

CAPÍTULO DÉCIMO LOS PROCEDIMIENTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL

I. El procedimiento de la reforma	241
1. La importancia del procedimiento	242
2. El procedimiento de reforma en dos Constituciones pre- cursoras	243
A. La reforma constitucional en la Constitución de Es- tados Unidos de 1787	244
B. La reforma constitucional en la Constitución de Cádiz	247
II. Las cuestiones discutidas	248
1. ¿Qué órgano debe hacer las reformas constitucionales?	249
2. ¿Procedimiento único o doble?	252
3. ¿Cuánta rigidez?	254
4. La participación popular	255
A. La iniciativa de reforma	257
B. El referéndum	258

CAPÍTULO DÉCIMO LOS PROCEDIMIENTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL

I. EL PROCEDIMIENTO DE LA REFORMA

Como se dijo al inicio de esta última parte, la vinculación entre reforma constitucional y democracia es notable. Y esa vinculación salta a la vista, sobre todo, en el estudio de los procedimientos formales, de los mecanismos procedimentales concretos a través de los cuales puede realizarse una reforma constitucional.

Por eso se ha escrito, con evidente acierto, que “es en las normas de reforma donde el sistema constitucional se pone a prueba consigo mismo, y donde se valora el contenido y el alcance del propio concepto de Constitución”.⁷⁸⁶ O, como dice Karl Loewenstein, “el material de derecho comparado hasta permite sacar la conclusión de que a partir de la técnica de reforma constitucional aplicada respectivamente, se puede deducir el carácter político del régimen”.⁷⁸⁷ De ese modo, no es difícil constatar, por ejemplo, que es característico de los sistemas políticos autoritarios el que la competencia para iniciar la reforma constitucional se conceda fundamentalmente al Poder Ejecutivo.⁷⁸⁸

Los siguientes párrafos se dedican a estudiar, en primer lugar, la importancia de tales mecanismos procesales. A continuación, se emprende un recorrido breve a través de dos ordenamientos constitucionales que han influido notablemente en la evolución del constitucionalismo occidental. Por último, dentro del apartado dedicado al estudio del procedimiento de reforma, se plantean algunas de las cuestiones abiertas o discutidas que existen dentro del tema.

786 Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 85, p. 81.

787 Loewenstein, *op. cit.*, nota 189, p. 172.

788 Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 85, p. 80.

1. *La importancia del procedimiento*

Si Hans Kelsen pudo sostener, con razón, que “sólo en el caso de una legislación democrática se necesita de disposiciones que regulen el procedimiento legislativo”,⁷⁸⁹ hoy se podría decir, también con razón, que sólo en el caso de una Constitución democrática se necesitan normas que regulen la reforma constitucional.

Más de un siglo antes de que Kelsen escribiera la frase que acaba de citarse, Benjamín Constant ya ponía de manifiesto la importancia de que existieran procedimientos y de que se observaran “las formas”; cuestiones que sin duda pueden aplicarse al tema del procedimiento de la reforma constitucional. En sus *Principes de politique* del año 1815, apuntaba Constant que “lo que preserva de la arbitrariedad es la observancia de las formas. Las formas son las divinidades titulares de las asociaciones humanas, las formas son las únicas protecciones del inocente, las formas son las únicas relaciones de los hombres entre sí. Fuera de ellas todo es oscuro; todo queda entregado a la conciencia solitaria, a la opinión vacilante”.

Más recientemente, Bryce ha señalado que la regulación del procedimiento de reforma constitucional es la parte más importante de cualquier carta fundamental.⁷⁹⁰

La importancia de estudiar no solamente el qué, sino también el cómo —es decir, el aspecto procedimental— de la creación normativa, dentro de la que se encuentra de forma destacada el procedimiento de reforma constitucional, deriva directamente de la concepción del Estado democrático. En esa forma de organización estatal, la Constitución impone ciertos requisitos de publicidad y participación para la creación de determinadas normas. Requisitos que constituyen valores en sí mismos y sin los cuales no pueden ser creadas válidamente; de hecho, por la importancia de los aspectos procedimentales, se ha producido “un nivel progresivo de regulación y de rigidificación de los mismos: la regulación del procedimiento de elaboración normativa es cada vez más detallada y se extiende a un mayor número de tipos normativos”.⁷⁹¹

789 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., nota 13, p. 235.

790 Bryce, *op. cit.*, nota 592, pp. 96-97.

791 Santamaría Pastor, J. A., *op. cit.*, nota 23, p. 361.

En democracia importa no solamente el contenido de las normas, sino también la *forma* en que son creadas y reformadas, y a esa importancia del mismo modo se debe prestar atención la doctrina;⁷⁹² sin que con ello se ignore que la temática de la reforma constitucional encierra cuestiones que trascienden al mero tratamiento procedimental de la cuestión, como ha señalado Pedro de Vega.⁷⁹³

2. *El procedimiento de reforma en dos Constituciones precursoras*

Lo que la reforma constitucional sea en realidad poco debe divergir del tratamiento que de ella hagan los textos constitucionales; en otras palabras, en el tema de la reforma constitucional no pueden construirse categorías y aventurar hipótesis sin tener en cuenta el tratamiento normativo concreto que de la institución se hace en cada código constitucional.

De hecho, en la historia del constitucionalismo se observan tantas variedades configurativas de la reforma constitucional que es difícil establecer pautas generales que la identifiquen de manera unívoca, más allá de las obvias que existen en cualquier sistema con una Constitución rígida. De esta forma, la reforma constitucional, vale insistir en ello, debe ser estudiada y comprendida a la luz de las disposiciones particulares de cada orden constitucional concreto.

Ahora bien, ante la imposibilidad de exponer todos los sistemas de reforma constitucional que existen en la actualidad, debe optarse por aquellos que puedan ser los más representativos. Como toda elección subjetiva, la que aquí se hace no deja de ser en alguna medida arbitraria.

Se han escogido dos textos que pueden considerarse precursores, en un doble sentido. Por un lado, por haber sido el primero, en el caso de la Constitución norteamericana, y, uno de los primeros, en el de la Constitución de Cádiz, en que se trata el tema. En segundo lugar, por la influencia que sobre otros ordenamientos constitucionales han tenido hasta nuestros días.

792 En el mismo sentido, *ibidem*, p. 361. "Hoy, cada vez más, junto al estudio que parte de la norma acabada, proliferan los trabajos sobre cómo se hacen las normas, con referencia especial a los operadores jurídicos y a los centros de producción normativa, y a todos los trámites que tienen como objetivo crear una norma". Peces-Barba, Gregorio, "Prólogo", en Asís Roig, Rafael de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Madrid, 1995, p. 11.

793 Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 85, p. 79.

Se trata solamente del estudio del *texto* constitucional, no de la aplicación efectiva que tuvieron o tienen sus preceptos. En el caso de Estados Unidos, se han recogido algunos pronunciamientos jurisprudenciales por el interés que ofrecen para entender algunos de los problemas actuales del tema.

A. La reforma constitucional en la Constitución de Estados Unidos de 1787

La Constitución norteamericana de 1787 ha sido precursora en muchos aspectos del constitucionalismo de los siglos XIX y XX. La reforma constitucional no podía ser la excepción,⁷⁹⁴ aunque en Estados Unidos se realiza de una manera y con unos intervalos de tiempo que no son comunes en la práctica constitucional del resto de Estados constitucionales.

La práctica jurisprudencial estadounidense, a la hora de interpretar la Constitución y sus enmiendas —con un activismo judicial que ha sido cuestionado más de una vez—, ha permitido no sólo la supervivencia misma del texto (se trata de la Constitución más antigua y que todavía se mantiene vigente), sino la posibilidad de conservar un código constitucional relativamente actualizado y que, después de más de doscientos años de haber sido expedido, cuenta con poco menos de treinta enmiendas. Incluso se ha dicho que ha sido por la dificultad misma del procedimiento de reforma constitucional por lo que, en parte, se ha desarrollado la revisión judicial, “pues ha obligado a apoyarse en la Corte para mantener a la Constitución adaptada a las cambiantes condiciones”.⁷⁹⁵

La Constitución de Estados Unidos prevé, en su artículo V, dos formas de llevar a cabo la reforma constitucional. Una, a cargo de las dos Cámaras legislativas y otra, a través de una convención convocada para enmendar el texto constitucional.

⁷⁹⁴ Así, por ejemplo, la Constitución mexicana de 1917, al igual que su predecesora de 1857, prevé un procedimiento de reforma muy parecido al de Estados Unidos (artículo 135), aunque la práctica política de ambos países presenta grandes diferencias; *vid.*, entre otros, Valadés, Diego, *op. cit.*, nota 576.

⁷⁹⁵ Corwin, *op. cit.*, nota 600, p. 351, y García Pelayo, *op. cit.*, nota 237, p. 455. Sin embargo, si se acude al derecho comparado, se observa con facilidad que la Constitución de Estados Unidos no es especialmente rígida, sino que dispone de lo que podría llamarse el procedimiento “típico” de reforma constitucional para un Estado federal.

Para el primer procedimiento de reforma se requiere que la iniciativa sea aprobada por dos terceras partes de las Cámaras y por las tres cuartas partes de los poderes Legislativos de los estados de la Federación.

Para que se lleve a cabo la segunda forma, prevista para incorporar enmiendas al texto constitucional, deben solicitarlo dos tercios de las legislaturas locales y tiene que ser aprobada por convenciones convocadas al efecto en tres cuartas partes de los estados.

Las iniciativas y las aprobaciones o ratificaciones son intercambiables, es decir, puede darse una iniciativa por las dos terceras partes del Congreso federal que sea aprobada por las convenciones locales de tres cuartas partes de los estados convocadas para tal efecto.⁷⁹⁶

El mismo artículo V prevé lo que podrían llamarse dos cláusulas de intangibilidad (aunque la segunda no lo es plenamente, como se explica líneas abajo). La primera de carácter temporal y que en la actualidad ya no está vigente, cuando se dispone que antes del año 1808 no puede hacerse “ninguna enmienda que modifique en cualquier forma las cláusulas primera y cuarta de la sección novena del artículo primero” (referidas al tráfico de personas y a la proporcionalidad de los impuestos, respectivamente).

La segunda no es de carácter temporal y se encuentra, por tanto, vigente hoy en día; se refiere a “que a ningún Estado se le prive sin su consentimiento, de la igualdad de voto en el Senado”. En realidad lo que sucede en este caso es que se requiere, adicionalmente a los requisitos de cualquier reforma constitucional, el consentimiento del estado afectado para modificar el apartado primero de la sección III del artículo I, que recoge la disposición por la cual todos los estados tienen dos representantes en el Senado.⁷⁹⁷

Los tribunales de Estados Unidos han tenido algunas oportunidades para pronunciarse sobre el procedimiento de reforma constitucional, aunque tales pronunciamientos se han visto reducidos después de que, en 1939, en el caso *Coleman vs. Miller*, la Corte Suprema decidiera que las enmiendas constitucionales eran “cuestiones políticas” (*political questions*), determinadas por la acción del Congreso, de modo que los tribunales no podían extender su poder a esa parte de la Constitución.⁷⁹⁸

⁷⁹⁶ Vid. García Pelayo, *op. cit.*, nota 237, p. 453.

⁷⁹⁷ Vid. Marbury, *op. cit.*, nota 779, p. 229.

⁷⁹⁸ Corwin, *op. cit.*, nota 600, p. 348.

Aun así, existen criterios jurisprudenciales en torno al tema, los cuales se podrían resumir en los siguientes puntos:⁷⁹⁹

A. Aunque la determinación de la necesidad de una enmienda constitucional compete al Congreso, ello no obsta para que éste actúe con la sugerencia o guía del presidente.

B. Cuando la Constitución determina la mayoría de dos tercios para aprobar una enmienda, debe entenderse como dos tercios del quórum de las Cámaras, determinado por el artículo I sección V.1.

C. Las Cámaras locales actúan, al aprobar una enmienda constitucional, como órganos federales, de modo que no pueden comprometer su aprobación a la necesidad de contar con la voluntad del gobernador del estado o de sus votantes; existe un fallo de la Suprema Corte del estado de Montana que sostiene, por ejemplo, que una enmienda constitucional no puede ser sometida a referéndum.

D. Ahora bien, lo que sí pueden decidir las legislaturas locales es el quórum con el que cada legislatura debe aprobar una enmienda.

E. Si una legislatura local ha rechazado una enmienda, puede reconsiderar su voto y aprobarla posteriormente, sin ningún otro límite temporal que el tiempo que sea necesario para que un proyecto de enmienda sea aprobado por los votos de los estados requeridos por el artículo V. Por el contrario, si una legislatura ha prestado su consentimiento a favor de una enmienda, no puede retirarlo.

Respecto al tiempo en que una enmienda puede tardar en ser aprobada no hay ninguna regla escrita. Sin embargo, se entiende que la aprobación de los estados puede producirse incluso después de muchos años de iniciado el procedimiento de reforma. Tal es el caso de la enmienda XVII, que fue ratificada inicialmente por algunos estados en 1789, pero no reunió el resto de votos hasta 1992, más de doscientos años después. A esta excesiva duración del proceso, aunque impecable desde el punto de vista jurídico, se le ha criticado por la falta de legitimidad de una enmienda propuesta hace tantos años.⁸⁰⁰

Finalmente hay que mencionar que han existido intentos de modificar el artículo V para introducir variaciones en el procedimiento de reforma

799 Los casos de los que se sacan los siguientes postulados pueden consultarse en *ibidem*, pp. 347-350; otra relación de pronunciamientos jurisprudenciales —bastante parecida a la de Corwin— en García Pelayo, *op. cit.*, nota 237, pp. 453-454.

800 Bermann, George A., "The Constitutional Amendment Process", en Bieber, Roland, y Widmer, Peter (eds.), *The European Constitutional Area*, Zurich, 1995, pp. 303-304.

constitucional,⁸⁰¹ pues se ha creído que, si se permitiera iniciar el procedimiento de reforma ante las legislaturas de los estados, podrían ser aprobadas con mayor facilidad, pues sus actividades no recaban tanta atención de la opinión pública como las que lleva a cabo el Congreso federal. Tales intentos, sin embargo, no han prosperado por el momento.

B. La reforma constitucional en la Constitución de Cádiz

La Constitución de Cádiz, ejemplar en tantos sentidos, preveía un procedimiento de reforma constitucional tan extraordinariamente complejo que hacía de ella, en la práctica, un texto cuasi pétreo.

La Constitución gaditana regulaba su propia reforma en el título X, denominado “De la observancia de la Constitución, y modo de proceder para hacer variaciones en ella”. El título X abarcaba los artículos 372 a 384 y lo relativo a la reforma constitucional se encontraba en los artículos 375 y siguientes.

Para empezar se insertaba una cláusula de intangibilidad temporal según la cual la Constitución no podría ser alterada, adicionada o reformada hasta pasados ocho años, contados a partir “de hallarse puestas en práctica la Constitución en todas sus partes” (artículo 375). Esta cláusula fue ya criticada en 1821 por Ramón de Salas en los siguientes términos:

Como los hombres no son infalibles ni sus obras perfectas, siempre, si es posible, deben reservarse un medio para corregirlas; y me parece que no es muy conforme á esta máxima de prudencia el artículo 375 [...] porque creo que esta disposición, cuyo objeto laudable, es sin duda dar a la Ley Fundamental el carácter de estabilidad que debe tener, hace imposible, por lo menos en un siglo, la corrección de cualquiera defecto que la experiencia y el tiempo puedan hacer ver en nuestra Constitución, que, al fin, como obra de hombre, no es absolutamente perfecta.⁸⁰²

En sus siguientes disposiciones detallaba en un grado inusual el procedimiento que debía seguirse para poder reformar válidamente su texto. Fundamentalmente, establecía que la iniciativa de reforma constitucional, que debía ser presentada por lo menos por veinte diputados (artículo

801 Corwin, *op. cit.*, nota 600, p. 350.

802 *Cit. por Ruipérez Alamillo, op. cit.*, nota 771, p. 237.

377), seguía el mismo trámite que un proyecto de ley, aunque debía ser aprobada por las dos terceras partes “de los votos” (artículo 379).

Si cumplía esos requisitos, la siguiente “diputación general” podía acordar, con la aprobación de las dos terceras partes de los votos y cumplidas de nuevo las formalidades ya mencionadas, la entrega de poderes especiales para hacer la reforma (artículo 380).

Finalmente, la reforma propuesta se discutía de nuevo por la siguiente diputación y, en caso de ser aprobada por las dos terceras partes de los votos, se convertía en ley constitucional y, así, se mandaba publicar por las Cortes (artículo 383). Luego se le presentaba al rey la reforma aprobada con el fin de que la “haga publicar y circular a todas las autoridades y pueblos de la Monarquía” (artículo 384).

II. LAS CUESTIONES DISCUTIDAS

Como se percibe con claridad, si se observan los rasgos de la reforma constitucional en ordenamientos constitucionales de distintas épocas y lugares, el procedimiento de reforma no se presenta como un fenómeno unívoco u homogéneo. Por el contrario, como ya se ha dicho, existen diferencias notables en la regulación concreta que hacen los diversos ordenamientos constitucionales.

A partir de esas variantes, se han escogido cuatro cuestiones sobre las que creo que puede centrarse hoy en día el debate sobre el procedimiento para realizar la reforma constitucional (no se toca ahora el punto, también discutido, de los límites de la reforma porque por su complejidad e importancia es objeto de tratamiento por separado en el parágrafo que sigue).

De este modo, creo que las cuestiones en las que se observan mayores diferencias y que han provocado discrepancias notables tanto en la doctrina como en la praxis constitucional son: *a*) la relativa al órgano que debe hacer la reforma constitucional; *b*) la de la conveniencia de instaurar un único procedimiento o, por el contrario, diferenciar los procedimientos dependiendo de las normas constitucionales que quieren modificarse; *c*) el grado de rigidez que debe tener una Constitución, y *d*) la participación popular en el procedimiento de reforma y, dentro de este último punto, la cuestión de la iniciativa popular y, más problemática todavía que la anterior, la del referéndum.

En todas estas cuestiones no hay, tal como sucede con su tratamiento en los textos constitucionales, respuestas unívocas y que sirvan para todos

los Estados. Por ello, aquí no se trata de ofrecer soluciones únicas, sino de aportar razones para el debate. Más que querer cerrar la cuestión ofreciendo razonamientos acabados, lo más útil, creo, es abrir los temas a la discusión para que cada ordenamiento constitucional pueda encontrar, dentro de la variedad de soluciones y de razones, la respuesta que mejor conteste las interrogantes que dentro de cada sistema estatal particular inexorablemente produce la reforma constitucional.

1. *¿Qué órgano debe hacer las reformas constitucionales?*

Una primera evidencia es que, si se acepta que el poder constituyente originario es un poder distinto del resto de poderes constituidos, conviene que esa diferencia se proyecte, cuando menos, en la distinta integración o funcionamiento de uno y otros; es decir, que ningún poder constituido pueda identificarse, en cuanto “órgano”, con el poder revisor de la Constitución.

En este sentido, Loewenstein afirma que “la ideología del Estado constitucional democrático exige que la competencia para la reforma constitucional no sea el monopolio de un único detentador del poder, sino que debe de estar lo más distribuida que sea posible”.⁸⁰³ ¿Distribuida a quiénes o entre quiénes? El mismo autor responde diciendo que deben participar en ella el gobierno, el Parlamento y el pueblo organizado como electorado.⁸⁰⁴

En realidad, las posibilidades de participación no son demasiadas. Las opciones fundamentalmente se reducen a las siguientes:

A. Una primera alternativa es si el órgano encargado de hacer las reformas se integra por uno o varios de los poderes constituidos, o bien se crea una asamblea reformadora *ad hoc*, como hace el artículo V de la Constitución de Estados Unidos.⁸⁰⁵

B. Una segunda es si se apela o no a la voluntad del pueblo, ya sea a través de la iniciativa popular o a través del referéndum.

C. Una variante de la primera opción es, por ejemplo, si se decide permitir la participación del Poder Ejecutivo, si esta participación debe darse solamente en el momento de la iniciativa o en algún otro momento.

803 Loewenstein, *op. cit.*, nota 189, p. 172.

804 *Idem*.

805 *Vid.* Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. y estudio preliminar de Héctor Fix-Zamudio, México, 1996, p. 549.

Los dos primeros incisos comportan decisiones fundamentales para la operatividad práctica de la reforma constitucional. Vamos a poner algunos ejemplos.

Si la reforma constitucional debe realizarla una Asamblea Constituyente convocada *ad hoc*, pueden darse dos posibilidades: o que el Poder Legislativo ordinario se disuelva y los partidos políticos inicien una campaña para llevar a sus hasta entonces diputados y senadores a los bancos del poder reformador de la Constitución, o bien que tal poder funcione paralelamente al funcionamiento normal del Poder Legislativo. En este último caso, puede suceder que se integre con sujetos que no pertenezcan a las Cámaras legislativas o bien que no exista impedimento para formar parte de uno y otro órgano. ¿Cuáles son las consecuencias probables de adoptar una u otra dentro de las anteriores posibilidades?

Si se opta por disolver las Cámaras y convocar elecciones,⁸⁰⁶ es posible que la clase política se muestre reacia a emprender reformas constitucionales por las posibilidades de que cambie el sistema de mayorías hasta entonces impuesto. Podrían contrarrestarse esas reticencias, si se permite que una minoría pueda exigir la disolución de las Cámaras, pero ello conllevaría una gran inestabilidad política y podría arrojar como consecuencia que la reforma constitucional fuera la excusa para que las minorías forzaran subrepticamente una nueva consulta electoral.

El hecho de que la asamblea reformadora de la Constitución funcione al mismo tiempo que el Poder Legislativo ordinario puede llegar a originar enfrentamientos, en un caso, o duplicidades innecesarias, en otro. Lo primero sucedería si los miembros del legislativo no pudieran serlo, a la vez, del órgano encargado de realizar la reforma. Lo segundo, si fueran sustancialmente los mismos sujetos, ya que entonces se estarían pronunciando en el poder reformador como lo harían en el Legislativo ordinario, con lo cual se borrarían, de hecho, las pretendidas diferencias entre uno y otro.

Por lo anterior, parece quizá más razonable que el poder de reforma constitucional se integre por los órganos constituidos y, fundamentalmente, por el Poder Legislativo (aparte de lo que más adelante se pueda decir sobre la participación popular). Si se trata de un Estado compuesto, con

806 Tal como se prevé, por mencionar solamente tres ejemplos, en el artículo 195 del texto refundido de 1994 de la Constitución belga; en el artículo 88 de la Constitución danesa de 1953, y en el artículo 114 de la Constitución de Luxemburgo de 1868.

la participación de los poderes legislativos locales⁸⁰⁷ (como, de hecho, es la “regla sin excepciones”)⁸⁰⁸ y, si se trata de un Estado unitario, con la simple existencia de procedimientos dificultados y mayorías supercalificadas para la aprobación de las reformas por el órgano legislativo.

En todo caso, es importante que, si existe identidad entre el Poder Legislativo ordinario y el órgano reformador de la Constitución, aparte de los requisitos de las mayorías y del procedimiento dificultado, se disponga constitucionalmente que toda reforma constitucional deba ser expresa, es decir, que siempre quede bien claro en qué momento el Legislativo actúa como poder constituyente derivado.

Así se hace, creo que con acierto, en el artículo 79.1 de la Ley Fundamental de Bonn cuando dispone que “la Ley Fundamental sólo podrá ser modificada por medio de otra ley que *expresamente* altere el tenor literal de la Ley Fundamental [...]” y, más claramente todavía si cabe, en el artículo 44.1 de la Constitución austriaca de 1929 que prevé que las reformas constitucionales “deberán ser calificadas expresamente como tales (‘ley constitucional’, ‘disposición constitucional’)”.⁸⁰⁹ Esto puede evitar confusiones en el momento de decidir la jerarquía ordinal de ciertos actos legislativos, sobre todo si el control de constitucionalidad de las leyes o de las reformas constitucionales no se encuentra muy desarrollado en el Estado en cuestión.⁸¹⁰

Sobre el segundo inciso, es decir, sobre la posibilidad de que el pueblo forme parte del órgano reformador de la Constitución, se trata en uno de los apartados que siguen. La cuestión no es menor si se tiene en cuenta la crisis de credibilidad por la que atraviesan los poderes públicos de

807 Sobre algunos de los problemas de la reforma constitucional en las Constituciones de los Estados federales, Bermann, *op. cit.*, nota 800, pp. 305 y ss., y Ruipérez Alamillo, Javier, “La reforma constitucional en el Estado federal”, *Debate Abierto. Revista de Ciencias Sociales*, Madrid, núm. 2, 1990.

808 Loewenstein, *op. cit.*, nota 189, p. 182.

809 Así lo reconoce también el Tribunal Constitucional español, cuando en su declaración de 1 de julio de 1992 señala que la Constitución no puede ser reformada por otro cauce que el establecido por su título X, “a través de los procedimientos y con las garantías allí establecidas y mediante la *modificación expresa* de su propio texto”; *vid.*, también, el artículo 46, apartados 3 y 4 de la Constitución de Irlanda de 1937, en los que se establece que “46.3: Todo proyecto de ley de esta naturaleza llevará por título ‘Ley de reforma de la Constitución’”; “46.4: No podrán los proyectos de ley que contengan propuestas de reforma de la presente Constitución incluir propuestas de otra índole”, es decir, que no solamente se prevé la reforma expresa, sino que, además, todo proyecto de reforma constitucional no puede tramitarse junto a una reforma legislativa, pues esta última debe ser objeto de una iniciativa distinta (y un trámite parlamentario también diferenciado, por tanto).

810 Ignacio de Otto incluso sostiene que, si no existe la necesidad de que las reformas sean expresas, pierde sentido el requisito de la rigidez. Otto, *op. cit.*, nota 15, p. 62.

diversos Estados considerados pacíficamente como democráticos. La separación notable entre representados y representantes que tanto pesa sobre la política cotidiana puede proyectarse, sin duda, en el momento de tomar decisiones sobre una reforma constitucional. Quizá por eso, pero también por la importancia del tema mismo de la reforma, en varios ordenamientos se prevé la posibilidad de consultar directamente al electorado sobre la conveniencia de aprobar una reforma constitucional.

Finalmente, la posibilidad señalada en el inciso C, que es la de permitir que el Poder Ejecutivo participe en la reforma constitucional, es una cuestión más bien teórica, si se toma en cuenta que, en el Estado de partido, la separación entre Ejecutivo y Legislativo prácticamente se ha borrado, porque normalmente ambos órganos se integran por miembros de la misma formación partidista.⁸¹¹ En este contexto, el prohibir o permitir constitucionalmente que el Ejecutivo participe en el procedimiento de reforma no influye en su participación *de facto* a través de los oportunos canales partidistas.

Lo que tal vez sí sea conveniente es prohibir que el Ejecutivo pueda vetar el procedimiento de reforma; prohibición que debe alcanzar tanto a la posibilidad de que pueda “congelar” una iniciativa, como la de que pueda retrasar o prohibir su entrada en vigor.⁸¹² Esto es especialmente importante en aquellos casos en que se permita la participación popular.

La participación del Ejecutivo en la reforma constitucional, tanto *de iure* como *de facto*, suele ser mayor en los regímenes autoritarios; de hecho, Loewenstein señala que “allí, donde tanto la competencia para iniciar la reforma como la capacidad para llevarla a cabo radica fundamentalmente en el ejecutivo, se trata de una forma de gobierno autoritaria”.⁸¹³

2. ¿Procedimiento único o doble?

Una segunda cuestión discutida es si debe existir un único procedimiento de reforma, igual para la modificación de cualquier precepto constitucional, o si, por el contrario, debe diferenciarse los procedimientos según se trate de reformar una u otra parte de la Constitución.

811 Sobre el Estado de partidos, García Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 140, entre otros.

812 En este sentido, el artículo 286.3 de la Constitución portuguesa de 1976 establece que “no podrá el Presidente de la República denegar la promulgación de la Ley de Revisión [constitucional]”.

813 Loewenstein, *op. cit.*, nota 189, pp. 172-173.

En el fondo del problema se encuentra la pregunta por la “fundamentalidad” de los preceptos constitucionales. Es decir, lo que hay que constatar primero para estar en capacidad de resolver con éxito la duda del único o doble procedimiento es si dentro de la Constitución todas las normas son iguales o si hay normas que deben tener una especial protección frente a la reforma; en otras palabras, se trata de saber si conviene tener dentro de la Constitución un “núcleo duro” de normas, compuesto casi siempre por los derechos fundamentales y por la forma de Estado, o bien que todas ellas puedan ser modificadas con los mismos requisitos.

El debate se ha presentado recientemente en España, ya que la Constitución de 1978 prevé dos procedimientos de reforma, uno de ellos, regulado en su artículo 168, inusualmente rígido dentro del derecho constitucional comparado de su entorno (inspirado en la Constitución española de 1931),⁸¹⁴ dirigido a proteger algunos derechos fundamentales —capítulo segundo, sección primera del título primero de la Constitución— y la regulación de la jefatura del Estado —título segundo del texto constitucional—. ⁸¹⁵

De ese debate pueden extraerse argumentos importantes a favor de la conveniencia de crear un solo procedimiento de reforma; de lo contrario, al tener dos procedimientos diferenciados, pueden producirse notables disfuncionalidades en el sistema de fuentes, alterando la jerarquía paritaria de todas las normas constitucionales para crear un doble rango dentro de ellas: las que fueran especialmente rígidas (esto es, las incluidas en el procedimiento del artículo 168, para seguir con el ejemplo de la Constitución de 1978) se ubicarían en una posición de primacía, mientras que las protegidas por el procedimiento menos rígido quedarían en un segundo escalón.⁸¹⁶

Sumado a lo anterior, al tener un doble procedimiento se aumenta la posibilidad de que existan reformas constitucionales “inconstitucionales”,⁸¹⁷ que serían todas aquéllas que, debiendo hacerse específicamente por uno de los dos procedimientos, se hicieran por el otro.

814 Esteban, J. de, y González Trevijano, *op. cit.*, nota 781, t. III, p. 728.

815 La crítica al artículo 168 de la Constitución española se halla presente, con distinta intensidad, en prácticamente todos los trabajos que han tratado el tema; uno de los primeros en ejercerla fue J. Jiménez Campo en su ensayo *op. cit.*, nota 764, pp. 87 y ss.; *vid. también*, de forma contundente, Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 85, pp. 147 y ss.

816 *Ibidem*, p. 153.

817 *Idem*.

Es importante no perder de vista que se trataría, en su caso y siempre que existan los adecuados controles de constitucionalidad, de *reformas* inconstitucionales, no de *preceptos* inconstitucionales, porque las que se lleven a cabo de la forma no prescrita por la Constitución nunca llegarían a incorporarse plenamente al texto constitucional. De lo contrario, es decir, si se acepta que tales reformas *inconstitucionales* ya se han incorporado a la Constitución válidamente, además de cometer un grave atentado contra la normatividad constitucional, se imposibilitaría la función de control, pues lo que la jurisdicción constitucional no puede controlar de forma alguna son las propias normas constitucionales (ya sean producidas por el poder constituyente originario o por el poder reformador).

3. ¿Cuánta rigidez?

La pregunta que encabeza este apartado también puede formularse de la siguiente manera: ¿qué grado de dificultad debe tener el poder cambiar una Constitución? Y su respuesta debe ir aparejada con el concepto de flexibilidad y rigidez constitucionales que se tenga.

Si en párrafos anteriores, al tratar sobre el órgano que debe llevar a cabo las reformas, se decía que el poder revisor no debe quedar bajo el dominio de una mayoría coyuntural,⁸¹⁸ ahora debe decirse que la excesiva rigidez puede jugar en contra de la función misma del procedimiento dificultado.

En efecto, si el procedimiento de reforma es demasiado gravoso, inevitablemente se presentará la siguiente alternativa: o que se evite apelar a la reforma de tal modo que los preceptos que la necesiten sencillamente queden en letra muerta, o que la vía para adaptar la Constitución a las nuevas necesidades no sea la de la reforma, sino la de otros procedimientos, inconstitucionales y subrepticios, con los que se vería lesionada la normatividad constitucional.⁸¹⁹

Una vez más, debe atenderse a la realidad del proceso político de cada Estado, para poder solucionar eficazmente la disputa o tensión entre rigidez-flexibilidad. Con todo, lo que parece seguro es, que si las mayorías políticas coyunturales tienen que hacer excesivos sacrificios para llevar a cabo la reforma, es probable que la evadan.

818 *Ibidem*, pp. 88-89.

819 *Ibidem*, p. 89.

Tal sería el caso de que, en una situación política extremadamente polarizada (por ejemplo, en un sistema político bipartidista muy equilibrado), se exigiera para llevar a cabo la reforma la disolución anticipada de las Cámaras, o incluso que la aprobación de la reforma se tuviera que hacer por más de una legislatura.⁸²⁰ En este caso, es probable que una mayoría política endeble trate de aferrarse a una decisión electoral que le favorezca, evitando por todos los medios llegar a la disolución anticipada.⁸²¹

Una vez más, puede servir de muestra la excesiva rigidez del artículo 168 de la Constitución española. Con ocasión del Tratado de Maastrich, se llevó a cabo una reforma constitucional (única que se ha hecho hasta el momento) para permitir el sufragio pasivo de los nacionales comunitarios en las elecciones municipales. Para permitir ese supuesto, era necesaria la modificación de los artículos 13.2 y 23, pero solamente se procedió a la modificación del primero,⁸²² porque el segundo se encuentra dentro de los preceptos protegidos por el procedimiento superagravado del artículo 168.⁸²³

4. *La participación popular*

Tal vez sea el de la participación del pueblo el tema que, dentro del estudio de la reforma constitucional, más discrepancias arroja entre lo postulado por la doctrina, y también dentro de ella, y lo realizado por la práctica.

Desde luego que es un tema especialmente difícil; en él se mezclan, más todavía que en los otros que ya se han tratado, consideraciones políticas al lado de las de la simple técnica jurídica.

La participación directa del pueblo en el procedimiento de reforma causa notables enredos, pues en no pocas ocasiones se ha querido ver en esa participación el ejercicio, no del poder de reforma como poder constituido, sino del poder constituyente originario. Por otro lado, en este punto se expresa, como en ningún otro, la necesidad de entender la *soberanía jurídica* de la Constitución, junto a la *soberanía política* del pueblo.⁸²⁴

820 Como sucedía, según ha quedado expuesto, en el caso de la Constitución de Cádiz.

821 *Vid.* Loewenstein, *op. cit.*, nota 189, pp. 179-180.

822 Reforma publicada en el *Boletín Oficial del Estado* el 20 de agosto de 1992.

823 Esteban, J. de, y González Trevijano, *op. cit.*, nota 781, t. III, p. 747, entre otros.

824 Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 85, pp. 107-110.

Lo correcto, pese a todo, es comprender, como ya se ha dicho, que el poder de reforma constitucional *siempre* es un poder constituido. Lo que sucede en el caso de la participación del pueblo en la reforma es que se trata, tanto por lo que hace al caso de la iniciativa como al del referéndum, de instrumentos de ratificación de los actos de los representantes (las asambleas legislativas) por los representados (el pueblo).⁸²⁵

En ningún momento, la reforma que cuente con la participación del pueblo puede transformarse en un acto de soberanía popular,⁸²⁶ porque de lo contrario se estaría violentando la lógica del Estado constitucional y confundiendo el poder de reforma (como poder constituido y, por tanto, sujeto al derecho) con el poder constituyente originario (éste sí soberano y, por tanto, no sujeto a normas).⁸²⁷

Aparte de su específica problemática jurídica, como se decía al comenzar este apartado, la participación popular en la reforma debe estudiarse a la luz de las condiciones del sistema político. No puede dejarse de tener presente, por ejemplo, que ante la distancia abismal que hoy en día existe en los ciudadanos y los partidos políticos y con la crisis de representación de los circuitos representativos tradicionales, dejar toda la responsabilidad de la reforma *del orden fundamental* de la sociedad en los partidos puede ser poco congruente y hasta arriesgado.

La experiencia histórica demuestra, sin embargo, que han sido los propios partidos y sus intereses —no siempre legítimos— los que han instrumentado los mecanismos de participación popular dentro de la reforma para subvertir el orden constitucional. Se comienza con la apelación al pueblo como poder soberano y se termina dejando de lado cualquier disposición constitucional que pueda ser contraria al *espíritu popular*. Los casos de Francia, Italia y Alemania, en distintos momentos de su historia, pueden ser bien ilustrativos del mal uso que puede hacerse de los instrumentos de democracia semidirecta.⁸²⁸

De todos modos, como instrumentos que son, tanto la iniciativa popular como el referéndum, no son en sí mismos ni buenos ni malos. Desde luego que en una realidad política gravemente polarizada es probable que

825 *Ibidem*, p. 113.

826 *Ibidem*, p. 114.

827 En el caso de la revisión total de la Constitución, sobre el que se abunda más adelante, lo anterior no totalmente aplicable, pues en este caso se trata de la *juridificación* del poder constituyente originario (por extraño que pueda sonar).

828 Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 85, pp. 120 y ss., y Gemma, Gladio, "Referéndum", en Bobbio; Matteucci, y Pasquino, *Diccionario de política, cit.*, pp. 1,347-1,351.

se conviertan en un ejercicio más de proyección del conflicto partidista,⁸²⁹ pero en un ambiente de mayor estabilidad pueden representar un ejercicio útil para fomentar la educación cívica y reafirmar, a través de la consecución del máximo consenso posible, la integración política que persiguen las normas constitucionales.⁸³⁰ Y, además, no dejan de ser una bocanada de aire fresco en el universo endogámico y oligárquico que los partidos han construido en el Estado democrático contemporáneo.

Como señala Pedro de Vega,

el problema del referéndum y de la iniciativa no es el de su reconocimiento y regulación por el ordenamiento constitucional, sino el uso o el abuso que de ellos pueda hacerse por los propios poderes constituidos, cuando, conculcando la lógica del sistema, los utilizan en una perspectiva diferente y con unos fines distintos de los legalmente previstos.⁸³¹

A. La iniciativa de reforma

La iniciativa de reforma, dentro de cualquier procedimiento de creación normativa, tiene una importancia fundamental. El sujeto que tiene la facultad de iniciar el procedimiento de reforma constitucional tiene la posibilidad de fijar la agenda del poder constituyente derivado,⁸³² es decir, la posibilidad de determinar el momento y el contenido que deben tener las reformas.

Como ha señalado Pedro de Vega, “no es inocuo, para la interpretación del sistema constitucional en su conjunto, que la iniciativa se confiera a unos u otros órganos”.⁸³³ Del mismo modo, y para seguir con la palabras del propio De Vega, “sólo la clarificación adecuada de algunos aspectos de la problemática de la iniciativa, permitirá comprender luego el auténtico sentido de otras fases del procedimiento”.⁸³⁴

En este contexto, que la iniciativa la pueda ejercer una parte del pueblo puede ser muy importante para el proceso de reforma constitucional. Su finalidad es la de impulsar el trabajo legislativo⁸³⁵ llevando ante los ór-

829 Gemma, *op. cit.*, nota 828, p. 1,349.

830 Loewenstein, *op. cit.*, nota 189, p. 205, y Hesse, *op. cit.*, nota 6, pp. 8 y ss.

831 Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 85, p. 125.

832 Bermann, *op. cit.*, nota 800, p. 304.

833 Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 85, pp. 128-129.

834 *Ibidem*, p. 129.

835 “Si el referéndum actúa de freno a las pretensiones expansivas de las Asambleas, la iniciativa popular, por el contrario, aparece como acicate”. *Ibidem*, p. 121.

ganos competentes un proyecto de reforma que se considere necesario, pero que no haya sido planteado por los representantes políticos.⁸³⁶

La iniciativa popular para las reformas constitucionales no se recoge en demasiadas cartas fundamentales, a diferencia de lo que sucede con la figura del referéndum, que suele aparecer con más frecuencia en los diversos textos constitucionales; aun así, pueden encontrarse ejemplos de la iniciativa popular en el derecho constitucional comparado. Tal es el caso de la Constitución suiza, en la que la iniciativa popular debe ejercerse por cien mil habitantes, y puede ser para una reforma parcial o para una reforma total (artículos 120-123).

B. El referéndum

El referéndum para la aprobación de las reformas constitucionales es una figura bastante común en el derecho constitucional contemporáneo. A veces se le denomina también plebiscito; la identificación entre ambos términos, aunque algún sector de la doctrina se empeñe en negarla, ha permitido señalar que en realidad, en lo fundamental, “son sinónimos”.⁸³⁷

Su finalidad, como se indicaba arriba, es la de consultar al pueblo sobre la conveniencia de una reforma.

La regulación concreta que del referéndum constitucional se hace en cada ordenamiento suele ser variable. En Europa, se encuentra, ya sea para permitirlo o para prohibirlo, por ejemplo, en las Constituciones de Austria (artículo 44.3); Dinamarca (artículo 88); España (artículos 167.3 y 168); Francia (artículo 89, apartados 2 y 3); Irlanda (artículos 46, apartados 2 y 5, y 47.1); Italia (artículo 138.2); Portugal (artículo 118.3), y Suecia (artículo 15, apartados 3 y 4).

836 En el preámbulo de la Ley Orgánica 3/1984 reguladora de la iniciativa legislativa popular de España (cuya Constitución, por cierto, no reconoce la iniciativa popular para las reformas constitucionales según su artículo 166) se indica que el reconocimiento constitucional de la iniciativa legislativa popular “permite, de un lado, instrumentar la directa participación del titular de la soberanía en la tarea de elaboración de las normas que rigen la vida de los ciudadanos, y posibilita, de otra parte, la apertura de vías para proponer al poder legislativo la aprobación de normas cuya necesidad es ampliamente sentida por el electorado pero que, no obstante, no encuentren eco en las formaciones políticas con representación parlamentaria”. El artículo 5.2., inciso d, dispone que una de las causas de inadmisión de una iniciativa legislativa popular es la que ya exista en el Congreso o en el Senado un proyecto o proposición de ley que tenga el mismo objeto, siempre que ese proyecto o proposición se encuentre en el trámite de enmiendas o uno más avanzado.

837 Gemma, Gladio, *op. cit.*, nota 828, p. 1,183.