

UN NUEVO ENFOQUE DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y SUS LÍMITES MATERIALES (*)

MANUEL CONTRERAS CASADO

Hace tiempo que nos hemos habituado a contemplar cómo la opinión pública recibe regularmente las más variadas propuestas de reforma sobre la Constitución española de 1978, y no sólo cuando se acerca la fecha de su aniversario. De todas ellas, quizá la más recurrente sea la que tiene como objetivo el Senado, esa Cámara que algunos perciben como una incomodidad y otros como una esperanza, porque o bien no se sabe muy bien qué hacer con ella (seguramente a consecuencia de una cierta mala conciencia de mantenerla como un lujo prescindible), o bien se confía en transformarla en esa Cámara territorial que proclama la Constitución (claro, no en los mismos los términos del propio texto constitucional) y que al parecer nos acercaría a una forma más federalizada de Estado. A estas alturas, no obstante, ya tenemos la certeza de que durante esta legislatura —decretada la intangibilidad constitucional por parte del Gobierno que goza de mayoría absoluta en ambas Cámaras— no habrá reforma del Senado, al menos desde la perspectiva constitucional. Pero no importa, quedan otras posibles reformas pendientes que apuntan o hacia problemas de integración en Europa o hacia la integración estatal de algunas Comunidades Autónomas que todavía ponen en duda su papel en nuestro Estado autonómico (las dudas se resolverían, al parecer, reconociendo en el texto constitucional, previa reforma, el derecho de autodeterminación de sus respectivos pueblos).

Naturalmente, todas estas cuestiones pasan por decisiones políticas que

(*) BENITO ALÁEZ CORRAL: *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000.

primariamente se adoptan al margen de la Constitución, pero indefectiblemente desembocan, en el ámbito jurídico fundamental, en la reforma constitucional y, aún más allá, en los límites que la propia Constitución ha establecido para su reforma. De ahí que lleve razón el autor de este excelente libro cuando señala que la elección del tema objeto del mismo no es baladí. Al contrario, mantiene una relación muy cercana con algunos de estos problemas políticos y su posible solución en el terreno constitucional, para cuya comprensión el autor anuncia que operará desde la moderna teoría de los sistemas sociales aplicada a la exégesis dogmática del texto constitucional, es decir, a la teoría de la Constitución (en línea con la aplicación de la teoría de los sistemas al análisis científico-jurídico llevada a cabo por N. Luhmann).

Desde la perspectiva escogida por Benito Aláez para su estudio, conviene prevenir al lector de la necesidad de una cierta «traducción» del lenguaje científico empleado en el libro, pero afortunadamente el autor ha colocado al comienzo del libro un «glosario de términos» (págs. XIX-XXII) que facilita la posterior lectura (aunque, eso sí, obliga a interrumpir reiteradamente la lectura para retornar a estas páginas iniciales).

Siempre se ha dicho, y con razón, que el análisis de la reforma constitucional, y los diversas cuestiones que condensa o que emergen en su entorno, lleva directamente a plantear los problemas nucleares de la teoría de la Constitución y, por tanto, el propio concepto de Constitución. Consciente de ello, el autor ha tenido la valentía de comenzar por la raíz y proponer un modelo conceptual para la comprensión de los fenómenos jurídico-constitucionales tributario de su forma jurídica, definida por la posición que ocupa la Constitución en atención a su función en el ordenamiento jurídico (concebido éste como un subsistema social, reconocible a partir de su existencia diferenciada en el medio social que le rodea).

Claro que para ser congruente con este punto de partida, el autor ha de proceder previamente a la exposición crítica de las concepciones clásicas de la Constitución y sus insuficiencias, centrándose en las teorías constitucionales surgidas principalmente en Europa a finales del siglo XIX y principios de XX, luego desarrolladas básicamente tras la segunda guerra mundial, y a esto dedica los dos primeros capítulos de la primera parte del libro. En ellos se desarrolla el análisis de los conceptos formales de Constitución (positivismo «estático», positivismo «dinámico» kelseniano), dialogando con las diversas teorías y su concepción de los límites materiales de la reforma, y de las concepciones materiales (Schmitt, Smend, Heller, Hauriou, Romano, Mortati). Y se llega a la conclusión de que ninguna de estas clásicas concepciones acierta a resolver satisfactoriamente el problema de los límites materiales a la reforma constitucional desde la perspectiva de la diferenciación funcional y estructural del sis-

tema jurídico: en el caso de las teorías formales porque terminan defraudando sus propios presupuestos teóricos al introducir elementos y funciones externos al ordenamiento jurídico; y en el caso de las concepciones materiales porque fundamentan los límites materiales a la reforma en valores o realidades existentes supra y metapositivamente.

En consecuencia, el autor procura en el cap. III de esta primera parte ofrecer un modelo conceptual para la comprensión de los fenómenos jurídico-constitucionales que rinda tributo a su forma jurídica, que viene definida por la posición de la Constitución en orden a su función dentro del ordenamiento jurídico. Tanto la «positividad» como la «autorreferencialidad» son condiciones bajo las cuales es posible el cumplimiento de aquella función y la existencia diferenciada del ordenamiento jurídico. Desde esta caracterización formal-funcional de la Constitución, la reforma constitucional resulta ser una «consecuencia estructural» del sistema jurídico que pretende desarrollar autorreferencialmente su «positividad», y de ahí su trascendencia para que éste pueda seguir su proceso de diferenciación. El mecanismo de reforma constitucional tiene una importancia vital al permitir al sistema jurídico disfrutar del dinamismo necesario para su existencia positiva diferenciada.

Desde estas premisas, ya le resulta posible a Benito Aláez abordar en la segunda parte el concepto y tipos de límites materiales a la reforma constitucional. Y creo que tiene toda la razón cuando establece que sólo los límites materiales son verdaderos límites a la reforma, pues «son los únicos que clausuran la capacidad de conocimiento del sistema jurídico». Mientras los límites formales no tienen más función que articular la «positividad» del ordenamiento jurídico, los límites materiales a la reforma «son un tipo de operación comunicativa cuya función es, inversamente, restringir la capacidad del sistema jurídico para normativizar expectativas en el más alto nivel normativo, el constitucional»; se trata de normas «que restringen la apertura cognitiva y la clausura operativa del sistema jurídico, pues seleccionan negativamente las expectativas que no pueden ser objeto de normativización» (pág. 405). En consecuencia, desde esta perspectiva no es función de los límites materiales a la reforma constitucional cerrar al «enemigo político» —por usar la expresión de Carl Schmitt— la entrada por la puerta de la legalidad; por decirlo con palabras del propio autor: «Que no nazcan sentimientos monárquicos, xenófobos, antidemocráticos, centralistas o cualesquiera otros en una sociedad determinada, así como que los mismos no pretendan encontrar en el sistema jurídico un cauce de estabilización contrafáctica, es una función que, en último extremo, compete a sistemas como el educativo, el ideológico, el político o, incluso, el moral, pero no al sistema jurídico» (pág. 242).

La última parte del libro, en mi opinión la más interesante, se centra en los

límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978. En ella, tras constatar la total inadecuación de aplicar a nuestra Constitución actual un concepto material y la parcial inadecuación de un concepto exclusivamente formal de la misma, se apuesta, como era lógico y previsible, por un concepto formal-funcional que sitúa a la CE de 1978 como norma cúspide de un sistema jurídico-positivo autorreferencial. Adelantaré, no obstante, que las necesarias limitaciones de estos comentarios al libro de Benito Aláez hacen imposible recoger en toda su riqueza los contenidos de esta tercera parte, y me obligan a reducir mis observaciones a unos pocos aspectos particularmente interesantes.

En relación con la materia incluida en esta parte del libro, el autor procede inicialmente a delimitar conceptualmente y a caracterizar los límites materiales a la reforma de la CE de 1978: son los incluidos en los artículos 168.1 y 169. En el primer caso, queda sustraído al poder de reforma constitucional del artículo 167 la posibilidad de modificar determinados contenidos constitucionales; en el segundo caso, se impide iniciar la reforma constitucional por cualquiera de los procedimientos establecidos durante el período temporal en el que se den señaladas circunstancias (tiempo de guerra o de vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio previstos en el artículo 116 CE).

Especialmente importante me parece la enumeración de los diversos tipos de límites materiales a la reforma de la CE de 1978, tanto relativos a la «autorreferencialidad» como a la «positividad» del sistema jurídico. Seguramente son las páginas más sugerentes de esta excelente obra, pero también las que elevan el grado de problematicidad, singularmente en dos aspectos que me gustaría destacar.

El primero de ellos hace referencia a la posible intangibilidad de las propias normas sobre la reforma constitucional contenidas en el título X. La apreciación inicial del autor le lleva a considerar que los artículos 166, 167, 168 y 169 CE no están sustraídos al poder de reforma ordinario del artículo 167, puesto que no se encuentran entre los límites materiales relativos explicitados por el artículo 168 y han de quedar descartados los argumentos de corte político (fraude constitucional) o lógico-jurídico (imposibilidad de que un precepto se aplique a sí mismo). No obstante, inmediatamente matiza esta posición y admite que algunos supuestos modificativos podrían incluirse entre las materias vedadas en el artículo 168 a la competencia ordinaria del 167: se trataría del supuesto en el que «la reforma constitucional del título X *afectase* indirectamente al contenido de alguno de los principios estructurales protegidos por el artículo 168 CE. No se podrían reformar él o los preceptos del título X, en el sentido en el que afectasen al principio estructural y el único procedimiento válido sería el del artículo 168 CE» (pág. 334). Creo que acierta el autor en su conclusión del problema, pero sólo parcialmente, porque a mi modo

de ver, sin necesidad de acudir a motivos políticos o lógicos, sólo asumiendo la función que cumple el artículo 168 y la necesidad de respetarla, podría admitirse *en todos los casos* la imposibilidad de su modificación por el poder ordinario del 167 CE.

El segundo aspecto tiene que ver con la intangibilidad relativa que afecta a los principios estructurales (Estado social y democrático de Derecho, Estado autonómico) del ordenamiento jurídico. Es claro que el contenido normativo de estos principios no queda estrictamente reducido a los artículos 1 y 2 de la Constitución, sino que se deduce de una gran variedad de preceptos que los desarrollan y que, de alguna manera, deben entenderse comprendidos en la consideración de límites materiales a la reforma; aunque matizadamente, según Aláez Corral, porque sólo el núcleo esencial de estos principios permanecerá sustraído a la competencia del poder de reforma simple del artículo 167 CE, lo cual no es poco. Y precisamente a determinar el concreto ámbito normativo de esta sustracción dedica el autor unas interesantísimas páginas de su estudio en las que va diseñando el contenido esencial de cada uno de estos principios estructurales. En líneas generales el empeño es acertado, pero, a mi modo de ver, deja sin resolver algunos problemas: por ejemplo, la extensión que llegan a adquirir en este sentido los límites materiales a la reforma, bastante alejada finalmente de la excepcionalidad que se le supone al alcance del artículo 168 CE; o el señalamiento, en el caso de una puesta en práctica del mecanismo de reforma, de a quién (y cómo) corresponde determinar ese contenido esencial de los principios estructurales que extiende los límites materiales de la reforma a preceptos no comprendidos explícitamente en el artículo 168 CE.

Es de agradecer, finalmente, que Benito Aláez se haya planteado el formidable problema del control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales y la observancia de los límites materiales. Su análisis de la cuestión es impecable, pero el propio autor es consciente de lo insatisfactorio que resulta concluir que sólo mediante una vía indirecta, a través del recurso de amparo, y en determinados supuestos parlamentarios, sería posible lograr un cierto control de la constitucionalidad de la reforma. De ahí que acierte en la proposición, de *constitutione ferenda*, de algunas técnicas encaminadas a solventar las insuficiencias que plantea el control de la constitucionalidad de los actos del procedimiento de reforma que vulneren los límites materiales. Lo que me parece un excelente remate para uno de los más importantes, serios y novedosos trabajos de investigación y reflexión sobre la reforma constitucional publicados en nuestro país.

