicita el *quorum* de decisión del referéndum de ratificación de la reforma o la revisión constitucionales, pudiendo, por ejemplo, equipararlo a las mayorías parlamentarias cualificadas respectivas de los procedimientos ordinario y agravado, por razones de congruencia con el hecho de que habla entonces la Nación o el Pueblo, y para alterar el pacto constitucional mediante mayorías equiparables a las que cosechó la aprobación inicial en referéndum de ese mismo pacto el 6 de diciembre de 1978.

Finalmente, y a reserva, como se decía, de la posible actualización e identificación de nuevos límites implícitos a la vista del contenido concreto de alguna reforma o revisión jurisdiccional impugnada ante el TC, cabe mencionar un último límite material implícito en la Constitución al tipo de reformas o revisiones que aquí se hallan bajo análisis. No caben derogaciones singulares de los procedimientos generales de reforma constitucional *more italico* (entre otros, Carnevale, 2013; De Fiores, 1993; Di Giovine, 1997; Ferri, 2001; Modugno, 1998; Pace, 1997; Pace, 1997; Pizzorusso, 1999) para materias igualmente singulares.

El modo en que la Constitución española organiza el tema de su reforma desconoce la categoría de las leyes constitucionales desgajadas del texto de la Constitución al estilo italiano recién mencionado, o al modo austríaco (donde es posible introducir preceptos de rango constitucional en leyes ordinarias, aunque tramitando esos preceptos conforme al correspondiente procedimiento de enmienda constitucional). Parafraseando lo que se dijo en la DTC 1/1992, ninguna otra fuente de derecho interno posee fuerza para modificar tácitamente la Constitución, ni para hacerlo, además, fuera del texto de esta. Semejante tipo de derogaciones tácitas, extrayendo del ámbito de aplicación de los procedimientos generales de reforma o revisión constitucionales a una materia o iniciativa concreta para someterla a un procedimiento específico diferenciado de aquellos, pugna con el principio de

igualdad, que, con el carácter de derecho de reconocimiento constitucional, e incluso de valor superior del ordenamiento jurídico, erigen una barrera material a la reforma o revisión de la propia Constitución.

4. Límites derivados del Estado social y democrático de derecho, de los partidos políticos y de otros contenidos del título preliminar de la Constitución

Otro tanto, en punto a los límites constitucionales materiales a la reforma de la propia Constitución, puede decirse del Estado social y democrático de derecho. Democracia y Estado de derecho son elementos nucleares, pilares básicos, del constitucionalismo. Su eventual supresión del texto constitucional por vía de reforma del mismo tampoco tendrá como resultado que el nuevo texto enmendado pueda considerarse una Constitución, por lo que no se estaría ante la reforma o revisión constitucionales que autoriza la propia Constitución española de 1978, sino ante una ruptura de la misma, incompatible, como ya se vio, con ella. En cuanto al Estado social, su eliminación acarrearía la supresión de un tipo de derechos constitucionales, los sociales, y de una de las manifestaciones básicas de la igualdad, cual es la igualdad material, con lo que entraríamos también en el ámbito de otro de los límites materiales esenciales a la reforma y revisión constitucionales, como posteriormente se verá en el subapartado pertinente de este mismo trabajo (los derechos fundamentales como límite a la revisión de la Constitución).

La síntesis armónica de los tres elementos (democracia, Estado social y Estado de derecho) condensada en el artículo 1.1 de la Constitución española de 1978 es insuprimible en cuanto tal, y tampoco cabe descomponer o desglosar la fórmula en sus tres componentes, respectivamente inderogables cada uno de ellos por separado, porque la propia síntesis de los tres es, en sí misma, esencial para la permanencia de «la constitucionalidad», y de la permanencia de esta Constitución. Su desaparición sería también un cambio «de Constitución», y no un cambio «en esta Constitución», siendo lo primero incompatible con el concepto de reforma o revisión constitucionales asumido en el título X de la Constitución española de 1978, y compatible con él solo lo segundo (un cambio *en* la Constitución sin cambiar *de* Constitución).

Algo similar cabe aducir respecto al papel de los partidos políticos (artículo 6 de la actual Norma Fundamental), con la consiguiente imposibilidad jurídica de suprimirlos por vía de reforma de la Constitución, dada la múltiple conexión de los partidos políticos con contenidos constitucionalmente resistentes a la noción de reforma y revisión constitucionales asumida en el título X de la propia Constitución. De un lado, con la democracia (esto es, con el componente democrático de la fórmula definitoria establecida en el artículo 1.1 de nuestra Carta Magna). También, con el valor superior del pluralismo político (asimismo, artículo 1.1 del texto constitucional). Y de otro lado, con los derechos fundamentales. Al menos, con los de sufragio (artículo 23, este también claramente enraizado en el aspecto democrático de la

misma fórmula definitoria del Estado contenida en el artículo 1.1), y de asociación (artículo 20), clásico y esencial derecho fundamental, una de cuyas vertientes quedaría indebidamente suprimida, vulnerando, no uno, sino varios límites materiales que de la conjunta, sistemática y teleológica interpretación del texto constitucional jurídicamente se desprenden. Igual sucede con el papel de los sindicatos (artículo 7), al menos, y no solo, por motivo de la conexión de los mismos con diversos derechos fundamentales, de los que forman parte inescindible de su respectivo contenido esencial (libertad sindical, derecho de huelga, medidas de conflicto colectivo, etc.).

Ahora bien, no todos los preceptos del título preliminar tienen esta dimensión de límite material absoluto a la reforma o revisión de la Constitución, como sí la tienen desde la perspectiva formal atenta al procedimiento que resulta aplicable a una u otra, pues la afectación a estos otros contenidos no materialmente limitadores a la reforma constitucional ubicados en este título (el preliminar) es criterio de determinación de la recta elección entre los respectivos trámites previstos para la reforma o la revisión constitucionales en los artículos 167 y 168, como es bien conocido. En cambio, aspectos regulados en el título preliminar como la capitalidad, la bandera, la lengua o la mención a las Fuerzas Armadas, son modificables por la vía del artículo 168, y algunos son incluso suprimibles a través de la misma vía procedimental (hay Estados que carecen de reglas al respecto, y no dejan de ser Estados dotados de una Constitución en el sentido técnico del término). No son los recién mencionados contenidos del título preliminar de la Constitución de 1978 elementos esencial y materialmente definitorios de «lo constitucional», y en consecuencia, pueden tanto modificarse como, en los casos señalados, alternativamente, incluso suprimirse, sin traspasar límite material a la revisión o reforma de la Constitución.

5. Enmienda constitucional y forma de gobierno

Continuando con elementos pertenecientes al título preliminar y su eventual valor jurídico de límite material a la revisión o reforma constitucionales (o su hipotética carencia de tal valor), hay que hacer mención específica al artículo 1.2, y los dos aspectos que componen la definición de la forma política del Estado español como monarquía parlamentaria, proclamada en el precepto. De una parte, la configuración de la jefatura del Estado como monarquía. De otra parte, la conformación de la denominada forma de gobierno, esquema concreto de relación entre los poderes ejecutivo y legislativo del Estado, lo que a la postre no es sino la plasmación concreta en esas relaciones, entre las varias modalidades que al efecto ofrecen la teoría política y el derecho constitucional comparado, del clásico principio de separación de poderes, nota conceptual esencial definitoria del constitucionalismo, y, por tanto, de «lo constitucional» (esto es, de lo que materialmente es una Constitución).

La propia diversidad de paradigmas en cuanto a ambas cuestiones en el panorama comparado es fuerte indicio de que caben modificaciones constitucionales a las dos sin

traspasar jurídicamente límite material alguno, siempre que la opción lo sea respetando las demás coordinadas sustantivas básicas que ya se han indicado (respeto a la democracia, a los derechos fundamentales, al Estado de derecho, etc.). Esto es, no el cambio hacia formas pasadas como monarquías constitucionales o absolutas, o bien dictaduras no monárquicas de diverso signo (cesaristas, militares, clericales, etc., o sus combinaciones), que sí vulnerarían los límites sustanciales a que debe atenerse la revisión o reforma del texto constitucional. A través del artículo 168 se puede, pues, modificar la forma de gobierno. Cambiar el esquema de relación entre ejecutivo y legislativo por otro entre las formas de gobierno posibles, o cambiarlo solo parcialmente para una mayor racionalización de la actual forma de gobierno.

6. Reforma constitucional e inviolabilidad de los derechos fundamentales

Claro límite constitucional material a la reforma de la Constitución es la indemnidad de los derechos fundamentales. Ello no implica la imposibilidad de modificar los enunciados relativos a dichos derechos, pero sí la interdicción de suprimir estos últimos total o parcialmente, con lo que esa supresión deviene jurídicamente inasequible a la revisión o reforma de la Constitución española de 1978. Sí cabe la adición de otros nuevos derechos, o mejorar o aumentar, en contenido o en garantías, los ya existentes (por ejemplo, eliminar, total o parcialmente, la sustracción de garantías que el artículo 53.3 efectúa para el capítulo III del título I). En este sentido, el límite material opera con mayor amplitud que el ámbito formal de exclusión del procedimiento ordinario de reforma constitucional del artículo 167, delineado por el artículo 168, que este ciñe solo a la sección 1.^a del capítulo segundo del título I. El límite material, en cambio, protege a todo el título I, y opera también frente a la revisión constitucional en el sentido del recién citado artículo 168 del texto fundamental español de 1978.

El fundamento jurídico-positivo de tal límite o barrera material es múltiple. Uno de ellos es el apuntado en su día por Jiménez Campo (1980, p. 92): la mención al carácter inviolable de los derechos efectuada en el artículo 10.1, que se impondría también al poder de revisión o reforma de la Constitución. En efecto, se estaría, cabe añadir, ante un supuesto especialmente cualificado del sometimiento de este poder a la Constitución, en cuanto poder público, que dispone el artículo 9.1. El vigoroso adjetivo empleado en el artículo 10.1 se suma así al principio de sujeción de todos los poderes públicos, entre ellos el de revisión o reforma constitucionales, a la Constitución (de la que obviamente forma parte el propio artículo 10.1).

El límite no solo es jurídicamente operativo en caso de una eliminación completa de todos los derechos como eventual contenido de una revisión constitucional. Esa operatividad también concurre ante una supresión parcial, pues respecto al ámbito en el que pudiese

operar esa eliminación, la revisión constitucional que así hiciera sería, en toda la extensión de semejante eliminación parcial de derechos, una ruptura incompatible con la noción de reforma empleada en la rúbrica del título X, y con la de revisión y reforma utilizada, dentro de él, por los artículos 167 y 168. Tal restrictiva revisión constitucional carecerá de la condición de Constitución, y por tanto no será un resultado de la reforma jurídicamente permitido por el título X de esta. Se trataría de un acto *ultra vires*, sin que impida tal conclusión el dato de que el exceso de lo constitucionalmente autorizado a la propia reforma o revisión constitucional se produzca en la cúspide del ordenamiento y del sistema de fuentes del Derecho. Y como tal *ultra vires*, en la medida en que el mismo se produzca, su producto, la aparente reforma o revisión constitucional, incurriría en nulidad por contravención del título X de la propia Constitución, pudiendo sobrevivir jurídicamente tan solo los contenidos eventualmente adicionales de la revisión o reforma en cuestión que no realicen tal ablación de derechos, ni traspasen otros límites materiales.

Cabe añadir un adicional argumento limitativo, de derecho constitucional vigente, a reformas restrictivas o supresoras de derechos constitucionales de las personas. Se trata del artículo 53, en sus apartados primero y segundo, de la propia Constitución, en los que cabe ver, no solo adicional expresión jurídico-positiva de la inviolabilidad de los derechos a que se refiere el artículo 10.1. También es fundamento, o más bien, adicional confirmación específica, de la justiciabilidad de reformas constitucionales restrictivas de derechos, cuando dice que la protección de los derechos a que uno y otro apartado se refieren, se llevará a cabo en el marco del artículo 161.1.a), o, en su caso, a través del recurso de amparo constitucional. Lo cual, dicho sea de paso, también es conformación de la imposibilidad de suprimir el TC por vía de revisión o reforma de la Constitución, erigiendo una suerte de garantía institucional del referido tribunal, al menos en el respectivo ámbito de aplicación de uno y otro apartado del precepto, que se suma a los límites materiales generales a la reforma constitucional antes examinados en relación con la mencionada corte.

7. Reforma constitucional y organización territorial

También es relevante el problema de los límites materiales eventualmente concurrentes a la reforma constitucional en relación con otro de los contenidos clásicos de toda Constitución, cual es el modelo de organización territorial del Estado. La cuestión, como es bien sabido, tiene doble sede de regulación constitucional (en el título preliminar, artículos 2, 3 y 4; y en el título VIII, capítulos 1 y 3). Y esa duplicidad es asimismo doblemente relevante. Lo es desde la perspectiva estrictamente formal, relativa a la correcta selección del procedimiento de enmienda aplicable (el regulado en el artículo 168 para la primera de esas ubicaciones, y el previsto en el artículo 167 para la segunda), aspecto que es justiciable mediante un control jurisdiccional de la constitucionalidad formal o procedimental de la reforma constitucional. Pero esa duplicidad de ubicación constitucional es igualmente significativa, y esta es la óptica con que se analizará a continuación, desde la perspectiva de la

existencia o no de límites jurídicos materiales a revisiones o modificaciones constitucionales que lo sean, justamente, del modelo de organización territorial.

En este sentido, hay que señalar en primer término que resulta indiferente, desde el prisma de la justiciabilidad material de tal tipo de revisiones o reformas constitucionales incidentes sobre el modelo de organización territorial del Estado, el procedimiento (presuponiendo una elección correcta del mismo) de revisión o reforma que efectivamente se hubiere seguido. Los eventuales límites materiales no lo son solo al poder de reforma constitucional parcial regulado en el artículo 167, sino también al de revisión total o parcial que disciplina el artículo 168. La cuestión es si el modelo territorial concretamente escogido en la redacción originaria de la Constitución de 1978 es insustituible o no intercambiable por otro distinto a través de reforma o revisión.

El núcleo normativo del modelo territorial que anida en el título preliminar de la Constitución española de 1978 solo es disponible para el poder de revisión constitucional previsto en el artículo 168 de aquella, lo que jurídicamente condiciona, por razones de adecuación procedimental, toda reforma parcial que pretendiera emprenderse, incluso, solo del título VIII, si la misma afecta, por su contenido concreto, al del artículo 2 del texto constitucional o a su ámbito de aplicación, sin alterar la redacción de este último precepto. Modificar el modelo de organización territorial del Estado e instaurar otro distinto, qué duda cabe, es posible para el poder de revisión previsto en el artículo 168 de la Constitución (no así para el de reforma parcial regulado en el artículo 167, al menos en lo que «toque» al título preliminar). Resta por plantear, como cuestión abierta, si la persistencia de institutos preexistentes a la Constitución, que esta, propiamente, no constituye, sino que reconoce como realidad preexistente, como ocurre con su actual disposición adicional 1.^a, modularía en cierta medida esta idea de apertura a la instauración de un modelo territorial distinto (según un planteamiento similar al de la garantía institucional que acogió la STC 76/1988 en relación con la referida disposición adicional 1.^a), y si la hipotética eliminación completa de esa realidad, precisamente por su preexistencia, no supondría realmente una ruptura (un cambio de Constitución) y no una revisión (un cambio en esta Constitución), incluso total, siendo esto último lo previsto en su título X y no lo primero, como ya se ha señalado.

Con todos los antecedentes matices, el artículo 2 de la actual Constitución es revisable, y no afecta ni a la estatalidad, ni al carácter de Estado social y democrático de derecho, aspectos que, al igual que el reconocimiento de derechos fundamentales, no dependen del modelo territorial que en cada momento se escoja y aplique. En esa misma medida, la decisión en tal sentido es una *political question*, jurídicamente incoercible, abierta al poder de revisión total o parcial de la Constitución (el previsto en el artículo 168), en lo que se refiere a la alteración del tenor de los artículos del título preliminar relativos al modelo territorial (principalmente el artículo 2, pero también los artículos 3 y 4), y, en su caso, modificados dichos contenidos normativos, y en coherencia con ellos, al poder de reforma parcial de la Constitución (el regulado en el artículo 167) en relación con el título VIII de esta. Tales opciones, dentro de los márgenes limitativos expuestos, dependen de la voluntad democrática de la

ciudadanía y de su representación en las instituciones electivas por sufragio universal, y son por ello, nuevamente y en terminología del Tribunal Supremo norteamericano, *political questions* o indiferentes jurídicos, de modo que una decisión en tal sentido es posible con arreglo a los procedimientos de enmienda, cada uno en su ámbito de aplicación, que establece la Constitución española en su título X.

8. Reformas ordinarias que «afecten» a disposiciones no reformadas que se ubican en «zona de reforma agravada»

Sin abandonar una interpretación exclusivamente literal del verbo «afectar», empleado en el artículo 168 de la Constitución para referirse al ámbito normativo reservado a la reforma parcial agravada, igualmente es oportuno plantear si, aun tratándose de una enmienda constitucional de algún artículo que no tenga ese emplazamiento (esto es, que no forme parte del título preliminar, de la sección 1.^a del capítulo segundo del título I, o del título II), el cambio que se introduzca en la disposición no situada en «zona de reforma agravada» afecte a alguna otra que sí lo esté. En tal escenario, sigue cumpliéndose la literalidad del artículo 168 de la Constitución, pues aunque no sea una disposición de (o perteneciente a) esos títulos y sección, la reforma sí que estaría afectando a uno de esos mismos títulos o sección. Nótese, continuando con el argumento estrictamente literal, que la condición desencadenante de la aplicabilidad del procedimiento agravado de revisión constitucional parcial no es que la reforma sea *de* los artículos pertenecientes a esos títulos o sección, sino que la reforma *afecte a* estos últimos.

Puede entenderse que la afectación a la que se refiere el artículo 168 de la Constitución española es un concepto material, dependiente, no solo de la numeración del artículo o su ubicación en el título, o, en su caso, capítulo y sección constitucional en que efectivamente se halle emplazado, sino conectada también al contenido concreto de la disposición sujeta a la revisión o enmienda. El criterio determinante de la recta selección del trámite de reforma constitucional de observancia, en tal caso, vendría dado por el nuevo contenido o tenor que adquiera el precepto reformado como consecuencia de la revisión o enmienda. Esto es, lo relevante tal vez no sea que el precepto sometido a reforma esté ubicado en el título VIII, sino también si la nueva redacción que se le dé afecte o no, en el sentido de que lo modifique o no, al contenido regulador, o al ámbito de aplicación, de reglas emplazadas dentro de los títulos o de la sección reservados por el artículo 168 al procedimiento agravado de revisión constitucional cuyo enunciado no haya sido alterado por obra de la enmienda aprobada a la Constitución.

El emplazamiento de las disposiciones constitucionales sometidas a reforma es un criterio exegético seguro a la hora de interpretar el artículo 168 en lo que respecta a cuándo hay que seguir el trámite agravado que en ese precepto se establece para llevar a cabo una reforma constitucional. Y es, asimismo, el primer patrón hermenéutico a aplicar en la

recta selección del procedimiento aplicable a esa reforma, por ser tal criterio (el del emplazamiento o ubicación constitucional de la disposición sometida a enmienda o revisión) producto directo de una lectura textual o literal del propio artículo 168. Pero no parece que sea la única pauta exegética gramatical a considerar en la adecuada elección del procedimiento aplicable a la enmienda constitucional. La razón de que pueda no bastar, aunque sí sea necesario, el criterio «topográfico», es que la literalidad del artículo 168 no se limita al emplazamiento del precepto o preceptos constitucionales en trance de reforma. Esa misma literalidad incluye también el criterio de la afectación. Y, como ya se ha visto, además de la mera referencia al emplazamiento (y consiguientemente, a la numeración) del precepto objeto de reforma o revisión, el criterio de la afectación tiene una dimensión que excede de lo meramente «topográfico», y se extiende a las conexiones intraconstitucionales entre preceptos diversos con un mismo o común objeto, en una lectura necesariamente sistemática y conjunta de la globalidad de la Constitución.

Si hay afectación o no a los títulos o sección reservados a reforma constitucional parcial agravada por el artículo 168 probablemente requiera confrontar jurídicamente el tenor modificado propuesto del enunciado constitucional sometido a reforma o revisión con el contenido de los preceptos que componen esos títulos y sección, aunque el artículo constitucional concreto sometido a enmienda no se halle emplazado en esos mismos títulos, o en esa misma sección. Tal confrontación permitiría determinar si la modificación proyectada de precepto o preceptos constitucionales con distinta ubicación altera jurídicamente el contenido o el ámbito de aplicación de disposiciones constitucionales emplazadas en alguno de los títulos o en la sección mencionados en el artículo 168, incluso aunque no se remitan o se refieran a estas últimas (esto es, si hay una reforma o modificación tácita de alguno de tales preceptos constitucionales emplazados en dichas ubicaciones).

Obvio es que las conexiones, interrelaciones e interferencias recíprocas entre preceptos de un mismo texto normativo no son necesariamente solo numéricas, ni únicamente de emplazamiento, aunque ambos criterios también sean relevantes en la exégesis jurídica. Por el contrario, tales conexiones son esencialmente de contenido, de manera que la modificación en la redacción de un precepto constitucional puede no aislar sus efectos solo a ese precepto, sino incidir también en el contenido o ámbito de aplicación de otros preceptos constitucionales, incluso aunque la redacción de estos otros preceptos constitucionales afectados no sea objeto directo de la reforma o revisión.

Valga un ejemplo hipotético. Una reforma de un precepto incluido en el título V que altere el actual sistema de elección y cese del presidente del Gobierno y lo reemplace por un sistema de elección popular directa no está en «zona del artículo 168», si se opta solo por el criterio del emplazamiento o enclave constitucional como pauta de selección del adecuado procedimiento de reforma. Pero lo estará si, al llevar a cabo tal modificación, se estuviera afectando con ella al artículo 1.3, precepto este sí incluido en esa «zona» (título preliminar), porque la forma política del Estado español ya no sería una monarquía parlamentaria, como en tal situación seguiría diciendo dicho precepto, sino que pasaría a ser una monarquía

presidencialista. Pese a que la literalidad del artículo 1.3 de la Constitución quedase inalterada tras la mencionada reforma, la privación de contenido de dicho artículo sería total. Al menos en cuanto al componente del precepto que hace referencia a la forma de gobierno (no, en cambio, en cuanto a la designación y funciones de la jefatura del Estado, para la que cualquier modificación necesariamente debe seguir el trámite prescrito en el artículo 168, según lo ya señalado).

9. ¿Es incompatible la actual jurisprudencia constitucional sobre el sentido y alcance del artículo 168 de la Constitución con la doctrina de la *unconstitutional constitutional amendment* y su control jurisdiccional?

Una última cuestión, aunque de la mayor relevancia, resta por examinar en relación con el problema del control jurisdiccional de constitucionalidad material de la reforma de la Constitución. Se trata de la doctrina establecida por el TC acerca del alcance y posibilidades del empleo del procedimiento de reforma agravada de la Norma Fundamental que se establece en el artículo 168 de esta. Esa jurisprudencia se ha acuñado, esencialmente, en relación con las resoluciones y medidas legislativas aprobadas, en algunos casos recientemente, en otros hace aproximadamente una década, respectivamente, en Cataluña y País Vasco, respecto al encaje (o desgajamiento) de las respectivas comunidades autónomas en el Estado.

Se trata, fundamentalmente, de las SSTC 103/2008 (NCJ046803), de 11 de septiembre (resolviendo el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, «de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política»); 259/2015 (NCJ060675), de 2 de diciembre (resolviendo la impugnación basada en el título V de la LOTC que formuló el Gobierno contra la resolución del Parlamento de Cataluña 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015), y 136/2018 (NCJ063721), de 13 de diciembre (que dio resolución a otra impugnación del Gobierno, basada también en el título V de la LOTC, en relación con los apartados 1 a 5 de la Moción 5/XII del Parlamento de Cataluña, aprobada en la sesión de 5 de julio de 2018, sobre la normativa de dicho Parlamento anulada y suspendida por el Tribunal Constitucional).

Así, la primera de tales sentencias (FJ 4.º) señalaba que el procedimiento que se quería abrir con la ley vasca impugnada afectaba al conjunto de los ciudadanos españoles, al abordar en dicho procedimiento la redefinición del orden constituido por la voluntad soberana de la Nación, y debía tener como cauce procedimental la revisión formal de la Constitución por la vía del artículo 168 de la Constitución, es decir, con la doble participación de las Cortes y del pueblo español titular de la soberanía directamente a través del preceptivo

referéndum de ratificación. Añadía la sentencia que se afectaba al fundamento del orden constitucional vigente por suponer la reconsideración de la identidad y unidad del sujeto soberano, o al menos la relación que solo el sujeto soberano puede establecer entre el Estado y las comunidades autónomas, y que ello únicamente puede ser objeto de consulta popular por vía del referéndum de revisión constitucional, siendo un asunto reservado en su tratamiento institucional al procedimiento del artículo 168 de la Constitución. Más adelante, argumenta la resolución, en la misma línea, que el respeto a la Constitución impone que proyectos de revisión del orden constituido, especialmente los que afectan al fundamento de la identidad del titular único de la soberanía, se sustancien abierta y directamente por la vía que la Constitución ha previsto para esos fines.

En las resoluciones relacionadas con Cataluña, la pauta argumental es similar. La STC 259/2015, dice (FJ 3.º), acerca de la Resolución del Parlamento Catalán sobre el inicio del proceso político en Cataluña tras las elecciones de 27 de septiembre de 2015, que la aspiración política a la que responde dicha resolución puede defenderse respetando la Constitución y, singularmente, los procedimientos para su revisión formal, y que el Parlamento de Cataluña, al adoptar la referida resolución en los términos en que lo hizo, estaba excluyendo la utilización de los cauces constitucionales (precisamente, el artículo 168 de la Constitución) para la conversión en un Estado independiente. La misma sentencia, a la que cita la posterior STC 123/2018 (NCJ063661), añade en su séptimo fundamento jurídico que la Constitución como ley superior no pretende para sí la condición de *lex perpetua*, sino que admite y regula su revisión total (art. 168), el cual asegura que solo los ciudadanos, actuando necesariamente al final del proceso de reforma, puedan disponer del poder supremo, esto es, literalmente, «del poder de modificar sin límites la propia Constitución» (expresión que aparece también en la STC 103/2008 [NCJ046803] antes citada, a la cual se hace remisión). Y continúa señalando la referida Sentencia 259/2015 (FJ 7.º), que todas y cada una de las determinaciones constitucionales son susceptibles de modificación, «siempre y cuando ello no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales», pero siendo preciso para ello que «el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a estos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable» (STC 138/2015 [NCJ059806], de 11 de junio, FJ 4.º, y jurisprudencia allí citada).

En resumen, el TC afirma en las resoluciones reproducidas que el artículo 168 de la Constitución permite reconsiderar la identidad y unidad del sujeto soberano, que ello puede ser objeto de consulta popular por la vía del referéndum de revisión constitucional previsto en el precepto, que este ofrece el cauce que una comunidad autónoma (generalizando a partir del sujeto pasivo de la impugnación, que fue Cataluña) ha de seguir para convertirse en Estado independiente, y que, no pretendiendo ser la Constitución de 1978 una *lex perpetua*, los ciudadanos disponen del poder supremo, esto es, de modificar sin límites la propia Constitución. Estas líneas argumentales, que en el momento actual son la interpretación «oficial» y suprema de la Constitución, al proceder del TC (art. 122.1 de esta, y art. 1 de la LOTC),

abren un claro interrogante sobre el análisis de los límites materiales a la reforma constitucional efectuado anteriormente, pues no casarían con dicha jurisprudencia constitucional.

Sin perjuicio del necesario y deseable debate académico a tal respecto, resta, para cerrar este trabajo, plantear al menos el interrogante en torno al valor de *rationes decidendi* o de *obiter dicta* de las respectivas motivaciones de las resoluciones del Tribunal Constitucional recién mencionadas. Si son lo primero, relativizan, o sencillamente se oponen, al desarrollo precedente efectuado en el presente trabajo sobre la cuestión del control de los eventuales límites materiales a la reforma constitucional agravada, simple y llanamente, porque esos límites no existirían, al menos en la visión hasta ahora «oficial» del supremo intérprete de la Constitución que, según lo aquí defendido, sería el competente para realizar el control de constitucionalidad de eventuales reformas constitucionales materialmente inconstitucionales. O bien al menos, si no lo anterior, plantearían la oportunidad o necesidad de realizar una eventual contextualización de esa misma jurisprudencia, teniendo en cuenta que esta ha sido pronunciada cuando el objeto de la impugnación a resolver en las respectivas sentencias han sido disposiciones de rango infraconstitucional, precisamente por no haber sido tramitadas con arreglo al artículo 168 de la Constitución.

Teniendo presente que las cuestiones que plantean las iniciativas autonómicas sobre las que versan esas resoluciones del TC se sitúan claramente en el núcleo duro del título preliminar de la Norma Fundamental, ¿esta jurisprudencia sería la misma si se hubiese empleado el artículo 168 de la Constitución y el correspondiente texto (o serie de textos, y actos aplicativos hipotéticos, eventualmente) en cada caso impugnado hubiera llegado a cognición del TC, y se basara la impugnación correspondiente en la transgresión de límites constitucionales materiales, derivables de interpretaciones sistemáticas y teleológicos, a la propia revisión constitucional? La respuesta a estas cuestiones ya no es abordable desde una perspectiva jurídico-constitucional como la que enmarca al presente trabajo, sino que se trata de un interrogante de «derecho constitucional-ficción» o, con mayor precisión, de «jurisprudencia constitucional-ficción».

Esto es, dependerá de que haya una reforma constitucional materialmente inconstitucional con las características apuntadas en este trabajo, y, sobre todo, de que, eventualmente instado el correspondiente control ante el TC, este mantenga la jurisprudencia aquí resumida, que se generó ante casos de reformas estatutarias o de normas autonómicas, en ambos supuestos de rango infraconstitucional, efectivamente acaecidas. Se trataría, pues, no de «hacer derecho constitucional», sino de intentar hacer «adivinación constitucional», algo que excede del objeto del presente trabajo, metodológicamente enmarcado en el derecho constitucional positivo y vigente. Lo que sí cabe poner de relieve es que el artículo 13 de la LOTC ofrecería margen al pleno del tribunal para especificar su jurisprudencia con respecto al particular supuesto de la reforma constitucional inconstitucional, si llegara el caso. Además de este último y no irrelevante matiz de derecho positivo español, puede allegarse un dato de derecho constitucional comparado: y es que este control jurisdiccional de constitucionalidad material de la reforma constitucional «se hace» en muchos

sistemas jurídicos, entre ellos, pero no solo, los de Austria, Colombia, Estados Unidos (al menos en las Constituciones estatales), India o Sudáfrica, aunque en otros no, como Italia o Alemania, por citar paradigmas «queridos» en nuestra tradicional doctrina constitucional (al respecto, entre otros, *vid.* Bernal Pulido, 2013; Cajas-Sarria, 2017; Halmai, 2012; Halmai, 2015; Ragone, 2012; Viciano Pastor y Moreno González, 2018).

La pregunta que las antecedentes reflexiones propician, y con la que este trabajo concluye, es la siguiente: si en otros sistemas constitucionales se puede controlar jurisdiccionalmente y, en su caso, anular una «reforma constitucional materialmente inconstitucional», ¿por qué no también aquí?

Referencias bibliográficas

- Albert, R. (2015). Amending constitutional amendment rules. *International Journal of Constitutional Law*, 13(3), 655-685.
- Alonso García, E. (1984). *La interpretación de la constitución*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Bardall, G. (2016). Coding competitive authoritarianism. *Zeitschrift Für Vergleichende Politikwissenschaft*, 10(1), 19-46.
- Bernal Pulido, C. (2013). Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *International Journal of Constitutional Law*, 11(2), 339-357.
- Bernal Pulido, C. (2018). Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional: Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una constitución. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 22, 59-99.
- Cajas-Sarria, M. A. (2017). Judicial review of constitutional amendments in Colombia: A political and historical perspective, 1955-2016. *The Theory and Practice of Legislation*, 5(3), 245-275.
- Cameron, M. A. (2018). Making sense of competitive authoritarianism: Lessons from the Andes. *Latin American Politics and Society*, 60(2), 1-22.
- Carnevale, P. (2013). Art. 138 vs. art. 138, ovvero del rivedere la revisione senza revisionarla. Qualche considerazione alla luce di un recente disegno di legge costituzionale. *Osservatorio Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, (Novembre), 1-22. <https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/Carnevale%20ter.pdf>
- De Fiore, C. (1993). La commissione bicamerale per le riforme istituzionali e l'art. 138 cost.: I paradossi di una riforma. *Giurisprudenza Costituzionale*, 38, 1547.
- De Vega García, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos.
- Di Giovine, A. (1997). Note sulla legge costituzionale n. 1 del 1997. *Quaderni Costituzionali*, 17(3), 381-416.

- Díaz Revorio, F. J. (1997). *La constitución como orden abierto*. McGraw-Hill-Interamericana de España.
- Doyle, O. (2017). Constitutional transitions, abusive constitutionalism and conventional constraint. *National Journal of Constitutional Law*, 37(1), 67.
- Dworkin, R. (1978). *Taking rights seriously*. Harvard University Press.
- Faggiani, V. (2019). La «rule of law backsliding» como categoría interpretativa del declive del constitucionalismo en la UE. *Revista Española de Derecho Europeo*, 71, 57-100.
- Ferri, G. (2001). *Il referendum nella revisione costituzionale*. Cedam.
- García Roca, J. (2017). De la revisión de las constituciones: Constituciones nuevas y viejas. *Teoría y Realidad Constitucional*, 40, 181-222.
- González-Jácome, J. (2017). From abusive constitutionalism to a multilayered understanding of constitutionalism: Lessons from Latin America. *International Journal of Constitutional Law*, 15(2), 447-468.
- Halmi, G. (2012). Unconstitutional constitutional amendments: Constitutional courts as guardians of the constitution? *Constellations: An International Journal of Critical and Democratic Theory*, 19(2), 148-348.
- Halmi, G. (2015). Judicial review of constitutional amendments and new constitutions in comparative perspective. *Wake Forest Law Review*, 50, 951-984.
- Halmi, G. (2018). Illiberal constitutionalism? The Hungarian Constitution in a European perspective. *Paper presented at the Verfassungskrisen in der Europäischen Union*, 85-104.
- Halmi, G. (2019). The making of «illiberal constitutionalism» with or without a new constitution: The case of Hungary and Poland. En David Landau y Hanna Lerner, *Comparative Constitution Making*, Edward Elgar Publishing, 302-323.
- Jiménez Campo, J. (1980). Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la constitución. *Revista de Derecho Político*, 7, 81-103.
- Kosař, D. y Šipulová, K. (2018). The Strasbourg Court meets abusive constitutionalism: Baka v. Hungary and the rule of law. *Hague Journal on the Rule of Law*, 10(1), 83-110.
- Landau, D. (2013). Abusive constitutionalism. *UC Davis Law Review*, 47, 189-260.
- Levitsky, S. y Way, L. A. (2002). Elections without democracy: The rise of competitive authoritarianism. *Journal of Democracy*, 13(2), 51-65.
- Levitsky, S. y Way, L. A. (2010). *Competitive authoritarianism: Hybrid regimes after the cold war*. Cambridge University Press.
- Modugno, F. (1998). Ricorso al potere costituente o alla revisione costituzionale? (spunti problematici sulla costituzionalità della l. cost. n. 1/1997, istitutiva della commissione bicamerale per le riforme costituzionali), *Giurisprudenza Italiana*, 1, 620-624.
- Pace, A. (1997). Brevi note sulla sostanziale conferma dell'art. 138 cost. nel progetto della bicamerale. *Giurisprudenza Costituzionale*, 42, 4199-4206.
- Pace, A. (1997). *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*. Cedam.
- Ragone, S. (2012). El control judicial de la reforma constitucional: Aspectos teóricos y comparativos. Editorial Porrúa.
- Roznai, Y. (2015). Towards a theory of unamendability. *New York University*



School of Law, Public Law Research Paper, 15(12).

Sieyès, E. J. (1789). *Qu'est-ce que le tiers-état?* (2.^a ed.).

Troncoso Reigada, A. (2000). Método jurídico, interpretación constitucional y principio democrático. En E. Espín Templado y F. J. Díaz Revorio (Eds.), *La justicia constitucional en el estado democrático* (pp. 399-454). Tirant lo Blanch.

Tushnet, M. (2014). Authoritarian constitutionalism. *Cornell Law Review*, 100(2), 391-462.

Tushnet, M. (2017). The possibility of illiberal constitutionalism. *Florida Law Review*, 69(6), 1367-1384.

Viciano Pastor, R. y Moreno González, G. (2018). Cuando los jueces declaran inconstitucional la constitución: La reelección presidencial en América Latina a la luz de las últimas decisiones de las cortes constitucionales. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 22, 165-198.

Williams, R. F. (2009). *The law of American State Constitutions*. Oxford University Press.