

## EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS DE MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL

Rubén HERNÁNDEZ VALLE\*

SUMARIO: I. *La extensión del control en general.* II. *La diferencia jurídica entre el poder constituyente derivado y el poder reformador de la Constitución.* III. *La imposibilidad de ejercer el control sobre vicios materiales en el procedimiento de reforma constitucional.* IV. *Los vicios del procedimiento de reforma constitucional fiscalizables en la jurisdicción constitucional.*

### I. LA EXTENSIÓN DEL CONTROL EN GENERAL

En general, los vicios fiscalizables son comunes tanto a los procesos de control de constitucionalidad *a priori*, como aquellos por medio de los cuales se ejerce el control *a posteriori*.

Desde Kelsen se considera que el control de constitucionalidad puede ejercerse tanto por vicios materiales como formales, lo que permite establecer no sólo si los contenidos materiales de la norma o del acto impugnados son contrarios al parámetro de constitucionalidad, sino determinar también si en el iter de la aprobación de la reforma constitucional se violó algún requisito o procedimiento sustancial previsto en la Constitución o en los reglamentos parlamentarios.

Estas dos categorías son también aplicables a los distintos procedimientos de modificación constitucional.

\* Profesor de derecho constitucional en Costa Rica.

## II. LA DIFERENCIA JURÍDICA ENTRE EL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO Y EL PODER REFORMADOR DE LA CONSTITUCIÓN

Los procedimientos de modificación constitucional se dividen en dos grandes categorías: la reforma general de la Constitución, la cual se ejerce por una convención constituyente convocada al efecto, y el procedimiento de reformas parciales, el cual es ejercitado por el órgano parlamentario, normalmente en dos legislaturas. En algunas legislaciones el proyecto aprobado por el Parlamento se somete a la ratificación de un referendo popular.

Por tanto, existe una clara distinción entre el poder constituyente derivado y el poder reformador de la Constitución.

El primero, aunque limitado en cuanto a su composición, organización y funcionamiento iniciales tanto por el texto constitucional como por la respectiva ley de convocatoria, una vez en funcionamiento no estaría sujeto a ninguna limitación competencial; es decir, la asamblea constituyente convocada al efecto para la reforma general de la Constitución podría válidamente introducir reformas de fondo al texto constitucional vigente. Su limitación es exclusivamente de carácter procedimental.

El poder de reforma parcial, en cambio, presenta las mismas características de los poderes constituidos, ya que dicha potestad no es jurídicamente ilimitada, sino parcial y reglamentada, debiendo desenvolverse dentro del marco que la fija el derecho de la Constitución.

En otras palabras, la autoridad encargada de ejercer el poder reformador de la Constitución es incontestablemente un órgano del Estado.

De lo anterior se concluye que el órgano encargado de reformar parcialmente la Constitución, al igual que cualquier otro órgano estatal, se encuentra condicionado y limitado por los principios y normas constitucionales que consagran y regulan su ejercicio. Es decir, el órgano encargado de la revisión parcial de la Constitución está subordinado al orden establecido en cuanto a su estructura, procedimiento para su integración, organización y funcionamiento, así como a la materia objeto de su competencia.

El fundamento doctrinario para su limitación es su condición de órgano constituido, puesto que el poder reformador de la Constitución, al encontrar su razón de ser en la propia norma fundamental, lógica y jurídi-

camente no podría destruir el fundamento de su propia competencia. En realidad, el concepto universalmente aceptado de la soberanía popular se opone a que un órgano estatal sea titular de un poder ilimitado, ya que sólo el pueblo es soberano. En otras palabras, el pueblo es la fuente política del poder estatal, que se articula jurídicamente por medio del ejercicio del poder constituyente. Por ello, se puede afirmar que los elegidos son los representantes de la nación soberana, pero en ningún caso los representantes soberanos de la nación.

En consecuencia, el poder de reforma parcial de la Constitución es limitado, en todo lo relativo a su estructura (órgano titular para ejercerlo), procedimiento para su integración (forma de convocatoria a una asamblea constituyente), organización (número de miembros) y funcionamiento (reglas procedimentales que debe seguir en sus actuaciones), así como por razones de competencia material.

### III. LA IMPOSIBILIDAD DE EJERCER EL CONTROL SOBRE VICIOS MATERIALES EN EL PROCEDIMIENTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

En tratándose de las reformas generales, los límites materiales no son fiscalizables, pues aunque en tal hipótesis no se ejercita el poder constituyente originario —el cual sólo surge en las hipótesis del nacimiento de un nuevo Estado o de una ruptura del orden constitucional por un golpe armado, revolución o cuartelazo, etcétera— es lógico concluir que el ejercicio del poder constituyente derivado no está tampoco sujeto a ningún límite de forma ni de fondo por las razones antes indicadas.

Por consiguiente, el ejercicio del poder constituyente derivado, al igual que el originario, es jurídicamente ilimitado, lo que significa que puede modificar válida y discrecionalmente el contenido de las normas constitucionales vigentes y sin posibilidad alguna de que tales reformas puedan ser cuestionadas ni anuladas por ningún otro mecanismo jurídico.

La única limitación del poder constituyente derivado radica en la ley de su convocatoria, la cual regula sus mecanismos de elección, su número de integrantes y sus procedimientos de funcionamiento y, desde luego, la norma constitucional que consagra y autoriza eventualmente su ejercicio, por lo que una ley de convocatoria a una asamblea constituyente

aprobada en contraposición a esa normativa podría ser anulada por vicios procedimentales de inconstitucionalidad, por tratarse de un límite formal y no material.

Inclusive, sería dudosa la existencia de un límite en cuanto a los procedimientos que regulan su funcionamiento, pues una vez instalada la respectiva asamblea constituyente, nada obstaría, desde el punto de vista jurídico, para que ella misma modificara radicalmente la ley de convocatoria y fijara nuevos mecanismos para su funcionamiento interno. Éste es justamente el problema que afrontó hace pocos meses la Constituyente boliviana.

Por ello, hoy día es pacíficamente aceptado que los tribunales constitucionales no pueden ejercer el control de constitucionalidad respecto de las reformas generales de la Constitución por vicios materiales.

En efecto, la única razón para admitir un control de constitucionalidad material sobre las reformas generales de la Constitución sería la aceptación expresa de que existen cláusulas pétreas en la Constitución Política. Sin embargo, la existencia de tales cláusulas, expresas o implícitas, no es posible aceptarla jurídicamente por varias razones que analizamos a continuación.

### *1. Las normas pétreas expresas*

En sustancia, las normas pétreas expresas establecen una prohibición para que mediante el ejercicio de los procedimientos de modificación constitucional, ya sea por medio de la reforma general o parcial de la Constitución, se enmienden o dejen sin efecto determinadas normas constitucionales que se consideran que expresan el contenido ideológico de la Constitución.

Tales normas prohibitivas, sin embargo y desde un punto de vista jurídico, tienen apenas un valor relativo, puesto que el mismo órgano estatal encargado de la reforma constitucional puede derogarlas en cualquier momento por los mecanismos previstos en el texto constitucional para su reforma general, a fin de proceder posteriormente a modificar la cláusula que contenía la norma pétrea.

Las cláusulas pétreas no son admisibles jurídicamente, puesto que quienes las admiten no distinguen entre legitimidad y validez de la Constitución.

Como es sabido, la Constitución expresa una idea determinada de democracia, la cual se compone tanto de aspectos procedimentales como materiales (valores y principios).

La democracia, tal y como se la concibe modernamente, descansa en un determinado orden valorativo que el ordenamiento trata de realizar. Junto a la dimensión procedimental de la democracia —es decir, de la existencia de procedimientos mayoritarios para la composición de los órganos públicos y para la expresión de su voluntad— existen en toda Constitución principios y valores materiales que son los que, en última instancia, la legitiman. De esa forma, la democracia es el principio legitimador de la Constitución, no sólo porque ésta ha sido promulgada democráticamente, sino, además, porque organiza un Estado que asegura la vivencia cotidiana de la democracia.

En otros términos, la Constitución consagra un Estado donde la atribución de la soberanía popular está debidamente garantizada, dado que determinadas disposiciones constitucionales le permiten al pueblo seguir siendo soberano, o sea permanecer como un pueblo de hombres libres.

La libertad y la igualdad son los dos valores fundamentales que tiende a realizar la democracia y que, al mismo tiempo, constituyen el fundamento de la legitimidad de la Constitución. En efecto, la legitimidad de la Constitución es interna. Según un autor español, “la legitimidad, desde el punto de vista jurídico-constitucional, no es otra cosa (me parece) que la «congruencia» entre fines y medios expresados por la Constitución o, en otras palabras, la «congruencia» constitucional entre principios y (normas) materiales y principios (y normas) estructurales”.<sup>1</sup>

De donde se concluye que una Constitución, aunque emanada democráticamente pero que no consagre un Estado democrático (es decir, donde los valores libertad e igualdad no sean una realidad vivida cotidianamente y adecuadamente tutelada por el ordenamiento jurídico), puede encontrar en el principio democrático su validez, pero nunca su legitimidad. No se trataría, en suma, de una Constitución democrática.

En la democracia constitucional no pueden separarse creación del orden y contenido de ese orden. Por ello, debe distinguirse “el principio democrático como principio legitimador de la Constitución, es decir, como principio de congruencia entre la soberanía del pueblo y el Estado democrático que el pueblo, a través de la Constitución, establece, y otra

<sup>1</sup> Aragón, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, 1989, p. 43.

cosa bien distinta es el principio democrático como principio de validez del constituyente mismo, es decir, como modo de expresión no de la voluntad del Estado, sino de la voluntad del propio soberano”.<sup>2</sup>

En este último plano, la juridificación de la democracia es exclusivamente de carácter formal. En otros términos, el pueblo —titular de la soberanía— se somete voluntariamente a una reglamentación (juridificación de la soberanía) para el ejercicio del poder constituyente. De esa forma, si se desea cambiar el orden jurídico deberá hacerlo por los canales fijados por la propia Constitución y no al margen de ésta. No obstante, el orden creado por el soberano puede ser cambiado libremente por él, ya sea por medio del poder constituyente derivado, cuando ejercita la potestad de modificación total de la Constitución, o por un poder constituyente originario.

La omnipotencia del soberano es omnicompreensiva en una democracia constitucional, en el sentido de que puede autolimitarse procedimentalmente y redefinir las formas de emanación de su voluntad.

Esto nos conduce al problema central del tema en examen: ¿puede el soberano crear mecanismos jurídicos para la propia autodestrucción del orden político-jurídico fundado por él?

La respuesta es positiva, pues el orden jurídico-político fundado por el constituyente originario es contingente y, por lo tanto, relativo. Lo que se traduce en una Constitución es el consenso de las fuerzas políticas y de los valores dominantes en un determinado momento histórico, lo que no impide que, en el futuro, tal consenso varíe, ya sea por diverso acomodo de las fuerzas dominantes o de una variación sustancial en los principios y valores que sustenta la sociedad civil subyacente.

La Constitución, en consecuencia, por definición, está abierta a su transformación, pues la democracia se asienta, entre uno de sus principios básicos, en el pluralismo político, lo que significa que toda Constitución democrática ofrece un abanico de posibilidades para desarrollar ese principio democrático.

La validez de la Constitución consiste en que los órganos estatales deben respetar los procedimientos establecidos en ella para la formación válida de sus respectivas voluntades; la legitimación de la Constitución, en cambio, consiste en que sus actos sean congruentes con los valores y principios materiales que ella consagra (libertad e igualdad fundamental-

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 45.

mente). Por consiguiente, si en el ejercicio del poder de reforma constitucional, el órgano parlamentario reformare sustancialmente los contenidos materiales del orden democrático, es evidente que tal reforma tendría validez, pero carecería de legitimidad.

En otro giro: el soberano (el pueblo) se autolimita desde el punto de vista procedimental con el fin de que su voluntad, cuando se exprese por medio de un procedimiento, sea una voluntad jurídicamente válida y vinculante. La legitimidad del orden que produzca depende, en cambio, del contenido material de ese orden.

Por otra parte, la válida manifestación de la voluntad del pueblo sólo es posible si el pueblo es libre, o sea, si se organiza como Estado constitucional democrático. De donde se concluye que en la Constitución la legitimidad aparece, de manera inexcusable, como el requisito de validez.

En conclusión: la existencia de límites expresos a la reforma constitucional no es jurídicamente posible, salvo desnaturalizando los conceptos de soberanía popular y de democracia constitucional.

## 2. *Los límites implícitos*

Según sus cultores, los límites implícitos son aquellos principios que no pueden ser modificados ni por la vía del poder constituyente derivado ni por medio del poder reformador de la Constitución. En otros términos, según esta concepción, en toda carta política existen límites implícitos absolutos para la reforma constitucional. El problema, desde el punto de vista jurídico, es doble: primero, determinar cuáles son esos límites y, segundo, quién los determina. Como dice un autor alemán:

El ámbito en que se suelen producir estos conflictos en torno al contenido ideológico fundamental de una Constitución suele ser, la mayor parte de las veces, los posibles casos de aplicación de los derechos fundamentales. En el fondo, de lo que se trata es de si los derechos fundamentales —o mejor dicho los derechos del hombre— son traídos consigo por el hombre con su nacimiento a la sociedad estatal, siendo pues inviolables e inalienables dado su carácter natural, o si por contrario son otorgados por la sociedad estatal en virtud del orden de la comunidad, pudiendo ser por lo tanto limitados y determinados en su ámbito de aplicación.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Lowenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1961, p. 193.

Los límites implícitos, sin embargo, y desde una perspectiva enteramente jurídica, no pueden aceptarse, puesto que es pacíficamente aceptado por la doctrina especializada que el Estado tiene la potestad de decidir, mediante un procedimiento netamente jurídico, su propia extinción, por anexión o fusión de su territorio con otros Estados. Basta con pensar en los casos relativamente recientes de la reunificación alemana y de la separación de la antigua Unión Soviética en varios Estados independientes.

Ahora bien, si el Estado puede jurídicamente acordar su propia extinción, entonces no es posible entender cómo no podría acordar también la modificación radical de su ordenamiento supremo, o sea de la Constitución, aun actuando dentro del ámbito del derecho vigente. Es ni más ni menos que la aplicación del conocido adagio jurídico de que “quien puede lo más, también puede lo menos”.

De manera que las cláusulas pétreas, es decir, aquellas de contenidos constitucionales pretendidamente irreformables por su supuesta afectación del espíritu de la Constitución escrita, no pueden ser jurídicamente aceptadas, sobre todo con base en el argumento de que el Estado tiene la plena potestad de modificar sustancialmente su propio ordenamiento interno, moviéndose siempre dentro del ámbito del derecho vigente, como lo corroboran numerosas Constituciones vigentes que prevén también la posibilidad de su reforma general mediante mecanismos jurídicos expresos. Algunas de ellas, como es justamente el caso de Costa Rica, prevén la posibilidad de que tales reformas puedan afectar inclusive la forma de Estado.

Según el artículo 7o. de la carta política costarricense, Costa Rica podría hipotéticamente desaparecer como Estado soberano para formar parte de la República Federal Centroamericana. Para ello se requeriría que el eventual tratado constitutivo de la Federación fuere aprobado por dos tercios de una Constituyente convocada al efecto y por tres cuartas partes de los miembros de la Asamblea Legislativa.

Adicionalmente existe otro argumento estrictamente jurídico que impide admitir la existencia de cláusulas pétreas. En la hermenéutica jurídica hay un principio fundamental, denominado de no contradicción, según el cual la norma posterior en el tiempo puede modificar o derogar válidamente la norma anterior de igual eficacia y de igual o contrario contenido normativo. Es decir, normas de igual rango, como las constitu-



cionales, no pueden entrar en conflictos de validez, sino tan sólo de vigencia.

#### IV. LOS VICIOS DEL PROCEDIMIENTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL FISCALIZABLES EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

De lo indicado en el acápite anterior se deduce nítidamente que la teoría de los límites expresos e implícitos a la reforma constitucional sólo es aplicable al ejercicio del poder reformador de la Constitución, es decir, cuando el órgano parlamentario, mediante la utilización del procedimiento agravado en relación con la ley ordinaria, introduce reformas parciales a la carta política.

Dentro de este contexto, debemos analizar cuáles vicios procedimentales son susceptibles de fiscalización por la jurisdicción constitucional.

##### 1. *Los vicios formales*

Se consideran como formales los vicios que se refieren al procedimiento de formación del acto legislativo que reforma la Constitución y, por tanto, al acto como tal.

Los vicios formales pueden ser impugnados tanto en los procesos constitucionales *a priori* (consulta legislativa preceptiva antes de aprobarse la reforma en segunda legislatura) como a través de los procesos *a posteriori* (acciones de inconstitucionalidad en sus diversas modalidades y consultas judiciales de constitucionalidad).

El fundamento del control de los vicios de los procedimientos parlamentarios en general y, en especial, del de reforma constitucional, se encuentra en el principio democrático.

Dicho principio impone a la elaboración de la voluntad parlamentaria tres requisitos básicos: la regla de la mayoría, la participación de las minorías y la publicidad de los debates.

##### A. *La regla de la mayoría*

En relación con el principio de respeto de las decisiones de la mayoría, los diferentes ordenamientos establecen una serie de garantías en este sentido.

El principio fundamental es que las decisiones parlamentarias se toman por mayoría absoluta, lo cual permite normalmente que el partido mayoritario en el Parlamento imponga su criterio. No obstante, se admiten también mayorías calificadas en casos especiales y en aras de un superior consenso que exigen determinadas decisiones en un sistema pluralista de gobierno. Verbigracia, entre otras, la introducción de limitaciones a la propiedad privada por razones de interés público, la creación de nuevas instituciones públicas, las reformas parciales de la Constitución, etcétera. Tales mayorías calificadas son excepcionales, por lo que deben estar expresamente consagradas en el respectivo texto constitucional.

Otra garantía importante para que la decisión parlamentaria adoptada sea expresión genuina de la mayoría del Parlamento, son todas aquellas normas de carácter estrictamente instrumental cuya finalidad es la de evitar que se introduzcan distorsiones entre la voluntad que pretende manifestarse y la realmente expresada. Por ejemplo, el voto personal e indelegable de los parlamentarios, las reglas que dirimen los empates en las votaciones, las cuales exigen, por lo general, que tales problemas se resuelvan mediante sucesivas votaciones y no otorgándole voto de calidad a ningún miembro del Parlamento. Por ello, si el asunto se rechaza por no lograrse el desempate, lo que se protege es el respeto de la voluntad de la mayoría y, por ende, el principio democrático, dado que, según éste, los cambios en el contenido sólo deben producirse cuando existen más partidarios de los mismos que sus opositores.

Otra técnica legislativa que potencia el principio del respeto al principio de las mayorías la encontramos en la exigencia de que exista un quórum mínimo para la adopción de los acuerdos, pues con ello se impide que las minorías, aprovechando la ausencia de la mayoría, tomen decisiones que no se pueden atribuir al conjunto de la voluntad del Parlamento.

### *B. La participación de las minorías*

El principio democrático, en el contexto de un cuerpo fundamentalmente político y deliberante, significa también la protección de los derechos de las minorías como criterio rector para evitar los abusos o la dictadura de las mayorías.

Sin perjuicio del respeto que las decisiones de la mayoría deben merecer, las minorías tienen el derecho de hacerse oír y de participar con su voto en la toma de decisiones, particularmente en aquellos actos que por

su trascendencia se refieren a la esencia y razón de ser del régimen representativo.

El principio de respeto a las minorías es un principio consustancial en todo ordenamiento jurídico que deriva del concepto mismo de democracia, la cual debe entenderse como un continuo contraste de opiniones organizadas que concreta el principio de “gobierno de la mayoría con participación de las minorías, dentro de un régimen de libertad e igualdad”.

El principio democrático plantea, en suma, que en la toma de las decisiones en los órganos legislativos se otorgue participación a todos los parlamentarios en condiciones de igualdad y libertad.

De esa forma se garantiza que las diferentes fuerzas políticas representadas en el Parlamento puedan expresar y defender sus opiniones con el fin de influir en la decisión final.

Entre otros mecanismos, en los reglamentos parlamentarios encontramos reglas relativas a la iniciativa en el procedimiento de reforma constitucional, lo que permite la efectiva participación de las minorías en esta fase del procedimiento. También se les garantiza individualmente el derecho de enmienda y de participación en los debates tanto en Comisión como en el Pleno del Parlamento, pues el principio esencial que regula el desarrollo de los debates es la libre discusión, dado que sin él no hay posibilidad de un auténtico Parlamento democrático que refleje efectivamente la pluralidad de voces dentro del espectro social representado en el órgano parlamentario.

Por ello, para que pueda producirse una libre discusión en el seno parlamentario es requisito previo que se reconozca a los diferentes grupos representados dentro de él, el derecho de tomar parte en la discusión y expresar sus opiniones en forma libre y sin sujeción a ninguna limitación ilegítima.

El derecho a salvar el voto es también consustancial a este principio, de manera que las minorías dejen asentada en las actas oficiales su opinión sobre un determinado proyecto de reforma constitucional.

Por eso, podría concluirse que el problema constitucional más importante del Parlamento consiste en la protección de las minorías.

### *C. El principio de publicidad*

La democracia sin publicidad no es viable, pues hace imposible el control político sobre los actos de los gobernantes.

Dentro de los procedimientos parlamentarios, este principio tiene una capital importancia y se articula en una serie importante de disposiciones constitucionales y reglamentarias.

En primer término, la regla es que las sesiones tanto de las comisiones como del Pleno deben ser públicas, salvo casos muy calificados. Por otra parte, estas últimas, salvo en la hipótesis de que se hayan declarado privadas, son generalmente retransmitidas por la radio y la televisión. Con ello se garantiza que todo el pueblo pueda tener conocimiento directamente acerca de los asuntos que se debaten en el órgano legislativo.

Las votaciones, por lo general, son públicas, y si algún parlamentario lo solicita pueden hacerse nominativas y razonando el voto.

Las actas de las sesiones son documentos públicos al alcance de cualquier ciudadano que las solicite. De esa forma, los interesados con la reforma pueden hacer valer sus observaciones a los órganos parlamentarios sobre la conveniencia o inconveniencia de la reforma constitucional que se tramita.

Por tanto —y como veremos en el siguiente acápite— si durante el procedimiento de reforma constitucional se violentan alguno o algunos de estos principios, el interesado puede recurrir a la jurisdicción constitucional para solicitar la anulación de la respectiva ley de reforma constitucional.

## *2. Distinción entre vicios subsanables y no subsanables*

La distinción entre vicios subsanables y no subsanables se fundamenta en los principios del derecho parlamentario antes analizados: garantía del voto mayoritario, respeto del derecho de las minorías y publicidad del procedimiento.

Ahora bien, cuando durante la tramitación de una ley de reforma constitucional se viola alguna norma procedimental —ya sea de nivel constitucional o incluida en los reglamentos parlamentarios— que tutela alguno de aquellos principios, se puede afirmar que estamos en presencia de un acto no subsanable y, por ende, fiscalizable por medio de los procesos de control de constitucionalidad.

En otros términos, los vicios del procedimiento legislativo fiscalizables por el juez constitucional son aquellos que violan el pluralismo y los derechos de las minorías, dado que los procedimientos parlamentarios

—especialmente el legislativo y el de reforma constitucional— se deben conceptualizar como un proceso de discusión y negociación entre las diversas fuerzas políticas en presencia constante de la opinión pública.

El procedimiento, en consecuencia, garantiza no sólo la eficacia y consecución del acuerdo, sino también la integración de la voluntad de los disidentes. Por consiguiente, se encuentra directamente incardinada dentro de una de las cuatro grandes columnas que sostienen el sistema político de un Estado democrático: el pluralismo.

Para concretar los vicios fiscalizables en la jurisdicción constitucional, se establece un paralelismo entre el procedimiento administrativo y el procedimiento legislativo.

Dentro de este orden de ideas, por ejemplo, se establecen como posibles vicios del procedimiento de aprobación de las reformas constitucionales, entre otros, los actos dictados por un órgano incompetente, como sería, por ejemplo, que la ley de reforma constitucional fuere aprobada por una comisión dictaminadora y no por el Pleno del Parlamento.

También se considerarían fiscalizables en esta vía como vicios del procedimiento de aprobación de una ley de reforma constitucional, aquellos actos dictados con infracción de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, como los dictados por el Pleno sin estar reunido el quórum constitucional o reglamentario correspondiente.

Asimismo, vicios del procedimiento de aprobación de las leyes que reforman la Constitución fiscalizables en la jurisdicción constitucional serían aquellos actos dictados dentro de aquél que violaron requisitos o trámites sustanciales previstos ya sea en el texto constitucional o en los reglamentos parlamentarios. *V. gr.*, que a un proyecto de ley de reforma constitucional se le introdujeran nuevas regulaciones ajenas a su objeto normativo original por medio del mecanismo de las mociones de fondo, es decir, del ejercicio del derecho de enmienda parlamentario de que disponen los representantes populares.

Dentro de esta óptica, la Sala Constitucional ha señalado que:

Así, por ejemplo, no puede aprovecharse la enmienda para excluir de raíz la materia a la que el proyecto se refiere bajo la particular concepción de su proponente legítimo (ya fuera que se intente o no usurpar las ventajas de un proceso ya avanzado). Pero tampoco puede pretenderse que la iniciativa impone a la Asamblea (el Parlamento) el limitado deber de aprobar

el proyecto o rechazarlo, sin posibilidad de armarlo con arreglo a los diversos puntos de vista de los diputados (véase Sala Constitucional, voto 3513-94).

Ese mismo tribunal, por medio de una consulta legislativa de constitucionalidad, es decir de un control *a priori* sobre la validez constitucional de una ley, estableció que

Lo que no es posible es que por la vía de mociones se modifique y sustituya el proyecto, de manera que lo que se apruebe sea una materia distinta a la que la iniciativa del Poder Ejecutivo se propone regular y que es el objeto de la convocatoria, porque ello equivaldría a desconocer la reserva creada en el artículo 118 constitucional y a violentar o infringir las reglas del derecho de iniciativa. En otro sentido, como lo afirma la Procuraduría General de la República en su informe, puede la Asamblea Legislativa hacer reformas legales paralelas al proyecto que sean indispensables para resolver el asunto sometido a su conocimiento, lo que implica que se requiere la necesaria conexidad entre el proyecto propuesto y la reforma complementaria, a los efectos de respetar las limitaciones constitucionales de convocatoria (Sala Constitucional, voto 3788-92).

En síntesis, las transgresiones manifiestas de exigencias formales explícitamente consagradas en la Constitución y en los reglamentos parlamentarios acarrearán la inconstitucionalidad de la norma afectada.

El carácter limitado de ese reconocimiento —constreñido a los requisitos o trámites sustanciales— exige de los tribunales constitucionales que su juicio en cada situación particular esté regido por la conveniente elasticidad y el sentido práctico, y exento de meras formalidades, a fin de no obstaculizar injustificadamente el indispensable espacio de libertad de que disponen el Parlamento, sus órganos, los parlamentarios individualmente considerados y las fracciones o grupos políticos representados en aquél.

Este ejercicio de flexibilidad en la interpretación y aplicación del derecho al procedimiento legislativo es prudente y razonable y, sobre todo, plausible, cuando el parámetro del juicio de validez constitucional no es una disposición concreta, sino un principio constitucional. En este mismo sentido, no hay que perder de vista tampoco el carácter instrumental (que no es el único carácter) del procedimiento legislativo de reforma constitucional, regulado sólo en sus puntos medulares por el texto expreso

de la Constitución, que no sólo es la vía por la que el Parlamento discute para dictar la ley de reforma constitucional, sino para hacerlo, realizando a la vez el principio democrático que está en la base del ordenamiento constitucional.

En este contexto, precisamente los “requisitos o trámites esenciales” son aquellos que exige la Constitución de manera expresa y más o menos acabada, puesto que hay que presuponer que al precisarlos la Constitución y reservarlos para sí, insoslayablemente han de calificarse como “sustanciales”, y los que, establecidos en los reglamentos parlamentarios, son deducibles del principio democrático (en general o en sus diversas manifestaciones particulares, como por ejemplo el pluralismo político o el principio de publicidad).

Por el contrario, aquellos vicios que sean posibles de subsanar en el mismo procedimiento legislativo de reforma constitucional, por no violar los principios esenciales del derecho parlamentario arriba mencionados, no son susceptibles de enervar la validez de la ley de reforma constitucional. Por ejemplo, la falta de una firma en un dictamen o la celebración de la sesión de la comisión dictaminadora fuera de su sede habitual o a una hora diferente de la señalada en los reglamentos parlamentarios son, entre otros vicios, vicios subsanables y, en todo caso, que no atentan contra los principios de la mayoría, del respeto a los derechos de las minorías ni la publicidad de los procedimientos parlamentarios.

Por consiguiente, los tribunales constitucionales sólo pueden ejercer el control de constitucionalidad sobre los actos mediante los cuales el Parlamento ejercita su función de reforma constitucional, pero no sobre la decisión adoptada en virtud de criterios políticos y de oportunidad, ni acerca de la ocasión idónea para el ejercicio de su competencia, como lo ha establecido, de manera límpida, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (voto 268 del 27 de mayo de 1987).

Dentro de este orden de ideas, cabe concluir que el control sobre la *interna corporis* debe hacerse en casos muy calificados, pues de lo contrario equivaldría a negarle al Parlamento el ejercicio de su función política transaccional, para la que naturalmente tiene mayor disposición y para la cual las Constituciones lo estructuran, y presumiblemente obstaculizaría o impediría de manera abusiva el juicio eficiente de la mayoría.

Cuando el control se realiza por medio de alguno de los procesos constitucionales *a priori*, la sentencia del Tribunal Constitucional que determine la existencia del vicio tiene como efecto directo la reposición

del trámite omitido o incorrectamente realizado, en tanto que cuando la constatación del vicio se realiza en los procesos de control de constitucionalidad *a posteriori*, en tales hipótesis se decreta la nulidad total o parcial de la ley de reforma constitucional cuestionada, en su caso.

Por ejemplo, la aprobación de un proyecto de ley de reforma constitucional por una mayoría inferior a la exigida constitucionalmente enerva su validez, por lo que la declaratoria de inconstitucionalidad afecta a la totalidad del acto. En cambio, cuando se constata que lo espuriamamente introducido en el proyecto de ley fue una palabra o el párrafo de un artículo, en tal caso la declaratoria de inconstitucionalidad sólo cubre al párrafo o la palabra viciados, dejando a salvo el resto del texto, en virtud del principio de conservación de los actos públicos.

### 3. *El vicio de incompetencia*

#### A. *Concepto y alcances*

La incompetencia es un vicio del acto y no del sujeto que lo dicta, por cuanto se trata siempre de ciertos contenidos, de determinados objetos, que están sustraídos a aquel tipo de actos.

En otros términos, un acto está viciado de incompetencia en la medida en que regule determinados objetos que, conforme al ordenamiento constitucional, están sustraídos a su competencia.

En el fondo y de manera indirecta podría afirmarse que el control del vicio de incompetencia de las leyes de reforma constitucional, promulgadas a través del procedimiento de reforma parcial de la Constitución, constituye un control sobre los contenidos materiales de la reforma que se pretende introducir, por cuanto para analizar si el órgano parlamentario es o no competente para realizar la reforma en cuestión, se debe necesariamente analizar si el nuevo texto abarca o no materia expresa o implícitamente sustraída a su competencia modificatoria.

#### B. *La incompetencia del Parlamento para limitar o restringir el régimen de los derechos fundamentales a través del procedimiento de revisión constitucional*

Esta garantía institucional deriva de la distinción entre poder constituyente derivado y poder reformador de la Constitución.



En consecuencia, el poder de reforma parcial de la Constitución es limitado en todo lo relativo a su estructura (órgano titular para ejercerlo), procedimiento para su integración (forma de convocatoria a una Asamblea Constituyente), organización (número de miembros) y funcionamiento (reglas procedimentales que debe seguir en sus actuaciones), así como por razones de competencia material.

Justamente uno de los principales límites competenciales del poder de revisión parcial de la Constitución lo constituye el régimen de los derechos fundamentales, el cual no puede ser limitado ni restringido válidamente por el Parlamento, dado que los derechos fundamentales existen para proteger la libertad, no para limitarla. Por ello, sólo el pueblo en el ejercicio del poder constituyente, original o derivado, tiene el poder jurídico y la legitimación política para restringir válidamente el régimen jurídico de los derechos fundamentales, pues el ejercicio de dicho poder no está sujeto a límites competenciales.

Dentro de este orden de ideas, el artículo 139 de la Constitución italiana establece expresamente la prohibición de reformar la forma republicana de gobierno. El artículo 2o. eleva a la categoría de inviolables los derechos del hombre reconocidos por el ordenamiento italiano.

La doctrina italiana considera unánimemente que los derechos incluidos dentro de la categoría de inviolables del artículo 2o. de la Constitución tampoco pueden ser objeto de la revisión constitucional, es decir, no pueden ser derogados ni modificados, salvo para otorgarles más garantías. Así, por ejemplo, se ha dicho que

...el límite de la no revisión opera en relación sólo respecto de aquellos derechos que deben considerarse comprendidos en el texto del artículo 2o. de la Constitución, porque si bien es cierto que respecto de ellos el límite en cuestión no está directamente establecido, pero se extiende a ellos en cuanto subsista su pertenencia a aquella categoría: en breve, puede afirmarse implícito en aquella pertenencia.<sup>4</sup>

Asimismo, se ha sostenido que “límites también absolutos y expresos, aunque no resultantes de fórmulas análogas a aquella del artículo 139 de la Constitución, se derivan del artículo 2o.”<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Grossi, Pierfrancesco, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padua, 1972, p. 112.

<sup>5</sup> Mortati, Costantino, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Padua, 1972, p. 404.

También se ha subrayado que “no se puede tampoco afirmar que ése sea el único límite explícito [se refiere al del artículo 139 de la Constitución], porque dicho carácter tiene también aquel otro contenido en el artículo 2o., en la parte que reconoce los derechos inviolables del hombre”.<sup>6</sup>

Finalmente, otro gran jurista italiano, ya desaparecido, dijo sobre el particular:

La función de revisión, según la doctrina hoy día prácticamente pacífica, está sujeta a límites. Existen en la Constitución italiana (como en toda Constitución) normas provistas de una especie de superlegalidad constitucional que no son susceptibles de ser modificadas o abrogadas por la función de revisión constitucional. La demostración de este asunto está indicada en otra parte: me limitaré a recordar que según la mayoría de la doctrina los límites a la función de revisión que explícitamente la Constitución italiana pone están contenidos en los artículos 139 y 2o.: el primero relativo a la forma republicana, el segundo relativo a la inviolabilidad de los derechos y a la inderogabilidad de los deberes constitucionales.<sup>7</sup>

En Alemania, es pacíficamente aceptado que el artículo 79.3 de la Constitución de Bonn prohíbe la abolición de los derechos fundamentales por medio de la reforma constitucional. Dentro de este orden de ideas, uno de las más importantes juristas alemanes de los últimos tiempos dice al respecto:

El artículo 79.3 de la Ley Fundamental veda una abolición de los derechos fundamentales por la vía de la reforma constitucional: son inadmisibles reformas de aquélla que afecten los principios formulados en los artículos 1o. y 20 GG. Estos principios: la dignidad del hombre (artículo 1o.) y los principios democráticos y del Estado de derecho (artículo 20) resultarían afectados por cualquier abolición, porque prácticamente todos los derechos fundamentales constituyen parte esencial de tales principios, de forma tal que su eliminación suprimiría aquellos mismos principios y el ordenamiento construido sobre los mismos. No se excluye la reforma del texto de los derechos fundamentales siempre que se preserve su contenido y eficacia.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Crisafulli, Vezio, *Appunti di Diritto Costituzionale*, Roma, 1971, p. 51.

<sup>7</sup> Barile, Paolo, *Le libertà nella Costituzione*, Padua, 1966, pp. 62 y 63.

<sup>8</sup> Hesse, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, 1996, pp. 111 y 112.

En España existen dos procedimientos diversos para reformar la Constitución: en el artículo 167 se autorizan las reformas parciales y en el 168 las reformas generales. El tema en discusión, en consecuencia, consiste en establecer si la reforma constitucional del artículo 167 está o no sujeta a límites competenciales. Pedro de Vega, uno de los autores que más ha ahondado en el tema, nos dice que:

La consideración, sin embargo, del principio de soberanía popular como el primero y más claro de los límites materiales implícitos a cualquier operación de reforma, no quiere decir que sea el único. Su proclamación indiscutible, y casi obvia, como barrera infranqueable a la actividad de revisión, si tiene algún fundamento, es en la medida que constituye la base más segura para poder deducir el resto de los supuestos y contenidos del ordenamiento que, conforme a las exigencias de la lógica del Estado constitucional, han de concebirse como límites materiales implícitos... De lo que se trata, en definitiva, es de hacer patente la circunstancia de que la consagración y defensa del principio democrático de soberanía popular sólo es posible en la medida en que sea acompañada de una consagración y defensa similares de las instituciones y principios liberales, en cuya órbita, únicamente, puede adquirir una efectiva dimensión práctica. De nada serviría considerar como cláusula intangible el artículo 1.2 de nuestra Constitución (la soberanía nacional reside en el pueblo) si luego se admitiera como elementos eliminables por vía de la reforma, de una parte, en el plano orgánico, todas las instituciones y procedimientos a través de los cuales se establecen los cauces de participación popular, y por otro lado, en el plano dogmático, las garantías, derechos y libertades que evitan el secuestro, la falsificación y el engaño de la voluntad democrática. Sólo cuando el pueblo tiene institucionalizados procedimientos para expresar su voluntad, y sólo cuando esa voluntad puede manifestarse espontánea y libremente, adquiere la plenitud de su sentido hablar del principio democrático de soberanía popular. Se comprende de este modo el hecho de que, en la mayoría de los autores, al hacer el elenco de posibles límites materiales implícitos, aparezca siempre, junto al indiscutible axioma de la soberanía del pueblo, la referencia a contenidos, tanto orgánico-institucionales (división de poderes), como dogmáticos (derechos y libertades fundamentales), empalmando así, si bien desde una óptica y unos presupuestos diferentes, con la inicial versión que la burguesía otorgara al concepto político de Constitución.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Vega, Pedro de, *La reforma constitucional*, Madrid, 1985, pp. 9 y 290.

Para la doctrina española es claro que existe un límite implícito para modificar o derogar el artículo 10.1 de la Constitución, pues ello afectaría el ámbito de los derechos fundamentales.<sup>10</sup>

En síntesis, el poder de reforma constitucional es jurídicamente limitado. Dichos límites vienen dados por el núcleo sustancial de la Constitución.<sup>11</sup> Ese núcleo sustancial está constituido por el principio de la soberanía popular, el de la división de poderes y el régimen de los derechos fundamentales.

Es claro que tanto en la doctrina italiana, alemana como española es pacíficamente aceptada la tesis de que la reforma parcial de la Constitución está sometida a límites competenciales expresos e implícitos.

En algunos de estos países existen límites competenciales expresos, como la prohibición de reformar la forma republicana de gobierno (Italia, Alemania y Francia), pero la doctrina de todos estos países reconoce, de manera unánime, que dentro de los límites implícitos de la reforma constitucional está necesariamente incluido el régimen de los derechos fundamentales. En Alemania, la prohibición de modificarlo está expresamente señalada en la Constitución de Bonn.

Por tanto, la función de revisión constitucional no puede modificar el régimen de los derechos fundamentales para desmejorarlos o incluirle limitaciones no autorizadas por el Constituyente originario, es decir que sólo puede modificarlos para otorgarles mayores garantías o para fortalecerlos.

Las asambleas constituyentes sólo surgen en momentos de crisis o de creación de un nuevo Estado, es decir, cuando existen cambios de consenso en la sociedad civil subyacente. Por tanto, es necesario concluir que el constituyente originario, al crear dos procedimientos diferentes para la reforma general y parcial de la Constitución, establece límites implícitos al poder de reforma constitucional ejercido por el Parlamento, dado que éstas, por ser poderes constituidos, están sujetas a límites competenciales.

Los límites del poder reformador de la Constitución, en general, son la forma de Estado, la forma de gobierno y el régimen de los derechos fun-

<sup>10</sup> Contreras, M., *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Zaragoza, 1979, pp. 417 y 419.

<sup>11</sup> García-Atance García, María Victoria, "La reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad", *Revista de Derecho Político de la UNED*, Madrid, 1992, p. 325.

damentales. En otros términos, el Parlamento no podría, mediante el procedimiento de reforma parcial, transformar una república en monarquía o viceversa; tampoco podría cambiar la forma de gobierno porque ello implicaría una transformación radical del principio de la división de poderes, pero, sobre todo, no podría restringir el régimen de los derechos fundamentales, en virtud de que la Constitución, en un sistema democrático, fue creada para proteger la libertad de los ciudadanos, no para manillarla.

En consecuencia, el régimen de los derechos fundamentales está sustraído a la competencia de reforma parcial de la Constitución que tiene el Parlamento, salvo dos excepciones: la primera, cuando la reforma venga a reforzar dicho régimen, ya sea porque otorga mayores garantías, como ocurriría si se rebajare la edad para ser elector, o cuando se reformare la carta política para elevar a rango constitucional algún derecho reconocido hasta ese momento a nivel legal. En ambos casos se reforzaría el régimen de los derechos fundamentales, por lo que las respectivas reformas parciales de la Constitución serían válidas.

La segunda excepción se daría si se reformare el régimen de los derechos fundamentales para armonizar el ejercicio de algunos derechos, o bien porque es necesario restringir el ejercicio de un determinado derecho fundamental para armonizarlo con potestades estatales de linaje constitucional. Por ejemplo, si se reformare la disposición constitucional que consagra la inviolabilidad de las comunicaciones orales de los habitantes con el fin de autorizar las intervenciones telefónicas. En efecto, esa reforma se realizaría para armonizar el ejercicio del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones con los derechos a la tutela judicial efectiva y a la seguridad personal, que son también de naturaleza constitucional, además de hacer efectivo el ejercicio de la potestad atribuida al gobierno de garantizar el orden, la seguridad y la vida de los habitantes.

En efecto, la autorización de las intervenciones telefónicas se justificaría en la necesidad de armonizar el ejercicio de varios derechos fundamentales, así como de garantizar el efectivo ejercicio de la potestad fundamental del Poder Ejecutivo de mantener el orden y la tranquilidad de la nación y tomar las providencias necesarias para resguardar las libertades públicas.

En cambio, si una ley eliminare un contenido esencial de los derechos fundamentales deviene en inconstitucional por un vicio de incompeten-

cia, dado que esa materia está atribuida exclusivamente a una asamblea constituyente convocada al efecto.

Verbigracia, si en un determinado ordenamiento se prohibiere la reelección presidencial se eliminarían contenidos esenciales de los derechos a elegir y ser electo, que garantizan el numeral 23 del Pacto de San José y, en general, todas las Constituciones políticas. Semejante ley reduciría a los electores el universo de las personas por las que podrían votar para ocupar el cargo de presidente de la República, así como también le cercenaría el derecho, para siempre, a los ex presidentes de ser nuevamente elegidos a la primera magistratura de la nación.

En esta hipótesis se eliminaría un contenido esencial de los derechos fundamentales de elegir y ser electo, sin que existiere ninguna razón de interés público ni de armonización con otros derechos o valores constitucionales que la justifiquen, sino simplemente consideraciones de conveniencia política, las cuales, como es evidente, no siempre coinciden con el interés público.