

**NOTAS DE
ACTUALIDAD
Núm. 1/2016**



**CONFERENCIA SOBRE LA
REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN**

Autor:

Eliseo Aja
Catedrático de Derecho Constitucional

<http://www.idpbarcelona.net>

CONFERENCIA SOBRE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

Eliseo Aja
Catedrático emérito de Derecho Constitucional
Universidad de Barcelona

En algunas Facultades universitarias es costumbre iniciar el curso con un acto solemne, dirigido a todos los profesores y estudiantes, en el que se incluye una conferencia realizada por un profesor, como primera clase simbólica. Este curso el Decano de la Facultad me encomendó que hiciera esta lección inaugural y yo, tras agradecerle la deferencia, diserté sobre la reforma constitucional, siguiendo un método que me permitiría realizar una exposición alejada de posiciones partidistas y adecuada para una clase de Derecho, pese a la evidente proximidad con la política.

Para disminuir esta dificultad, en este tipo de conferencias, hay una tradición que consiste en tratar un tema clásico, explicando su estructura y evolución, y proyectarlo a continuación sobre los problemas actuales, sugiriendo algunas ideas para ulteriores reflexiones. Este escrito recoge la exposición con ligeras ampliaciones, que incluyen la bibliografía.

Con este enfoque, yo trataré la reforma constitucional, concepto jurídico clásico, de gran raigambre jurídica, pero también de indudable cariz político y de indiscutible actualidad.

Efectivamente, la reforma constitucional tiene una parte de decisión política, ya que corresponde adoptarla a las principales instituciones, y en último extremo a los partidos mayoritarios. Pero también es una institución jurídica, regulada en casi todas las Constituciones vigentes, objeto de muchas sentencias de los tribunales y lección presente en todos los manuales de Derecho Constitucional.

En cuanto a su actualidad, se puede recordar que varios partidos se han presentado a las últimas elecciones con propuestas de reformas constitucionales en sus programas (al menos PSOE, Podemos y Ciudadanos), y que se han publicado recientemente diversas monografías, destacando las de Muñoz Machado, *Vieja y nueva Constitución*, y García Roca, *Pautas para una reforma constitucional*. Aún es más significativo que ha sido el tema central de los congresos de profesores de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo del año pasado.

Naturaleza de la reforma de la Constitución

Cuando el tema de la reforma constitucional se explica en clase es frecuente que los profesores comencemos la exposición con la idea de que la Constitución es la única norma que tiene un procedimiento propio, excepcionando el principio general de que ley posterior deroga ley anterior (también los Estatutos de Autonomía tienen procedimiento propio, pero eso forma parte de su carácter cuasi-constitucional). La referencia nos sirve para introducir el concepto básico de la institución: la existencia de un procedimiento especial de reforma se explica por la superioridad de la Constitución sobre las leyes, sobre todas las demás normas. La reforma constitucional, como procedimiento específico, está al servicio de la supremacía de la Constitución sobre todo el ordenamiento.

En este sentido es muy significativo que la institución de la reforma constitucional apareciera al principio mismo del constitucionalismo moderno, de forma destacada en la Constitución americana de 1787 y en la francesa de 1791, en ambas ligada a la superioridad de la Constitución sobre las leyes.

Pero también en el primer momento aparece el debate sobre su legitimidad: ¿es justo que la Constitución dificulte su reforma?

La primera razón a favor es que la protección de la Constitución facilita la estabilidad del sistema político y jurídico. En cuanto la Constitución es la norma superior de todo el sistema, que regula las instituciones principales, con el enorme significado que Sieyès había dotado al poder constituyente, no resultaba prudente su reforma frecuente.

Pero en contra había teorías más antiguas (Locke, Rousseau), que negaban que la Constitución pudiera ser perpetua, y en este sentido se decanta la Constitución de 1791 y especialmente, la Constitución de 1793 que expresamente recoge en su art 28: "Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Ninguna generación puede imponer sus leyes a las generaciones futuras".

En realidad las posiciones anteriores no eran incompatibles y las primeras Constituciones adoptaron una orientación de equilibrio: ni la Constitución puede ser eterna ni puede caer en reformas precipitadas.

Estos eran los términos del debate en los Estados que adoptaban las primeras Constituciones liberales y así llegó a las Cortes de Cádiz, con el añadido de que en España los constitucionalistas temían que la vuelta de Fernando VII significara la derogación del texto a punto de aprobarse. El Conde de Toreno, en una intervención a finales del proceso constituyente de Cádiz (17/enero/1812) previene del peligro, y advierte al Parlamento que en España la reforma de la Constitución no sería para mejorarla sino para empeorarla. Acertó plenamente, y aún se quedó corto, porque Fernando VII no solo la empeoró sino que la suprimió ("como si nunca hubiera existido") y condenó a pena de muerte a quien osara defenderla.

Las Cartas Otorgadas francesas (1815 y 1830) española (1834), así como nuestras conservadoras Constituciones de 1845 y 1876 no prevén la reforma constitucional, porque ésta se fundaba en la soberanía nacional y el poder constituyente y las Constituciones moderadas se fundamentaban en el pacto entre la Corona y las Cortes. Pero en cambio la institución se extiende a la mayoría de países donde se aprueban las primeras Constituciones claramente liberales, como Suecia, Bélgica, etc. y se impone en la medida que el constitucionalismo se consolida en Europa y América en el resto del siglo XIX.

En el Estado liberal la reforma garantiza la superioridad de la Constitución sobre las leyes acudiendo a las técnicas de la rigidez, que podían ser muy diversas: exigencia de Convención constituyente para la reforma, distintas mayorías cualificadas, necesidad de referéndum... La institución se desarrolla y extiende claramente en la segunda mitad del XIX.

Así la teoriza James Bryce, en 1884, en un pequeño ensayo titulado, *Constituciones flexibles y rígidas*: La Constitución es flexible cuando puede reformarse de la misma manera que se aprueba una ley y es rígida cuando su reforma requiere mayorías cualificadas o procedimientos agravados, de forma que una ley no puede modificar la Constitución, e incluso la vulnera –si lo hace– por no seguir el procedimiento establecido para revisarla. La claridad de esta idea (las constituciones son rígidas o flexibles) pacificó las controversias y ayudó a comprobar que la mayoría de las Constituciones eran rígidas, salvo la inglesa, atípica en tantos puntos. El siglo XIX concluyó con el triunfo definitivo del constitucionalismo liberal sobre el principio monárquico y uno de los elementos de aquél estribaba en la teoría de la reforma constitucional.

El alud de Constituciones democráticas aprobadas o reformadas tras la I Guerra Mundial, condujo al optimismo democrático de Mirkin-Guetzevitch que las interpretaba como la racionalización del poder en *Modernas tendencias del Derecho Constitucional* (Madrid, 1934). Pero poco más de una década convulsa de entreguerras mostrarían no sólo infracciones parciales de las Constituciones, por ejemplo, introduciendo el Decreto-ley sin reformar de la Constitución, sino también la destrucción de la propia democracia con instrumentos, como hicieron los nazis con la república de Weimar. En este marco aparecen los debates sobre la creación de los tribunales constitucionales o sobre la aceptación de la mutación constitucional (cambio de sentido sin reforma) y otros que delimitaban indirectamente el contorno de la reforma constitucional.

Las Constituciones aprobadas tras la II Guerra Mundial comienzan un nuevo período constitucional que dura hasta la actualidad (como referencia podemos tomar las Constituciones italiana de 1948 y la alemana de 1949), si bien en Europa pueden distinguirse subperíodos, como los que se inician en los años setenta –nuevas democracias del Sur de Europa, que nos incluyen a nosotros- y de los años noventa, tras el derrumbamiento de la Unión Soviética. La inmensa mayoría de las Constituciones democráticas recuperan la teoría clásica de la reforma constitucional (rígida-flexible), y refuerzan la diferencia entre el “poder constituyente” y el “reforma constitucional”, con la enorme consecuencia de que en una constitución democrática (rígida) no hay poder constituyente sino poder de reforma constitucional. Georges Burdeau acentúa la diferencia divulgando una terminología que hará fortuna por su carácter de oximorón: “poder constituyente y “poder constituyente-constituido”¹.

Aunque los caracteres clásicos de la reforma constitucional se mantienen, el enorme reforzamiento de la Justicia Constitucional (para Favoreu la gran novedad constitucional del siglo XX) o la extensión de otros ya conocidos, como las cláusulas irreformables, en particular, los límites materiales a la reforma que derivan de principios constitucionales (ejemplo destacado, el art. 79.3 Const Alemana) vuelven a trastocar los contornos de la reforma constitucional. Otros cambios provienen de la aparición de instrumentos de defensa o protección de la Constitución que, según Stern², toda Constitución debe prever tras la experiencia alemana de Weimar.

¹ BURDEAU, Georges, *Derecho Constitucional e Instituciones políticas*, Madrid, 1981, pp. 108 y ss.

² Klaus STERN, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, 1987, CEC, pp.366 y ss.

Es imposible dedicar ahora una atención, ni siquiera mínima, a estos cambios, pero todos ellos delimitan indirectamente el instituto jurídico de la reforma. Conviene resaltar, además, el protagonismo adquirido por la extensión y el reforzamiento de los Tribunales Constitucionales, tanto por su papel de intérprete supremo de la Constitución, que realiza cambios constitucionales materiales a través de su doctrina, como por su función de control de las propias reformas constitucionales en algunos países.

La regulación de la reforma en la Constitución de 1978.

En la historia constitucional de España los textos de carácter liberal y democrático se corresponden perfectamente con las Constituciones rígidas (1812,1869 y1931) y las Constituciones moderadas (reaccionarias) de 1845 y 1876 son flexibles, aunque en realidad omiten toda mención a la reforma constitucional, respondiendo a la teoría de la soberanía interna, compartida por la Corona y las Cortes. La Constitución de 1978 se apunta naturalmente a la primera tendencia, de acuerdo además con la inmensa mayoría de las Constituciones europeas, y dedica un título específico, el X, a la reforma constitucional. Contiene cuatro artículos en los que destaca la coexistencia de dos procedimientos aparentemente muy distintos, uno simple y otro agravado.

El art. 166 CE regula la iniciativa, que es la misma que para las leyes, salvo la exclusión de la iniciativa legislativa popular.

El artículo 167 CE prevé un procedimiento, conocido como "simple" u "ordinario" que exige la aprobación de la reforma por mayoría cualificada de 3/5 de ambas Cámaras, contiene previsiones para resolver las diferencias entre las Cámaras y admite un referéndum si lo solicita una décima parte de los miembros de cualquiera de las dos Cámaras.

El art.168 CE prevé un procedimiento más "agravado" o "super-rigido", que requiere la aprobación del principio de la reforma por una mayoría de 2/3 de los miembros del Congreso y del Senado, la disolución de ambas Cámaras, la aprobación de las nuevas Cámaras por la misma mayoría y el sometimiento a referéndum popular. Este procedimiento más complicado ha de seguirse cuando se trate de una reforma total de la Constitución o de una parcial que afecte al Título Preliminar, los Derechos Fundamentales (sección primera) o a la Corona (Título II).

El art. 169 CE prohíbe iniciar la reforma en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el art. 116 CE. A lo largo de la Constitución solo en el art. 95.2 CE contiene una mención adicional a la revisión constitucional indicando que el control previo de constitucionalidad procederá cuando se pretenda firmar un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución.

La Constitución no se refiere al control de la reforma por el Tribunal Constitucional, salvo en el supuesto citado del art. 95.2 CE, y por tanto ha de concluirse que el Tribunal no puede realizar el control de constitucionalidad a posteriori porque la nueva norma constitucional no es una ley sino parte de la norma suprema, inaccesible al Tribunal Constitucional después de su aprobación.

Esta posición coincide con el rechazo a la admisión de cláusulas irreformables en la Constitución, que más allá de su obvia inexistencia formal, el propio Tribunal Constitucional ha deducido en varias Sentencias del dato evidente de que la Constitución admite su reforma total, sin excepción material alguna (STC 103/2008, por ejemplo). Ahora resulta imposible referirse más a los procedimientos, pero ya en los años ochenta se publicaron obras, como la de Pedro de Vega y Javier Perez Royo que abordaron su estudio, como se indica en la bibliografía final.

Podemos, en general, considerar la regulación de la reforma constitucional en España equivalente a las Constituciones rígidas en los Estados democráticos occidentales, dentro de las muchas variantes que presentan en el recurso a mayorías cualificadas y procedimientos agravados. En lo esencial, los dos procedimientos de reforma refuerzan la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma, y protegen de modificaciones precipitadas, o deberían hacerlo, porque en la práctica no ha sido exactamente así.

La práctica de la reforma constitucional.

A la vista de las reformas realizadas, cabe iniciar esta valoración señalando que se han realizado muy pocas. En los casi 40 años de vigencia constitucional se ha hecho dos reformas: el 13.2 CE para introducir una sola palabra (sufragio "pasivo" de los extranjeros residentes en España), como consecuencia del tratado de Maastricht, en agosto de 1992; y las modificaciones del art. 135 CE, para introducir el principio de estabilidad presupuestaria, también por presión de la Unión Europea, en septiembre de 2011, en este caso con gran trascendencia.

Es verdad que los números no son muy significativos en esta materia, porque las reformas pueden tener efectos muy distintos, pero puede resultar orientador compararnos con países próximos: en Francia, desde 1958, se han hecho 24 reformas; en Alemania, desde 1949 han realizado 60 reformas; en Italia, desde 1948 se han aprobado 38 leyes constitucionales, que no son exactamente lo mismo pero puede servirnos como punto de comparación para las reformas. Por cierto que el próximo 4 de diciembre (2016) realizarán un referéndum sobre la última reforma que afecta principalmente al Senado.

Aunque los números no sean decisivos, por su diferente importancia, la enorme diferencia con países muy próximos no deja de ser reveladora. Además, las dos reformas de España fueron realizadas con extraordinaria urgencia y muy poca reflexión, exactamente al revés de lo que se espera de una reforma de la norma suprema.

Es frecuente achacar la escasez de cambios a la dificultad de los procedimientos de reforma, pero no es así. Tres quintos y un referéndum facultativo a petición de una décima parte de los diputados no resulta excesivo gravamen, porque implica una mayoría de 210 diputados sobre 350, lo que se alcanzaba fácilmente con los dos partidos más numerosos (hasta las elecciones de 2015) y 35 sobre 350 para pedir el referéndum (décima parte de los diputados) solo sirve para marginar a los partidos más pequeños.

Pero ni siquiera las exigencias del llamado procedimiento super-rígido del art. 268 CE resultan inalcanzables. Dos tercios del Congreso significan 232 sobre 350 diputados, muchísimo menos de la mayoría que aprobó la Constitución de 1978, que fue de 325 votos. A veces se insiste que la mayor dificultad estriba en la aprobación por dos legislaturas pero cabe recordar que este procedimiento de doble legislatura existe en 11 países de Europa, entre ellos Bélgica, Holanda, Dinamarca, Grecia, Suecia, Noruega... y con él se han realizado múltiples reformas. También se corresponde con la mejor tradición de España porque se encuentra en las Constituciones de 1869 y 1931.

Podría pensarse que la escasez de reformas proviene de la falta de problemas, o de alternativas para solucionarlos, pero nada más falso. A lo largo de las dos últimas décadas han surgido reivindicaciones muy amplias de reforma constitucional, como serían las siguientes.

-La reforma del Senado ha sido un clamor en distintos momentos, pero en 1994-96 fue la propia Cámara la que aprobó iniciar el estudio de su reforma para potenciar a las CCAA. En otras ocasiones se ha planteado la modificación, siempre sin fortuna.

-En los años del cambio de siglo se completaba el traspaso a las Comunidades Autónomas de las competencias más complejas (educación y sanidad), y la estructura del Estado autonómico apunta ya entonces una necesidad de cambios (que intentan, a su manera, los proyectos de Estatutos vasco y catalán en 2003 y 2006) sin que se realicen las paralelas reformas de la Constitución en la distribución de competencias, la financiación, etc.

-El gobierno Zapatero propuso en 2005 iniciar la reforma de 4 puntos concretos de la Constitución y se dirigió al Consejo de Estado para que articulara la reforma. Este acumuló estudios y, finalmente, dió el visto bueno a la propuesta... pero el Presidente del Gobierno la aplazó *sine die* (diciembre de 2008), sin mayores explicaciones.

-El gobierno y la mayoría parlamentaria de Cataluña vienen planteando, especialmente desde septiembre de 2012, una serie de reivindicaciones de independencia política, que implican un cuestionamiento directo de la Constitución y del Estatuto de autonomía, que han sido considerados inconstitucionales pero que quizás merecían también alguna reflexión sobre la reforma.

-En los últimos años se ha producido un desajuste de las instituciones representativas que se refleja, tras las elecciones de 2015, en un cambio de sistema político (fin del bipartidismo PP-PSOE y sustitución por un pluripartidismo) que ha tenido su expresión más clara en el fracaso de las sucesivas investiduras del Presidente de Gobierno en 2016.

Reflexiones, aquí y ahora, sobre la reforma

La decisión sobre la puesta en marcha, la forma y el resultado de la reforma constitucional es profundamente política, pero los profesores y en general los expertos podemos ayudar a tomarla estudiando los problemas actuales y apuntando las alternativas que existen en otros países o que pueden deducirse de nuestra propia experiencia.

En todo caso, políticos y expertos han de comenzar por contestar a la misma pregunta sobre la necesidad de acudir a la reforma. ¿existen problemas políticos graves que aconsejen la reforma de la Constitución? Siguiendo la doctrina clásica, Hesse entiende que la

reforma corresponde cuando ni la ley ni la interpretación pueden cambiar un defecto claro e importante del sistema político.

La mayor parte de los comentarios consideran que el sistema constitucional en España tiene problemas graves en tres ámbitos: primero, la regulación de las instituciones democráticas (dimensión electoral, especialmente, pero no solo), a partir del cambio del sistema de partidos; segundo, el sistema autonómico (distribución de las competencias y financiación, así como el papel del Tribunal Constitucional y el Senado); y en tercer lugar, el reconocimiento de una posición especial para Cataluña y alguna otra Comunidad autónoma, dentro de un sistema plurinacional integrador. La reforma de la constitución, bien planteada, puede ser una vía para restituir el proceso catalán a la constitucionalidad, como sugiere el propio Tribunal Constitucional en la STC 42/2014.

La reforma no solo conviene cuando las instituciones funcionan mal sino también cuando los ciudadanos muestran una desafección respecto a ellas (el "no nos representan" del 15-M), lo que suele coincidir, pero también tiene causas diferentes en el paso del tiempo y el cambio de generaciones, y sus valores, desde que la Constitución se aprobó hasta ahora. Es cierto que hay otras constituciones mucho más viejas, pero también que han sido mucho más reformadas, o puestas al día por otras vías. En todo caso, la integración de los ciudadanos en el sistema es un objetivo básico del Estado, al menos desde Maquiavelo a Smend.

Algunas voces argumentan que la reforma no es posible porque no existe el consenso necesario, pero hay que tener en cuenta que la aprobación de la reforma de la Constitución no exige consenso sino unas mayorías cualificadas (3/5 y 2/3, que ya se han citado), muy inferiores a las cifras que aprobaron la Constitución, pero sobre todo hay que saber que el consenso nunca existe a priori sino que es resultado de la dinámica de debate y cesión mutua de las fuerzas políticas que participan.

Por eso no tiene sentido adelantar ahora que una reforma sería inviable o que no existen los partidos políticos capaces de realizarla, porque la dinámica de aproximar mayorías no aparecerá hasta que se ponga en marcha el proceso de reforma, y cuando lo haga se alcanzaran concesiones y acuerdos que hoy no son imaginables.

Si es verdad que la mayoría de la desafección en Cataluña y otras CCAA proviene de algunas Sentencias del Tribunal constitucional cabe un argumento adicional para la reforma: es la vía clásica para reconducir una doctrina del Tribunal Constitucional que se considera errónea o una interpretación poco democrática.

Si se cree que la participación de juristas expertos puede ayudar al debate de los políticos podría ensayarse una vía que ha funcionado en países como Alemania o Suiza para preparar las reformas, la formación de una Comisión mixta políticos-expertos que elabore una primera lista de problemas y de posibles alternativas. En nuestro país, el instrumento podría tener la virtud adicional de frenar la puja de radicalidad –en variadas direcciones– de los partidos políticos.

Acabo ya, la reforma constitucional es una previsión de la propia Constitución, como en el resto de países occidentales, para corregir los defectos graves aparecidos en las instituciones y para renovar la integración de los ciudadanos en el sistema político. Su menosprecio supone la ignorancia de un instrumento de gran capacidad para ajustar las funciones que corresponde a la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Los primeros estudios generales aparecieron en los años ochenta, con los libros de Pedro de VEGA, *La reforma de la Constitución y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1985, Tecnos y Javier PEREZ ROYO, *La reforma de la Constitución*, Madrid, 1987, Congreso de los Diputados. Posteriormente, A. PACE y J.VARELA SUANCES, *La rigidez de las Constituciones escritas*, Madrid, 1995, CEC.

Presta ya atención a las materias sectoriales que podrían ser objeto de reforma, ROURA, S. y TAJADURA, J., *La reforma constitucional*, 2005, Biblioteca nueva. Esta literatura se multiplica en los últimos años como muestra J. GARCIA ROCA, Dtor, *Pautas para una reforma constitucional*, M, 2014 y MUÑOZ MACHADO, *Vieja y nueva Constitución*, 2016, Crítica.

Entre las revistas que tratan monográficamente el tema, *Claves de la razón práctica*, num. 241, jul-ag. 2015, con artículos de Rubio Llorente, Eliseo Aja, Francisco Laporta, Francesc de Carreras y Antonio Rovira y *El Cronista del Estado Social y democrático de Derecho*, monográfico, marzo, 2015, que recoge ponencias del congreso de los profesores de Derecho Administrativo.