

En defensa de los valores materiales de la Constitución contra la acción ilimitada del constituyente derivado de reforma, que intenta usurpar la competencia del constituyente originario

León Cortinas Peláez* y
Josefina Rosas Díaz* *

VEGA GARCÍA, Pedro de, **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**, Madrid, Tecnos, 1985, (reimpresión 1988), 312 pp.

1. El siempre apasionante tema de las reformas a la Constitución, es abordado por el autor en forma prolija y profunda. No obstante la complejidad del tópic que aborda, Pedro de Vega logra darnos un panorama, que si bien no pretende ser exhaustivo, logra abrir ante nuestros ojos una gama muy interesante de vertientes que, directa o indirectamente inciden en el estudio central. La obra no se limita al estudio de textos constitucionales (en la castrante visión del positivismo kelseniano acerca del Derecho),¹ sino que busca en las fuentes de la realidad política y social de las naciones (especialmente España), el origen y la explicación a los problemas que se van planteando a lo largo de las 312 páginas de que consta el volumen: hecho ya de por sí meritorio.

2. En su primer capítulo, "Significado, fundamento y funciones de la reforma constitucional" (pp. 13-

76), el autor nos lleva a consideraciones político-filosóficas del origen del Estado democrático, a través de las cuales sitúa la problemática del poder reformador y sus facultades, en las raíces mismas del establecimiento de los Estados modernos. Así, el Estado constitucional se erige sobre dos pilares: el principio político democrático, que sostiene la soberanía del pueblo y su titularidad respecto del poder constituyente; y el principio jurídico de la supremacía constitucional, que ubica a la Constitución como *lex superior*, a la que se deben sujetar gobernados y gobernantes. Entre ambos principios existe una constante tensión, que ha llevado a algunos pensadores como H. Kelsen y nuestro Tena Ramírez a enajenar la soberanía de manos del pueblo, y a ubicarla en la propia Constitución (p. 20); mientras que, en la línea contraria, se ha pretendido llegar a la conclusión, que la única democracia que respeta fielmente el principio de la soberanía popular, es la democracia directa (p. 17). El problema se agudiza en el momento en que se reconoce la necesidad de introducir reformas a la Constitución, y como solución a este conflicto "aparece la técnica de la reforma constitucional" (p. 21), que nos plantea nuevos problemas respecto de quién es el titular de esta facultad reformadora.

3. a) Surge entonces la necesidad de establecer una distinción clara entre poder constituyente originario (del que es indiscutible titular el pueblo), y poderes constituidos, entre éstos el en México llamado Constituyente derivado permanente (que deben estar necesariamente sometidos a la ley suprema).

* Profesor-Investigador en la Universidad Autónoma Metropolitana (México) y, en periodo sabático, en la Universidad Carlos III de Madrid (beca sabática del Ministerio de Educación y Ciencia de España, en misión de la UAM-Azcapotzalco).

** Licenciada en Derecho por la UNAM, ayudante de Investigador nacional (SEP).

1. Sobre la concepción limitada del Derecho y especialmente de los temas constitucionales, *cf.* CORTINAS PELAÉZ, León y ROSAS DÍAZ, Josefina, "De la desnaturalización, de la creatividad de la multitud, por las corruptas perversiones de los poderes constituidos", *Alegatos*, México: mayo/agosto 1994, núm. 27, pp. 302-306.

Para Vega, el poder constituyente originario es absoluto y total, fuera de toda limitación, sin que necesite justificar su existencia por medio de una ley previa, pues "su fundamentación no es jurídica, sino ontológico-existencial" (pp. 28-29). Su indiscutible titular es el pueblo; no obstante que se reconocen en la historia, esfuerzos por sustituir la soberanía popular (por todos, Siéyés), por la soberanía de la nación; por lo que siendo la nación un ente abstracto, "la potestad constituyente sólo podrá actuarse a través del mecanismo de la representación" (p. 32), lo que conduce por ejemplo en la obra y acción del decano Georges Vedel (París II, que no p. I) a que "burguesía y partidos quedaran convertidos en los únicos depositarios de la soberanía nacional" (p. 34). Es sorprendente la vigencia de este ejercicio espúreo de la soberanía en México, donde vía el artículo 136 constitucional, se ha querido anular al artículo 39 de la Constitución, no reconociendo al pueblo, sino el derecho de ejercer su soberanía a través de sus "representantes"; los que nos conduce al traslado de la soberanía del pueblo a los poderes constituidos, quedando la nación sometida al capricho del titular de la "dictadura perfecta" (en la lúcida y por ello "perseguida y expulsada" terminología de Vargas Llosa).¹

Así, el Estado constitucional se erige sobre dos pilares: el principio político democrático, que sostiene la soberanía del pueblo y su titularidad respecto del poder constituyente; y el principio jurídico de la supremacía constitucional, que ubica a la Constitución como lex superior, a la que se deben sujetar gobernados y gobernantes.

4. b) El principio político de la soberanía popular, se transforma en el principio jurídico de la soberanía constitucional, con la consiguiente (y casi generalizadamente aceptada en todos los países de la

orbe), categoría de la rigidez constitucional; que implica que el trato dado a la ley suprema, deberá ser distinto al de las leyes ordinarias, especialmente en cuanto a lo que a su reforma se refiere. Incluso, señala Vega, "Constituiría...un error pensar que, en...el sistema inglés, la flexibilidad es absoluta", dado que existe "una especie de poder constituyente tácito", reconociéndose en Gran Bretaña que "el poder de reforma corresponde al cuerpo electoral" (pp. 51-52). Y como salvaguarda de esa supremacía, se han creado diversos mecanismos, que van desde la **judicial review** (p. 41), hasta la instauración de los tribunales constitucionales, **vrg.** el español, desde 1978.

5. c) Unificados los criterios en torno de la supremacía constitucional, el autor nos lleva a una nueva contraposición de tesis en torno a la imputabilidad o reformabilidad de los preceptos constitucionales; dilema que se resolvió a favor de la segunda postura, pues "Un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras" (art. 28 de la Constitución francesa de 1793, citado en pp. 58-59); así, se reconoce que "las constituciones necesitan adaptarse a la realidad" (p. 59); esa realidad que se encuentra en constante devenir, por lo que la revisión de la Constitución se presentará "como su primera y más significativa defensa" (p. 68),³ siempre y cuando la adecuación norma suprema-realidad, se produzca "sin quebrantamiento de la continuidad jurídica" (p. 68); lo que implica que el poder de revisión estará, necesariamente, sujeto a límites.

6. d) Entramos entonces al polémico tema de la distinción entre el poder constituyente originario y el poder revisor o constituyente derivado de la Constitución, en el que Vega concluye que, en tanto que el poder de reforma opera como **res iuris**, con poderes limitados emanados de la propia Constitución, y su actuación debe ser legal, en tanto que sus actos se deben ajustar a aquélla (p. 65); el poder constituyente opera como **res facti**, siendo un poder soberano, previo y total, manifestándose su actuar

2. En el "Encuentro Vuelta, Siglo XX: La experiencia de la Libertad", en la parte relativa transcrita por MAZA, Enrique, "la polémica ante las cámaras", *Proceso*, ciudad de México, 10 de septiembre de 1990, núm. 723, p. 53.

3. Sobre la importancia del tema de los cambios constitucionales, *cfr.* "Mayorías constituyentes, convención, costumbre y jurisprudencia, en la evolución constitucional de América Latina", ciudad de México, *Alegatos*, mayo/agosto 1994, núm. 27, pp. 318-325; donde VANOSSI y QUIROGA LAVIÉ afirman que "toda vez que por medio de los cambios constitucionales se juega algo más que un interés inmediato: de su acierto o desacierto depende muchas veces la suerte de un régimen político", (p. 323).

revolucionaria, soberana y libremente (p. 65); "lo que ya no cabe bajo ningún concepto es entremezclar y confundir las nociones de poder constituyente y de poder de revisión" (p. 65). En este punto cabría hacer una puntualización, en contra de lo aseverado por Vega. Ciertamente, el poder constituyente es un poder extraestatal, pero no se puede negar su naturaleza jurídica, en tanto que es el legitimado para adoptar la idea de derecho que se incorpora al Estado, constituyéndose fuente de todo el derecho.⁴

7. Sentadas las ideas fundamentales del tenía, veamos el capítulo 2, "El procedimiento de la reforma constitucional" (pp. 77-175). En las normas constitucionales que tratan de las reformas a la ley suprema, podemos ver más que un mero conjunto de reglas procedimentales; así "el sistema procesal de revisión constitucional se encuentra enteramente vinculado a la forma del régimen político" (pp. 79-80). En este punto, se debe buscar que la reforma se produzca cuando las necesidades políticas así lo ameriten, evitando que una extrema rigidez, haga obsoletas las disposiciones constitucionales, haciéndolas caer en descrédito. Los órganos encargados de la reforma, deben conformarse de tal manera, que se impida "que ningún órgano constituido asuma en exclusiva la función de reforma" (p. 90), por lo que es conveniente y aun necesario, que el pueblo tenga una participación importante en dicho procedimiento.

8. a) ¿Qué tan deseable y oportuna es la participación directa del pueblo, específicamente a través del **referéndum**, en las reformas constitucionales? Para dar respuesta a esta interrogante, el autor recurre al pensamiento de Siéyès y de Montesquieu, quienes se pronunciaron por limitar el papel del pueblo a la elección de sus gobernantes; en tanto que para Rousseau, los electos por el pueblo sólo podían actuar "en los términos de un mandato imperativo", y sus decisiones debían ser ratificadas por el pueblo (p. 102). En la práctica, de acuerdo con nuestro autor, después del periodo de descrédito que sufrió la institución del **referéndum**, por virtud al mal uso que de él se hizo en las dictaduras fascistas, éste está tomando un nuevo punto en el

Cierto, el poder constituyente es un poder extraestatal, pero no se puede negar su naturaleza jurídica, en tanto que es el legitimado para adoptar la idea de derecho que se incorpora al Estado, constituyéndose fuente de todo el derecho.

constitucionalismo del presente siglo (p. 106). Si bien es cierto, las instituciones de la democracia directa, tales como el **referéndum** y la iniciativa popular entrañan riesgos por la utilización "plebiscitaria y demagógica" que se puede hacer de ellas; "no cabe considerar [las] como intrínsecamente perversas, y esencialmente disfuncionales" (pp. 124-125), en lo cual coincide con el constitucionalista mexicano Jaime Escarín y Hernández (cfr., **Alegatos...**)

9. b) Nuestro autor entra a un detallado estudio del procedimiento de reforma español, establecido en la Constitución vigente, del que haremos sólo algunos comentarios. Se establecen dos mecanismos diferentes de reforma: el señalado en el artículo 167, que prevé la figura del **referéndum** facultativo; y el estatuido en el artículo 168, que configura un procedimiento dificultado para las reformas que afecten al Título preliminar, al Capítulo 2o., Sección I. del Título I o al Título II. Vega apunta múltiples deficiencias en este artículo, especialmente por la forma arbitraria en que se eligieron los artículos sometidos a este mecanismo de reforma dificultada. Por otro lado, del texto constitucional, no se deduce que exista un control de constitucionalidad material, sino que "al Tribunal Constitucional le corresponderá sin duda entender del control de constitucionalidad de las leyes de reforma de la Constitución. Pero se trata de un control que únicamente puede plantearse en términos del más puro formalismo kelseniano" (p. 154). Ello, porque, en lugar de establecer límites expresos al poder reformador, es decir cláusulas de intangibilidad, que conformen una "superlegalidad constitucional", creada y establecida por sus contenidos valorativos y materiales; lo establecido en el art. 168 es una "superlegalidad meramente formal [que] en cualquier momento puede ser abolida" (p. 157). De lo anterior, el autor concluye: "El hecho de que la única legitimidad, y el único límite del poder de revisión, sean los establecidos en el propio procedimiento determina que, en sus contenidos el

4. Cfr. BURDEAU. Georges, *Traite de science politique*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, vol. II, 1967-1969, pp. 184, 185, 181, 182, 216, 298.

como un poder absolutamente libre y sin control" (pp. 159-169); consideraciones un poco excesivas, dado que si bien en el texto constitucional no se mencionan límites expresos a la acción del poder de reforma, ellos se deducen de la propia naturaleza de éste, en su carácter de poder constituido y limitado.⁵

Finalmente, en el artículo 169 se establece un límite temporal al procedimiento de reforma, impuesto a la iniciativa, más que al procedimiento en sí (p. 160).

10. c) En la última parte de este segundo capítulo, Vega comenta algunas figuras que afectan la vigencia de la Constitución, pero que no configuran reformas, en el sentido estricto del término. Así, señala que las reformas constitucionales tácitas, son aquellas que se producen en virtud de una reforma expresa que se realiza al texto constitucional, sin que se deroguen o supriman expresamente los textos reformados, lo que crea una confusión constitucional (p. 163); por lo que en algunos textos constitucionales han sido expresamente prohibidas.

Por otro lado, menciona el quebrantamiento o ruptura de la Constitución, que "alude a la violación a título excepcional, y para supuestos concretos, de un precepto constitucional que, sin embargo, permanece en vigor para el resto de los casos objeto de su regulación" (p. 166); concluyendo que las únicas rupturas tolerables son las que aparecen en el propio texto constitucional, pues de otra forma serían supuestos establecidos por un poder usurpador del poder soberano que estableció la Constitución. En México, por ejemplo, este tipo de "rupturas" están expresamente prohibidas por considerárselas leyes privativas.

5. La afirmación parecería excesiva para Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, quien afirma: "La Constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de un 'orden de valores' materiales expresos en ella" (p. 97); y ese destacamiento "resulta de su protección reforzada en el procedimiento de reforma constitucional, equiparando (art. 168) la revisión de cualquiera de estos preceptos...a una revisión total de la Constitución" (p. 98); concluyendo que "el carácter básico y fundamental de esas decisiones permite incluso hablar... de posibles 'normas constitucionales inconstitucionales'" (p. 99); por supuesto, no sólo derivadas de una inconstitucionalidad formal, sino esencialmente material, a la luz de dichos principios o valores. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas S.A., 1982, 257 pp. ENTERRÍA sigue aquí en verdad al agudo Otto BACHOF, *Verfassungs widrige Verfassungs normen? {¿Normas constitucionales inconstitucionales?}*, Tubinga: Mohr, 1951, ahora en su recopilación *Wege zum Rechtsstaat* (Ausgewählte Studien zum offenen Recht) [camino hacia el estado de derecho (estudios escogidos sobre derecho público)], Königstein lts: Athenäum, 1979, 394 pp., esp. 1-48. Cuyo pensamiento tiene intensa presencia, no por tardía menos penetrante, en la sistemática del derecho público ibérico y fundamentalmente latinoamericano.

Menciona, para finalizar, la suspensión de la vigencia de la Constitución, que se constituye como un acto de carácter temporal y provisional; pero que, en tanto que entendido como un acto de soberanía, "la única suspensión admisible de la Constitución es la prevista en el texto de la misma" (p. 175).

11. En el capítulo tercero, titulado "Las modificaciones no formales de la Constitución" (pp. 177-215), se nos presenta un tema difícil, en tanto que existe una gran confusión terminológica; y las diferencias entre las figuras que a continuación se comentarán, a primera vista podrían parecer muy sutiles.

El autor conceptualiza a las modificaciones no formales de la Constitución, como "aquellos cambios operados en el [ordenamiento constitucional] sin seguir el procedimiento más agravado y difícil establecido para la reforma de la Constitución" (p. 179). Este tema (abordado en Francia bajo el nombre de "costumbre constitucional"; en Italia como "modificaciones constitucionales tácitas"; y en Ale-manta, donde se ha hecho particularmente por Georg Jellinek el estudio más riguroso del mismo, como "mutaciones constitucionales"), merece para Vega, un estudio detallado, en tanto que es una práctica común e "inexorablemente necesaria", dado que produce el efecto de la reforma, pero evade la complicación que la reforma conlleva, pues "Una mutación constitucional -escribe Konrad Hesse- modifica, de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales, de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente" (p. 180).

12. a) Con base en la clasificación hecha por Hsü Dau Lin, Vega señala que hay cuatro tipos de mutaciones constitucionales, que a continuación se mencionan.

13. aa) "Mutaciones debidas a prácticas políticas que no se oponen formalmente a la Constitución escrita", cuyo objetivo es llenar lagunas constitucionales (p. 185); y que son perfectamente legales, en cuanto no violen la letra y el espíritu de la primera.

14. bb) "Mutaciones debidas a prácticas políticas en oposición abierta a preceptos de la Constitución", abiertamente violatorias a la misma.

15. ce) "Mutaciones debidas por la imposibilidad del ejercicio, o por desuso, de las competencias y atribuciones establecidas en la Constitución" (pp. 186-187).

16. ce) "Mutaciones producidas a través de la interpretación de los términos de la Constitución", interpretación que recae, fundamentalmente, en la autoridad judicial (pp. 187-188).

'...lo que el poder constituyente hace al establecer en la Constitución un procedimiento de reforma, no es renunciar, a su soberanía sino, en el mejor de los casos, un ejercicio de autolimitación, al que puede renunciar en cualquier momento; anulando así el principio de la supremacía constitucional..

17. b) Las mutaciones también pueden tener su origen en el actuar del poder legislativo; ello se debe, en ocasiones, a la generalidad de muchos de sus preceptos; en otros casos, a que son producto del consenso de las diferentes fuerzas políticas de un país; y finalmente, a que las propias constituciones reenvían a la legislación posterior, el desarrollo de los preceptos que establecen. En el caso español, Vega nos señala que "Obligado resulta constatar la especial proclividad del ordenamiento constitucional español a la creación de mutaciones por medio de actos normativos...[debidamente en parte]...A la abundancia de declaraciones de principio que no tienen, por supuesto, una aplicación inmediata" (pp. 191-192).⁶ No obstante, cabe precisar que "Cualquier ley que modifique el contenido de la Constitución, sin seguir el procedimiento establecido para la reforma, se puede calificar, sin paliativos, como inconstitucional".

18. c) En función de que el tema de las mutaciones constitucionales se coloca en el terreno de los hechos, se ha querido vincular el tema con el de la costumbre; sin embargo, el autor afirma categóricamente que "Explicar las mutaciones constitucionales... apelando a la categoría jurídica de la costumbre ...no posee ...el menor fundamento ... [dado que] las normas consuetudinarias ...carecen en el Derecho constitucional del significado y del alcance que adquieren en otras ramas del Derecho" (p. 198), en lo cual coincide con la polémica postura de Cortinas Peláez en el caso mexicano de la ratificación senatorial de los "empleados superiores de hacienda".***

6. Nuevamente y previamente en contra, GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 68, señala: "no todos los artículos de la Constitución tienen un mismo alcance y significación normativos, pero todos, rotundamente, enuncian efectivas normas jurídicas".

*** CORTINAS PELAÉZ, León, *De la administración hacendaria en México*, ciudad de México, INAP, col. Praxis, núm. 77, 1988, 98 pp., esp. 55-57.

19. d) Falta, para que el estudio de las mutaciones constitucionales quede completo, abordar el estudio de las convenciones constitucionales, en virtud de que hay autores que equiparan ambas figuras. Las convenciones constitucionales tienen ciertas características, tales como: pueden romperse impunemente (a diferencia de la costumbre, que puede llegar a configurarse como verdaderas normas jurídicas); surgen con un sólo precedente, y se gestan con pocos sujetos, no necesitando del transcurso del tiempo para considerarse en la categoría de convenciones, y tampoco es necesario que se establezcan por escrito; asimismo, requieren el reconocimiento previo de un marco legal; y "su finalidad no es otra... que la de regular la forma en la que las normas legales deben ser aplicadas" (p. 204). De lo que cabe concluir que "las convenciones representan la categoría medular de las que genéricamente hemos denominado modificaciones no formales de la Constitución" (p. 207), no equiparables a la costumbre.

20. e) ¿Cómo conciliar la realidad normativa con la realidad política? El autor considera tres posibles soluciones: la primera sería el triunfo de lo fáctico sobre lo jurídico; pero eso llevaría al aniquilamiento de la fuerza normativa de la Constitución. La segunda, a su vez, reconoce dos alternativas: bien puede ser que "la legalidad constitucional asuma formalmente, por la vía de la reforma, los cambios operados ...por la vía de la mutación; ...o bien que sobre la fuerza de los hechos se haga valer ...la fuerza de las normas" (p. 209). La tercera, que es la idónea, es la que "viene determinada, no por la contraposición extrema entre la realidad jurídica (normatividad) y realidad política (facticidad), sino por la necesidad de establecer su acoplamiento" (p. 211); lo que se lograría a través de la realidad constitucional, como "una realidad compleja y englobante, en la que confluyen y aparecen intercompenetradas facticidad y normatividad" (p. 213); lo que "supone la asimilación y la justificación dentro de ella de las mutaciones constitucionales" (p. 214). Ello, mientras las mutaciones no pongan en peligro la noción de supremacía; lo que no ocurrirá si se acu-

de a la solución ya planteada en la segunda alternativa, antes comentada (*supra*, nuestro numeral 19).

21. El cuarto y último capítulo del libro (pp. 21T-SOS), nos parece el más interesante y medular de la obra, en tanto que aborda, como su título lo dice, el problema de **Los límites y controles a la reforma constitucional**; lo que obliga a replantearse el problema de quién es el verdadero titular del poder constituyente, y el ámbito de competencia del poder de reforma, que las más de las veces, intenta usurpar funciones del primero.

22. a) Como ya se comentaba (*supra*, 9,b)), en la Constitución española vigente, se reconoce la posibilidad de reformas totales a dicho ordenamiento, siempre y cuando se lleven a cabo a través del procedimiento establecido en el artículo 168. Más allá de las consecuencias que esto implica, ya apuntadas en el párrafo citado, la conclusión a la que llega Vega García es francamente preocupante, pues señala: "Cuando no se reconocen límites de ningún tipo a la operación de reforma, lo que en realidad se está proclamando es la identificación entre poder constituyente y poder de reforma" (p. 220); lo que se comprende en la práctica pero teóricamente es inadmisibles dado que "el poder de reforma, conforme a las más elementales exigencias del Estado constitucional, no admite otra configuración posible que la de entenderlo como un poder constituido y limitado" (p. 221).⁷

23. b) La contradicción, que se enuncia desde las primeras páginas del libro (*supra*, numeral 2), entre soberanía del pueblo y soberanía de la Ley o del Derecho, llega a un punto verdaderamente álgido en el estudio del tema de los límites a la reforma. Considerando que el principio de la soberanía popular es un dogma indiscutible; y que consecuentemente implica que la titularidad del poder constituyente radica necesariamente en el pueblo; ¿qué sucede cuando es aprobada la Constitución? Los poderes que a través de ella se crean, pasan a ser poderes constituidos y, afirma el autor, "el poder constituyente desaparece...Y la Constitución se presenta entonces como ley suprema, en sustitución del poder soberano del pueblo" (p. 222). Luego, el problema a resolver sería: "Como compaginar el dogma indiscutible de la soberanía popular con esa

otra emergente soberanía de la Constitución y del Derecho, conectada directamente con el entendimiento de la Constitución como ley suprema" (P- 222).

24. c) Una primera respuesta nos la da el constitucionalismo clásico y su proyección actual, que asimila al poder constituyente con el poder de reforma. Para compaginar la irrenunciable soberanía del pueblo con la necesidad de transformación de la constitución, el propio poder constituyente se autoprescribe un modo de transformar la Ley suprema, al que se sujeta como "un compromiso de la soberanía nacional consigo misma" (citando al rousseauniano Frochot, en la constituyente francesa de 1791, p. 225).

Lo que en realidad postula esta corriente es que "como consecuencia de la integración del poder constituyente en el ámbito de la Constitución, el poder de revisión y el poder constituyente terminarán siendo considerados como términos equivalentes," [por lo que] "la revisión total es en cualquier momento realizable" (p. 226).

Son diversas las críticas que se pueden formular a esta doctrina; en primer lugar, lo que el poder constituyente hace al establecer en la Constitución un procedimiento de reforma, no es renunciar a su soberanía sino, en el mejor de los casos, un ejercicio de autolimitación, al que puede renunciar en cualquier momento; anulando así el principio de la supremacía constitucional; por lo que "las reformas constitucionales no serían explicables ...como resultado de la supremacía de la Constitución, capaz por sí misma de legalizar el cambio y controlar sus propios procesos de transformación, sino como producto de la voluntad autónoma y libre del poder constituyente" (pp. 229-230).

En segundo lugar, al equiparar al poder constituyente con el poder revisor, lo que de hecho se nos quiere decir es "que los elegidos dejan de ser los representantes de la nación soberana, para convertirse en los representantes soberanos de la nación" (citando a Berliá, ..., p. 231); lo que implicaría "sustraer al pueblo el ejercicio real de su soberanía y asegurar, constitucional y legalmente frente al mismo, el poder ilimitado de sus mandatarios" (p. 232). Así, "tras ella [esta concepción] se ocultan unos intereses históricos y políticos muy concretos -[ya que] ...sirvió a los intereses históricos de la burguesía" (p. 232). En la actualidad, asevera el autor, estas mismas aspiraciones burguesas se reproducen a través de la democracia partidista, "en la que el indiscutible dogma de la soberanía popular se intenta convertir en una abstracción metafísica, haciendo titular efectivo del poder constituyente y

7. Cfr. CORTINAS PELAÉZ, León y ROSAS DÍAZ, Josefina, "De la desneutralización, de la creatividad...", *op. cit., in totum*.

soberano, no al pueblo directamente, sino a las oligarquías y a los caciques de los propios partidos" (p. 233).

¡Con qué claridad se nos revela el caso mexicano (1982-2000), donde el partido mayoritario (PRI), y su comparsa (PAN), toman decisiones de lo más impopulares, alegando el beneficio del pueblo, aunque únicamente atienden a los bien conocidos criterios presidenciales (que en vana doctrina quisiera categorizar el profesor M. de la Madrid Hurtado, **Estudios de derecho constitucional**, ciudad de México: PorrúaHnos., 1980, 309 pp., esp. 51).

25. d) Una segunda corriente considera al poder de reforma como un poder instituido, ya que "el poder constituyente no puede encerrarse de ningún modo dentro del ordenamiento constitucional" (p. 235). Si bien la competencia del poder de reforma es extraordinaria, por tratarse de introducir reformas a la ley suprema; eso no demerita el hecho de que esa competencia deriva de la propia Constitución. Esto nos lleva a concluir que "sus posibilidades formales de actuación [del poder revisor] son solamente las que el ordenamiento constitucional le confiere; y "sus posibilidades materiales en la modificación de los contenidos de la Constitución tienen, por necesidad, que ser también limitadas" (p. 237). Como lo señaló Marbury, el poder de reforma no tiene competencia para destruir la Constitución. Por el contrario, el poder constituyente puede establecer una nueva Constitución cuando lo desee, sólo que para hacerlo "no necesita apelar a la legalidad existente..., [ni] puede hacerlo" (p. 239); esto "Porque la reforma de la Constitución legaliza el cambio, pero no puede legitimar la revolución" (p. 239).

La actuación del poder de reforma, nos obliga, en la lógica de la obra comentada, a abordar el tema de los límites a las reformas a la Constitución; no sólo desde la perspectiva de lo que positivamente puede establecer un ordenamiento determinado, sino desde la misma lógica existencial de dicho poder.

26. e) Vega nos lleva ahora, al estudio de las diferentes clasificaciones que se han realizado sobre los límites a la reforma constitucional. Distingue así, entre límites heterónomos y autónomos; entre límites absolutos y relativos; y entre límites implícitos y explícitos.

27. aa) Se consideran límites autónomos a los que "vienen impuestos por el propio ordenamiento constitucional" (p. 240); en tanto que los heterónomos son aquellos en que "la existencia de los mis-

¡Con qué claridad se nos revela el caso mexicano (1982-2000), donde el partido mayoritario (PRI), y su comparsa (PAN), toman decisiones de lo más impopulares, alegando el beneficio del pueblo, aunque únicamente atienden a los bien conocidos criterios presidenciales...

mos procede de fuentes distintas al texto constitucional" (pp. 240-241).

28. bb) Por su parte, los límites absolutos (expresa o implícitamente especificados), "no pueden de ningún modo superarse"; por el contrario, los límites relativos pueden ser eliminados mediante procedimientos especiales (p. 243).

29. ce) Finalmente, los límites explícitos, también llamados cláusulas de intangibilidad, "se encuentran expresamente formulados en el texto constitucional" (p. 242); mientras que los límites implícitos resultan "como una consecuencia lógica de los presupuestos en que descansa el sistema constitucional considerado en su conjunto [o] bien como correlato de las singulares cualificaciones que se producen en determinados preceptos de la Constitución" (p. 242). De los límites explícitos se ocupa en forma más prolija el autor.

Si bien históricamente las únicas limitantes que se opusieron al trabajo del poder constituyente fueron temporales, en el actual desarrollo del constitucionalismo (es decir, a partir de la segunda guerra mundial) "el establecimiento de cláusulas de intangibilidad se convirtió en práctica generalizada" (p. 246). No obstante, afirma Vega, esta tendencia histórica ha sido contradicha por la Constitución española vigente, sin razones que se pudieran considerar verdaderamente de peso; por el contrario, los riesgos de admitir reformas totales a la Constitución, validando el actuar irrestricto del poder reformador, entraña grandes riesgos, dado el significado político-jurídico de las cláusulas de intangibilidad.

30. f) Políticamente, las cláusulas de intangibilidad tienen "como básica finalidad asentar claramente, en el más alto nivel normativo, los supuestos ideológicos y valorativos en que descansa el régimen político que con la Constitución se pretende establecer"; expresando, de acuerdo con Maurice Hauriou "los fundamentos en que se apoya la legiti-

midad constitucional" (p. 248); legitimidad constitucional compuesta por principios y valores materiales, y no sólo de normaciones jurídicas, que son los que se intentan proteger a través de los sistemas de defensa de la Constitución.

La concepción neutral y desvalorizada de la Constitución, es puesta en tela de juicio con las crisis de las concepciones burguesas, que culminan con la segunda guerra mundial, por lo que "Ahora..., que surgen los modernos problemas de clase, se ha-



Sin embargo, la tentativa de integrar la legalidad con la legitimidad, culmina con "La conversión burguesa de la legalidad en criterio supremo de legitimidad" (p. 250). Esto nos lleva al entendimiento de la Constitución "como un valor político por sí misma, y hasta si se quiere como el valor político fundamental, pero será a base de no olvidar su condición de puro instrumento mera forma, puesta al servicio de los derechos y libertades que, cuidadosamente, la burguesía desarrolló y explícito en el plano histórico como cuestión previa y perfectamente diferenciada" (p. 252). Este formalismo y esta neutralidad, resultan incompatibles con el establecimiento de las cláusulas de intangibilidad.

cen valer frente al Derecho nuevas pretensiones materiales ...se exige un derecho social" (citando a Weber, p. 253).^{7bis} Esto obliga al abandono de la neutralidad de los preceptos constitucionales y "Se configurarán de este modo zonas exentas a la discusión social y a la acción de cualquier poder constituido, incluido, naturalmente, el poder de reforma, y que son las que, jurídicamente, se materializan en

7 bis. WEBER, Max, *economía y sociedad*, ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1969,1.1, pp. 659 y ss.

las cláusulas de intangibilidad o límites explícitos de reforma" (p. 254).

31 g) Jurídicamente, "el establecimiento de cláusulas de intangibilidad implica el reconocimiento por el Derecho positivo de la distinción entre poder constituyente y poder de reforma" (p. 255); en virtud de que existirá una parte de la obra realizada por el poder constituyente intocable por el poder revisor; lo que desemboca en la consideración de

una "superlegalidad constitucional"; a la luz de lo cual, podríamos hablar de "normas constitucionales inconstitucionales".⁸

32. h) La tesis comentada en los párrafos inmediatos anteriores (*supra*, 29. ce a 31. g), ha sido cuestionada por diferentes razones; la primera de ellas aduce que un poder constituyente no puede condicionar al poder constituyente del futuro; no obstante, esta corriente parece ignorar que los límites son impuestos al poder revisor, no al poder constituyente, que por su propia naturaleza es ilimitado.

Los argumentos que en segundo término se mencionan, apelan a la igualdad de las normas constitucionales, que impediría el tratamiento diferenciado que se daría a algunas de ellas, de impedirse su reforma por el proce-

dimiento establecido en la Constitución. Por otra parte, al reformar ciertos preceptos, y bajo la óptica del principio que postula que *lex posterior derogat legi priori*, "cualquier limitación a la reforma constitucional, sólo tiene significación jurídica mientras un procedimiento de reforma posterior no la suprima" (citando a Biscaretti di Ruffia, p. 264). Esta corriente pretende ignorar la superlegalidad que existe en la Constitución, y que el principio mencionado sólo opera tratándose de leyes jerárquicamente iguales.

8. En CORTINAS PELAÉZ, León y ROSAS DÍAZ, Josefina, "Mayorías constituyentes...", *op. cit.*, p. 321; encontramos una postura en contra de la diferenciación de niveles al interior de la propia Constitución: "Cabe empero reflexionar, en este caso concreto, respecto del peligroso enfoque schmittiano que, al distinguir distintos 'niveles' de constitucionalidad, de inverificable objetividad en un texto que no los admite, lleva por paradójico contraste a un debilitamiento de toda la constitución" (p. 320).

En una tercera argumentación en contra de las cláusulas de intangibilidad, se aduce que éstas serían fácilmente superables a través del procedimiento de doble grado. Este artificioso procedimiento parte de la premisa que existen dos clases de proposiciones: una en la que se establece la prohibición de reforma, y otra en la que se establece el objeto de la prohibición. Al reformar el primer artículo por el procedimiento de reforma normal, se podría proce-

der luego a la reforma del segundo, ya sin ningún obstáculo. Esta tesis es insostenible, porque olvida la teórica distinción entre poder constituyente y poder de reforma; este último, esencialmente poder constituido, que reconoce como tal, límites a su actuación, expresados en las cláusulas de intangibilidad; empezando por las propias normas en las que se reconoce y se regula su propia competencia.

De todos los argumentos expuestos podemos concluir "que dentro del funcionamiento normal del ordenamiento constitucional, los límites explícitos son jurídicamente insuperables. Su destino es el

propio ordenamiento concebido como totalidad y, en consecuencia, su única eliminación posible sólo puede venir determinada por la acción revolucionaria ínsita en la actuación del poder constituyente, y no por el funcionamiento normal del poder de revisión" (p. 267).

33. i) Como se mencionó (*supra*, en el párrafo 29. ce); existe otro tipo de límites, los implícitos. Estos derivan de la lógica misma del propio concepto político de Constitución, a saber, la garantía de los derechos y la separación de los poderes. Estos conceptos tienen su raíz en la historia de la burguesía, pues "De lo que se trataba ...a la hora de fijar un concepto político de Constitución, era de organizar los medios a través de los cuales, en la tensión entre la sociedad y el estado, la sociedad pudiera efectivamente resultar victoriosa"; por lo que "la Constitución política burguesa es, básicamente, una Constitución negativa y negadora de la organización política estatal" (p. 270). Por el contrario, el reconocimiento de valores materiales en la Constitución, nos debe llevar a considerar "al Esta-

Si bien históricamente las únicas limitantes que se opusieron al trabajo del poder constituyente fueron temporales, en el actual desarrollo del constitucionalismo (es decir, a partir de la segunda guerra mundial) "el establecimiento de cláusulas de intangibilidad se convirtió en práctica generalizada"

do, no como un mero y neutral espectador del proceso político, sino como auténtico protagonista, capaz de dar respuesta a las exigencias e imperativos sociales" (p. 271).⁹

¿Cuáles son esos límites implícitos? Su enumeración varía de un autor a otro; sin embargo, para Vega, los límites implícitos formales derivarán del principio jurídico de la supremacía constitucional; en tanto que los límites implícitos materiales, lo harán del principio político de la soberanía popular (p. 273). Dentro de los primeros y citando las tesis de Merkl y Alf Ross, se consideran las normas del procedimiento de reforma (p. 281). Los límites implícitos materiales son aún de mayor trascendencia, pues su existencia deriva del hecho de que el poder revisor, "para lo que bajo ningún concepto tiene competencia es para romper esa constitucionalidad [la que le dio origen]", pues "la modificación del poder soberano a través de la reforma, lejos de integrar un acto jurídico, representaría simplemente un burdo simulacro de legitimación legalista del golpe de Estado" (p. 288).

34. j) Es obligado ahora, para que la obra analizadora sea completa, la referencia al tema del fraude a la Constitución, "que es la utilización del procedimiento de reforma para, sin romper con el sistema de la legalidad establecido, proceder a la creación de un nuevo régimen político y un ordenamiento constitucional diferente" (p. 291).¹⁰ Lo anterior pone frente a frente el problema de los límites al poder de reforma, respecto del inobjetable orden de valores, del que es portadora la Constitución. Así, cuando se desconoce todo límite al poder de reforma, éste, respetando formalmente el procedimiento

establecido en el texto para la introducción de reformas a la Constitución, puede destruir todo un sistema constitucional desde el ejercicio de su propia legalidad; tal como sucedió con la Constitución de Weimar de 1919, abrogada "legalmente" por Hitler.

35. k) El último punto abordado por Vega, desafortunadamente en una forma demasiado somera, es el de los controles de la reforma constitucional: "Tres son los niveles en que cabe plantear la temática de los controles de la reforma: 1) como instrumentos garantizadores de la vigencia y la eficacia de la institución; 2) como sistemas de garantías del cumplimiento formal de las normas que regulan su procedimiento; 3) como medios de asegurar sus límites" (p. 297); haciendo mención expresa al papel de los tribunales constitucionales, tan populares especialmente en Europa.

Sin embargo, acota Vega, "el Estado constitucional, que ...cimenta su estructura en la voluntad del pueblo, es en esa misma voluntad política donde, como no podía suceder de otra manera, fija también su último sistema de garantías" (p. 303).

36) El esfuerzo desplegado por el maestro español, autor de esta obra, es de lo más loable, atendiendo a la complejidad y a la amplitud del tema que aborda. Sin embargo, no quisiéramos terminar la presente recensión sin señalar que en su intento de abarcar múltiples tópicos, Vega sacrificó el tratamiento más detallado de los mismos, percibiéndose la ausencia de un mayor detenimiento en el ejercicio tesis-antítesis-síntesis, tan enriquecedor en un trabajo por demás interesante.

9. En favor de la concepción de un Estado con una actividad prestacional potente, *vid.* CORTINAS PELAÉZ, León, "Bartuleos sobre nuestras áreas metropolitanas", *Alegatos*, México, mayo/agosto 1994, núm. 27, pp. 217-240; y más ampliamente, "Teoría general de los cometidos del poder público", San José de Costa Rica, *revista de Ciencias Jurídicas*, 1978, núm. 57, pp. 43-80; y Madrid, *revista de Administración Pública*, septiembre-diciembre 1986, núm. 111, pp. 51-93. Pero fundamentalmente, del mismo CORTINAS (director), *Introducción al derecho administrativo*, ciudad de México, Porrúa Hnos., 2a. ed., 1994, 361 pp. esp. 57-77.
10. *Idem*, p. 325, "Se deben desenmascarar los intentos de usurpación del poder, por legitimar su estancia fáctica en el mismo mediante la promulgación de Constituciones-fachada [y agregaríamos, o mediante la reforma ilegítima de las mismas Constituciones], sustentadas en definitiva en las asépticas, devaluadas pero siempre 'instrumentales' categorías formales del llamado pensamiento 'puro'".