

La Reforma del Proceso de Reforma de la Constitución Española de 1978

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2327-6264>

JAVIER TRUJILLO PÉREZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8292-8069>

SUMARIO: Introducción; 1 Consideraciones previas al estudio de la reforma de la Constitución; 2 Naturaleza jurídica de las normas de reforma constitucional; 3 La posibilidad de una reforma del procedimiento de reforma constitucional; 4 El acto político de la reforma de la Constitución; 5 La iniciativa del proceso de reforma. Consideración de algunos sujetos; a) Las Comunidades Autónomas como sujetos legitimados para iniciar el proceso de reforma constitucional; b) La iniciativa popular como sujeto legitimado para la formulación de la reforma constitucional; c) La propuesta del Parlamento de Asturias; 6 Otros sujetos de influencia en las posibilidades de reforma constitucional. La Unión Europea y la reforma constitucional; 7 La reforma constitucional en relación a la naturaleza rígida o flexible de la Constitución; 8 El contenido posible de la reforma. Condiciones materiales sobre las que actúa la reforma; a) Las mutaciones constitucionales; b) La costumbre constitucional como mutación constitucional. La relación entre la mutación constitucional y las costumbres constitucionales; 9 Los límites de la reforma; 10 Sobre los dos procedimientos de la reforma constitucional; 11 Las dos reformas de la Constitución Española; a) El art. 13.2 CE; b) La reforma del art. 135 CE; 12 Resoluciones del Tribunal Constitucional respecto de la reforma de la Constitución; 13 El control de constitucionalidad de la reforma; 14 El Tribunal Constitucional y la reforma de la Constitución; Conclusiones; Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

La finalidad de este trabajo es la de proporcionar elementos de análisis sobre el estado actual de la doctrina constitucionalista en torno a la regulación del Título X CE, y sus posibilidades alternativas de cara a formular propuestas de reforma. En este sentido, se plantea un análisis inicial de cuales han sido los principales puntos de crítica acerca de las insuficiencias o defectuosas regulaciones de la reforma constitucional, desde el punto de vista de la doctrina y en su caso, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para finalizar con propuestas de redacción de un

nuevo articulado del Título X, si después de ese análisis, procediera. Se trata por tanto de un trabajo de orden práctico, más que propiamente académico, con independencia de que se haya de seguir una metodología de análisis propia de este tipo de estudios, recepcionando la doctrina, pero poniendo el énfasis en el sentido práctico de lo que podría ser un nuevo texto.

La Reforma de la CE se solventa en un número reducido de normas, probablemente porque se pensaba dar larga vida al pacto constituyente de 1978. El título X se compone como sabemos de los arts. 166 a 169. El art. 166 prevé la iniciativa de reforma, y reenvía al art. 87, 1 y 2 CE. Aquí se regula la iniciativa legislativa, que la tienen atribuida el Gobierno, el Congreso de los Diputados, el Senado y las CC.AA. En esta aproximación inicial daremos cuenta de que se ha omitido en la Constitución la iniciativa legislativa popular establecida, regulada en el pñ. 3 del mismo art. 87, y nos plantaremos la posibilidad de recuperar esa opción, que el constituyente rechazó en un momento concreto de la tramitación del texto constitucional.

En cuanto al procedimiento de la reforma en lo que se refiere a las exigencias del mínimo de votaciones favorables, el art. 167 exige una mayoría de 3/5 en el Congreso y en el Senado, y el 168 el de 2/3, en la reforma agravada. La posibilidad de un referéndum de ratificación de esa reforma, queda supeditada a la solicitud de la décima parte de los miembros de cualquiera de las cámaras en el procedimiento el art. 167 CE, nos permitirá relacionar la participación de la ciudadanía en la reforma.

No hay límites materiales a la reforma que puede ser Total o Parcial (T. Preliminar, cap. 2, 2/3 y disolución, nuevas elecciones, nuevo proyecto y referéndum). Los límites temporales se señalan en el art. 169 CE que remite al art. 116 CE. Será importante también la consideración de los límites de la reforma constitucional, que en su día no pudieron ser contemplados, por haber sobrevenido en el desarrollo del estado autonómico y en la Unión Europea.

Ciertamente, el procedimiento de reforma constitucional, como veremos, ha sido cuestionado en cuánto a sus insuficiencias, e igualmente en cuánto a lo que se han considerado preceptos superfluos o disfuncionales, como la regulación de un doble procedimiento, o la ausencia de sujetos legitimados directamente en la ciudadanía, como la iniciativa legislativa popular.

Desde el punto de vista de la iniciativa de los sujetos legitimados, ha de tenerse en cuenta que con independencia de cuales sean estos, esta iniciativa es un acto de naturaleza política, y por ello es un acto de voluntad, que se expresa en forma de iniciativa de reforma. Ello no empece a que muchas veces, en el caso de nuestra reciente historia, todas las veces hasta el momento, ese acto de voluntad política venga condicionado o directamente obedezca a condicionantes de naturaleza completamente distinta. Así ha ocurrido con la necesidad de la entrada de España en la Unión Europea, y en la necesidad igualmente, de permanecer en ella, mediante la estabilidad presupuestaria exigida por la Unión, que exigió la reforma del art. 135 CE.

Esos sujetos condicionantes son los que en el momento actual figuran como límites a la reforma de la Constitución, que, junto a los demás límites implícitos, constituyen ese tope a la reforma, que no figura en el Título X pero que han de ser necesariamente tenidas en cuenta, si queremos entender bien cuales serán las posibilidades de cambiar el texto constitucional.

La determinación de formar parte de la Unión Europea, exige la adecuación del marco constitucional al ordenamiento jurídico de la Unión, de manera que las dos reformas constitucionales habidas desde 1978, han obedecido a estas exigencias, pero, la reforma que proyecte un cambio en la actual Constitución, habrá de tener en cuenta que, además, el ordenamiento jurídico de la UE opera como un límite infranqueable a esa reforma¹. La irrupción en los ordenamientos jurídicos europeos de un pluralismo ordinamental que relativiza la posición de supremacía constitucional, tiene consecuencias importantes para la reforma constitucional, que queda enclavada en una posición de intermediación entre diferentes posiciones ordinamentales, autonómica y europea. La Constitución ha de garantizar en su reforma el mantenimiento del statu quo en relación con las CC.AA. y la Unión Europea, al punto de no poder llevar a cabo la reforma si no se cuenta con una aceptación de estos ordenamientos, o se auto limita en sus aspiraciones, so pena de incurrir en una reforma inconstitucional².

1 El hecho, de que además de la exigencia de las reformas de nuestra constitución, sea necesaria la limitación a futuras reformas constitucionales, define la situación europea como definitivo condicionante del ordenamiento jurídico del Estado. En ese sentido, F. Balaguer, *Regeneración democrática y reforma constitucional*. En AA. VV, Dykinson, Madrid. 2016. Págs. 62 y ss. Algunas reformas de nuestra Constitución, no serían posibles sin una salida de la UE, de manera que podría decirse a su juicio que esta ejercita un poder constituyente derivado sobre los estados.

2 Benito Aláez Corral. *Los límites a la reforma de la Constitución Española de 1978*. CEPC. Madrid: 2000.

Lo que de supremacía haya cedido la CE habrá de ser tenido en cuenta en esa reforma, en la medida en que las competencias que las CC.AA. han asumido en relación con el Estado, la Constitución no podrá hacerlas reversibles.

Europa presenta la singularidad de la cesión de una parte de la soberanía igualmente irrecuperable. La vuelta al poder constituyente, ahora como poder constituyente constituido, no es un retorno posible sin tener en cuenta ese pluralismo ordinamental. La pérdida de centralidad del estado, que se erige ahora como un estado regulador de los diferentes poderes territoriales, tiene un efecto definitivo en su poder de reforma, que exige sumar a los límites inmanentes de la reforma constitucional, unos límites nuevos, los del reparto territorial del poder y los de la contribución de España a la construcción europea³.

En lo que se refiere a la distribución territorial del Estado, ha de entenderse que la reforma constitucional se relaciona de tal manera con el Título VIII CE que este es igualmente condicionante de cualquier cambio constitucional, que ha de respetar los ordenamientos comunitarios, sin que quepa modificar los Estatutos de Autonomía, por la vía indirecta de cambiar la Constitución. En ese sentido la reforma estatutaria efectuada, lo habría hecho sobre un contenido formal de la Constitución, superado por esas mutaciones, y en referencia a unos presupuestos constitucionales hoy inexistentes.

1 CONSIDERACIONES PREVIAS AL ESTUDIO DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

Hemos dicho ya como la reforma de la Constitución ha de tener en cuenta las mutaciones constitucionales que se han venido produciendo en los años de vigencia del texto constitucional.⁴ No podría hablarse en términos generales, de una desnaturalización de este texto, salvo que en lo que se refiere al Título VIII como también hemos considerado. Supongamos

3 A esto hace referencia B. Aláez al hablar de distintas fuentes de producción normativa, en referencia a las de las CC.AA. y de derecho internacional. Ib. Pág. 185.

4 La mutación tiene lugar cuando se produce un cambio sin alteración formal del texto. El poder de reforma, en los límites, ha de tenerse en cuenta que en la modificación de los contenidos posibles, los principios exigen una indagación porque están implícitos muchos de ellos. Un nuevo poder constituyente o un poder constituyente constituido sin ruptura. E. Álvarez Conde, Los cambios constitucionales, en la obra En Poderes públicos y privados ante la regeneración democrática. Rosario Tur (ed.). Op. cit. Pág. 57.

una reforma en materia de inviolabilidad o aforamiento que desconozca la regulación estatutaria de aforamientos en las CC.AA⁵.

Pero además de las mutaciones, los textos legislativos están sometidos a un estrés importante en lo que se refiere a la interpretación por los operadores jurídicos, de las normas que han de ser aplicadas, en relación con importantes cambios sociales y políticos, que condicionan y a veces definitivamente cambian el sentido y funcionalidad de los preceptos, produciendo verdaderos cambios en su significado. De ahí la importancia de considerar en relación con las reformas constitucionales las limitaciones que operan esas interpretaciones en relación con nuevas formulaciones jurídicas. Y la necesidad de efectuar una distinción entre el concepto de reforma y el concepto de mutación⁶.

Otro elemento de importante consideración, lo constituyen las costumbres y las convenciones: composición del gobierno, reducción a 8 años del mandato, las situaciones creadas respecto de la situación de 2016, declinación del candidato a la propuesta del Rey⁷.

2 NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL

El problema de la naturaleza jurídica de las normas de la reforma de la Constitución, puede considerarse de alcance, en la medida en que tiene la importante consecuencia de la posibilidad o no del subsiguiente control de constitucionalidad. La doctrina se ha pronunciado sobre cuál sería la naturaleza de las normas de reforma constitucional, y si esta se puede llevar a cabo por ley. En este caso, y de forma mayoritaria se considera que la naturaleza de las normas que reforman la constitución, es igualmente constitucional y no legal. Esto plantea el problema de si se puede llevar a

5 Sobre la mutación constitucional, a juicio de Gavara de Cara, es necesario que se produzca cuando quedan obsoletos preceptos constitucionales o cuando, por una práctica abiertamente contraria al tenor literal del texto constitucional, se cambia el significado estricto o literal de un precepto de la constitución. J.C. Gavara de Cara. En Encuesta sobre la reforma de la Constitución. Teoría y Realidad Constitucional. N. 29. Madrid: 2012. Pág. 33.

6 Para Álvarez Conde hablar de cambios constitucionales no es igual a reformas constitucionales, han de considerarse en este sentido los cambios que tienen lugar a través de las mutaciones, como la interpretación de la Constitución, o de Acuerdos en determinadas materias como los de 1981 y 1992. Álvarez Conde, Los cambios constitucionales, Cit. Pág. 35-43.

7 Particularmente la interpretación de la constitución que produce constantes mutaciones. Ib. Págs. 45-46.

cabo sobre ellas un control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, y cuál sería la manera de articular esa posibilidad⁸.

3 LA POSIBILIDAD DE UNA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Pese a la consideración prácticamente generalizada en la doctrina, de que el Título X de la CE tiene una regulación defectuosa, y de que establecer dos procedimientos de reforma puede ser innecesario o inconveniente, no hay unanimidad en cuanto a la necesidad de reformar este procedimiento⁹.

El cambio constitucional se experimenta a través de la mutación, la interpretación y la reforma. En los procedimientos excesivamente rígidos, se corre el riesgo de que la Constitución cambie de manera ilegítima, o que los cambios constitucionales adopten una deriva de distanciamiento de la letra y el espíritu de la norma desaparezca, por no haber previsto la forma de readaptarse a los cambios. Es importante pensar que la constitución, como el derecho en su conjunto, exige la adaptación a los cambios sociales, y que no prever formulas flexibles de reforma, no impedirá los cambios, sino que los derivará a posiciones menos susceptibles de control, través de las mutaciones o de líneas interpretativas más adaptadas a la realidad.

Con más razón que las normas legales, al ser preceptos de máxima apertura, permiten interpretaciones muy diversas. Y alejadas de la constitución originaria.

Estas son las razones que abundan en la necesidad de que el propio texto constitucional facilite su reforma. Y en tal sentido, ha de preguntarse si nuestra Constitución ha diseñado un procedimiento que facilite la reforma, mediante un procedimiento ágil que permita llevar a cabo, sin excesivas obstrucciones, su modificación.

Hemos de iniciar estas consideraciones, desde los sujetos legitimados para llevar a cabo las reformas, y decíamos que ha habido una restricción de estos sujetos mediante la limitación del art. 87, que no contempla el p.º 3 para la iniciativa de reforma, excluyendo la iniciativa popular de la posibilidad de instar reformas constitucionales. Esta opción fue inicialmente considerada en el Anteproyecto de la Constitución, pero desechada por

8 Gavara de Cara considera que, si entendemos ley en sentido amplio, el Tribunal podría tener una competencia implícita para recibir un recurso de inconstitucionalidad. En "Encuesta sobre la reforma de la Constitución", Teoría y Realidad Constitucional, n. 15. Pág. 33.

9 Así, M. Contreras, Encuesta sobre la reforma de la constitución. Teoría y realidad constitucional. Cit. Pág. 15. Para quién la importancia de la reforma está en la decisión política y en la mayoría necesaria para conseguirla.

entenderse que podía ser manipulada por grupos sociales o políticos, y se optó por una legitimación exclusiva del Gobierno o de las Cortes Generales. Es el momento ahora de considerar que en la actualidad ha de revisarse esa concepción de la iniciativa legislativa popular, y en qué condiciones podría ejercitarse.

Hasta ahora, lo que conocemos es una iniciativa de una Comunidad Autónoma, que ha instado del Congreso de los Diputados, una reforma constitucional, precisamente para que se introduzca en el Título X la posibilidad de la iniciativa popular como sujeto activo legitimado para la reforma. Tal circunstancia es igualmente única en la referencia a la iniciativa de una Comunidad Autónoma para promover una reforma constitucional, y se lleva a cabo por la Comunidad Autónoma de Asturias.

La segunda cuestión que habremos de abordar se refiere a las dos formas de reforma, que han sido discutidas por parte de la doctrina de una innecesaria duplicidad. La cuestión de que el art. 168 CE considere de apreciación una mayoría más cualificada para la reforma total o atinente a algunas materias especialmente protegidas, ha sido considerada como un plus hasta cierto punto injustificable, excesivamente condicionante de la posibilidad de obtener esa mayoría y por tanto obstructivo de la reforma. Esta posición doctrinal es a veces contradictoria con la posición de algunos autores que finalmente no verían necesaria la reforma del Título X, ni la eliminación del doble proceso, aunque parece mayoritaria la doctrina contraria, que interesa la unificación de los procesos, y la posición más ágil de la reforma, para favorecer la posibilidad de que estas se lleven a cabo en condiciones más posibilistas.

Finalmente, en este estudio se intentará una nueva redacción del Título X, intentando integrar las aportaciones doctrinales que en este sentido se hayan formulado, además de las que de este grupo pueda aportarnos en el trabajo final conjunto.

Respecto a la documentación, y con independencia de la bibliografía que pueda ser tenida en cuenta, queremos destacar los Informes habidos por el Consejo de Estado en relación con las reformas o intentos de reforma, que se han llevado a cabo hasta el momento, destacadamente el publicado en 2006, en relación con la proyectada reforma parcial de la Constitución de 2004.

Igualmente se considerará la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto de sus Declaraciones y Sentencias en los procesos originados por las reformas de 1992 respecto del art. 13.2 CE y de 2012 respecto del 135 CE.

El debate sobre la reforma constitucional, ha surgido recurrentemente en la sociedad española, desde prácticamente su publicación, tomando fuerza en algunos momentos concretos, y bajando en intensidad en otros. Pero, como señala P. García Escudero, siempre en referencia a ámbitos materiales de su contenido, y muy pocas veces respecto del propio procedimiento de reforma¹⁰.

Este debate, sin embargo, no está ausente de consideraciones que exceden de su propia naturaleza y dimensión jurídica. A menudo se habla de reforma constitucional para abordar aspectos de la realidad jurídica que no se corresponden exactamente con la falta de vigencia constitucional, o con la necesidad de considerar su insuficiencia para afrontar los problemas reales de la sociedad, intentando ver en la reforma, posibilidades de solución que probablemente tengan otro marco dispositivo¹¹.

El procedimiento de reforma de la Constitución ha sido objeto de debate desde los inicios de su vigencia. Seguramente por el doble procedimiento, que ha permitido distinguir entre dos diferentes formas de tramitación, y del diferente grado de importancia que el constituyente atribuye a los preceptos constitucionales en orden a su modificación.

Por otra parte, hay que tener en cuenta, que la reforma constitucional ha de iniciarse necesariamente por un acto de voluntad política. Y en este acto, hay unos sujetos legitimados, que toman la decisión de reformar la constitución. Los actores de la reforma vienen constitucionalmente determinados por los arts. 167 y 168 CE, pero hay otros sujetos que son o pueden ser condicionantes de estas decisiones, de manera que contribuyan o determinen la posibilidad o exigencia de estas reformas, en función de otras decisiones políticas. Así, la determinación de formar parte de la Unión Europea, exige la adecuación del marco constitucional al ordenamiento

10 Piedad García Escudero. *El procedimiento agravado de reforma de la Constitución de 1978*. CEPC. Madrid: 2007.

11 Unida a la palabra regeneración la reforma parece orientarse a la recuperación de una situación previa y mejor que se ha perdido en el camino. Esto equivaldría a un desconocimiento de los errores producidos. Lo contrario sería igualmente la ignorancia de lo que ha funcionado. F. Balaguer, *La reforma constitucional y el sistema de fuentes del derecho* en E. Álvarez Conde, (dir.) y M. Álvarez Torres, (coord.), *Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución Española*. Comares. Granada: 2017. Pág. 52 y ss.

jurídico de la Unión, y puede decirse, que, hasta el momento, la decisión de los sujetos activos de la reforma constitucional ha estado en función de la voluntad de formar parte de la Unión. Las dos reformas constitucionales, han estado motivadas por esa exigencia.

Igualmente, hay quien piensa que antes de las reformas estatutarias de la pasada década, debía haberse acometido una reforma constitucional del título VIII. El contexto autonómico que la Constitución diseñó en 1978 ha sido ampliamente superado por la realidad jurídica actual, con importantes mutaciones constitucionales en la distribución competencial, y en la uniformidad de las diferentes CC.AA., por lo que las que llevaron a cabo sus reformas estatutarias, lo hacían en referencia a unos presupuestos constitucionales que no son los que actualmente existen. Hubiera sido más razonable quizás, que antes de las reformas estatutarias, se hubiera producido esa adecuación a la realidad. Una reforma constitucional ha de tener en cuenta ahora necesariamente el contenido de los EE.AA. supongamos una reforma en materia de inviolabilidad o aforamiento que desconozca la regulación estatutaria de aforamientos en las CC.AA.

En este trabajo, hemos de abordar desde el punto de vista de su pertinencia, los tres problemas con los que la doctrina se enfrenta al análisis de la regulación de la reforma constitucional.

En primer lugar, y viniendo al caso, de los sujetos legitimados para promover la reforma. Se parte del dato de que, en el Anteproyecto, no se había excepcionado a ninguno de los sujetos legitimados para la iniciativa legislativa, y se objetó al respecto que no era oportuna la iniciativa legislativa popular, por considerarse poco controlable. Los argumentos, han seguido siendo válidos para la actual regulación de la iniciativa legislativa popular, que se ha considerado muy restrictiva por la doctrina¹².

El recelo de una buena parte de la opinión política, más que la de la opinión pública general, que permanece ajena en buena parte a este asunto, no se corresponde con el tratamiento que la academia ha venido dando al tema de la reforma, en donde se ha considerado en general, como una posibilidad de cambio justificada por las exigencias de nuevos modelos

12 Para Gavara de Cara, hay un doble baremo, de una, parte la necesidad jurídica y de otra la oportunidad política, como posibilidad real de reforma, con independencia de la necesidad o el acierto político en esa iniciativa de reforma. Op. cit. Pág. 22.

sociales que requieren otras soluciones políticas y jurídicas¹³. Desde estos puntos de vista, la reforma tiene una consideración positiva, de solución de problemas, y no de creación de inseguridad jurídica, o de perturbación de la normalidad¹⁴.

Otro problema de alcance sobre el que se ha pronunciado la doctrina sería el de la naturaleza de las normas de reforma constitucional, y si esta se puede llevar a cabo por ley. En este caso, la doctrina mayoritaria considera que la naturaleza de las normas que reforman la Constitución es igualmente constitucional y no legal. Esto plantea el problema de si se puede llevar a cabo sobre ellas un control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, y en ese sentido, hay varias posiciones doctrinales, que se complementan, en el sentido de considerar abierta la posibilidad de un control formal, del procedimiento de reforma, pero no del contenido.

La relación entre reforma constitucional y una teoría de la Constitución deviene necesaria desde el momento en que en el concepto de Constitución va implícito el de la posibilidad de su reforma¹⁵.

En la reforma constitucional se entrecruza la posición del pueblo en el constituyente y en el orden constitucional, localizados en el art. 1.2 CE. si aceptamos que es la soberanía popular la que debe reflejarse en la estructura democrática del Estado desarrollada en la Constitución. Determinados aspectos de la regulación de la reforma, no se sostendrían, como la no inclusión del pueblo dentro de los sujetos legitimados para iniciar la reforma, como su no intervención directa en la aprobación, serían contradictorios. Si se considera que el pueblo no ejerce la soberanía, sino que actúa como poder constituido, entonces el referéndum facultativo es

13 Para P. de Vega la reforma obedece a la necesidad de dar salida al conflicto entre el principio democrático de la soberanía popular y el principio de supremacía constitucional. Ese equilibrio depende de que consideremos que es más importante la idea de que un pueblo pueda permanentemente renovar su pacto, o de que se considere importante el ejercicio de las competencias y facultades reconocidas en la Constitución. P. de Vega. La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente. Tecnos. Madrid: 1985. Pág. 60.

14 Funciones de la reforma, no debe entenderse como un ataque sino como la defensa de la Constitución misma, para hacer frente a las nuevas situaciones que la sociedad exige. Se trata de una garantía, en la medida en que en la reforma hay continuidad y no ruptura. Ib. Pág. 67.

15 Así lo considera la doctrina más solvente. En la historia del derecho constitucional, la doctrina que trata una teoría de la Constitución en el pasado siglo, y finales del XIX, vemos implícita una teoría de la reforma, C. Schmitt, Loewenstein, e igualmente, en los tratados sobre reforma, se revierte aun concepto previo de constitución, como el caso de Jellinek y Bryce. Díaz Revorio, F.J., Consideraciones sobre la reforma de la Constitución española desde la teoría de la Constitución. En La reforma estatutaria y constitucional, Coord. J.M. Vera Santos y FJ Díaz Revorio, La Ley. Madrid: 2009. Pág. 589.

acceptable en los términos del 167, pero no en los del 168, que se justifica que sea obligatorio¹⁶.

De ahí la necesidad de establecer la relación entre el grado de rigidez de las constituciones, la teoría constitucional, y las posibilidades de reforma, así como la funcionalidad de las reformas constitucionales en el marco de la teoría constitucional, que ofrece la oportunidad de estudiar la reforma como una exigencia de la supervivencia del texto constitucional, adecuándolo a la realidad de los tiempos.

La doctrina ha entrado desde su inicio en esta cuestión de la utilidad de la reforma constitucional, y la necesidad de llevarla a cabo, cuando las exigencias sociales la demanda, so peligro de que, de no hacerlo, la realidad social y el derecho sufrirán una alteración, y la Constitución quedara desfasada¹⁷.

En algunos autores, la reforma se conceptúa como la necesidad de acometer un cambio exigido por el transcurso del tiempo¹⁸. Hasta el punto de constituir una exigencia, que caso de no atenderse, tienen consecuencias negativas para la Constitución misma¹⁹. Una norma jurídica que se desfase hasta el punto de no permitir su aplicabilidad, puede acarrear consecuencias negativas en el ordenamiento jurídico, mientras su adecuación a la realidad constituye una garantía de normalidad constitucional, en este caso.

Esta situación de exigencia de una reforma constitucional se ha puesto de relieve sobre todo en la provisionalidad con que se aprobó el Título VIII, y la necesidad de cerrar el diseño territorial del Estado²⁰.

16 F. Balaguer, Soberanía popular y democracia, Revista de Derecho Político, n. 27-28, Madrid: 1988. Pág. 110.

17 E. Belda denomina a esto la energía de la continuidad, a la necesidad de adecuar la necesidad jurídica a la necesidad política, y por tanto a constituirse en garantía de futuro. E. Belda Pérez-Pedrero, La fallida reforma de la Constitución Española durante la VIII Legislatura. Ed. Thomson-Civitas. Madrid: 2008. Pág. 34 y ss.

18 C. de Cabo habla sobre la necesidad de la reforma, estableciendo una relación entre tiempo y derecho, entendida como el cambio necesario. Carlos de Cabo, La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho. Ed. Trotta. Madrid: 2003. Pág. 5-20.

19 Ib. Pág. 53 la reforma expresa la superación de la contradicción entre la tendencia al mantenimiento y la exigencia de adaptación al cambio histórico. En ese sentido consigue evitar una reforma sin reforma.

20 La constitución abierta impide que se cierren las competencias. La reforma es posible sobre las bases de tener en cuenta esta consideración. En nuestro caso la apertura la hace más rígida por el miedo a abrir el debate. La permanente vigencia del principio dispositivo, exige reformar la constitución para poder acabarla. F. Rubio Llorente, Globalización económica y reforma constitucional. Revista de Occidente. n. 388. Septiembre. 2013. Págs. 6-8.

4 EL ACTO POLÍTICO DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

Sobre la naturaleza política de la iniciativa de reforma constitucional, la consideración es pacífica en el sentido de considerar que es desde una posición política, desde donde se adopta la decisión de una reforma constitucional.

Una propuesta de reforma deberá demostrar la legitimidad de su objetivo, que sea posible a través de la constitución, que se respeten los límites, (absolutos específicos y relativos), que sea necesaria, que tienda a conseguir ese objetivo, jurídicamente necesaria.

Es muy importante por lo que tiene de actualidad la coordinación correlativa entre la realidad política y la norma que buscamos, puede ser que la realidad se haya impuesto a la norma vigente, que la norma frene un desarrollo deseable de la realidad, que la reforma sea necesaria para prohibir una práctica política determinada, o que sea para suscitar nuevas realidades²¹.

5 LA INICIATIVA DEL PROCESO DE REFORMA. CONSIDERACIÓN DE ALGUNOS SUJETOS

La iniciativa política de la reforma constituye, como se ha dicho, un acto político, por el que se expresa la voluntad de llevar a cabo una modificación de la norma constitucional, en la extensión que ese sujeto promotor de la iniciativa considera adecuada para resituar la norma en la realidad social. La disfuncionalidad de la Constitución, en todo o en parte, ha dejado de responder a la finalidad con que fue puesta en vigor, y de ahí el replanteamiento de la situación para volver a encajar norma y realidad social. En ese sentido se consideran sujetos legitimados para ese acto político, el Gobierno, el Congreso, el Senado y las CC.AA., en referencia expresa del art. 166 CE, al art. 87 CE, en sus apartados 1 y 2. La referencia al pf. 3 de ese artículo, se suprime en la fase constituyente, aunque veía establecida igualmente como posibilidad, la iniciativa popular, como un sujeto legitimado más de la reforma constitucional. Las razones que en ese momento se adujeron, vale la pena replantearlas, por tratarse de consideraciones históricas muy ligadas al momento constituyente, y por parte, recuperables ahora que ese momento ha cambiado.

21 F. Balaguer, sobre el papel de la reforma en posibilidad para las minorías, en la medida en que representa una posibilidad de cambio. En El <<status>> constitucional de la reforma y la fragmentación del poder constituyente. En La Democracia constitucional. Estudios en Homenaje a F. Rubio Llorente. Madrid: 2002. Pág. 107.

A) LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS COMO SUJETOS LEGITIMADOS PARA INICIAR EL PROCESO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Aunque en fase constituyente no fue motivo de especial dedicación, la posibilidad de que fueran las CC.AA. sujetos legitimados para la solicitud de reforma constitucional, no estuvo exenta de debate doctrinal. Así, desde la consideración de que las CC.AA. no debían ser sujetos de iniciativa de reforma, hasta la de que solo lo podrían ser en el ámbito competencial correspondiente a sus estatutos, y naturalmente, con una consideración amplia, tuvo su momento de discusión, hasta llegar a ser hoy una cuestión pacífica. Esta consideración de la primera doctrina en torno a ese concepto restrictivo, o directamente negado²², para que las CC.AA. pudieran adoptar decisiones en torno a una reforma constitucional, tiene una motivación clara de la manera en que se formuló la división territorial del estado, aun cuando algunos autores se manifestaron claramente favorables a esa legitimación activa de las CC.AA.²³.

B) LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR COMO SUJETO LEGITIMADO PARA LA FORMULACIÓN DE REFORMA CONSTITUCIONAL

La posibilidad de que la reforma constitucional se lleve a cabo por la vía de la iniciativa popular, fue, como se sabe considerada en la fase constituyente, pero rechazada finalmente por una enmienda de la UCD, que la suprimió²⁴.

La doctrina se muestra en este caso dividida desde el inicio, aunque la mayoría considera desacertado, y fruto del momento constituyente, la exclusión de estos sujetos legitimados²⁵. Muchas de las razones que se esgrimen para evitar la democracia directa, hoy pueden parecernos de

22 P. de Vega se manifestó en contra de esa posibilidad, dada la dimensión territorialmente reducida de las CC.AA., cuyo interés en una reforma constitucional no debía ser tomada en cuenta. Op. Cit. Pág. 140 y ss.

23 La posición de Javier Pérez Royo estaría a favor porque son órganos constitucionales del estado. J. Pérez Royo, La reforma de la Constitución. Congreso de los Diputados. Madrid: 1987. Pág. 449.

24 Sobre la iniciativa popular, en el proyecto constitucional inicialmente figuraba, pero se retiró en trámite de enmienda de UCD, justificada para no desnaturalizar la reforma. La defendió AP considerando que era positivo que el pueblo interviniera en esos procesos políticos por ser más democráticos, pero no prosperó y se retiró por 27 votos a favor 1 en contra, con la colaboración del PSOE y PCE. La justificación de los partidos de izquierda era que esa iniciativa era propia de fórmulas plebiscitarias de los regímenes totalitarios. En el Senado se propuso el mantenimiento y luego se retiró.

25 Pérez Royo se muestra partidario de la iniciativa popular. J. Pérez Royo, la reforma de la Constitución. Cit. Pág.

escaso valor real²⁶. En los momentos actuales, en los que las formaciones políticas muestran una insuficiencia real para la acometida del diálogo como forma de superación de los conflictos políticos, se revitalizan posiciones que en otro momento parecían amenazar a la democracia²⁷. Y la doctrina en estos momentos, considera en términos generales, la exclusión de la iniciativa popular, como una insuficiencia poco justificable con argumentos democráticos²⁸.

Es difícil considerar la iniciativa legislativa popular como una posibilidad de manipulación o uso demagógico de las instituciones, desde el punto de vista de una manipulación cercana a la que se haya podido producir en otros momentos de la historia reciente en Europa. Si la articulación social tiene lugar a través de los partidos políticos, se supone que en principio son estos los llamados a articular la demanda social y política, de manera que una iniciativa popular se supone administrada en cierto sentido por estas instituciones. Pero si se piensa en una manipulación una de dos, o es de estos partidos, o es de otros grupos que recogen aspiraciones que esos grupos no han percibido, lo que muestra una desarticulación tanto más preocupante cuanto que muestra la incapacidad para hacer frente a esa descoordinación²⁹.

c) LA PROPUESTA DEL PARLAMENTO DE ASTURIAS

La imaginativa propuesta del Parlamento Asturiano, que promovió en septiembre de 2014, la Proposición de Reforma de la Constitución, en el sentido de considerar que debía reformarse el art. 166 admitiendo la iniciativa legislativa popular. Las exclusiones del art. 87.3, tienen una justificación que no es comparable a las demás, que son leyes orgánicas, tributarias internacional o gracia.

La iniciativa tuvo su origen en una petición derivada del art. 29.1 CE que permite dirigirse a los poderes públicos en solicitud de conocimiento de hechos o de derechos. De ahí que un movimiento ciudadano formulara

26 Pedro de Vega se muestra contrario, relacionando la democracia directa y la representativa. En contra de la iniciativa directa porque el parlamentarismo es más garante, lo contrario habría sido de una ingenuidad política y jurídica notables. Op. cit. Pág. 144-149.

27 Para F. Balaguer, la iniciativa popular como forma de democracia directa es importante, pero con una necesaria articulación. En Regeneración democrática y reforma constitucional. Cit. Pág. 76.

28 Manuel Contreras, Sobre el título X de la Constitución Española: de la reforma constitucional. RDP n. 37. Madrid: 1992.

29 Sobre la iniciativa legislativa popular, M^a. D. Cabello, La iniciativa legislativa popular, Tirant lo Blanch, Valencia: 2017.

esa propuesta que fue tramitada por el Parlamento de Asturias. Que este hizo suya, y tramito generando algunas comparecencias de acreditados profesionales de Derecho Constitucional.

Sus consideraciones hacia la necesidad de modificar el art. 166 fueron importantes. La necesidad de integrar la legitimación activa como complemento de los demás sujetos constitucionales, que la iniciativa legislativa popular es un instrumento importante de saneamiento de algunos privilegios, o que la reforma de esta cuestión se debía tramitar por el art. 167.

La Mesa del Congreso de los Diputados acordó admitir a trámite la proposición de reforma constitucional dar traslado al gobierno, y fue finalmente incluida en el orden del día del pleno de 2 de diciembre. Interrumpido el proceso por la disolución de las cámaras, nuevamente se fijaron varias fechas durante el año 2016, y aún sigue pendiente de fecha de toma en consideración.

6 OTROS SUJETOS DE INFLUENCIA EN LAS POSIBILIDADES DE REFORMA CONSTITUCIONAL. LA UNIÓN EUROPEA Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL

En cuanto a la UE como posibilidad de modificación de la Constitución, es evidente que no es un sujeto legitimado por la CE, pero siendo esto así, no es menos cierto que las dos reformas llevadas a cabo hasta el momento lo han sido con motivo de la incorporación de España a la Unión, y que una buena parte de las mutaciones constitucionales llevadas a cabo en la c obedecen a los límites impuestos por la UE.

Otro tanto puede decirse de las CC.AA., que, siendo sujetos legitimados para instar la reforma de la CE, y no habiendo hecho uso de esta posibilidad más que en una ocasión, y para una cuestión muy concreta, que es justamente la de ampliar los sujetos legitimados del art. 167 CE, han determinado la más importante mutación en el campo de la distribución territorial del estado, así como a través de las leyes del art. 150 CE³⁰.

30 En este sentido F. Balaguer, pg. 110 y ss. En referencia a la integración europea y a las leyes de sucesivos pactos autonómicos. En ambos casos, se han creado límites materiales importantes a la reforma constitucional. Precisamente, siguiendo al autor, en donde se sitúan ahora la mayor parte de los conflictos políticos.

7 LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN A LA NATURALEZA RÍGIDA O FLEXIBLE DE LA CONSTITUCIÓN

La naturaleza de las constituciones abunda en la posibilidad de distinguir entre su dificultad para la reforma en función de que sean rígidas o flexibles, las primeras más difíciles de reformar y las segundas, que parecerían más “inestables, que carecen de garantías de solidez y permanencia”³¹.

J. Bryce fundamenta la diferencia entre las constituciones rígidas y las flexibles en que las normas de las primeras se hallan situadas por encima y al margen de la acción del parlamento, al haber sido determinadas por una autoridad superior, única que puede permitir la modificación³². En tal sentido, podemos hablar de unas características de los textos constitucionales, que determinarían una forma u otra de reforma. Aún más, podríamos decir que las constituciones orales no plantearían en principio un problema de reforma, al no existir referencias escritas, textuales, que condicionaran futuros cambios. El texto determinaría en tal caso, el grado de rigidez³³. Para este autor, no resultaría esencial el procedimiento de revisión constitucional para calificar a una constitución de rígida³⁴.

Sin embargo, otras concepciones de la constitución, remiten a conceptos superadores de los aspectos formales en los que se quedan los autores clásicos de la distinción rígida o flexible en función de su forma escrita u oral. Un concepto de constitución material, que integre la referencia a valores constitucionales, deberá tener en cuenta que la rigidez atiende también a la necesidad de llevar a cabo las reformas en el respeto a esos valores que se aprobaron en el momento constituyente³⁵. No nos sirve por tanto un criterio puramente formal para esta calificación. Para algunos autores, una constitución, para ser rígida, ha de contener un procedimiento

31 J. Bryce, pág. 24. Esta presunción sin embargo no es correcta, y esta contradicha según el por la realidad histórica. Analiza cómo se comporta cada clase de constitución desde una crisis constitucional. Pág. 36, una constitución rígida resiste la presión si lo medios de modificación no cuentan con mayoría suficiente, pero puede sr superada por los hechos. La flexible permite su cambio fácilmente, y las posibilidades fáciles de integrar los cambios pacíficos sin métodos violentos, pág., 37. Es común a las rígidas poseer una autoridad superior a la de las demás leyes del estado, y procedimientos distintos a lo que se siguen para dictar y revocar leyes, pág. 64.

32 J. Bryce, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. CEC. Madrid: 1988. Pág. 161.

33 Para Bryce las características de las constituciones rígidas son: unidad legislativo documental, incidencia sobre la forma de estado o de gobierno, y superioridad jerárquica sobe las leyes ordinarias. Ib. Pág. 208.

34 Para Pace, el concepto de constitución rígida de Bryce, sería equivalente a una constitución escrita. A. Pace y J. Varela, *La rigidez de las constituciones escritas*. CEC. Madrid: 1995. Pág. 31.

35 En esa posición se sitúan autores como H. Hesse, *Escritos de derecho constitucional*. CEPC Madrid: 2011, pág. 49.

especial de reforma³⁶. Pero dicho esto, es necesario también distinguir entre rigidez y reforma, desde un plano lógico jurídico³⁷.

Desde el punto de vista jurídico-positivo no es necesario compartir el criterio de la esencial rigidez de las constituciones escritas, sino que las rígidas se pueden transformar en flexibles, y claro está que esta transformación la facilita el hecho de que no haya previsto un sistema de reforma³⁸.

Puede llegarse a compartir sin embargo, un conjunto de conceptos comunes respecto de los autores clásicos en los que se basan estas discrepancias³⁹.

Ambos necesarios para cumplir los fines de la constitución y su coordinación. La revisión constitucional es la revisión del texto. Hay que distinguir de la ruptura constitucional. Es decir, su inobservancia y finalmente la mutación que no afecta al texto, sino a la concretización del contenido de las normas constitucionales⁴⁰.

La concreción de un contenido constitucional, solo será posible incorporando las circunstancias de la realidad, que la norma ha de regular⁴¹.

La comparación entre los dos procedimientos de reforma permite afirmar que los propios constituyentes partieron de la diferencia entre la constitución como principio dinámico, recogido en ese núcleo constitucional que son los preceptos relativos a la reforma, y el régimen en su sentido de organización concreta. La rigidez se reserva para aquello en que reposa el poder constituyente mismo, para la libertad política de los ciudadanos y los principios estructurales del estado, sin los que esa libertad, no puede traducirse en conjuntos institucionales.

36 Así lo considera Pace. Pero para Varela la rigidez constitucional es consecuencia de un concepto racional normativo de constitución, y habla de dos planos, el lógico jurídico y el jurídico positivo. En el primer caso, las normas superiores a otras en la misma constitución se suponen, y se ve así que al final se identifica con el plano lógico jurídico, aunque no esté positivado y que serían materialmente superiores. La rigidez no da más jerarquía, pero sí más estabilidad al dificultar la reforma. Ib. Pág. 91-96.

37 Desde este punto de vista, las constituciones escritas no podrían ser flexibles, solo la inglesa o cualquier otra carente de texto. Ib. Pág. 117

38 J. Varela reprocha a A. Pace el hecho de confundir el plano jurídico y sociopolítico, pero es que la eficacia de la cons va ligada a la práctica y esta al uso que la deja ser algo más que papel. Ib. 120-128.

39 Una crónica del debate que tuvo lugar entre los dos autores, con interesantes aportaciones de los asistentes, en B. Aláez, Supremacía y rigidez constitucionales, (A propósito del libro "La rigidez de las Constituciones escritas". De Alessandro Pace y Joaquín Varela, y del debate celebrado el 20 de mayo de 1996 en la Universidad de Oviedo, en REDC n. 47. 1996.

40 La dificultad de reforma en una constitución la califica de rígida, y una excesiva movilidad la hace poco estable. Ib. Págs. 50-51.

41 Las posibilidades de esa mutación son limitadas sin que varíe en nada la constante vinculación de la realización de las normas constitucionales a esas normas precisamente. Ib. Pág. 54.

8 EL CONTENIDO POSIBLE DE LA REFORMA. CONDICIONES MATERIALES SOBRE LAS QUE ACTÚA LA REFORMA

Los mecanismos de actualización de las normas se llevan a cabo en su uso continuado y permanente, a través de sucesivos actos de aplicación. Es la realidad social la que impone una adaptación constante de las normas jurídicas, en función de las nuevas situaciones que surgen, y que exigen esa progresiva modificación de sentido. El derecho en su aplicación es un acto repetitivo, pero la realidad social que, en la subsunción de la norma en cada supuesto de hecho, adquiera este una actualización, y por tanto en cada acto de aplicación, una permanente reactualización. Esta realidad viva del derecho, lo hace mutable y cambiante, y de ahí, la mutación que las normas jurídicas viven a las que no son ajenas las normas constitucionales. Por tal razón, ha de entenderse que la permanente actualización de la Constitución, permite pensar en sentidos distintos de la norma, en función de las realidades sociales que abarca.

La sujeción de la Constitución a cambios está como decimos en los actos de aplicación, y por tanto en aquellas actividades por las que el derecho constitucional se concreta. En ese sentido ha de distinguirse entre mutaciones, costumbre, interpretación de los operadores jurídicos y otras formas de cambio, como las modificaciones legislativas que lleva a cabo el Parlamento.

El cambio constitucional se experimenta a través de la mutación, la interpretación y la reforma. En los procedimientos excesivamente rígidos, se corre el riesgo de que la constitución pueda cambiar de manera ilegítima, o que los cambios constitucionales adopten una deriva de distanciamiento de la letra y el espíritu de la constitución, por no haber previsto la forma de readaptarse a los cambios. Es importante pensar que la constitución, como el derecho en su conjunto, exige la adaptación a los cambios sociales, y que, de no prever fórmulas flexibles de reforma, esto no impedirá los cambios, pero los derivaran a posiciones menos susceptibles de control. A través de las mutaciones o de líneas interpretativas adaptadas a la realidad.

Con más razón que las normas legales, al ser preceptos de máxima apertura, que permiten interpretaciones muy diversas. Y alejadas de la constitución originaria. Ocurre con el derecho a la salud, cada más integrado en el art. 15 CE que respondía a la interdicción de las torturas.

A) LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES

Desde la clásica distinción de Jellinek⁴², las mutaciones constitucionales hacen referencia a cambios inconscientes de las normas constitucionales, frente a los actos conscientes de la reforma del texto constitucional. Y ya el autor distingue entre las diferentes posibilidades por las que se producen esos cambios involuntarios⁴³. Existe mutación constitucional cuando la norma muta su significado sin afectar al texto⁴⁴.

Es necesario distinguir en todo caso entre las diferentes causas que originan las mutaciones constitucionales como en el caso de las lagunas. De la misma forma que el desuso u otras, una laguna constitucional puede llevar a mutaciones constitucionales sin exigencia de una reforma constitucional⁴⁵.

Lo que viene a diferenciar netamente la reforma de la mutación de una constitución es que en la mutación estamos ante una forma de reforma, que deja inalterado el texto. Por mutación constitucional se entiende justamente esto, un cambio en el uso de las normas constitucionales, que dejando inalterado el texto, tiene la virtualidad de producir efectos distintos⁴⁶.

Los autores difieren igualmente en cuanto a la valoración de las mutaciones constitucionales, así como a su graduación⁴⁷.

La doctrina más reciente viene elaborando con mayor precisión algunos de estos conceptos que la doctrina clásica entendía con algunas

42 "Por reforma de la constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente, que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención o consciencia de tal mutación". Jellinek, *Reforma y mutación de la constitución*. CEC. Madrid: 1991. Pág. 7.

43 Jellinek llama la atención acerca de cómo los reglamentos parlamentarios pueden producir cambios importantes en las constituciones mutando el sentido de las normas constitucionales. Igualmente, las autoridades administrativas, en la necesidad creadora del derecho, e igualmente por desuso, como el derecho de veto del rey en el matrimonio de sus hijas limitado al mero símbolo. Ib. Págs. 19 a 45.

44 H. Hesse, op. Cit. Pág. 95, se entiende por mutación constitucional la doctrina la modificación del significado de las normas sin afectar a su contenido textual.

45 Jellinek, Op. Cit. Pág. 55.

46 Para Fernando Santaolalla, las mutaciones se pueden producir por las leyes, costumbres, sentencias judiciales, convenciones constitucionales, "son medios aplicativos que pueden matizar e sentido de un precepto o sustituir un significado por otro". Santaolalla prefiere la reforma a la mutación porque es más segura, y más fiable. A diferencia de P. de Vega que diferencia entre poder constituyente como jurídico e ilimitado y poder de reforma, el considera que el resultado de una reforma es igual al del poder constituyente. Evita la incertidumbre sobre los límites. En, *Comentarios a la Constitución*, Garrido Falla. Comentarios a la Constitución. Civitas. Madrid: 2001. Págs. 2707-2709.

47 P. de Vega. Op. Cit. Pág., 194. En relación con la costumbre constitucional, ver Pgs. 197 y ss. Y en referencia a los tipos de mutaciones constituciones y sus límites Pág. 209.

imprecisiones⁴⁸. Así, la distinción entre cambios constitucionales, como concepto genérico que englobaría además de la reforma, todos aquellos aspectos de los que resulta una evolución del sentido de la norma constitucional, en su texto o en su significado⁴⁹.

Se puede hablar de reforma, por oposición a otras formas de cambio constitucional, cuando se produce la modificación de los textos mediante acciones voluntarias e intencionadas, y de mutación cuando hay una modificación que no altera el texto, pero sí el significado.

Es importante, en este sentido, ver la posibilidad de integrar las mutaciones en las reformas para dar positividad⁵⁰. A veces las mutaciones tienen lugar porque no se produce una actualización de la norma en términos que haga posible su aplicación⁵¹.

Potencialmente, todo intérprete del derecho tiene la capacidad de producir esas mutaciones. Así, el legislador, al regular en el desarrollo constitucional materias que tienen que ver más o menos directamente con el texto de la constitución, pueden llegar a producir ese tipo de mutaciones de significado sin que el texto se altere. En ese sentido, se ha considerado que algunas leyes, como la de modificación del Código Civil en materia de capacidad para contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, se modificó el sentido del art. 39 CE, sin que por parte del constituyente se estuviera valorando esa posibilidad. Igualmente, en la regulación de la LOAPPA, o de los Acuerdos Autonómicos de 1992.

Igualmente cabe decir de la incorporación de España a la Unión Europea, y las mutaciones constitucionales que se han producido sin alteración del texto constitucional⁵².

48 E. Álvarez Conde, llama la atención acerca de cómo los reglamentos parlamentarios pueden producir cambios importantes en las constituciones mutando el sentido de las normas constitucionales. Igualmente, las autoridades administrativas. Es la necesidad creadora del derecho, la que crea las costumbres. Igualmente, por desuso, como el derecho de veto del Rey en el matrimonio de sus hijas limitado al mero símbolo. E. Álvarez Conde, Los cambios constitucionales. Cit. Págs. 19-45.

49 Enrique Álvarez considera que son costumbres y convenciones: la composición del gobierno, la reducción a 8 años del mandato, las situaciones creadas respecto de la situación política de presentación de candidatos a la presidencia de gobierno del año 2016, y la declinación del candidato a la propuesta del rey. Ib. Págs. 44-46.

50 Fernando Santaolalla, considera diferentes causas de las mutaciones. Se pueden producir por las leyes, costumbres, sentencias judiciales, convenciones constitucionales, "son medios aplicativos que pueden matizar e sentido de un precepto o sustituir un significado por otro". En Comentarios a la Constitución. F. Garrido Falla. Págs. 2707-2708.

51 Santaolalla prefiere la reforma a la mutación porque es más segura, y más fiable. Ib. 2709.

52 S. Muñoz Machado ha puesto de relieve esa realidad. Las reformas constitucionales limitadas que han tenido lugar en las dos reformas constitucionales, no explican el impacto constitucional de la ratificación del Tratado de Maastricht. El tratado de Maastricht supuso un impacto mucho mayor en el estado, de lo que

B) LA COSTUMBRE CONSTITUCIONAL COMO MUTACIÓN CONSTITUCIONAL. LA RELACIÓN ENTRE LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL Y LAS COSTUMBRES CONSTITUCIONALES

Tanto las costumbres constitucionales como las mutaciones, se producen por una necesidad de integración del ordenamiento jurídico, que, ante la necesidad de la realidad social del momento, la norma vigente no responde. Ese cambio de la realidad, pero no de la norma, exige una adaptación que será tanto más amplia, cuánto mayor sea el desfase entre norma y realidad. Los incumplimientos sistemáticos, el desuso, de normas cuya obsolescencia ya no les permite cumplir con las exigencias normativas, crea salidas como las mutaciones, el uso de las costumbres, o la exégesis superadora del texto normativo.

Podemos hablar así de tres tipos de mutaciones constitucionales, la legislación, la convención y la interpretación⁵³.

La mutación se considera una forma de cambio constitucional sin alteración textual⁵⁴. A diferencia de la mutación, en la costumbre hay contenido textual, pero este está fuera de la Constitución⁵⁵.

Las mutaciones constitucionales, se consideran desde el punto de vista dogmático, como un factor añadido al texto constitucional, e ineludible, en la exigencia de la aplicación de las normas, cuando se produce una laguna⁵⁶.

Otros elementos constitucionales que exigen o permiten reformas son la naturaleza abierta o no de las normas y uso de las costumbres constitucionales.

se ha modificado mediante los arts. 13.2 y 135 CE. Una política económica común no puede decirse que no produzca mutaciones constitucionales, sino que necesariamente traslada hacia órganos comunitarios, decisiones que vinculan posiciones internas de los estados S. Muñoz Machado, La Unión Europea y las mutaciones del Estado. Alianza Universidad. Madrid: 1993. Págs. 45-52.

53 J.J. González Encinar, La constitución y su reforma. La Constitución y su reforma. REDC. N. 17. 1985. Pág. 374.

54 Ana Victoria Sánchez Urrutia, Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución, una aproximación al concepto. REDC n. 58 2000. Cambio de significado o de sentido sin que se vea alterada su expresión escrita. 105.

55 Jellinek, la costumbre es una forma intencionada e modificar la constitución, una especie de revisión constitucional. Op. cit. Pág. 11.

56 Las referencias de Hsu Dau Lin siguen siendo válidas en este sentido: Puede haber congruencia norma realidad bien porque la realidad siga lo marcado por la norma, o que la norma siga a la realidad. En segundo lugar, que haya disociación y en este caso, son posibles cuatro mutaciones, a), mutación que no viola la Constitución, (laguna). b), (imposibilidad por no poder ejercitar poder o algo así), o sea la mutación por imposibilidad del ejercicio constitucional, c), la práctica contraria a la constitución, y d), la interpretación de la Constitución. Hsu Dau Lin, Mutación de la Constitución. IVAP. Euskal Erakunda. 1998.

La justicia constitucional es un instrumento permanente de reforma, aunque no se considera por algún sector de la doctrina que esa deba ser una función del Tribunal Constitucional⁵⁷.

Con más razón que las normas legales, al ser preceptos de máxima apertura, que permiten interpretaciones muy diversas y a veces alejadas de la constitución originaria. Los ejemplos de este tipo de mutaciones por parte del Tribunal Constitucional, serían muy numerosos, y forma parte de la función del Tribunal, realizar la interpretación de la Constitución de conformidad con el momento en que se aplica el derecho. Pensemos por ejemplo en el derecho a la vida reconocido en el art. 15 CE, y la evolución que este derecho ha tenido desde su formulación constitucional, en relación con a la interdicción de la tortura, hasta la que hoy se establece con el derecho a la salud.

Sobre la costumbre, no hay tampoco unanimidad doctrinal respecto de cómo ha de comportarse en relación con su valor normativo. Algunos autores consideran que se debe negar valor jurídico a la costumbre sobre la idea de que carece de certeza jurídica⁵⁸.

Sin embargo, las costumbres constitucionales, como las mutaciones, son inevitables, dada la necesidad de adaptar permanentemente la actividad interpretativa del derecho a las realidades sociales⁵⁹.

Hay por lo tanto en la costumbre, una inevitabilidad en cuanto a la imposibilidad de que el derecho se desenvuelva sin auxilio de los usos que se vienen utilizando en defecto de otras operaciones jurídicas posibles, la claridad de la ley, o la necesaria aplicación de normas que suplan lagunas⁶⁰.

57 Sobre la mutación constitucional, se piensa que el Tribunal Constitucional, no llega a producir verdaderas mutaciones, sino que es necesario que se produzca cuando quedan obsoletos preceptos constitucionales o cuando, por una práctica abiertamente contraria al tenor literal del texto constitucional, se cambia el significado estricto o literal de un precepto de la constitución. Gavara de Cara. Op. cit. Pág. 33.

58 B. Aláez a la la costumbre, le niega valor constitucional porque contribuye a la rigidez del derecho y en la medida en que no está escrita, le falta visibilidad. No hay reconocibilidad, y no contribuye a la diferenciación precisa de las normas constitucionales. Dificulta el reconocimiento, mientras el derecho positivo es reconocible. Estaría excluida de la constitución por la propia autorreferencialidad que se propone en la CE, solo autorizada por el CC y de comercio, con un carácter muy subordinado. Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978. Cit. Pág. 262.

59 Javier Corcuera entiende la costumbre como una adecuación de la constitución a la realidad sin usar el sistema de reforma. La actividad interpretativa, la costumbre, las convenciones, y las decisiones políticas en materia de desarrollo autonómico, han cambiado el sentido de las palabras y hasta el contexto constitucional. J. Corcuera, Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional, en Constitucionalismo crítico, liber amicorum a C. de Cabo. (M. A. García Herrera, J. Asensi Sabater, F. Balaguer Callejón, coords). Tirant Lo Blanch. Valencia: 2016. Págs. 747-752.

60 Pedro González Trevijano, hace referencia a la costumbre como una repetición de actos, cuya identidad de contenido jurídico constituye una regla objetiva de conducta, inducida de los mismos hechos y no deducida

No es exactamente de la misma forma de funcionamiento la de la costumbre que la de la mutación. Se puede diferenciar en este sentido entre mutación y costumbre: mientras que en la costumbre la opinio iuris se produce en el mismo proceso factico, en la mutación esa opinio se une al proceso constitucional⁶¹.

La constitución es un sistema de integración de la totalidad de la vida del Estado, que opera frente a otros campos del ordenamiento de tres modos, el carácter inacabado y la elasticidad de las normas respecto de las necesidades vitales del estado, el carácter de que goza el estado, el estado como ente vital y total, y la limitación de la eficacia de la constitución a las fuerzas y garantías en ella contenidas⁶².

Se pueden llevar a cabo cambios profundos mediante los mecanismos de aplicación de las normas jurídicas. Normalmente las mutaciones se producen por órganos diferentes de los que tienen atribuida la potestad de la reforma constitucional, en las fases aplicativas de las normas. Y estas mutaciones constitucionales pueden ocurrir porque, respetando la letra se les atribuya una ratio diferente de la que inspiró esas disposiciones normativas, o porque su indeterminación facilita esa mutación de sentido. Las razones, están a veces en la brevedad de los textos constitucionales, la ambigüedad de numerosas disposiciones, la propia concepción de los gobernantes, o las especiales situaciones o coyunturas que se presentan en la realidad. Los efectos de esta realidad constitucional, evidencian que la realidad constitucional desde la perspectiva del tiempo, exige estudiar los cambios desde una fundamentación dogmática, y desde la práctica del reconocimiento de la realidad de la constitución y su análisis⁶³.

Cabe incluso hablar de la costumbre contraria al texto constitucional, cuando la situación de la realidad social ha superado a la que, en su momento constitutivo, si lo era. La cuestión es que, en la fase aplicativa del derecho, las exigencias de la aplicación de la norma al caso son capaces de imponerse a ese texto, que no responde a las exigencias aplicativas⁶⁴.

de una manera formal, expresa y autoritaria declaración, en una definición A. Royo Villanova, elementos de derecho administrativo, vol. I Ed. Santarén Valladolid, 1964. P. González Trevijano, La costumbre en Derecho Constitucional. Publicaciones del Congreso de los Diputados. Madrid: 1989. Pág. 33.

61 Ib. Pág. 327.

62 Ib. Pág. 326.

63 Ib. Págs. 348 y ss.

64 Las costumbres <<contra constitutionem>> se imponen aún en las constituciones rígidas, modificando y alterando los textos, como expresión de la realidad en un cuerpo social, donde pierde vigencia la norma legal que entra en desuso, aunque no sea formalmente derogada. Ib. Pág. 492.

9 LOS LÍMITES DE LA REFORMA

El tema de los límites ha de ser necesariamente reconducido al de la teoría de la Constitución, en la medida en que hay que establecer una necesaria relación entre cual ha de ser el contenido de una reforma constitucional, y la posibilidad misma de que para hablar de constitución nos tengamos que referir a unos mínimos, sin los que no puede hablarse de constitución sino de otra cosa⁶⁵.

La doctrina distingue entre límites materiales, temporales, en los que las normas no pueden ser modificadas durante un período de tiempo, o límites circunstanciales, durante los que, dependiendo de esa situación, tampoco puede ser efectuada la reforma constitucional. Se trata de un condicionante de validez de la reforma, que la haría inválida por incumplimiento de la condición. El poder constituyente tiene que ser el mismo que el de la reforma que se hará. Si no, no sería reforma, sino destrucción de la Constitución⁶⁶.

Otro asunto que divide a la doctrina es el de los límites materiales de la reforma constitucional, y en concreto si el Título X contiene límites a las posibilidades de la reforma. En este sentido ha de considerarse, en primer lugar, la posibilidad de distinguir entre límites explícitos y límites inmanentes, y en segundo lugar, entre límites materiales y límites formales.

Respecto de los límites explícitos, los arts. 167 y 168 no contienen límite material alguno, en la medida en que se limitan a regular dos diferentes procedimientos, respecto de las diferentes normas objeto de reforma. En el art. 169 CE figura un límite temporal para los casos de estados de alarma, excepción y sitio, situación de guerra⁶⁷.

La justificación de la ausencia de límites en el poder de reforma, ha de conceptuarse como la capacidad del pueblo de disponer de la constitui-

65 Benito Aláez Corral, considera la necesidad de vincular un estudio de la reforma constitucional al concepto previo de constitución. En *Los límites a la reforma de la Constitución Española de 1978*. Cit. Pág. 3

66 Para C. de Cabo, aplicando el esquema de la teoría general del derecho al derecho constitucional, resulta que desde la perspectiva de las fuentes del derecho es necesario distinguir entre las normas sobre la producción de la reforma y las concretas reformas. Las primeras no regulan contenidos sino procesos, en tal sentido ha de discutirse su naturaleza jurídica de normas o principios. Se trata en todo caso de normas de competencia y de procedimiento. Y a diferencia del poder constituyente, cuyas notas características son, que se trata de un poder original, incondicionado, fundamentado en la legitimidad democrática, el poder de revisión, no es ni original ni incondicionado. Ahora bien, es evidente que estas categorías jurídicas hoy no sirven para establecer esas diferencias, ni el poder constituyente es ilimitado, ni el poder constituido es totalmente limitado. Son mitos basados en los procesos revolucionarios de otras épocas, en las que el pueblo se lanza a suplantarse la soberanía del soberano. Op. cit. Págs. 29-38.

67 Pérez Royo, *La reforma de la Constitución*. Cit. Los límites del 169 no parecen razonables dado que es el parlamento el que ha de declarar esos estados, y el mismo que tramita la enmienda. Pág. 154.

ón. La soberanía se jurídica y se convierte en un poder constituido, y desde ese punto de vista mantiene ciertos derechos sobre generaciones futuras, a riesgo de que, si no se respetan esos principios, ya no se trataría de esa constitución, sino de otra basado en otros, y no de una reforma sino de una nueva constitución⁶⁸.

En lo que se refiere a los límites implícitos, la mayoría de los autores se decantan porque en efecto esto límites existen y han de indagarse en una operación hermenéutica. Los límites implícitos en los que pensara el constituyente, en el caso, probable, de que así fuera, han variado sensiblemente, si por límites venimos a entender la situación actual de pluralismo ordinamental en que se encuentra la Constitución en relación a su fecha de entrada en vigor. Dos dimensiones territoriales han desarrolla su existencia y funciones normativas, sin un reconocimiento constitucional expreso, sino que, al momento de la Constitución, eran meras probabilidades, o en el mejor de los casos, expectativas o posibilidades que hoy son realidades insertas en un mundo normativo nuevo y distinto. A los principios de jerarquía específicos y propios de un ordenamiento, y desde luego únicos, se superponen dos ordenamientos que no están jerarquizados, sin regidos competencialmente, con fuente normativas diferenciadas, y creación jurídica nueva⁶⁹.

Otros autores dudan de que en nuestra constitución se pueda hablar de límites implícitos, y consideran que solo puede hablarse de límites temporales⁷⁰.

La consideración de unos límites, de la naturaleza de los expresados en el art. 169, no tiene la importancia de los límites materiales o explícitos en el caso en que así hubieran sido establecidos en nuestra constitución⁷¹.

68 Francisco Balaguer, Notas sobre la estructura constitucional del estado español. RDP, n. 32. Madrid: 1991. Pág.194.

69 Para F. Balaguer un límite más a la reforma constitucional es ahora el ordenamiento europeo, en la medida en que algunas reformas no podrían llevarse a cabo sin salirse de Europa. Esta limitación operaría fundamentalmente en dos direcciones, en las transferencias de poder a Europa y en los estándares de derechos fundamentales. La Unión Europea estaría ejercitando un poder constituyente derivado sobre los estados. Al punto que en puridad hoy el poder con solo o tendría la unión. F. Balaguer, Regeneración democrática y reforma constitucional. Cit. Pág. 62-68.

70 No hay límites materiales, pero si temporales. La doctrina habla de límites implícitos en cuanto a la posibilidad de supresión de la democracia misma o de elementos principales en la Constitución. R. Punset, "El Tribunal Constitucional y la reforma. En, La reforma constitucional: ¿Hacia un nuevo pacto constituyente? Actas de las XIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional.

71 Los límites del 169 tienen varias justificaciones. La primera sería la necesidad de que en esos momentos se atendiera a la situación propia, dejando de lado una reforma, la segunda sería la imposibilidad de disolución del congreso, y la tercera apuntaría a la inutilidad de esa propuesta, dado que es el mismo congreso el que tiene atribuidas las dos funciones. A. Pace. Op. cit. Pág. 324.

En realidad, la importancia de que los límites sean o no explícitos, no llega a tener una verdadera trascendencia de orden práctico, pues la reforma constitucional, por el procedimiento establecido en el art. 168 CE, parte de la necesidad de revisar contenidos constitucionales de importancia⁷², en donde se actualiza el elemento fáctico de la constitución, la necesidad de que determinadas posiciones de hecho, exigen la reforma⁷³.

En cuanto a los efectos de estos límites, que no afectan propiamente a la materialidad del contenido de la reforma, sino a su validez, para la doctrina, estamos ante requisitos de validez de la reforma que, en su caso, podrían ser controlados por el Tribunal Constitucional en ese plano formal, afectando a la validez de los actos de reforma⁷⁴.

Esta reconducción al plano formal de los actos de reforma, es tanto más importante, cuánto que finalmente parece para algunos autores, la única posibilidad de control a posteriori de las reformas constitucionales, cuyo contenido no podrá ser declarado inconstitucional, por constituir justamente contenido constitucional⁷⁵.

Dicho esto, ha de tenerse en cuenta que cuándo se habla de límites inmanentes, se hace referencia a conceptos de difícil entendimiento colectivo. Así, son límites la identidad del Estado, los principios, lo que se llama constitución material y los derechos fundamentales⁷⁶. Pero como se ha dicho también, tales consideraciones solo pueden hacerse desde posiciones

72 “La finalidad última de la observancia de límites expresos tiene por objeto garantizar la subsistencia de los supuestos ideológicos y valorativos que identifican el régimen político definido en nuestra Constitución.” M. Victoria García Atance, La reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad. RDP. n. 37. 1991. Pág. 326. En ese sentido, algunas sugerencias serían la de hacer explícitos algunos límites, como el art. 1, 1,1,2,3; 10. Con esa determinación se podría unificar la reforma en un solo proceso, el del art. 167. Pág. 328.

73 En ese sentido, es importante la reflexión de F. Balaguer respecto de la actualización o no del poder constituyente en referencia a una reforma constitucional. Los hechos han de poder de manifiesto si una reforma total de la constitución respetaría la voluntad del poder constituyente de 1978, o, por el contrario, se produciría el hecho de un poder constituyente nuevo F. Balaguer, Fuentes del Derecho T. II. Tecnos Madrid: 1991. Pág. 38.

74 B. Aláez distingue entre límites materiales temporales, en los que las normas no pueden ser modificadas durante un periodo de tiempo, o límites circunstanciales, durante los que, dependiendo de esa situación, tampoco pueden ser efectuadas la reforma constitucional. Se trata de un condicionante de validez de la reforma, que la haría inválida por incumplimiento de la condición. Benito Aláez los límites materiales de la reforma de la Constitución Española de 1978. Op. cit. Pág. 207.

75 Para el autor la diferencia entre una reforma constitucional que haya aceptado los límites implícitos, y una nueva constitución vendría dada por el respeto a las normas del procedimiento. Ib. Pág. 252.

76 Para Javier Tajadura, existen límites implícitos, los tres principios esenciales del régimen democrático, el principio de que toda soberanía reside en el pueblo, los derechos y libertades fundamentales y separación de poderes, y la supremacía constitucional. El pacto social como límite a la reforma del acto constitucional. En S. Roura y J. Tajadura, (ed.) La reforma constitucional. Biblioteca Nueva. Madrid: 2005. Pág. 396.

iusnaturalistas, no necesariamente compartidas por algunas posiciones de derecho constitucional⁷⁷.

Por una parte, no hay cláusula de intangibilidad, pero por otra parte hace gravosa la posibilidad de revisión, lo que finalmente, viene a tener unos efectos de mayor dificultad, que si se hubieran establecido límites expresos⁷⁸. De ahí la posición de algunos autores, de considerar deseables unos límites expresos⁷⁹.

Por tal razón, una modalidad de reforma disuasoria, o con dificultades relativamente insalvables en el plano formal, constituye un límite más infranqueable que los límites explícitos⁸⁰. De esa manera quedarían a salvo los supuestos que el constituyente intenta dejar a salvo en la reforma⁸¹, como un condicionante de que la permanencia de ese espíritu constitucional solamente es posible, manteniendo determinados límites en la reforma⁸².

La estabilidad y permanencia de la Constitución dependerá, en definitiva, de que su modificación haya de realizarse con observancia de un procedimiento distinto y más agravado que el previsto para actuar sobre las leyes ordinarias⁸³.

La ausencia de límites materiales no puede entenderse en el sentido de que, una reforma constitucional total es posible fuera de los límites que caracterizan un modelo de estado como estado democrático de derecho. Dado que no todas las constituciones contienen normas prohibitivas, de reforma, se intenta construir una teoría según la cual ciertos principios

77 Para C. de Cabo, esas posiciones iusnaturalistas, son impeditivas de reformas constitucionales de calado, como la forma de estado, que limitan las posibilidades de cambios futuros. Op. cit. Pág. 89.

78 Contradicción que para Jiménez Campo constituye una indiferencia ideológica aparente pero una exigencia valorativa al mismo tiempo. J. Jiménez Campo. Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución. RDP. N. 7. 1980. Pág. 87 y ss. Para este autor, el límite implícito sería el contenido del art. 10.1. CE.

79 Manuel Contreras se muestra partidario de que hubiera habido en el art. 168 CE, cláusulas de intangibilidad. M. Contreras, Sobre el título X de la constitución española: de la reforma constitucional. Op. cit. Pág. 311 y ss.

80 Ausencia de límites materiales no puede entenderse en el sentido de que una reforma constitucional total es posible fuera de los límites que caracterizan un modelo de estado como estado democrático de derecho. J Ruipérez, Una cuestión nuclear para la teoría del derecho constitucional: sobre la reforma de la constitución, y sus funciones en el estado constitucional democrático. Anuario de la facultade de Dereito. Santiago de Compostela. Pág. 482.

81 Para E. Belda, un límite claro sería el concepto actual de democracia. El concepto de democracia, tal como se viene entendiendo por la STC 48/2003. Enrique Belda, la fallida reforma... Cit. pág. 152.

82 "La finalidad última de la observancia de límites expresos tiene por objeto garantizar la subsistencia de los supuestos ideológicos y valorativos que identifican el régimen político definido en nuestra Constitución." Algunas sugerencias serían la de hacer explícitos algunos límites, como el art. 1, 1,1,2,3; 10.1. Eso eliminaría el procedimiento del art. 168 CE. M^º. V. García Atance. Op. cit. Pág. 326-328.

83 J Ruipérez. Op. cit. Págs. 467-482.

básicos, no podrán ser reformados, incluso en el supuesto de que la constitución no lo diga expresamente⁸⁴.

Naturalmente, esas referencias históricas de los límites, pueden operar como condicionantes del constituyente, pero qué duda cabe que en la actualidad se superponen importantes límites a una reforma constitucional que el constituyente no pudo prever⁸⁵. Esto permite hablar de límites a la reforma constitucional, desde posiciones muy diversas, y atendiendo a múltiples factores que están ahora mismo fuera de la Constitución formal.

La irrupción en los ordenamientos jurídicos europeos de un pluralismo ordinamental que relativiza la posición de supremacía constitucional, tiene consecuencias importantes para la reforma constitucional, que queda enclavada en una posición de intermediación entre diferentes posiciones ordinamentales, autonómica y europea. La Constitución ha de garantizar en su reforma el mantenimiento del statu quo en relación con las CC.AA. y la Unión Europea, al punto de no poder llevar a cabo la reforma si no se cuenta con una aceptación de estos ordenamientos, o se autolimita en sus aspiraciones, so pena de incurrir en una reforma inconstitucional.

Lo que de supremacía haya cedido la CE habrá de ser tenido en cuenta en esa reforma, en la medida en que las competencias que las CC.AA. han asumido en relación con el Estado, la Constitución no podrá hacerlas reversibles.

Europa presenta la singularidad de la cesión de una parte de la soberanía igualmente irrecuperable. La vuelta al poder constituyente, ahora como poder constituyente constituido, no es un retorno posible sin tener en cuenta ese pluralismo ordinamental⁸⁶.

84 La ausencia de límites en la reforma de la CE., para I. De Otto, es un eufemismo inútil porque ese respeto de no existir, no tiene trascendencia ya que en una reforma total el poder constituyente recobre vigencia y pone sus propios límites. En nuestra constitución se trata de mantener una vinculación e impedir una ruptura, pero la diferencia entre reforma total y proceso constituyente está justo en que se produzca o no una continuidad. El art. 10 CE es totalmente irreformable, porque contiene los principios y derechos inviolables que son el fundamento de la paz social. Y el de que la democracia no puede destruirse a sí misma por los votos. El principio mayoritario aquí estaría mediatizado por la exigencia del pluralismo, más fuerte. I. de Otto, *Defensa de la constitución y partidos políticos*. En obras completas, U. Oviedo, CEPC. Oviedo: 2010. Págs. 619- 630.

85 Para F. Balaguer, los condicionantes que operan con mayor efectividad en estos momentos, en relación con una reforma, serían el ordenamiento de las CC.AA., y el europeo. En *La reforma constitucional y el sistema de fuentes del derecho*. En E. Álvarez Conde, (Dir.), M. Álvarez Torres, (coord.). Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución Española. Ed. Comares, S. L., Granada: 2017. Pág. 63.

86 Respecto de esa limitación evidente, F. Balaguer, *Regeneración democrática y reforma constitucional*. En Tur Ausina, R., (Dir.), *Poderes públicos y privados ante la regeneración constitucional democrática*. Dykinson, S. L., Madrid: 2016. Pág. 66 y ss.

La pérdida de centralidad del Estado, que se erige ahora como un estado regulador de los diferentes poderes territoriales, tiene un efecto definitivo en su poder de reforma, que exige sumar a los límites inmanentes de la reforma constitucional, unos límites nuevos, los del reparto territorial del poder y los de la contribución de España a la construcción europea⁸⁷.

10 SOBRE LOS DOS PROCEDIMIENTOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

La reforma constitucional regulada en el Título X contempla dos distintos procedimientos, en función de la materia que se pretenda reformar. En el primer supuesto, la reforma se ha considerado como simple, y en el segundo agravada, por los temas objeto de reforma y por su afectación a la Constitución. En ambos casos se regulan asimismo procedimientos diferentes. La doctrina considera en términos generales que el segundo de los procedimientos es disuasorio de la reforma. De hecho, hay quienes consideran la segunda opción impracticable⁸⁸. La mayoría de la doctrina ha considerado que la existencia de dos diferentes procedimientos, simple y agravado, responden a la diferente exigencia respecto de la materia objeto de reforma, y que en ese sentido estarían justificados ambos⁸⁹. Pero desde el punto de vista de la posibilidad de ejercitar la segunda de las opciones, las dificultades son a veces extremas⁹⁰, y que este segundo procedimiento, el agravado, es disuasorio de la reforma.

Las normas que regulan los dos procedimientos de reforma, presentan lagunas e insuficiencias, que muestran la situación en la que se aprobó la Constitución, y la relativa improvisación con que se abordó el tema de la reforma. Una Constitución condicionada por circunstancias políticas como las que concurrían en la España de 1978, mostraba sus inseguridades en

87 S. Roura y J. Tajadura (Ed.), *La reforma constitucional*. Ed. Biblioteca nueva. S.I. Madrid. 2005. Estudio preliminar, J. Rupérez. Para el autor, habría sido mejor introducir cláusulas de intangibilidad expresas. Pág. 236.

88 Para J. Pérez Royo, el art. 167 CE es el único practicable, y el 168 CE es inútil. Habría bastado este, solo habría sido necesario que fuera rígido y lo es, el 167 podría haber existido sin los otros tres, pero los otros tres no sin 167. J. Pérez Royo, *La reforma de la constitución*. Op. cit. Pág. 158.

89 Para López Guerra, un procedimiento especial de reforma es necesario como expresión de la insuficiencia de las mayorías y el respeto a las minoras, y el agravado se justifica porque en los temas han sido tradicionalmente los más cuestionados y problemáticos históricamente, es un medio de mantener el consenso inicial. la reforma constitucional. Elementos materiales y formales, en *La reforma constitucional*. XXVI Jornadas de estudio. Ministerio de Justicia. Madrid: 2005. Pág. 517.

90 F. Rubio defiende las dos legislaturas en el procedimiento agravado para que el pueblo pueda a posteriori ratificar la reforma. Y ello pese a la lentitud que genera este proceso agravado. Mantiene una posición intermedia sobre la crítica a la defectuosa regulación del Título X CE, justificando las peculiaridades de esta regulación por las circunstancias históricas en las que se genera. La exigencia de dos legislaturas sucesivas es casi obvia porque es necesario que el pueblo a posteriori ratifique o rechace esa reforma. En *De la reforma constitucional*, en M^a. Emilia Casas. Op. cit. Pág. 2750.

este como en otros temas. De ahí la sucinta regulación del Título X, que prácticamente se limita a describir la situación de la reforma, sin prever las dificultades que se han de solventar en el proceso. La consecuencia de esto ha sido la de regular a través de los reglamentos parlamentarios, situaciones que deberían haber sido abordadas en el texto constitucional, como la comisión mixta y sus funciones, las posibilidades de negociación minorías mayorías, y otras aún más sustanciales, como la adecuación del contenido de la reforma al texto originario de la Constitución. De este modo, el planteamiento acerca de una posibilidad de reforma de la reforma constitucional, debe entrar en el análisis de esas insuficiencias, para formular propuestas concretas que proporcionen soluciones en el procedimiento, en evitación de lagunas que tengan que ser cubiertas por los Reglamentos⁹¹. Así, cuándo se dice que la votación ha de aprobarse por una mayoría de 3/5 de cada cámara, no se concreta si esa mayoría de 3/5 lo es a la totalidad o a cada uno de los articulados. Se ha interpretado que es a la totalidad, pero seguramente sería deseable que se explicitara de cara a una reforma de este procedimiento⁹². Igualmente, cuándo el proyecto de reforma pasa al Senado, en el caso de no ser aprobado, al crearse la comisión mixta, no se regula su composición, creando un vacío legislativo que debería cubrirse, al menos en relación a si ha de ser par o impar⁹³. Igualmente, en relación a su funcionamiento y cometidos, si debe moverse en los márgenes del desacuerdo, o entrar en cuestiones nuevas, con el objeto de permitir desbloquear situaciones que no permitan avanzar en los acuerdos.

Respecto del referéndum, es típicamente facultativo, avalado por la décima parte de cualquiera de las cámaras, en 15 días después de la aprobación del texto⁹⁴. Pero igualmente, con respecto a la modalidad de referéndum, se echa en falta la posibilidad de las minorías en medios de comunicación y publicidad.

91 Algunas propuestas procuran moverse en el mismo ámbito de la regulación del Título X, pero con modificaciones parciales. Así, F. Rubio justifica la necesidad de dos legislaturas en el procedimiento agravado, y considera la posibilidad de aumentar los porcentajes de votos afirmativos hasta un 4/5 o un 5/6 de las Cámaras. F. Rubio, *La reforma constitucional: ¿Hacia un nuevo pacto constituyente?* Actas de las XIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. CEPC. Madrid: 2009. Págs. 34 y ss.

92 Requejo Pagés llama la atención sobre el vacío legal que produce esa votación de 3/5, así como el vacío legal en caso de disconformidad. J.L. Requejo, Pág. 2755.

93 En este aspecto la doctrina tampoco es pacífica. Algunos autores como Fernando Santaolalla critican este precepto ante la posibilidad de empate, mientras otros como Pérez Royo consideran exigible el número par, porque así se obliga mejor al consenso.

94 Para P. de Vega el sentido del referéndum, es el de producir la actualización del pueblo, es un acto de control que implica llamada al pueblo, pero no es un acto de soberanía, porque no hay una actualización ya que el poder de revisión no convierte en un poder constituyente soberano. Por eso no siempre es necesario el referéndum. Op. cit. Págs. 107-114.

Respecto de la iniciativa seguida por las CC.AA. y el Gobierno, en relación con otros sujetos legitimados, como el Congreso o el Senado, la doctrina ha llamado la atención acerca de la confusión que se desprende de la redacción del art. 87.2. Si la iniciativa surge del Congreso o el Senado, parecería no existir una fase previa de propuesta, dada la consideración de que “las Asambleas de las Comunidades Autónomas podrán solicitar del Gobierno, la adopción de un proyecto de ley, o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de ley, delegando ante dicha Cámara un máximo de tres miembros de la Asamblea encargados de su defensa” (art. 87.2 CE). En relación con esa posibilidad, si la propuesta es del Congreso o del Senado, podría entenderse que entra en juego automáticamente el art. 166 sin posibilidad de discusión o debate. No es esa la posición de algunos autores, que consideran que son posibles varias actuaciones en función de los RR.PP. Desde la constitución de un grupo de trabajo, moción o interpelación para la iniciativa, comisión no permanente, junta de portavoces, hasta la de cualquier acto político o parlamentario que tuviera reflejo en la cámara⁹⁵.

11 LAS DOS REFORMAS DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La posible razón de que la reforma se ligue a la teoría de la constitución, está en la cuestión de los límites, y por tanto al contenido propio de las constituciones, donde se indaga la naturaleza jurídica y otras cuestiones muy vinculadas a la reforma total de una constitución, para saber si hay tal reforma o cambio constitucional. Lo que exige calificaciones del tipo de como es y cómo se califica esta para saber si se ha seguido o no el procedimiento y se han respetado esos límites⁹⁶.

El procedimiento de reforma que el Título X de la Constitución regula, es además de difícil en uno de ellos, al punto de dificultar en la práctica cualquier reforma de las materias a que se contrae, muy defectuoso en lo que se refiere a la tramitación, con evidentes lagunas, que no permitirían, en el supuesto de llevarse a cabo una reforma agravada, la posibilidad de que esta saliera adelante, salvo con una específica voluntad de consenso.

95 E. Belda Pérez-Pedrero, El horizonte de la reforma constitucional en España: No fue el momento adecuado, en La reforma estatutaria y constitucional, Coord. J.M. Vera Santos y FJ Díaz Revorio, La Ley. Madrid. 2009. Pág. 563 y ss. Su idea es totalmente expansiva de una iniciativa de la sociedad y las instituciones, en el bien entendido de que debería considerarse algo diferente de la iniciativa constitucionalmente atribuida a los órganos legitimados.

96 E., Belda Pérez Pedrero, Los límites a la reforma constitucional. Para el autor, la diferencia entre reforma y cambio está en respetar o no los límites. Pág. 264.

Pero un consenso ahora referido no a la materia objeto de reforma, sino a la necesidad de suplir las lagunas con acuerdos respecto de cómo llevar a cabo la tramitación de algunos aspectos del procedimiento⁹⁷.

Las dos experiencias de reforma de la CE nos permiten realizar una prospectiva de cómo podrían corregirse las insuficiencias que el proceso ha puesto de manifiesto. Así, los Dictámenes del Consejo de Estado y las Resoluciones dictadas por el TC en estas dos experiencias de reforma constitucional, dan cuenta de cómo se podrían corregir ciertas deficiencias del proceso, y nos llevarían a formulaciones más correctas, no solo respecto del título X sino de los Reglamentos Parlamentarios que tanta influencia tienen en la tramitación.

A) EL ART. 13.2 CE

La primera reforma que se produce como consecuencia de una exigencia del ordenamiento jurídico europeo, para la participación política de ciudadanos de la Unión, tiene como consecuencia la emisión de un Dictamen del Consejo de Estado, por el que se analizan elementos de importantes consecuencias en orden a la promoción de la iniciativa de reforma constitucional por parte de las Cámaras.

El Dictamen del Consejo de Estado 850/1991, de 20 de junio de 1991, se pronuncia acerca de la consulta planteada por el Gobierno sobre el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al parlamento europeo y en las elecciones municipales, a favor de los ciudadanos en el estado miembro donde residan.

La consulta la realiza el Ministerio de Asuntos Exteriores en relación a la repercusión que tiene en el Tratado de la Unión, el sufragio activo y pasivo de las personas pertenecientes a la Unión Europea. Razona el Consejo sobre el alcance del art. 93 CE en relación con la posibilidad de que solo mediante ley orgánica se pueda evitar la reforma. Dice el Consejo que “esta posibilidad de eludir la rigidez no es ilimitada. En efecto, una ley orgánica de las previstas en el art. 93, aprobada por las Cortes ordinarias, puede autorizar un Tratado que atribuya a una organización internacional competencias derivadas de la Constitución siempre que dicha atribución no afecte a materias constitucionales cuya reforma solo puede efectuarse

97 B. Aláez, la <<sustancialidad>> del procedimiento para la reforma constitucional, abunda en la necesidad de establecer los procedimientos de reforma más claros en los reglamentos parlamentarios. Pág. 406.

mediante el poder de revisión del art. 168, que está excluido de la competencia de unas Cortes ordinarias”.

En cuanto a la naturaleza jurídica del art. 13.2 CE, no formaría parte del contenido esencial del derecho fundamental, y finalmente que, si el futuro Tratado de Unión Europea reconociera a los ciudadanos de la Unión residentes en España el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales, su celebración por España podría ilícitamente autorizarse mediante una ley orgánica aprobada al amparo del art. 93 de la Constitución.

El Dictamen del Consejo de Estado 421/1992, de 9 de abril, examina en su Comisión Permanente el expediente relativo a la modificación del art. 13.2 CE. La tramitación de la reforma del art. 13.2 CE se presentó el 9 de julio de 1992. Exposición de motivos, el texto de la reforma en un artículo único, y una disposición final. En la sesión plenaria intervienen los grupos y finalmente la votación arroja un resultado de 332 votos emitidos todos a favor y ninguna en contra, superior a los 3/5 de los exigidos. Igualmente, en el senado por 238, de los que hubo en contra y una abstención. Pero fue por problemas técnicos que se salvaron en el acta y quedo aprobado por unanimidad.

El Dictamen del CE 2544/2004, de 21 de octubre de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, se emite a instancias del Ministerio de Asuntos Exteriores. Recomendaba ir al TC e introducir una cláusula en el art. 93 que evite reformas puntuales de la Constitución, de manera que “incorpore un mecanismo que por sí solo y en sí mismo permita con los límites de intangibilidad que se estimen irrenunciables, con los objetivos o con los requisitos formales agravados que se consideren necesarios – una apertura general del ordenamiento español al derecho comunitario, y en su virtud se reconozca apriorísticamente la constitucionalidad – la contabilidad con la constitución, de dicho ordenamiento. Si en su caso, fuera necesaria una reforma constitucional, cabría plantearse además como se ha hecho en otros estados miembros de la UE, la conveniencia de aprovechar la ocasión para “europeizar” en alguna medida la CE”⁹⁸.

Sobre la idea de europeizar la CE el CE dice que sería necesario el reconocimiento de Europa dentro de la C. Luego aconseja que se vaya al TC a consultar, por lo que el gobierno que ya había señalado fecha del

98 Una crítica al Dictamen en F. Balaguer, Soluciones apócrifas a problemas ficticios. Un comentario al Dictamen del Consejo de Estado sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Diario La Ley, n. 6138 30 de noviembre de 2004.

referéndum debe acudir por la sospecha que le infunde el CE. Pero no explicita el CE esas sospechas de inconstitucionalidad, sino que analiza el 9.1 en relación con el concepto de primacía del I-6, lo que ya estaba incorporado a España desde 1986. Así, la propuesta de modificar el art. 93, vía 167, para no tener que ir a la reforma agravada del 168, puesto que el art. Afectado sería el 9.1, además de ser un fraude de ley, lo que haría sería dar una habilitación general al 93 para el futuro. A la pasividad receptiva de un ordenamiento, la actitud activa de contribuir a su construcción. Para ello modificar el X y sobre todo el 168, por la excesiva rigidez, solo justificada por el tiempo en que se aprueba la CE. La única inconstitucionalidad de futuro que exija una reforma constitucional previa declaración del TC sería la de inconstitucionalidad material, por contradicción de un precepto material con una norma constitucional.

B) LA REFORMA DEL ART. 135 CE

La reforma del art. 135 CE de 27 de septiembre de 2011, tiene la forma de ley en realidad. Una exposición de motivos que habla de la necesidad de estabilidad presupuestaria, y la necesidad de su reconocimiento constitucional, y un artículo único con 5 párrafos, que dicen que todas las administraciones se adecuaran al principio de estabilidad presupuestaria, que no se podrá incurrir en déficit presupuestario, que supere los márgenes para su estados miembros, que la emisión de deuda pública se hará por ley, que la superación será en casos excepcionales, y exigencia de ley orgánica para la regulación. Y una disposición final única que exige de plazo para la ley a 30 de junio de 2012. Y el 2020 como fecha de entrada en vigor de los límites del déficit estructural.

12 RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

La Declaración del TC 1 de julio de 1992, sobre la contradicción entre el art. 13.2 CE y el art. 8 B aptdo. 1 del Tratado de la Unión Europea. En el fallo se dice que el procedimiento correcto es el del art. 167, en contestación a la pregunta que le había sido formulada por el Gobierno⁹⁹.

99 Ver F. Rubio sobre la Declaración 1/1992, y la imposibilidad de que la reforma de la Constitución venga implícitamente establecida por el juego de los arts. 93 y el 95 CE. La reforma ha de ser siempre expresa, y sujeta al procedimiento del Título X. Francisco Rubio Llorente, La Constitución española y el Tratado de Maastricht, REDC n. 36. 1992. Pág. 162.

La Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre. Requerimiento por contradicción entre la CE y el Tratado en referencia a la primacía del derecho comunitario (I, 6, II. 111 y II. 112). El primero, concepto de supremacía constitucional se solventa con el de primacía o evitación de la aplicabilidad de la norma porque ella misma se declara inaplicable, en la segunda pregunta si los DF de la UE y española colisionan, la tercera si es suficiente el art. 93 para dar respuesta, y finalmente si es necesaria la reforma constitucional, no es necesario. Los votos particulares establecen consideraciones contrarias. La idea de que el derecho comunitario desplazase a la Constitución, se admite sobre la de que el TC velaría por la supremacía de la constitución. El derecho comunitario desplazaría la Constitución y por tanto no se aplicaría esta. Esa no sería la jurisprudencia del TC en el DTC 1/1992. El 93.1 no habilita para el desplazamiento de la Constitución, la mayoría que sí porque es el instrumento para la integración europea, (LO 10/1985), la sentencia sería la de que si existe contradicción. El segundo voto que la contradicción con el 9.1 exige reforma agravada. Y del 93, pues estamos ante un traspaso de soberanía con hipotética cláusula de reversión. Se indica que el art. 93 no contiene capacidad para esto.

A continuación debe tratarse el Auto 9/2012, de 13 de enero de 2012. Se dicta en el recurso de amparo, por el que se inadmite a trámite el RA promovido por Diputados del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa Per Catalunya Verds en el Congreso de los Diputados, en relación con la resolución y varios acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados sobre tramitación de la proposición de reforma del art. 135 de la Constitución.

Se formula demanda contra el acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados, desestimatorio de la reconsideración de los acuerdos adoptados el 30 de agosto por 2011, solicitada por los recurrentes. Contra el acuerdo del Pleno del Congreso, de 30 de agosto por el que se aprueba la toma en consideración y la tramitación por el procedimiento de lectura única de la proposición de reforma del art. 135 CE. Contra el acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 1 de septiembre de 2011, por el que se inadmite la enmienda a la totalidad con texto alternativo presentada por el grupo parlamentario al que pertenecen los recurrentes, y su ulterior confirmación por acuerdo del mismo grupo rector de la Cámara, de 2 de septiembre de 2011.

Procedimiento de lectura única, y tramitación de urgencia, y plazo de enmiendas por unas horas. Los solicitantes consideran inadecuación parlamentaria y además invocan el art. 168 CE como el adecuado. Porque supone una modificación encubierta del Título Preliminar sobre todo en el apartado tercero.

Se ha evitado el referéndum y las convocatorias electorales. El debate, lo que va contra el 23.2, no hay urgencia porque la disposición final única de la proposición de reforma establece como plazo de la aprobación para la norma del desarrollo la de 30 de junio de 2012, y los límites del déficit estructural duran hasta 2020. En tercer lugar, la reducción del plazo para la presentación de enmiendas, con total ausencia de motivación. Se pide la declaración de nulidad de las resoluciones y acuerdos impugnados, así como de las decisiones y acuerdos posteriores, hasta la aprobación final por el Parlamento de la reforma del art. 135 CE. Y que se retrotraiga la tramitación de la proposición de reforma del art. 135 al momento de publicación de la iniciativa, al objeto de que se tramite por el art. 168 o del 167 sin declaración de urgencia, ni reducción de plazos ni lectura única.

El TC enmarca claramente lo que es una reforma ordinaria en la materia objeto de tramitación, y el procedimiento de lectura única sin materia tasada, así como el procedimiento de urgencia. De modo que inadmite el recurso de amparo. Los votos particulares de la sentencia son el primero concurrente, que alude a la falta de debate en el Parlamento, el segundo es discrepante y entiende que no debe rechazarse ad limine la demanda y debía haberse tramitado sin anticipar un juicio que no se ha hecho. Igualmente, el tercer voto que entiende la posibilidad de afectación al art. 2 CE lo que habría exigido la tramitación por el art. 168.

La doctrina, sin embargo, ha criticado con dureza esa reforma constitucional, desde varios puntos de vista. En primer lugar, respecto de la tramitación, no se considera adecuada la tramitación por el procedimiento de lectura única, entendiendo que debió haberse solventado con una consideración hacia las minorías¹⁰⁰. En un sentido más amplio, se ha considerado que esa exigencia de rapidez ha ido conectada a la situación de nuestro estado en relación con los mercados¹⁰¹. La rapidez de la

100 P. García Escudero, La acelerada tramitación de la reforma del art. 135 de la Constitución. En Teoría y realidad constitucional n. 29. Madrid: 2012.

101 En tal sentido J. F. López Aguilar llama la atención acerca de las exigencias de Europa e relación con una reforma constitucional exprés, en De la constitución irreformable a la constitución exprés. En Teoría y realidad constitucional, número monográfico sobre la reforma constitucional. N. 29. 2012. Igualmente J. Ridaura

reforma, la falta de entendimiento con las fuerzas políticas, y la irreflexión de una medida de esa naturaleza, tienen consecuencias negativas para la Constitución¹⁰².

Para otro sector de la doctrina, el Tribunal Constitucional ha perdido una importante ocasión de pronunciarse sobre el control de constitucionalidad de las normas de reforma constitucional, resolviendo por auto una situación que se presentaba por primera vez en términos de analizar la constitucionalidad de las normas de reforma desde el punto de vista material¹⁰³.

13 EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA

El control de la reforma constitucional, una vez aprobada en referéndum, ha suscitado también en la doctrina un importante debate. A su vez, ese debate ha sido tributario de la previa consideración de la naturaleza jurídica de la reforma. Quienes consideran que se lleva a cabo por ley, no tienen dificultad en aceptar que esa reforma puede ser objeto de control por el Tribunal Constitucional como una ley más susceptible de control de constitucionalidad¹⁰⁴. Por lo tanto, cuando hablamos de control, hemos de hacer referencia a la naturaleza jurídica de la reforma, como un factor de predeterminación de su control, y en ese sentido hay posiciones doctrinales encontradas¹⁰⁵.

La doctrina desde su inicio se ha planteado la situación en la que se encuentran las consecuencias de la naturaleza jurídica de esta situación, en orden a que el Tribunal constitucional pueda controlar la constitucionalidad o no de una reforma en la que, al modificar determinadas normas, se alteren

Martínez, considera que no puede llevarse a cabo una reforma de ese calado sin la negociación con el resto de las fuerzas políticas del Congreso. En la reforma del art. 135 de la constitución: ¿pueden los mercados quebrar el consenso constitucional? Pág. 249.

102 Produce un importante debilitamiento constitucional. Octavio Salazar Benítez, La constitución domesticada, algunas reflexiones críticas sobre la reforma del art. 135, CE. en Teoría y Realidad Constitucional. N. 29. Pág. 411.

103 Un análisis del auto en I. Villaverde Menéndez, El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales ¿Un oxímoron constitucional? Comentario al ATC 9/2012. Teoría y Realidad constitucional. N. 30. Madrid.

104 Javier Pérez Royo ha considerado que la reforma se lleva a cabo por ley, bien que se trata de una ley especial, pero su tramitación y naturaleza tienen esa consideración. En todo momento habla de ley de reforma y considera de pacífica aceptación la posibilidad de control de constitucionalidad, “como ley que es”, y se pregunta si el TC podría renunciar a tramitar un recurso de inconstitucionalidad de una ley sometida a referéndum, que ha sido convalidado de todo vicio por el pueblo. Pérez Royo, J, La reforma de la Constitución. Op. cit. Pág. 183.

105 J.C. Gavara considera igualmente la posibilidad de control de constitucionalidad de la reforma, si entendemos ley en sentido amplio. Si es así, el TC tendría a su juicio una competencia implícita para recibir un recurso de inconstitucionalidad frente a una reforma de la constitución, que potencialmente la contradijera. Pág. 33.

otras normas de la constitución, como consecuencia obligada de las de reforma. En ese sentido, es la propia naturaleza atribuida a las normas de reforma, la que impone la posibilidad de que el Tribunal Constitucional efectúe ese control de conformidad. Si se considera a las normas de reforma, leyes con un procedimiento especial de tramitación, el control es posible por entrar en el contenido propio de las competencias atribuidas al Tribunal por el Título IX de la Constitución, pero si se excluye su naturaleza jurídica de ley, ese control queda fuera de las competencias que este tiene atribuidas. En principio, y aunque esta posición doctrinal ha de matizarse, la mayor parte de los autores se inclina por considerar solamente la posibilidad de un control formal, sin entrar en el contenido material de la reforma¹⁰⁶.

Para quienes, la reforma constitucional no se lleva a cabo por ley, sino por norma constitucional, la consecuencia obligada es la imposibilidad de revisión por el Tribunal Constitucional, porque estaría sustraída su competencia¹⁰⁷. Se trata de una norma de reforma constitucional, y no de una ley de reforma. Y no puede ser controlada por un tribunal, en la medida en que la Constitución no ha previsto ese control.

La mayoría de los autores, por lo tanto, consideran que el control es posible solamente en el plano formal, de que se cumplan los requisitos del procedimiento, y no desde la posición material¹⁰⁸. La división de la doctrina es por lo tanto escasa, dada la mayoría abrumadora que se posiciona desde una naturaleza específicamente constitucional de las normas, y una atribución puramente formal del control¹⁰⁹.

En la medida en que la primera reforma de la Constitución, fue perfectamente consensuada por todos los grupos políticos, el problema de este control material no se puso de relieve, pero en la segunda de las reformas, la doctrina constitucionalista analizó esta reforma en referencia a principios constitucionales que aparecían claramente contrarios a la reforma

106 C. de Cabo considera posible solamente un control formal de la reforma. Entiende que la reforma no es una ley, sino que, al ser materia constitucional, su naturaleza participa de la constitución, de manera que el control de constitucionalidad en el sentido material no sería posible, solamente lo sería el control formal del procedimiento. Págs. 68- 69.

107 Tempranamente, se ha venido considerando la naturaleza de ley, pero habitualmente se ha utilizado la expresión ley de reforma constitucional, y algunos autores, han considerado que su naturaleza es exactamente la de ley de reforma constitucional. Así J. Pardo Falcón, Comentario al art. 27 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional, en el sentido de considerar no resuelto el problema. En Requijo Pagés, J.L., coord. Tribunal Constitucional. BOE Madrid: 2001.

108 E. Belda, La fallida reforma. Pág. 214.

109 P. de Vega, sobre los aspectos formales, no de fondo. Op. cit. Pág. 296.

del art. 135 CE, y volvió a actualizarse el tema de la posibilidad de control material por parte del Tribunal Constitucional.

El análisis quizás no se ha efectuado desde la perspectiva histórica que representa la aparición de los Tribunales Constitucionales en los ordenamientos jurídicos continentales y su defensa de las minorías. En ese sentido, una visión desde este punto de vista, proporcionaría elementos de importancia para abordar el problema. Y para ello, ha de tenerse en cuenta igualmente, la situación del Tribunal Constitucional como defensor de la Constitución, y como garante de los derechos y principios constitucionales, que lleva a cabo una función de constante redefinición de la Constitución.

14 EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

El desarrollo progresivo que el TC hace de la Constitución, contribuye tanto en sentido positivo como negativo, a la necesidad de su reforma. Si el TC consigue un equilibrio y equidistancia de los agentes en conflicto, la reforma es menos necesaria¹¹⁰. Otros elementos constitucionales que exigen o permiten reformas son la naturaleza abierta o no de las normas y el uso de las costumbres constitucionales.

La pregunta de si se ha producido una fragmentación del poder constituyente se contesta desde la posición del entendimiento de cómo se comporta el derecho en la UE y en las CCAA. Esas mutaciones constitucionales han podido abarcar al propio título X, limitando las posibilidades de reforma, y creando límites a ella. En tal caso existe una fragmentación del poder constituyente, capaz de limitar la reforma¹¹¹.

La propuesta que cabe hacer desde este estudio ha de enclavarse en estos parámetros, y un entendimiento de las funciones de los Tribunales Constitucionales en la defensa de la Constitución, debe atribuirles un poder de decisión sobre la reforma, y permitirles por lo tanto efectuar un control material en las reformas de la Constitución, que garantice la adecuación de esas reformas al sentido constitucional del texto.

Además, el hecho de que en la actualidad se regulen dos diferentes procedimientos de reforma permite pensar en una exigencia aun mayor del

110 La justicia constitucional es un instrumento permanente de reforma. Pérez Royo citado en su comentario al Título X Constitución en Comentarios a la Constitución. Oscar Alzaga, Edersa Madrid: 1999, XII pág. 415 y ss.

111 E. Álvarez Conde, La reforma constitucional de 2011. En referencia a la inconstitucionalidad de la reforma de 2011 no es posible desde el punto de vista material, ya que control es solamente formal. Pág. 247.

control de constitucionalidad por el TC dada la posibilidad de que el sistema elegido no se adapte al artículo por el que se tramita. Entender que esa sería una cuestión formal, en teoría es posible, pero la necesidad de abundar en argumentaciones acerca de los principios y valores presuntamente conculcados, exigiría un control de constitucionalidad material.

CONCLUSIONES

PROPUESTAS DE REFORMA DEL TÍTULO X CE

Al analizar la regulación que el Título X CE hizo de la regulación de la reforma, hemos podido comprobar las insuficiencias que muestra en relación con las exigencias actuales de unos mecanismos de reforma ágiles, posibles, y garantes de las exigencias democráticas.

En primer lugar, respecto de los sujetos legitimados, parece exigible la ampliación que en su día se eliminó respecto de la iniciativa popular. No son necesarios muchos argumentos para justificar hoy la necesidad de que la ciudadanía participe directamente de las soluciones a los problemas que le afectan, y la Constitución es el mayor de ellos.

Sobre los dos procedimientos, igualmente la doctrina se inclina por eliminar la reforma agravada y establecer un solo procedimiento. Así parece indicarlo la dificultad que muestra el art. 168 CE en su aplicación¹¹².

Y respecto del control, debería establecerse en la reforma constitucional que se llevara a cabo, un control de constitucionalidad tanto formal como material. La idea de que el Tribunal Constitucional no pueda suplantar la voluntad popular, en un ordenamiento jurídico plural y altamente tecnificado como son hoy los sistemas jurídicos, no permite que la adecuación constitucional en sus términos técnicos, pueda ser llevada a cabo por la ciudadanía sin un auxilio técnico complejo.

112 El establecimiento de un procedimiento único de reforma, responde a la lógica de haber desaparecido las cautelas sobre una posible involución del sistema, que alentaron la redacción del art. 168 CE por el constituyente. Se podría mantener el referéndum obligatorio para el título preliminar. Una obligación de celebrar el debate a la totalidad y el referéndum, sería la propuesta de iniciación del 167 y 168 CE. Superado el debate y acordados los términos, 3/5, cada cámara. Comisión mixta paritaria, y materia de 2/3 en Congreso, si hubiera mayoría en el Senado. R facultativo salvo en lo que se refiere al Título Preliminar. En J. García Roca (ed.), Pautas para una reforma constitucional, informe para el debate, Aranzadi, 2014. Madrid: Pág. 125.

BIBLIOGRAFÍA

Aláez, B. *Los límites materiales a la reforma de la Constitución de 1978*. CEPC. Madrid: 2000.

– La <<sustancialidad>> del procedimiento para la reforma constitucional. En Teoría y realidad constitucional, número monográfico sobre la reforma constitucional. N. 29. 2012.

– Supremacía y rigidez constitucionales, (A propósito del libro “La rigidez de las Constituciones escritas”. De Alessandro Pace y Joaquín Varela, y del debate celebrado el 20 de mayo de 1996 en la Universidad de Oviedo, en REDC n. 47. 1996.

Álvarez Conde, E. *Los cambios constitucionales* En Tur Ausina, R., (Dir.), En Poderes públicos y privados ante la regeneración constitucional democrática. Dykinson, S. L. Madrid: 2016.

Álvarez Conde, E. (dir.) y Álvarez Torres, M. (coord.), *Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución Española*. Comares. Granada: 2017. Pág. 52 y ss.

Balaguer Callejón, F. *Regeneración democrática y reforma constitucional*. En Tur Ausina, R. (Dir.), Poderes públicos y privados ante la regeneración constitucional democrática. Dykinson, S. L. Madrid: 2016.

– La reforma constitucional y el sistema de fuentes del derecho. En Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución Española. En Álvarez Conde, E. (dir.) y M. Álvarez Torres, M. (coord.), Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución Española. Comares. Granada: 2017. Pág. 52 y ss.

– Soberanía popular y democracia. RDP. 27-28. Madrid: 1988.

– Soluciones apócrifas a problemas ficticios. Diario La Ley, n. 6138. Noviembre de 2004.

– El <<status>> constitucional de la reforma y la <<fragmentación>> del poder constituyente. En La democracia constitucional. Estudios en Homenaje a F. Rubio Llorente. Madrid: 2002.

– Fuentes del Derecho, t. II. Tecnos. Madrid: 1992.

Belda Pérez-Pedrero, E., *La fallida reforma de la Constitución española durante la VIII Legislatura*, Thomson-Civitas, Madrid: 2008.

– Los límites a la reforma constitucional. En Teoría y realidad constitucional, número monográfico sobre la reforma constitucional. N. 29. 2012.

– El horizonte de la reforma constitucional en España: No fue el momento adecuado, en La reforma estatutaria y constitucional, Coords. J. M. Vera Santos y FJ Díaz Revorio, La Ley. Madrid: 2009.

Bryce, J., *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, CEC. Madrid: 1988.

Cabello Fernández, M^a. D., La iniciativa legislativa popular, Tirant Lo Blanch, Valencia: 2017.

Casas, Baamonde, M^a. E., Comentarios a la Constitución Española. Ed. La Ley. Madrid: 2009.

Consejo de Estado, Dictamen del Consejo de Estado 5072/1997, sobre la firma del Tratado de Amsterdam.

– Dictamen del Consejo de Estado 880/2001, sobre la firma del Tratado de Niza.

– Dictamen del Consejo de Estado 1.173/2003, sobre la Adhesión de los nuevos diez miembros.

– Dictamen del Consejo de Estado 2544/2004, de 21 de octubre, de la Comisión Permanente sobre la firma de una Constitución para Europa.

Contreras, M., Encuesta sobre la reforma de la Constitución. Teoría y realidad Constitucional. N. 15. Madrid.

Corcuera Atienza, J., Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional. En Constitucionalismo crítico, Liber amicorum a C. De Cabo, (M.A. García Herrera, José Asensi Sabater, F. Balaguer Callejón, Coords.). Tirant Lo Blanch. Valencia: 2016.

De Vega García, P., La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, Tecnos, Madrid: 1985.

Díaz Revorio, F. J., Consideraciones sobre la reforma de la Constitución española desde la teoría de la Constitución. En La reforma estatutaria y constitucional, Coords. J. M. Vera Santos y FJ Díaz Revorio, La Ley. Madrid: 2009.

Díez Picazo, L. M^a., Límites internacionales al poder constituyente. REDC. N. 76. 2006.

García Atance, M^a. V., La reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad, RDP, n. 37. 1992.

García Escudero, P., La acelerada tramitación de la reforma del art. 135 de la Constitución, en Teoría y realidad constitucional, n. 29. 2012.

– El procedimiento agravado de reforma de la Constitución de 1978. CEPC. Madrid: 2007.

– La reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad. RDP. N. 37. 1991.

García Gestoso, N., El proceso de integración europea y la constitución española de 1978. Reflexiones sobre la necesidad o conveniencia de reformar nuestra constitución para adaptarla a la dinámica europea. En Roura, S, y Tajadura, J, La reforma constitucional. Biblioteca Nueva. Madrid: 2005.

García Roca, J., Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate. Aranzadi, Madrid: 2014.

Garrido Falla, F., Comentarios a la Constitución, Edit. Civitas. Madrid: 2001.

Gavara de Cara, J. C. Encuesta sobre la reforma de la Constitución, en Teoría y realidad constitucional. N. 15. Madrid: 20

González Encinar, J. J., La constitución y su reforma.

González Trevijano, P., La costumbre en derecho constitucional. Congreso de los Diputados. Madrid: 1989.

Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos. Consejo de Estado. CEPC. Madrid: 2006.

Hesse, K., escritos de derecho constitucional, CEC. Madrid: 1983.

Hsu Dau Lin, Mutación de la Constitución. IVAP. Euskal Erakunda. 1998.

Jellinek, G., Reforma y mutación de la constitución, CEC. Madrid: 1991.

Jiménez Campo, J., Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución. RDP, n. 7. 1980.

López Aguilar, J. F., De la constitución irreformable a la constitución exprés. En Teoría y realidad constitucional, número monográfico sobre la reforma constitucional. N. 29. 2012.

López Guerra, J. L., La reforma constitucional. Elementos formales y materiales. En La reforma constitucional, XXVI Jornadas de estudio. Ministerio de Justicia. Madrid: 2005.

Muñoz Machado, S., La Unión Europea y las mutaciones del Estado. Alianza Universidad. Madrid: 1993.

Otto, I., de, Obras completas. Universidad de Oviedo. CEPC. Oviedo: 2010.

Pace, A., y Varela, J., La rigidez de las constituciones escritas. CEC. Madrid: 1995.

Pérez Royo, J., La reforma de la Constitución, Congreso de los Diputados, Madrid: 1987.

– Comentario al Título X de la Constitución Española. En Comentarios a la Constitución de Oscar Alzaga.

– Algunas reflexiones sobre el título X de la Constitución, Revista de Política Comparada, n. 10-11. 1985. Madrid.

Punset, R., ponencia VV.AA. la reforma constitucional: ¿Hacia un nuevo pacto constituyente? Actas de las XIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. CEPC. Madrid: 2009.

Ridaura Martínez, J., La reforma del art. 135 de la constitución española. ¿Pueden los mercados quebrar el consenso constitucional? En Teoría y realidad constitucional, número monográfico sobre la reforma constitucional. N. 29. 2012.

Roura, S, y Tajadura, J., La reforma constitucional. Biblioteca Nueva. Madrid: 2005.

Rubio Llorente, F, Sobre la conveniencia de terminar la Constitución. Claves de razón práctica, n. 25. 1992. (188)

– La Constitución Española y el Tratado de Maastricht. RDEC. N. 36. 1992.

– Globalización económica y reforma constitucional, Revista de Occidente, n. 338 septiembre. 2013.

– Ponencia La reforma constitucional: ¿Hacia un nuevo pacto constituyente? Actas de las XIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. CEPC. Madrid: 2009.

– De la reforma constitucional. En M^a. E. Casas, (Coord.), Comentarios a la Constitución Española. La Ley. Madrid: 2009.

Ruipérez, J., Una cuestión nuclear para la teoría del derecho constitucional: sobre la reforma de la constitución y sus funciones en el estado constitucional democrático. Anuario de la Facultad de Derecho. Santiago de Compostela.

– Estudio preliminar en Roura, S., y Tajadura, J., La reforma constitucional. Biblioteca Nueva. Madrid: 2005.

Salazar Benítez, O., La constitución domesticada. Algunas reflexiones críticas sobre la reforma del art. 135 CE. En Teoría y realidad constitucional, número monográfico sobre la reforma constitucional. N. 29. 2012.

Sánchez Urrutia, A. V. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al concepto*. REDC. N. 58. 2000.

Santaolalla, F. *Comentario al Título X de la Constitución Española. En Comentarios a la Constitución*, Oscar Alzaga. Civitas. Madrid: 2001.

Tajadura, J. El pacto social como límite a la reforma del acto constitucional, en Roura, S., y Tajadura, J., La reforma constitucional. Biblioteca Nueva. Madrid: 2005.

Tur Ausina, R., (Dir.), Poderes públicos y privados ante la regeneración constitucional democrática. Dykinson, S. L. Madrid: 2016.

VV.AA., Monográficos sobre la reforma constitucional. RDP. N^o. 36 y 37. 1992.

VV.AA., XXVI Jornadas de Estudio: la reforma constitucional, Ministerio de Justicia. Madrid: 2005.

VV.AA., Teoría y realidad constitucional, número monográfico sobre la reforma constitucional. N. 29. 2012.

VV.AA., La reforma constitucional: ¿Hacia un nuevo pacto constituyente? Actas de las XIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. CEPC. Madrid: 2009.

Vera Santos, J. M. *Propuestas de mejora de la regulación actual de la reforma constitucional en España. En Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución Española*. E. Álvarez, (dir). Comares. Granada: 2017.

Vera Santos, J. M. *La reforma constitucional*. La Ley. Madrid: 2007.

Villaverde Menéndez, I. *El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales ¿Un oximorón constitucional?* Comentario al ATC 9/2012. Teoría y Realidad constitucional. N. 30. Madrid.

Artigo convidado.