

LOS LÍMITES A LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

Manuel Fondevila Marón

Doctor en Derecho y en Ciencias Políticas. Profesor Visitante
Universidade Federal do Maranhão

Recepción: 1 de junio de 2015

Aprobado por el Consejo de redacción: 29 de junio de 2015

RESUMEN: Comprender que toda Constitución es la obra de un poder constituyente soberano implica que todos los poderes por ella constituidos, incluido el poder de reforma, se encuentran esencialmente limitados en su ejercicio. Sostenemos que, en concreto, todo poder de reforma se haya limitado no sólo formalmente por el procedimiento establecido en la propia Norma Fundamental para su modificación sino, también, materialmente, aun cuando no figuren explícitamente cláusulas de intangibilidad en el propio texto constitucional.

PALABRAS CLAVE: Poder Constituyente; Poder de Reforma; Cláusulas de intangibilidad.

ABSTRACT: Understand that any Constitution is the result of a sovereign constituent power implies that all powers constituted by it, including the amend power, are essentially limited in its exercise. We argue that, in particular, all amend power has been limited not only formally by the procedure established for Constitution modification but also materially, even if not explicitly part intangibility clauses in the Constitution.

KEYWORDS: Constituent Power; Amend Power; Intangibility Clauses.

SUMARIO: I. CUESTIONES CONCEPTUALES Y TERMINOLÓGICAS. II. LOS LÍMITES A LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA. III. MATERIAS VEDADAS AL PODER DE REFORMA.

I. CUESTIONES CONCEPTUALES Y TERMINOLÓGICAS

Afirmaba el poeta español Juan Ramón Jiménez "inteligencia, dame el nombre exacto de las cosas". Es verdad que una rosa, como decía Shakespeare por boca de Julieta en su famosa obra no pierde su olor por llamarse de otro modo, pero en Ciencias Sociales en general, y en Derecho Constitucional en particular, por tener precisamente como objeto de estudio relaciones humanas, algunos nombres pueden llevar a confusión y, por este motivo es necesario, cuando no existe consenso, realizar algunas precisiones propedéuticas para abordar el tema.

No nos mueve, por tanto, ningún afán nominalista cuando sostenemos que el nombre correcto al poder de establecer cambios en la Constitución es "poder de reforma" (J. Ruiperez) frente a otras denominaciones adoptadas por la doctrina tales como "poder constituyente derivativo" "poder constituyente constituido" "poder constituyente reformador" o "poder constituyente juridificado". En todos los casos se habla de un poder constituyente, que por su propia naturaleza es absoluto e ilimitado en el contenido de su voluntad, y se le añade el calificativo de "derivativo" "reformador" "constituido" o "juridificado" para indicar, produciendo una *contradictio in terminis*, que se encuentra limitado por lo que establece el texto constitucional. Ésta no tiene lugar cuando, a pesar de denominarlo así, se tiene muy clara su diferente naturaleza. Una diferenciación está parcialmente presente en la obra de quien, hasta donde nosotros se nos alcanza, fue el primero en utilizar una de estas expresiones en España: el Profesor A. Hernández Gil. Este autor sostiene que la principal diferencia entre el poder constituyente originario y el que él denomina derivativo es que aquel precede y se superpone a la Constitución para llegar a ella mientras que éste parte de las normas constitucionales pero, sin embargo –y en una crítica expresa al exceso de dogmatismo del positivismo jurídico, que considera que el segundo es solo una variante de un único concepto de poder constituyente– que si se atiende a los fines, es consustancial al poder originario su ausencia completa de límites mientras que el derivativo está intrínsecamente limitado por aquel; razón por la cual no es lo mismo. Por último, añade –también en contra de la escuela del positivismo– que entendían que la diferencia radicaba exclusivamente en que el poder constituyente originario creaba la Constitución *ex novo* mientras que el derivativo partía de una Constitución dada – que no es, como sostenían estos, que si eventualmente el poder constituyente derivativo infringe las normas de procedimiento se equipare al originario, sino que deja de ser derivativo y pasa a ser originario¹. En su concepción, como se aprecia, existe una clara diferenciación entre la naturaleza de uno y otro tipo de poderes y sólo falta –a nuestro juicio– precisar que los límites al poder de reforma, precisamente por esta diferente naturaleza atinente a sus fines, pueden ser implícitos.

1 Cfr., HERNANDEZ GIL, A. "El cambio político español y la Constitución" en *Obras Completas*. Espasa Calpe. Madrid. 1988. Pp. 196–197.

Además, el Profesor A. Hernández Gil se da cuenta, en el trabajo citado, de que, consecuencia de la generalización de las Democracias representativas, ha desaparecido, en la mayoría de Estados de nuestro entorno, la diferenciación entre legislativo y órganos constituyentes. La confusión, en nuestra opinión, tiene su origen en el fundador de la teoría del poder constituyente y llega hasta nuestros días. En primer lugar, como han señalado los clásicos de nuestra disciplina, E-M Sieyes equipara, a diferencia de J-J Rousseau, Pueblo y Nación, términos que utiliza como sinónimos a lo largo de toda su obra². En el "Proemio a la Constitución", a pesar de establecer la, en principio, correcta distinción entre el poder constituyente de la Asamblea y los poderes constituidos, al abrazar, también en contra de J-J Rousseau, el principio representativo³, acaba por confundir ambos poderes. La labor de Asamblea constituyente es concebida como una "dictadura comisoria" pero, terminada su labor, el poder no se devuelve al Pueblo, sino al Parlamento ordinario⁴, al que convierte así en verdadero soberano. Esta confusión teórica no tendría mayor importancia sino fuera que la reforma constitucional (entendida como una facultad sin límites) y llevada a cabo, como hemos dicho, por el órgano legislativo, la lleva a la práctica.

Las posiciones de los autores del positivismo jurídico respecto de esta cuestión pueden ser generalistas y simplificadoras en exceso, pero no se les puede negar coherencia interna. Para ellos, la cuestión es simple: existe un poder constituyente originario que crea *ex novo* una Constitución y un poder constituyente derivativo, constituido reformador o jurificado que opera cambios en la Constitución dada cuando es menester. Uno y otro hacen lo mismo, con la diferencia de que el derivativo sigue los cauces establecidos en la Constitución originaria. Si eventualmente no lo hace así, se le presenta a estos autores un problema que solventan del mismo modo que, al margen de consideraciones político-ideológicas lo hacen con la Constitución originaria: dando la validez del cambio por supuesta (por eso dicen que el poder constituyente derivativo se equipara con el originario). Esto es consecuencia de la característica principal de este pensamiento jurídico: la ausencia de un sujeto titular de la soberanía⁵. El problema de esta simplificación y generalización excesivas es que se muestran torpes para explicar los cambios políticos.

2 Cfr., CARRE DE MALBERG, R. *Teoría General del Estado*. FCE. México. 1998. Pp. 1179-1267. En contra de esta interpretación de Sieyes, como opuesta a la concepción de Rousseau, MAIZ, R. "Los dos cuerpos del soberano. El problema de la soberanía nacional y la soberanía popular en la Revolución Francesa" en AAVV. *Soberanía y Constitución*. Junta General del Principado de Asturias. Oviedo. 1998

3 Cfr., SIEYES, E-J. «Proemio a la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los Derechos del Hombre y del Ciudadano» *Escritos y Discursos sobre la Revolución*. Estudio Preliminar de Ramón Máiz. CEPC. Madrid. 2007. P. 257.

4 Cfr., RUIPEREZ ALAMILLO, J. *Reforma versus revolución Consideraciones desde la teoría del Estado y de la constitución sobre Los límites materiales a la revisión Constitucional*. Porrúa. México. 2014. P. 50.

5 Esta es la crítica que los autores más brillantes de la época de Weimar dirigieron contra la Escuela de Viena (Cfr. SCHMITT, C. *Teología Política. Cuatro ensayos sobre la soberanía*. Traducción e Francisco Javier Conde. Struhart & Cia. Buenos Aires 1998. P. 66. HELLER, H. *La Soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. Fondo de Cultura Económica. México 1927. P. 85 y, para una visión de conjunto de toda la época LUCAS VERDU, P. *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smed*. Tecnos. Madrid, 1987).

La cuestión, se percibe, está muy ligada a la idea de Constitución y de Democracia que se sostenga. Desde las concepciones más partidarias de la Democracia representativa se puede negar el ejercicio directo de la soberanía por parte del Pueblo y afirmar, como lo hace uno de los manuales españoles más empleados y citados por los profesores de nuestra disciplina, que en los modernos Estados Constitucionales el cambio constitucional no es legítimo que se produzca mediante una revolución, sino únicamente por los cauces procesales establecidos en la propia Constitución⁶; pero en ese caso resulta muy difícil explicar los límites materiales a la reforma de la Constitución. No nos referimos ya a los límites materiales que a nuestro juicio existen para todo poder de reforma (y que, por cierto, contradictoriamente con lo que acabamos de exponer, el texto citado identifica con las "paredes del Estado"), sino a las claras y precisas cláusulas de intangibilidad que se encuentran en algunos textos constitucionales contemporáneos⁷. Parece, cuanto menos difícil de argumentar, sea política o jurídicamente, que el poder constituyente originario pueda limitar no solo formalmente sino también materialmente al poder constituyente derivativo sino se acepta otro modo legítimo de realizar cambios constitucionales. Los límites formales aún se pueden justificar como garantía de consenso y de que la Constitución no será modificada por los poderes ordinarios constituidos con exiguas mayorías, pero no habrá modo racional de justificar que una generación pasada imponga una concreta solución político-material a las venideras.

Dado que la cuestión que tratamos está muy ligada con las posibilidades de la Democracia directa y los márgenes de la representativa debemos hacer, para terminar con esta introducción, una última aclaración: pese a que algunos autores hablan del "mito del poder constituyente"⁸ tratando de llevar al absurdo los argumentos de quienes sostenemos que el Pueblo es el único soberano legítimo en un Estado Constitucional y que tiene, como principal característica de esa soberanía, un derecho permanente a la revolución⁹ que no es sino el derecho de cambiar de constitución, resulta ingenuo y peligroso sostener lo contrario. Ingenuo porque ninguno de los que defendemos la teoría clásica del poder constituye imaginamos al Pueblo en una especie de plaza pública redactando directamente la Constitución, sino que aceptamos, como lo hizo J-J Rousseau en *Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia*, que ésta sea redactada por una Asamblea representativa¹⁰, convocada al efecto, imbuida de un poder extraordinario,

6 ALZAGA VILLAMIL, O, GUTIERREZ GUTIERREZ, I, REVIRIEGO PICÓN, F Y SALVADOR MARTINEZ, M. *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid. 2011. P. 175.

7 Citamos aquí el art. 139 de la Constitución italiana que establece que la Constitución es irreformable en lo que respecta a la forma republicana de gobierno o el art. 79.3 de la Constitución alemana, el cual establece que Será ilícita toda modificación de la presente ley en virtud de la cual se afecte a la división de la Federación en Estados, a los fundamentos de la cooperación de los Estados en la potestad legislativa o a los principios establecidos en los artículos 1.o. y 20.

8 Cfr., GUTIERREZ GUTIERREZ, I. "el mito del poder constituyente". Artículo publicado en el eldiario.es el 24 de Febrero de 2015 (http://www.eldiario.es/contrapoder/mito_poder_constituyente_6_360174012.html).

9 Cfr., FONDEVILA MARÓN, M. *La disolución de la soberanía en el ámbito estatal. El proceso de integración europea*. Reus. Madrid. 2014. Pp. 173 y ss., así como los prolegómenos del Profesor J. Ruipérez.

10 Sobre la posición a este respecto me remito a FONDEVILA MARÓN, M. "La herencia rousseauiana en el pensamiento constitucional, trescientos años después de su nacimiento" En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* nº 12 (2012). Pp. 373 y ss.

y que dará paso posteriormente a la acción de los poderes constituidos hasta el momento en el que sea necesario darse una nueva Constitución. Lo importante, por tanto, es que no haya ningún poder en el Estado que pueda modificar la voluntad soberana del Pueblo, representado en la Asamblea. De este modo, la voluntad del Pueblo actúa verdaderamente como límite a la acción de los poderes constituidos, en teoría y en la práctica. Precisamente por eso también resulta peligrosa: porque sostener que "ni el Pueblo hace la Constitución ni el poder de hacer la Constitución es un poder ilimitado"¹¹ convierte a los poderes constituidos (y en concreto, al legislativo) en los dueños de la Constitución. Estos, en teoría, estarían sujetos a límites, pero serían muy difíciles de controlar en la práctica. El poder constituyente no está, efectivamente, legitimado para todo: no puede, por ejemplo, imponer una determinada ideología o religión a los individuos, pero eso es porque su actuación es ilimitada y absoluta únicamente en la esfera de lo público¹².

En concepciones históricas superadas, en las que la Constitución se consideraba un pacto de las Cortes con el Rey, era lógico que éstas se declarasen irreformables (entendiendo que sólo un nuevo pacto entre los sujetos soberanos podía establecer algún cambio en las Constituciones)¹³. Por eso a nadie debe extrañar que las Constituciones de 1845 y 1876 guardasen silencio sobre su reforma. Desde el principio democrático, está claro que la institución de la reforma se vuelve pieza fundamental de la Constitución, pues cumple la triple función de actualización de la Constitución a los cambios político-sociales, de garantía de la voluntad soberana del pueblo, pues la imposibilidad de reformar la Constitución la hace, tarde o temprano, de imposible cumplimiento y, por lo tanto, de mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado¹⁴. Pero esa misma función de garantía que cumple la institución de la reforma es la que obliga a que sea considerada una operación necesariamente limitada. Será únicamente un nuevo poder constituyente (el pueblo representado en una asamblea especialmente convocada al efecto) el que pueda elaborar una nueva Constitución, y no el legislativo.

II. LOS LÍMITES A LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Cuando no se comprende bien la diferente naturaleza del poder constituyente y del poder de reforma que hemos establecido en el epígrafe anterior el problema de los límites (aún expresos) a la reforma se vuelve verdaderamente difícil de solventar ¿Cómo va el constituyente de hoy a condicionar la voluntad del constituyente del mañana?¹⁵ A

11 GONZALEZ ENCINAR, J.J. "La Constitución y su reforma". En *Revista española de Derecho Constitucional* nº 17 (1986). P. 354.

12 Cfr., ROUSSEAU, J.-J. *Del contrato social*. Libro IV Capítulo VIII.

13 Cfr., PEREZ ROYO, J. PEREZ ROYO, J. *La reforma de la Constitución*. Congreso de los Diputados. Madrid. 1987. Pp. 19-127.

14 Cfr., DE VEGA, P. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos. Madrid. 1985. Pp. 67-71.

15 La prohibición de hacer esto se contenía en el art. 1 del Título VII de la Constitución de 1791, en el art. 30 de la Declaración de Derechos del Hombre de 1793 y en el art. 28 de la Constitución de ese mismo año.

esta pregunta no consiguen responder adecuadamente aquellos que, por defender que tanto la reforma como la elaboración de una nueva Constitución son llevadas a cabo por el poder constituyente se enfrentan al problema de que el poder constituyente que lleva a cabo la reforma no es el mismo que llevó a cabo la aprobación de la Constitución originaria. Cuando la reforma se lleva a cabo en un breve lapso de tiempo desde que se aprobó la Constitución (por haberse, por ejemplo, apreciado algún defecto técnico), sin que se hayan producidos cambios relevantes en la sociedad, todavía podemos sostener que, aunque cambien los representantes (en buena lógica constitucional la Asamblea Constituyente debe disolverse una vez cumplida su labor) se trata del mismo poder constituyente actuando con sujeción a los límites (el procedimiento de reforma) que él mismo se ha impuesto; pero cuando han pasado muchos años y se han producido cambios en la sociedad que hacen necesaria la adaptación de la Constitución a los mismos, resulta imposible argumentar de esta forma. La única forma de, aparentemente, salvar este escollo, es admitir que el poder constituyente está siempre limitado, pero ello contradice la idea de soberanía popular (y por ende, de Democracia), desafía a la Historia, que nos da numerosos ejemplos de Constituciones que fueron aprobadas sin seguir los cauces de reforma de la Constitución precedente¹⁶ y, sobre todo, no explica por qué el constituyente originario sí que fue ilimitado. Los que argumentan, desde un apenas indisimulado miedo a la revolución, entendida como un cambio de la normativa fundamental, que "en Democracia" (cuando en verdad lo que quieren decir es en la última Democracia representativa instaurada) no parece lógico realizar cambios constitucionales sin seguir los cauces constitucionales establecidos contradicen la idea rousseauiana de que "va en contra de la naturaleza del cuerpo político darse leyes que luego no pueda revocar, pero no va en contra de la naturaleza ni contra la razón que no pueda revocarlas más que con la solemnidad puesta en práctica al establecerla"¹⁷. Por eso para nosotros está claro que, aunque la titularidad del poder constituyente pertenece siempre al Pueblo, porque el concepto que defendemos de éste no es el de un ente metafísico

16 Nos vamos a referir aquí tan sólo a una, la Constitución mexicana de 1917, por varios motivos: a) el primero es que fue, hasta donde a nosotros se nos alcanza, la primera constitución social del mundo; b) la segunda, porque aunque ha tenido casi un siglo de vigencia se debate actualmente su reforma o sustitución (Cfr., a este respecto, WONG MERAZ, A. "La reforma de la Constitución como defensa de la Constitución de 1917. Un análisis desde la problemática del poder constituyente y las ideas de libertad y democracia". *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*. Nº 18. Pp. 195 y ss. ; c) la tercera, y más importante, porque ya en el momento de su aprobación se debatió esta cuestión respecto a la Constitución de 1857, y en la Constituyente de Querétaro, el diputado H. Medina pronunció unas palabras al respecto que merece la pena reproducir aquí: "En la Ciudad de México, yo he oído a personas muy ilustradas decir que no tenía razón de ser el Congreso Constituyente de 1916 porque la Constitución Política de 1857 contiene las disposiciones en virtud de las cuales se establece el procedimiento para reformar la constitución (...) Sin embargo (...). Si nuestra Constitución Política, si nuestras instituciones todas están fundadas en el principio de soberanía popular, si sabemos, por otra parte, que la soberanía es inherente al pueblo y que reside en el pueblo, que nunca puede enajenar, entonces, (...), la revolución, apelando a la soberanía popular, y convocando a todos los Estados para que vayamos a reunirnos al Congreso Constituyente, se funda en el principio de la soberanía popular; soberanía popular por la cual el pueblo, esa soberanía popular (sic), puede modificar la Constitución y reformarla como le plazca" (Diario de Sesiones de 5 de Enero de 1917. P. 117).

17 ROUSSEAU, J.-J. «Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma». En ROUSSEAU, J. J. *Proyecto de Constitución para Córcega. Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*. Madrid: Tecnos, 1988. P. 104.

que incluya las generaciones pasadas presentes y futuras sino el conjunto de individuos aislados o agrupados socialmente presentes en una determinada comunidad, que el poder constituyente sólo es uno, que aprueba la Constitución¹⁸, y desaparece posteriormente hasta que es necesario darse una nueva, dando paso a otro distinto.

Entendida, pues, la reforma como una operación intrínsecamente limitada por ese poder constituyente ilimitado desaparecido, previendo que podía ser necesario en el futuro adaptar la norma fundamental a los cambios sociales para asegurar la continuidad de su vigencia, podemos tratar de establecer una clasificación de los límites a la misma, admitiendo de antemano que algunas categorías resultarán discutibles¹⁹.

- A) Distinguimos, en primer lugar, entre límites implícitos, y límites explícitos y, dentro de los segundos, entre límites autónomos y heterónomos. Por último, dentro de los límites explícitos autónomos, entre límites formales y materiales.
- B) Límites absolutos y límites relativos, distinguiéndose a su vez en estos en temporales y circunstanciales.

En cuanto a la primera clasificación, la categoría de límites implícitos es la más problemática y por eso a dedicarle más atención en las siguientes páginas. Los límites explícitos autónomos figuran en el propio texto constitucional mientras que los heterónomos provienen del Derecho Internacional. En nuestra humilde opinión, los segundos no derivan tanto (como han sostenido algunos autores) de lo dispuesto en los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena como del hecho de que desde principios de siglo asistimos a un proceso recíproco de "constitucionalización" del Derecho Internacional e "internacionalización" del Derecho Constitucional por el que, a la vez que el Derecho Internacional se hace, cada vez, más sensible a las "tradiciones constitucionales comunes" de los Estados, el Derecho Constitucional presenta cada vez una vocación más internacionalista²⁰ (ejemplo paradigmático del art. 11 de la Constitución italiana). Evidentemente, el principio de supremacía constitucional supone que si se lleva a cabo una reforma constitucional que eventualmente viole lo dispuesto en un concreto Tratado Internacional, las autoridades de ese Estado deben proceder a su denuncia (si está prevista) o soportar las sanciones que se le impongan; pero creemos que una reforma constitucional que pretendiese aislar al Estado completamente de la Comunidad Internacional²¹ sería ilegítima y, por lo tanto, nula. Los límites explícitos autónomos formales son las normas que establecen un procedimiento de

18 A mayor abundamiento, FONDEVILA MARÓN, M. "Pobo, Estado, Nación". *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Nº 15. Pp. 197-222.

19 Seguimos, en cierta medida, la establecida por el Profesor H. Nogueira en NOGUEIRA ALCALÁ, H. "Consideraciones sobre el poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y práctica constitucional". En *Revista Ius et Praxis*. Año 15 (2008). P. 245 y ss.

20 Cfr., Cfr. MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. *Derecho Constitucional Internacional*. Reus. Madrid 2008. P. 471.

21 La vocación internacionalista de las Constituciones modernas, como la española, la refleja nuestro Tribunal Constitucional, por ejemplo, en la STC 236/2007, en la que afirma: esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado.

reforma con mayorías reforzadas respecto de las necesarias para la aprobación de las leyes ordinarias y los materiales las cláusulas de intangibilidad como las que se contienen en los ya mencionados arts. 139 de la Constitución italiana y 79.3 de la Constitución alemana.

En cuanto a la segunda clasificación, son límites absolutos los que, como las mencionadas cláusulas de intangibilidad impiden completamente la reforma, y relativos aquellos que la impiden durante un determinado tiempo (p. ej. art. V de la Constitución de los Estados Unidos) o en unas circunstancias concretas (p. ej. art. 169 de la Constitución española).

La cuestión, que habíamos anunciado, acerca de los límites implícitos gira en torno a la posibilidad de llevar a cabo una reforma total de la Constitución, tal como parece desprenderse, por ejemplo, del artículo 168 de la Constitución española. Debemos indicar, en primer lugar, que no negamos que el poder de reforma pueda llevar a cabo esta operación, entendida como una reforma completa de la estructura del articulado de la Constitución, siempre y cuando no altere los valores y principios fundamentales con los que la Constitución originaria se identifica. Con la Constitución ocurre lo mismo que con una casa: cuando tiramos la pared maestra para levantar otra edificación sobre el mismo lugar no hablamos de reforma sino de una construcción completamente nueva. Esto ocurre, en Derecho Constitucional, cuando un poder constituyente originario cambia por completo los modos y formas en los que el Pueblo va a ser gobernado. Pero, siguiendo con la metáfora, el cambio en la Constitución puede ser, como el de una casa, muy amplio, y no consistir simplemente en tirar una pared para ganar espacio en una habitación, o añadir otra, sino, manteniendo los cimientos y pilares maestros, llevar a cabo una reforma en profundidad que incluya suelos, tejado, paredes etc.

Nosotros sostenemos que si la reforma es una operación esencialmente limitada, lo será aunque la Constitución no establezca cláusulas de intangibilidad y, además, que puede haber otros límites al margen de éstas. La cuestión no es pacífica entre la doctrina. En España, por ejemplo, autores como J. Pérez Royo y M. Aragón sostienen la posibilidad de modificación total de la Constitución siguiendo el procedimiento de reforma del art. 168 CE. Frente a ellos, el Profesor J. Ruipérez ha argumentado la necesidad de considerar la reforma como una operación sometida a límites materiales implícitos y/o explícitos como garantía de defensa del orden democrático²². Pero lo más interesante, quizás, es comprobar como algunos autores de la escuela positivista como I. De Otto o B. Aláez Corral acaban defendiendo la existencia de algunos límites a la reforma no establecidos en el Texto Fundamental. Lo de menos es señalar aquí la corrección o incorrección del límite material absoluto que encuentran en el art. 2 CE²³, y que consistiría en la imposibilidad de otorgar a las Comunidades Autónomas un poder para aprobar sus propias constituciones, pues lo verdaderamente relevante es que incluso desde los posicionamientos más formalistas la fuerza de las cosas obliga, al enfrentarse a casos concretos, a vetar determinadas decisiones al poder de reforma.

22 Cfr., RUIPEREZ ALAMILLO, J. "De la reforma constitucional y sus límites materiales. Consideraciones desde la teoría del Estado y de la Constitución". *Teoría y Realidad Constitucional*. Nº 30. Pp. 125 y ss.

23 Remitimos, para ello, al trabajo del Profesor J. Ruipérez citado *supra*.

Lo mismo ocurre con la jurisprudencia. A pesar de la auto-contención, el estricto rigor jurídico y la actitud apolítica que debe guiar la actuación de los Tribunales Constitucionales para que su labor no se vea deslegitimada, varios Tribunales con competencias constitucionales, en contra de la posición de nuestro supremo custodio constitucional²⁴, han aceptado la existencia de límites materiales al poder de reforma de la Constitución. El corolario de ello es que estos Tribunales entran en el conocimiento de dichas reformas y las declaran inconstitucionales y nulas, con la trascendencia jurídico-política que ello acarrea²⁵. Veamos tres ejemplos: a) la Corte Costituzionale en su Sentencia n.º. 1146 de 1988, sostiene que, además del límite a la reforma constitucional establecido en el art. 139 CI (la forma republicana de gobierno) existen otros límites a la reforma: los valores supremos del ordenamiento constitucional y los Derechos Fundamentales, al menos en su núcleo esencial. b) la sentencia de la Corte Suprema argentina de 19 de Agosto de 1999, en la causa "Fayt, Carlos Santiago vs. Estado Nacional", que vino (simplificando) a consagrar como límite material (que no existe expresamente en la Constitución) el principio de inamovilidad absoluta de los jueces. c) En el caso el caso *Kesavananda Bharati Sripadagalvaru v. State of Kerala and another*, la Corte Suprema india declara que hay una estructura "básica", que se corresponde con los Derechos Fundamentales de la Constitución, que no puede ser objeto de enmienda.

III. MATERIAS VEDADAS AL PODER DE REFORMA

La conclusión de lo que llevamos expuesto hasta ahora es que tanto la doctrina (aún la más formalista) como la jurisprudencia mayoritariamente han llegado a la conclusión, al analizar casos concretos, de que existe un núcleo irreformable de la Constitución que es indisponible para el poder de reforma. Como cada Constitución se corresponde con un régimen político concreto por ella instaurado, y porque el poder constituyente es absoluto e ilimitado en el contenido de su voluntad, los límites pueden variar (es obvio que el poder constituyente puede establecer las cláusulas de intangibilidad que desee e, incluso, declarar la Constitución irreformable, aunque de este modo la esté condenando al fracaso); pero creemos que hay unos límites que se dan, *en todo caso*, de manera implícita, y que constituyen un núcleo indisponible de toda Constitución. Evidentemente, con base en distintas posiciones ideológicas, cada uno puede tener su propia opinión acerca de aquello que considera (volviendo a la metáfora de la casa) "los cimientos" de su Constitución. Hemos visto que los Tribunales Constitucionales han señalado los valores superiores del ordenamiento (incluida la inamovilidad de los jueces), y los Derechos Fundamentales. Otros podrían considerar la Monarquía (en los países donde está instaurada), la laicidad, el Estado social, la división de poderes etc. como parte de ese núcleo irreformable y, de ese modo, será difícil llegar a un consenso.

24 En las SSTC 31/2010 (Fdto. Jco. 69º), 103/2008 (Fdto. Jco 4º), 48/2003 (Fdto Jco 7º), y 11/1981 (Fdto. Jco. 11º), es donde el TC niega de modo más claro la existencia de límites materiales a la reforma.

25 Cfr., para mayor profundización Para mayor profundización Cfr., RAGONE, S. "El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada" *Teoría y Realidad Constitucional*. n.º 31. Pp. 391-405

Para tratar de lograrlo, tenemos que intentar vincular los elementos que consideramos indisponibles para el Poder de Reforma con aquellos esenciales en un régimen político determinado, pues que una Constitución establece las bases de cada régimen político nos parece algo relativamente sencillo de aceptar. Para el Profesor P. Lucas Verdú²⁶, con quien coincidimos, éste consta de tres elementos:

- A) El techo ideológico, que comprenderá los Derechos Fundamentales, la forma de Gobierno, la separación de poderes, Estado de Derecho y principio democrático.
- B) La forma de Estado, que implicará la imposibilidad de, mediante una simple reforma de la Constitución, pasar de un Estado federal a uno unitario (o viceversa) y de un Estado unitario federal o unitario a una Confederación de Estados (o viceversa).
- C) La estructura social.

Por lo que respecta al primer elemento, debemos partir, en primer lugar, de lo que establece el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, según el cual: "Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución". Los Derechos Fundamentales, hemos visto en el apartado anterior, son también habitualmente considerados por la jurisprudencia como límites al poder de reforma. En nuestra humilde opinión, sería posible por reforma constitucional ampliar las garantías constitucionales, pero nunca reducir las. La razón nos la dan algunas Constituciones de manera expresa como, por ejemplo, la novena enmienda de la Constitución norteamericana que establece que no por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el Pueblo. Como evidentemente los derechos que pueda retener el Pueblo no van a poder hacerse valer sino están explicitados en la Constitución, está claro que, desde este principio, siempre podrá reformarse la Constitución para completar el catálogo que el tiempo ha demostrado insuficiente u obsoleto pero no para retrotraer a la sociedad a un estado anterior de garantías constitucionales. Por lo que respecta a los otros elementos, tampoco resultará, esperamos, muy difícil de aceptar, que porque donde no hay Democracia no hay Constitución (fueros o cartas otorgadas todo lo más), nunca se podrá realizar por el procedimiento de reforma una operación que haga quebrar el principio democrático o el Estado de Derecho, del cual, la separación de poderes, constituye una garantía esencial. El techo ideológico hace referencia, por último, a la forma de Gobierno, pero en este caso hay que tener en cuenta que, porque una Monarquía parlamentaria (donde, por tanto, el poder del Rey es meramente simbólico) se parece más a una República Parlamentaria que lo que se parece una República presidencialista a una parlamentaria, lo esencial, por lo que a la forma de Gobierno se refiere no será la distinción Monarquía–República sino parlamentarismo–presidencialismo. En el caso de una modificación para reducir Derechos Fundamentales se produciría una supresión de la Constitución (sin cambio del Poder Constituyente) y en los demás una quiebra constitucional.

26 Cfr., LUCAS VERDU, P. *Curso de Derecho Político*. Vol. 1. Tecnos. Madrid. 1974. Pp. 367 y ss.

En cuanto a la forma de Estado como límite a la reforma (aspecto del que ya nos hemos ocupado abundantemente en otro lugar²⁷) podemos distinguir cuatro supuestos, de los cuales, dos constituyen supresiones y otros dos, quiebras constitucionales. Son ejemplos de supresiones constitucionales el paso de un Estado Federal a uno Unitario o Viceversa. Si lo esencial de un Estado Federal es, como indica el art. 41 CPEUM, que "El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal", hacer que los ciudadanos pasen a estar sometidos a dos instancias legislativas (cuando antes lo estaban a una sola) o viceversa, si bien no cambia el poder constituyente (que tanto en un Estado Federal como en uno unitario sigue siendo el Pueblo), no se trata, tampoco, de una mera adaptación de la Constitución a los cambios sociales. Hay quiebra Constitucional, sin embargo, cuando un Estado otrora soberano se integra en un Estado federal, cediendo la soberanía al Pueblo del nuevo Estado, o cuando, tras una "lucha por la soberanía" (Heller), surge un nuevo Estado disgregado de otro.

Por último, el establecimiento de una determinada estructura social era propio, como indica el Profesor P. Lucas Verdú, de las Constituciones socialistas, que suprimían las clases sociales regulando una Economía planificada. Algunas Constituciones actuales, como la española, son especialmente indiferentes al respecto²⁸ y, en ese caso, no se podrá apreciar la estructura social como un límite a la reforma.

27 Cfr., FONDEVILA MARÓN, M. "Reforma Constitucional y Forma Territorial del Estado". *Revista Catalana de Dret Públic*. N° 49. Pp. 211 y ss.

28 *Vid.*, art. 38 CE: "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación".