

# LA INDEFENSIÓN DE LA CONSTITUCIÓN NEUTRAL

## The vulnerability of the neutral constitution

PALOMA BIGLINO CAMPOS

Universidad de Valladolid

paloma.biglino@uva.es

### *Cómo citar/Citation*

Biglino Campos, P. (2023).

La indefensión de la constitución neutral.

*Revista Española de Derecho Constitucional*, 127, 15-48.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.127.01>

### **Resumen**

Por expreso deseo de los constituyentes y según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Constitución carece de cláusulas de intangibilidad expresas. Este carácter abierto favoreció, en su momento, la apertura y el carácter integrador de nuestra norma fundamental. Ahora bien, en la actualidad, esta neutralidad constitucional suscita problemas. Algunos son de carácter teórico, ya que la ausencia de límites al poder de reforma no es coherente con el carácter racional normativo de nuestra norma fundamental. Otros pueden llegar a tener consecuencias prácticas, ya que se deja a la Constitución sin defensa ante sus enemigos. La experiencia europea, así como la historia constitucional, demuestra que las cláusulas de intangibilidad aparecen y se extienden para salvaguardar los elementos esenciales del propio derecho constitucional. En nuestro ordenamiento, no cabe excluir que el Tribunal Constitucional revise su propia jurisprudencia, dado que esta no tiene un carácter sustantivo. Mientras tanto, reconocer que la reforma constitucional ha de tener límites, al menos implícitos, puede servir para distinguir las modificaciones legítimas de la Constitución de otras que, aunque respeten los procedimientos, no son más que máscaras de legalidad.

### **Palabras clave**

Constitución; reforma de la Constitución; cláusulas de intangibilidad; debates constituyentes; populismo; retroceso democrático.

**Abstract**

At the express wish of the Constituent Assembly, and according to the jurisprudence of the Constitutional Court, the Spanish Constitution does not have written entrenchment clauses. At the time, this open character favoured the openness and the integrating nature of our fundamental norm. Today, however, this constitutional neutrality raises problems. Some are of a theoretical nature, given that the absence of limits to the power of reform is not consistent with the rational normative nature of our fundamental rule. Others may have practical consequences, since the openness leaves the Constitution without defence against its enemies. The European experience, as well as constitutional history, shows that intangibility clauses are aimed to safeguard the essential elements of Constitutional Law itself. In our system, it cannot be excluded that the Constitutional Court will review its own jurisprudence, given that it does not have a substantive character. In the meantime, recognising that constitutional reform must have implicit limits can serve to distinguish legitimate modifications of the Constitution from others which, although they respect the procedures, are no more than masks of legality.

**Keywords**

Constitution; constitutional amendments; entrenchment clauses; constitutional debates; populism; democratic backsliding.

## SUMARIO

---

I. DEL OPTIMISMO CONSTITUCIONAL AL CONSTITUCIONALISMO RESILIENTE. II. ESPAÑA: LA CONSTRUCCIÓN DE LA APERTURA CONSTITUCIONAL: 1. Un debate constitucional apresurado, aunque significativo. 2. Una jurisprudencia constitucional tangencial. 3. Algunos inconvenientes de la apertura constitucional. III. CONSTITUCIÓN NEUTRAL E ILIBERALISMO CONSTITUCIONAL. IV. ALGUNOS PROBLEMAS DE LOS LÍMITES MATERIALES A LA REFORMA: 1. La ineficacia de las cláusulas expresas de intangibilidad: 2. La indefinición de los límites implícitos a la reforma de la Constitución. V. UN POSIBLE CAMINO: CONTENIDO DE LAS CLÁUSULAS DE INTANGIBILIDAD Y CONSTITUCIÓN RACIONAL NORMATIVA. VI. REFORMA Y RESILIENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978. BIBLIOGRAFÍA.

---

### I. DEL OPTIMISMO CONSTITUCIONAL AL CONSTITUCIONALISMO RESILIENTE

La idea de Constitución neutral tiene cada vez más difusión, ya que aparece en contextos distintos que van desde un voto particular a la polémica Sentencia de la Corte Suprema estadounidense *Dobbs v. Jackson* sobre el aborto, hasta algunas opiniones de la Comisión de Venecia, pasando por textos que defienden formas de democracia deliberativa.

Aunque estos planteamientos difieren en algunos extremos, también presentan elementos comunes. En efecto, sostienen que el contenido de la Constitución debe alejarse del ideario de las fuerzas mayoritarias y contener, sobre todo, las reglas del juego, ya que solo de esta manera puede adquirir estabilidad y crear adhesión en los ciudadanos. En definitiva, la Constitución tiene que limitarse a establecer normas neutrales que regulen el proceso democrático de toma de decisiones.

Más adelante será preciso profundizar en esta noción de constitución. Por ahora, me interesa resaltar que tiene indudables ventajas. A su favor puede argumentarse que la posición de superioridad de la norma fundamental arranca precisamente de su neutralidad con respecto a la competencia entre partidos, por lo que hace viable el pluralismo y, parafraseando una afirmación de K. Popper (2019: 46), permite «deshacerse de los malos gobernantes y sin derramamiento de sangre».

Dicho esto, también es preciso reconocer que esa idea de constitución suscita algún inconveniente. En efecto, su contenido necesario queda casi

reducido a las disposiciones que regulan la alternancia en el poder. Esta noción poco o nada nos dice acerca de otros contenidos que deben corresponder a la norma fundamental ni sobre la existencia de posibles límites a su reforma, al margen de subrayar la necesidad de buscar consensos.

Hace algo menos de tres décadas, cuando atravesábamos una etapa de optimismo constitucional, una visión tan abierta de constitución no suscitaba demasiados problemas. Hacía poco que había caído el telón de acero y muchos países antes comunistas se habían dotado de nuevas normas fundamentales inspiradas en el modelo que predominaba en el Occidente de Europa. Las dictaduras también habían caído en América Latina: algunos de los países con mayor peso en esa zona del mundo, como Chile y Argentina, estaban barajando soluciones para afianzar sus propias democracias.

La situación actual es muy distinta, por no decir opuesta. Hay países, algunos de ellos Estados miembros de la Unión Europea, que comienzan a desandar lo andado y, como Hungría o Polonia, no renuncian a la idea de constitución como norma jurídica fundamental, pero la ponen al servicio de las fuerzas políticas que controlan el Gobierno y el Parlamento (Albert, 2018: 60-62). Estamos, pues, en presencia, de lo que se ha venido denominando «liberalismo constitucional» (Krzywon, 2022).

El constitucionalismo contemporáneo no puede quedar desarmado ante ese tipo de quiebras. Hay que tener presente, además, que dichas fracturas se producen en un momento histórico muy delicado. Cuando comenzaban a superarse las graves consecuencias de la crisis económica de 2007, las medidas adoptadas para luchar contra la pandemia supusieron una prueba de estrés para cualquier ordenamiento. Ahora es preciso hacer frente al descontento generado por la subida de la inflación y por las consecuencias que, sobre los ciudadanos, está teniendo y tendrá la invasión de Ucrania por las tropas rusas.

Este ambiente no permite el optimismo constitucional de la década de los noventa del pasado siglo, pero tampoco debe conducir a una actitud meramente defensiva. En momentos de crisis como esta, es preciso que el constitucionalismo demuestre su capacidad de resiliencia, esto es, de adaptarse a la realidad para mantener su estructura intacta. Por eso, no está de más volver a tratar un viejo problema que sigue recibiendo respuestas de muy distinta índole, tanto en España como en otros sistemas constitucionales. La cuestión consiste en determinar si es posible frenar el avance del «liberalismo constitucional» poniendo límites a la reforma de la Constitución. Más en concreto, es necesario volver a preguntarse si los límites meramente procedimentales que derivan de la supremacía y rigidez constitucional son suficientes o si, para alcanzar dicho objetivo, son también necesarios otros frenos de carácter sustancial, aunque estos tengan carácter implícito.

El primer apartado de este trabajo identifica algunos de los problemas que los límites a la reforma de la Constitución plantean en nuestro país, pasando revista a los debates constitucionales y a la jurisprudencia sobre el tema. Es cierto que ambos extremos han sido objeto de análisis en varias ocasiones por nuestra doctrina. Aun así, merece la pena revisitarlos porque, aunque han sido decisivos en el rechazo a las cláusulas de intangibilidad, presentan algunos rasgos que han pasado casi desapercibidos. Posteriormente, se tratan las consecuencias que generan la apertura de nuestra norma fundamental y la ausencia de límites materiales a la reforma. Aunque esta solución es conforme a la noción de constitución neutral que se exponía al principio de estas páginas, genera una cierta indefensión de dicha norma, porque lleva a concluir que todo en ella puede ser objeto de reforma, siempre que se sigan los procedimientos previstos en su título X. Para contrarrestar este efecto, en los siguientes apartados se analizan las cláusulas de intangibilidad, explícitas o implícitas, que recogen otros ordenamientos, con el objeto de evaluar sus ventajas e inconvenientes y, sobre todo, analizar la posibilidad de aplicar una solución de este tipo a nuestro país.

## II. ESPAÑA: LA CONSTRUCCIÓN DE LA APERTURA CONSTITUCIONAL

### 1. UN DEBATE CONSTITUCIONAL APRESURADO, AUNQUE SIGNIFICATIVO

Como es bien sabido, el título X CE solo establece límites procedimentales a la reforma. En este asunto, los redactores de la Constitución se alejaron del modelo seguido por las constituciones italiana o alemana, textos que, sin embargo, inspiraron a nuestra norma fundamental en muchos otros aspectos. En nuestro país, ni se declara intangible la forma de gobierno<sup>1</sup> ni tampoco los principios que articulan la estructura territorial o la definición de España como Estado social y democrático de derecho<sup>2</sup>. En sentido distinto, los constituyentes optaron por diseñar dos procedimientos diferentes para la modificación de la norma fundamental, uno de ellos muy agravado para la reforma total o para revisar las principales definiciones que realiza la norma fundamental. Los constituyentes, pues, optaron por confiarlo todo a los límites que impone el procedimiento.

Para entender las razones que llevaron a esta solución, es preciso partir del anteproyecto de Constitución. Este texto preveía un procedimiento de reforma muy similar al que luego recogería el art. 167 CE, lo que hacía que la futura

---

<sup>1</sup> Como hacen el art. 139 de la Constitución italiana o el art. 89 de la francesa.

<sup>2</sup> Como hace el art. 79.3 de la Constitución de la República Federal Alemana.

norma fundamental resultara relativamente flexible<sup>3</sup>. Ahora bien, esta solución suscitó la desconfianza de los sectores más conservadores. La principal oposición provino de Alianza Popular, fuerza política que, durante los debates en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, propugno hacer más rígido el texto de la futura Constitución introduciendo dos tipos de disposiciones: de un lado, M. Fraga Iribarne propuso un nuevo artículo en el que se establecía un procedimiento mucho más complejo, similar al que luego figurará en el art. 168 CE, para «la revisión total o en parte sustancial de la Constitución»; de otro lado, A. Carro Martínez defendió una cláusula de intangibilidad, según la cual «la unidad política de España y su integridad territorial son inmodificables». Los representantes del PSOE y del PCE se opusieron a ambas iniciativas. Ambas fuerzas políticas habían renunciado a parte de su ideario en aras del consenso, lo que suponía dejar de lado, al menos temporalmente, la aspiración a instaurar una forma republicana de gobierno o una forma de Estado federal. No es de extrañar, pues, que ambos partidos prefirieran un procedimiento de reforma flexible que permitiera, con el tiempo y mediante la reforma de la Constitución, incorporar a la norma fundamental esas alternativas.

Los argumentos que se utilizaron al debatir las dos cuestiones no son muy distintos a los términos actuales del debate. De un lado, V. Zapatero Gómez se opuso al procedimiento agravado de reforma argumentando que la Constitución, para perdurar, debía ser capaz de adaptarse continuamente a las exigencias cambiantes de la vida social, así como la conveniencia de que fuera el Parlamento, órgano que expresa legítimamente la voluntad popular, la institución que debiera tener la voz decisiva en modificación<sup>4</sup>. De otro lado, Jordi Solé Tura y Gregorio Peces Barba se opusieron a la cláusula de intangibilidad afirmando que resultaba innecesaria, ya que el principio de unidad estaba suficientemente garantizado en otros preceptos constitucionales<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> El art. 158 del anteproyecto disponía: «1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos en cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión Mixta, de composición proporcional, integrada por diputados y senadores. Esta presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado. El texto aprobado con la mayoría citada entrará en vigor sin más requisito que la debida sanción del Rey. 2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, el proyecto de reforma constitucional precisará la mayoría absoluta de ambas Cámaras y la ratificación posterior por referéndum» (*Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, n.º 44, de 5 de enero de 1978, p. 708, <https://bit.ly/3jZT88P>, visitado el 24 de febrero de 2022).

<sup>4</sup> *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n.º 93, 1978, pp. 2467-3468.

<sup>5</sup> *Ibid.*: 3476-3478

La solución definitiva vino de la UCD, que, mediante una enmienda *in voce* presentada por Óscar Alzaga, propuso una fórmula de compromiso: de un lado, era preciso prescindir de la cláusula de intangibilidad; ahora bien, a cambio, era necesario proteger las grandes definiciones de la norma fundamental y aceptar el doble procedimiento propuesto por Alianza Popular, siempre que se especificaran las materias reservadas a la reforma agravada.

Hay varias razones que explican que, finalmente, se rechazaran los límites materiales a la reforma. En primer lugar, pudo influir la confianza que los constituyentes depositaron en los procedimientos, reforzada por la manera en que se estaba llevando a cabo la transición. Recordemos que, sin ruptura aparente de las leyes fundamentales del franquismo, la Ley para la Reforma Política de 1976 constituyó un puente entre la anterior legalidad autoritaria y la democrática, que culminaría con la aprobación de la Constitución. Pudo incidir, también, la necesidad de alejarse de la Ley de Principios del Movimiento Nacional, cuyo art. primero declaraba que los contenidos en dicha norma eran, «por su propia naturaleza, permanentes e inalterables». Junto con ello, tuvo relevancia el convencimiento acerca de escasa eficacia de las cláusulas de intangibilidad<sup>6</sup>. Ahora bien, el factor que resultó realmente decisivo fue el contenido de la única cláusula de intangibilidad que se propuso durante los debates y que se refería, exclusivamente, a la unidad nacional. En el momento de elaborar la Constitución, había fuerzas políticas que no estaban dispuestas a renunciar a su ideario federal o confederal. Para atraerlas hacia la nueva norma fundamental que se estaba debatiendo y en aras del consenso, los constituyentes rechazaron expresamente declarar irreformable la unidad de la nación española.

Es cierto, pues, que el debate acerca de la conveniencia de introducir una cláusula de intangibilidad tuvo poco peso durante el proceso de elaboración de la Constitución. Es más, puede afirmarse que la discusión fue breve y, desde luego, acelerada. Pero no por ello deja de ser significativa, ya que constituye un buen ejemplo de la manera en que se tejieron los consensos durante la elaboración de la Constitución. A través de una enmienda transaccional, se consiguió que las fuerzas más conservadoras retiraran su propuesta de declarar intangible la unidad de España, tal y como solicitaban los partidos a la izquierda del espectro político. Ahora bien, a cambio, se introdujo un procedimiento agravado de reforma que no solo afectaba a la titularidad de la soberanía, sino también a los derechos fundamentales y a la Corona, entre otros extremos.

---

<sup>6</sup> Sobre este tema Óscar Alzaga afirmó que «no tiene demasiado sentido la pretensión ingenua de los constituyentes, que se ha repetido en muchas ocasiones a lo largo de la historia, de dotar a su obra de eternidad; como se ha dicho, sólo la Biblia se ha escrito para miles de años» (*ibid.*: 3470).

Es significativo que en ningún momento estuviera sobre la mesa ni se debatiera la posibilidad de establecer otros límites materiales distintos a la unidad nacional, como podrían haber sido la definición de Estado social y democrático de derecho, los derechos fundamentales o la concepción popular de la soberanía, sino que se optara por asegurar dichas definiciones con el procedimiento agravado de reforma. De manera deliberada, los constituyentes quisieron subrayar el carácter abierto de la norma fundamental: incluso la organización territorial y el principio de unidad podían ser revisados siempre que se respetaran la vía establecida en la propia Constitución, por muy complicada que esta fuera.

## 2. UNA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL TANGENCIAL

Desde el momento en que entró en vigor nuestra ley de leyes y hasta la actualidad, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de referirse en numerosas ocasiones a la inexistencia de cláusulas de intangibilidad en nuestra norma fundamental. Ahora bien, es fácil constatar que todas las afirmaciones de dicha institución acerca del asunto tienen carácter tangencial, ya que se han pronunciado cuando el objeto del proceso era muy distinto a la reforma de la Constitución.

Como es sabido, la norma fundamental ha experimentado dos modificaciones que se hicieron necesarias por exigencias de la integración europea. La primera de ellas, que afectó al art. 13. 2 de la Constitución, fue aprobada por unanimidad de todas las fuerzas políticas presentes en ambas Cámaras, por lo que no fue impugnada ante el Tribunal Constitucional. Es cierto que, antes de la modificación, dicho órgano intervino a instancias del Gobierno, pero fue solo para aclarar si el reconocimiento del sufragio pasivo a los extranjeros comunitarios exigía reformar previamente la norma fundamental. En su Declaración 1/1992, el Tribunal consideró que la extensión del sufragio pasivo a quienes, sin ser nacionales españoles, son ciudadanos de la Unión no estaba prevista en dicho precepto constitucional, que reservaba ese derecho solo a los españoles. Por ser una estipulación contraria a la Constitución, esa previsión del Tratado de Maastricht solo podía ser objeto de ratificación si, previamente, esta se modificaba.

La segunda reforma afectó al art. 135 CE y resultó mucho más polémica. En efecto, aunque no fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, fue impugnada en vía de amparo por vulneración del derecho de participación política. Tampoco en esta ocasión el Tribunal trató en profundidad los límites a la reforma, sino que se limitó a descartar, mediante un auto<sup>7</sup>, que se hubiera

---

<sup>7</sup> Auto 9/2012. Según el Tribunal, la demanda incurría en el supuesto de inadmisión previsto en el art. 50.1.a en relación con el art. 42 de la LOTC, porque podía

producido una modificación encubierta del título preliminar de la Constitución. Según la decisión, solo cabe utilizar el procedimiento agravado previsto en el art. 168 en los casos expresamente previstos en dicho precepto, dado que no cabe ni es razonable «una extensión por vía alguna de unos requisitos ya de por sí hiperrígidos»<sup>8</sup>. Junto con ello, el Tribunal negó que el acelerado procedimiento decidido por la Mesa del Congreso de los Diputados hurtara a los recurrentes las facultades integradas en el art. 23.2 CE.

Hubo otra ocasión en la que el Tribunal Constitucional fue consultado acerca de la necesidad de reformar la Constitución. Se trata de la Declaración 1/2004, en la que dicho órgano tuvo que analizar la compatibilidad del Proyecto de Constitución para Europa con nuestra norma fundamental. En este caso el Tribunal Constitucional hizo referencia a un conjunto de principios que son esenciales para nuestra norma fundamental y que consisten en «el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia». Es cierto que el Tribunal Constitucional contempla esas definiciones como límites. Ahora bien, estos afectan únicamente a la cesión de competencias en favor de organizaciones internacionales prevista en el art. 93 CE, por lo que el criterio del Tribunal no puede extrapolarse a una modificación de la Constitución decidida por las Cortes Generales y, de darse el caso, por los propios ciudadanos.

Antes se señalaba que el Tribunal ha afirmado reiteradamente el carácter abierto de nuestra norma fundamental y ha excluido la existencia de límites materiales a su reforma. Ahora conviene resaltar que este tipo de afirmaciones se han llevado a cabo cuando lo que se discutía en los procesos eran otro tipo de asuntos.

No resulta sencillo resumir, en unas líneas que por fuerza deben ser breves, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el tema, que, por lo demás, es de sobra conocida. Conviene, sin embargo, recordar que, al menos según mis datos, las primeras sentencias en las que el Tribunal hace referencia a la apertura de nuestra norma constitucional son las que se refieren al juramento o promesa de la Constitución. En estas decisiones, el Tribunal pondera dicha obligación con la libertad ideológica que alegan los recurrentes. Al

---

descartarse *icti oculi* la lesión del derecho. Tampoco la decisión del Tribunal fue unánime, ya que se formularon tres votos particulares contra la decisión de la mayoría.

<sup>8</sup> FJ 2. Para el Tribunal, «esta pretensión carecería de sentido alguno y es directamente contraria espíritu de un texto constitucional que delimitó con bastante precisión las dos vías de reforma constitucional».

resolver el recurso de amparo interpuesto por los diputados de Herri Batasuna, el Tribunal afirma que el deber de fidelidad a la Constitución no vulnera dicha libertad, sino que «es una afirmación de su reconocimiento, por cuanto en nada empece la defensa y propaganda de las ideas de la reforma de la Constitución y su puesta en funcionamiento institucional»<sup>9</sup>. En la STC 122/1983, que resuelve un asunto similar, el Tribunal Constitucional perfila algo más el argumento. En efecto, la fidelidad a la Constitución supone únicamente el compromiso de aceptar las reglas del juego político y el orden jurídico existente y no entraña una renuncia a procurar la modificación de la Constitución, que «es reformable, aunque el procedimiento para llevar a cabo esa reforma sea más o menos rígido, según la materia y ámbito a que afecte»<sup>10</sup>.

La sentencia que tuvo mayor proyección posterior fue la 48/2003, en la que el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno vasco contra la Ley Orgánica 6/2002, de partidos políticos. En esta ocasión, el máximo Tribunal afirma que en su «ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de democracia militante» y conecta esta característica con la ausencia de cláusulas de intangibilidad. Frente a lo que sucede en otros ordenamientos de nuestro entorno, la Constitución española «no excluye de la posibilidad de reforma ninguno de sus preceptos ni somete el poder de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento». Nuestro ordenamiento no impone la adhesión positiva al ordenamiento, por lo que:

Falta para ello el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección jurídica, de manera que la sola pretensión de afectarlo convirtiera en antijurídica la conducta que, sin embargo, se atuviera escrupulosamente a los procedimientos normativos<sup>11</sup>.

Hay algunos aspectos de estas afirmaciones que merece la pena resaltar. Antes que nada, conviene señalar que, en las sentencias citadas, la ausencia de límites materiales a la reforma de la Constitución no es objeto de análisis ni detallado ni específico, sino que se esgrime solo para contrarrestar la presunta vulneración de la libertad ideológica o de expresión alegada por los recurrentes. La conclusión es siempre la misma: incluso aquellos que no estén conformes

<sup>9</sup> STC 101/1983, FJ 4.

<sup>10</sup> STC 122/1983, FJ 5.

<sup>11</sup> STC 48/2003, F.J. 5.

con el contenido de la Constitución, han de acatarla. A cambio, tienen abiertas las puertas de su reforma.

Este enfoque del Tribunal presenta algunos frentes abiertos. En primer lugar, deja entrever que los países con democracia militante, que recogen límites expresos a la reforma de la Constitución (esto es, casi todos los de nuestro entorno), son menos respetuosos con las libertades mencionadas de lo que es el nuestro. Más en concreto, en el último párrafo transcrito el Tribunal da por sentado que las cláusulas de intangibilidad implican, necesariamente, la antijuridicidad de opiniones y conductas de quienes no compartan su contenido. Y esta afirmación está por demostrar, ya que el ordenamiento puede asociar intangibilidad y antijuridicidad, pero también puede no hacerlo. En Italia, por ejemplo, existe la Unione Monarchica, que pretende modificar el art. 139 de la Constitución de manera democrática, para reinstaurar esa forma de gobierno. No dispongo de demasiados datos acerca de dicha organización, pero su página web deja claro que, a pesar de estar en contra de la cláusula de irreformabilidad, no es antijurídica<sup>12</sup>. Algo similar sucede en Alemania con Tradition und Leben<sup>13</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional deja otro extremo sin resolver. Dado el contexto en el que aparece (esto es, en la tensión entre el respeto a la norma fundamental y la libertad ideológica y de expresión), dicho órgano no ha tenido ocasión de tratar con cierto detenimiento un asunto de la máxima importancia, como es la posible existencia de límites implícitos a la reforma constitucional. Como se analizará más adelante, hay países en los que los órganos de justicia constitucional han afirmado la existencia de cláusulas implícitas de intangibilidad. A diferencia de estos otros modelos, y de manera muy alejada a lo que había hecho en la Declaración 1/2004 con respecto a la integración europea, nuestro Tribunal Constitucional ha excluido tajantemente dicha posibilidad, basándose únicamente en la letra de la norma fundamental y sin prestar mayor atención al tema.

A pesar de estas limitaciones, el carácter abierto de la Constitución, la inexistencia de una democracia militante y de contenidos irreformables siguen siendo un *leitmotiv* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En muchas otras sentencias posteriores, se utilizan las mismas afirmaciones para ofrecer una alternativa a las fuerzas políticas y a las instituciones que ponen en tela de juicio el principio de unidad consignado en el art. 2.1 de la Constitución.

El razonamiento aparece por primera vez con esta finalidad en la STC 31/2010. En ella, el Tribunal afirma que, en el Estado democrático instaurado

<sup>12</sup> <https://bit.ly/40X5IGG> (visitado el 16 de marzo de 2022).

<sup>13</sup> <https://bit.ly/3jZyod> (visitado el 20 de marzo de 2022).

por la Constitución, también cabe «la defensa de concepciones ideológicas que, basadas en un determinado entendimiento de la realidad social, cultural y política, pretendan para una determinada colectividad la condición de comunidad nacional». Nada excluye que, «mediando la oportuna e inexcusable reforma de la Constitución», ese entendimiento se traduzca en una realidad jurídica. Ahora bien, mientras ello no ocurra, «las normas del ordenamiento no pueden desconocer ni inducir al equívoco en punto a la “indisoluble unidad de la Nación española”»<sup>14</sup>.

Posteriormente el Tribunal ha reiterado los mismos argumentos en su abundante jurisprudencia relativa al proceso de independencia iniciado en Cataluña casi hace una década. Sirva como ejemplo la STC 114/2017, en la que el Tribunal Constitucional analiza la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, del Referéndum de Autodeterminación. En dicha decisión, el Tribunal afirma que todas las concepciones ideológicas gozan de la más amplia libertad para la exposición y defensa pública, porque nuestra Constitución no pretende para sí la condición de *lex perpetua*, sino que admite y regula su revisión total. Ahora bien, la conversión de estos proyectos en normas o en determinaciones del poder público no es posible sino mediante el procedimiento de reforma constitucional. Y, con cita en otras decisiones anteriores<sup>15</sup>, el Tribunal concluye que «otra cosa supondría liberar al poder público de toda sujeción a derecho, con daño irreparable para la libertad de los ciudadanos»<sup>16</sup>.

El razonamiento no ha variado en las últimas sentencias dictadas para resolver los recursos de amparo interpuestos por los líderes independentistas<sup>17</sup>. En ellas, el Tribunal reitera que no hay nada intangible ni inmutable en nuestra Constitución, siempre que se respeten los procedimientos previstos para su reforma.

Para concluir este análisis, es preciso destacar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de la ausencia de límites materiales a la Constitución reproduce, en gran medida, la preocupación principal que orientó a los redactores de la norma fundamental. Tanto las sentencias del máximo Tribunal como los debates constituyentes giran en torno a un factor determinante: la definición de soberanía que realiza el art. 2.1 CE y el rechazo que esta sigue suscitando en ciertos sectores políticos. Al menos según mis datos, todas las sentencias en las que el Tribunal Constitucional ha afirmado la apertura de la norma fundamental resuelven supuestos en los que esta tensión estaba en juego, de forma directa o indirecta.

<sup>14</sup> STC 31/2010, FJ 6.

<sup>15</sup> SSTC 48/2003, 5/2004, 235/2007, 12/2008 y 31/2009.

<sup>16</sup> STC 114/2017, FJ 5.c.

<sup>17</sup> SSTC 184/2021, 122/2021, 170/2021 y 122/2021, por ejemplo.

El peso que ha tenido de este factor explica, pues, que el Tribunal no haya tratado la modificación de la norma fundamental de forma sustantiva, sino siempre de manera instrumental, enfocándola como una alternativa a quienes están en desacuerdo con la unidad de la soberanía nacional. Como consecuencia, y a diferencia de lo que ocurrió con la integración europea, el Tribunal ha prestado escasa atención a los límites de la reforma, por lo que no ha tratado de manera específica la posible existencia de límites implícitos que deriven de la propia naturaleza de la Constitución.

### 3. ALGUNOS INCONVENIENTES DE LA APERTURA CONSTITUCIONAL

La inexistencia de límites materiales a la reforma de la Constitución decidida por los constituyentes y confirmada por el Tribunal Constitucional tuvo y sigue teniendo ventajas. Antes se ha señalado que esta solución permitió sumar al consenso incluso a quienes no estaban totalmente conformes con su contenido, sino que confiaban en la posibilidad de llevar a la norma fundamental, antes o después, su propio ideario. En la actualidad, este argumento sigue teniendo peso en la jurisprudencia porque ofrece una salida a quienes no están de acuerdo con la Constitución, ya que pueden cambiarla sin necesidad de fracturarla. Además, la apertura de la Constitución demuestra la confianza en los procedimientos democráticos, ya que, mediante ellos y por muy complejos que sean, cualquiera de sus contenidos puede ser modificado. La posibilidad de revisar todos los preceptos constitucionales confirma el respeto a la voluntad popular, porque únicamente se establecen límites formales al poder constituyente que, en todo lo demás, sigue siendo ilimitado.

No dejan de tener cierta razón, pues, quienes afirman que la principal dificultad para la modificación de la Constitución no es la ausencia de límites materiales, sino los obstáculos que existen a la hora de revisar sus principales definiciones, protegidas por el complejo procedimiento previsto en su art. 168. J. L. Requejo, por ejemplo, ha afirmado que dicho precepto equivale a una verdadera cláusula de intangibilidad (Requejo, 2018: 1879). Junto con ello, J. Pérez Royo (1999: 503) ha señalado que el problema no es tanto que, a través de dicho artículo se pueda revisar incluso «el núcleo que debería ser indestructible de la idea de derecho presente en nuestra Constitución», sino más bien lo contrario, esto es, «la dificultad de que se introduzcan las reformas razonables, cuya necesidad pudiera hacerse sentir con el curso del tiempo».

No es objeto de estas páginas tratar los obstáculos que impone el procedimiento agravado de reforma de la Constitución. Acerca de este asunto, solo considero oportuno realizar una precisión. Es cierto que esta vía es compleja,

pero esto no significa que sea imposible transitarla, siempre que haya acuerdo acerca de las modificaciones necesarias. Sin este requisito, cualquier procedimiento de reforma, por muy simplificado que sea, resultaría ineficaz. Por eso, las dificultades que afectan a la reforma de nuestra Constitución, tantas veces denunciadas, no son un problema de naturaleza jurídica, sino de carácter eminentemente político. El procedimiento previsto en el art. 167 es flexible, característica confirmada por las dos reformas que ya ha experimentado nuestra norma fundamental. En ambas ocasiones, los principales grupos parlamentarios coincidieron en la necesidad de evitar que nuestro país quedara rezagado en la integración europea. Ahora bien, la modificación de la Constitución no ha prosperado, ni siquiera a través de esa vía, cuando las propuestas de reforman solo convencían a algunas fuerzas políticas, pero eran rechazadas por otras. Si se produce este desencuentro, la reforma de la norma fundamental resulta inviable, sean cuales sean los preceptos que resulten afectados.

Volviendo al tema que nos ocupa, conviene ahora identificar los inconvenientes que genera la ausencia de límites materiales a la reforma constitucional.

Algunos de los problemas prácticos que suscita la apertura de nuestra norma fundamental se han puesto de manifiesto al inicio de este texto y no es cuestión de reiterarlos, sino de aplicarlos a nuestro propio país. Hace algunos años era posible mantener que el problema de los límites de la reforma de la Constitución había tenido su sentido en el período de entreguerras, cuando se enfrentaban dos concepciones radicalmente diferentes de organización de la sociedad y del Estado. También se podía decir que no era fácil que esa situación se diese en España. En definitiva, no era previsible que el problema de los límites materiales pudiera llegar a plantearse no solo en teoría, sino también en la realidad (Pérez Royo, 1999: 502). Ahora bien, la situación ha cambiado en los últimos años y ya no puede descartarse la existencia de fuerzas políticas que no se sienten vinculadas ni por el pacto de 1978 ni por las exigencias que impone el constitucionalismo. El problema no es solo que dichos partidos adquieran en el futuro mayor implantación, sino también que su visión influya en el debate político y termine afectando al ideario de otros sectores ideológicos que, por no perder o para recuperar fuerza electoral, revisen su apoyo a la norma fundamental y propongan cambios sustanciales en esta.

Aunque no cabe descartar que se pueda producir un escenario de este tipo, justo es reconocer que, aquí y ahora, los principales problemas que suscita la ausencia de límites materiales a la norma fundamental son más de carácter teórico que práctico, porque indirectamente determinan el concepto de constitución al que responde el texto de 1978.

Tiene razón, pues, Benito Aláez (2020: 24) cuando afirma que existe una relación estrecha entre la noción de constitución y la solución que se arbitre

para enfocar los límites a su reforma. Siguiendo este camino metodológico, el autor identifica tres maneras de entender la norma fundamental, esto es, las concepciones material, formal y formal funcional de Constitución. Posteriormente, explica cuáles son las repercusiones que cada una de estas tres nociones tiene sobre la manera de entender la modificación de la norma fundamental y los límites que la afectan. No dudo que este sea el camino adecuado desde un punto de vista dogmático y en vistas a la construcción de una teoría general. Ahora bien, desde un punto de vista más ceñido a nuestro ordenamiento, me parece conveniente seguir el camino inverso, esto es, señalar las consecuencias que un poder materialmente ilimitado de reforma genera a la hora de definir la propia Constitución. Como se verá a continuación, dicha influencia es muy intensa porque fuerza a mantener que nuestra norma fundamental responde a un modelo puramente formal de Constitución o, en términos más politológicos, a la idea de Constitución neutral con la que se abrían estas páginas.

### III. CONSTITUCIÓN NEUTRAL E ILIBERALISMO CONSTITUCIONAL

No considero necesario volver a tratar los múltiples problemas que suscita el concepto meramente formal de Constitución ni, aun menos, las diferentes maneras de concebirlo. Identificar la norma fundamental solo por su posición jerárquica, por el hecho de establecer las formas de producción del resto de las normas o por su carácter rígido impide captar su papel legitimador del orden jurídico (Aragón Reyes, 1987: 38-39) e induce a considerar que también el «simple despotismo de apariencia constitucional»<sup>18</sup> es Constitución. Los problemas de dicha concepción se pusieron de manifiesto sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, cuando se hizo evidente que no basta con preocuparse por la validez abstracta de las normas, sino que también es preciso tener en cuenta la manera concreta en que la norma fundamental organiza el poder y articula sus relaciones con los ciudadanos.

En cambio, considero más interesante retomar la noción de Constitución neutral a la que se hacía referencia al inicio de estas páginas y que comienza a generalizarse desde concepciones jurídicas muy diferentes.

Sirva como ejemplo su utilización en el voto particular concurrente del juez de la Corte Suprema estadounidense J. Kavanaugh a la polémica sentencia *Dobbs v. Jackson*. Para el magistrado, la norma fundamental, en materia de aborto, no es ni provida ni proelección. De manera distinta, la Constitución es neutral y deja que el pueblo y sus representantes electos resuelvan el asunto

---

<sup>18</sup> En expresión de J. Jellinek retomada por F. Rubio Llorente (2012: 90).

a través de un proceso democrático en los estados o en el Congreso, como sucede en el caso de otras numerosas y difíciles cuestiones de la política social y económica americana que la Constitución no contempla<sup>19</sup>.

Ahora bien, la neutralidad de la norma fundamental tampoco es ajena a otros sectores doctrinales de orientación distinta<sup>20</sup>, algunos de ellos partidarios de la democracia deliberativa<sup>21</sup>.

Excede de la intención de estas páginas analizar la relación que existe entre esta forma de entender la constitución y quienes defienden que la norma fundamental ha de ser el resultado de un proceso discursivo, participativo y abierto entre ciudadanos responsables que buscan el bien común<sup>22</sup>. A título de ejemplo, es interesante analizar la aportación de la Comisión de Venecia, que se ha servido de la idea de constitución neutral en varias de sus opiniones e informes.

Así sucede, por ejemplo, en su Opinión de 2021 acerca de las reformas constitucionales aprobadas por el Parlamento húngaro en diciembre del año anterior. Dichas modificaciones incluían, entre otros extremos, la definición del matrimonio como la unión de un hombre y una mujer; junto con ello establecían que, en la relación entre padres e hijos, la madre debe ser una mujer y el padre, un hombre; por último, las enmiendas introducían el compromiso de proteger el derecho de los niños a la identidad correspondiente a su sexo en el momento del nacimiento.

La opinión es crítica con la reforma. Ahora bien, los reparos hacia las enmiendas provienen, sobre todo, de su difícil articulación con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por Hungría, sin que la Comisión de Venecia se extienda en otras consideraciones acerca de su conformidad con las exigencias sustantivas que impone el derecho constitucional interno. En efecto, reiterando lo que ya había dicho en otra opinión sobre dicho país, formulada en 2013 (párr. 137), la Comisión afirma:

La constitución de un país debe proporcionar un sentimiento de constitucionalismo en la sociedad, un sentimiento de que realmente es un documento

---

<sup>19</sup> *Dobbs v. Jackson*, n.º 19-1392, 579 US (2022), *Kavanaugh, J., concurring*. Es de interés el intercambio de opiniones acerca de esta utilización de la neutralidad de la constitución que ha tenido lugar en la página web de la Asociación Italiana de Constitucionalistas (<https://bit.ly/3S077Ix>, visitado el 13 de diciembre de 2022).

<sup>20</sup> Sobre el tema, por ejemplo, Sunstein (1992: 1-52) y Miller y Howell (1960: 661-695).

<sup>21</sup> Por ejemplo, Elster (2000: 100).

<sup>22</sup> La relación sobre ambas concepciones ha sido puesta de manifiesto por Pincione (2012: 456).

fundamental y no una simple declaración política incidental. Por ello, tanto la forma en que se adopta como la forma en que se aplica deben crear en la sociedad la convicción de que, por su propia naturaleza, la constitución es un acto estable, no sujeto a cambios fáciles al capricho de la mayoría del momento. La permanencia de una constitución no puede basarse únicamente en consideraciones aritméticas derivadas de la relación entre la fuerza numérica de los partidos del gobierno y de la oposición en el parlamento. La política constitucional y la ordinaria deben estar claramente separadas porque la Constitución no forma parte del «juego político», sino que establece las reglas de este juego. Por lo tanto, una constitución debe establecer reglas neutrales y generalmente aceptadas para el proceso político. Para su aprobación y modificación, hay que buscar un amplio consenso (2021, párr. 13).

Según la frase transcrita, la estabilidad y la permanencia de la norma fundamental son consecuencia de la forma en que es elaborada y del hecho de contener las reglas que regulan el «juego político». La forma en que se concibe la reforma de la constitución es consecuente con esta concepción de esta norma. En efecto, la Comisión de Venecia se limita a exigir que vaya precedida de la búsqueda de un amplio consenso.

La Comisión de Venecia ha vuelto a esa manera de entender la constitución en su opinión acerca de la redacción de la nueva Constitución chilena (2022). Ese informe insiste en la necesidad de evitar que sean textos «contingentes», por lo que es preciso que resulten de un proceso constitucional «transparente, abierto e inclusivo» que permita «el pluralismo de puntos de vista y el debate adecuado de los asuntos controvertidos». Así, por ejemplo, la opinión afirma:

La adopción de una nueva y buena Constitución debe basarse en el consenso más amplio posible dentro de la sociedad; un amplio y sustantivo debate que implique a las diferentes fuerzas políticas, las organizaciones no gubernamentales, las asociaciones ciudadanas, la academia y los medios de comunicación es un importante prerrequisito para la adopción de un texto sostenible, aceptable para el conjunto de la sociedad y en línea con los estándares democráticos<sup>23</sup>.

Las respuestas que esta visión de la constitución da a algunos problemas que se han ido desgranando a lo largo de estas páginas suscita ciertos inconvenientes. Así, en primer lugar, no deja suficientemente claro qué se puede hacer en caso de que, a pesar de la apertura, transparencia e inclusividad del

---

<sup>23</sup> *Ibid.*, párr. 23.

proceso, no se logre el consenso necesario sobre las decisiones fundamentales que la norma fundamental debe recoger. Para un supuesto como este, la opinión se limita a confiar la adopción de una decisión definitiva al órgano constituyente<sup>24</sup>.

Tampoco es adecuado, desde el punto de vista interno, el enfoque que sigue la Comisión de Venecia a la hora de abordar los límites a la reforma. La idea neutral de constitución induce a desconfiar de las cláusulas de intangibilidad, que se contemplan como un instrumento controvertido. Según siempre dicha institución, este tipo de previsiones debe aplicarse con cuidado porque, en una democracia constitucional, hasta los principios y las estructuras básicas de gobierno deben estar sujetos a debate. Por ello, basta con unos procedimientos estrictos de la reforma para prevenir cualquier tipo de abusos. Si, a través de estos, se consiguen las mayorías requeridas, la decisión será democrática, por lo que no debe estar sujeta a límites (2010: párr. 218). La Comisión sigue una óptica similar cuando analiza la posible existencia de límites implícitos a la modificación de la constitución. No rechaza que puedan deducirse este tipo de restricciones, pero las contempla con clara desconfianza. Aunque la Comisión reconoce que pueden ser importantes en tiempos de crisis, de disturbios sociales o cuando se pone en duda la legitimidad del constituyente, considera que la identificación de los aspectos irreformables de la Constitución es siempre una tarea subjetiva y sujeta a críticas<sup>25</sup>.

En definitiva, la Comisión de Venecia confía la reforma de la constitución al respeto al Estado de derecho y al principio democrático. Cuando la modificación se lleva a cabo conforme a las reglas previstas en la norma constitucional todavía vigente y consigue los apoyos necesarios, todo de se puede transformar, siempre que los principales actores hayan podido expresar públicamente su opinión, porque no existen límites materiales a lo que pueda decidir el legislador constitucional. Al final, según esta concepción, los únicos límites a la voluntad de la mayoría son los meramente procedimentales.

Quizá la concepción de constitución neutral puede ser de utilidad para la Comisión de Venecia, no solo porque dicha noción es lo suficientemente genérica para dar cabida a los diferentes modelos que siguen los más de sesenta países que integran dicha institución, sino también porque esta organización recurre con frecuencia a textos internacionales, especialmente en materia de derechos humanos, cuyo respeto siempre se considera un límite inexorable en caso de reformas constitucionales. Junto con ello, es preciso tener en cuenta que la institución del Consejo de Europa se sirve con frecuencia de sus propios

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, párr. 24.

<sup>25</sup> *Ibid.*, párr. 223.

informes, sobre asuntos tales como el Estado de derecho, para exigir contenidos sustantivos a la norma fundamental.

Las cosas son distintas, sin embargo, desde el punto de vista del ordenamiento interno. Como se señalaba al principio de estas páginas, la idea de constitución neutral, al igual que la visión meramente formal, deja a los sistemas democráticos indefensos. Cada vez con más frecuencia, hay países que experimentan retrocesos en el respeto al Estado de derecho, a los derechos humanos y a las elecciones libres y pluralistas. En estos casos, dichas regresiones no han venido precedidas por graves alteraciones del orden público o por golpes de Estado. No ha existido, pues, una previa ruptura del orden constitucional como, sin embargo, sucedió con frecuencia en el pasado. Paradójicamente, el retroceso del constitucionalismo se ha hecho posible a través de modificaciones de la norma fundamental que no solo han respetado los procedimientos establecidos en el momento del cambio, sino que también han sido aprobadas por mayorías parlamentarias muy sólidas.

En supuestos de este tipo, la reforma de la constitución no es otra de las muchas consecuencias adversas generadas por el advenimiento del nuevo autoritarismo. Por el contrario, como han demostrado A. Riaz y R. Sohel (2020), la modificación de la norma fundamental es precisamente el primer paso en una estrategia diseñada para reforzar al poder ejecutivo. A través de la modificación de la norma fundamental, se altera el sistema electoral en beneficio de las fuerzas mayoritarias proclives al Gobierno y se desarticulan los controles al poder inherentes al Estado de derecho, como son los que derivan de la existencia de una justicia constitucional y un poder judicial independiente.

#### IV. ALGUNOS PROBLEMAS DE LOS LÍMITES MATERIALES A LA REFORMA

##### 1. LA INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS EXPRESAS DE INTANGIBILIDAD

Como ya se ha señalado, los avances del «liberalismo constitucional» encuentran más obstáculos en algunos ordenamientos por la existencia de las cláusulas de intangibilidad. Antes se recordaban algunos casos conocidos, como son las constituciones de Francia, la República Federal Alemana o Italia. Pero estos no son los únicos ejemplos que existen en nuestro continente, donde 22 de los 49 países contemplan límites materiales a la modificación de la constitución (Hein, 2020: 89). Lo más frecuente es que se consideren irreformables principios como son la forma democrática (o republicana de gobierno), la estructura federal, la soberanía, la indivisibilidad territorial y ciertos derechos y libertades fundamentales (Comisión de Venecia, 2010: párr. 2011).

La existencia de este tipo de restricciones siempre ha sido polémica desde un punto de vista tanto teórico como práctico. Frente a ellas, es posible utilizar los mismos argumentos que se barajaron durante los debates de la Constitución y afirmar, en primer lugar, que son poco compatibles con el principio democrático, ya que las cláusulas de intangibilidad limitan la libertad del poder constituyente, esto es, del pueblo, único titular de la soberanía. Cabe decir, en segundo lugar, que resultan poco útiles, porque no es posible poner puertas al campo.

Un buen ejemplo de esta futilidad sería lo que ocurrió en Portugal en 1989. El art. 290 de la Constitución aprobada en 1976 contenía una detallada lista de límites materiales a la reforma, entre los que se incluía «el principio de apropiación colectiva de los medios de producción y de los suelos, así como de los recursos naturales, y la eliminación de los monopolios y latifundios»<sup>26</sup>. Junto con ello, también protegía «la planificación democrática de la economía»<sup>27</sup>. Las modificaciones en el espectro político y el ingreso de Portugal en las Comunidades Europeas indujeron a un cambio en la manera de concebir la intervención del Estado en la economía, con el predominio de posiciones más liberalizadoras (Hein, 2018: 454). Para remover los obstáculos que imponían los apartados que se acaban de transcribir, se procedió a modificarlos<sup>28</sup> a través del flexible procedimiento previsto en la propia norma fundamental, que tan solo requiere una mayoría de dos tercios de los diputados. La nueva redacción que se dio al actual art. 288<sup>29</sup> es más compatible con la diversidad ideológica que existe acerca del asunto. Aun así, dicho precepto sigue conteniendo la cláusula de intangibilidad más detallada del mundo<sup>30</sup>.

Aunque los argumentos contrarios a las cláusulas de intangibilidad que se acaban de recoger no carecen de peso, tampoco resultan definitivos. Antes se señalaba que las cláusulas de intangibilidad serían contrarias a la libertad del pueblo, cuando este actúa como poder constituyente. Frente a esta afirmación es posible argumentar que el pueblo importa para el derecho únicamente cuando opera conforme a lo dispuesto en las normas jurídicas. Antes de ese momento, la idea de pueblo como poder constituyente hace referencia a un mero hecho fáctico que puede utilizarse, como hizo Sieyès a los inicios de la

---

<sup>26</sup> Ap. f).

<sup>27</sup> Ap. g).

<sup>28</sup> Ley 1/1989, de 08/07.

<sup>29</sup> El apartado f) del nuevo art. 288 prevé «a coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção», mientras que el ap. G) dispone «a existência de planos económicos no âmbito de uma economia mista».

<sup>30</sup>

Revolución francesa, para legitimar políticamente la creación de un nuevo poder. En esa acepción, el pueblo es solo un grupo humano que, en determinados momentos, puede estar ligado por aspiraciones comunes, pero que todavía carece de los medios adecuados para que la opinión de cada uno de sus miembros pueda unirse a la de todos los demás, formar una mayoría e imputar dicha voluntad al grupo. Esto solo lo puede hacer el derecho.

R. Albert (2018: 11) ha señalado que esa noción de poder constituyente es demasiado informe, indeterminada y romántica para tener entidad a la hora de explicar cómo se elaboran las constituciones. Abundando en esta idea, cabe afirmar que, en efecto, para que el pueblo pueda ser poder constituyente, es preciso que las propias normas jurídicas definan quiénes lo integran, esto es, quiénes, de ser individuos, pasan a ser ciudadanos con capacidad para intervenir en la elaboración de la constitución; las normas deben establecer, además, la manera en que el pueblo actúa a la hora de crear la norma fundamental y concretar, por ejemplo, si lo hace de manera directa o a través de representantes; finalmente, el derecho debe regular cómo votan los ciudadanos y, en caso de que la participación sea indirecta, el sistema electoral para la elección de quienes van a actuar en su nombre

En definitiva, la diferencia ente poder constituyente y poder constituido puede tener importancia en momentos revolucionarios porque explica la creación de un nuevo orden político frente a la continuidad del viejo. Pero, jurídicamente hablando, cuando se redacta una constitución, el pueblo siempre actúa bajo el dictado de alguna norma jurídica que especifica quién y cómo se actúa. Esta posición del pueblo es más clara en el supuesto de la mera reforma de la constitución, ya que, en este caso, siempre actúa como poder constituido, en las formas y casos previstos en la norma fundamental vigente. Esta, igual que puede establecer procedimientos específicos para el cambio, también puede imponer restricciones al contenido de la modificación. Desde este punto de vista, las constituciones tienen capacidad para limitar el ámbito de actuación de la voluntad popular con el objetivo de salvaguardar, entre otros factores, la propia pervivencia de la democracia. J. Elster (2000: 88-89) expone algunas metáforas que han servido para ilustrar dicha autovinculación. Citando a Spinoza, señala que los límites a la reforma de la constitución son como la orden que Ulises dio a sus camaradas para que le ataran al mástil hasta que dejara de estar subyugado por el canto de las sirenas; citando a F. Hayek, expone que las constituciones son una atadura impuesta por Peter cuando está sobrio sobre Peter cuando está borracho.

Antes se señalaba que otro argumento que se utiliza en contra de las cláusulas de intangibilidad es su falta de eficacia. Este razonamiento, que es cierto en algunos casos, como es Portugal, tampoco puede generalizarse. M.

Hein (2020: 103), tras pasar revista a centenar y medio de sentencias dictadas por los órganos de justicia constitucional de veintiún países europeos, ha demostrado todo lo contrario. Tras su investigación empírica concluye que, en contra de lo que generalmente se afirma, los límites a las reformas de la constitución no son declaraciones simbólicas sin consecuencias jurídicas, sino importantes instrumentos en el debate constitucional. Esta afirmación es especialmente cierta para el caso de países cuyas constituciones contienen cláusulas de intangibilidad. En estos ordenamientos, no solo el número de sentencias en las que se declara la invalidez de la reforma es muy elevado, sino que también dichas decisiones son ampliamente aceptadas por los actores políticos.

## 2. LA INDEFINICIÓN DE LOS LÍMITES IMPLÍCITOS A LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

Es claro que la constitución se encuentra más indefensa en aquellos países donde la norma fundamental no prevé límites materiales a la reforma. Para hacer frente a este problema, en algunos de estos sistemas jurídicos, tanto la jurisprudencia como la doctrina admiten la existencia de cláusulas implícitas de intangibilidad. Antes de analizar las diferentes soluciones que se han dado a esta cuestión, merece la pena señalar que la jurisdicción constitucional en Europa no suele reconocer este tipo de restricciones. Como antes se ha señalado, la mayor parte de las normas fundamentales de nuestro entorno contienen límites materiales expresos, por lo que el debate se centra en la interpretación, más o menos generosa, que pueden recibir ese tipo de previsiones.

Hay, sin embargo, una excepción a esta tendencia general y este es el caso de Italia. En este ordenamiento, la Corte Constitucional reconoció, en la Sentencia 1146, de 15 diciembre 1988, que, además de la forma republicana protegida por el art. 139 de la Constitución, existen principios supremos cuyo contenido esencial no puede ser ni subvertido ni modificado. Aunque no hayan sido declarados expresamente irreformables, estos principios forman parte de la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución italiana. Para fundamentar esta afirmación, la Corte se remite a su anterior jurisprudencia, en la que había declarado que otras normas y leyes de rango constitucional, las disposiciones del Concordato o la ley de ejecución del Tratado de la CEE están sometidas a dichos principios. Además, proclama su propia competencia para verificar la compatibilidad de las leyes de revisión constitucional u otras leyes constitucionales con esos principios. En este sentido afirma que, «si no fuera así, se llegaría al absurdo de considerar el sistema de

garantías jurisdiccionales de la Constitución como defectuoso o no efectivo, justo en relación a sus normas de valor más elevado».

Ahora bien, en la sentencia citada la Corte no especifica cuáles son los principios superiores a los que hace referencia, sino que deja la cuestión abierta. Sirva esta decisión como ejemplo del principal problema que plantean las cláusulas implícitas de intangibilidad y que consiste, efectivamente, en su elevado grado de indeterminación. No solo su existencia sino también su identificación dependen, en gran medida, de las circunstancias del momento y de las concepciones de quienes han de identificar su contenido.

Un buen ejemplo de estas dificultades son las variables respuestas que el problema ha recibido por parte de la doctrina española que ha analizado el asunto. Es cierto que, como antes se señalaba, algunos autores excluyen que, en un sistema como el nuestro, puedan deducirse cláusulas de intangibilidad, ya que el constituyente las excluyó expresamente y no es cuestión de añadir más dificultades a los problemas que suscita el complejo proceso previsto en el art. 168 CE. Ahora conviene señalar que, cuando se reconoce su necesidad, las respuestas son muy variadas y obedecen a un amplio abanico: algunos autores identifican cláusulas de intangibilidad en la complejidad del propio procedimiento de reforma, mientras que otros incluyen el principio democrático del Estado de derecho, los derechos fundamentales o la dignidad de la persona<sup>31</sup>. Por fin, también hay autores que consideran irreformable la integridad territorial<sup>32</sup>.

Hay otros ejemplos de las dificultades que suscitan los límites materiales implícitos. Basta con observar lo que sucede en los países donde la justicia constitucional ha admitido su existencia para percibir que el margen de discrecionalidad que atribuyen a los tribunales, constitucionales u ordinarios, es tan amplio que pone en peligro la propia legitimidad del control. Ya que el caso de Colombia es conocido en nuestro país, merece la pena traer a colación a

---

<sup>31</sup> Por ejemplo, De Vega (1988: 274). Sobre estos asuntos, también De Otto (1987: 63), Jiménez Campo (1980), Tajadura Tejada (2018: 69), Aláez Corral (2020: 331-378) y Alzaga Villaamil (2017: 739). Piedad García Escudero (2018: 1927-1928) realiza un interesante análisis en el que sistematiza las diferentes respuestas doctrinales

<sup>32</sup> Alzaga Villaamil (2017: 739). M. Aragón Reyes inicialmente mantuvo esta postura (2016: 69-71). Ahora bien, este autor ya aclaraba que este límite, así como los que derivan de las definiciones constitucionales que proclaman la inviolabilidad y permanencia de determinados valores o derechos, operaría solo cuando en la reforma no participase el pueblo mediante referéndum, porque el soberano puede abandonar la propia democracia. Sobre este asunto, por el mismo autor, *Constitución, democracia y control* (México, 2020, pp. 11-35). Sobre su opinión actual, véase el texto que antecede a la nota 40.

título de ejemplo algunas decisiones de la Corte Suprema india y del Tribunal Constitucional de Turquía.

En el caso de India, la Constitución es sumamente flexible, lo que ha permitido que, desde su entrada en vigor en 1950 haya sufrido más de un centenar de reformas<sup>33</sup>, algunas de ellas llevadas a cabo para dejar sin efecto declaraciones de inconstitucionalidad decididas por la Corte Suprema (Yap, 2017). Ante esta tensión permanente entre control de constitucionalidad y libertad del Parlamento y desde la sentencia *Kesavananda Bharati Sripadagalvaru v. Kerala*, la Corte Suprema ha afirmado que las enmiendas constitucionales pueden resultar inconstitucionales cuando no respetan la estructura básica de la Constitución. Esta consiste en un conjunto de principios que incluyen la supremacía constitucional, la forma republicana y democrática de gobierno, el carácter secular del Estado, la separación de poderes y el federalismo<sup>34</sup>.

Esta doctrina ha demostrado sus limitaciones especialmente en la sentencia *NJAC*<sup>35</sup>. En ella, la Corte Suprema examina una reforma de la Constitución en la que se cambia el sistema para designar a los jueces que integran el propio Tribunal. Según la enmienda, la designación de dichos cargos, que tradicionalmente correspondía a los magistrados más antiguos de la Corte Suprema, incluido su presidente, pasaba a atribuirse a una nueva comisión nacional de nombramientos judiciales, compuesta, entre otros miembros, por líderes políticos y representantes de la sociedad civil. Esta reforma se justificaba en la necesidad de hacer más transparente y responsable el proceso de selección. En la sentencia citada, la Corte, por una estrecha mayoría, consideró que solo el sistema todavía en vigor respetaba la independencia judicial, por lo que declaró inconstitucional la enmienda.

Esta decisión ha suscitado críticas sólidas. Se afirma<sup>36</sup>, así, que ni está claro que el tradicional sistema de cooptación forme parte de la estructura constitucional básica ni que garantice mejor la independencia que cualquier otro. Es más, la atribución de los nombramientos a los jueces de la Corte Suprema es un sistema peculiar de la India que se basa en razones históricas, mientras que otras democracias más asentadas han optado por procedimientos distintos, que incorporan a otros actores institucionales. En definitiva, la sentencia se ha leído en términos corporativos, esto es, como una defensa por parte del máximo Tribunal de sus propios privilegios.

<sup>33</sup> <https://bit.ly/3EbPcce> (visitado el 4 de abril de 2020).

<sup>34</sup> (1973) 4SCC 225, (India), <https://bit.ly/3k5BmRF> (visitado el 4 de abril de 2022).

<sup>35</sup> *Supreme Court Advocates-on-Record Ass'n v. Union of India* (2016), 4 SCC 1 (India).

<sup>36</sup> Por ejemplo, Abeyratne (2016).

También en Turquía las cláusulas implícitas de intangibilidad han dado lugar a decisiones jurisdiccionales contradictorias y muy polémicas. Hay que tener presente que el art. 148 de la Constitución de dicho país somete a control de constitucionalidad únicamente determinados vicios formales del procedimiento de reforma, por lo que no se extiende a su contenido material. A pesar de esta limitación, en 2008 la Corte Constitucional declaró inválido un conjunto de enmiendas que prohibían el uso del hiyab en las universidades. La decisión se fundamentó en que dicha modificación alteraba la naturaleza secular del Estado proclamada en el art. 1 de la Constitución y declarada irrevocable por el art. 4 de la norma fundamental<sup>37</sup>.

En sentido opuesto, la Corte Constitucional, en una decisión de 2016, negó que fuera competente para verificar la validez de una reforma constitucional que limitaba temporalmente la inmunidad de los miembros del Parlamento. A estos efectos, argumentó lo que antes había rechazado, esto es, que el control constitucional no puede ir más allá de verificar la existencia de los defectos de procedimiento enumerados en el art. 148 de la norma suprema. Esta jurisprudencia ha llevado a concluir que la Corte ha sido incongruente a la hora de determinar los límites sustantivos a la reforma de la Constitución, lo que ha generado incerteza acerca de la extensión de su propio control<sup>38</sup>.

Hay, pues, razones suficientes para tomar precauciones ante las cláusulas de intangibilidad implícitas: de un lado, no hay acuerdo doctrinal acerca de cuál deba ser su contenido; de otro, conceden a la justicia constitucional una libertad de interpretación tan amplia que, en determinados casos, por muy razonada que esté su utilización, pueden crear entre los actores políticos y los ciudadanos la sensación de que el órgano jurisdiccional actúa al dictado del propio capricho.

## V. UN POSIBLE CAMINO: CONTENIDO DE LAS CLÁUSULAS DE INTANGIBILIDAD Y CONSTITUCIÓN RACIONAL NORMATIVA

En páginas anteriores se han analizado las cláusulas de intangibilidad que recogen algunos textos constitucionales y otras que han sido reconocidas por la jurisdicción constitucional, a pesar de no estar escritas en la norma fundamental. También se ha señalado que el contenido de estos límites implícitos varía mucho: no hay acuerdo doctrinal ni jurisprudencial acerca de las

<sup>37</sup> Sobre este asunto, Yaniv y Yolcu (2012: 175-220).

<sup>38</sup> Albert (2018: 28-29). Acerca de la polémica actual sobre la constitucionalidad de la enmienda aprobada en 2017 que permite a Erdoğan una tercera reelección, Çetin (2022).

exigencias que imponen. En definitiva, los mayores problemas que afectan a estas limitaciones derivan de su variedad y de su imprecisión, factores que acaban impregnando a la jurisprudencia que las aplica.

Hay que reconocer que la diversidad y ambigüedad son un obstáculo importante a la hora de identificar el significado de las cláusulas de intangibilidad. Ahora bien, no es insalvable. Es verdad que, en algunos países, los constituyentes quisieron consignar en el texto constitucional como inalterables los valores que, hasta el momento de elaborar la constitución, habían estado sometidos a debate, como sucedió en Italia con la forma republicana. Pero, al margen de estas excepciones, la mayor parte de las cláusulas de intangibilidad responden a un espíritu común: desde sus orígenes, se orientan a proteger los principios esenciales del constitucionalismo.

M. Hein (2018: 449) ha analizado con detalle tanto la historia como la evolución de los límites materiales a la reforma de la constitución. Su análisis demuestra que, ya en los primeros casos, esto es, en las constituciones de Nueva Jersey (1776), Delaware (1776) y Georgia (1777), se declararon intangibles la soberanía popular, el gobierno representativo, los derechos fundamentales y la independencia del Poder Judicial. El autor, tras analizar la migración de los límites materiales a la reforma a lo largo del tiempo, concluye, a título de hipótesis general, que las cláusulas de intangibilidad que se extienden y se asientan definitivamente son, precisamente, aquellas que se proponen proteger los elementos esenciales del constitucionalismo moderno (Hein, 2018: 480).

Esta constatación, basada en hechos empíricos, no debería generar sorpresa, porque es la única solución teórica compatible con el concepto de constitución que predomina en los países democráticos, esto es, la noción racional-normativa de constitución.

Como sucedía en el caso de la idea formal de constitución, tampoco considero necesario retomar la noción racional normativa (García Pelayo, 1999: 34), liberal (Santamaría Pastor, 1988: 435-436) o clásica (Rubio Llorente, 2012: 43) de dicha norma. Con algunas variantes, se afirma que solo existe constitución cuando esta es una norma dotada de superioridad jerárquica que configura el poder con un origen y una finalidad determinados. Heredera de las teorías del contrato social, esta noción parte de la idea de soberanía popular y condiciona el ejercicio de toda autoridad al servicio de los ciudadanos. Por ello debe reunir los requisitos que ya exigía el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, esto es, el reconocimiento de los derechos fundamentales y la división de poderes. Para muchos autores, además, el Estado solo es constitucional si es de derecho, porque la libertad únicamente se garantiza cuando se erradica la arbitrariedad sometiendo el poder a normas jurídicas (Biglino Campos, 2018: 33-39).

Es evidente que esta forma de entender la constitución dista de ser neutral, porque, para poder hablar de ella, no basta con que nos encontremos ante una norma dotada de supremacía normativa y aprobada mediante procedimientos democráticos. Son precisos, además, determinados contenidos que, además de incluir las reglas del juego, incorporen la proclamación de la soberanía popular, el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales, la división de poderes y la proclamación del Estado de derecho. Estos requisitos, inherentes a la idea de constitución que predomina en los países democráticos, son límites a su reforma. En caso de no respetarse, la modificación podría llevar a la redacción de una norma fundamental, pero no a la creación de una constitución racional normativa.

## VI. REFORMA Y RESILIENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Es ya momento de volver a España para evaluar las consecuencias que el razonamiento que se acaba de exponer puede tener sobre nuestro ordenamiento constitucional. Es evidente que nuestra Constitución no responde a un modelo neutral ni se limita a ser una fuente sobre las fuentes del derecho. Contiene una ideología muy determinada, esto es, la que se implanta tras las revoluciones atlánticas, evoluciona tras la Segunda Guerra Mundial y se concreta en la instauración del Estado social y democrático de derecho, cuyos valores aparecen proclamados en el art. 1.1 de la Constitución. La afirmación de la soberanía popular, la proclamación de los derechos fundamentales, la división de poderes y el reconocimiento del Estado de derecho no son, pues, elementos accesorios, sino que son los pilares en los que se asientan todos los demás valores, principios y reglas de la Constitución.

Ahora bien, estos contenidos no estuvieron presentes cuando los constituyentes regularon la reforma de nuestra norma fundamental. Como vimos en su momento, el debate acerca de sus límites materiales fue apresurado y estuvo afectado por cierto desenfoque, ya que se centró exclusivamente en atraer hacia la norma fundamental a quienes no veían con buenos ojos la unidad de la soberanía. La única garantía que se estableció frente a posibles modificaciones antidemocráticas es la que brindan los procedimientos. Es posible que esta respuesta fuera adecuada en su momento, pero no es coherente con la naturaleza de nuestra norma fundamental. Tampoco la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la apertura de la ley de leyes responde a una concepción racional normativa de Constitución, ya que reproduce las mismas preocupaciones que, en su momento, pesaron sobre los constituyentes. Como se analizó en su momento, los argumentos de dicho órgano acerca del asunto

se han esgrimido en contextos donde, nuevamente, está en juego la unidad de la nación española proclamada en el art. 2 de la Constitución.

No dudo que esa declaración sea importante en nuestro sistema jurídico. Pero, al menos desde el punto de vista de la teoría constitucional y del derecho comparado, debe relativizarse. La estructura territorial del Estado no es un elemento esencial del concepto de Constitución, ya que, como se ha afirmado, esta noción es compatible con formas federales. Hay muchas normas fundamentales de países de nuestro entorno que no contienen una declaración similar y otras que proclaman la soberanía casi en forma confederal. Recordemos que, por ejemplo, la Constitución suiza atribuye el poder constituyente al pueblo y a los cantones. Ahora bien, no parece que esta formulación sea un argumento que conduzca a negar el carácter racional normativo de dicho texto.

En definitiva, la resistencia que, todavía hoy, despierta la unidad de la soberanía en nuestro país sigue dificultando dar una respuesta adecuada al problema de los límites materiales a la reforma. Con el objetivo de excluir que dicho principio pudiese considerarse una cláusula de intangibilidad, los constituyentes primero y, posteriormente, el Tribunal Constitucional afirmaron, y siguen afirmando, que cualquier precepto de nuestra norma fundamental, incluso aquellos que diseñan su estructura básica, es susceptible de modificación.

Como antes se señalaba, la confianza en los procedimientos democráticos manifestada por quienes entonces elaboraron y ahora interpretan la Constitución quizá no sea suficiente para proteger a esta norma de sus posibles enemigos. La ausencia de límites materiales a la reforma, explícitos o implícitos, pudo ser una solución conveniente cuando no existían alternativas viables al sistema democrático, pero no parece la mejor de las soluciones cuando, a nuestro alrededor, avanza el constitucionalismo iliberal. Hace unas décadas era impensable que, en nuestro país, fuerzas políticas antidemocráticas fueran capaces de tener peso suficiente en el electorado como para culminar el complejo procedimiento previsto en el art. 168 CE. Ahora las cosas son distintas. Es verdad que es difícil que se dé este supuesto, pero, después de ver lo que está sucediendo en otras partes de Europa, conviene recordar que lo improbable no es siempre imposible.

La apertura de la Constitución genera, además, otro problema añadido. En efecto, la ausencia de límites a la reforma resulta difícilmente compatible con las exigencias que el art. 2 del TUE impone a los Estados miembros, tanto para ingresar como para permanecer en la Unión Europea. Recordemos que este precepto no reproduce, pero si se aproxima a los requisitos del constitucionalismo contemporáneo, al disponer que la Unión se fundamenta en el respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de

derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías.

En principio, no cabe excluir de forma radical que el Tribunal Constitucional pueda modificar su jurisprudencia, porque una cosa son pronunciamientos *obiter dicta* y otra cosa muy distinta son los posibles razonamientos y fallo de dicha institución en caso de que alguna vez tuviera que decidir específicamente sobre una reforma de la Constitución que vulnerase los principios básicos del constitucionalismo a los que responde nuestra norma fundamental. En un supuesto como este, y ante la ausencia de límites expresos, el Tribunal podría acudir a la misma solución seguida por la Corte Constitucional italiana y admitir, como hizo con respecto a la integración europea, que hay principios que son intocables, porque constituyen el fundamento de nuestra convivencia.

Ahora bien, también hay que reconocer que esta solución genera problemas. En efecto, nuestro ordenamiento presenta una dificultad añadida que, sin embargo, no está presente en otros sistemas jurídicos de nuestro entorno. Aquí, al silencio de la Constitución acerca de las cláusulas de intangibilidad, hay que añadir el que guarda sobre las competencias del Tribunal Constitucional a la hora de controlar las reformas de la Constitución, ya que este tipo de normas no aparece mencionado entre las sujetas a control ni en el art. 161.a CE ni en el art. 27.2 de la LOTC.

Los problemas que se acaban de señalar no impiden que el Tribunal pueda interpretar de manera generosa sus propias atribuciones, como, en la práctica, ya ha hecho. Recordemos que dicho órgano no tuvo inconveniente en someter a control la modificación del art. 135 CE. Pero, en ese caso, se trataba de una de las reformas contempladas en el art. 167 CE, que no había sido sometida a referéndum y que había llegado al Tribunal a través de un recurso de amparo. El auto de inadmisión dictado en aquella ocasión<sup>39</sup> se centró, además, en las violaciones de derechos de los parlamentarios aducidas por los recurrentes ante la tramitación que la reforma había seguido en las Cortes Generales.

La situación sería muy distinta si llegara al Tribunal una reforma constitucional tramitada por el procedimiento previsto en el art. 168 CE. En un caso como ese, no solo intervendrían dos legislaturas sucesivas, sino que, además, los ciudadanos habrían tenido la última palabra. En esas circunstancias, admitir que el Tribunal Constitucional pudiera invalidar la reforma por ser contraria a los límites impuestos por el concepto racional normativo de Constitución sería, cuanto menos, arriesgado. Una decisión de ese tipo no solo enfrentaría al Tribunal Constitucional con las mayorías parlamentarias, lo que quizá no sea conveniente, pero resulta casi inevitable cuando existe jurisdicción constitucional. Además,

---

<sup>39</sup> Auto 9/2012.

opondría el criterio del Tribunal, adoptado sobre la base de límites implícitos, al manifestado por el propio pueblo. Esta tensión minaría la legitimidad del máximo intérprete de la Constitución y pondría en peligro la propia pervivencia del órgano.

Reconocer esta dificultad no significa admitir que la Constitución esté completamente desarmada frente a sus posibles enemigos. Las ideas que se han expuesto en estas páginas acerca de los límites que impone la idea de Constitución racional normativa pueden servir para medir, si no la validez, al menos la legitimidad de la reforma. Actuarían, pues, como límites «ontológicos» a la modificación de la norma fundamental, en la expresión que utiliza Manuel Aragón. Para este autor, sobrepasar dichas restricciones no supondría reformar la Constitución, sino destruirla<sup>40</sup>.

Tampoco parece imposible delimitar, aunque sea en términos generales, cuáles son esos límites.

Antes se señalaba que la idea racional normativa de constitución está abierta a diferentes formas de Estado. Ahora conviene recordar que, sin embargo, establece límites expresos en lo que se refiere a la configuración de la soberanía. Esta siempre debe recaer fuera del aparato estatal y en la comunidad, lo que no excluye que el pueblo pueda concebirse de formas plurales y diversas. Como antes se señalaba, la idea racional normativa de Constitución no impone la unidad de la titularidad de la soberanía ni, en mi opinión, excluye la posibilidad de reconocer que una parte del pueblo se autodetermine. Es verdad que, en este caso, como afirma M. Aragón, se dejaría en manos de la libre voluntad de una parte de los ciudadanos aquello que, indiviso, solo pertenece a la voluntad de todos ellos<sup>41</sup>. Ahora bien, aunque la autodeterminación deja abiertos muchos problemas jurídicos y, desde luego, políticos, no parece que sea incompatible con el concepto racional normativo de constitución, porque el titular de la soberanía puede, mediante la modificación de la norma fundamental, volver a definir su composición o comprometerse a hacer suya la decisión que adopte una parte del cuerpo electoral.

Para ilustrar este extremo, no está de más recordar la experiencia de la reunificación alemana. En esa ocasión, se siguió la vía que dejaba abierta la redacción original del art. 23 de la Ley Fundamental de Bon, precepto que enumeraba los territorios de los Estados en los que dicha norma resultaba de aplicación y que abría la posibilidad de ponerla en vigor en otras partes de Alemania que, en un futuro, decidieran adherirse a la República Federal. En definitiva, el artículo permitía alterar la composición del titular de la

---

<sup>40</sup> «Constitución y Corona», ejemplar mecanografiado de próxima publicación, p. 18.

<sup>41</sup> *Ibid.*: 19.

soberanía para incluir a quienes todavía formaban parte de la República Democrática, siempre que estos expresaran su voluntad de integrarse.

La idea racional normativa de constitución también impone límites con respecto a la reforma del núcleo esencial de los derechos fundamentales, no solo porque estos son inherentes al constitucionalismo, sino también porque así lo imponen las declaraciones ratificadas por España y que nos vinculan mientras nuestro país no decida denunciarlas. Junto con ello, cualquier reforma de la Constitución debería respetar la división de poderes. Es cierto que este principio puede interpretarse de muchas maneras y que estas combinaciones dan lugar a una variedad de formas de gobierno. Ahora bien, la fundamentación que ya expuso Montesquieu permanece inalterada: para evitar los abusos de poder, no solo es preciso distinguir funciones, sino también distribuirlas entre los distintos órganos, de manera que el poder frene al poder. Por último, una reforma de la constitución tampoco podría poner en cuestión la estructura esencial del Estado de derecho. Hay que tener presente que dicha noción ha dejado de estar afectada por la ambigüedad que la caracterizaba hace unas décadas. Desde el final de la Segunda Guerra Mundial y, sobre todo, en la última década, tanto el Consejo de Europa como la Unión Europea han llegado a un acuerdo a la hora de definirlo y establecer las exigencias mínimas que impone<sup>42</sup>.

Conviene recordar que la idea de constitución racional normativa antes expuesta impone otro requisito, esta vez de orden formal, y que consiste en atribuirle carácter normativo y una posición de superioridad con respecto al resto del ordenamiento. Esta exigencia no excluye modificaciones en el control de constitucionalidad, ya que también los jueces ordinarios pueden garantizar la supremacía de la constitución. Ahora bien, impide suprimir la garantía jurisdiccional de la constitución. Aunque todavía algún Estado constitucional carece de este tipo de fiscalización, como el Reino Unido, estos ordenamientos son excepciones que pueden justificarse por peculiares razones históricas, pero que no pueden extrapolarse. En el constitucionalismo contemporáneo, el Estado de derecho es Estado constitucional de derecho.

---

<sup>42</sup> En el seno de la Unión, la idea de Estado de derecho aparece definida en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de derecho (COM [2014] 158 final) y ha adquirido naturaleza vinculante, por ejemplo, en el Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento y del Consejo, de 16 de diciembre de 2020, sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión. En el ámbito del Consejo de Europa, el Informe de la Comisión de Venecia sobre el Estado de derecho (CDL-AD [2011] 003rev) es de obligada referencia.

La dimensión de estas páginas impide seguir concretando las exigencias que el concepto de constitución impone a cualquier reforma. Hay que reconocer que estos límites son laxos, difíciles de definir y de poca efectividad en caso de que se intentase establecer un régimen autoritario. Pero, parafraseando la afirmación pronunciada por el ministro de Justicia alemán durante los debates de la Ley Fundamental de Bonn, al menos pueden asegurar que ninguna dictadura intente operar bajo una máscara de legalidad<sup>43</sup>.

### Bibliografía

- Abeyratne, R. (2016). Upholding Judicial Supremacy in India: The NJAC Judgment in Comparative Perspective. *George Washington International Law Review*, 49, 569.
- Aláez Corral, B. (2020). Reforma constitucional y concepto de Constitución. En B. Aláez Corral (coord.). *Reforma Constitucional y defensa de la democracia* (pp. 23-60). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Albert, R. (2018). Constitutional Amendments and Dismemberment. *The Yale Journal of International Law*, 43, 1.
- Alzaga Villaamil, O. (2017). *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*. Madrid: Ediciones del Foro.
- (2020). *Constitución, democracia y control*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Aragón Reyes, M. (1987). El control como elemento inseparable del concepto de Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 19, 38-39.
- (2016). ¿Cambiar la Constitución para adaptarla o para transformarla? Requisitos y límites de la reforma constitucional. En M. Correa Henao y P. Robledo Silva (coords.). *Memoria XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: el diseño institucional del Estado democrático* (pp. 69-71). Bogotá: Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional.
- Constitución y Corona. [En prensa].
- Biglino Campos, P. (2018). *Retos a la Libertad y Estado Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Çetin, N. (2022). Unconstitutional Constitutional Changes and President's Term Limit Evasion: a Series of Constitutional Frauds in Turkey. *International Journal of Constitutional Law* [blog], 23-1-2022. Disponible en: <https://bit.ly/3XBK47N>.
- Comisión de Venecia. (2010). *Report on constitutional amendment, CDL-AD001, para. 218*. Disponible en: <https://bit.ly/3I21NQd>.
- (2013). *Opinion on the fourth amendment to the fundamental law of Hungary, CDL-AD012*. Disponible en: <https://bit.ly/40YWsli>.
- (2021). *Hungary. Opinion on the constitutional amendments adopted by the Hungarian parliament in December, CDL-AD029-e*. Disponible en: <https://bit.ly/3Kavv8g>.

<sup>43</sup> Citado por Hein (2018: 456).

- (2022). *Opinion on the drafting and adoption of a new Constitution*, CDL-AD004. Disponible en: <https://bit.ly/3YTE2Rb>.
- De Vega, P. (1988). *La reforma de la Constitución y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.
- De Otto, I. (1987). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Madrid: Planeta.
- Elster, J. (2000). *Ulysses Unbound. Studies in rationality, precommitment, and constraints*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511625008>.
- García Escudero, P. (2018). Comentarios a la Constitución Española de 1979. En L. M. Cazorla Prieto y A. Palomar Olmeda (coords.). *Título X (art. 168)* (pp. 1927-1928). Madrid: Aranzadi.
- García Pelayo, M. (1999). *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Universidad.
- Hein, M. (2018). Entrenchment Clauses in the History of Modern Constitutionalism. *The Legal History Review*, 86, 434-481. Disponible en: <https://doi.org/10.1163/15718190-08634P06>.
- (2020). Do constitutional entrenchment clauses matter? Constitutional review of constitutional amendments in Europe. *International Journal of Constitutional Law*, 18 (1), 78-110. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/moaa002>.
- Jiménez Campo, J. (1980). Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución. *Revista del Departamento de Derecho Político*, 7, 81-103. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.7.1980.8035>.
- Krzywon, A. (2022). El iliberalismo constitucional ha llegado para quedarse. Las experiencias centro europeas. *Revista de Derecho Político*, 113, 165-191. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.113.2022.33570>.
- Miller, A. y Howell, R. F. (1960). The myth of neutrality in constitutional adjudication. *The University of Chicago Law Review*, 27 (4), 661-695. Disponible en: <https://bit.ly/3lFTke0>.
- Pérez Royo, J. (1999). Art. 168. En O. Alzaga Villaamil (dir.). *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Madrid: Cortes Generales.
- Pincione, G. (2012). Constitutional neutrality among economics policies. *Public Choices*, 152, 455-459. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s11127-012-9999-8>.
- Popper, K. (2019). Un repaso a mi teoría de la democracia. *Revista de Ciencia Política*, 18, 43-53. Disponible en: <https://bit.ly/3Edsb8G>.
- Requejo Pagés, J. L. (2018). Art. 168. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y M. E. Casas Baamonde (dirs.). *Comentarios a la Constitución española* (pp. 1879-1886). Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Riaz, A. y Sohel, R. (2020). *How Democratic Backslides: Tracing the Pathway in Six Countries*. Disponible en: <https://bit.ly/3jZWY1M>.
- Rubio Llorente, F. (2012). *La Constitución como fuente del Derecho. La forma del poder*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Santamaría Pastor, J. A. (1988). *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Sunstein, C. R. (1992). Neutrality in Constitutional Law (with Special Reference to pornography, Abortion, and Surrogacy). *Columbia Law Review*, 92 (1), 1-52. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1123024>.

- Tajadura Tejada, J. (2018). *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del título X de la Constitución*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Yaniv, R. y Yolcu, S. (2012). An unconstitutional constitutional amendment: the Turkish perspective: A comment on the Turkish Constitutional Court's headscarf decision. *I-CON*, 1, 175-220. Disponible en: <https://bit.ly/2BNt9s0>.
- Yap, P. (2017). *The Supreme Court of India and Criminality in Politics. Courts and Democracies in Asia*. Cambridge. Disponible en: <https://bit.ly/3lv3Ww4>.