

SOBRE LOS LÍMITES MATERIALES DE LA ENMIENDA Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL

José Vicente Haro *

Sumario. INTRODUCCION. I. ORIGEN HISTORICO DE LA TESIS DE LOS LIMITES MATERIALES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y SU RECEPCION POR LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL. 1. *Origen histórico de la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional.* 2. *La tesis de los límites materiales de la reforma constitucional en la doctrina.* II. CONTENIDO DE LOS LIMITES MATERIALES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL SEGUN LA DOCTRINA. III. JUSTIFICACION DE LA TESIS DE LOS LIMITES MATERIALES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LAS CRITICAS FORMULADAS EN SU CONTRA. 1. *Justificación de la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional.* 2. *Crítica formulada a la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional.* IV. EL PROBLEMA DE LOS LIMITES MATERIALES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL FRENTE AL PODER DEL PUEBLO. V. NECESIDAD DE REPLANTEAR LA PROBLEMÁTICA DE LOS LIMITES MATERIALES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL. CONCLUSIONES

INTRODUCCION

Como explica el profesor español CARLOS DE CABO, cuando la doctrina se refiere a los límites materiales de la reforma constitucional¹ entiende que “en toda Constitución se encuentra un núcleo que define su identidad así como la identidad y (de cuyo mantenimiento depende la) continuidad del Estado, por lo que es, necesariamente, inmodificable”².

Reseña el profesor DE CABO que en la doctrina “esa inmodificabilidad se configura, por tanto, como un componente básico de lo que genéricamente se conoce como defensa de la Constitución y fundamenta, asimismo, la tesis que se viene sosteniendo en la materia de la imposibilidad de suprimir el Orden Constitucional en su totalidad y sustituirlo por otro distinto (naturalmente en términos de Reforma)”³.

* Este artículo será publicado también en la obra *Tendencias actuales del Derecho Público*, que se editará para conmemorar los cincuenta años de la Universidad Católica Andrés Bello y de su Facultad de Derecho.

¹ Aunque el título que hemos seleccionado para este artículo se refiere a la “enmienda” y la “reforma” constitucional, como si fueran dos procedimientos o formas distintas de revisión o modificación de la Constitución (como sucede en algunos ordenamientos en Derecho Comparado), en lo sucesivo, a los efectos de nuestra exposición, al referirnos a los límites materiales de la reforma constitucional, nos estaremos refiriendo a los límites materiales tanto de la enmienda como de la reforma constitucional propiamente dicha.

² DE CABO, CARLOS, *La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*. Editorial Trotta. Madrid. 2003. Pág. 41.

³ *Idem*.

Se trata por ello de uno de los aspectos más controvertidos de la temática de la reforma constitucional, temática que como ya señalaría el autor alemán Jellinek se mueve en los linderos entre el derecho constitucional y la política⁴.

Sobre esta materia hay un inacabado debate doctrinario dentro del cual podemos encontrar posiciones diversas en favor o en contra de la existencia de límites a la reforma constitucional.

Esas posiciones dependen de la concepción que se tenga sobre el poder de reforma y, especialmente, de la diferenciación o no entre el poder constituyente y el poder de reforma, tema al cual la doctrina le ha dedicado las más interesantes disquisiciones.

Señala el profesor español PEDRO DE VEGA que “negar o afirmar la existencia de límites, presupone una definición y una opción clara sobre el entendimiento y la naturaleza del poder constituyente y del poder de revisión. Cuando no se reconocen límites de ningún tipo a la operación de reforma, lo que en realidad se está proclamando es la identificación entre poder constituyente y poder de reforma. Porque el poder de reforma es ilimitado, bien puede considerarse como el auténtico y soberano poder constituyente del Estado. Cuando, por el contrario, se entiende que la reforma tiene unas fronteras que de ningún modo puede sobrepasar, lo que se está consagrando es la diferencia tajante entre poder constituyente y poder de revisión. Porque el poder de reforma es un poder limitado, de ningún modo puede equipararse con el poder constituyente y soberano”⁵.

En las siguientes páginas nos aproximaremos al tema de los límites de la reforma constitucional, dejando a un lado lo relativo a los límites formales, para enfocarnos básicamente en los límites materiales.

A tales efectos, haremos somera referencia a los orígenes históricos de los límites materiales de la reforma constitucional y su debate por la doctrina constitucional. Luego, expondremos en muy resumidos términos lo que, según la doctrina, constituye la finalidad de los límites materiales de la reforma constitucional, para, posteriormente, hacer referencia a las tesis que justifican la función de esos límites materiales en el constitucionalismo moderno, así como a las tesis que critican tal función.

Todo lo anterior nos servirá para seguidamente exponer la problemática de la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional frente a lo que llamaremos el “poder del pueblo”. En este sentido, sostendremos que independientemente de la posición que se asuma en general frente a la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional, no puede hablarse (o es un error hablar) de límites materiales, cuando una reforma constitucional es realizada por iniciativa popular y mediante aprobación por referéndum, pues, en este caso, la suma de estos dos mecanismos de democracia directa representa la manifestación del poder constituyente originario del pueblo, poder frente al cual no pueden oponerse límites materiales.

⁴ JELLINEK, G.: *Reforma y mutación de la Constitución*. Traducción de Christian Förster. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991. Pág. 3.

⁵ DE VEGA, PEDRO, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*. Editorial Tecnos. Madrid. 1985. Pág. 220.

La posición que expondremos, lejos de lo que puede parecer a simple vista, no es aplicable solo a un caso de laboratorio. La posibilidad de que se acumulen la iniciativa popular y el referéndum para aprobar una modificación al Texto Fundamental si bien era extraña en las constituciones latinoamericanas hace veinte años, está ahora prevista en varias de esas constituciones como es el caso de la Constitución la venezolana.

Por último, expondremos algunas consideraciones sobre la necesidad de replantear la problemática de los límites materiales de la reforma constitucional y su función en el constitucionalismo moderno, lo cual haremos motivados particularmente por una creencia: la creencia en la posibilidad de evolucionar, de cambiar y mejorar las cosas cuando es necesario, entre ellas, la propia Constitución.

I. ORIGEN HISTORICO DE LA TESIS DE LOS LIMITES MATERIALES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y SU RECEPCION POR LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

1. *Origen histórico de la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional*

Como señalamos anteriormente, la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional entiende que “en toda Constitución se encuentra un núcleo que define su identidad así como la identidad y continuidad del Estado, por lo que es, necesariamente, inmodificable”⁶. Para adentrarnos en el origen de esa tesis debemos tener en cuenta lo siguiente:

La reforma constitucional es uno de los aspectos que caracteriza las Constituciones rígidas⁷ (si se nos permite seguir utilizando esta terminología a pesar de las observaciones que ya ha formulado la doctrina sobre pérdida de vigencia de la clasificación entre Constituciones flexibles y Constituciones rígidas⁸).

Una de las características de las Constituciones rígidas es el principio de supremacía constitucional, que entendía Bryce como la “autoridad superior” que poseen las constituciones rígidas frente a las otras leyes del Estado⁹, y que actualmente se entiende por el carácter que ellas tienen de “*lex superior*, que obliga por igual a gobernantes y gobernados”¹⁰.

Conforme a la doctrina, si bien el poder constituyente como manifestación del pueblo soberano constituye una realización del principio democrático, “al aprobarse la Constitución, que obliga por igual a gobernantes y gobernados el único axio-

⁶ DE CABO, CARLOS, *La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*. Ob. Cit. Pág. 41.

⁷ BRYCE, JAMES, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1988. Pág. 64.

⁸ DE VEGA, PEDRO, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*. Ob. Cit. Pág. 49 y ss.

⁹ BRYCE, JAMES, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*. Ob. Cit. Pág. 64.

¹⁰ DE VEGA, PEDRO, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*. Ob. Cit. Pág. 15.

ma efectiva y verdaderamente operante del Estado constitucional, no puede ser otro que el de la supremacía constitucional”, la tensión entre esos dos grandes principios se pondrá de manifiesto cuando nazca la necesidad de realizar cambios a la Constitución y debe ser resuelta desde la perspectiva de la reforma constitucional¹¹.

Por otra parte, así como la temática de la reforma constitucional se encuentra inexorablemente unida a la relación entre tiempo y derecho (como señala el profesor Carlos De Cabo¹²), lo cual hace que en la Constitución “frente a su vocación de permanencia” se contraponga la necesidad de cambio¹³, es decir, que frente a la idea de “inmutabilidad” de la Constitución se contraponga la “idea de cambio”¹⁴; también el tema de los límites materiales a la reforma constitucional debe considerarse estrechamente relacionado con la idea de tiempo, con el tiempo histórico en que nacen las constituciones y las realidades políticas, económicas y sociales que tendrán que abrazar en su camino y que presionarán para su modificación y adaptación a los nuevos tiempos.

Teniendo en cuenta los anteriores aspectos creemos indispensable remontarnos al origen de las Constituciones rígidas, pues, allí parece estar, como veremos, el origen de la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional¹⁵.

En la obra clásica de JAMES BRICE, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, ya se señalaba que el establecimiento de las Constituciones rígidas se debía, por lo general, a uno o a alguno de los cuatro motivos siguientes:

a) “Al deseo de los ciudadanos –es decir, al de la parte de la población que disfruta de los derechos políticos- de asegurar sus propios derechos cuando están amenazados y de limitar la acción del gobernante o gobernantes”¹⁶.

b) “Al deseo de los ciudadanos, o al del gobernante que quiere agradar a los ciudadanos, de promulgar en términos positivos y definidos la forma de gobierno preexistente, y de evitar con ella posteriores controversias respecto al mismo”¹⁷.

c) “Al deseo de los que están fundando una comunidad política nueva de dar cuerpo, en un instrumento que lo asegure y lo haga popularmente comprensible, al proyecto bajo el que quieren ser gobernados”¹⁸.

¹¹ *Idem.* Págs. 20 y 21.

¹² DE CABO, CARLOS, *La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*. Pág. 20.

¹³ *Idem.* Pág. 21.

¹⁴ DE VEGA, PEDRO, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*. Ob. Cit. Pág. 59.

¹⁵ No obstante, hay que resaltar que el problema de los límites a la reforma constitucional no es propio y único de las llamadas constituciones rígidas, pues, como observó el constitucionalista inglés Geoffrey Marshall en su *Teoría Constitucional*, la doctrina tradicional inglesa encabezada por Coke, Blackstone y Dicey, ya sostenía que el Parlamento no puede vincular a sus sucesores. Marshall, Geoffrey: *Teoría Constitucional*. Espasa-Calpe. Madrid. 1982. Pág. 70.

¹⁶ BRYCE, JAMES: *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*. Ob. Cit. Pág. 69.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Idem.*

d) “Al deseo de comunidades separadas o de grupos o sectores distintos dentro de una comunidad grande (y probablemente ligeramente unida) de establecer y promulgar los términos bajo los que sus derechos e intereses respectivos han de ser salvaguardados y su acción conjunta efectiva en los asuntos comunes asegurada por medio de un Gobierno”¹⁹.

Asimismo, señaló BRYCE que “las constituciones de este tipo han nacido, generalmente, cuando la masa del pueblo estaba ansiosa de asegurar sus derechos contra las extralimitaciones del poder y construir una estructura de gobierno, en el cual sus voces tuvieran la seguridad de imponerse. Estas constituciones procuran una protección valiosa a las minorías, que, si no en peligro de ser sojuzgadas por la tiranía de las masas, están, al menos, expuestas a ser acalladas y llevadas al desaliento por las mayorías; por lo tanto, necesitan toda la protección que las garantías legales puedan darles”²⁰.

Las citas antes expuestas son una de las tantas referencias que podrían darse para ubicar el nacimiento de las constituciones rígidas dentro de un tiempo histórico determinado en el cual la necesidad de garantizar ciertos principios y ciertos derechos a los ciudadanos frente al poder del Estado, obligó a establecer la Norma Fundamental a la que se debía someter ese Estado, todo lo cual, como veremos posteriormente, determinará también el nacimiento de la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional.

Es precisamente esa necesidad, esa vocación de garantía con la que nace la Constitución, la que será determinante para establecer en ella misma unas reglas específicas para su reforma. Muestra de ello es que, como reseñó CARRÉ DE MALBERG, la Constitución francesa de 1791 en su Título VII, artículo 1º, “después de haber declarado que ‘la nación tiene derecho a cambiar su Constitución’ añadía en seguida que dicho cambio sólo puede efectuarse ‘por los medios previstos en la misma Constitución’ ”²¹.

Esa declaración de la Constitución francesa de 1791, como forma de someter la reforma de la Constitución a las reglas del Poder Constituyente se hizo a partir de la tesis de la separación y, más específicamente, de la diferenciación entre Poder Constituyente y Poder Constituido. De allí que consideremos necesarios referirnos, aunque sea someramente, a esa tesis.

Según CARRÉ DE MALBERG, la teoría de la separación entre Poder Constituyente y Poder Constituido tiene su origen en la Revolución Francesa y en la interpretación y aplicación que los mentores de la Revolución hicieron de la doctrina de Montesquieu, por un lado, y de Rousseau, por el otro²².

En este sentido, señaló el autor francés que “la idea de un poder constituyente, o sea de un poder inicial superior que es la fuente común de todos los poderes constituidos, parece, al primer golpe de vista, totalmente extraña a una teoría como

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Idem.* Pág. 112.

²¹ CARRÉ DE MALBERG, R.: *Teoría General del Estado*. Fondo de Cultura Económica. México. 1998. Pág. 1174.

²² *Idem.* Pág. 1188.

la de Montesquieu, que en principio admite la divisibilidad de la potestad estatal y que incluso exige la división de ésta. De hecho, Montesquieu, *ab initio*, descompone esta potestad en tres poderes, sin que parezca preocuparse ni de la unidad estatal ni de la relación que debe mantenerse entre los tres poderes separados y la potestad una del Estado²³.

No obstante esa observación, apunta CARRÉ DE MALBERG que “la teoría de los tres poderes y de su reparto entre tres clases de órganos implicaba, en el fondo, y había que hacerla surgir necesariamente después, de la teoría especial del poder constituyente, pues para explicar lógicamente semejante reparto era evidentemente necesario llegar a la idea de una autoridad primitiva y superior, que, incluso si no es el sujeto común de los tres poderes, quede colocada por encima de sus distintos titulares y establezca entre ellos la distribución de las competencias²⁴”.

Por ello, según CARRÉ DE MALBERG, la teoría de la separación de poderes abría el camino a la del poder constituyente²⁵.

En este sentido, apuntó CARRÉ DE MALBERG que la Teoría de Montesquieu será la base racional del discurso de *Sieyès* en su doctrina de la separación del Poder Constituyente y el Poder de Reforma. A tal efecto cita CARRÉ DE MALBERG la “Exposición razonada de los derechos del hombre” leída por *Sieyès* al Comité de la Constitución el 20 de julio de 1789.

Allí señalaría *Sieyès* que “la palabra Constitución se refiere al conjunto y a la separación de los poderes públicos²⁶”. Y agregaría que “una Constitución supone ante todo un Poder Constituyente. Los poderes públicos se hallan todos ellos, sin

²³ *Idem*.

²⁴ *Idem*.

²⁵ Lo descrito por CARRÉ DE MALBERG se refleja además en la obra de Montesquieu quien, en *De l'Esprit des lois*, señaló que “Si el pueblo entero es, en la República, dueño del poder soberano, estamos ante una democracia; si el poder soberano está en manos de una parte del pueblo, se trata de una aristocracia. El pueblo es, en la democracia, monarca o súbdito, según los puntos de vista. A través del sufragio, que es expresión de su voluntad, será monarca puesto que la voluntad del soberano es el mismo soberano. Las leyes que establecen derecho al voto son, pues, fundamentales en ese gobierno. La reglamentación de cómo, por quién y sobre qué deben ser emitidos los votos, es tan importante como saber en una monarquía quién es el monarca y de qué manera debe gobernar. De igual manera señaló Montesquieu que “El pueblo que detenta el poder soberano debe hacer por sí mismo todo aquello que pueda hacer bien; lo que no pueda hacer bien lo hará por medio de sus ministros. Sus ministros no le pertenecen si no es él quien los nombra; es, pues, máxima fundamental de este Gobierno que el pueblo nombre a sus ministros, es decir, a sus magistrados”. (...). Finalmente, expuso Montesquieu: “Puesto que en un Estado libre, todo hombre, considerado como poseedor de una alma libre, debe gobernarse por sí mismo, sería preciso que el pueblo en cuerpo desempeñara el poder legislativo. Pero como esto es imposible en los grandes Estados, y como está sujeto a mil inconvenientes en los pequeños, el pueblo deberá realizar por medio de sus representantes lo que no puede hacer por sí mismo” (...) “La ventaja de los representantes es que tienen capacidad para discutir los asuntos. El pueblo en cambio no está preparado para eso, lo que constituye uno de los grandes inconvenientes de la democracia”. “El pueblo no debe entrar en el gobierno más que para elegir a sus representantes”. Montesquieu: *Del Espíritu de las leyes*. Editorial Tecnos. Madrid. 1985. Traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Pág. 11 y 12. Libro II. Capítulo II y Libro XI Capítulo VI.

²⁶ CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría General del Estado*. Ob. Cit. Pág. 1189.

excepción, sometidos a leyes, a reglas, a formas, que no pueden alterar a su antojo. En cuanto no han podido constituirse ellos mismos, carecen asimismo de facultad de alterar su Constitución. En cambio, el Poder Constituyente lo puede todo en este orden de cosas, pues no se encuentra sometido a una Constitución previa”²⁷.

Aparece allí, como señala CARRÉ DE MALBERG, una distinción entre Poder Constituyente y Poder Constituido, como poder ilimitado el primero y limitado el segundo, que nace de un concepto de Constitución que integra la teoría de la separación de poderes de Montesquieu, con la teoría del Poder Constituyente originario que surge con más fuerza de la doctrina de la soberanía popular de Rousseau.

En efecto, la doctrina de la soberanía popular se refleja en *Sieyès* en cuanto hace residir el Poder Constituyente en el pueblo, pero, debe aclararse -como hizo CARRÉ DE MALBERG-, que la doctrina del contrato social de Rousseau, si bien hacía residir el poder en el pueblo, “excluye completamente el concepto de derechos individuales hechos intangibles contra el legislador” puesto que -como señaló el referido autor francés citando a Rousseau- “el contrato social se reduce a una sola cláusula ‘la enajenación total de cada asociado, con todos sus derechos, a favor de toda la comunidad’”²⁸.

Al respecto, señaló CARRÉ DE MALBERG que “el principio de la soberanía popular aparece, pues, en esta doctrina, como el complemento lógico de la teoría de Montesquieu, o más bien como la idea principal y dominante sin la cual dicha teoría sería ininteligible e inaceptable. En este sentido se ha podido decir, para caracterizar la doctrina de *Sieyès*, que es una síntesis de la doctrina de Rousseau sobre la soberanía del pueblo y de la teoría de Montesquieu sobre la separación de Poderes (Zweig, Jellinek)”²⁹.

En definitiva, según lo señalado por CARRÉ DE MALBERG “la separación del poder constituyente y la Constitución misma fueron concebidas como medios destinados a proporcionar la garantía del derecho individual”³⁰.

De hecho, *Sieyès* llegó a señalar que “toda unión social, y, por consiguiente, toda Constitución política, sólo puede tener por objeto manifestar, extender y asegurar los derechos del hombre y el ciudadano”³¹. Para CARRÉ DE MALBERG, según ese concepto “la Constitución tiende esencialmente a procurar al derecho individual la seguridad que le es debida. La organización constitucional de los poderes públicos no tiene otro objeto”³².

Por ello CARRÉ DE MALBERG afirma que “la separación del poder constituyente viene a ser el corolario lógico y necesario de estas ideas individualistas. Si, como dice *Sieyès* ‘una Constitución supone ante todo un poder constituyente’, es, entre otras razones, porque ‘sólo puede tener por objeto asegurar los derechos del hom-

²⁷ SIEYÈS, ENMANUEL, *Escritos y Discursos de la Revolución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1990. Pág. 100.

²⁸ *Idem*. Pág. 1188.

²⁹ *Idem*. Pág. 1190.

³⁰ *Idem*. Pág. 1191.

³¹ Citado por CARRÉ DE MALBERG. Ob. Cit. Pág. 1191.

³² *Idem*. Pág. 1191.

bre y del ciudadano'; pues uno de los medios esenciales de asegurar estos derechos individuales es el de fijar límites a la potestad de las autoridades constituidas, y especialmente a la potestad del legislador, imponiéndole, por medio del acto constitucional, reglas superiores de las que no pueda prescindir y a las que nada pueda cambiar por sí misma. Estas reglas limitativas, obra de una autoridad constituyente superior, constituirán la garantía de los particulares"³³.

En la misma línea apunta el autor español ALAÉZ CORRAL "la materialización del concepto de Constitución corre pareja al nacimiento del propio concepto como un instrumento del sistema político dirigido a limitar el poder absoluto del monarca y lograr, mediante su división, la garantía de una esfera mínima de libertad y de propiedad para burguesía floreciente"³⁴.

Con todo lo anterior nos interesa destacar que la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional así como la temática, en general, de la reforma constitucional, tiene como telón de fondo el origen mismo y la concepción original de la Constitución como instrumento para limitar el poder del Estado y garantizar los derechos de los ciudadanos propias del liberalismo. Como veremos más adelante, la función principal de los límites materiales de la reforma constitucional es servir de instrumento de defensa y protección de los derechos fundamentales, pero no es la única.

2. *La tesis de los límites materiales de la reforma constitucional en la doctrina*

Si bien la Constitución nace con esa raíz histórica a la que nos referimos en el Capítulo anterior, posteriormente, la doctrina constitucional tratará de darle a la noción de Constitución una *ratio* y fundamento distinto, propio y más jurídico que político o histórico, desde diversos enfoques teóricos, todo lo cual determinará de alguna forma la posición de cada corriente frente a la tesis de los límites materiales de la reforma Constitucional.

No es este el lugar para detenernos en los distintos enfoques teóricos de la doctrina sobre la Constitución y su articulación específica con la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional. Por ello, nos limitaremos a hacer breve referencia a la opinión de los principales teóricos de la Constitución sobre el tema de los referidos límites.

Así, CARL SCHMITT, en su *Teoría de la Constitución* señaló que los "límites de la facultad de reformar la Constitución resultan del bien entendido concepto de reforma constitucional. Una facultad de 'reformar la Constitución', atribuida por una formación legal-constitucional, significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto de que queden garantizadas la identi-

³³ *Idem.* 1192.

³⁴ ALAÉZ CORRAL, BENITO, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2000.

dad y continuidad de la Constitución considerada como un todo. La facultad de reformar la Constitución no (contiene) la facultad de dar una nueva Constitución”. Concluye SCHMITT: “reforma constitucional no es, pues, destrucción de la Constitución”³⁵.

Señaló SCHMITT, como ejemplo, que cambiar mediante reforma de la Constitución un Estado Imperial por un Estado democrático, no es reforma de la Constitución, sino la destrucción de ella. Igualmente, indicó el referido autor que, cambiar un Estado democrático por una monarquía mediante una modificación de la Constitución por vía de reforma no sería propiamente una reforma sino una destrucción de la Constitución³⁶.

Puede observarse que en la Teoría Constitucional de CARL SCHMITT se pone de manifiesto un elemento importante: la necesidad de garantizar la identidad y la continuidad de la Constitución. Es decir, de preservar, de conservar, la esencia de la Constitución como decisión política, rasgo que caracteriza el “decisionismo” con el que siempre se adjetiviza la Teoría Constitucional de CARL SCHMITT.

La doctrina constitucional también trató de explicar o justificar desde parámetros puramente formales el problema de los límites materiales a la Constitución. En este sentido KELSEN en su *Teoría General del Estado* señaló que: “puede ocurrir que una constitución se declare a sí misma –eterna-, o que algunos preceptos constitucionales se consideren irreformables. Entonces nace la cuestión acerca de si dicha constitución o dichos preceptos pueden ser, sin embargo, reformados o no, es decir, si jurídicamente pueden serlo, pues la posibilidad real de su reforma está fuera de toda duda. Del mismo modo que de hecho es también posible y, frecuentemente, real el hecho de que se prescinda de los preceptos que dificultan la reforma. Desde el punto de vista del orden jurídico estatal, que es desde el único que se plantea la cuestión, la respuesta es la siguiente: del mismo modo que la violación de las normas que se refieren a la creación jurídica –a falta de otra determinación constitucional– implican la nulidad de la norma irregularmente establecida; es decir, así como es jurídicamente imposible una creación irregular de normas, así también es jurídicamente imposible la reforma de una Constitución o precepto constitucional declarado irreformable. Esta declaración de invariabilidad puede ser enormemente inoportuna, puesto que, de hecho, no podrá imponerse una constitución que no está de acuerdo con las necesidades de la época, que exigen imperiosamente su reforma; pero, jurídicamente, no hay más remedio que atenerse a ella, como a toda norma referente a la creación normativa”³⁷.

³⁵ SCHMITT, CARL, *Teoría de la Constitución*. Traducción de Francisco Ayala. Alianza Editorial. Madrid. 1982. Pág. 119.

³⁶ SCHMITT se apoyó para sostener esto en un artículo de WILLIAM MARBURY donde se sostuvo que la “facultad de reformar y de completar la Constitución no puede ser ilimitada”. MARBURY, WILLIAM, *The limitation upon the amending Power*. Harvard Law Review. No. 33. 1919.

³⁷ KELSEN, HANS, *Teoría General del Estado*. Traducción de Luis Legaz Lacambra. Editorial Comares. Granada. 2002. Pág. 423.

Pero frente a la tesis de KELSEN encontramos otras corrientes doctrinarias que lejos de una concepción formal, justificaron también el establecimiento de límites materiales a la reforma constitucional.

Así, HERMANN HELLER señaló que “sólo puede crearse una continuidad constitucional y un status político si el creador de la norma se considera también ligado por ciertas acciones, normativamente objetivadas, de sus predecesores”³⁸. “la existencialidad y la normatividad del poder constituyente no se hallan, ciertamente, en oposición, sino que se condicionan recíprocamente. Un poder constituyente que no esté vinculado a los sectores que son de decisivo influjo para la estructura de poder, por medio de principios jurídicos comunes, no tiene poder ni autoridad y, por consiguiente, tampoco existencia”³⁹.

Para HERMANN HELLER, en definitiva, el establecimiento de límites materiales era tan necesario y evidente para la continuidad constitucional y del status político que, incluso, el propio poder constituyente del futuro debe considerarse sujeto a determinados límites.

Posteriormente, destaca la aportación en la doctrina del autor italiano MORTATI para quien la Constitución material tenía como una de sus funciones “garantizar el mantenimiento del fin esencial que sirve para identificar un tipo de Estado frente a otros por encima del cambio de las instituciones individuales o de las orientaciones particulares”⁴⁰.

El referido autor italiano se muestra también partidario de la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional con el objeto de garantizar el mantenimiento de la Constitución material y, con ello, el fin esencial del tipo de Estado que esa Constitución representa.

II. CONTENIDO DE LOS LÍMITES MATERIALES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL SEGUN LA DOCTRINA

Según el profesor DE CABO los límites materiales son un tipo de los límites objetivos que puede tener la reforma constitucional, considerados estos últimos como “límites que resultan de la propia naturaleza del Orden constitucional y que más que expresos o tácitos según la denominación tradicional, la doctrina moderna prefiere clasificar de textuales, simplificando y unificando ambos tipos, por entender que, en su caso, tanto unos como otros proceden, se deducen, del texto constitucional”⁴¹.

En todo caso, no haremos diferencia entre los límites materiales expresos o tácitos, que, como hemos visto, se originan, por un lado, en las cláusulas de intangi-

³⁸ HELLER, HERMANN, *Teoría del Estado. Fondo de Cultura Económica*. México. 1971. Pág. 273.

³⁹ *Idem*. Pág. 298.

⁴⁰ MORTATI, CONSTANTINO, *La Constitución en sentido material*. Traducción de Almudena Bergareche Gros. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 2000. Pág. 200.

⁴¹ DE CABO, CARLOS, *La Reforma Constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*. Ob. Cit. Pág. 40.

bilidad y, por el otro, del contenido de ciertas normas y principios constitucionales. Lo que nos interesa resaltar más allá de esas clasificaciones es el contenido, esto es, el objeto de los límites materiales de la reforma constitucional, a la luz de la doctrina constitucional.

Un primer intento de tipología (y de descripción del contenido) de esos límites, lo expuso en su momento el autor alemán KART LOEWENSTEIN en su *Teoría de la Constitución*⁴².

Resumiendo lo expuesto por el mencionado autor, la tipología de las disposiciones articuladas de intangibilidad es la siguiente:

a) “La protección de la forma republicana de gobierno frente a la restauración monárquica”⁴³.

b) “La prohibición que se encuentra no pocas veces en Iberoamérica de reelegir al presidente tras uno o también tras dos períodos de mandato en el cargo presidencial; con ello se deberá evitar que el presidente, disponiendo sobre el aparato del poder estatal, se enraíce en el poder y se convierta en dictador”⁴⁴.

c) “La prohibición de modificar la forma democrática de gobierno”⁴⁵.

d) “Las prohibiciones de modificar derechos fundamentales”⁴⁶.

e) “La estructura federal”⁴⁷.

f) “Ocasionalmente se encuentran también prohibiciones generales de efectuar reformas que contradigan el espíritu de la constitución”⁴⁸.

Esas materias señaladas por LOEWENSTEIN son las que formarían ese núcleo duro irreformable que se constituyen en límites materiales de la reforma constitucional⁴⁹.

⁴² LOEWENSTEIN, KART. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. Ariel Ciencia Política. Madrid. 1976. Pág. 189 y 190.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ Sobre las Constituciones que, en su época, establecían límites materiales para la reforma constitucional LOEWENSTEIN destacó la Ley Fundamental de Bonn. Al respecto señaló LOEWENSTEIN que “Entre las constituciones de todos los grandes Estados modernos no existe ninguna que llegue tan lejos en el establecimiento de disposiciones intangibles como la Ley Fundamental de Bonn. El artículo 79, párrafo 3, prohíbe radicalmente enmiendas constitucionales por medio de las cuales “fuese afectada la organización de la Federación en Länder, la participación fundamental de los Länder en la legislación, o los principios fundamentales establecidos en los artículos 1 y 20”. LOEWENSTEIN, KART, *Teoría de la Constitución*. Ob Cit. 190 y 191. El artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn establece: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable”. El artículo 20 establece: “La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social. Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el

Vale aquí remitirnos también a la doctrina francesa. El autor francés BURDEAU al referirse a este tema señaló irónicamente que “convencidos de la perfección de la obra que acaban de realizar, algunos legisladores constituyentes admiten a duras penas que pueda ser modificada. No pudiendo prohibir totalmente la revisión, pretenden, por los menos, dejar fuera de discusión algunos asuntos o fijar un período que debe transcurrir antes de la revisión”⁵⁰.

Este autor, entre otros ejemplos, hizo referencia al artículo 2 de la Ley Constitucional francesa del 14 de agosto de 1884, que decidía que la forma republicana no podía ser objeto de un intento de revisión. Señaló ese autor que esa disposición tenía un significado político: “probaba que la República, que apenas se había osado afirmar en 1875, era en adelante la forma del gobierno francés”. No obstante, para ese autor francés el valor jurídico de esa disposición es nulo pues “el poder constituyente de un fecha no tiene ningún título para limitar el poder constituyente del futuro”⁵¹.

Más recientemente el autor JIMENEZ CAMPO reseña, en general, que a partir de un “antiguo aserto en la teoría de la Constitución según el cual el Derecho no puede negarse a sí mismo en sus compromisos básicos”, “desde distintas posiciones políticas se han declarado irreformables la forma de Estado, las declaraciones de derechos y, en el caso español, la unidad del Estado y de la nación”⁵².

PEDRO DE VEGA reseña por su parte que “la mayoría de los autores, al hacer el elenco de posibles límites materiales implícitos, aparece 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”⁵³.

Lo anterior, nos lleva de nuevo a destacar que la problemática de los límites materiales de la reforma constitucional entronca directamente con la concepción clásica de Constitución que la burguesía francesa proclamó.

pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho. Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso”.

⁵⁰ BURDEAU, GEORGES: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Editora Nacional. Madrid 1981. Pág. 115.

⁵¹ *Idem*. Pág. 116.

⁵² JIMENEZ CAMPO, JAVIER, “Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución”. *Revista del Departamento de Derecho Político* No. 7. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid. 1980. Pág. 93.

⁵³ DE VEGA, PEDRO, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*. Ob. Cit. Pág. 290.

En este mismo sentido señaló LOEWENSTEIN que los límites de la reforma constitucional se producen “por la inmunidad de que gozan ciertos valores ideológicos fundamentales, implícitos, immanentes o inherentes a una constitución”⁵⁴.

Por su parte, una enumeración del contenido de los límites materiales de la reforma constitucional es la expuesta por el profesor CARLOS DE CABO, quien señala que en esta materia se pone el acento en las siguientes cuestiones:

a) “Los principios que legitiman el orden constitucional y que se establecen en torno a la soberanía popular, comprendiéndose tanto el instrumental orgánico y procedimental necesario como las garantías de los derechos y libertades que la posibilitan y aseguran”⁵⁵.

b) “La constitución material, que, cuanto ‘fuente jurídica primigenia’ (MORTATI) y suministradora de los elementos organizativos necesarios para que pueda surgir y subsistir el orden unitario en el que se concreta e identifica el Estado, debe quedar al margen del procedimiento formal de Reforma en cuanto es manifestación específica de la superior función constituyente”⁵⁶.

c) “Los derechos fundamentales, no sólo por su consideración de superior valor constitucional indisponible para todo Poder, sino porque jurídicamente se les considera como las Normas superiores en cuanto se configuran como las Normas de reconocimiento del Ordenamiento jurídico”⁵⁷.

Finalmente, una descripción del contenido de los límites materiales de la reforma constitucional que se refiere únicamente al caso español ha sido expuesta por BENITO ALAEZ CORRAL. No obstante, antes de mencionar cuál es el contenido de los límites materiales para este autor, es necesario señalar que su tesis se formula desde un concepto formal-funcional de la Constitución a partir del cual “los límites materiales a la reforma constitucional son normas jurídicas cuyo contenido es un mandato o una prohibición relativo a la normativización de expectativas a través de la reforma constitucional, es decir, son normas que manifiestan el ajuste estructural que la Constitución realiza de su apertura cognitiva en virtud de su “positividad” y “autorreferencialidad”; entendiéndose por “positividad” como la “condición funcional para la existencia diferenciada del sistema jurídico, que expresa su apertura cognitiva mediante la existencia real de actos subjetivos que dan lugar a

⁵⁴ Señaló además este autor alemán que “de lo que aquí se trata, en el fondo, es de un renacimiento del derecho natural, emprendido como defensa frente al positivismo jurídico, especialmente de la escuela vienesa de Kelsen, que predominó durante los años 20 (...) Expresando la problemática en un fórmula concisa: ¿Existen normas constitucionales anticonstitucionales, cuya anticonstitucionalidad radique en el hecho de que el legislador constitucional haya sobrepasado los límites internos que le están impuestos por los valores fundamentales immanentes a una constitución? El Tribunal Constitucional Federal se ha unido a la teoría iusnaturalista al haber reconocido una jerarquía o escala de valores en las normas constitucionales de la Ley Fundamental, y con ello unos límites immanentes y no articulados impuestos a toda reforma constitucional”. LOEWENSTEIN, KART, *Teoría de la Constitución*. Ob. Cit. Pág. 192 y 193.

⁵⁵ DE CABO, CARLOS, *La Reforma Constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*. Ob. Cit. Pág. 42.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ *Idem*.

las normas jurídicas, la institucionalización de la positividad autorreferencial de cambio de aquellas operaciones comunicativas del sistema jurídico, y, finalmente, la inserción eficaz de éstas en el medio social que rodea al sistema”; y entendiendo por “autorreferencialidad” la “condición funcional para la existencia diferenciada del sistema jurídico que expresa su clausura operativa mediante la construcción del sistema a partir de estructuras comunicativas derivadas las unas de las otras. Conlleva la existencia de un código binario y expresa la autopoiesis del sistema jurídico”⁵⁸.

Desde esa concepción formal-funcional el referido autor considera como límites materiales de la reforma constitucional, en el caso español, los siguientes:

a) Límites materiales relativos a la “autorreferencialidad” del sistema jurídico: la intangibilidad de las normas sobre reforma constitucional, la intangibilidad del derecho externo del Estado (derecho internacional general y convencional y el derecho comunitario), y, la intangibilidad de los principios estructurales del ordenamiento jurídico (principio de Estado de Derecho, principio de Estado democrático, principio de Estado autonómico, principio de Estado social)⁵⁹.

b) Límites materiales relativos a la “positividad” del sistema jurídico: los valores superiores del ordenamiento jurídico: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, y, la indisoluble unidad de la Nación española⁶⁰.

Como puede observarse dependiendo de la concepción que se tenga de la Constitución, y de la nación a que ésta se refiera, la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional se perfilarán de uno u otro modo, reflejando una expansión que persigue excluir de la reforma constitucional ya no sólo el principio de división de poderes y los derechos fundamentales, como lo intentó en algún momento la burguesía francesa, sino, otras parcelas del ordenamiento constitucional que en algunos casos guardan relación con esos aspectos, pero que en otros no.

III. JUSTIFICACION DE LA TESIS DE LOS LIMITES MATERIALES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LAS CRITICAS FORMULADAS EN SU CONTRA

1. *Justificación de la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional*

De lo expuesto en los capítulos anteriores podría deducirse, a primera vista, que la diferencia entre Poder Constituyente y Poder Constituido, como ilimitado el primero y limitado el segundo, sobre la cual se fundamenta la tesis de la limitación del poder de reforma constitucional, tenía y parece tener todavía un claro objetivo:

⁵⁸ ALAEZ CORRAL, BENITO, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*. Ob. Cit. Pág. 166 y ss.

⁵⁹ *Idem*. Pág. 303 y siguientes.

⁶⁰ *Idem*.

garantizar ciertos principios del Estado constitucional y los derechos fundamentales.

De allí que la justificación de la existencia de los límites materiales de la reforma constitucional tiene origen en el constitucionalismo que nació con la burguesía, siendo el objetivo de dichos límites garantizar ciertos principios del Estado constitucional así como los derechos fundamentales.

Sin embargo, destaca el autor PEDRO DE VEGA que “justificar la existencia de límites implícitos a la reforma —en cuanto suponen el establecimiento de zonas exentas a la discusión política y al poder de revisión—, basándose en el carácter indiscutible y absoluto de los derechos, y en la naturaleza irrenunciable del principio de división de poderes, representa sencillamente una operación sin fundamento”⁶¹. Y agrega: “Ni los derechos son intocables por principio, ni la separación de poderes puede tampoco ser entendida en forma radical”. “Puesto que, tanto los derechos fundamentales como la división de poderes, han perdido su condición de dogmas, ni aquellos ni ésta podrán seguir concibiéndose como barreras infranqueables a la revisión constitucional. La deducción de los límites implícitos tendrá que operarse, al margen de los esquemas del iusnaturalismo racionalista, que marcaron la pauta en los comienzos de la concepción constitucional burguesa, apelando a los supuestos que, para la conciencia jurídica y política de nuestro tiempo, definen y legitiman ahora el concepto político de Constitución”⁶².

Para este autor, en el constitucionalismo actual del principio jurídico de supremacía constitucional derivarán los límites formales a la reforma constitucional, mientras que del principio político de soberanía popular emanarán, en su conexión solidaria con el resto de los derechos fundamentales, los límites implícitos materiales. En tales principios estaría entonces la justificación de los límites materiales de la reforma constitucional.

2. *Critica formulada a la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional*

La tesis de los límites materiales de la reforma constitucional no ha estado libre de críticas. Desde aquellas que en el constitucionalismo inglés han señalado que el Parlamento de hoy no puede vincular al Parlamento del mañana, hasta aquellas que desde la equiparación entre poder constituyente y poder constituido han señalado que el Poder Constituyente de hoy no puede vincular al Poder Constituyente del mañana, se han formulado diversas críticas.

HERMANN HELLER señaló al respecto que “en todos los casos en que el poder propio del depositario supremo del poder se oponga con éxito a las normas constitucionales, se da la posibilidad —no obstante las firmes barreras del Estado de Derecho—, de una creación jurídica por violación del derecho. Por muchos controles que se establezcan nunca podrá resolverse el problema: *Quis custodet custodem?*”

⁶¹ DE VEGA, PEDRO, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*. Ob. Cit. Pág. 273.

⁶² *Idem*.

No hay forma ninguna de inviolabilidad de normas constitucionales que pueda detener revoluciones y restauraciones”⁶³.

También resaltan las duras críticas que en su momento hizo LOEWENSTEIN a los límites materiales de la reforma constitucional en Ley Fundamental de Bonn.

Señaló el referido autor alemán que “mantener en su ‘castidad’ virginal el extremadamente elástico derecho fundamental de la dignidad humana del artículo 1º o las vagas generalizaciones, por no decir lugares comunes, del artículo 20 plantea tales problemas de interpretación a los tribunales superiores federales, por no hablar ya del legislador, que hay que preguntarse con razón si el poder constituyente no ha ido demasiado lejos en sus exigencias (...) El derecho constitucional y la realidad constitucional se separan aquí de forma tan drástica que la garantía de protección opera tan sólo como mera semántica; jurídico-normologicamente no significa absolutamente nada”⁶⁴.

En virtud de lo anterior indicó LOEWENSTEIN que “sería de señalar que las disposiciones de intangibilidad incorporadas a una constitución pueden suponer en tiempos normales una luz roja útil frente a mayorías parlamentarias deseosas de enmiendas constitucionales –y según la experiencia tampoco existe para esto una garantía completa–, pero con ello en lo absoluto se puede decir que dichos preceptos se hallen inmunizados contra toda revisión. En un desarrollo normal de la dinámica política puede ser que hasta cierto punto se mantengan firmes, pero en épocas de crisis son tan sólo pedazos de papel barridos por el viento de la realidad política” (...) “Cuando en Iberoamérica un presidente se quiere hacer dictador, anula simplemente, por un golpe de Estado, la constitución que le prohíbe la reelección y se prescribe una nueva que le transmite ‘legalmente’ el poder ilimitado”⁶⁵.

También cabe destacar la observación de BURDEAU quien señaló que “cuando mayor es la resistencia, mayor riesgo se corre de exasperar la voluntad de reforma, que hará revolución, si no puede triunfar por las vías legales”⁶⁶. Este autor pone

⁶³ HELLER, HERMANN, *Teoría del Estado*. Ob. Cit. Pág. 278.

⁶⁴ LOEWENSTEIN cita además la opinión del diputado Dr. Katz luego vicepresidente del Tribunal Constitucional Federal, para quien, las disposiciones protectoras del art. 79 no son nada más que prohibiciones ineficaces frente a revoluciones y golpes de Estado. LOEWENSTEIN, KART, *Teoría de la Constitución*. Ob. Cit. Pág. 189 y 190.

⁶⁵ Señaló LOEWENSTEIN al respecto que “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 el 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. Aquí está, evidentemente, el problema cardinal de los derechos fundamentales y de su inmunidad contra intervenciones constitucionales que sobrepasan la mera protección o garantía constitucional. Pero más que de un problema jurídico se trata de una cuestión de creencias donde no se puede argumentar racionalmente, aun cuando por necesidades prácticas de la convivencia en la comunidad humana está revestida de formas jurídicas”. LOEWENSTEIN, KART, *Teoría de la Constitución*. Ob. Cit. Pág. 189 y 190.

⁶⁵ *Idem*. Pág. 192.

⁶⁶ BURDEAU, GEORGES, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Ob. Cit. Pág. 121.

como ejemplo que el “2 de diciembre de 1851 Luis Napoleón se vio obligado al golpe de Estado ante la imposibilidad de reunir en la legislatura la mayoría excepcional de las tres cuartas partes requeridas para las modificaciones constitucionales”⁶⁷.

Como se puede observar, todos los autores antes citados coinciden en señalar que los límites materiales de la reforma constitucional son débiles e ineficaces frente a las revoluciones o los intentos violentos de cambiar la Constitución. De allí que esta sea una de las principales críticas que se ha formulado a esa tesis.

Pero en otro contexto hay autores que han señalado incluso, que el problema de los límites de la reforma constitucional representa una simple discusión académica. Así, PÉREZ ROYO ha señalado que “el tema de los límites de la reforma está desorbitado, que no responde a preocupaciones políticas y constitucionales reales, sino a preocupaciones académicas, que son legítimas, pero muchos menos importantes”⁶⁸.

No obstante, otros autores que sí le dan importancia a este tema han señalado que la Constitución no puede operar como límite del poder de reforma porque así se lo impide el principio democrático.

Así, IGNACIO DE OTTO y PARDO, ha señalado que “la posibilidad de la reforma total es, por consiguiente, algo que se desprende del carácter democrático del poder de reforma. La constitución no puede operar como un límite, y el poder popular ha de obrar como la misma libertad de movimientos con que lo hace al elaborar la constitución, es decir, en el proceso constituyente”⁶⁹.

Por su parte el autor MANUEL ARAGON ha señalado que “lejos de ser los límites materiales a la reforma una exigencia del principio democrático en la Constitución, me parece, por el contrario, que la existencia de tales límites (...) lo que supone es una verdadera restricción de tal principio, puesto que se obliga al pueblo, que debe ‘tener siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su Constitución’ (...), a ejercer ese derecho fuera del Derecho, sin procedimiento ni garantías al no haberse mudado en soberanía jurídica su soberanía política. Los límites materiales significan o que el Derecho impone a las generaciones futuras la obligación de quedar sometidas a la voluntad de las generaciones del presente, con lo cual el Estado

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ PÉREZ ROYO, JAVIER, “Algunas reflexiones sobre el Título X de la Constitución”. *Revista de Política Comparada*. Nos. 10-11. Primavera – Verano 1984. Pág. 450. En otro lugar ha señalado también este autor que “falta la base material sobre la que plantearse como problema político de actualidad el tema de los límites de la reforma constitucional. El sentido de estos límites en la teoría del período entreguerras era mantener dentro de unas fronteras infranqueables la actividad transformadora de fuerzas parlamentarias importantes, tanto que eventualmente podían llegar a alcanzar una mayoría lo suficientemente amplia como para reformar la Constitución. En la medida en que esto se ha conseguido como punto de partida no susceptible de ser sometido siquiera a discusión por las distintas fuerzas políticas con representación parlamentaria, el problema de fondo al que respondía la teoría de los límites deja de ser un problema real, pues en relación con fuerzas extraparlamentarias el problema es un problema o sin sentido o casi exclusivamente académico”. PÉREZ ROYO, JAVIER, *La Reforma de la Constitución. Congreso de Diputados*. Madrid. 1987. Pág. 104.

⁶⁹ OTTO y PARDO, IGNACIO DE: *Qué son la Constitución y el Proceso Constituyente*. Editorial La Gaya Ciencia. Madrid 1977. Pág. 58.

constitucional no sería del todo Estado democrático, o que la democracia impone a esas generaciones del futuro la triste obligación de expresar su voluntad al margen de la norma, con lo cual el Estado democrático perdería su completa condición de Estado de Derecho, es decir, de Estado constitucional”⁷⁰.

Señala asimismo el referido autor que “en realidad las cláusulas de intangibilidad se corresponden más con la idea liberal (moderada) de Constitución que con la idea democrática de Constitución”. Y citando al profesor CARLOS DE CABO este autor indica que “la concepción burguesa de Constitución no consiste en atribuir a ésta sólo la función de freno y control del poder, sino también la de ‘freno y control del cambio social’, y (...) esta última función se expresa, sobre todo, a través de las cláusulas de intangibilidad (manifestación última de la oposición al cambio)”. Concluye así ARAGON señalando que “frente a la concepción puramente liberal, la concepción democrática de Constitución exige, a mi juicio, que ésta sea enteramente revisable”⁷¹.

Un resumen de las más recientes críticas que ha formulado la doctrina contra la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional ha sido la realizada por el profesor CARLOS DE CABO⁷². Tales críticas serían las siguientes:

a) La combinación de las transformaciones que se han producido en el Poder Constituyente⁷³ y “de las que hay que partir para situar de forma real e histórica el problema, así como la admisión de unos límites materiales a la Reforma, terminan aproximando, hasta prácticamente hacerlos coincidir, los límites del Poder constituyente con los límites de la Reforma, con lo que se acaba produciendo un acen-

⁷⁰ ARAGON, MANUEL, *Constitución y Democracia*. Editorial Tecnos. Madrid. 1990. Pág. 36 y 37.

⁷¹ *Idem*.

⁷² DE CABO, CARLOS, *La Reforma Constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*. Ob. Cit. Pág. 44 y 45.

⁷³ Reseña el profesor de Cabo que se ha sostenido que “en la actualidad seguir considerando al Poder constituyente como Poder original o fundador, o es un mero arcaísmo o el mantenimiento de una pura ficción. Porque la noción de ‘Constitución de Estado’ –se afirma– ha ido perdiendo intensidad en la medida en que las Constituciones que modernamente aparecen lo hacen ya sobre Estados previa y definitivamente “constituidos”; igualmente, los procesos constituyentes han perdido su carácter “nacional”, su especificidad, ya que en la actualidad “constituirse”, quiere decir, casi exclusivamente, adaptarse a exigencias dadas, ajustarse a un modelo generalizado, reproducir una especie de ‘esperanto democrático constitucional’, puramente formal pero que no sólo tácita sino expresamente se impone desde diversas instancias (...) De esta forma. Todo se reduce a una labor predominantemente técnica, en el mejor de los supuestos adaptativa, casi necesariamente poco participativa y desde luego muy poco ‘constituye’ en sentido sustantivo”. De todo ello se deduce que, en estas condiciones, hablar de Poder constituyente y Poder constituido es seguir anclados en formas pasadas que no subsisten sino como mitos; la diferencia entre uno y otro no puede seguir apoyándose en que uno es fundador y otro derivado, uno incondicionado y otro sometido, pues lo cierto es que también el Poder constituyente es un Poder limitado y de tal manera que el seguimiento y respeto a esos límites y circunstancias es también fundamento de su legitimidad”. DE CABO, CARLOS, *La Reforma Constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*. Ob. Cit. Pág. 36 y 37.

tuado proceso de indiferenciación –desde esta perspectiva– entre los dos Poderes”⁷⁴.

b) La cuestión de los límites implícitos “procede de la distinción formulada por CARL SCHMITT entre decisiones fundamentales propias de la Constitución y el resto de las materias propias de las Leyes Constitucionales o de revisión que nunca pueden alcanzar contenidos de esa naturaleza, en las que se basan y de donde proceden”, y se dice que no parece admisible “seguir esas hipótesis schmittianas en las actuales democracias constitucionales”⁷⁵.

c) “Solo desde posturas iusnaturalistas cabe hablar de límites implícitos, que, además, bajo la justificación de un respeto a la voluntad (implícita) del constituyente pueden terminar violando su voluntad explícita –a veces– a favor de una reforma ilimitada; porque, por encima de toda deducción y de toda lógica normativa, ésta la lógica positiva, la impuesta por la expresa voluntad del constituyente, frente a la que nada pueden límites que, aunque se califiquen de implícitos, no son sino los queridos por el intérprete, que no puede querer allí donde el constituyente, expresamente no ha querido”⁷⁶.

A todo lo anterior, el profesor CARLOS DE CABO agrega sus agudas críticas, en el sentido siguiente:

a) Que los límites que se señalan para el poder de reforma “son los mismos que se terminan afirmando también del Poder constituyente, con lo que el Poder constituyente y Poder de reforma tienden a identificarse en cuanto a su ámbito competencial, lo que condiciona el propio punto de partida de toda contraposición posterior”⁷⁷.

b) Que existe la “necesidad de distinguir que una cosa es el límite material a la reforma en cuanto ámbito mínimo y otra entender que acota y delimita ese ámbito de materia definitivamente cerrada; esta segunda interpretación no debe aceptarse, ya que los bienes constitucionales se protegen pero no se limitan, como se pone de manifiesto continuamente en materia de derechos, respecto de los cuales nadie podría sostener no sólo que se configuren como *numerus clausus* sino que el contenido de cada derecho no sea susceptible tanto de ampliarse como de irse progresivamente especificando frente al formalismo y la abstracción. Por eso, si se parte de la primera interpretación, tiene que matizarse notablemente la cuestión de los límites materiales y, desde luego, las posiciones que entienden que el núcleo inmodificable debe obtenerse a partir de la sanción constitucional de la inviolabilidad de los derechos (...) porque no se puede hacer equivalente violación y modificación que puede conllevar fortalecimiento y desarrollo de esa *vis expansiva* –que se les reconoce– de los derechos”⁷⁸.

C) Que aunque se sostiene que en la actualidad hay unos límites prefijados, incommovibles por la indiscutibilidad de supuestos como democracia, derechos y li-

⁷⁴ *Idem.* Pág. 44.

⁷⁵ *Idem.* Pág. 44 y 45.

⁷⁶ *Idem.* Pág. 45.

⁷⁷ *Idem.* Pág. 47 y 48.

⁷⁸ *Idem.* Pág. 48.

bertades, etc., “esos supuestos no tienen un contenido estrictamente fijado, indiscutido y definitivamente precisado (...) de manera que, admitiéndolos, existen dentro de ellos márgenes y posibilidades de actuación”. En este sentido, destaca el profesor De Cabo la apertura a nuevos espacios de la democracia, la ampliación y materialización de los derechos, y las virtualidades transformadoras que –a partir de la legitimidad del pacto constituyente que está en la base del Estado social– podría desplegar el constitucionalismo del Estado social⁷⁹.

d) Que no debe aceptarse el agotamiento de la capacidad constituyente “sólo desde los supuestos ideológicos bien identificables en cuanto manifestaciones más o menos sectoriales del pensamiento único o de la metodología que en una u otra forma integran componentes del tipo del ‘fin de la Historia’, es admisible entender que todo esté ya constituido. El elemento utópico como ingrediente cultural del constitucionalismo beligerante frente al funcionalista debe mostrarse de nuevo. Y en su sentido más propio, es decir, entender lo utópico no tanto en el sentido –también ideológico– de configuración en base a elementos irracionales que están fuera de la realidad, sino como construcción racional, producto occidental del pensamiento ilustrado, apoyado en elementos reales y cuya virtualidad transformadora utópica se verifica mediante su encarnación en lo real”⁸⁰.

IV. EL PROBLEMA DE LOS LIMITES MATERIALES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL FRENTE AL PODER DEL PUEBLO

Aunado a lo planteado por la doctrina reseñada en el Capítulo anterior, en nuestra opinión, uno de los problemas que añade más cuestionamientos a la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional se refiere a la validez de tales limitaciones frente al poder del pueblo cuando éste se manifiesta mediante la iniciativa popular de reforma y el referéndum constitucional, ambos mecanismos de democracia directa.

Cuando se habla de iniciativa de reforma y del referéndum constitucional nos estamos refiriendo a aspectos que tienen que ver con el procedimiento de reforma constitucional.

Ahora bien, como ha señalado PEDRO DE VEGA, hablar del procedimiento para la reforma constitucional y preguntarse por su significado y las implicaciones jurídicas y políticas que él tiene, es preguntarse por el significado y el sentido de los supuestos que la rigidez constitucional está llamada a satisfacer y, que, se centran en “1) en la necesidad de acoplar la Constitución al cambio histórico; 2) en la necesidad de que ese acoplamiento se produzca dentro de la continuidad jurídica formal del ordenamiento fundamental; 3) en la necesidad de que toda reforma constitucional no implique la posibilidad de que la Constitución se coloque al servicio de una mayoría, y pierda su naturaleza protectora de las minorías. O, lo que

⁷⁹ *Idem.* Pág. 49.

⁸⁰ *Idem.* Pág. 50.

es lo mismo, en la necesidad de impedir que una mayoría pueda arbitrariamente convertirse en poder constituyente”⁸¹.

Por esas razones para el referido autor “si la reforma constitucional expresa la continuidad jurídica del Estado y, por lo tanto, más que como un acto de soberanía del poder constituyente originario debe ser interpretada como un acto del poder constituido (...) parece lo más razonable y lógico que ningún órgano constituido asuma en exclusiva la función de reforma ‘Todos los detentadores legítimos del poder (gobierno, parlamento y pueblo organizado como electorado)’ –escribe Loewenstein– deben poder participar en ella. A través de la máxima dispersión de esta participación, la reforma constitucional realizada adquiere el más amplio consenso y con ello la más elevada legitimidad”⁸².

Concluye con ello el referido autor que “aunque tanto el referéndum como la iniciativa sean instituciones de la democracia directa, y constituyan la manifestación más evidente del poder soberano del pueblo, su funcionalidad política y su significación jurídica deberán ser planteadas en el marco de la democracia representativa y en su relación con los poderes constituidos, por ser el lugar donde efectivamente actúan. En este sentido, el primer dato a tener en cuenta es el de que, aunque la presencia de las instituciones de la democracia directa en el Estado constitucional, pudiera entenderse como la irrupción del poder soberano y de la democracia de la identidad en el seno de la democracia representativa, es lo cierto que ni la iniciativa popular, ni el referéndum pretenden suplantar los mecanismos y el ejercicio normal de los poderes constituidos. Su actuación no implica el asalto al Estado constitucional. Sino que, al contrario, significa una complementación del sistema de los *checks and balances*, de los frenos y contrapesos que más genuinamente lo definen y lo caracterizan. Con el referéndum, como ya sabemos, se ratifica o no un acto del poder constituido, lo que no supone menoscabar sus competencias y atribuciones. Con la iniciativa popular se intenta poner en marcha simplemente al poder legislativo, quien, por su parte, puede tomarla en consideración o no atenderla. En cualquiera de los casos el poder constituido permanece indemne”⁸³.

En definitiva, la doctrina citada considera la participación del pueblo mediante la iniciativa o el referéndum como la participación de un cuerpo en forma de electorado, que no del poder soberano del pueblo. Según esta tesis el pueblo no ejerce soberanía cuando interviene en el proceso de reforma constitucional.

Lo anterior quizás no está lejos de ser un vestigio de la famosa diatriba o distinción hecha desde tiempos de la revolución francesa entre la soberanía del pueblo y soberanía de la nación, siendo ésta la tesis que se llegaría a consolidar en Francia. Claramente lo expuso CARRÉ DE MALBERG en su momento cuando señaló que el derecho constitucional de entonces “establece, entre el cuerpo electoral y el Parla-

⁸¹ DE VEGA, PEDRO, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*. Ob. Cit. Pág. 88.

⁸² *Idem*. Pág. 90.

⁸³ *Idem*. Págs. 122 y 123.

mento, cierto reparto y equilibrio de potestad, sin que ni uno ni otro de ambos órganos llegue a ser, por sí solo y propiamente hablando, el soberano”⁸⁴.

En todo caso, dejando a un lado la concepción francesa sobre la soberanía de la nación, la doctrina que venimos comentando refleja una afirmación expuesta con crudeza por el autor español GONZALEZ ENCINAR así: “el pueblo no actúa ‘realmente’ como un poder soberano cuando ratifica en referéndum la reforma de la Constitución, y cuando aprueba la Constitución (...) En democracia no existe un poder soberano, ni antes ni después de aprobarse la Constitución”⁸⁵.

En el fondo, la doctrina que se viene comentando critica el referéndum constitucional como expresión de la voluntad popular y de la soberanía del pueblo porque, como señala GONZALEZ ENCINAR, “la consulta sometida a referéndum es formulada por un agente extraño al pueblo que ha de decidir sobre ella. Esto quiere decir que el *si* o el *no* a que en definitiva queda reducida toda operación referendaria, aunque constituya una decisión soberana del pueblo, lo que en realidad implica es una ratificación o una prohibición de actos llevados a cabo por los poderes constituidos, en la órbita de la democracia representativa y no por supuesto en el ámbito de la democracia de la identidad”⁸⁶.

No obstante, la anterior explicación, como tendremos oportunidad de ver, no soluciona todos los problemas que se pueden presentar en el ámbito de la iniciativa y el referéndum populares, pues, puede darse el caso de que una iniciativa popular sea aprobada luego por el pueblo mediante referéndum y, así, cabría preguntarse si se puede seguir afirmando que, aún en ese caso, el pueblo no es soberano o no actúa como soberano, sino como simple electorado.

Al respecto, PEDRO DE VEGA señaló en su momento que “una reforma constitucional exclusivamente operada por el pueblo, al margen de otros poderes, sería un acto del poder constituyente originario que, lejos de favorecer la estabilidad y continuidad del sistema constitucional, las deterioraría gravemente. Supuesto básico, por lo tanto, de la problemática de la reforma es que la conveniencia y la necesidad de la misma pueda ser presentada desde instancias políticas diferentes, y que su aprobación posterior no dependa tampoco de la voluntad de un solo órgano”⁸⁷.

⁸⁴ En ese sentido destacó CARRÉ DE MALBERG que la soberanía de la nación cuya manifestación es la democracia representativa conduce a diferenciar ésta de la democracia directa en la medida que, en aquella, “los ciudadanos, lo mismo que el monarca, no tienen individualmente ninguna participación en la soberanía, sino que ésta reside de un modo extraindividual en el ser colectivo y sucesivo nación. Ocurre así especialmente en el sentido de que la voluntad nacional no consiste originariamente en la voluntad de los miembros particulares de la nación, ciudadanos o monarca, sino que, por el contrario, se ha organizado en la nación una potestad de voluntad general y superior, voluntad nacional cuya expresión habrá de ser proporcionada por aquellos miembros de la nación que se constituyen, por el estatuto orgánico de ésta, en sus ‘representantes’”. CARRÉ DE MALBERG, R.: *Teoría General del Estado*. Ob. Cit. Pág. 1281.

⁸⁵ GONZALEZ ENCINAR, JOSE JUAN, “La Constitución y su Reforma”, *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 6. Núm. 17. Mayo-Agosto 1986. Pág. 367.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ DE VEGA, PEDRO, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*. Ob. Cit. Pág. 91.

Dejando a un lado las consideraciones de conveniencia que formula PEDRO DE VEGA, hay que destacar que el referido autor en su obra tantas veces citada afirma además que: “solamente existe un supuesto en el que, en efecto, el ejercicio combinado de referéndum e iniciativa determina que las atribuciones de los órganos estatales representativos queden nubladas ante la única e indiscutible presencia del poder soberano del pueblo como poder constituyente. Es el supuesto que se desprende del artículo 121 de la Constitución Suiza, conforme al cual cabe la posibilidad de que una iniciativa popular de reforma constitucional, no formulada en términos generales, sino como proyecto auténtico de ley, pueda ser sometida, al margen del poder legislativo ordinario, a referéndum. Según la Constitución suiza, la única posibilidad de la Asamblea Federal, cuando no estime oportunos los proyectos de origen popular, es elaborar por sí misma un contraproyecto, y recomendar al electorado que vote por él, en lugar de hacerlo por el presentado a través de la iniciativa del pueblo. Fuera de esta situación, tan específica como singular, las actuaciones de las instituciones de la democracia directa, en la órbita de la democracia representativa, adquieren una significación teórica y práctica extraordinariamente limitada”⁸⁸.

Lo anterior fue expuesto por PEDRO DE VEGA en su obra citada de 1985, hace más de un cuarto de siglo. Hoy en día, especialmente en Latinoamérica, tal vez por influencia de la concepción de soberanía popular que heredamos del constitucionalismo norteamericano, hemos asistido a un auge de los mecanismos de democracia directa en los textos constitucionales y, especialmente, a un relanzamiento de la iniciativa popular y el referéndum constitucional como actos que integran el procedimiento de reforma constitucional, lo que hace que el caso de la Constitución Suiza deje de ser una situación singular y específica.

En efecto, en Colombia la Constitución de 1991, en Perú la Constitución de 1993, en Costa Rica la Constitución de 2001, en Guatemala la Constitución de 1993, en Ecuador la Constitución de 1998, en Uruguay la Constitución de 1997 y en Venezuela la Constitución de 1999, por referirnos a las más resaltantes, todas ellas consagran las instituciones de la iniciativa popular y el referéndum constitucional en el marco de la reforma constitucional.

En Colombia la Constitución de 1991 señala en su artículo 374 que la Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo. En tal sentido señala su artículo 375 que podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente.

En Perú la Constitución de 1993 señala en su artículo 206 que “Toda reforma Constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del

⁸⁸ *Idem.* Pág. 123.

número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

La iniciativa de reforma constitucional corresponde en ese país al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral.

En Costa Rica la Constitución de 2001 señala en su artículo 195 que la Asamblea Legislativa podrá reformar parcialmente esta Constitución cuando la proposición para reformar uno o varios artículos sea presentada a la Asamblea Legislativa en sesiones ordinarias, firmada al menos por diez diputados o por el cinco por ciento (5%) como mínimo, de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral.

El artículo 105 de la Constitución de Costa Rica señala que las reformas constitucionales podrán someterse a referéndum después de ser aprobadas en una legislatura y antes de la siguiente, si lo acuerdan las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa.

En Guatemala la Constitución de 1993 señala en su artículo 277 que tienen iniciativa para proponer reformas a la Constitución: el Presidente de la República en Consejo de Ministros; diez o más diputados al Congreso de la República; la Corte de Constitucionalidad; y el pueblo mediante petición dirigida al Congreso de la República, por no menos de cinco mil ciudadanos debidamente empadronados por el Registro de Ciudadanos. El artículo 280 de la Constitución de Guatemala señala que las reformas no entrarán en vigencia sino hasta que sean ratificadas mediante la consulta popular.

En Ecuador el artículo 280 de la Constitución 1998 señala que la Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso Nacional o mediante consulta popular.

El artículo 281 de la Constitución de Ecuador señala que podrán presentar proyectos de reforma constitucional ante el Congreso Nacional, un número de diputados equivalente al veinte por ciento de sus integrantes o un bloque legislativo; el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional o un número de personas en ejercicio de los derechos políticos, cuyos nombres consten en el padrón electoral, y que equivalga al uno por ciento de los inscritos en él.

El artículo 283 de la Constitución de Ecuador señala que “El Presidente de la República, en los casos de urgencia, calificados previamente por el Congreso Nacional con el voto de la mayoría de sus integrantes, podrá someter a consulta popular la aprobación de reformas constitucionales. En los demás casos, la consulta procederá cuando el Congreso Nacional no haya conocido, aprobado o negado las reformas en el término de ciento veinte días contados a partir del vencimiento del plazo de un año, referido en el artículo anterior. En ambos eventos se pondrán en consideración del electorado textos concretos de reforma constitucional que, de ser aprobados, se incorporarán inmediatamente a la Constitución”.

En Uruguay la Constitución de 1997 señala en su artículo 331 que la Constitución podrá ser reformada, total o parcialmente, entre otros procedimientos previstos, por iniciativa del diez por ciento de los ciudadanos inscritos en el Registro

Cívico Nacional, presentando un proyecto articulado que se elevará al Presidente de la Asamblea General, debiendo ser sometido a la decisión popular, en la elección más inmediata. En tal caso la Asamblea General, en reunión de ambas Cámaras, podrá formular proyectos sustitutivos que someterá a la decisión plebiscitaria, juntamente con la iniciativa popular.

En Venezuela la Constitución de 1999 señala en su artículo 341 que las enmiendas de la Constitución se tramitarán en la forma siguiente:

“1. La iniciativa podrá partir del quince por ciento de los ciudadanos y ciudadanas inscritas en el Registro Civil y Electoral; o de un treinta por ciento de los integrantes de la Asamblea Nacional o del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros.

2. Cuando la iniciativa parta de la Asamblea Nacional, la enmienda requerirá la aprobación de ésta por la mayoría de sus integrantes y se discutirá, según el procedimiento establecido en esta Constitución para la formación de leyes.

3. El Poder Electoral someterá a referendo las enmiendas a los treinta días siguientes a su recepción formal.

4. Se considerarán aprobadas las enmiendas de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley respecto al referendo aprobatorio.

5. Las enmiendas serán numeradas consecutivamente y se publicarán a continuación de la Constitución sin alterar el texto de ésta, pero anotando al pie del artículo o artículos enmendados la referencia de número y fecha de la enmienda que lo modificó”.

Por su parte el artículo 342 de la Constitución venezolana señala que la iniciativa de la Reforma de la Constitución la ejerce la Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes, por el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros o a solicitud de un número no menor del quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral que lo soliciten.

El artículo 344 de la Constitución venezolana señala que el proyecto de Reforma Constitucional aprobado por la Asamblea Nacional se someterá a referendo dentro de los treinta días siguientes a su sanción. El referendo se pronunciará en conjunto sobre la Reforma, pero podrá votarse separadamente hasta una tercera parte de ella, si así lo aprobara un número no menor de una tercera parte de la Asamblea Nacional o si en la iniciativa de reforma así lo hubiere solicitado el Presidente o Presidenta de la República o un número no menor del cinco por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral.

Como puede observarse, si bien en todas las constituciones antes mencionadas están consagrados los mecanismos de iniciativa popular y de referéndum constitucional, lo que más nos interesa destacar es que al menos en las Constituciones de Ecuador, Uruguay y Venezuela, al igual que en la Constitución Suiza, es técnicamente posible que una propuesta de reforma de la Constitución por iniciativa popular sea propuesta y aprobada directamente por el pueblo sin intervención del Parlamento o de los poderes constituidos en la redacción de esa propuesta.

Siendo así, no cabe duda de que aquí estamos en casos similares al de Suiza que destacaba el autor PEDRO DE VEGA en 1985, casos en los cuales, el poder del pueblo a través de los mecanismos de democracia directa interviene en el orden constitucional para reformar el Texto Fundamental y, al hacerlo, como bien señala

laba el referido autor, ya no se puede afirmar que sea el Poder Constituido el que reforma la Constitución, sino el propio Poder Constituyente.

El planteamiento entonces es el siguiente: en tales casos, en los ordenamientos constitucionales de Ecuador, Uruguay y Venezuela: ¿Pueden oponerse límites materiales a las reformas constitucionales directamente presentadas por el pueblo y cuya aprobación se hace en referéndum sin intervención del Poder Legislativo? En Venezuela, la Constitución señala que las enmiendas no podrán alterar la estructura fundamental de la Constitución. Pero, si el pueblo es el que propone y aprueba mediante referéndum una enmienda que altera la estructura fundamental de la Constitución ¿se le puede oponer al pueblo tal limitación? y ¿puede declararse inconstitucional tal enmienda?.

Si retomamos las conclusiones antes señaladas en el caso planteado habría que afirmar que el pueblo está actuando a través de la iniciativa popular y el referéndum como autentico Poder Constituyente y, si ello es así, como el Poder Constituyente es ilimitado, entonces no se le pueden oponer al pueblo esos límites materiales previstos en el texto constitucional. Además, esa es la interpretación más congruente con el principio democrático y, especialmente, con el principio de soberanía popular que, en América, coloca en una especial posición al pueblo cuando éste se manifiesta a través de los mecanismos de democracia directa.

De allí que, en nuestra opinión, en el caso de los sistemas constitucionales de Ecuador, Uruguay y Venezuela, por mencionar solo algunos que conocemos en Latinoamérica, no se le puede oponer al pueblo límites materiales para la reforma constitucional cuando ha impulsado esa reforma mediante la iniciativa popular y la ha aprobado mediante el referéndum, sin la intervención del Poder Legislativo. En tal caso, el pueblo no está operando como electorado ni está ejerciendo un control de la reforma constitucional operada por los poderes públicos, antes bien, está creando y aprobando tal reforma en ejercicio de su Poder Constituyente, poder al cual no se le pueden oponer límites materiales ya sean implícitos o explícitos.

V. NECESIDAD DE REPLANTEAR LA PROBLEMÁTICA DE LOS LÍMITES MATERIALES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Parte de la doctrina trabaja con el siguiente razonamiento: la Constitución es producto de un consenso y ese consenso es, a su vez, límite del Poder Constituido. Los límites materiales existen y se justifican en tanto en cuanto garantizan ese consenso de donde proviene la legitimidad constitucional.

En este sentido señala el autor español GONZALEZ ENCINAR que “el pueblo o la sociedad se compone de un conjunto de grupos con intereses propios y distintos, o contradictorios, y la fuente de la Constitución, de la norma básica, de la norma que establece el mínimo común denominador para regular la convivencia pacífica de dichos grupos no puede ser sino el consenso, el consenso constitucional entre las fuerzas políticas representativas de las distintas aspiraciones e intereses”.⁸⁹

⁸⁹ GONZALEZ ENCINAR, JOSE JUAN, *La Constitución y su Reforma*. Ob. Cit. Pág. 358.

Agrega el referido autor que “el consenso constitucional viene así a desempeñar la función del desplazado consentimiento del pueblo del iusnaturalismo pactista. Ni una hipotética *Grundnorm* kelseniana ni una no menos hipotética decisión del pueblo soberano legitiman a la Constitución. La legitimidad no deriva ni de la positividad ni de la efectividad, sino del telos del Estado. La legitimidad del orden político de una sociedad desarrollada sólo puede derivarse de la capacidad de ese orden para contribuir a la paz, a la seguridad, a la libertad y al bienestar de los ciudadanos”⁹⁰. A partir de allí el referido autor señala que el consenso es también un límite del poder constituyente⁹¹.

Lo anterior lo ha puesto de manifiesto también el profesor CARLOS DE CABO citando al autor italiano FERRAJOLI, según el cual “mientras en el Estado liberal la fuente básica de legitimación era la legitimación legal, en el Estado contemporáneo la fuente de legitimación será básicamente la político-democrática, a la que se sacrifica en buena medida la legitimación legal. Legitimación político-democrática que adquiere una especial configuración. Como las cada vez más urgentes acciones estatales en materia económico-social cierran progresivamente el abanico de las opciones políticas posibles dentro del sistema, el mantenimiento del mismo exige una actuación política, en cierto modo común, basada en el consenso, en lo fundamental entre las fuerzas políticas dominantes. Es la moderna ‘democracia consensual’”⁹².

Para CARLOS DE CABO esa “estrechez del sistema para canalizar y satisfacer los intereses y demandas de cada vez más amplios sectores de la sociedad y este consenso necesario para que ‘la máquina no se rompa’, se recubren de una adecuada ideología: ‘la defensa de la democracia’. La ‘defensa de la democracia’, en efecto, no sólo legitimará el consenso, sino la represión de toda demanda marginal al mismo que se presentará como un atentado a la democracia. Las necesidades de control social aumentan y todos los medios y situaciones posibles serán utilizados y explotados para ‘defender la democracia’ a costa ciertamente de las libertades”⁹³.

Hemos traído a colación lo anterior, por que en nuestra opinión, si bien, como señala la doctrina, ya no se puede sostener que la justificación de los límites materiales de la reforma constitucional esté en la protección del principio de separación de poderes y de los derechos fundamentales frente al poder del Estado, como se planteó en la revolución francesa; sino en el principio político de soberanía popular en su conexión solidaria con el resto de los derechos fundamentales⁹⁴; parece también que esa no es la única justificación o la única función de los límites materiales de la reforma constitucional.

⁹⁰ *Idem*. Pág. 359.

⁹¹ *Idem*. Pág. 363.

⁹² DE CABO, CARLOS, *Contra el consenso: Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1997. Pág. 212. El autor cita el trabajo de LUIGI FERRAJOLI: *Existe una democrazia rappresentativa*. Unità Proletaria. Marzo. 1978.

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ DE VEGA, PEDRO, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*. Ob. Cit. Pág. 273.

En efecto, la otra función de los límites materiales de la reforma constitucional es conservar, preservar, garantizar el consenso que subyace en una determinada Constitución, es decir, mantener ese acuerdo que de alguna u otra manera se manifiesta en la Constitución y que generalmente representa y garantiza el *status quo*.

Pero lo más peligroso es que esos los límites materiales pueden servir para que aparentes democracias y gobiernos con perfil autoritario (no necesariamente dictaduras, puede tratarse de gobiernos donde aparentemente existe una democracia y una división de poderes pero que en realidad, en los hechos, no es tal y el poder público está controlado de una u otra forma por una persona o grupos de personas de una misma orientación política), impongan a los ciudadanos de una nación el cumplimiento y respeto de una Constitución o de determinadas normas constitucionales que han perdido legitimidad. Así, los límites materiales de la reforma constitucional pueden constituir una peligrosa mordaza para los cambios que demande legítimamente el pueblo y, con ello, un mecanismo abiertamente antidemocrático.

De allí que sea necesario replantear actualmente la verdadera función político-jurídica que tienen los límites materiales a la reforma constitucional.

Aquí se pone de manifiesto, en especial, lo que ya señalaba hace bastante tiempo el Profesor CARLOS DE CABO: “si las Constituciones tienen un origen histórico muy concreto y se configuran de forma que sirven a la defensa y permanencia del nuevo orden frente al antiguo de manera que, en buena medida, se definen y caracterizan por esta estrategia defensiva frente al viejo sistema, en la actualidad, bien lejos de aquella circunstancia histórica, conservan, sin embargo, el mismo carácter y finalidad. Sin evolución en su ‘*ratio*’ ni en su forma, el instrumento sigue desempeñando la misma función: la defensa frente al cambio. Y en definitiva el mantenimiento del *status quo*. Y parece obvio señalar que esta función, evidentemente positiva en su origen, en cuanto contribuyó al triunfo burgués, se ha convertido en un factor regresivo, por lo que cabría destacar como una primera exigencia de esta hora la de tratar de ‘actualizar’ la función constitucional”⁹⁵.

En este sentido destacaba el profesor DE CABO que si bien hay que reconocer “la visión burguesa de la teoría de la Constitución como freno y control del poder (...) se hace por ello urgente y necesario destacar también su función como freno y control del cambio social”.

En concreto, afirma el profesor DE CABO que “las cláusulas de intangibilidad (manifestación última de la oposición al cambio en materias que, por la circunstancia histórico-concreta rodea la aparición de la Constitución en la que se incluyen, suscitan temores o se advierten peligros respecto de la duración y profundidad de su vigencia socio-política) expresan directamente el afán de permanencia y la disposición de un serie de remedios para conseguirlo”⁹⁶.

Así, para el referido Profesor DE CABO “a través de la Reforma Constitucional, lo que en realidad hace el sistema político es rodearse de una serie de garantías que

⁹⁵ DE CABO, CARLOS, *Sobre la función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones*. Universidad de Salamanca. 1978. Pág. 7.

⁹⁶ *Idem*. Pág. 11 y 12.

permitan en todo momento el control del cambio; un cambio, por otra parte, dosificado, ya que esas garantías se pueden convertir en dificultades insalvables, en instrumentos que debidamente utilizados impidan la penetración de un cambio que vaya más allá de lo tolerable”⁹⁷.

Por todo ello concluye el profesor DE CABO que si bien “la dinámica constitucional se presenta habitualmente como el remedio a través del cual la Constitución se acomoda a las exigencias que impone el inevitable cambio socio-histórico. En términos reales puede decirse que, quizás, su finalidad es cabalmente inversa: convertirla en el medio a través de la cual el cambio socio-histórico se acomode a lo establecido en la Constitución”⁹⁸.

En nuestra opinión, como hemos visto, no se pueden oponer límites materiales frente al poder del pueblo cuando éste propone –mediante la iniciativa popular– y aprueba mediante referéndum, la modificación del Texto Constitucional.

Pero además, fuera de ese caso, consideramos que teniendo en cuenta lo señalado por la doctrina que acabamos de citar, cuando se trate de una reforma constitucional operada por los poderes públicos, se debe reducir al máximo el ámbito y alcance de los límites materiales de la reforma constitucional, esto es, a dos aspectos únicamente: el contenido mínimo esencial de los derechos fundamentales y el principio democrático.

En efecto, por una parte, esos límites deben estar formados por el contenido mínimo esencial de los derechos fundamentales porque, como ha señalado, no vale congelar o negar la ampliación o concreción de tales derechos a favor de las personas y lo que debe es garantizarse el contenido mínimo esencial de tales derechos.

Por la otra, dentro de esos límites debe estar también el principio democrático, pues, no podrían los poderes públicos operar una reforma constitucional en la que se niegue o mengue el origen mismo de su autoridad y de la Constitución: la democracia.

En definitiva, lo que se propone es replantear la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional para darle una dimensión que, por una parte no anule la soberanía popular y el principio democrático, no admitiendo límites cuando sea el pueblo el que proponga y apruebe mediante referéndum una reforma constitucional; y, por otra parte, reconozca como únicos límites el contenido mínimo esencial de los derechos fundamentales y el principio democrático, cuando la reforma sea realizada por los poderes constituidos; todo ello con el objeto de no obstaculizar la evolución y el cambio, esto es, no obstaculizar el progreso que puede reflejarse y hasta impulsarse desde la Constitución permitiendo la “transformación constitucional” cuando sea necesaria.

CONCLUSIONES

1. La tesis de los límites materiales de la reforma constitucional así como la temática, en general, de la reforma constitucional, tiene como telón de fondo el

⁹⁷ *Idem.* Pág. 23.

origen mismo y la concepción original de la Constitución como instrumento para limitar el poder del Estado y garantizar los derechos de los ciudadanos, propias del liberalismo. De allí que los límites materiales de la reforma constitucional inicialmente hayan tenido por objeto proteger los derechos fundamentales.

2. La tesis de los límites materiales de la reforma constitucional ha estado sometida a constantes críticas por una parte representativa de la doctrina constitucional, que incluso considera que tales límites son contrarios al principio democrático y constituyen un mecanismo de oposición al cambio.

3. Si bien, como señala la doctrina, ya no se puede sostener que la justificación de los límites materiales de la reforma constitucional esté en la protección del principio de separación de poderes y de los derechos fundamentales frente al poder del Estado, como se planteó en la revolución francesa; sino en el principio político de soberanía popular en su conexión solidaria con el resto de los derechos fundamentales⁹⁹; parece también que esa no es la única justificación o la única función de los límites materiales de la reforma constitucional.

En efecto, la otra función de los límites materiales de la reforma constitucional es conservar, preservar, garantizar el consenso que subyace en una determinada Constitución, es decir, mantener ese acuerdo que de alguna u otra manera se manifiesta en la Constitución y que generalmente representa y garantiza el *status quo*. Pero lo más peligroso es que esos los límites materiales pueden servir para que aparentes democracias y gobiernos con perfil autoritario (no necesariamente dictaduras, puede tratarse de gobiernos donde aparentemente existe una democracia y una división de poderes pero que en realidad, en los hechos, no es tal y el poder público está controlado de una u otra forma por una persona o grupos de personas de una misma orientación política), impongan a los ciudadanos de una nación el cumplimiento y respeto de una Constitución o de determinadas normas constitucionales que han perdido legitimidad. Así, los límites materiales de la reforma constitucional pueden constituir una peligrosa mordaza para los cambios que demande legítimamente el pueblo y, con ello, un mecanismo abiertamente antidemocrático.

4. Como sucede en Suiza, en el caso de los sistemas constitucionales de Ecuador, Uruguay y Venezuela, por mencionar solo algunos que conocemos en Latinoamérica, no se le puede oponer al pueblo límites materiales para la reforma constitucional cuando ha impulsado esa reforma mediante la iniciativa popular y la ha aprobado mediante el referéndum, sin la intervención del Poder Legislativo. En tal caso, el pueblo no está operando como un simple cuerpo electoral ni está ejerciendo un control de la reforma constitucional operada por los poderes públicos, antes bien, está creando y aprobando tal reforma en ejercicio de su Poder Constituyente, poder al cual no se le pueden oponer límites materiales ya sean implícitos o explícitos.

5. Es necesario replantear la tesis de los límites materiales de la reforma constitucional para darle una dimensión que, por una parte no anule la soberanía popu-

⁹⁹ DE VEGA, PEDRO, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*. Ob. Cit. Pág. 273.

lar y el principio democrático, no admitiendo límites cuando sea el pueblo el que proponga y apruebe mediante referéndum una reforma constitucional; y, por otra parte, reconozca como únicos límites el contenido mínimo esencial de los derechos fundamentales y el principio democrático, cuando la reforma sea realizada por los poderes constituidos; todo ello con el objeto de no obstaculizar la evolución y el cambio, esto es, no obstaculizar el progreso que puede reflejarse y hasta impulsarse desde la Constitución permitiendo la “transformación constitucional” cuando sea necesaria.