

■ **Control de constitucionalidad de las reformas constitucionales: ¿defensa legítima de la democracia a través de un poder contramayoritario?**

ABEL ARIAS CASTAÑO¹

INDICE: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA NECESIDAD DE ESTABLECER UN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES.—III. LOS PROBLEMAS DE SOMETER A UN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES; 1. *Objeciones generales al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales por parte del Tribunal Constitucional*; A) El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales y la división de poderes; B) La supuesta falta de legitimidad democrática del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales por parte del Tribunal Constitucional; 2. *Objeciones específicas al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales por parte del Tribunal Constitucional*; A) La supuesta paradoja lógica del control del poder constituyente-constituido ejercido por un poder jerárquicamente inferior; B) La gran objeción: El potencial cierre jurídico del debate democrático.—IV. LOS DIFERENTES MODELOS DE LIMITACIONES AL PODER CONSTITUYENTE-CONSTITUIDO; 1. *Algunas aclaraciones previas sobre la clasificación propuesta*; 2. *Las limitaciones al poder constituyente-constituido de carácter no material y que no están expresadas como conceptos jurídicos indeterminados*; 3. *Las limitaciones al poder constituyente-constituido de carácter no material pero que están expresadas como conceptos jurídicos indeterminados*; 4. *Las limitaciones al poder constituyente-constituido de carácter material pero que no están expresadas como conceptos jurídicos indeterminados*; 5. *Las limitaciones al poder constituyente-constituido de carácter material ex-*

¹ Este trabajo es una versión extendida y corregida de la Ponencia presentada en el *Congreso Internacional sobre Reforma Constitucional y Defensa de la Democracia* celebrado en Oviedo entre el 28 y el 31 mayo de 2019 y auspiciado por el Proyecto de investigación MINECO-18-DER2017-82196-P, cuyo investigador principal es el Prof. Dr. Benito ALAEZ CORRAL.

presadas como conceptos jurídicos indeterminados; 6. La relevancia de que el control de las reformas constitucionales sea previo o posterior a su posible aprobación.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

En el ordenamiento jurídico español no está previsto en la actualidad que entre las funciones del Tribunal Constitucional se encuentre, al menos de manera directa y expresa², ejercer un control de constitucionalidad sobre los proyectos de reforma constitucionales que puedan tramitarse siguiendo los procedimientos establecidos en los artículos 167 y 168 de la Constitución Española³. Además de existir dudas sobre la propia tramitación parlamentaria que deben seguir las reformas constitucionales⁴, ni la Constitución, ni la LOTC se plantean de forma expresa el problema del control jurisdiccional de un concepto ya clásicamente estudiado por BACHOF en la Lección Inaugural de la Universidad de Heidelberg impartida el 20 de Julio de 1.951 y que, *a priori*, bien parece una contradicción lógica en sus propios términos para la teoría normativista⁵; las conocidas como las reformas constitucionales inconstitucionales⁶.

No regular jurídicamente un problema no implica sin embargo que el mismo no vaya a existir, sino, más bien al contrario, admitir y resignarse a carecer de soluciones normativas frente al mismo. Por ello, dentro de una reflexión teórica sobre el procedimiento de reforma de la Constitución en sí mismo considerado como el que se propone en este volumen

² Véase, no obstante, ATC 9/2012.

³ Analizando las posibilidades que pueden existir dentro de nuestro sistema de jurisdicción constitucional para efectuar un control de esta naturaleza, véase, VILLAVERDE MENENDEZ, I., «El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales ¿Un oxímoron constitucional?» en: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 483 y ss.

⁴ Véase, por ejemplo, GOMEZ LUGO, Y., «La tramitación de la reforma constitucional mediante procedimientos legislativos abreviados: un problema de límites procedimentales», en: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, 2019, pp. 389-419.

⁵ Este pionero trabajo del profesor O. BACHOF ha sido traducido al castellano por el prof. L. ALVAREZ ALVAREZ. (BACHOF, O., ¿Normas Constitucionales inconstitucionales?, Palestra, Lima, 2008). Por su parte, para un análisis normativista y en clave de polimorfismo constitucional de esta construcción véase PFERSMANN, O., «Reformas constitucionales inconstitucionales: Una perspectiva normativista», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 99, 2013, pp. 17-60.

⁶ Como referencia básica sobre el debate teórico actual sobre esta construcción dogmática y jurisprudencial, véase ROZNAI, Y., *Unconstitutional Constitutional Amendments: The limits of Amendments Powers*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

colectivo, y habida cuenta de la existencia en el Derecho Constitucional comparado de cada vez más ejemplos de ordenamientos en los que su Tribunal Constitucional asume esta competencia de control sobre el ejercicio del poder de reforma constitucional⁷, se plantea la necesidad objetiva de realizar algunas reflexiones sobre esta facultad revisora (y en su caso correctiva) atribuible al supremo intérprete de la Constitución de las potenciales extralimitaciones en que el poder constituyente-constituido pueda incurrir.

La perspectiva de análisis de este trabajo no va a ser, sin embargo, la de delinear las características procesales de este control jurisdiccional, es decir, la de establecer las pautas o líneas maestras que los concretos procedimientos de jurisdicción constitucional que pueden arbitrarse deben incorporar, sino plantear algunas cuestiones y objeciones previas más generales que, desde el seno de la misma teoría democrática, la propia construcción del control jurisdiccional de un eventual proyecto de reforma de la Constitución genera. El objeto de este trabajo es, en tal sentido, advertir e indagar sobre lo que según la tesis que se defenderá en el mismo representa una sutil paradoja constitucional. Con ello nos referiremos a la contradicción y tensiones de tipo conceptual que surgen con el establecimiento de un instrumento tan necesario como problemático en cuanto a su justificación teórica se refiere como el del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales por parte de un órgano, como el Tribunal Constitucional, cuyos miembros no son elegidos directamente a través de un proceso electoralista por los ciudadanos⁸. En otras palabras, a la paradoja intrínseca que se deriva de que el control del poder constituyente-constituido sea desarrollado por parte de un poder de naturaleza contra-mayoritaria.

⁷ ALBERT, R., «How a Court becomes Supreme: Defending the Constitution from unconstitutional amendments», en: *Maryland Law Review*, vol. 77, 2017, p. 183.

⁸ El objeto de este estudio será la problemática democrática que plantea el control de constitucionalidad de *todas* las reformas constitucionales que puedan potencialmente plantearse. Por tanto, el trabajo se incardina en la tercera de las categorías de la distinción propuesta por R. ALBERT entre (a) sistemas de control de constitucionalidad de las reformas que se refieran estrictamente a las normas constitucionales sobre los procedimientos de reforma en sí mismo considerados; (b) sistemas en los que se distingue entre la reforma y la sustitución de la Constitución y (c) sistemas de control de la constitucionalidad de todas las reformas constitucionales. Véase ALBERT, R., «Amending Constitutional Amendment Rules», en: *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, 2015, p. 682.

II. La necesidad de establecer un control de constitucionalidad de las reformas constitucionales

La primera de las dos premisas en las que se sustancia la aparente paradoja que se describe en este trabajo consiste en que el establecimiento de un control jurisdiccional de control de las reformas constitucionales es una exigencia en cierta medida ineludible de un ordenamiento constitucional⁹. Realmente la propia diferenciación conceptual clásica entre el poder constituyente originario y el poder de reforma constitucional —esto es, lo que en estas páginas denominaremos el poder constituyente constituido— nos sitúa ya ante las razones que convierten en necesario para un ordenamiento constitucional establecer un control de la constitucionalidad de los procedimientos de reforma constitucional establecidos y previstos en su norma jurídica suprema. Frente al carácter originario, completamente fáctico (*res facti non iuris*) e ilimitado del poder constituyente primario, el poder constituyente-constituido se configura como un poder estrictamente jurídico y derivado en tanto que creado por la Constitución en la que encuentra el propio fundamento de su existencia y los límites a su ejercicio¹⁰.

El poder constituyente-constituido no se diferencia en tal sentido del resto de poderes constituidos (y particularmente del poder legislativo) nada más que por la característica de la rigidez y por la específica y especializada función (reforma de la Constitución) que tiene atribuida dentro del ordenamiento¹¹ y, consecuentemente, como esos otros pode-

⁹ Evitar que el respeto de las cláusulas de intangibilidad no dependa de la mera voluntad política, la subordinación de las leyes de reforma a los principios fundamentales o considerar la *judicial review* como uno de los elementos de la estructura básica del sistema constitucional son diferentes argumentos en que se han fundamentado los Tribunales Constitucionales de países como Alemania, Italia o Perú para justificar el realizar un efectivo control material de las reformas constitucionales, aunque el mismo no se encuentre expresamente previsto entre sus funciones. Tales argumentos son expuestos y analizados en RAGONE, S., «El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada», en: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, pp. 385-406.

¹⁰ Sobre esta distinción entre poder constituyente y poder constituyente-constituido, véase, por ejemplo, REQUEJO PAGES, J. L., «El poder constituyente constituido: La limitación del soberano», en: *Fundamentos: Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, núm. 1, 1998, pp. 361-380.

¹¹ Sobre los esfuerzos dogmáticos para diferenciar dentro del pensamiento político y constitucional comparado el poder de reforma constitucional y el poder legislativo en torno a las ideas de flexibilidad y rigidez, véase FERNANDEZ SARASOLA, I., *La reforma constitucional: Pasado, Presente y futuro*, Trea, Gijón, 2019, pp. 80-98.

res debe ser sometido a un control jurisdiccional de constitucionalidad para, por un lado, no desvirtuar la normatividad de la Constitución (su propia consideración como norma jurídica) y, por otro, su supremacía dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico. Y es que la inexistencia de este control implicaría —*sensu contrario*— que las eventuales extralimitaciones en el ejercicio del poder de reforma constitucional y, por tanto, la potencial conculcación de los límites ya materiales, ya temporales ya orgánico-procedimentales a su ejercicio establecidos por el texto constitucional careciesen de consecuencias jurídicas. Convertiría, en definitiva, a las normas constitucionales que regulan los procedimientos y límites de su reforma en meras disposiciones declarativas. Y con ello en disposiciones dudosamente normativas y de las que de una manera incluso más dudosa aún se podría predicar su nota de supremacía jerárquica¹².

A la misma conclusión sobre la necesidad de que en un ordenamiento constitucional se establezca un control jurisdiccional efectivo que garantice que los procedimientos de reforma de la Constitución se realicen conforme a las reglas y limitaciones establecidas en el propio texto constitucional se llega desde otras premisas y perspectivas de análisis diferentes a la propia normatividad y supremacía de la Constitución. Así, por ejemplo, desde una perspectiva estrictamente democrática, controlar y evitar que la Constitución pueda ser reformada *extra ordinem*, esto es al margen o incumpliendo los procedimientos y límites establecidos para ello por el propio texto constitucional es una garantía para las minorías (y sus derechos) frente a las eventuales mayorías políticas imperantes en cada momento¹³. Es, asimismo, una garantía para el mantenimiento del sistema derechos fundamentales que la Constitución pueda contener y, en última instancia, para la propia estabilidad normativa y temporal del sistema democrático consagrado por el texto constitucional¹⁴.

¹² El argumento es, por ello, en último término vincular la necesidad del control de constitucionalidad de las reformas con la supremacía de la Constitución más que con la supremacía del Tribunal Constitucional, como, por ejemplo, R. ALBERT ha propuesto. (ALBERT, *op. cit.*, nota 7, p. 181 y ss).

¹³ Sobre esta función protectora de las minorías y de sus derechos del control de constitucionalidad, véase, ZURN, C.F., *Deliberative democracy and the Institutions of Judicial Review*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 32-38.

¹⁴ Frente a esta concepción que concibe el procedimiento como una garantía para las minorías, un señero ejemplo de propuestas doctrinales que defienden la legitimidad democrática de las reformas constitucionales *extra ordinem* se encontraría en la teoría del *Higher Law-*

III. Los problemas de someter a un control de constitucionalidad las reformas constitucionales

El propio ejercicio de las funciones más clásicas y generales del Tribunal Constitucional en el control de la supremacía de la Constitución respecto a la ley, y por tanto, en el control de la constitucionalidad de las normas con rango de ley no ha estado exento de controversia en la doctrina constitucionalista comparada, y particularmente norteamericana¹⁵, siendo el mismo un debate no concluso¹⁶. En el fondo se plantea en este trabajo si los problemas de fundamentación teórica de someter a un control de constitucionalidad los posibles proyectos de reforma de la Constitución por parte de un órgano como el Tribunal Constitucional son análogos conceptualmente a los que plantea someter a un control de constitucionalidad a las normas de rango legal o si, al contrario, las potenciales limitaciones que el Tribunal Constitucional puede establecer sobre el poder de reforma constitucional requieren, por su propia naturaleza, un tratamiento y fundamentación diferentes al que justifica y legítima el control de sometimiento a la Constitución que dicho órgano efectúa sobre la actuación del poder legislativo.

En estas páginas defenderemos la idea de que dicho interrogante debe ser resuelto, en parte, afirmativamente, pero, en parte, también, negativamente. O, dicho de otra forma: que los problemas de fundamentación teórica que plantea el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales son parcialmente coincidentes a los que se han objetado tradicionalmente en relación con la *judicial review* pero también parcialmente diferenciados. De manera que si bien existen algunas objeciones teóricas al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales por parte del Tribunal Constitucional que no son sino una mera traslación de las planteadas en relación con la posible declaración de in-

making de B. ACKERMAN. Véase, al respecto, ACKERMAN, B., *We The People. Volume 2. Transformations*, Harvard University Press, Cambridge, 1998, pp. 3-31.

¹⁵ Valgan como algunas referencias bibliográficas clásicas significativas de tal debate: BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs Merrill Company, New York, 1962 o ELY, J., *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980.

¹⁶ Véase, KRAMER L., *People Themshelves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, Oxford, 2005, o WALDRON, J., «The core of the case against judicial Review», en: *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006, pp. 1346 y ss.

constitucionalidad de las leyes, en cambio, otras adquieren una notoria dimensión cualitativa diferenciada cuando se varía el ámbito de control del Tribunal Constitucional desde el poder legislativo hacia el poder constituyente-constituido. A las primeras las denominaremos en este trabajo «objeciones generales al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales» y a las segundas «objeciones específicas». Unas y otras no deben ser conceptuadas como compartimentos estancos, sino que se encuentran claramente relacionadas entre sí. Siendo las últimas —las específicas— las que a efectos de este trabajo requieren mayor atención se muestra conveniente, no obstante, a efectos expositivos un breve análisis también de las más relevantes de las objeciones generales para un correcto encuadramiento de la *globalidad* del problema de la fundamentación teórica del, por otra parte, como en estas páginas se viene defendiendo, necesario establecimiento de un control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en un ordenamiento democrático.

1. OBJECIONES GENERALES AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) *El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales y la división de poderes*

El argumento a considerar es análogo al que se utiliza, en el plano del control de constitucionalidad de las normas con rango de ley cuando se objeta que el Tribunal Constitucional pueda excederse de su papel de legislador *negativo*, configurado por KELSEN¹⁷, y convertirse en un ilegítimo legislador *positivo*, creador de normas expresivas de la voluntad general y en tal sentido usurpador de una función constitucional reservada en los Estados democráticos a los representantes de los ciudadanos. Así, y en concreto, en el control de constitucionalidad de las reformas

¹⁷ Una traducción al castellano del trabajo clásico de KELSEN en que expone su concepción del legislador negativo ha sido realizada por R. TAMAYO y D. GARCIA BELAUNDE. (KELSEN, H., «La garantía jurisdiccional de la Constitución: La Justicia Constitucional», en: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, 2011, pp. 249 y ss).

constitucionales, el Tribunal Constitucional podría excederse de su función de controlar que los procedimientos de reforma de la Constitución se ajustan a lo establecido en la norma jurídica suprema y convertirse *de facto* en poder constituyente. Podría no limitarse a actuar como un constituyente *negativo* y convertirse en un constituyente *positivo*, detentador ilegítimo de las facultades inherentes a la soberanía. El Tribunal Constitucional abandonaría su rol de intérprete de la norma jurídica suprema y —desmoronando la división de poderes— pasaría a convertirse en un órgano de creación y producción normativa, incluso de rango constitucional.

Lo que sucede es que esta objeción no alcanza verdaderamente a la existencia, en sí misma considerada, en un determinado ordenamiento constitucional de un sistema de jurisdicción constitucional que atribuyera a su Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de las reformas de la Constitución, como al potencial uso patológico o ejercicio desvirtuado que de esta función pudiera potencialmente realizar ese órgano jurisdiccional mutando su función interpretativa de las normas por una función creadora de las mismas. En el fondo, es una objeción a los excesos en que puedan incurrir los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de las funciones que se les atribuyan, pero no al ejercicio ortodoxo, contenido o adecuado de las mismas. Y es una objeción que en el ámbito del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales puede corregirse o subsanarse de la misma manera que en el plano del control de constitucionalidad de las normas con rango legal: exigiendo y asegurando que la actuación de los órganos jurisdiccionales se efectúe dentro de los cauces de *self-restraint* y sin incurrir en el activismo judicial.

B) *La supuesta falta de legitimidad democrática del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales por parte del Tribunal Constitucional*

En el ámbito del debate constitucional sobre la fundamentación teórica del *judicial review* uno de sus ejes esenciales ha sido en qué medida es compatible con el principio democrático, y su consustancial regla de la mayoría, que las decisiones normativas de los representantes de los

ciudadanos que han sido elegidos por éstos democráticamente sean revisadas por un órgano cuyos miembros carecen de ese refrendo y legitimidad electiva¹⁸. Un problema u objeción que se puede naturalmente extrapolar al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales por parte del Tribunal Constitucional.

De hecho, las sombras de la falta de legitimidad democrática de un órgano contra-mayoritario para enjuiciar las decisiones de la mayoría se yerguen incluso con mayor intensidad en ese ámbito de la reforma constitucional en la medida en que, por la propia rigidez de los textos constitucionales, la mayoría política y social potencialmente «afrentada»—frustrada en sus pretensiones de reforma constitucional— por un pronunciamiento de naturaleza jurisdiccional que declare su no conformidad con la Constitución será, casi por definición, una mayoría cualificada y por tanto *cuantitativamente* superior a la exigida para la aprobación y modificación de las leyes. Y, más aún, en la medida en que no es infrecuente que en los procedimientos de reforma constitucional se exija como uno de sus requisitos esenciales un pronunciamiento y aprobación directa por parte de la ciudadanía del proyecto de reforma constitucional (a través de un referéndum) los reparos que desde una teoría democrática se pueden realizar a la intervención obstativa y potencialmente anuladora por parte un órgano de naturaleza contra-mayoritaria en el procedimiento adquieren no solo una mayor envergadura cuantitativa sino también incluso *cualitativa*. ¿Puede considerarse que el Tribunal Constitucional está democráticamente legitimado para impedir que una mayoría cualificada de los ciudadanos reformen la Constitución? ¿Es democrático que la validez de una reforma de la Constitución pueda depender del criterio de un órgano jurisdiccional técnico como el Tribunal Constitucional y que el mismo pueda no coincidir con la voluntad de la mayoría?

¹⁸ Por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso de *Bridges v. California* se auto-impuso *self-restraint* en el ejercicio de sus funciones en torno a precisamente este argumento: «*Los ciudadanos de California han atribuido a los Tribunales la competencia, de impartir justicia y de que se asegure su independencia en esta tarea. Si los ciudadanos de California tuvieran una voluntad distinta... sería fácil para ellos conseguir que así fuera. Existen a su alcance mecanismos efectivos para reformar sus Leyes. Sin embargo, aquí estamos nosotros decidiendo por ellos, a más de tres mil millas de distancias, sin ningún conocimiento profundo ni de sus costumbres ni de sus necesidades*» [*Bridges v. California*, 314 U. S. 252 (1941)].

El planteamiento de esta objeción democrática al control de constitucionalidad de las reformas de la Constitución por parte de un órgano jurisdiccional como el Tribunal Constitucional es sugestivo, pero, en último término, falaz. Porque solo un falso silogismo lleva a concluir que el que los magistrados del Tribunal Constitucional no sean elegidos por los ciudadanos lo convierta en un órgano carente de legitimidad democrática. A partir de la diferenciación entre la legitimidad democrática de origen y la de ejercicio es posible construir una plena legitimidad democrática del Tribunal Constitucional fundamentada en su creación y regulación por la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico y democrático (la Constitución)¹⁹. Es en esa circunstancia con la que en último término se debe vincular la atribución del calificativo de «democrático» a un determinado órgano. Y no en el dato más secundario del sistema de selección de los miembros que lo integran.

Por otro lado, que los miembros del Tribunal Constitucional no sean elegidos directamente por los ciudadanos a través de un proceso electoralista no implica que la regla de la mayoría sea ajena a la composición, organización y funcionamiento de este órgano constitucional. El propio caso del Tribunal Constitucional español nos proporciona varios ejemplos que corroboran esta afirmación. Así, en primer lugar, sus miembros serán elegidos por los representantes de las mayorías políticas y además por mayorías cualificadas²⁰. Además, el propio Tribunal para la adopción de sus decisiones se regirá por la opinión concurrente de la mayoría de sus magistrados²¹. Desde un punto de vista negativo, pero corroborando también este corolario, en sus pronunciamientos y para declarar contraria a la Constitución una norma con rango legal o, en su caso, una reforma de la Constitución, el Tribunal Constitucional

¹⁹ GARCIA MARTINEZ, M. A., «El Tribunal Constitucional. De la legitimidad de origen a la legitimidad de ejercicio» en: *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Comunidad de Madrid*, núm. 21, 2009, p. 120-121.

²⁰ En concreto, y de conformidad, con el artículo 159.1 de la CE: «*El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial*».

²¹ Así lo establece el artículo 90.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional: «*Salvo en los supuestos en los que esta Ley establece otros requisitos, las decisiones se adoptarán por la mayoría de los miembros del Pleno, Sala o Sección que participen en la deliberación. En caso de empate, decidirá el voto del Presidente*».

deberá desmontar argumentativamente la presunción de validez con la que en nuestro ordenamiento se enviste y privilegia a las decisiones normativas de la mayoría. El Tribunal Constitucional no desarrolla sus funciones de esa manera en un ordenamiento equidistante valorativamente sobre la constitucionalidad o no de los actos normativos que debe enjuiciar sino en un ordenamiento que, como ya hace más de un siglo James THAYER fundamentara en relación con el ordenamiento norteamericano²², parte de la premisa de que los pronunciamientos normativos de la mayoría se deben presumir *iuris tantum* válidos y conformes a la Constitución.

2. OBJECIONES ESPECÍFICAS AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) *La supuesta paradoja lógica del control del poder constituyente-constituido ejercido por un poder jerárquicamente inferior*

Si el poder constituyente originario, el poder constituyente-constituido y los poderes constituidos (en términos generales y simplificados poder ejecutivo, poder legislativo, poder judicial) se conciben en términos jerárquicos y jerarquizados y se atribuye al poder de reforma constitucional, un escalón intermedio entre el poder constituyente originario y los poderes constituidos, en esa hipotética estructura piramidal, surge la objeción (y en definitiva la paradoja lógica) de cómo explicar que un órgano (Tribunal Constitucional) encuadrable en el ámbito de los poderes constituidos jerárquica y lógicamente inferiores pueda tener entre sus funciones y cometidos el control y —en su caso— expulsión del ordenamiento jurídico de actos normativos producidos por un poder jerárquicamente superior como sería el poder de reforma constitucional²³. ¿El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales desarrollado por el Tribunal Constitucional no estaría, desde esta perspectiva interpretativa, afectado por un vicio competen-

²² THAYER, J. B., «The origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law», en: *Harvard Law Review*, vol. 7, 1893, pp. 129 y ss.

²³ ROZNAI, *op. cit.*, nota 6, pp. 187-188.

cial de origen, vinculado con la inviabilidad racional de que, incoherentemente, es el órgano inferior el que controla la actuación del superior y no a la inversa?

Ciertamente, y si se asume esa visión jerarquizada entre los conceptos analizados, parece que así es. Existe, sin embargo, una sencilla contra-argumentación frente a esta aparente paradoja lógica consistente en negar y rechazar la propia premisa o presupuesto que la produce. Realmente, la relación entre el poder constituyente-constituido y los poderes constituidos no debe establecerse en relación con el principio de jerarquía. El poder de reforma constitucional no debe conceptuarse como jerárquicamente superior al resto de poderes constituidos. Ambos tienen —en realidad— su fundamento y límites en la Constitución a la que se encuentran, por igual, sujetos y subordinados. Ambos son poderes jurídicos, limitados y derivados que se diferencian únicamente entre sí por la función que dentro del ordenamiento constitucional se les ha atribuido. Y por específica y esencial que la función de reformar la Constitución pueda ser (y ciertamente lo es), no, por ello, adquiere un estatus de prevalencia jerárquica sobre el resto de funciones y poderes creados por el texto constitucional. En definitiva, la aparente aporía de un órgano inferior que controla a un órgano superior decae cuando las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el poder de reforma constitucional no se configuran desde el prisma de la jerarquía sino desde una perspectiva estrictamente funcional.

B) *La gran objeción: El potencial cierre jurídico del debate democrático*

Uno de los argumentos más utilizados frente a los detractores de la *judicial review* que la conciben como un supuesto instrumento silenciador de los anhelos normativos de la mayoría es que cuando el Tribunal Constitucional declara inconstitucional una ley por no ser la misma conforme con la Constitución, la mayoría social o política promotora de dicha ley dispone, en todo caso, de un cauce alternativo para que sus pretensiones se conviertan en norma jurídica: reformar la Constitución por los procedimientos en ella establecidos de manera que se elimine de la norma jurídica suprema la incompatibilidad for-

mal o material que ha determinado la declaración de inconstitucionalidad de dicha ley²⁴. Desde ese prisma, la revisión de la constitucionalidad de las normas con rango legal no representa, en sí misma considerada, la eliminación del debate democrático de ninguna idea u opción; sino únicamente, en su caso, la bifurcación del procedimiento (hacia la reforma de la Constitución) que debe seguirse para que los contenidos expresados en la norma declarada inconstitucional se conviertan en Derecho válido²⁵.

Cuando la intervención y el control del Tribunal Constitucional se efectúan en el plano de la propia reforma de la Constitución, el razonamiento expresado anteriormente requiere, en cambio, algunas matizaciones o precisiones. Por un lado, si la declaración de inconstitucionalidad de una reforma de la Constitución tiene su fundamento en el incumplimiento de algún límite orgánico-procedimental o temporal establecido en el texto constitucional los promotores de dicha modificación de la Constitución continúan disponiendo, efectivamente, de un cauce procedimental alternativo. Pueden tramitar otra reforma de la Constitución que subsane el vicio competencial, procedimental o temporal en que haya incurrido la reforma de la Constitución frustrada. La posibilidad de reformar la Constitución se bifurca y, en su caso, se retrasa, pero no se cierra. Continúa abierta. En cambio, cuando la Constitución contiene cláusulas de intangibilidad, contenidos irreformables, cuando, en otras palabras, el poder constituyente originario ha establecido e impuesto límites materiales al poder de reforma constitucional, el fallo del Tribunal Constitucional que declara una reforma de la Constitución inconstitucional crea una realidad cualitativamente diferente. La posibilidad de convertir sus anhelos en norma queda jurídicamente clausurada con carácter definitivo para la mayoría. Determinadas ideas o postulados quedan desterrados y desechados del debate democrático. Y al Tribunal Constitucional se le asigna nada más ni nada menos que la aparentemente antidemocrática función de declarar frente a la mayo-

²⁴ Como ha expuesto FERRERES COMELLA este argumento evapora la objeción en sistemas en que la Constitución sea flexible pero, en cambio, es menos convincente en tanto en cuanto el procedimiento de reforma constitucional es más rígido. (Véase FERRERES COMELLA, V., *Justicia Constitucional y Democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2ª edición, 2007, pp. 44-45.

²⁵ ROZNAI, *op. cit.*, nota 6, pp. 193-196.

ría esta clausura de la democracia hacía sus expectativas de reforma de la Constitución.

Aquí parece estar la raíz de la gran objeción y del problema de fundamentación teórica de más difícil solución que el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales por parte del Tribunal Constitucional genera. Aquí es donde surge y adquiere pleno sentido la paradoja que se quiere describir en este trabajo y que se cierne sobre el tan «necesario» como al mismo tiempo «problemático», desde un prisma democrático, control de constitucionalidad de las reformas constitucionales por parte del Tribunal Constitucional. El modelo parece estallar, realmente, cuando las legítimas pretensiones de promover un cambio constitucional de la mayoría quedan arrinconadas en un callejón sin salida jurídico. Sin embargo, en el propio diagnóstico y descripción del problema encontramos ya las claves de su posible solución. El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales ejercido por parte de un órgano de la naturaleza y características del Tribunal Constitucional no es en sí mismo antidemocrático pero determinadas concreciones de tal función, condicionadas por la manera en que se hayan configurado en dicho texto constitucional los límites al poder de reforma constitucional, sí pueden ser de difícil fundamentación y justificación desde el prisma de la teoría democrática. Para encuadrar y explicar más detalladamente esta idea se muestra conveniente en todo caso presentar diferentes categorías entorno a los diferentes modelos de limitaciones al poder constituyente-constituido que se pueden establecer por parte de un texto constitucional.

IV. Los diferentes modelos de limitaciones al poder constituyente-constituido

1. ALGUNAS ACLARACIONES PREVIAS SOBRE LA CLASIFICACIÓN PROPUESTA

La propuesta contenida en este trabajo se realiza desde la perspectiva metodológica de una lógica gradualista²⁶, esto es, pretendiendo un

²⁶ Sobre las lógicas gradualistas, *fuzzy* o difusas en el campo del análisis de los problemas jurídicos, véase, con carácter general, PEÑA GONZALO, L., *Introducción a las lógicas no-clásicas*, UNAM, México, 1993.

análisis del problema en clave de *borrosidad*²⁷. Frente a un enfoque de tipo estrictamente binario en el que se planteen únicamente dos alternativas: Incorporar en el ordenamiento un sistema de control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, o no hacerlo, la propia realidad del Derecho Constitucional comparado nos enfrenta a una mayor complejidad en el tratamiento de la cuestión derivada de la existencia de un notable y evidente polimorfismo constitucional en la configuración que las diferentes Constituciones realizan al regular el ejercicio del poder de reforma constitucional y sus límites. Las objeciones que desde la propia teoría democrática se pueden realizar al sometimiento de un control jurisdiccional de las reformas constitucionales no son universales ni unívocas sino, al contrario, contingentes y variables; y dependen notablemente de la manera en que cada ordenamiento constitucional aborda el establecimiento de límites jurídicos a la reforma de la Constitución.

Enfatizando esta importante premisa de partida, y asumiendo que la que se propone no es sino una más de las diferentes clasificaciones que pudieran realizarse se plantea tomar en cuenta dos variables acumulativas en la definición de los diferentes modelos. La primera tiene que ver con la propia naturaleza de los límites que cada Constitución establece. Y concretamente, si los mismos son únicamente de tipo orgánico-procedimental o temporal o si, en cambio, en la Constitución se establecen cláusulas de intangibilidad de tipo material. Y ello desde la constatación de que entre unos y otros existe una importante diferencia cualitativa, pues mientras que los primeros, al menos en principio²⁸, no obstan que cualquier contenido pueda ser incorporado al texto constitucional en los límites materiales es en relación a los cuales concurre frontalmente la objeción del potencial cierre del debate jurídico democrático.

²⁷ Un ejemplo de las posibilidades aplicativas de este concepto y enfoque metodológico en el ámbito del Derecho Constitucional, y en particular sobre la categoría de la soberanía, puede verse en BASTIDA FREIJEDO, F. J. «La soberanía borrosa: La democracia», en: *Fundamentos: Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, núm. 1, 1998, pp. 381-460.

²⁸ El matiz es importante porque algunos límites al poder de reforma constitucional *formalmente* calificables como límites orgánico-procedimentales o temporales pueden ser *materialemente* auténticas cláusulas de intangibilidad encubiertas. Tal hecho puede acontecer, por ejemplo, si se establece que una Constitución no puede ser reformada durante un larguísimo período de tiempo o si el procedimiento al que se condiciona la reforma es prácticamente de imposible cumplimiento al, por ejemplo, exigirse la regla de la unanimidad.

La segunda de las variables, por su parte, está relacionada con la idea de la controvertibilidad²⁹ que el potencial pronunciamiento del Tribunal Constitucional puede generar entre la mayoría y su posible mensurabilidad, aunque sea de manera parcial e indirecta. Y aunque la controvertibilidad es una noción, en sí mismo, *borrosa* y que depende de muchos, variados e interconectados factores en la que se debería profundizar proyectando sobre la misma simultáneamente varios criterios definidores, se propone como un primer acercamiento a la cuestión, aunque sea simplificador de un problema notoriamente más complejo, diferenciar categorialmente entre aquellos supuestos en los que el límite al poder constituyente-constituido se expresa como un concepto jurídico indeterminado y aquellos en los que no. Tratando con ello de poner de manifiesto como la *problemática* intervención del contra-mayoritario Tribunal Constitucional en el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales no es necesariamente de la misma naturaleza ni de la misma intensidad en todos los casos sino que es, en último término, directamente proporcional a cómo haya quedado de abierta a la interpretación jurisdiccional dentro del texto constitucional el establecimiento del límite ya temporal, ya orgánico-procedimental, ya incluso material a la reforma de la Constitución.

2. LAS LIMITACIONES AL PODER CONSTITUYENTE-CONSTITUIDO DE CARÁCTER NO MATERIAL Y QUE NO ESTÁN EXPRESADAS COMO CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

En el propio ordenamiento constitucional español vigente, y dentro de los artículos 167 y 168 de la Constitución española, encontramos ejemplos de limitaciones al poder constituyente-constituido de carácter no material y que no están expresadas como conceptos jurídicos indeterminados, sino como reglas en las que el margen de interpretación jurídica que pudiera tener el Tribunal Constitucional en un eventual control de constitucionalidad de las reformas constitucionales es, por la propia configuración que tienen estas normas constitucionales, muy reducido. Las mayorías exigidas en cada uno de los procedimientos de reforma— sim-

²⁹ Esta idea de la controvertibilidad proviene de la noción de J. WALDRON de los «conceptos esencialmente controvertibles» y ha sido tomada de FERRERES COMELLA V., *op.cit.*, nota 24, pp. 27-30.

ple y agravado—, el carácter potestativo del referéndum y el presupuesto habilitante para que el mismo deba celebrarse cuando resulta de aplicación el artículo 167 o, en cambio, el carácter preceptivo del referéndum establecido cuando la reforma constitucional debe ser tramitada por el procedimiento establecido en el artículo 168 son algunos ejemplos de los supuestos encuadrables en esta categoría.

En relación a estos casos, poco significativa es la controversia que puede plantearse respecto a la legitimación democrática de la actuación del Tribunal Constitucional. Por un lado, cualquier decisión que pueda adoptar este órgano declarando la inconstitucionalidad del procedimiento de reforma articulado por la mayoría política no sitúa a ésta ante la anulación absoluta de su voluntad de reformar la norma suprema, sino únicamente ante la necesidad de subsanar el defecto formal en que el procedimiento haya podido incurrir. Por otro, el carácter *cerrado* en que están configuradas las propias normas constitucionales reduce a lo estrictamente necesario el ámbito interpretativo del Tribunal Constitucional y, con ello, la controvertibilidad que la propia sentencia pueda generar.

En este modelo de configurar las limitaciones al poder constituyente-constituido, la posible declaración de inconstitucionalidad de la reforma constitucional se anuda de manera más directa a la voluntad expresada por el poder constituyente originario —del que el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete— que a una voluntad autónoma y propia del órgano contra-mayoritario que, inapropiadamente mutase su función interpretativa de las normas constitucionales, por una errática función creadora de las mismas. En estos casos, el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales no parece, en definitiva, producir, al menos, en abstracto, distorsiones adicionales o diferentes, desde la perspectiva democrática, a los que se pueden plantear en relación con el control de constitucionalidad de las normas con rango de ley.

3. LAS LIMITACIONES AL PODER CONSTITUYENTE-CONSTITUIDO DE CARÁCTER NO MATERIAL PERO QUE ESTÁN EXPRESADAS COMO CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.

Cuando en el artículo 168 de la Constitución española se establece que se tramitarán por el procedimiento agravado descrito en ese precepto las re-

formas de la Constitución que «afecten» al Título Preliminar, a la Sección Primera del Capítulo II del Título I, o al Título II se está configurando un límite al poder constituyente-constituido de carácter no material pero expresado en torno a un concepto jurídico indeterminado; el de la *afectación*, sobre cuya interpretación carecemos de jurisprudencia constitucional³⁰. También, y sin abandonar el ordenamiento constitucional español, se encuadraría, en el fondo, dentro de esta categoría el ya clásico problema³¹. — aunque en este caso más que por un concepto jurídico indeterminado el problema surge realmente de una indeterminación del texto constitucional— de conforme a qué procedimiento debe reformarse el artículo 168 de la Constitución³².

La existencia de conceptos jurídicos indeterminados (y también de indeterminaciones) es inevitable en cualquier norma del ordenamiento, y particularmente, en su norma suprema, pero su discernimiento por parte del Tribunal Constitucional en un potencial control de constitucionalidad de las reformas constitucionales resulta particularmente delicado. La línea que puede separar que el Tribunal Constitucional actúe en su legítimo rol de supremo intérprete de la Constitución o, incurriendo en activismo judicial, como un constituyente *positivo* que sustituya al poder constituyente originario es en estos supuestos particularmente sinuosa y frágil. La legitimidad democrática de la actuación del Tribunal dependerá, naturalmente, de la manera en la que consiga transitar — sin desvirtuar su naturaleza y funciones meramente interpretativas— por arenas tan movedizas. No es algo que pueda, por tanto, ser determinado *a priori* o en términos absolutos en un sistema democrático sino tan solo a partir de las propias actuaciones que realice el órgano contra-mayoritario. La controvertibilidad que la mayoría política puede predicar de las sentencias y decisiones del Tribunal Constitucional no es, por ello, una línea roja que, por insalvables razones democráticas, deslegitime que un órgano jurisdiccional pueda efectuar un control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. Pero si que debe ser una importante advertencia que imponga una especial exigencia

³⁰ ALAEZ CORRAL, B., «El procedimiento de reforma constitucional. Cuarenta Años Después», en: PUNSET BLANCO, R.; ALVAREZ ALVAREZ, L., (Coords), *Cuatro décadas de Constitución normativa (1978-2018): Estudios sobre el desarrollo de la Constitución Española*, Civitas-Thompson Reuters, Cizur Menor, 2018, p. 655.

³¹ Entre la bibliografía sobre este tema véase, la clásica explicación de este problema lógico en DE OTTO, I. *Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 65-68.

³² ALAEZ CORRAL., *op. cit.*, nota 30, pp. 657-658.

de auto-contención interpretativa en las decisiones que por parte del Tribunal Constitucional se pueden adoptar en este ámbito.

Por otro lado, cualquier decisión que pueda adoptar el Tribunal Constitucional en la interpretación de estos límites de carácter no material al ejercicio del poder de reforma constitucional no va a tener como efecto, por la propia naturaleza de los límites temporales u orgánico-procedimentales, una imposibilidad absoluta para la mayoría de acometer la pretendida reforma en la Constitución. Sus expectativas normativas van a poder seguir siendo positivadas en la norma suprema pero a través de un procedimiento diferente al inicialmente seguido. Por eso, desde este punto de vista, las limitaciones al poder constituyente-constituido encuadrables en este modelo o categoría tampoco plantean nuevos escollos teóricos desde la perspectiva democrática a los que caracterizan el debate sobre el control de constitucionalidad de las normas con rango de ley.

En definitiva, en el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales vinculadas a límites al poder constituyente-constituido, de carácter no material, pero expresadas como conceptos jurídicos indeterminados, la legitimidad democrática del Tribunal Constitucional para desarrollar tal función depende de que el mismo no abandone su rol de supremo intérprete de la Constitución para convertirse en un constituyente positivo. Y dada la estructura más abierta de las normas objeto de enjuiciamiento, ello implica que el *self-restraint* inherente a cualquier función de interpretación constitucional debe ser en esta tipología de supuestos mucho más intenso. Pero, no se advierte que existan impedimentos obstativos de tipo democrático que anulen la existencia de un control de constitucionalidad de esta clase de reformas constitucionales ejercido por el Tribunal Constitucional.

4. LAS LIMITACIONES AL PODER CONSTITUYENTE-CONSTITUIDO DE CARÁCTER MATERIAL PERO QUE NO ESTÁN EXPRESADAS COMO CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Al no existir en la Constitución española límites expresos a la reforma de la Constitución de carácter material³³, debemos buscar ejemplos

³³ Para un estudio completo de esta cuestión y de los posibles límites implícitos, véase en ALAEZ CORRAL, B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

en el Derecho Constitucional comparado sobre esta tipología de posibles límites al ejercicio del poder constituyente-constituido. Así, por ejemplo, en la Constitución francesa de 1958 en su artículo 89.5 se establece que «No podrá la forma republicana de gobierno ser objeto de reforma». Es decir, que, *sensu contrario*, se prohíbe reformar la constitución para introducir la monarquía como forma de gobierno³⁴. La forma republicana se configura en este texto constitucional como una infranqueable cláusula de intangibilidad para el poder constituyente-constituido. La prohibición de la monarquía se expresa asimismo de manera directa al margen de la técnica normativa del concepto jurídico indeterminado.

En casos como éste, la potencial intervención del Tribunal Constitucional para declarar contraria a la Constitución una reforma de la misma que pretendiese quebrantar el límite material impuesto al poder constituyente-constituido no parece que, *a priori*, fuera problemática desde la variable del carácter controvertible de la decisión del órgano jurisdiccional. La claridad y rotundidad del límite establecido por la Constitución convertiría realmente en prácticamente un automatismo la función de su interpretación jurisdiccional. En cambio, desde la otra variable que se viene considerando en este trabajo, la frustración de la voluntad de la hipotética mayoría política de cualquier posibilidad de que — siguiendo con el ejemplo— la monarquía pueda ser alguna vez la forma de gobierno de Francia genera distorsiones desde una comprensión formal de la democracia como un procedimiento a través del cual se canalizan y configuran los mecanismos para que las expectativas sociales puedan positivarse en normas jurídicas.

El matiz está sin embargo en que esta distorsión democrática es, en último término, atribuible al propio texto constitucional en sí mismo considerado, esto es al mismo poder constituyente originario en la configuración del modelo de democracia que ha establecido configurando cláusulas de intangibilidad absolutas y completamente vedadas para el poder de reforma constitucional. Y no, en cambio, al Tribunal Constitucional en el ejercicio de su posible (y como venimos defendiendo en estas páginas

³⁴ Prescindimos ahora en el análisis de posibles interpretaciones extensivas que pudieran efectuarse del concepto del republicanismo, y lo equiparamos, simplemente, como un sistema de gobierno de carácter no monárquico. Dichas interpretaciones extensivas nos situarían ya, realmente, ante una cláusula de intangibilidad expresada como un concepto jurídico indeterminado.

necesaria) función del control de constitucionalidad de estas reformas constitucionales. El problema de legitimación democrática no se encuentra en la naturaleza contra-mayoritaria del órgano al que el ordenamiento ha atribuido el ejercicio del control de constitucionalidad sino en realidad, en el origen, en la antinomia democrática que representa que una generación decida, para siempre, que determinadas ideas sean excluidas, sin posibilidad de revisión, del contenido posible de la Constitución. El problema democrático no está en el *sujeto* al que el sistema atribuye la función interpretativa, sino en el propio *objeto* a interpretar.

5. LAS LIMITACIONES AL PODER CONSTITUYENTE-CONSTITUIDO DE CARÁCTER MATERIAL EXPRESADAS COMO CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.

En el artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn, en relación con la noción de la dignidad humana³⁵, encontramos un ejemplo de una limitación al poder constituyente-constituido de carácter material expresada a través de un concepto jurídico indeterminado³⁶. De conformidad, con dicho precepto, por un lado, queda absolutamente prohibida cualquier reforma de la Constitución que pueda menoscabar o afectar el principio de la dignidad humana. Por otro, el concepto de la dignidad humana (y su posible afectación) se articula y configura como un concepto completamente abierto a la interpretación jurisdiccional de un órgano contra-mayoritario.

Es en relación con esta tipología de supuestos en los que el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales por un órgano como el Tribunal Constitucional puede plantear mayores dificultades de legitimidad desde la perspectiva de la teoría democrática. Y ello en la medida en que en los mismos concurren, simultáneamente, las dos variables analizadas en este estudio. La nota, por un lado, del potencial carácter con-

³⁵ Sobre este concepto jurídico de la dignidad humana, véase, con carácter general, GUTIERREZ GUTIERREZ, I., *Dignidad de la Persona y Derechos Fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

³⁶ Establece dicho precepto que «No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20».

trovertible de la decisión jurisdiccional y, por otro, del cierre permanente (y sin alternativas jurídicas) del debate democrático para la mayoría política impulsora del proyecto de reforma de la Constitución. Aunque la propia necesidad de establecer un sistema de control de constitucionalidad de las reformas constitucionales presente un fundamento conceptual análogo en estos sistemas constitucionales al del resto de modelos previamente considerados, en los mismos la atribución de tal función a un órgano de la naturaleza y las características del Tribunal Constitucional se muestra, ciertamente, más compleja, dudosa y problemática particularmente desde una perspectiva democrática.

No es el objeto de este estudio analizar la viabilidad dogmática de configurar en estos modelos constitucionales otras soluciones o alternativas en la definición o atribución del órgano —incluso quizás no necesariamente jurisdiccional³⁷— al que debe encomendarse actuar, parafraseando la metáfora clásica, como guardián o defensor de la Constitución³⁸, cuando lo que se debe controlar es la actuación del poder de reforma constitucional. Dos son, sin embargo, las conclusiones principales que de la propia existencia de esta variada tipología de supuestos se infieren.

En primer lugar, que la respuesta al interrogante principal planteado en este trabajo de si es compatible o no con la teoría democrática atribuir la función de controlar la constitucionalidad de las reformas constitucionales a un órgano como el Tribunal Constitucional no debe resolverse de manera unívoca, sino considerando, necesariamente, el polimorfismo constitucional de los diferentes modelos existentes en el Derecho Constitucional comparado. Y, en segundo lugar, que, entre todos, aquellos modelos en los que los límites al poder constituyente-constituido consistan, de manera simultánea o acumulativa, en cláusulas de intangibilidad de tipo material expresadas, por ejemplo, como conceptos jurídicos indeter-

³⁷ Un ejemplo de estas propuestas no estrictamente jurisdiccionales podría ser el propuesto en el ámbito del sistema constitucional argentino por R. G. FERREYRA de que en el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales intervenga la Corte Suprema, el Congreso Federal y la ciudadanía a través de una consulta popular. Véase, FERREYRA, R. G., *Reforma Constitucional y control de constitucionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2014, p. 21.

³⁸ Sobre la polémica entre KELSEN y SCHMITT sobre si el defensor de la Constitución debe ser el Tribunal Constitucional o el Jefe del Estado, véase DE MIGUEL BARCENA, J.; TAJADURA TEJADA, J., *Kelsen v. Schmitt: Política y Derecho en la crisis del constitucionalismo*, Escolar y Mayo, Madrid, 2018, pp. 215 y ss.

minados son aquellos en los que la potencial intervención de un Tribunal Constitucional puede resultar más compleja y problemática de justificar desde una perspectiva de legitimidad democrática.

6. LA RELEVANCIA DE QUE EL CONTROL DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES SEA PREVIO O POSTERIOR A SU POSIBLE APROBACIÓN

La cuestión de si el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales se articula procedimentalmente *ex ante* o *ex post* a su aprobación no es una cuestión, en absoluto, tampoco intrascendente para la fundamentación de la legitimidad democrática del órgano al que se atribuye tal función de control. No son, ciertamente, supuestos idénticos que el Tribunal Constitucional deba pronunciarse sobre la constitucionalidad de un proyecto de reforma de la Constitución como primer requisito o condición de la tramitación de tal proyecto, qué tal pronunciamiento deba producirse, por ejemplo, cuando la reforma ya ha sido aprobada por la mayoría cualificada exigida de las Cámaras y, en su caso, incluso confirmada, de manera directa, por la ciudadanía a través de un referéndum³⁹.

La propiedad conmutativa consistente en que el orden de los factores no altera el resultado no es, desde luego, aplicable en este ámbito. Para evitar conflictos de esta naturaleza entre la voluntad directa y expresa de la ciudadanía, la de sus representantes y el juicio técnico que sobre la constitucionalidad de la reforma deba potencialmente efectuar un órgano como el Tribunal Constitucional, el control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales debe articularse necesariamente como un trámite previo a la aprobación de la reforma constitucional en sede parlamentaria, o a través de la participación directa de la ciudadanía.

La opción contraria es manifiestamente inadecuada. En primer lugar, desde una perspectiva estrictamente procesal, pues carece de sentido y es

³⁹ Para JIMENEZ CAMPO, por ejemplo, la intervención del Tribunal Constitucional en tales casos carecería de sentido en la medida que la ratificación a través de referéndum, incluso subsanaría los defectos en que pudiera incurrir la reforma constitucional objeto de tramitación. (Véase JIMENEZ CAMPO, J. «Algunos problemas de interpretación entorno al Título X de la Constitución», en: *Revista de Derecho Político*, núm. 7, 1980, pp. 101-102.

completamente ineficiente para un sistema jurídico la realización de trámites complejos e incluso muy costosos económicamente como, por ejemplo, la convocatoria y celebración de un referéndum cuando está pendiente de verificación la viabilidad jurídica o técnica de tal reforma. En segundo lugar, y mucho más importante, desde la perspectiva de la propia legitimidad democrática del Tribunal Constitucional, en la medida en que su carácter contra-mayoritario se acentuaría (innecesariamente), si su intervención tiene como efecto o resultado anular, por contraria a la Constitución, una reforma de la Constitución sobre la que la mayoría ya se ha pronunciado de manera directa y expresa, que si únicamente tiene por objeto un proyecto de reforma en fase inicial de tramitación. Además, y en tercer lugar, si admitiéramos que el control tuviera por objeto una reforma que ya ha sido aprobada, e incluso entrado en vigor, dicha reforma pasaría a tener en sí misma ya rango y naturaleza constitucional generándose una contradicción lógica y jurídica de muy difícil solución por cuanto aquello que es susceptible de posible anulación sería al mismo tiempo, realmente, para el Tribunal su propio parámetro interpretativo. De hecho, si, por ejemplo, la reforma constitucional tuviera por objeto la supresión del Tribunal Constitucional el control de su constitucionalidad le correspondería a un órgano que, por mandato constitucional, ya no existiría realmente.

Siendo como ha quedado expuesto un aspecto con mucha relevancia, esta variable de configurar el control como un requisito *ex ante* o *ex post* no resuelve por sí mismo, ni por completo, el problema de la legitimidad democrática de la participación del Tribunal Constitucional en el control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales. De manera que el que se articule el control por parte del Tribunal Constitucional *ex ante* a la aprobación de la reforma de la Constitución no subsana las objeciones democráticas que se pueden plantear cuando el Tribunal debe pronunciarse sobre un límite al poder constituyente-constituido de carácter material y definido como un concepto jurídico indeterminado.

Resultando, en otras palabras, la variable de que el control de constitucionalidad se efectúe con carácter previo o posterior a que se apruebe la reforma un factor muy importante, el mismo es, verdaderamente, secundario o accesorio respecto de otros más principales como, los propuestos en epígrafes anteriores, consistentes en sí el límite al poder de reforma constitucional tiene un carácter material y por tanto excluye per-

manentemente del debate y discusión democrática una determinada idea, o sí tal límite es expresado como un concepto jurídico indeterminado y con ello se amplían las potenciales facultades interpretativas del Tribunal Constitucional en su concreción.

V. Conclusiones

El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales —y por ende de la actuación del poder constituyente-constituido o poder de reforma de la Constitución— se muestra necesario en un sistema constitucional tanto, desde la perspectiva de la garantía de la normatividad de la Constitución, como de su posición jurídica suprema en el ordenamiento. Desde la perspectiva de la normatividad, para evitar que los preceptos constitucionales, en que se establecen los procedimientos y límites de la reforma constitucional, se conviertan en meras disposiciones declarativas cuyo potencial incumplimiento por parte de las mayorías políticas carezcan de consecuencias jurídicas. Y desde la perspectiva de la supremacía de la Constitución, para asegurar, en último término, la subordinación del poder de reforma constitucional a la norma jurídica suprema del sistema y poder seguir conceptuando tal poder de reforma desde premisas puramente jurídicas y al margen— *sensu contrario*— de postulados meta-jurídicos.

Sin embargo, y a pesar de esta objetiva necesidad, la determinación de *cómo* se debe configurar tal control y en concreto su atribución a un órgano con la naturaleza y las características del Tribunal Constitucional es una cuestión compleja y problemática para la teoría democrática. Y ello, en la medida en qué al convertir en el objeto de enjuiciamiento del Tribunal Constitucional la acción del poder constituyente-constituido se pueden plantear diferentes objeciones relacionadas con la aparente paradoja democrática de que —en último término— sea un órgano contra-mayoritario el que enjuicie y condicione la validez jurídica de la voluntad de un significativo sector de la sociedad de introducir una determinada reforma en la Constitución.

Hay factores como que el control se articule *ex ante* o *ex post* a la aprobación de la reforma de la Constitución con una notable relevancia, en la fundamentación de la legitimidad democrática de la intervención

que, en relación con estos procedimientos, se puede atribuir al Tribunal Constitucional. Sin embargo, es, en primer lugar, el potencial carácter controvertible que puede adquirir el pronunciamiento dimanante del control de constitucionalidad y, en segundo lugar, el qué a partir, y como consecuencia del mismo, no existan disponibles otras opciones, dentro del sistema, para la mayoría para convertir su voluntad de reformar la Constitución en norma jurídica, los elementos o características que se considera pueden representar las mayores críticas democráticas a qué dentro de un ordenamiento jurídico se encargue a un órgano como el Tribunal Constitucional la trascendental función del control de la constitucionalidad de las reformas que se pretendan realizar en la Constitución.

Esos factores nos permiten identificar en los diferentes textos constitucionales distintos modelos de limitar el ejercicio del poder de reforma constitucional. Y esta característica nos impide, al mismo tiempo, proporcionar una respuesta universal al interrogante de si, es o no compatible, con el principio democrático atribuir a un órgano como el Tribunal Constitucional el control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales. No se trata, por tanto, de una cuestión que pueda ser aprehendida desde un esquema de lógica binario, sino que exige un planteamiento gradual o borroso que tome en consideración la forma en qué cada sistema constitucional define y configura los límites a la reforma de la Constitución.

A partir de los parámetros expuestos y considerados en este trabajo, la manera en la que en la actualidad se regula la reforma de la Constitución en el Título X de la Constitución española de 1978 no impide —bajo el fundamento o argumento de una presunta incompatibilidad con el principio democrático— atribuir al Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de las reformas que puedan realizarse de nuestra norma suprema. Por un lado, el hecho de que la mayor parte de las normas que regulan los límites a la reforma de la Constitución se configuren como reglas —y sólo excepcionalmente se expresen a través de conceptos jurídicos indeterminados— reduce el potencial carácter controvertible que las decisiones del Tribunal Constitucional puedan adoptar en este ámbito. Por otro, y sobre todo, la inexistencia de límites materiales expresos a la reforma en nuestro texto constitucional, determina que la mayoría política siempre dispondrá de una vía procedimental alternativa para alcanzar el objetivo de la reforma de la Constitución, si el

cauce inicialmente seguido fuese considerado como inadecuado o incorrecto por parte del Tribunal Constitucional⁴⁰. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional no condiciona, por ello realmente, la posibilidad material de que la Constitución pueda ser reformada en un determinado sentido, sino únicamente el procedimiento que, en su caso, debe seguirse para ello. Y esa potencial apertura infinita procedimental de un texto constitucional a su reforma material es, al contrario de una aparente fragilidad de la democracia⁴¹, la principal y más segura salvaguarda y precaución que un sistema constitucional puede establecer para que un órgano como el Tribunal Constitucional pueda controlar la constitucionalidad del ejercicio del poder de reforma constitucional, sin que la implementación de tal control, ni erosione, ni pueda menoscabar, el principio democrático.

VI. Bibliografía

ACKERMAN, B., *We The People. Volume 2. Transformations*, Harvard University Press, Cambridge, 1998.

ALAEZ CORRAL, B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

—, «El procedimiento de reforma constitucional. Cuarenta Años Después», en: PUNSET BLANCO, R.; ALVAREZ ALVAREZ, L., (Coords), *Cuatro décadas de Constitución normativa (1978-2018): Estudios sobre el desarrollo de la Constitución Española*, Civitas-Thompson Reuters, Cizur Menor, 2018, pp 639 y ss.

ALBERT, R., «Amending Constitutional Amendment Rules», en: *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, 2015, pp 655 y ss.

⁴⁰ Y ello sin perjuicio de las necesarias reformas que pueden efectuarse en el procedimiento de reforma de la Constitución para, por ejemplo, racionalizar los supuestos de reforma por el procedimiento agravado y los requisitos del mismo. ALAEZ CORRAL, *op. cit.*, nota 30, pp. 651-657.

⁴¹ Representa, en definitiva, lo que nos parece un sólido argumento en contra de aquellos que plantean la conveniencia de reformar la Constitución para introducir en la misma, cláusulas de intangibilidad. Un planteamiento de este tipo puede verse en VERA SANTOS, J. M. «La reforma del procedimiento de reforma constitucional en España», en: *Revista de Derecho Político*, núm. 96, 2016, pp. 13-48.

- , «How a Court becomes Supreme: Defending the Constitution from unconstitutional amendments», en: *Maryland Law Review*, vol. 77, 2017, pp. 181 y ss.
- BACHOF, O., *¿Normas Constitucionales inconstitucionales?*, Palestra, Lima, 2008
- BASTIDA FREIJEDO, F. J., «La soberanía borrosa: La democracia», en: *Fundamentos: Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, núm. 1, 1998, pp. 381 y ss.
- BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs Merrill Company, New York, 1962.
- DE MIGUEL BARCENA, J.; TAJADURA TEJADA, J., *Kelsen v. Schmitt: Política y Derecho en la crisis del constitucionalismo*, Escolar y Mayo, Madrid, 2018.
- DE OTTO, I., *Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.
- ELY, J., *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980.
- FERNANDEZ SARASOLA, I., *La reforma constitucional: Pasado, Presente y futuro*, Trea, Gijón, 2019.
- FERRERES COMELLA, V., *Justicia Constitucional y Democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2ª edición, 2007.
- FERREYRA, R. G., *Reforma Constitucional y control de constitucionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2014.
- GARCIA MARTINEZ, M. A., «El Tribunal Constitucional. De la legitimidad de origen a la legitimidad de ejercicio» en: *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Comunidad de Madrid*, núm. 21, 2009, pp. 107 y ss.
- GOMEZ LUGO, Y., «La tramitación de la reforma constitucional mediante procedimientos legislativos abreviados: un problema de límites procedimentales», en: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, 2019, pp. 389 y ss.
- GUTIERREZ GUTIERREZ, I., *Dignidad de la Persona y Derechos Fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- KELSEN, H., «La garantía jurisdiccional de la Constitución: La Justicia Constitucional», en: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, 2011, pp. 249 y ss.
- JIMENEZ CAMPO, J. «Algunos problemas de interpretación entorno al Título X de la Constitución», en: *Revista de Derecho Político*, núm. 7, 1980, pp. 81 y ss.

- KRAMER L., *People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- PEÑA GONZALO, L., *Introducción a las lógicas no-clásicas*, UNAM, México, 1993.
- PFERSMANN, O., «Reformas constitucionales inconstitucionales: Una perspectiva normativista», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 99, 2013, pp. 17 y ss.
- RAGONE, S., «El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada», en: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, pp. 385 y ss.
- REQUEJO PAGES, J.L., «El poder constituyente constituido: La limitación del soberano», en: *Fundamentos: Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, núm. 1, 1998, pp. 361 y ss.
- ROZNAI, Y., *Unconstitutional Constitutional Amendments: The limits of Amendments Powers*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- THAYER, J. B., «The origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law», en: *Harvard Law Review*, vol. 7, 1893, pp. 129 y ss.
- VERA SANTOS, J. M. «La reforma del procedimiento de reforma constitucional en España», en: *Revista de Derecho Político*, núm. 96, 2016, pp. 13 y ss.
- VILLAVERDE MENENDEZ, I., «El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales ¿Un oxímoron constitucional?» en: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 483 y ss.
- WALDRON, J., «The core of the case against judicial Review», en: *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006, pp. 1346 y ss.
- ZURN, C. F., *Deliberative democracy and the Institutions of Judicial Review*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.