

REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN Y MODELOS DE DEMOCRACIA.

Manuel Fondevila Marón.

Profesor de Derecho Constitucional.

Universidad Internacional de la Rioja.

Universitat de Lleida.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DEMOCRACIA MAYORITARIA Y DEMOCRACIA CONSENSUAL. III. EL MITO DEL CONSENSO. IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL COMO DECISIÓN MAYORITARIA V. NECESIDAD DE UN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La problemática en torno a la reforma constitucional no mereció demasiada importancia por parte de la clase académica en los primeros años de vigencia de la Constitución¹, hasta el punto ser obviada en algunos de los manuales de Derecho Constitucional. Por su parte, la clase política siempre rehuyó acudir al instrumento de la reforma, excepto si la Unión Europea se lo imponía², incluso para modificar aquellos aspectos que, desde el mismo momento de la aprobación del texto constitucional, se sabía que habían quedado mal configurados por parte de nuestro constituyente (ejemplo paradigmático del Senado). Recientemente, sin embargo, la situación ha cambiado por completo: actualmente no sólo todos los partidos políticos con representación parlamentaria aceptan debatir acerca de posibles modificaciones en Constitución, sino que se ha intensificado el interés de la clase académica por el análisis de la reforma, lo que se demuestra tanto en las publicaciones recientes sobre la materia³, como en la

¹ En la década de los ochenta, apenas dos monografías que ya constituyen un clásico en la materia (DE VEGA, P. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos, Madrid, 1985; PÉREZ ROYO, J. *La reforma de la Constitución*. Congreso de los Diputados, Madrid, 1987) junto con algunas aportaciones en trabajos colectivos, mereciéndose destacar el “Comentario al Título X. De la reforma constitucional” en la obra colectiva *Constitución española*. Edición comentada, CEC, Madrid, 1979, y la voz “Reforma Constitucional” en GONZALEZ ENCINAR, J. J. *Diccionario del sistema político español*. Akal, Madrid, 1984, constituyen prácticamente todo lo que, con cierta profundidad, se escribe al respecto de la reforma.

² Sobre esto, me remito a lo que dije en FONDEVILA MARÓN, M. *La reforma constitucional en España. Un ensayo de Derecho Constitucional como Ciencia Teórico-Práctica*. Andavira, Santiago de Compostela, 2016, pp. 97-113, basándome en parte en el trabajo de J.F López Aguilar (LOPEZ AGUILAR, J.F. “De la constitución "irreformable" a la reforma constitucional "expres"” *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 29 (2012)).

³ Limitándonos sólo a los seis últimos años, y sin ánimo de ser exhaustivos, encontramos trabajos monográficos que abordan aspectos teóricos sobre la reforma (RUIPÉREZ ALAMILLO, J.

organización de congresos, jornadas y simposios sobre el particular⁴. Parece, pues, que el año que se cumple el 40 aniversario de nuestra Carta Fundamental el debate político en torno a su adaptación a la realidad social y el debate académico sobre los aspectos teórico-prácticos del procedimiento de revisión resultan claramente inaplazables.

Un repaso a la bibliografía existente sobre el tema nos muestra los principales aspectos que han merecido la atención de los especialistas en reforma constitucional: destaca sobre todos ellos la cuestión acerca de los límites de la reforma, que resulta la más problemática sobre todo teniendo en cuenta la contumacia con la que nuestro Tribunal Constitucional sostiene la ausencia de los mismos⁵, que contrasta con la postura

Reforma versus revolución. Consideraciones desde la teoría del Estado y de la Constitución sobre los límites materiales a la revisión constitucional, Porrúa, México, 2014; *El Título X de la Constitución española a la luz de las funciones de la reforma constitucional*. VLEX, México 2017; MUÑOZ MACHADO, S. *Vieja y Nueva Constitución*. Crítica, Madrid, 2015; PÉREZ ROYO, J. *La reforma constitucional inviable*. Los Libros de la Catarata. Madrid 2015); trabajos monográficos (FONDEVILA MARÓN, M. *óp. cit.*) y colectivos (GARCÍA ROCA, J. *Pautas para una reforma constitucional. Un informe para el debate*. Instituto de Derecho Parlamentario UCM, Thompsom-reuters Aranzadi, Madrid 2014; ESCUDERO RODRIGUEZ, R; CANO BUENO, J. *Estudios en Homenaje a Alfonso Guerra. La Constitución a examen: la reforma de la Constitución*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; ARAGON, J (dir). *Por una reforma constitucional*. CCOO, Madrid, 2014) con propuestas concretas de reformas; y finalmente artículos científicos en distintas revistas entre los que destacan, además de todos los contenidos en el nº 29 de *Teoría y Realidad Constitucional* (monográfico sobre la reforma) los siguientes: 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 (2012); FONDEVILA MARÓN, M. “Los límites a la reforma de la Constitución”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 19 (2015); “Reforma Constitucional y Forma Territorial del Estado” *Revista Catalana de Dret Public* nº 49 (2014); CABANAS VEIGA, M. “La reforma constitucional del 2011 y la teoría del poder constituyente” *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 18 (2014); RAGONE, S. “El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada”. *Teoría y Realidad Constitucional* nº 31 (2013); GARCÍA ROCA, J. “De la revisión de las Constituciones: Constituciones nuevas y viejas” *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 40 (2017); ARAGÓN REYES, M. “La reforma constitucional” *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 24 (2017); BLANCO VALDÉS, R. “Cataluña y la Reforma Constitucional” *Claves de la Razón Práctica*, nº 245 (2016); RUBIO LLORENTE, F. “Prólogo para una reforma” *Temas para el debate*, nº 253 (2015); SANTAOLALLA LÓPEZ, F. “¿Hacia la reforma constitucional? *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº 77 (2018); AJA FERNÁNDEZ, E. “¿Es necesaria la reforma constitucional? *Món jurídic: butlletí del Col.legi d'Advocats de Barcelona*, nº 310 (2017); ESCUDERO ALDAY, R. “Cuestiones sobre la reforma constitucional” *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, nº extra 39 (2017); APARICIO DE LÁZARO, J.R. “Del cambio en la Constitución al cambio de Constitución: la conveniencia de la reforma del título X con anterioridad al inicio de cualquier proceso de reforma constitucional” *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, Nº 196 (2017); DE LA QUADRA SALCEDO, T. “Reflexiones sobre la reforma Constitucional” *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº 65 (2016); entre otros.

Téngase en cuenta que para no hacer interminable esta relación se han incluido, únicamente, los trabajos más recientes y de carácter general: desde el informe del Consejo de Estado de 2006 los trabajos que abordan alguna cuestión que requiere de reforma constitucional, así como los que tratan el mecanismo de la reforma han aumentado muy considerablemente.

⁴ Lógicamente no podemos hacer una relación de ellos en este lugar, pero sí merece la pena destacar que este trabajo se presenta a la Mesa nº 1 del Congreso “40 años de Constitución. Una mirada de Futuro” de la Asociación de Constitucionalistas de España, a celebrar en Málaga el 26 y 27 de abril de 2018, la cual tiene por tema: “La reforma constitucional en serio”.

⁵ Sobre esto, me remito a: FONDEVILA MARÓN, M. *La reforma Constitucional en España...* pp. 113 y ss.; “Derecho a decidir y soberanía. A propósito de la STC 42/2014, de 25 de Marzo” *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 34 (2014), pp. 602 y ss.

del resto de sus homónimos incluso en Estados donde, como en el nuestro, no existen cláusulas de intangibilidad⁶. A ésta se suman otras como las dificultades derivadas del procedimiento previsto en la Carta Fundamental para su reforma (arts. 166 a 169 CE) y las dificultades derivadas del momento político (especialmente por todo lo que está ocurriendo en Cataluña pero también la falta de consenso entre las dos principales fuerzas políticas) entre otras.

Nuestra tesis de partida será que muchas de las dificultades de nuestra clase política y académica para comprender el mecanismo de la reforma parten de una falta de reflexión en nuestro país acerca de la relación que existe entre este instrumento y el funcionamiento de la Democracia⁷. Pero teniendo en cuenta que no existe un único modelo de Democracia para todos los Estados Constitucionales, el objetivo de las páginas que siguen será, precisamente, analizar cuál es la relación entre la reforma constitucional y el modelo de Democracia constitucional en España, y un análisis de los riesgos y los desafíos al respecto. Para ello realizaremos, fundamentalmente, un análisis crítico de los principales textos doctrinales de referencia.

II. DEMOCRACIA MAYORITARIA Y DEMOCRACIA CONSENSUAL.

Un régimen democrático se caracteriza porque la toma de decisiones se produce por mayoría. Ello se deriva de la regla fundamental que debe regir en una Democracia, y que no es otra que la igualdad de todos los ciudadanos, lo que implica necesariamente que no haya ni uno ni unos pocos – incluso si se considerasen más capacitados para las tareas de gobierno – que puedan decidir por todos⁸. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que desde los orígenes mismos de la Democracia existe una tensión

⁶ Cfr., a este respecto: PEGORARO, L Y RINELLA, A. *Sistemi Costituzionali Comparati*. Giapichelli, Torino, 2017, pp. 608 y ss.

⁷ Esta reflexión ha sido hecha recientemente por un autor colombiano discípulo del Maestro de constitucionalistas españoles Pedro De Vega, quien sigue siendo el indiscutible punto de partida para los estudios en reforma constitucional tanto en nuestro país como en el extranjero (*Vid.*, RAMIREZ CLEVES, G. “La inconstitucionalidad de las reformas constitucionales en Colombia: tensión entre Democracia de mayorías y Democracia Constitucional”. En WONG MERAZ, A; LEÓN BASTOS, C; SOSA, J.L. *La Reforma constitucional y su problemática en el Derecho Comparado*. VLEX, México, 2017. Este trabajo está, precisamente, dedicado a la Memoria del Maestro.

Como se verá inmediatamente, nosotros abordaremos esta cuestión desde una perspectiva diferente, distinguiendo distintos modelos de Democracia dentro de la categoría “Democracia constitucional”.

⁸ Cfr., DAHL, R.A. *La Democracia*. Prólogo y Traducción de Fernando Vallespin, Ariel, Barcelona, 2012, pp. 41 y ss., donde precisando un poco más establece como requisitos de un gobierno democrático: 1) participación efectiva; 2) igualdad de voto; 3) alcanzar una comprensión ilustrada; 4) ejercitar el control final sobre la agenda; 5) inclusión de los adultos.

entre ésta y la libertad que ha sido formulada en los siguientes términos: ¿cómo garantizar la libertad, entendida como el sometimiento de todos al imperio de la ley⁹, si el pueblo puede, a su conveniencia (y porque a él corresponde regir el destino de la comunidad) modificar la ley que todos deben obedecer?¹⁰ De hecho, el mayor desafío de una Democracia avanzada y moderna consiste, por un lado, en evitar una “dictadura mayoritaria”¹¹ y, por otro lado, que las medidas protectoras de la libertad individual no supongan otorgar a una minoría un poder de veto¹² que impliquen un menoscabo del derecho del pueblo a decidir los modos y formas en los que quiere ser gobernado¹³ o una quiebra del principio de legalidad¹⁴.

La Democracia constitucional surge, precisamente, para conjurar el primero de los peligros señalados, excluyendo algunas materias del campo de acción del que

⁹ Se entiende así desde los orígenes de la Democracia ateniense, pero sería Montesquieu quien mejor definiría ésta en los siguientes términos: “La libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten, de modo que si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben ya no habría libertad, pues los demás tendrían igualmente esa facultad” (MONTESQUIEU. *Del Espíritu de las Leyes*. Introducción de E. Tierno Galván, traducción de M. Blázquez y P. De Vega, Tecnos, Madrid, 1985, Libro XI Cap. III)

¹⁰ Cfr., RUIPÉREZ ALAMILLO, J. *Libertad Civil e Ideología Democrática*. IJ-UNAM, México, 2008, pp. 3-4.

¹¹ C-J. Friedrich, en un clásico trabajo sobre la Democracia, afirmaba dos premisas que son la clave del problema que estamos planteando. Dice así: “toda Democracia que funcione bien se cuidará, por un sentimiento de formación de la comunidad, de que en una decisión importante y grave, una mayoría no sea tiranizada por una minoría”; añadiendo: “el dominio de una mayoría sobre una minoría sólo parece soportable cuando está prevista una protección de la minoría” (FRIEDRICH, C.J. *La Democracia como forma política y como forma de vida*. Tecnos, Madrid, 1966, p. 81 y ss.).

¹² Los regímenes políticos modernos se caracterizan cada vez más por las posibilidades de bloqueo que las minorías pueden articular (ROSANVALLON, P. *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*. Manantial, Buenos Aires, 2007).

¹³ R. Dahl afirma: “el argumento de que el veto minoritario sólo puede emplearse en forma negativa, a fin de bloquear las amenazas mayoritarias a los derechos y al bienestar de las minorías, pero no de infringir un daño efectivo a la mayoría o a otra minoría es falso” (DAHL, R. *La Democracia y sus críticos*. Paidós, Barcelona, 1992, p. 187).

¹⁴ Hace relativamente poco esto se ha planteado en la STC 145/2015, que reconoció el derecho de objeción de conciencia de los farmacéuticos a dispensar la comúnmente conocida como “píldora del día después”. En el voto concurrente de esta sentencia el Magistrado Andrés Ollero sostenía: “Una democracia avanzada aspira a evitar dictaduras mayoritarias, dando espacio —siempre que resulte viable— a excepciones que salvaguarden convicciones jurídicas discrepantes”. Por el contrario, la Magistrada discrepante Adela Asua sostiene que: “La Sentencia asume una segunda premisa que, a mi juicio, resulta también errónea: que la libertad consagrada en el art. 16.1 CE permite objetar por motivos de conciencia sin necesidad de una previa regulación por parte del legislador del ejercicio de ese pretendido derecho a la objeción de conciencia. Tal entendimiento conduciría directamente a santificar cualquier tipo de objeción de conciencia, como si la conciencia de cada uno pudiera imperar legítimamente frente a la colectividad y frente al Estado Constitucional de Derecho, del que la Ley es precisamente su expresión más acendrada” y el Magistrado, también discrepante Fernando Valdés: “Por otra parte, me importa también destacar que, al realizar la labor de ponderación, la Sentencia de la mayoría prescinde abiertamente de toda consideración acerca de la regulación legal sobre la dispensación de medicamentos, como exigencia para la debida atención a las necesidades de la comunidad; es éste un factor que simplemente se ignora”.

dispone el legislador¹⁵, y estableciendo Tribunales con competencias constitucionales¹⁶ capaces, llegado el caso, de ejercer la *judicial review*¹⁷. La Constitución queda, de este modo, erigida como norma jurídica superior indisponible para el legislador ordinario, lo que no quiere decir, sin embargo, que no exista un momento (en concreto, cuando el texto constitucional se aleja de la realidad política y social) en la que la revisión de la Norma Fundamental resulte políticamente conveniente y jurídicamente necesaria¹⁸.

Pero sería una simplificación absoluta, que conduciría a conclusiones superficiales, contraponer gobierno de la mayoría a Democracia constitucional, porque estas pueden dividirse - y de hecho es habitual en la Ciencia Política¹⁹ - entre mayoritarias y consensuales. En realidad, no existen “democracias mayoritarias” que no sean “constitucionales” (habrían desaparecido con la generalización, tras la II Guerra Mundial, de la comprensión de la Constitución como norma jurídica superior), mientras que sí existen “constituciones sin constitucionalismo”²⁰ que, por lo tanto, no merecen ser consideradas democráticas. Ambos tipos de Democracia aceptan, como no podía ser de otro modo, la regla de la mayoría, pero mientras que en las democracias mayoritarias (o predominantemente mayoritarias²¹) se concentra el poder en manos de una mayoría

¹⁵ En la Sentencia *compulsory flag salute*: West Virginia Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943), nº 591, de la que fue ponente el juez Jackson, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos indicó: “el auténtico propósito de una declaración constitucional de derechos es sustraer ciertas materias de las vicisitudes de las controversias políticas, situarlas más allá del alcance de los políticos y funcionarios, sancionarlas como principios que hay que aplicar por parte de los Tribunales”. Sobre la misma, G. Zagrebelsky ha afirmado que “la Constitución es aquello sobre lo que no se vota” (ZAGREBELSKY, G. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la Política*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Trotta, Madrid, 2005, p. 27).

¹⁶ Sobre porqué sólo los Tribunales pueden erigirse en defensores de la Constitución, en explícita respuesta a C. Schmitt *Vid.*, por comodidad, SCHMITT, C; KSELSEN, H. *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional. El defensor de la Constitución vs. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Estudio preliminar de G Lobardi, traducción de Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie, Tecnos, Madrid, 2009.

¹⁷ Establecida, como es sabido, en 1803 por el Tribunal Supremo norteamericano presidido por el Juez Marshall, en la Sentencia *Marbury vs Madison*.

¹⁸ Cfr., DE VEGA, P. *La reforma constitucional y...*, p. 92.

¹⁹ Las primeras diferenciaciones entre democracias mayoritarias y consensuales son muy anteriores a la famosa de A. Lijphart (*Vid.*, DIXON, R (Jr). *Democratic representation: reapportionment in Law and Politics*. Oxford University Press, New York, 1968; HATTENHAUER, H; KALTEFLEITER, W (eds). *Mehrheitsprinzip, Konsens und Verfassung*. C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1986; STEINER, J. “The principles of majority and proportionality” *British Journal of Political Science*, 1-1 (enero 1971); POWELL, G.B. *Contemporary Democracies: participation, stability and violence*. Harvard University Press, Cambridge, 1982; DAHL, R. *A preface to Democratic Theory*. University of Chicago Press, Chicago 1956; RICKER, W. H. *Liberalism against populism: a confrontation between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice*. Freeman, San Francisco, 1982; MANSBRIDGE, J. *Beyond adversary democracy*. Basic Books, Nueva York, 1980; FINER, S.E. *Adversary Politics and Electoral Reform*. Anthony Wigram, Londres, 1975.

²⁰ *Vid.*, PEGORARO, L; RINELLA, A. *óp. cit.*, p. 97.

²¹ Según Lijphart (LIJPHART, A. *Modelos de Democracia*. Traducción de Carme Castellnou, Ariel, Barcelona 2012) sólo la Gran Bretaña, Nueva Zelanda (hasta 1996) y Barbados (en lo que respecta a la dimensión ejecutivo-partido) serían modelos puros de Democracia mayoritaria. Señala,

escasa (a veces incluso meramente relativa), las democracias consensuales (o predominantemente consensuales) tratan de dividir, dispersar y limitar el poder de distintas formas²².

Cuando se tiene presente la distinción que acabamos de establecer, los juicios de valor acerca de la posición que la oposición deba jugar en el sistema político adquieren nuevas perspectivas²³. Parecen bastante evidentes los riesgos derivados de que en una Democracia de carácter mayoritario la oposición política fuese débil; pero en una

junto con la citada dimensión ejecutivo-partido la federal unitaria. Dentro de la primera habría 5 diferencias entre las Democracias mayoritarias y las consensuales: 1) concentración del poder ejecutivo en gabinetes mayoritarios de partido único frente a la división del poder del ejecutivo en amplias coaliciones multipartidistas; 2) relaciones entre el poder ejecutivo y el legislativo en las que el ejecutivo domina frente al equilibrio del ejecutivo-legislativo; 3) Bipartidismo frente a sistemas multipartidistas; 4) Sistemas electorales mayoritarios y desproporcionales frente a representación proporcional; 5) Sistemas de grupos de interés de mayoría relativa con competencia libre entre los grupos frente a sistemas de grupos de interés coordinados y “corporatistas” orientados al compromiso y a la concertación. También 5 variables de la segunda dimensión: 1) Gobierno unitario y centralizado frente a gobierno federal y descentralizado; 2) Concentración del poder legislativo en una legislatura unicameral frente a la división del poder legislativo en dos cámaras igualmente fuertes, pero constituidas de modo diferente; 3) Constituciones flexibles que aceptan enmiendas mediante mayorías simples frente a Constituciones rígidas que únicamente podrían cambiarse por medio de mayorías extraordinarias; 4) Sistemas en los que las legislaturas tienen la última palabra en lo referente a la constitucionalidad de su propia legislación frente a sistemas en los que las leyes están sujetas a una revisión judicial para analizar su grado de constitucionalidad mediante tribunales supremos o constitucionales; 5) Bancos centrales que dependen del ejecutivo frente a bancos centrales independientes (p. 15).

Nada tiene de particular que estos modelos no se den, en la práctica, en Estado puro teniendo en cuenta que las clasificaciones en ciencias sociales tienen siempre unos contornos difusos (*Vid.*, PEGORARO, L; RINELLA, A. *op. cit.*, pp. 46 y ss., quienes se basan en la teoría del matemático Zadeh de la *fuzzy sets theory*).

²² Cfr., LIJPHART, A. *op. cit.*, p. 14.

²³ No ha faltado quien haya establecido que una oposición fuerte constituye un elemento esencial del sistema democrático (*Vid.*, LAWSON, “Conceptual issues in the comparative study of Regime Change and Democratization”. *Comparative Politics*, 25-2 (enero 1993)).

Probablemente, sin embargo, ningún autor haya dado tanta importancia a este asunto como G. Pasquino (*Vid.*, PASQUINO, G. *La oposición*. Alianza, Madrid, 1998), que en un libro monográfico sobre esta cuestión denuncia que las Democracias modernas se caracterizan por una pasmosa falta de oposición (p. 81). De hecho, comienza denunciando que la coalición que consiguió formar gobierno tras las elecciones de 1994 en Italia pidiese a la oposición “que le dejase gobernar”, cuando la función de esta – sostiene – es justo lo contrario.

Precisando un poco más, distingue G. Pasquino entre la “gran consociación”, que podemos traducir por acuerdos constitucionales básicos y la “pequeña consociación”, que es aquella que se realiza sobre los bienes y recursos distribuidos por el Estado. Su tesis consiste en que mientras que del gran acuerdo sobre las normas constitucionales o reglas del juego se deriva un beneficio para el conjunto de las fuerzas políticas, pues constituye un acuerdo de mínimos a partir del cual Gobierno y oposición pueden desarrollar una dialéctica más o menos profunda que enriquezca el debate político y contribuya a reforzar la Democracia, la “pequeña consociación”, en la que incluso puede participar aquella oposición que no ha asumido las reglas del juego, habitualmente tiene consecuencias negativas para todos, puesto que el gobierno aumenta (a veces innecesariamente o sin coherencia) el gasto y la oposición, contenta con el beneficio obtenido para sus bases sociales, renuncia a llevar a cabo una verdadera crítica de la acción gubernamental. La oposición, concluye, y dado los instrumentos privilegiados con los que cuenta el gobierno para influir sobre la opinión pública, rara vez se ve beneficiada por la eventual matización del programa del gobierno en favor de ciertos sectores sociales, y fácilmente – por el contrario – será culpada de los males en el sistema político institucional. Además, es posible que sus bases sociales se dividan, y que algunos pasen directamente a apoyar al gobierno, y otros, por el contrario, abandonen a esta formación en busca de opciones más radicales.

Democracia de carácter consensual este hecho no sólo no revestiría una particular gravedad sino que además evitaría situaciones de bloqueo²⁴. Otro tipo de riesgo - que ha sido el experimentado en España por lo que respecta a la problemática en torno a la reforma constitucional – surge cuando en una Democracia del segundo tipo, se busca un consenso imposible que desaprovecha las posibilidades de una decisión que puede y debe tomarse por mayoría.

III. EL MITO DEL CONSENSO.

El pensamiento liberal siempre ha ignorado la naturaleza hasta cierto punto conflictiva de las relaciones sociales²⁵, porque su ideal lo constituye un mundo sin controversias políticas²⁶. Este es, sin duda, el paradigma de pensamiento que domina en España desde la aprobación de la Constitución de 1978, lo que, a fin de cuentas, explica la sacralización del proceso constituyente que llevó a su aprobación que – y por lo que

²⁴ Frente a la postura de los autores recogidos en la nota *supra*, otros entienden justamente lo contrario: que la Democracia se refuerza cuanto mayor sea el consenso entre la mayoría y la minoría (Cfr., KELSEN, H. *Esencia y Valor de la Democracia*. Traducción de Rafael Luengo Tapia, Comares. Granada, 2002).

²⁵ En el pensamiento liberal la oposición no se ve como algo positivo y por ello resulta extraño en las Constituciones propias de esta tradición que se recoja un Estatuto de la misma, que en el mejor de los casos debe deducirse de determinados preceptos derivados de la misma (en el caso de España apenas los 6, 68, 69 y 108 a 113 CE (*Vid.*, sobre el Estatuto jurídico de la oposición en nuestro país: LÓPEZ AGUILAR, J-F. *La oposición parlamentaria y el orden constitucional*. CEPC, Madrid, 1988; *Minoría y oposición en el parlamentarismo: una aproximación comparativa*. Congreso de los Diputados, Madrid, 1991; SÁNCHEZ NAVARRO, A-J. *La oposición parlamentaria*. Congreso de los Diputados, Madrid, 1997).

Un hecho muy característico del pensamiento liberal nos lo destaca P. Rosanvallon (*Vid.*, ROSANVALLON, P. *óp. cit.*, p. 150) cuando señala los esfuerzos de T. Mommsen por presentar a los Tribunos de la Plebe (magistrados que podían bloquear la decisión del Senado) como una institución de carácter no constitucional, de modo que ésta encajase dentro de los esquemas del pensamiento dominante en su época.

²⁶ Ejemplos paradigmáticos de lo que decimos, entre otros: FUKUYAMA, F. *El Fin de la Historia y el último hombre*. Planeta, Barcelona, 1992; BELL, D. *El Fin de la Ideologías. Sobre el agotamiento de las ideas políticas en los años cincuenta*. Traducción de Alberto Saoner Barberis, Presentación de J. Abellan, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Colección clásicos, Madrid, 1992.

ahora nos interesa – no fue ni tan cierto²⁷ ni tan perfecto²⁸ como quieren hacer creer aquellos que han elaborado lo que podemos llamar el “mito de la transición”.

Evidente es para todos que sin la capacidad de dialogar y la generosidad para ceder en las propias pretensiones de los que hoy conocemos comúnmente como “padres de la Constitución”, a pesar de que algunos procedían del aparato franquista mientras que otros retornaban de la clandestinidad y el exilio, no habríamos disfrutado en España de 40 años de Democracia constitucional. Sin embargo, es justo reconocer también que las condiciones obligaron a aceptar presupuestos político-jurídicos equivocados que necesariamente habrían de conducir a confusión. Es el caso de la máxima según la cual “todo puede ser reformado”²⁹ que condujo la transición de un régimen autoritario a uno constitucional y democrático desde el más escrupuloso respeto a la legalidad formal³⁰. En ello hubo buenas dosis de disimulo y teatralización³¹ puesto que, materialmente hablando, no puede haber duda de que la transición constituyó un verdadero acto revolucionario³².

La principal y más evidente consecuencia práctica que ha resultado de unir la exaltación del consenso constituyente y presentar el proceso como una reforma política es que cada vez que se ha planteado la necesidad de revisar nuestro Texto Fundamental para mejorar algún aspecto que no había sido bien configurado en su redacción original o para adaptarse a las cambiantes circunstancias de la realidad política y social, aquellos que se oponían han aludido a la falta de un consenso que se asemejase mínimamente a

²⁷ La introducción de las Leyes Orgánicas, a las que se remiten bastantes preceptos de nuestro texto constitucional, y sobre todo, el desafortunado Título VIII que más que constitucionalizar desconstitucionaliza la organización territorial del Estado resultan buenos ejemplos de aspectos que en los que la constituyente no consiguió un consenso (Cfr., ALZAGA VILLAAMIL, O. *Del consenso constituyente al conflicto permanente*. Trotta, Madrid, 2011. Obra que se corresponde con una ampliación y revisión de su discurso de entrada en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas).

²⁸ Cfr., a este respecto, DE VEGA, P. “La transición política española a la luz de los principios democráticos de legalidad, publicidad y racionalidad” En CARPIZO MCGREGOR, J. (coord.). *Las experiencias del proceso político-constitucional en México y España*. IJ-UNAM, México, 1979.

²⁹ Esta tesis parece provenir del que fuera Profesor de Derecho Político del Monarca, Torcuato Fernández-Miranda, quien se convirtió en el primer Presidente de Cortes (Vid., FERNÁNDEZ-MIRANDA LOZANA, P; FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A, *Lo que el Rey me ha pedido. Torcuato Fernández-Miranda y la Reforma Política*, Plaza & James, Madrid, 1995, pp. 29-49).

³⁰ Sobre todo ello Vid., LUCAS VERDU, P. *La Octava Ley Fundamental. Crítica jurídico-política de la Reforma Suarez*. Prólogo de Enrique Tierno Galván. Tecnos. Madrid. 1976.

³¹ Los políticos e intelectuales de izquierda que participaron de la redacción de la Constitución eran bien conscientes de ello, pero como dijo E. Tierno: “No seremos nosotros, digo los demócratas, más papistas que el Papa y estamos dispuestos a discutir sobre el cambio constitucional sin preocuparnos de que resulte dañada la inmutabilidad de los llamados Principios Fundamentales” (TIERNO GALVAN, E. “Democracia, socialismo y libertad” En *Obras Completas*. Tomo V, Thompson-Reuters, Madrid 2010, p. 439.

³² Sobre esto Cfr., RUIPÉREZ ALAMILLO, J. *Proceso Constituyente, Soberanía y Autodeterminación*. Biblioteca Nueva. Madrid. 2003. pp. 9-89.

aquel que, según quieren hacer ver, tuvo lugar durante la transición. Esta forma de proceder parte de una aporía que contiene en sí una patética paradoja, y es que el consenso de la transición se produjo entre aquellos representantes de una amplia mayoría social cuyo objetivo principal era superar una larga etapa de dictadura, de modo que el similar consenso al que apelan los que pretenden presentarse como sumos garantes del orden constitucional del 78 sólo podría darse realmente en unas similares circunstancias de pérdida de vigencia de los principios y valores fundamentales del régimen político actual.

Un consenso tan amplio como al que apelan resulta, sí, necesario, cuando se trata de elaborar una nueva Constitución, pero no para reformar la ya existente³³. Ello es así porque la regla de la mayoría que – como vimos – rige en cualquier tipo de Democracia presenta modulaciones (que oscilan entre la mayoría simple y la unanimidad) en función del carácter más o menos fundamental de la decisión que se debe tomar³⁴. Porque la Constitución debe ser lo suficientemente rígida como para vincular al gobernante (que de lo contrario podría usar el mecanismo de la reforma para llevar a cabo su acción de gobierno³⁵) y lo suficientemente flexible para permitir adaptar la realidad jurídica a la realidad política y social, para la reforma únicamente cabe exigir el quorum de una mayoría cualificada.

IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL COMO DECISIÓN MAYORITARIA

Resulta hasta cierto punto comprensible que si – por expresarlo en palabras de Hegel – el “ardid de la razón” para conseguir, entre ruido de sables, establecer en

³³ Aunque a menudo no se comprende así, esta es la tesis que se deduce claramente del contrato social de Rousseau (*Vid.*, FONDEVILA MARÓN, M. “La herencia rousseauiana en el pensamiento constitucional, trescientos años después de su nacimiento”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 16 (2012); GARRIDO LOPEZ, C. “En torno a los conceptos de mayoría y unanimidad en el Contrato Social de J.J Rousseau”. En *Revista de Derecho Político*, nº 41 (1996), entre otros). Por su parte, en *Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia* (Libro IX) nos dice: “Es necesario sopesar y meditar calculadamente los puntos capitales que serán establecidos como leyes fundamentales, y se hará recaer únicamente sobre tales la fuerza del *liberum veto*. Será de este modo como se conferirá solidez a la Constitución y cómo las leyes serán tan irrevocables como puedan serlo; pues, ciertamente, 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 más que con la solemnidad puesta en práctica al establecerla”.

³⁴ Sobre ello la Ciencia Política ha debatido largo y tendido con propuestas como las de Buchanan y Tullock, Gutmann y Thompson y Ackerman y Fishkin, todas ellas recogidas en el magnífico libro: SHAPIRO, I. *El Estado de la Teoría Democrática*. Traducido por Júlia de Jódar, Edicions Bellaterra, Barcelona, 2005.

³⁵ Sobre esto *Vid.*, por todos, *Vid.*, ALMAGRO CASTRO, D. “La problemática del poder de reforma constitucional en Brasil: cláusulas pétreas, control judicial de enmiendas constitucionales, y principio democrático”. *Revista de Derecho Político*, nº 94 (2015).

España el periodo más próspero y duradero de Democracia constitucional, fue presentar un proceso de naturaleza revolucionaria como reformador, nuestra Constitución no estableciese, a diferencia de otras (p. ej. Portugal³⁶, Francia³⁷, Italia³⁸, Alemania³⁹, Brasil⁴⁰, El Salvador⁴¹, Venezuela⁴² y Ecuador⁴³) ningún límite expreso a la reforma. Lo que, sin embargo, resulta ya más lamentable es que, tras cuatro décadas, gran parte de nuestra clase política y académica, así como nuestro Tribunal Constitucional, no hayan sabido leer esta circunstancia en perspectiva histórica e, ignorando por completo el Derecho Comparado, permanezcan anclados en una notable confusión acerca de la naturaleza, funciones y límites del procedimiento de revisión constitucional establecido en el Título X de nuestra Norma Fundamental.

Los españoles sólo hemos reformado nuestra Constitución en dos ocasiones (un hecho que resulta insólito desde una perspectiva comparada), y por imposición de la Unión Europea, debido a la concurrencia de tres factores que impiden una correcta comprensión del instrumento de revisión: en primer lugar, merece la pena señalar que ninguna de nuestras Constituciones históricas fue jamás reformada, sucediéndose la aprobación de la siguiente sin alteración de la anterior; en segundo lugar (relacionado con lo explicado en el epígrafe anterior) algunos políticos y académicos han convertido el consenso y la ausencia de discrepancias políticas (como si la modificación constitucional no pudiera servir, precisamente, para poner fin a éstas) en un pre-requisito para la reforma, al margen de que pudieran conseguirse o no las concretas mayorías que exigen los artículos 167 y 168 CE; en tercer y último lugar, el TC mantiene, por el contrario, una

³⁶ *Vid.*, art. 290, el cual incluye ¡quince límites a la reforma!: la independencia y la soberanía del Estado, la forma republicana de gobierno, la separación entre Estado e la Iglesia, los derechos de los trabajadores, de las comisiones de trabajadores y de las asociaciones sindicales, el sistema económico mixto, el sistema electoral proporcional, pluralismo de expresión y participación política, la participación de las organizaciones populares básicas en el ejercicio de la administración local, la división de poderes, la independencia judicial, la autonomía local y la autonomía político-administrativa de Azores y Madeira.

³⁷ *Vid.*, art. 89, sobre la forma republicana de Gobierno.

³⁸ *Vid.*, art. 139 sobre la forma republicana de Gobierno.

³⁹ *Vid.*, art. 79.3 la organización de la Federación en *Länder*, o el principio de la participación de los *Länder* en la legislación, o los principios de dignidad humana y vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales, los fundamentos del orden estatal y el derecho de resistencia.

⁴⁰ *Vid.*, art. 60.4 el cual establece que “No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir: 1. La forma Federal del Estado; 2. El voto directo, secreto, universal y periódico; 3. La separación de los poderes; 4. Los derechos y garantías individuales”.

⁴¹ *Vid.*, art. 248 según el cual: “No podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refieren a la forma y sistema de gobierno, al territorio de la república y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la república.”

⁴² *Vid.*, art. 342, sobre los principios y estructura básica de la Constitución.

⁴³ *Vid.*, art. 441 que establece que se puede enmendar la Constitución siempre que no implique “la estructura fundamental o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma a la Constitución”.

interpretación estrictamente literal del mecanismo de reforma⁴⁴, en la que además confunde límites a la reforma y Democracia militante⁴⁵.

Sin esta confusión⁴⁶ se entendería perfectamente que en nuestro ordenamiento constitucional como en cualquier otro la mayoría tiene el derecho de hacer las modificaciones que considere adecuadas a la Constitución, con o sin el consenso de la oposición, la cual, lógicamente, tiene un papel que jugar dentro del edificio constitucional, que debe ser respetado⁴⁷. Ello es así porque el poder de reforma que nuestro constituyente estableció en los arts. 166 a 169 de nuestra Constitución es un poder constituido (aunque especial) para hacer las modificaciones necesarias para adaptar la Norma Fundamental a la realidad política y social, pero no para disponer de ella⁴⁸, de modo tal que rige la regla de la mayoría. Esto es algo que ni siquiera en una Democracia de tipo consensual puede ser puesto en duda.

La anterior conclusión conduce necesariamente a otra: para evitar que a través del procedimiento de revisión una mayoría pueda tiranizar a una minoría, es necesario que la reforma constitucional esté sometida a los mismos controles políticos (la obligatoriedad de un procedimiento y unas determinadas mayorías) y judiciales (control por parte del Tribunal Constitucional) que el resto de las leyes.

V. NECESIDAD DE UN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA

Nada de particular tiene que muchos autores hayan negado la posibilidad de que el Tribunal Constitucional lleve a cabo un control de constitucionalidad de la reforma⁴⁹ cuando no es sólo ya que muchas veces no se distingue correctamente entre el

⁴⁴ Vid., ATC 9/2012, DDTC 1/1992 y 1/2004, y SSTC 42/2014, 259/2015, 31/2010 113/2008, 48/2003 y 11/1981, entre otras resoluciones.

⁴⁵ Sobre esto, que es menester detenerse aquí, me remito a FONDEVILA MARÓN, M. *La reforma constitucional en España...*, pp. 113 y ss.

⁴⁶ Cfr., RUIPEREZ ALAMILLO, J. “Algunas consideraciones sobre las dificultades existentes en la política y el derecho constitucional español para el entendimiento de la reforma constitucional como una operación jurídica limitada. Especial referencia a alguno de los problemas planteados” En CARBONELL, M; FIX - FIERRO, H; VALADÉS, D (coords). *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, Tomo IV, volumen 2, UNAM, México, 2015.

⁴⁷ En este sentido se pronunció el Profesor P. De Vega, criticando la falta de madurez de nuestra Democracia, en una entrevista el 21 de febrero de 2013 que puede ser consultable a través de internet: www.inap.es/pedro-de-vega-garcia.

⁴⁸ Cfr., RUIPEREZ ALAMILLO, J. Sobre esta, en profundidad, RUIPEREZ ALAMILLO, J. *El título X de la Constitución española de 1978 a la luz de las funciones de la reforma constitucional (un estudio de teoría constitucional en cuanto ciencia conceptual y ciencia práctica)*. VLEX, México 2017.

⁴⁹ Vid., por todos CARPIZO MCGREGOR, J. “El Tribunal constitucional y el control de la reforma constitucional”. *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, nº 125 (2009).

poder constituyente soberano y el poder constituyente constituido de reforma sino que la legitimidad de los Tribunales para anular leyes⁵⁰ emanadas del parlamento⁵¹ ha sido puesta en duda desde el momento en que se planteó tal posibilidad. De hecho, mucho antes de que se estableciese, en *Marbury vs Madison*, la *judicial review*, tanto el Juez Coke en la *Bonhan's case* de 1610 como Hamilton en *The Federalist papers* 78-82⁵², defendían el papel de la jurisdicción como defensora de la Constitución, cayendo el primero de ellos en desgracia mientras que las tesis del segundo no se plasmaron expresamente en la Norma Fundamental americana. Pero cuando además de la distinción anterior se comprende que el Tribunal Constitucional cumple una función política

⁵⁰ El origen de la discusión está, por supuesto, en la obra de C. Schmitt sobre *La defensa de la Constitución*, pero en los años ochenta se popularizó en los Estados Unidos el libro de J. Hart Ely (ELY, J-H. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Harvard University Press Press, Boston, 1980) el cual sostenía, en síntesis, que el Tribunal Supremo debía limitarse, a hora de llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes, a asegurar que todas las fuerzas políticas estuvieran debidamente representadas en el proceso que llevó a la aprobación de la ley, aunque pudieran haber sido derrotadas. Es curioso, sin embargo, que al final de su obra, planteándose un supuesto límite (en concreto, que el Congreso prohibiese de forma extraña, pero sin merma en la representatividad, prohibir las donaciones de vesícula) nuestro autor diga que el Tribunal Supremo debiera anularlo, puesto que eso es preferible que tomar el Congreso, y no admita que dicho ejemplo destruye toda su teoría.

Este libro ha sido muy criticado en España por el Profesor V. Ferrerres, quien con razón afirma que de la idea de Democracia, y del ideal igualitario que subyace tras la obra de Ely, se puede derivar no sólo el principio a no ser discriminado en el proceso legislativo, sino otros derechos sustantivos, fundamentalmente, a la autonomía individual. Por eso sostiene, frente al “procesalismo constitucional” de Ely, la necesidad de un control sustantivo de la constitucionalidad de las leyes basado en la deferencia hacia al legislador, por el que se debe presuponer, salvo en determinadas circunstancias, la constitucionalidad de las leyes (Cfr., FERRERES CONELLA, V. *Justicia Constitucional y Democracia*. 2º ed, CEPC, Madrid, 2012). Su teoría, basada en la Democracia deliberativa de J. Rawls no nos parece acertada por las razones que hemos expuesto en otro lugar, y es que al margen de otras consideraciones creemos que obras como las de Ely y Ferrerres intentan dar una respuesta a las tesis radicales partidarias de la eliminación de la justicia constitucional de autores como J. Waldron, pero al combatir las presentan una justicia constitucional desnaturalizada y debilitada para el importante papel que, sin embargo, le corresponde llevar a cabo (Cfr., para mayor abundamiento, FONDEVILA MARÓN, M. Tolerancia y protección de los Derechos Fundamentales en el marco de una necesaria teoría jurídico-política de la oposición”. En DE PORTO CARVALHO, MH (ed.). *Pluralismo, Democracia e Direitos Fundamentais*. EDUFMA, São Luis, 2016.

Hasta cierto punto, es lógico que el replanteamiento de estas cuestiones se produjese en Estados Unidos porque su Tribunal Supremo, junto con el Tribunal Constitucional de Alemania y el indio, han sido de los más activistas a la hora de anular leyes por inconstitucionales, pero es que, como afirma R. Dworkin, los derechos deben ser entendidos como apelaciones a conceptos morales, de modo que un Tribunal que asume la función de aplicarlos debe ser un Tribunal activista (Cfr., DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Ariel, Madrid, 2012). De hecho, y como indica P. Lucas Verdú: “No cabe duda que, frecuentemente, el Alto Tribunal tendrá que interpretar la Constitución considerando también la realidad constitucional que le circunda, y eso supone una estimación que excede al cotejo técnico-jurídico, porque los elementos que integran esa realidad son, en su mayor parte, también extrajurídicos” (LUCAS VERDÚ, P. *Curso de Derecho Político*. T 4. Tecnos. Madrid, 1984, p. 824).

⁵¹ Téngase en cuenta que ya en uno de los primeros trabajos sobre la reforma constitucional en España el Profesor Hernández Gil afirmaba que no existía, en la práctica del Derecho Comparado, diferenciación del legislativo y órganos constituyentes (Cfr., HERNANDEZ GIL, A. “El cambio político español y la Constitución” en *Obras Completas*. Tomo VII, Espasa Calpe, Madrid, 1988).

⁵² Sus tesis fueron rebatidas por Brutus en los ensayos antifederalistas XI a XV.

consistente en la protección de las minorías⁵³, no existe ninguna razón jurídica para negar a éste la posibilidad de anular reformas constitucionales inconstitucionales.

Por esta razón la mayoría de Tribunales con competencias constitucionales entienden que su función de supremos custodios de la Constitución implica la defensa de ésta de eventuales reformas inconstitucionales⁵⁴. Dicha competencia no resulta en modo alguno conflictiva en aquellos Estados cuyas Constituciones establecen cláusulas de intangibilidad⁵⁵. Cuestión distinta es en aquellos Estados cuya Constitución no establece límites materiales expresos a la reforma, y los supremos custodios constitucionales anulan una reforma constitucional con base en los límites implícitos al poder de reforma, que una vez que son identificados por la jurisprudencia constitucional pasan a ser expresos⁵⁶. Es

⁵³ El Maestro de administrativistas españoles, D. Eduardo García de Enterría, lo explicaba así: “Una de las funciones básicas de la jurisdicción constitucional es la de mantener abierto el sistema, la de hacer posible su cambio permanente, el acceso al poder de las minorías frente a cualquier intento de cierre o congelación de la dominación existente por parte de mayorías más o menos ocasional” (GARCIA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 4ª ed, Civitas, Madrid, 2006, p. 188.

⁵⁴ A este respecto *Vid.*, ROZNAI, Y. *Unconstitutional Constitutional Amendments : the limits of amendment powers*. Oxford University Press, Oxford, 2017; “Unconstitutional Constitutional Amendments — the Migration and Success of a Constitutional Idea -”. *The American Journal of Comparative Law*, v. 61, n 3 (2013).

⁵⁵ Un caso curioso lo constituye Bolivia, cuyo Código Procesal Constitucional de Bolivia incluya un último título, destinado al procedimiento, ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, del procedimiento de consulta sobre la constitucionalidad de la reforma parcial de la Constitución. El aspecto positivo de esta regulación es que confirma lo que hemos dicho en otro lugar acerca de que la reforma constitucional es un mecanismo de defensa de la misma (Cfr., FONDEVILA MARÓN, M. “Perspectivas del Derecho Procesal Constitucional en Latinoamérica” *Revista Peruana de Derecho Público*, año 16 n° 30 (2015)). El aspecto negativo es que en el art. 441 de su Constitución se confunde reforma total y destrucción de la Constitución, que sería aquella que afectase a “sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo”, identificados, pues, como límites a la reforma parcial. No resulta lógico desde el punto de vista político ni jurídico que la elaboración una nueva constitución, y porque el poder constituyente es una *res facti non iuris* esté regulado – al igual que en Venezuela, que constituye un magnífico ejemplo del riesgo que ello comporta - en el texto constitucional.

⁵⁶ Cfr., PEGORARO, L. “Revisión constitucional. El caso italiano en el contexto de la Teoría General y del Derecho Comparado”. *Boletín mexicano de Derecho Comparado*. número conmemorativo, sexagésimo aniversario (2008).

el caso de: Argentina⁵⁷, Bangladesh⁵⁸, Colombia⁵⁹, India⁶⁰, México⁶¹, Perú⁶² y Taiwán⁶³. Incluso en Italia la *Corte Costituzionale* identificó límites materiales a la reforma que no estaban previstos en el art. 139 de la Norma Fundamental⁶⁴.

⁵⁷ En la Sentencia de 19 de agosto de 1999 la Corte Suprema establece el principio de inamovilidad absoluta de los jueces, identificado como límite, por lo que anula una reforma constitucional que establecía su jubilación a los 75 años. En unos términos especialmente duros contra ella se expresa el Profesor S. Díaz Ricci, para quien “La resolución de la Corte declarando inconstitucional un artículo de la reforma constitucional constituye un acto “revolucionario” que rompe la secuencia lógica intrínseca a una reforma constitucional, por cuanto que un órgano constituido ataca el título del cual proviene su propia existencia. No sólo lo amañado de las argumentaciones sino el hecho de que la decisión beneficiaba al propio órgano convierte a este Fallo en un grave precedente de extralimitación de funciones del órgano de control de constitucionalidad al inventar límites implícitos donde no los hay” (DÍAZ RICCI, S. *Teoría de la Reforma Constitucional*. UNAM- U.COMPLUTENSE-Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 769).

⁵⁸ En *Anwar Chowdhury vs. Bangladesh*, en 1989, y citando expresamente la jurisprudencia de la Corte India, la sección de apelaciones de la Corte Suprema declara inconstitucional una reforma que afectaba al control de constitucionalidad.

⁵⁹ Este caso es paradigmático, porque a pesar de que el art. 241.2 de su Constitución establece reduce el control de la reforma a meros vicios de procedimiento, la doctrina de la “sustitución de la Constitución”. La misma consiste, en síntesis, en entender que cuando se produce no una mera reforma, sino una sustitución de la Constitución, la reforma adolece de un vicio formal, puesto que esta última sólo puede ser llevada a cabo por el poder constituyente originario, nunca el poder constituyente derivado, por lo cabe apreciar un vicio de competencia (Cfr., para mayor abundamiento GUASTINI, R, “I limiti intrinseci alla revisione costituzionale nella giurisprudenza colombiana” *Derecho y Debate* n° 21). La doctrina de la sustitución de la Constitución se establece por primera vez en el caso C 551-2003 que, por cierto, cita expresamente el libro sobre la reforma constitucional y la problemática del poder constituyente del Profesor P. De Vega, y se ha venido repitiendo en múltiples sentencias que han declarado inconstitucionales un total de ocho reformas, identificando límites al poder de reforma como la separación de poderes (C- 1040 de 2005, C-141 de 2010 y C-332 de 2017), la supremacía de la constitución (C-1040 de 2005), el principio democrático (C-141 de 2010, C-332 de 2017), el principio de pesos y contrapesos (*checks and balances*) (C-141 de 2010), el principio de igualdad (C-588 de 2009 y C-249 de 2012), el principio de mérito (C-588 de 2009 y C-249 de 2012), el concurso público (C-588 de 2009 y C-249 de 2012), la carrera administrativa (C-588 de 2009 y C-249 de 2012), la institución de la pérdida de investidura (C-1056 de 2012), la prevalencia del interés general sobre el particular (C-1056 de 2012), el deber de los congresistas de actuar en todo momento consultando la justicia y el bien común (C-1056 de 2012), el principio de moralidad pública (C-1056 de 2012), la posibilidad de que los electores controlen la actuación de los elegidos (C-1056 de 2012), la configuración particular que el constituyente asignó a los distintos mecanismos de control de constitucionalidad (C-1056 de 2012), la autonomía e independencia de la rama judicial frente a los otros poderes (C-285 y C-373 de 2016), la democracia deliberativa y la eficacia del voto de los congresistas (C-332 de 2017) (*Vid.*, en profundidad sobre todas ellas RAMRÍREZ CLEVES, G. óp. cit).

⁶⁰ *Vid.*, las sentencias *Golaknath v. State of Punjab* y *Kesavananda Bharati Sripadagalvaru v. State of Kerala and another*, donde establece la doctrina de la “*Basic Structure*” como núcleo irreformable de la Constitución.

⁶¹ Especialmente las acciones de inconstitucionalidad que se produjeron en el 2006 por las reformas que se presentaron en Chiapas, Michoacán y Oaxaca para hacer coincidir las elecciones locales con las federales y que dieron lugar a distintos tipos de modificaciones constitucionales que fueron demandadas en la acción 47/2006 y acumuladas en las acciones 49/2006, 50/2006 y 51/2006 (caso Chiapas); acción de inconstitucionalidad 39/2006 y sus acumuladas 40/2006 y 42/2006 (caso Michoacán) y acción de inconstitucionalidad 41/2006 y su acumulada 43/2006 (caso Oaxaca) en donde se decía que violaba el principio fundamental establecido en la Constitución mexicana de “elección directa” y los principios generales relacionados con el principio democrático y la separación de poderes (*Vid.*, FLORES, I. “Reformas constitucionales: a propósito de los casos de Chiapas, Michoacán y Oaxaca” *Cuestiones Constitucionales*, n° 17 (2007)).

⁶² En 2005, en el caso de la reforma del sistema de pensiones el Tribunal constitucional estableció que era competente de declarar invalidada la reforma constitucional porque violaba los principios básicos de la Constitución y de sus valores democráticos. En este caso indicó que no se trataba de una cuestión política, y que el Tribunal constitucional era el último intérprete y guardián de la Constitución.

En estos casos suele agitarse por alguna parte de la doctrina el fantasma del activismo judicial, sobre todo, si ésta no entiende que no se trata de limitar a un poder constituyente sino a uno constituido. En realidad, se trata de una *renaissance* de las mencionadas suspicacias hacia la jurisdicción constitucional, con su vieja preocupación por la posibilidad de un golpe judicial contrario a la legitimidad del voto popular. Se trata de una posición ingenua puesto que la experiencia demuestra que cuando se perpetua un golpe contra la Democracia se hace desde la política o el ejército, resultando la judicatura ser un simple instrumento⁶⁵, que no siempre garantiza que no se lleven a cabo reformas espurias en el sentido de no acordes a la voluntad popular⁶⁶. De hecho, cuando un dictador político encuentra obstáculos en la judicatura no es extraño que trate de neutralizarla⁶⁷. Los golpes de Estado sólo han procedido a lo largo de la historia del estamento civil o militar, nunca del judicial; lo que, por otra parte, resulta absolutamente lógico si tenemos

Véase opinión 050-2004-AI/Tc, Sentencia número 007-2005-PI/TC y la opinión 009-2005-PI/TC (03.06.2005).

⁶³ En donde el Gran Consejo de Justicia declaró en marzo 24 de 2000 la inconstitucionalidad de la reforma constitucional que limitaba las elecciones del parlamento a una lista cerrada formada por los partidos políticos, porque consideró que dicha reforma destruía la naturaleza de la Constitución, que establece una república democrática en el artículo 1º y la soberanía popular en el artículo 2º, convirtiéndose esta sentencia en una forma de proteger la democracia constitucional frente a la democracia de mayorías.

⁶⁴ En la SCC 1146/1988 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. Igualmente, la Corte india ha definido una “estructura básica” (irreformable) del sistema, que afecta a la parte tercera de la Constitución relativa a los Derechos Fundamentales (*Vid.*, sobre esta Sentencia, RAGONE, S. “El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada” *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 31 (2013)).

⁶⁵ Es lo que ha ocurrido recientemente en Venezuela, donde la dictadura judicial (*Vid.*, al respecto BREWER CARIAS, A. “La consolidación de la dictadura judicial: La sala constitucional, en un juicio sin proceso, usurpó todos los poderes del Estado, declaro inconstitucionalmente un Estado de excepción, y eliminó la inmunidad parlamentaria (Sentencia nº 155 de la Sala Constitucional” que puede consultarse en internet (<http://allanbrewercarias.com/documentos/148-la-consolidacion-la-dictadura-judiciala-sala-constitucional-juicio-sin-proceso-usurpo-todos-los-poderes-del-estado-decreto-inconstitucionalmente-estado-excepcion-elimino-la/>); “El reparto de despojos: la usurpación definitiva de las funciones de la Asamblea Nacional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al asumir el poder absoluto del Estado (Sentencia nº 156 de la Sala Constitucional)” que puede consultarse en internet (<http://allanbrewercarias.com/documentos/149-reparto-despojos-la-usurpacion-definitiva-las-funciones-la-asamblea-nacional-la-sala-constitucional-del-tribunal-supremo-justicia-al-asumir-poder-absoluto-del-estado-sent/>) complementa la dictadura política.

⁶⁶ Así, por ejemplo, cuando en Bolivia se intentó llevar a cabo una reforma constitucional para perpetuar en el poder, en contra de la voluntad del constituyente, al Presidente Evo Morales, esta modificación no supuso reproche alguno por parte del supremo custodio constitucional, pero si fue rechazada en referéndum (*Vid.*, BAGNI, S. *Riforme costituzionali e super-maggioranze parlamentari: per un aggravamento variabile del procedimento di revisione*” En BUTTURINI, D y NICOLINI, M. *Giurisdizione costituzione e potere democraticamente legittimato*, Esi. Napoli, 2017).

⁶⁷ Un ejemplo lo constituye el expresidente de Egipto Morsi, cuando inició su andadura autoritaria tras salir elegido por sufragio universal, aprobó dos decretos que impedían el recurso ante el Tribunal Constitucional tanto de los trabajos de la constituyente como de sus decretos antes de aprobarse la nueva Constitución (*Vid.*, HAIDER-QUERIKA, U. “La Constitución egipcia de 2012. Líneas de desarrollo y prospectiva”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 10 (2012)).

en cuenta que el poder judicial surge, en la división de poderes, como un poder debilitado frente a los poderes legislativo y ejecutivo⁶⁸. Defender su potestad para llevar a cabo un control de la reforma no es sino tratar revertir en parte dicha situación de desequilibrio. A fin de cuentas, las posiciones más beligerantes contra la magistratura procedieron casi siempre de posiciones autoritarias⁶⁹.

VI. CONCLUSIONES.

Tanto en una Democracia mayoritaria como en una consensual (caso de España) rige, aunque con distinta amplitud, la regla de la mayoría. Por eso cuando se comprende la diferencia entre el poder constituyente soberano y el poder constituido de reforma se colige que la mayoría, siempre que cuente con los votos necesarios, tiene el derecho de llevar a cabo, a través del procedimiento constitucionalmente establecido, las modificaciones que considere necesarias para adaptar la Constitución a la realidad política y social, con o sin el consenso de la oposición. Para garantizar que en ese juego democrático de mayorías y minorías la primera no tiraniza a la segunda, ni siquiera mediante la revisión de la Carta Fundamental, resulta imprescindible que el Tribunal con competencias constitucionales tenga la facultad de llevar a cabo un control de constitucionalidad de la reforma.

⁶⁸ Basta recordar que en Europa Montesquieu atribuía a los jueces la facultad, únicamente, de ser la boca de la ley. En los Estados Unidos, en el Federalista nº 78, Hamilton reconocía que: “quien considere con atención los distintos departamentos del poder percibirá que en un gobierno en que se encuentren separados, el judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes. El ejecutivo no sólo dispensa honores, sino que posee la fuerza militar de la Comunidad. El legislativo no sólo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y deberes de todos los ciudadanos. El judicial, en cambio, no influye sobre las armas ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente el discernimiento y que ha de apoyarse en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos”.

Por esta razón el Profesor P. De Vega ha señalado que: “Invocar la teoría de la división de poderes y condenar con ella la posible incidencia del Poder Judicial en la vida del Estado no pasa de ser un recurso ideológico que, por estar parcial e interesadamente empleado, le priva de todo fundamento. Es verdad que un aumento del Poder Judicial implica por obligación una disminución de las atribuciones de los otros poderes del Estado, pero no es menos claro que históricamente el Poder Judicial se ha visto sensiblemente disminuido en sus atribuciones con relación al Legislativo y al Ejecutivo. Acrecentar ahora su influencia, acaso fuera más compensar un tradicional desequilibrio histórico, que establecer ningún tipo de preeminencia” (DE VEGA GARCÍA, P. “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución” en *Estudios político-constitucionales*. IIJ-UNAM, México, 2004, p. 304).

⁶⁹ *Idem*.