



FACULTAD DE DERECHO

**ESTUDIO DE LA REFORMA
CONSTITUCIONAL Y LAS
CLAÚSULAS DE INTANGIBILIDAD
EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EN EL
DERECHO COMPARADO**

Autor: Penélope Móstoles de la Fuente
5º E3 Analytics
Área de Derecho Constitucional

Tutor: Alfonso Cuenca Miranda

Madrid
Junio 2023

RESUMEN

Existen diversas inquietudes acerca del procedimiento de reforma de la Constitución, así como de si existe alguna forma de limitarlas. Consecuentemente, el propósito de este trabajo consiste en profundizar sobre el estudio de las reformas constitucionales, más concretamente, sobre la existencia o no de cláusulas de intangibilidad. Para ello, se realizará un estudio detallado del derecho constitucional comparado acerca de sus procedimientos de reforma, además de la doctrina aplicada por diferentes tribunales constitucionales. Adicionalmente, se incluye un profundo análisis del procedimiento de reforma en la Constitución Española, así como las diferentes opiniones doctrinales acerca de la existencia de cláusulas de intangibilidad en nuestro ordenamiento, terminando con un análisis jurisprudencial sobre las pronunciaciones del tribunal constitucional sobre ello, especialmente relacionado con el independentismo y consultas populares.

Palabras clave: cláusulas de intangibilidad, Constitución, reforma constitucional, límites.

ABSTRACT

There are several concerns about the procedure of constitutional amendment and whether there is any way to limit them. Consequently, the purpose of this paper is to deepen the study of constitutional amendment process, more specifically, on the existence or not of intangibility clauses. For this purpose, a detailed study of comparative constitutional law will be conducted on its amendment procedures, in addition to the doctrine applied by different constitutional courts. Additionally, a deep analysis of the reform procedure in the Spanish Constitution is included, as well as the different doctrinal opinions about the existence of intangibility clauses in our system, ending with a jurisprudential analysis of the Constitutional Court about it, especially related to the independency of certain territories and popular referendums.

Key words: intangibility clauses, Constitution, constitutional amendment, limits.

ÍNDICE

CAPÍTULO 0: INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1: TEORÍA GENERAL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LAS CLÁUSULAS DE INTANGIBILIDAD

1. TEORÍA GENERAL DE LA CONSTITUCIÓN

1.1 Definición de Constitución

1.2 La existencia del poder constituido como consecuencia y siempre condicionado al poder constituyente

2. TEORÍA GENERAL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LAS CLÁUSULAS DE INTANGIBILIDAD

2.1 Caracterización de las cláusulas de intangibilidad

2.2 La reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad como expresión de la supremacía Constitucional

2.3 La relación entre democracia militante y cláusulas de intangibilidad

2.4 Los derechos fundamentales como garantía-límite de la reforma constitucional

CAPÍTULO 2: ESTUDIO DE LA EXISTENCIA DE CLAÚSULAS DE INTANGIBILIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

1. ALEMANIA

2. FRANCIA

3. ITALIA

4. PORTUGAL

5. GRECIA

6. REPÚBLICA CHECA

7. BÉLGICA Y LUXEMBURGO

8. BREVE MENCIÓN A LA CONSTITUCIÓN AMERICANA

CAPÍTULO 3: CONTROVERSIA DOCTRINAL EN ESPAÑA ACERCA DE LA EXISTENCIA DE CLÁUSULAS DE INTANGIBILIDAD

1. NORMATIVA ACERCA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

1.1 Procedimiento simple del artículo 167 ce

1.2 Procedimiento agravado del artículo 168 ce

1.3 Breve mención a las limitaciones del artículo 169 ce

2. DEBATES DOCTRINALES EN RELACIÓN CON LA REDACCIÓN DEL TÍTULO X
ACERCA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

2.1 El debate constituyente acerca de la reforma constitucional a la hora de la redacción
de la constitución española de 1978

2.2 Posturas a favor de la existencia de cláusulas de intangibilidad

2.3 Posturas en contra de la existencia de cláusulas de intangibilidad

2.4 Otras críticas a la redacción del Título X de la Constitución

3. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ACERCA DE LAS CLÁUSULAS
DE INTANGIBILIDAD

**CAPÍTULO 4: CONCLUSIONES: ¿PARA QUÉ SIRVEN LAS CLAÚSULAS DE
INTANGIBILIDAD?**

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPÍTULO 0: INTRODUCCIÓN

El filósofo y político noruego Jon Elster realizó un estudio sobre racionalidad, precompromiso y restricciones en su libro *Ulises Unbound*, y en esta obra mencionaba que “las Constituciones se diseñan para hacer que sea difícil modificar sus disposiciones, pero no imposible”.

Este trabajo de fin de grado tiene por objetivo analizar los conceptos derivados del enunciado anterior, es decir, las reformas constitucionales, más concretamente, sobre la existencia o no de cláusulas de intangibilidad y de límites a estas modificaciones de las cartas magnas.

Es indudable que la sociedad conforme el paso de los años va cambiando. Por ello, es inevitable también que el estado y los ordenamientos jurídicos vayan mutando y adaptándose a estos cambios, pero nunca perdiendo la esencia por la cual esas normas han sido creadas.

Nuestra Constitución de 1978 prevé un procedimiento de reforma de doble vía, atendiendo a la materia a reformas, es decir, a los artículos de la Constitución a reformar. Por un lado, se encuentra el procedimiento simple del artículo 167 que se reserva para una reforma parcial de la Constitución que no incluya la modificación del Título preliminar, ni el capítulo II sección 1ª del Título I ni tampoco el Título II. Y, por otro lado, encontramos el procedimiento agravado del artículo 168 que se reserva para modificar las materias excluidas en el artículo 167, además de la reforma total de la Constitución. Por ello podemos ver que el poder constituyente quiso darle una protección especial a los principios políticos de la Constitución, a los derechos y deberes fundamentales y libertades públicas y la forma política del Estado Español, la corona, pero no una protección absoluta. ¿O sí? ¿Acaso hay alguna cláusula de intangibilidad implícita en la Constitución Española?

Para ello, se analizará la actual reforma constitucional y los límites que aparecen, tanto explícitos como implícitos. Además, va a ser interesante comparar la legislación constitucional española con la de otros países. Por ello, se hará un análisis de diferentes constituciones de otros países que puedan contener este tipo de cláusulas de irreformabilidad, profundizando en las razones y las interpretaciones constitucionales en distintos países.

En primer lugar, encontramos un capítulo de contextualización que ayudará a asimilar más fácilmente la teoría de las cláusulas de intangibilidad. En él, se encontrará un apartado sobre la definición de cláusulas de intangibilidad y sus tipos, además de una relación de éstas con el carácter de norma suprema de la Constitución, la diferencia entre poder constituyente y poder constituido, la explicación de por qué existen cláusulas de intangibilidad, la relación entre estas cláusulas y la democracia militante, los derechos fundamentales como límite absoluto de la reforma constitucional.

En segundo lugar, se procederá a un profundo análisis jurídico de diferentes constituciones en el derecho comparado europeo, sus reformas y si existen en otros países limitaciones o cláusulas de intangibilidad. Para ello, además de observar la legislación de cada país, se utilizarán las doctrinas relevantes de los Tribunales Constitucionales para evaluar la existencia de las cláusulas.

En tercer lugar, se analizará la regulación española de la reforma constitucional, analizando la legislación vigente, las discusiones doctrinales acerca de la existencia de cláusulas de intangibilidad y, finalmente, las interpretaciones del Tribunal Constitucional y su doctrina acerca de las cláusulas.

Por último, se encuentra el apartado de conclusiones, en las cuales se intentará recapitular todo lo estudiado acerca de la existencia de cláusulas de intangibilidad y las reformas constitucionales en las constituciones actuales.

CAPÍTULO 1: TEORÍA GENERAL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LAS CLÁUSULAS DE INTANGIBILIDAD

1. TEORÍA GENERAL DE LA CONSTITUCIÓN

1.1 Definición de Constitución.

El concepto de Constitución se caracteriza por su origen histórico y su desarrollo como texto legal reflejado en los textos constitucionales. Este tipo de normas legales se han creado siempre como consecuencia de una situación compleja en la vida política, “normas de crisis” (Tajadura Tejada, 2018) surgidas para paliar conflictos políticos y sociales, entre otros.

Es inevitable hablar del término Constitución sin referirse a la garantía de derechos y libertades, la democracia y el estado de derecho reflejado en la división de poderes.¹ Además, la idea de Constitución está estrechamente vinculada con la de un texto abierto y condensado, en el sentido de que, al representar la voluntad del pueblo, ésta puede ir cambiando con el paso del tiempo, por ello debe tener cierto margen de modificación, siempre y cuando no pierda sus principios y pilares esenciales.² Ello se refleja en su singular proceso de reforma constitucional que le aporta al texto un distintivo único frente a otros textos legales.

El término Constitución ya comenzó a utilizarse en Grecia y Roma, en tiempos de la Antigüedad Clásica. Aristóteles utilizó este término para referirse a *Politeia*, es decir, Constitución será la organización de la sociedad, y diferenciarlo del *Nomos*, entendido como las leyes que rigen en esa sociedad. (Alcón Yustas & de Montalvo Jääskeläinen, 2016).

Sin embargo, si se quiere hablar del nacimiento del término Constitución, las mayores aportaciones fueron a finales del siglo XVIII, tiempo en el cual se asienta la idea de reflejar en el texto constitucional la división del poder del estado y plasmar ciertos derechos y libertades para garantizar su protección y, consecuentemente, lograr la ansiada limitación de poder.

¹ Díaz Revorio, F.J. (2018) “Fundamentos actuales para una teoría de la Constitución” *Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro*. México. Págs. 15-20

² Alcón Yustas, M. F., & de Montalvo Jääskeläinen, F. (2016) *Lecciones de derecho constitucional: La Constitución* Págs. 65-79. Tirant lo blanc. Valencia.

En 1787, tras la Convención Constitucional de Philadelphia, fue firmada la Constitución de los Estados Unidos de América, la que es considerada como la primera Constitución moderna, un texto formado siete artículos, incluyendo aquí un apartado para la reforma constitucional. Con este texto se consigue plasmar en papel la organización de un estado y los derechos y deberes con el fin de garantizar una seguridad y una perpetuidad de estos. Además de la Constitución, se redactó la carta de derechos (*Bill of Rights*) para reflejar los derechos fundamentales de los ciudadanos de los Estados Unidos. Con todo ello, la Constitución adquiere un valor de ley fundamental y superior a cualquier otra ley en el ordenamiento.³

Prácticamente a la par de la redacción de la Constitución Americana, ocurrió la Revolución Francesa. Tras su fin, se introdujeron pensamientos ilustrados además de la proclamación de la primera declaración de Derechos Humanos, entre otros muchos cambios. El artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establecía que “Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución.”⁴ En este texto de finales del siglo XVIII se puede observar la idea de que las cartas magnas establecen unos preceptos que son principalmente la garantía de los derechos, la separación de poderes, el principio democrático y la Constitución como norma suprema de los ordenamientos jurídicos, con el fin de conseguir un Estado de Derecho.⁵

Además, no se puede olvidar el concepto de supremacía Constitucional frente a otras normas del ordenamiento jurídico. Esta idea fue desarrollada por Hans Kelsen⁶, uno de los autores más destacados del constitucionalismo moderno. El autor estableció una pirámide normativa que organizaba los distintos textos legislativos en orden según su jerarquía. Este autor mencionaba que “el fundamento de validez de una norma solo puede encontrarse en la validez de una norma jerárquicamente superior”. (Espuny Domingo, 2004). Y esta pirámide culminaría con una norma positiva: la Constitución. Asimismo, con la supremacía de la Constitución se refleja la rigidez que la Constitución posee gracias

³ Casa Blanca, (s.f.). *White house*.

⁴ Este artículo además refleja las ideas de Constitución en sentido garantista.

⁵ Revorio, F. J. (2018). *Op. Cit. Págs. 15-20*.

⁶ Hans Kelsen (1881-1973) es considerado uno de los autores más relevantes del siglo XX, gracias a sus aportaciones en la teoría de la constitución.

a los complejos procedimientos de reforma y modificación, como se tratará más adelante.⁷

8

La Constitución es el punto de encuentro entre la política y el derecho⁹. Por ello, con el establecimiento de la supremacía la Constitución se percibe un sentimiento de protección frente a posibles rupturas constitucionales. El acuerdo para la redacción de la Constitución es un proceso complejo por el que la sociedad y las fuerzas políticas atribuyen al poder constituyente la función de sentar las bases de un estado, es decir, de delimitarlo y crear figuras para su control. El esfuerzo y el tiempo dedicado a estos procesos constituyentes terminan con el texto constitucional, reflejo de un compromiso y unión entre la sociedad. Consecuentemente, la Constitución debe ocupar una posición central en el ordenamiento gracias a esa voluntad del pueblo de auto delimitarse y establecer una especial protección a ciertos derechos fundamentales, por ello no cabe duda de que necesite una especial protección por vía de la reforma constitucional.¹⁰

En conclusión, el término de Constitución ha ido variando con el paso del tiempo. Actualmente podemos concluir que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico que refleja el pacto fundante de la sociedad con vocación de permanencia y estabilidad, en el cual se encuentran los pilares fundamentales de organización y fundamento del estado de derecho, y que limitará el poder y asegurará los derechos y libertades de los ciudadanos.¹¹

1.2 La existencia del poder constituido como consecuencia y siempre condicionado al poder constituyente

El pueblo es el sujeto encargado de crear, de constituir el texto constitucional que adquiere la posición principal en el ordenamiento jurídico. De aquí surge el concepto de poder constituyente, entendido como un poder absoluto e ilimitado, encargado de la elaboración

⁷ Espuny Domingo, M.^a C. (2004) “La norma de reconocimiento en Hart y el concepto de Constitución en Kelsen.” *A Parte Rei: revista de filosofía*.

⁸ Ver *Infra* apartado 2.2 sobre la reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad como expresión de la supremacía constitucional

⁹ Burdeau, G. (1950) “Traite de Science Politique”. Paris

¹⁰ Pérez Royo, J. (1986) “La reforma de la Constitución”. *Revista de Derecho político*. N°22. UNED.

¹¹ Alcón Yustas, M. F., & de Montalvo Jääskeläinen, F. (2016) *Op. Cit.* Págs. 65-79.

constitucional desde el inicio, por ello, no se encuentra condicionado con ninguna norma anterior.¹²

Carl Schmitt definió el poder constituyente como “la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo”.¹³ En la definición dada por Schmitt se observa que hay una voluntad, para adoptar una decisión, por lo que entendemos que es una voluntad del pueblo soberano que exige llevar a cabo la creación de algo nuevo. Por ello, poder constituyente es la manifestación más evidente de la soberanía de los ciudadanos. Además, para Schmitt debe de existir un sentimiento de ser, un sentimiento de conjunto a la hora de poder ejercer ese poder constituyente de creación. Esta idea es apoyada también por el jurista Díaz Revorio al establecer que “La norma fundamental es obra del poder constituyente y expresa el acuerdo o pacto de la población en el momento de construir el Estado.” (Revorio, 2018)

Por otra parte, existen los poderes constituidos. Éstos devienen del poder constituyente ya que son creados por la Constitución, la cual establece las funciones y competencias de los poderes constituidos. Por ello, los poderes constituidos extraen su potestad de la Constitución y la ejercerán siempre dentro de los márgenes constitucionales. Algunos de los poderes constituidos son el poder legislativo, ejecutivo y judicial, que fueron creados por el poder constituyente plasmándolos en la Constitución, y su función es aplicar los preceptos constitucionales en el día a día.

Sin embargo, el concepto que más nos interesa aquí es el de poder constituyente constituido o de reforma. Por un lado, su carácter de poder constituido deviene de la dependencia del poder constituyente originario por ser este último el encargado de caracterizar este poder constituido, como los demás de su misma condición. Sin embargo, su diferencia principal ante otros poderes constituidos radica en que “de él han de resultar normas de forma y rango constitucionales, fundamentadoras de la validez de las normas posteriores del sistema y determinantes de la aplicabilidad futura de las normas anteriores del mismo y de las integradas en otros sistemas internos previos; serán al tiempo normas que podrán imponer a los órganos constituidos la obligación de denunciar

¹² Hernández Valle, R. (1993) “El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional”. *Revista española de derecho constitucional*. Nº37. Págs. 143-158.

¹³ Schmitt, C. (1982) “Teoría de la Constitución”. *Edición Madrid Alianza*

internacionalmente la aplicabilidad de normas externas ya integradas.” (Requejo Pagés, 1998).

Se puede resumir perfectamente este concepto con la definición dada por el profesor Hernández Valle: “Cuando el poder constituyente originario se juridifica y se somete a los límites que él mismo establece en la Constitución para su ejercicio, se transforma en poder constituyente derivado.” (Hernández Valle, 1993)

En conclusión, el poder constituyente constituido de reforma constitucional es una consecuencia directa del ejercicio del poder constituyente de la soberanía del pueblo al crear una Constitución para autolimitarse.

2. TEORÍA GENERAL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LAS CLÁUSULAS DE INTANGIBILIDAD

2.1 Caracterización de las cláusulas de intangibilidad

Las cláusulas de intangibilidad son preceptos incluidos en la Constitución con el fin de declarar ciertas secciones del texto constitucional como irreformables. Suponen una limitación a la actividad del poder constituyente constituido. Además, su incumplimiento solo puede surgir debido a una ruptura del orden constitucional establecido.¹⁴

Existen diferentes clasificaciones de las cláusulas de intangibilidad, de las cuales se ha querido destacar: en función de su ámbito de actuación (material, temporal o circunstancial), según su inclusión o no en el texto constitucional (cláusulas de intangibilidad explícitas o implícitas) y, por último, en relación con la relatividad de las cláusulas (absolutas o relativas).

En relación con su ámbito de actuación, se distinguen entre cláusulas de intangibilidad materiales, relativas a la especial protección de cierto contenido de la Constitución. Las cláusulas materiales más recurrentes, como veremos en el derecho comparado y español, son aquellas que afectan a los derechos fundamentales¹⁵, la forma de gobierno

¹⁴ Sant’Ana Pedra, A. (2010) “Un análisis sobre la intangibilidad de las cláusulas pétreas”. *Derechos y libertades*. Nº22. Págs. 241-260.

¹⁵ Como el artículo 79 de la Ley Fundamental de Bonn o el artículo 288 de la Constitución Portuguesa, entre otras.

republicana¹⁶ y la unidad territorial¹⁷. Asimismo, se encuentran las cláusulas temporales, relativas a la prohibición de reforma constitucional en ciertos periodos de tiempo como ocurre en el artículo V de la Constitución Americana, el artículo 284 de la Constitución portuguesa o el 110 de la Constitución Griega. Por último, se mencionan las cláusulas circunstanciales, en las que se debe de dar una condición para poder aplicar la prohibición de reforma, es el caso del artículo 169 de la Constitución Española con los estados de alarma, excepción y de sitio, o el artículo 115 de la Constitución de Luxemburgo o el 197 de la Constitución de Bélgica en relación con los periodos de regencia¹⁸. Es importante mencionar que esta clasificación no es excluyente.¹⁹

Por otro lado, se encuentran aquellas cláusulas que son explícitas, presentes en el articulado del texto constitucional, como ocurre en la Constitución Francesa, Alemana o Portuguesa, entre otras. Por otro, existen cláusulas implícitas, de naturaleza interpretativa, que a pesar de no estar presentes en el articulado constitucional poseen fuerza normativa para prohibir la reforma de ciertos preceptos,²⁰ como ocurre con la Constitución Italiana que, a pesar de solo incluir una cláusula de intangibilidad sobre la forma republicana de gobierno, su tribunal constitucional ha considerado que esta cláusula es extensiva y despliega sus efectos en otros principios como son por ejemplo el principio democrático.^{21 22}

En relación con la relatividad de las cláusulas, existen aquellas de carácter absoluto, que son aquellas que no podrán ser modificadas por una reforma posterior, verdaderas cláusulas de intangibilidad, mientras que las cláusulas relativas podrán ser derogadas por una norma posterior gracias a un procedimiento extraordinario.²³ Consecuentemente en relación a las cláusulas relativas no estamos ante unas “cláusulas de intangibilidad” como tal ya que su carácter de irreformables no existe, por lo que es más acertado llamarlos

¹⁶ Ejemplos visibles en el artículo 89 de la Constitución Francesa y artículo 139 de la Constitución Italiana.

¹⁷ Como ocurre en la cláusula de intangibilidad implícita en relación con la forma de gobierno del artículo 139 de la Constitución Italiana.

¹⁸ Ver *Infra* Capítulo 2, epígrafe 7 sobre el estudio de cláusulas de intangibilidad en el caso de Bélgica y Luxemburgo.

¹⁹ Véase *infra* el Capítulo 2 sobre el estudio de la existencia de cláusulas de intangibilidad en el derecho comparado.

²⁰ Ver *Infra* Capítulo 3, epígrafe 2.2 en relación con la opinión del profesor Manuel Aragón acerca de las cláusulas de intangibilidad.

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano 146/1988.

²² Ver *Infra* Capítulo 2, epígrafe 3 sobre el estudio de cláusulas de intangibilidad en el caso de Italia.

²³ Aláez Corral, B. (1999) “Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978.”. *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*. Universidad de Oviedo.

límites o garantías. Esta situación ocurre en nuestra Constitución Española con el artículo 168, que establece una serie de limitaciones a la reforma debido a su procedimiento agravado, pero si se cumple ese procedimiento podrá realizarse la modificación.²⁴

2.2 La reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad como expresión de la supremacía Constitucional

Como se ha mencionado anteriormente, la Constitución se caracteriza por ser la cúspide del ordenamiento jurídico, gracias a la supremacía existente frente a los demás tipos de normas.²⁵ Esta supremacía se refleja en diferentes aspectos.

Por un lado, la supremacía material se explica por el catálogo de derechos, deberes e instituciones que crea el poder constituyente a la hora de la redacción del texto, es decir, al producir la Constitución se sientan las bases de un estado. Además, la Constitución actúa como un instrumento garantista de la democracia, de tal manera que algunas de las características de la democracia como son la garantía de los derechos fundamentales, la separación de poderes o la soberanía de la nación quedan aseguradas mediante los preceptos constitucionales ya que emanan del poder constituyente y se plasman en la norma suprema del Estado²⁶.

Por otro lado, existe la supremacía formal, relacionada con la facultad creadora de la Constitución: en ella se establecen las bases y condiciones del resto de normas que se encuentran por debajo de ella en la pirámide del ordenamiento jurídico. Asimismo, la supremacía formal de la Constitución se refleja también en su especial procedimiento de reforma.²⁷ La Constitución posee una característica única: la inclusión en su propio texto de figuras para la modificación o incluso la eliminación de él mismo.²⁸ Por ello, la reforma constitucional supone un proceso de cambio del texto constitucional dentro de los límites del propio texto, es decir, al reformar la Constitución se modifica, pero también

²⁴ Véase *infra* el capítulo 3 apartado 1 sobre la normativa española acerca de la reforma constitucional

²⁵ Teoría de la pirámide del jurista austriaco Hans Kelsen (1881-1973) para establecer la jerarquía política entre normas de un mismo ordenamiento jurídico

²⁶ Aragón Reyes, M. (2015) “¿Cambiar la Constitución para adaptarla o para transformarla?” *Teoría y realidad constitucional*. Nº36. Págs. 313-327.

²⁷ Del Rosario-Rodríguez, M. F. (2011). “La supremacía constitucional: Naturaleza y Alcances”. *Scielo*. Vol. 20. Nº1

²⁸ Pérez Royo, J. (1986) *Op. Cit.*

se cumple.²⁹ Como bien dijo el profesor Pérez Royo “La reforma es lo que diferencia a la Constitución de las demás normas que existen en el ordenamiento. Una Constitución es Constitución porque únicamente puede ser reformada por el procedimiento que en ella misma se contempla. Si no contuviera cláusulas de reforma, la constitución sería indistinguible de la ley, es decir, estaría a disposición del legislador, de uno de los poderes constituidos” (Pérez Royo J. , 2004). Por ello, este proceso especial de modificación del texto constitucional en vez de denominarlo “límite” es más bien una “garantía”, por su especial contenido (Aragón Reyes, 2015).

En conclusión, la Constitución, al poseer una supremacía tanto formal como material frente al resto de normas del ordenamiento jurídico, debe contar con un procedimiento de modificación único y reforzado. Consecuentemente, el proceso de reforma constitucional y las cláusulas se encuentran dentro del texto constitucional con el fin de aportar estabilidad y rigidez al ordenamiento.

2.3 La relación entre democracia militante y cláusulas de intangibilidad

Se entiende por democracia militante “aquella que se reserva el derecho a defenderse a sí misma de aquellos que intentan atacarla utilizando los resortes que les facilita la propia democracia.” (Freire Bolaño, 2015). Por ello, al crear la Constitución, se establece que ciertos preceptos constitucionales no podrán sufrir una reforma, por lo que serán perpetuos. Es decir, existirán cláusulas de intangibilidad siempre que exista una democracia militante y viceversa.

La teoría de la democracia militante, o también llamada “concepción sustancial de la democracia” (Aragón Reyes, 1987), nace para hacer frente a los sistemas totalitarios que existieron durante el siglo XX, es decir, una manera de prevenir la aparición de estos modelos políticos tan destructores. Su idea principal se basa en considerar los derechos fundamentales como pilares esenciales del texto constitucional.

El concepto de democracia tiene diferentes puntos de vista en relación con las limitaciones a ciertos derechos y libertades. Por un lado, existe la idea de una democracia que defienda plenamente el pluralismo político y cualquier tipo de disyuntiva de libertad, lo que supondrá que su Constitución adopte una forma “abierta” y no tendrá cláusulas de

²⁹ Aragón Reyes, M. (2015) *Óp. Cit.* Págs. 313-327

intangibilidad, lo que a su vez supone que no existirá democracia militante. Por otro lado, existe otra corriente de pensamiento que basa el concepto de democracia en ciertos preceptos, como son la libertad, la igualdad o el respeto de la dignidad humana, además del pluralismo. Por ello, al estar sustentada la democracia en esta serie de valores, el texto constitucional existente deberá tener un sistema especial de protección de esta serie de valores supremos. En esta segunda corriente reside la idea de democracia militante y cláusulas de intangibilidad.³⁰

El autor Karl Loewenstein fue un gran defensor de la democracia militante debido a la experiencia vivida en Alemania con el régimen fascista, por ello, dedicó gran parte de su obra a expresar cuáles eran las precauciones y los cambios que las sociedades europeas debían seguir para evitar la vuelta de los regímenes totalitarios. En su obra *Militant Democracy and Fundamental Rights* afirma que “Si la democracia está convencida de que aún no ha cumplido su destino, debe combatir en su propio plano una técnica que sólo sirve al poder. La democracia debe convertirse en militante”³¹. Por lo que entendemos que su idea es que la democracia tendrá su máxima expresión cuando sea militante.³²

En conclusión, la democracia militante es un concepto íntimamente ligado con las cláusulas de intangibilidad ya que la existencia de estas últimas determinará la aparición de este tipo de democracia. Además, la democracia militante es una manera de aportar aún más rigidez a las constituciones y poder evitar ciertas situaciones de ruptura con el ordenamiento jurídico.

2.4 Los derechos fundamentales como garantía-límite de la reforma constitucional

Como se ha explicado anteriormente, una de las razones de la creación de límites y cláusulas de intangibilidad para las constituciones reside en la función garantista de la

³⁰ Aragón Reyes, M. (1987) “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”. *Revista española de derecho constitucional*. Nº19. Págs. 15-52.

³¹ Loewenstein: “If democracy is convinced that it has not yet fulfilled its destination, it must fight on its own plane a technique which serves only the purpose of power. Democracy must become militant.”

³² Plache, B. (2013). “Soldiers for Democracy: Karl Loewenstein, John H. Herz, Militant Democracy and the Defense of the Democratic State.” *Richmond: Virginia Commonwealth University*.

constitución, especialmente la garantía especial de algunos derechos y libertades incluidas en el proyecto constitucional.

Pues bien, partiendo de esta teoría garantista, lo que se observa en muchas constituciones es de la existencia tanto de cláusulas de intangibilidad³³ o de límites a la reforma constitucional³⁴ para poder limitar al poder constituido de la violación de ciertos derechos fundamentales. Además, el Tribunal Constitucional ha afirmado que “la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos” (Tribunal constitucional, STC 159/1986) afirmando así que cuando concurren diferentes normas relativas a derechos fundamentales, no se debe excluir ninguna de ellas ya que ambas son aplicables recíprocamente.

Una situación especial que se va a tratar en este apartado es si, en el texto constitucional no se encontrase una cláusula o un límite de la reforma constitucional para proteger los derechos fundamentales, precisamente por ser fundamentales, estarían protegidos.

Pues bien, además de las Constituciones, existen órganos supranacionales cuya función es también la protección de los derechos fundamentales como son la Corte Penal Internacional (CPI) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). El primero de ellos tiene como objetivo sentenciar a las personas que se presume que hayan cometido crímenes internacionales graves; esta corte actuará en caso de omisión de actuación de los Estados en caso de comisión de este tipo de crímenes. El TEDH se creó para enjuiciar los casos en los que se vulnera el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Ambas instituciones pretenden garantizar los derechos humanos en los países firmantes de los tratados de adhesión de cada uno. Por ello, podemos decir que, aunque las constituciones no estableciesen límites expresos o cláusulas de intangibilidad para la protección de los derechos fundamentales, existen órganos internacionales que los

³³ Como por ejemplo en el artículo 79 de la Ley Fundamental de Bonn por la que no se permite la modificación de los derechos de participación o de dignidad humana, entre otros.

³⁴ El caso del artículo 168 de la Constitución Española por la que se establece un procedimiento agravado para la reforma de artículos relacionados con la libertad o el pluralismo político, entre otros.

protegerán aun no teniendo la protección constitucional. Por tanto, en muchos países la protección de derechos fundamentales está garantizada por el hecho de pertenecer a órganos supranacionales de protección de derechos fundamentales.³⁵

Para concluir, desde mi punto de vista creo que los derechos fundamentales, además de poseer protección en las constituciones de los Estados e instituciones internacionales, debido a que tienen la denominación de “fundamentales” estos derechos deberían de ser una cláusula implícita que todo legislador y ciudadano debería respetar, independientemente de su aparición en un texto constitucional o no. Como bien mencionaba el autor Karl Loewenstein en su obra *Teoría de la Constitución* “hay ciertos derechos fundamentales que se sitúan más allá de la Constitución y que no deben ser limitados por ningún texto constitucional”. (Loewenstein, 1957). Por ello, los derechos fundamentales no son negociables, y deberían de estar presentes en cualquier actuación.

³⁵ *Ibidem.*

CAPÍTULO 2: ESTUDIO DE LA EXISTENCIA DE CLAÚSULAS DE INTANGIBILIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

1. ALEMANIA

La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (también llamada la Ley Fundamental de Bonn³⁶) es uno de los textos más destacados del constitucionalismo europeo debido, entre otras cosas, a que quiso hacer frente al problema del nazismo existente en Alemania a principios del siglo XX incorporando uno de los sistemas de reforma y protección constitucional más rígidos del mundo mediante sus cláusulas de intangibilidad.

El poder constituyente a la hora de redactar Ley Fundamental de Bonn quiso ser muy precavido y evitar dos problemas que encontraron los años anteriores: por una parte, la falta de protección de derechos fundamentales que existía en la Constitución de Weimar, y por otra, la terrible experiencia nazi vivida en Alemania. Para ello, se incluyeron en los primeros 19 artículos los derechos fundamentales de manera clara y con el propósito de establecer en el comienzo del texto constitucional, los principios más básicos y fundamentales del Estado alemán.

La Ley Fundamental de Bonn recoge en su artículo 79 un procedimiento de reforma constitucional que será de mayoría cualificada de dos tercios de ambas cámaras: el Bundestag (Cámara de los diputados) y el Bundesrat (Consejo Federal), procedimiento que aporta rigidez y supremacía formal del texto.

En relación con las cláusulas de intangibilidad, el artículo 79 apartado tercero establece:

“(3) No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20.”³⁷

³⁶ Esta Ley Fundamental fue promulgada el 23 de mayo de 1949 y supuso el nacimiento de la República Federal Alemana con capital en Bonn (de ahí viene el nombre de Ley Fundamental de Bonn) después de los años de nazismo vividos en el país.

³⁷ Ley Básica de la República Federal de Alemania, Boletín de leyes federales p.1 de 23 de mayo de 1949.

El texto constitucional alemán simboliza la máxima expresión de cláusulas de intangibilidad explícitas. En el articulado de la reforma constitucional se encuentran claramente unos límites materiales irreformables relativos a su núcleo esencial: la forma de Estado federal de Alemania y el principio de cooperación legislativa de los Estados, junto a los derechos fundamentales incluidos en los artículos 1 y 20 de la Constitución, los cuales definen la protección de la dignidad humana, la conexión directa entre los poderes públicos y los derechos fundamentales, la soberanía del pueblo y el derecho a resistencia, y básicamente preceptos propios del ser humano que se consideran fundamentales.³⁸ Claramente estos preceptos fueron redactados con el fin de impedir movimientos totalitarios en el país.

No se debe olvidar la evidente relación que existe entre estas cláusulas de intangibilidad o de perpetuidad alemanas con la identidad constitucional del país y, consecuentemente, con la relación entre el derecho constitucional alemán y el de la Unión Europea. Pues bien, en repetidas ocasiones el Tribunal Constitucional Alemán³⁹ ha afirmado que, a pesar de que Alemania pertenezca a la Unión Europea con el fin de participar en crear una Europa unida y, para ello, se le transfiera soberanía a la organización supranacional, nunca se entenderá como la formación de “Estados Unidos Europeos”. Será más bien la unión y la cooperación de Estados soberanos europeos con fines comunes gracias a los criterios de una entidad supranacional. Además, en relación con la soberanía, se entiende que la transmisión de soberanía a la Unión Europea realmente no se produce debido a que los que de facto tienen soberanía en la Unión son los parlamentos nacionales, que mantienen sus competencias como representantes de la soberanía nacional del pueblo (en este caso alemán).^{40 41}

Como conclusión, el caso del constitucionalismo alemán refleja claramente la democracia militante y las cláusulas de intangibilidad explícitas gracias a su artículo 79 de la Ley

³⁸ Agudelo Ibáñez, S.J. (2015) “Identidad constitucional: límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India”. *Revista Academia & Derecho*. Nº 11. pp.123-154.

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán del 12 de octubre 1993 (BVerfGE 89, 155 12 Oktober 1993 - BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92), Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán del 8 de mayo de 2020 (BVerfG, Urteil vom 8. Mai 2020 - 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16) y Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán del 14 de mayo de 1996 (BVerfGE Urteil vom 14. Mai 1996 - 2 BvR 1516/93)

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán del 12 de octubre 1993 (BVerfGE 89, 155 12 Oktober 1993 - BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92)

⁴¹ Stein, T. (1994) “La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el tratado de Maastricht”. *Revista de instituciones europeas*. Vol. 21. Nº3. Págs. 745-770.

Fundamental de Bonn. Es sorprendente la clara e intransigente firmeza de la doctrina alemana con estos preceptos de perpetuidad, pero por otra parte también es comprensible después de la experiencia vivida en la República de Weimar y con el Nazismo.

2. FRANCIA

La ley fundamental de Francia fue promulgada el 4 de octubre de 1958 y fundó la V República en el país, el decimoquinto texto constitucional francés desde que finalizó la Revolución Francesa (1789-1799).

El proceso de reforma establecido en el artículo 89 de la Constitución Francesa posee un procedimiento en el que se requiere la aprobación tanto del congreso como del senado en iguales condiciones y seguidamente de la respuesta positiva de la población mediante un referéndum. No obstante, si se quiere eliminar la fase de referéndum, la ratificación final de la reforma deberá de hacerse por mayoría de tres quintos del parlamento, reunido en el congreso, siempre que el Presidente de la República lo solicite.

Asimismo, otro de los aspectos que destacan en este proceso de reforma es la inexistencia de diferentes procedimientos de reforma en relación con la materia.⁴² Es decir, no existe ningún procedimiento reforzado para modificar preceptos constitucionales que necesiten más protección. Por lo que se entiende que no existe ningún tipo de jerarquía entre los derechos consagrados en la Constitución Francesa.⁴³

Además, encontramos un límite circunstancial a la reforma en el cual se establece que, si Francia se encuentra en dificultades en relación con la unidad de su territorio, no se podrá continuar o iniciar una reforma constitucional.

En cuanto a la cláusula de intangibilidad en el texto constitucional, solo se encuentra un precepto en el cual no se permite cambio en la forma de gobierno, por lo que queda reducido a la forma republicana.⁴⁴ Se intuye que este precepto de perpetuidad de la

⁴² No como ocurre en España en el que se encuentra el procedimiento ordinario del artículo 167 por un lado, y por otro el procedimiento agravado del artículo 168 de la Constitución Española. (Se desarrollará más adelante)

⁴³ Pinon, S. "El Sistema constitucional de Francia" *Revista de derecho constitucional europeo*. Nº 14. Págs. 17-74.

⁴⁴ Es el mismo caso que ocurre en la Constitución Italiana de 1947 en su artículo 139 "La forma republicana no podrá ser objeto de revisión constitucional."

República francesa surge a tenor del sistema absolutista de los reyes y los privilegios de la nobleza durante el siglo XVIII, que finalmente derivaron en el estallido de la Revolución francesa (1789-1799) y terminó con la eliminación de la monarquía e instauración de la República hasta nuestros días.

En cuanto a la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés destaca la sentencia 469/2003 de 26 de marzo. Se le planteó al alto tribunal si éste podía ejercer control frente a las reformas constitucionales, en concreto, a la reforma que posteriormente entró en vigor en relación con la descentralización de la administración. El Consejo se pronunció estableciendo que no existía posibilidad de control de estas reformas “Considerando que la competencia del Consejo Constitucional está estrictamente delimitada por la Constitución; que solo puede ser especificada y complementada por ley orgánica de conformidad con los principios establecidos en el texto constitucional; que no se puede recurrir al Consejo Constitucional para que se pronuncie en casos distintos de los expresamente previstos en estos textos.”⁴⁵

Hay un aspecto importante a destacar en la constitución francesa y es el procedimiento del artículo 11, el cual reza:

“Artículo 11:

*El Presidente de la República, a propuesta del Gobierno y mientras dure el período de sesiones, o a propuesta conjunta de las dos Cámaras, publicadas en el Journal Officiel (Boletín Oficial), podrá someter a referéndum cualquier proyecto de ley que verse sobre la organización de los poderes públicos, sobre reformas relativas a la política económica, social y medioambiental de la Nación y a los servicios públicos que concurren en ella, o que proponga la ratificación de un tratado que, sin ser contrario a la Constitución, pudiera tener incidencias en el funcionamiento de las instituciones. [...]*⁴⁶

Pues bien, se puede entender que el procedimiento que se encuentra en este artículo también puede dar lugar a una reforma constitucional ya que permite al Presidente de la

⁴⁵ Sentencia del Consejo Constitucional Francés 469 del 26 de marzo de 2003.

⁴⁶ Constitución de Francia del 4 de octubre de 1958

República que someta a referéndum cualquier proyecto de ley que trate sobre las materias mencionadas dentro del periodo de sesiones de éste.

Este cauce intentó utilizarlo el Presidente Charles de Gaulle en 1963 para modificar el procedimiento de elección del Presidente de la República y que pasase a ser por elección directa, en vez de por parte del colegio electoral. Debido a que no contaba con los apoyos necesarios para tramitar la reforma, optó por utilizar el cauce del artículo 11 ya que se entendía que “dicha posibilidad alcanzaba también a los proyectos de ley constitucional dirigidos a reformar la organización de los poderes públicos”. (Sánchez Navarro, 1998) Esta curiosa forma de modificación constitucional fue bastante controvertida entre los juristas franceses ya que consideraban que para la reforma constitucional ya existían otros procedimientos en la norma suprema, por lo que este cauce no estaba destinado a ello. Al final, la modificación constitucional se llevó a cabo, pero siempre ha sido materia de debate para la doctrina francesa.⁴⁷ A pesar de ello, actualmente parece que se admite este cauce para la reforma constitucional: “El uso establecido y aprobado por el pueblo francés, puede actualmente considerarse como una vía de reforma junto al artículo 89. Pero el artículo 11 debe utilizarse con precaución, a propósito de textos breves y simples”. (Mitterrand, 1988)

Para recapitular, la reforma de la constitución francesa encuentra un límite expreso que es la perpetuidad de la forma republicana de gobierno. Además, debido a la aceptación por la doctrina del cauce del artículo 11 como procedimiento de reforma, se deduce que podrá modificarse la Constitución siempre que sea en materia de organización de los poderes públicos, política económica, social y medioambiental, los servicios públicos o que proponga la ratificación de un tratado que pudiera tener incidencias en el funcionamiento de las instituciones (artículo 11 de la Constitución Francesa de 1958).

3. ITALIA

La Constitución de la República Italiana fue promulgada el 22 de diciembre de 1947 y con entrada en vigor el 1 de enero de 1948, muy a la par que la anteriormente mencionada Ley Fundamental de Bonn. Y es que, ambas constituciones se puede ver un espíritu de

⁴⁷ Sánchez Navarro, A.J. (1998) “La reforma constitucional en Francia” *Teoría y realidad constitucional*. Págs. 205-214. UNED.

reinstauración de la democracia y la protección de derechos fundamentales, después de las devastadoras épocas de sistemas totalitarios vividos en ambos países.

En la Constitución italiana se observa que en el artículo 138 existe un procedimiento para la modificación del texto constitucional, en el que se exige obtener mayoría absoluta de ambas cámaras, con un referéndum facultativo que no será necesario si la votación en ambas cámaras ha superado los dos tercios de los diputados.

Como ocurre en la Constitución Francesa anteriormente analizada, encontramos con exactitud la misma cláusula de intangibilidad en ambos países en relación con la forma de gobierno republicana como irreformable, en artículo 139. Sin embargo, la doctrina del Tribunal constitucional italiano ha ofrecido ciertos matices y ha determinado la extensión de esta cláusula.

En relación con la jurisprudencia, destaca la sentencia 1146/1988 de la Corte Constitucional Italiana. La importancia de esta sentencia reside en que la Corte estableció que el alcance de la cláusula de intangibilidad del artículo 139 debe entenderse de manera amplia, es decir, no solo es intangible la forma republicana del país, sino también todos los derechos que se encuentran en la primera parte de la Constitución⁴⁸ debido a que estos forman parte de los principios esenciales y supremos del núcleo esencial de la Constitución Italiana. Sin embargo, estas “cláusulas de intangibilidad implícitas” debemos entenderlas como un impedimento para reducir de manera extrema el alcance de estos derechos fundamentales.⁴⁹⁵⁰

Por otra parte, se debe mencionar también la sentencia 118/2015 en la cual el Tribunal declaraba inconstitucional una consulta popular realizada en la región de El Véneto para preguntar a los electores si deseaban que esa región se declarase una República independiente de Italia. A esta consulta, el Tribunal hizo alusión al artículo 5 de la Constitución Italiana en el cual se define a la República Italiana como “una e indivisible, reconoce y promueve las autonomías locales” (Artículo 5 de la Constitución Italiana) y, en relación con ello, mencionó el ya comentado artículo 139 estableciendo imposibilidad de reformar la República. Con todo ello, el Tribunal constitucional habló sobre el

⁴⁸ Los primeros 54 artículos de la Constitución Italiana son a los que se refiere cuando se habla de la primera parte de la Constitución.

⁴⁹ Schillaci, A. (2010) “El sistema constitucional de Italia” *Revista de derecho constitucional europeo*. Nº14. Págs. 75-115.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano 1146/1988

principio republicano diciendo que “aunque éste conlleva la defensa del pluralismo social e institucional junto a la autonomía territorial, ninguno de estos principios puede comportar una fragmentación del ordenamiento ni ser utilizado para justificar iniciativas destinadas a la secesión, aunque sean consultivas.”⁵¹ ⁵²(Ragone, 2019)

Para concluir, a pesar de que la Constitución Italiana contenga en su articulado la República como única cláusula de intangibilidad, lo cierto es que el Tribunal constitucional del país ha declarado (en mi opinión de manera muy acertada) que debe entenderse el principio republicano de manera extensiva: una forma de gobierno que garantiza unos derechos fundamentales que forman parte del epicentro de la Constitución Italiana, por ello se encuentran de manera inalienable en la República y constituyen así una cláusula de intangibilidad implícita.

4. PORTUGAL

La Constitución de la República de Portugal de 1976 nace de la lucha revolucionaria para eliminar del gobierno al régimen totalitario del dictador Antonio de Oliveira Salazar⁵³. Es por ello por lo que esta Constitución está basada en ideas socialistas que fueron clave en la revolución.⁵⁴

En la Constitución Portuguesa, la revisión constitucional puede realizarse cada cinco años desde la última reforma o por voluntad de una mayoría de cuatro quintos de los diputados de la Asamblea de la República y su aprobación se realizará por mayoría de dos tercios de diputados de la Asamblea.

En cuanto a los límites de la reforma, a diferencia de otras constituciones analizadas, en la Constitución Portuguesa se expone un largo catálogo de límites materiales (artículo 288) y circunstanciales⁵⁵ (artículo 289) que forman cláusulas de intangibilidad. A su vez, los límites materiales podemos clasificarlos, según la clasificación del profesor Boza

⁵¹ Sentencia de la Corte Constitucional Italiana núm. 118/2015

⁵³ Antonio de Oliveira Salazar (1889-1970) fue un político portugués que instauró una dictadura en el Portugal tras la gran crisis derivada de la I República Portuguesa (1910-1926).

⁵⁴ Tajadura Tejada, J. (2006) “La Constitución Portuguesa de 1976. Un estudio académico treinta años después”. *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Mº de la Presidencia*

⁵⁵ Estos límites circunstanciales también se pueden ver en otras constituciones como la Española (artículo 169) o la Belga (artículo 196)

Martínez⁵⁶ en: de la organización política (apartados a, b, c, h, j, k y l), de la organización económica del estado (apartados f y g), de los derechos de los individuos y la sociedad (apartados d, e, h e i) y por último de la organización territorial (apartados h, m y n).

Se observa que, debido a este listado de cláusulas de intangibilidad, el legislador constituyente portugués creó una esencia constitucional formada por principios y derechos irreformables en el texto constitucional, no solo derechos fundamentales, sino también de organización política, estatal y territorial.⁵⁷

Asimismo, con este catálogo de preceptos irreformables y el procedimiento de reforma se consigue también dotar a la Constitución Portuguesa de, por una parte, flexibilidad (este texto se ha reformado ya se ha reformado en siete ocasiones⁵⁸) pero a la vez de rigidez ya que se presume que la Constitución puede ser modificada pero nunca “revocada o integralmente sustituida por otra”. (Boza Martínez, 2008) Se puede decir que las transformaciones constitucionales son posibles siempre que se esté dentro del universo constitucional actual.⁵⁹

Por último, se debe destacar que este articulado que establece la reforma constitucional portuguesa también es en sí reformable, como ocurrió en la reforma constitucional de 1989, en la cual se modificaron los apartados f) y g) y se eliminó una de las cláusulas de intangibilidad con motivo de dotar a la constitución de un carácter más europeo y abandonando las ideas socialistas que predominaron en el proceso constituyente portugués. Esto podría llegar a crear ciertos conflictos ya que si se puede modificar el artículo que establece los principios no reformables, al final se podrán modificar en si mediante la modificación de este artículo.

Desde mi punto de vista, al ser la reforma constitucional un proceso extraordinario y agravado procedimentalmente, se pueden modificar ciertos aspectos de este artículo (como la reforma de 1989) pero habrá algunos principios y derechos que tanto el

⁵⁶ Boza Martínez, D. (2008) “Las cláusulas de irreformabilidad en las Constituciones de los Estados de la Europa de los 25”. *Parlamento y Constitución*. Nº8. Págs. 201-216.

⁵⁷ Rodrigues Canotilho, M. (2010) “El sistema constitucional de Portugal” *Revista de derecho constitucional europeo*. Nº14. Págs. 117-135.

⁵⁸ 1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 e 2005

⁵⁹ Rodrigues Canotilho, M. (2010) *Op. cit.* Págs. 117-135.

legislador como el pueblo verá imposible de reformar, como derechos de los individuos, organización del estado u organización territorial.

5. GRECIA

La Constitución Griega de 1975, en su apartado de reforma constitucional se parece en gran medida al texto constitucional portugués, pues, también enumera una serie de preceptos que son irreformables. En primer lugar, se declara perpetua la esencia y el régimen político republicano en cualquiera de sus aspectos. Además, se establecen como cláusulas de intangibilidad de la soberanía popular, el respeto y protección de la dignidad del ser humano, la garantía de igualdad, el impedimento de entrega de títulos nobiliarios o de distinción a los ciudadanos helenos, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad individual, la libertad religiosa y por último la competencia legislativa de la cámara de diputados y del presidente de la República.

La Constitución Helena, al incluir la imposibilidad de modificación de la organización política lo hace desde un aspecto formal y material. Formal debido a su enunciación como cláusula de intangibilidad, pero, a su vez le dota de contenido material debido a que establece que no cabe ninguna interpretación que pueda llegar a limitar la forma republicana parlamentaria gracias a que tampoco cabe la reforma del artículo 1 apartado dos, donde se establece la soberanía popular, ni el artículo 26 que entrega el poder legislativo a la cámara de diputados (que es la representación del pueblo).⁶⁰

Por otro lado, es importante destacar la prohibición de reforma del artículo 4 apartado 4 “Sólo los ciudadanos helenos serán admitidos al ejercicio de funciones públicas, salvo las excepciones previstas por leyes especiales.” Y es que, a pesar de ser parte de una cláusula de intangibilidad, puede haber leyes especiales que establezcan otro tipo de reglas en relación con la contratación pública. Es por ello por lo que esta cláusula de intangibilidad pierde su efecto ya que cualquier normativa especial podría llegar a modificar el precepto.⁶¹

⁶⁰ Boza Martínez, D. (2008) *Op. cit.* Págs. 201-216.

⁶¹ *Ibidem.*

Asimismo, apartado 6 de la Constitución Helena se asemeja a la Constitución Portuguesa ya que se limita la reforma constitucional a una cada cinco años, pero, a diferencia del texto constitucional luso, solo ha sido reformada en 3 ocasiones, por lo que el proceso de reforma no es tan frecuente.

6. REPÚBLICA CHECA

La Constitución de la República Checa de 1992 fue creada como consecuencia de la división de la antigua Checoslovaquia en dos países independientes, como consecuencia del final de la guerra fría.

En cuanto a la reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad, la Constitución Checa no establece en el artículo 9 el procedimiento de reforma constitución; solo se establece que se realizará mediante el proceso de leyes constitucionales.

Sin embargo, sí que se establecen las cláusulas de intangibilidad de manera muy clara: no se podrán existir modificaciones de la constitución que se relacionen directamente con el núcleo esencial de la democracia y el estado de derecho. Asimismo, es curioso que, a diferencia de lo que ocurre en la Ley fundamental de Bonn en la que solo se protege la democracia, la ley fundamental checa es más precisa y establece que tampoco caben ninguna lectura de la ley que rompa con ese núcleo esencial de la democracia y el estado de derecho.⁶²

Además, la Constitución de la República Checa no posee un catálogo de derechos como en la Constitución Española, por ejemplo, sino que existe la Carta de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Básicas de 1992, que se integra en la legislación constitucional del país como se establece en el artículo 3 y 112. Este documento fue firmado por la República Checa y Eslovaquia después de su proceso de independencia, y el país checo ha preferido mantenerlo como un texto legal con rango constitucional fuera de la constitución, mientras que Eslovaquia lo ha integrado en su ley fundamental.⁶³

⁶² Valvidares Suárez, M. (2003) “Breve aproximación de la Constitución de la República Checa” *Revista española de derecho constitucional*. Nº23. Págs. 159-170

⁶³ De Montalvo Jaaskelainen, F. (2006) “Constitución de la República Checa. Estudio Introductorio” *Revista de las Cortes Generales*. Nº67. Págs. 275-320.

En consecuencia, del artículo 9.2, debido a que en la Carta se establecen los principios fundamentales del estado democrático, se presupone que este texto tampoco es reformable, al menos los artículos relacionados con este principio.⁶⁴

Para concluir, resulta interesante analizar esta Constitución debido a que su origen es distinto a las anteriormente analizadas⁶⁵, ya que su redacción estuvo marcada por su pasado soviético y su anterior unión con Eslovaquia. También, es muy destacable en esta Constitución que los derechos y libertades fundamentales se encuentran en un texto constitucional separado de la propia Constitución, pero que posee eficacia equivalente a ella.

7. BÉLGICA Y LUXEMBURGO

Por último, en este estudio de derecho comparado, también he querido destacar dos países que poseen cláusulas de intangibilidad curiosas frente a las anteriormente analizadas. Son cláusulas de intangibilidad relativas a los estados monárquicos. Pues bien, en las constituciones de Bélgica y Luxemburgo poseen en sus constituciones limitaciones relativas a los periodos de regencia:

Artículo 115 de la Constitución de Luxemburgo:

*“Ningún cambio podrá hacerse en la Constitución durante una regencia en lo que concierne a las prerrogativas constitucionales del Gran Duque ni al orden de sucesión.”*⁶⁶

Artículo 197 de la Constitución de Bélgica:

*“Durante una regencia, no se pueden introducir cambios en la Constitución en relación con los poderes constitucionales del Rey y los artículos 85 a 88, 91 a 95, 106 y 197 de la Constitución.”*⁶⁷

⁶⁴ Poli, T.N. (2011) “Los sistemas constitucionales de la República Checa y Eslovaquia”. *Revista de derecho constitucional europeo*. Nº15. Págs. 285-332

⁶⁵ No como ha ocurrido con las constituciones alemana, italiana o portuguesa, que estuvieron marcadas por un pasado fascista.

⁶⁶ Constitución de Luxemburgo del 17 de octubre de 1868

⁶⁷ Constitución de Bélgica del 7 de febrero de 1831

En ambos casos estas limitaciones no suponen una limitación total de la constitución, sino solo a los poderes de la monarquía. Son limitaciones circunstanciales como podrían ser limitaciones relativas a periodos de emergencia⁶⁸ por lo que se demarcan en situaciones excepcionales y muy poco frecuentes, pero que han sido añadidos en las constituciones para prevenir modificaciones en periodos inestables.

Por último, mencionar al Profesor Manuel Aragón que enuncia que no es correcto llamar a estos preceptos “límites”, son más bien una garantía, “una condición necesaria para el válido ejercicio del poder de reforma, asegurando que la constitución ha de reformarse conforme a Derecho.” (Aragón Reyes, 2015)

8. BREVE MENCIÓN A LA CONSTITUCIÓN AMERICANA

La Constitución Americana de 1787 posee en su artículo V, el proceso de enmiendas constitucionales:

“Siempre que las dos terceras partes de ambas Cámaras lo juzguen necesario, el Congreso propondrá enmiendas a esta Constitución, o bien, a solicitud de las legislaturas de los dos tercios de los distintos Estados, convocará una convención con el objeto de que proponga enmiendas, las cuales, en uno y otro caso, poseerán la misma validez que si fueran parte de esta Constitución, desde todos los puntos de vista y para cualesquiera fines, una vez que hayan sido ratificadas por las legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados separadamente o por medio de convenciones reunidas en tres cuartos de los mismos, según que el Congreso haya propuesto uno u otro modo de hacer la ratificación, y a condición de que antes del año de mil ochocientos ocho no podrá hacerse ninguna enmienda que modifique en cualquier forma las cláusulas primera y cuarta de la sección novena del artículo primero y de que a ningún Estado se le privará, sin su consentimiento, de la igualdad de voto en el Senado.”⁶⁹

El procedimiento de reforma de la Constitución Americana presenta una complejidad importante en relación con las constituciones anteriormente analizadas, los requisitos para

⁶⁸ Como ocurre en el artículo 169 de la Constitución Española de 1978, el artículo 289 de la Constitución Portuguesa de 1976, el artículo 89 párrafo cuarto de la Constitución francesa de 1958, entre otras.

⁶⁹ Constitución Americana del 17 de septiembre de 1787

realizar la modificación se basan en un consenso generalizado prácticamente total del país para realizar cambios constitucionales.

Se observa, además, que existe por un lado un límite temporal en relación con la ratificación de enmiendas que afecten a la prohibición de limitar comercialización de esclavos, y la prohibición de crear impuestos o capitalizaciones directas antes de 1808. En cuanto a la limitación material, se establece una cláusula de intangibilidad en relación con derecho a voto de los Estados y la igualdad de voto en el Senado, debido a que es la cámara que representa de manera igualitaria a cada Estado independientemente de su población.

Aunque lo más destacable del caso americano es la estrecha conexión que existe entre la reforma constitucional y la interpretación judicial por el Tribunal Supremo, eso se debe a que la jurisprudencia o *case law* en el derecho americano es fuente de derecho.⁷⁰ Consecuentemente, los precedentes judiciales serán determinantes en casos posteriores de similar o análoga índole, respetando también la jerarquía de los distintos órganos judiciales.⁷¹

En relación con el tema de este trabajo, toma gran importancia el caso *Marbury vs. Madison* de 1803 que instauró el *judicial review* en el derecho americano. Esta considerado el primer caso en el que la Corte Suprema declara la inaplicación de una ley por ser inconstitucional, confirmando así la supremacía constitucional, además de otorgar al Tribunal Supremo el poder de interpretar la Constitución y declarar la inconstitucionalidad de las leyes. El proceso de *judicial review* implica “la afirmación práctica de la supremacía de la Constitución y su consideración definitivamente jurídica, al tiempo que justifica y manifiesta la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos.” (Díaz Revorio, 2018).

La *judicial review* supone asumir la existencia de una competencia federal de la Corte Suprema de construir la Constitución ya que a es la Corte la que tiene encomendada la

⁷⁰ Pascucci de Ponte, E. (2004) “Introducción a la reforma de la Constitución de los Estados unidos de América”. *Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*. Vol. 2.

⁷¹ Massaro, V. (2015) “El sistema jurídico norteamericano”. *Jus.com.br*

función de interpretar y adaptar la Constitución Americana a cualquier tiempo para resolver los problemas futuros no previstos por el poder constituyente.⁷²

⁷² Arévalo Ramírez, Walter, & García López, Luisa Fernanda. (2018). “La interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano, una interacción entre lo político y lo jurídico: Teorías y casos de estudio.” *Ius et Praxis*, 24(2), 393-430.

CAPÍTULO 3: CONTROVERSIA DOCTRINAL EN ESPAÑA ACERCA DE LA EXISTENCIA DE CLÁUSULAS DE INTANGIBILIDAD

1. NORMATIVA ACERCA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

1.1 Procedimiento simple del artículo 167 ce

Nuestra Constitución Española presenta un procedimiento ordinario de reforma que se encuentra en el artículo 167 del texto constitucional.

En él se establece que los proyectos de modificación constitucional se aprobarán con una mayoría de tres quintos tanto en el Congreso como en el Senado y, de no conseguir la aprobación en alguna de las cámaras se tendrá que formar una comisión igualitaria compuesta de congresistas y senadores, que crearán un texto común que se apruebe en ambas cámaras. Si esto no se consiguiese, podrá aprobarse el texto por mayoría de dos tercios en el Congreso siempre y cuando los senadores lo hayan aprobado al menos por mayoría absoluta.

En cuanto al procedimiento de referéndum, será facultativo cuando lo soliciten al menos un décimo de senadores o de diputados quince días después a la aprobación del texto.

1.2 Procedimiento agravado del artículo 168 ce

En cuanto al procedimiento de reforma extraordinario, se encuentra en el artículo 168 de la Constitución Española y se reserva para la revisión total de la Constitución, para materias relativas a los valores y principios esenciales del Estado Español (Título Preliminar: artículos 1 a 9), para los artículos relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas (Sección Primera del Capítulo II del Título I: artículos 15 a 29) y para los artículos referidos a la corona (título II: artículos 56 a 65).

El procedimiento de reforma se aprobará por mayoría de dos tercios tanto del Congreso como del Senado y se disolverán ambas cámaras si eso ocurre. La votación que ocurre en este primer paso no es del nuevo texto, sino que aquí se discutirá si se debe llevar a cabo

este procedimiento de reforma extraordinario. Seguidamente, las nuevas Cortes deberán aprobar el nuevo texto con una mayoría de dos tercios tanto en el Congreso como en el Senado.

Para concluir con el proceso, se deberá someter a votación de los ciudadanos mediante referéndum, que, en este caso, es indispensable.

1.3 Breve mención a las limitaciones del artículo 169 ce

Por último, cabe mencionar el límite circunstancial del artículo 169 el cual establece que no se podrá comenzar una modificación constitucional siempre que se esté en tiempo de guerra, estado de alarma, estado de excepción, estado de sitio, situaciones reguladas en el artículo 116 de la Constitución.

2. DEBATES DOCTRINALES EN RELACIÓN CON LA REDACCIÓN DEL TÍTULO X ACERCA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

2.1 El debate constituyente acerca de la reforma constitucional a la hora de la redacción de la Constitución Española de 1978

El 5 de enero de 1978 se publicó en el boletín oficial del Estado el Anteproyecto de la Constitución Española, incluyendo los votos particulares de los grupos parlamentarios del congreso de los diputados.

En este primer borrador, la iniciativa de reforma funcionaría de igual manera que en la iniciativa legislativa (incluyendo la iniciativa legislativa popular). En cuanto al procedimiento, se observa que solo habría un único proceso de reforma consistente en los mismos términos que el actual artículo 167 de la Constitución, con la excepción de que el referéndum sí que es obligatorio. Además, se encuentra un artículo reservado para los límites circunstanciales en relación con estados de excepción o tiempos de guerra. Por último, se mencionaba la reforma constitucional en la disposición transitoria segunda, en lo relativo a las reformas constitucionales que se propusieran después de cinco años de su entrada en vigor. Para ese caso, se establecía la aprobación de inicio del procedimiento en Congreso y Senado por mayoría dos tercios, además de la disolución de ambos. Las

nuevas Cortes serían las encargadas de corroborar la disolución, así como del estudio y aprobación por mayoría absoluta en ambas cámaras del nuevo texto constitucional, finalizando con un referéndum obligatorio.⁷³

No se observa ningún procedimiento de reforma agravado para la protección de ciertas materias. Sin embargo, sí que se menciona en los votos particulares de los diferentes grupos parlamentarios, concretamente, Alianza Popular y el Partido Comunista de España.

En primer lugar, Alianza Popular, sugería dividir la reforma constitucional en dos vías ya que entendían que modificar un título completo o el total texto constitucional debería requerir más garantías. La reforma parcial, se adoptaría con el voto positivo de dos tercios de cada cámara además de referéndum. La revisión total de la Constitución surgiría cuando se quisiera modificar más de la mitad de los artículos o un título completo. Este segundo procedimiento, se aprobaría con mayoría de dos tercios de Congreso y Senado, después se disolverían de las Cortes. Seguidamente, se corroboraría la decisión y se estudiaría el nuevo texto constitucional por las nuevas Cortes, finalmente, se aprobaría por mayoría absoluta en ambas Cámaras, además de referéndum. Pero este grupo parlamentario quiso además añadir un artículo con cláusulas de intangibilidad relativas a la integridad territorial o unidad política del estado con el fin de evitar separatismos en relación con las comunidades autónomas.⁷⁴

En el caso de los votos particulares del grupo comunista, se propuso un procedimiento también similar al que ya se había establecido en el Anteproyecto con la diferencia de que no se incluía un referéndum, a menos que no se lograra llegar a las mayorías establecidas, cuando se podrá aprobar por mayoría absoluta en Congreso y Senado, además de celebrar referéndum.⁷⁵

Destacan especialmente los debates surgidos en las sesiones de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas acerca del Título X, en ellos fue donde se definió

⁷³ Anteproyecto de la Constitución Española de 5 de enero de 1978, Boletín Oficial de las Cortes, Núm 44

⁷⁴ *Ibidem.*

⁷⁵ *Ibidem.*

el texto final, además que en los debates del Congreso y Senado no se realizaron especiales aportaciones.⁷⁶

El grupo Unión Centro Democrática sugirió eliminar de la iniciativa popular de reforma ya que este es un procedimiento rígido, con unas mayorías reforzadas que se desnaturalizaría con la inclusión de una iniciativa popular, además de poner en peligro la democracia. Esta enmienda resultó aprobada por la comisión.⁷⁷

Los representantes socialistas sugirieron, por otro lado, un procedimiento de reforma único igual al existente en el actual artículo 167, incluyendo así el referéndum facultativo por petición de un quinto de los diputados, sin distinguir entre reforma simple y agravada, argumentando que la voluntad del pueblo está reflejada en este procedimiento mediante la representación de este por los parlamentarios. El autor Jiménez Campo califica esta estrategia de “soberanía parlamentaria” (Jiménez Campo, 1980). Sin embargo, admitieron que se deberían de establecer ciertas garantías procedimentales para proteger ciertos artículos fundamentales de la Constitución, como son el título preliminar, el Título I y II.

A pesar de ello, Alianza Popular manifestó su posición en contra de caracterizar al referéndum como facultativo ya que, en palabras de Manuel Fraga “La participación popular necesita vías complementarias, justamente para evitar que los partidos, como he dicho antes, suplanten la voluntad popular.” Esta enmienda también fue aprobada por la comisión. Como se ha mencionado anteriormente, este partido era un gran defensor de las cláusulas de intangibilidad, mencionando en repetidas ocasiones en los debates constituyentes su deseo de incluir una cláusula final en el título X sobre la irreformabilidad de la unidad política e integridad territorial de España, enmienda no aceptada por los demás grupos parlamentarios.⁷⁸

Por su parte, Unión de Centro Democrático, destacaba que, pese a las recomendaciones realizadas por Pedro de Vega ante la inclusión de cláusulas de intangibilidad, su eficacia era dudosa. Por ello, su opinión se basaba en un sistema que permitiese a la Constitución modificarse con el paso del tiempo, pero con un procedimiento reforzado de ciertas materias de especial protección, para dotar al texto tanto de rigidez como de permanencia.

⁷⁶ Jiménez Campo, J. (1980) “Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución”. *Revista de derecho político*. Nº7. Págs. 81-103.

⁷⁷ «D. S. C.», Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, 20 de junio de 1978, núm. 93, págs. 3465 y sigs.

⁷⁸ *Id.*

El resultado es la introducción de un procedimiento agravado, como el que se acabó aprobando en el artículo 168, para la protección del título preliminar, capítulo segundo, sección 1 del Título I y Título II, aprobado en comisión.⁷⁹

Por su parte, el partido socialista calificó de conflictivo e innecesario la inclusión de cláusulas de intangibilidad ya que bastaba con la creación del segundo procedimiento de reforma agravado para ciertas materias. Además, es curioso mencionar que los socialistas argumentaban en contra de la cláusula de irreformabilidad de la integridad de España porque ésta dificultaría la adhesión de Gibraltar en el futuro, cosa que no ha ocurrido, de momento.⁸⁰

En conclusión, la actual reforma constitucional ha sido fruto de intensas discusiones de los diferentes grupos parlamentarios que participaron en la comisión de asuntos constitucionales. Según se va analizando el debate, se observa una clara madurez en la opinión de los constituyentes y un deseo de proteger ciertos pilares fundamentales del texto constitucional mediante la inclusión de una vía de reforma agravada. Sin embargo, ello no significa su deseo de incluir cláusulas de intangibilidad, idea solo aceptada por Alianza Popular, ya que la mayoría de los grupos calificaban la vía del 168 como suficiente para la protección de los pilares fundamentales del constitucionalismo español, además de argumentar que ello supondría graves conflictos tanto sociales como políticos.

2.2 Posturas a favor de la existencia de cláusulas de intangibilidad

En este apartado se incluyen opiniones de autores que consideran que existen cláusulas de intangibilidad implícitas en la Constitución Española.

El profesor Manuel Aragón no se decanta por ninguna posición clara acerca de la existencia o no de las cláusulas. Sin embargo, es de gran interés la reflexión que hace con respecto a las cláusulas de intangibilidad implícitas. El autor diferencia dos tipos de límites implícitos: por un lado, los relacionados con definiciones constitucionales, como puede ser el concepto de estado como indivisible, y otro tipo de límites implícitos como son aquellos que derivan de la teoría constitucional, como puede ser por ejemplo el término democracia en el cual se incluyen principios como la soberanía del pueblo, división de poderes o la protección de derechos fundamentales, entre otros. Ambos tipos

⁷⁹ *Ibidem.*

⁸⁰ *Ibidem.*

de límites incluyen ciertos preceptos que, pese a no estar enunciados como cláusulas de intangibilidad, se asumen que no son modificables por estar incluidos en el concepto de estos términos generales del Derecho.⁸¹

Pero en general, su opinión ante los límites implícitos es clara: se admitirán cuando no participe el pueblo mediante referéndum, debido a que “si sólo participan en la reforma los representantes del pueblo, cabe sostener, coherentemente, que esos representantes carecen de poder para anular aquello a lo que representan: la soberanía popular. Pues tal soberanía resultaría violada tanto cuando se modificase su sujeto, extirpándose al pueblo una parte de él (secesión territorial) o cuando se eliminase su carácter de soberano, estableciéndose un estado no democrático.” (Aragón Reyes, 2015)

Por último, se ha de mencionar que Aragón Reyes resalta sobre las cláusulas de intangibilidad explícitas que “resulta perfectamente defendible, en el plano dogmático, que la Constitución democrática haya limitado materialmente, de manera expresa, su reforma, precisamente para que sus cambios no permitan su destrucción”. (Aragón Reyes, 2015)

Por su parte, el profesor Benito Aláez establece la existencia límites materiales en la reforma constitucional, los clasifica como límites implícitos y relativos debido a que lo son en relación con el artículo 167, pero se podrán modificar estos artículos mediante el procedimiento del artículo 168. Incluye en estos preceptos aquellos que solo se modifican por el procedimiento agravado del 168: los principios estructurales de estado de derecho, estado democrático, estado social y estado autonómico, además de los artículos del Título X.⁸²

El profesor Pedro de Vega es un gran defensor de la existencia de cláusulas de intangibilidad en la Constitución Española a través del artículo 168: estado democrático, división de poderes, declaración de derechos, la soberanía del pueblo español, la supremacía y rigidez de la Constitución, el estado autonómico y la unidad del estado.⁸³ El autor manifiesta que la redacción de este artículo crea una cláusula de inmutabilidad

⁸¹ Aragón Reyes, M. (2015) *Op. cit.* Págs. 313-327.

⁸² Aláez Corral, B. (1999) *Op. cit.*

⁸³ De Vega García, P. (1985) “La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente”. *Editorial Tecnos.*

en los preceptos mencionados, pero ello no quita que se necesite la inclusión de algunas garantías en el texto constitucional como protección.⁸⁴

Por último, la Profesora García-Atance defiende la inclusión de límites expresos en la Constitución en los artículos 1 y 10 de la Constitución para defender sus pilares fundamentales de ella, además de eliminar la posibilidad de la revisión total.⁸⁵

2.3 Posturas en contra de la existencia de cláusulas de intangibilidad

Como se ha mencionado al principio de este trabajo, la Constitución es un texto vivo que debe estar a la orden de los cambios que ocurren en la realidad. Por ello, el profesor Manuel Aragón ha criticado en diversas ocasiones las cláusulas de intangibilidad manifestando que estas restricciones absolutas a la reforma limitan sustancialmente la democracia ya que “la voluntad popular del presente no puede imponerse totalmente a la voluntad popular del futuro” (Aragón Reyes, 2015). Además, el autor manifiesta también que la inclusión de cláusulas de intangibilidad supondría la inexistencia de diferencias entre poderes constituyente y constituidos.⁸⁶

El doctor en Derecho Constitucional Hernández Valle apoya esta idea argumentando que el Estado puede modificar o incluso eliminar su ordenamiento jurídico siempre en el terreno del derecho vigente. Asimismo, menciona el principio de no contradicción “según el cual la norma posterior en el tiempo puede modificar o derogar válidamente la norma anterior de igual eficacia.” (Hernández Valle, 1993) volviendo así al argumento de que la voluntad del pueblo en el pasado puede modificar y hacer que se modifiquen las normas promulgadas posteriormente.⁸⁷

Siguiendo la línea de lo establecido anteriormente, el profesor Díaz Revorio manifiesta que los legisladores constituyentes no quisieron incluir este tipo de cláusulas a pesar de tener la posibilidad de hacerlo; no se trata de un descuido, sino que fue una omisión deliberada. Asimismo, argumenta que no solo es que el poder constituyente no quería incluir cláusulas de intangibilidad, es que además estableció la posibilidad de reformar cada uno de los artículos de la Constitución en el artículo 168. (Díaz Revorio, 2018) Por

⁸⁴ Citado en Jiménez Campo, J. (1980) *Op. Cit.* Págs. 81-103.

⁸⁵ García- Atance García, M.V. (1992) “La reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad” *Revista de Derecho Político*. N.º 37. UNED.

⁸⁶ Aragón Reyes, M. (2015) *Op. Cit.* Págs. 313-327.

⁸⁷ Hernández Valle, R. *Op. Cit.* Págs. 143-158

último, este autor está en contra de las opiniones en las que se establece que el procedimiento del artículo 168 de la Constitución supone un límite implícito al texto constitucional por su dificultad procedimental, ya que este procedimiento agravado lo que supone es la aportación de mayor rigidez a la reforma.⁸⁸

En conclusión, hay que destacar que, como veremos más adelante, el Tribunal Constitucional mantiene también una posición en contra de la existencia de cláusulas de intangibilidad como señala en la STC 48/2003: “en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de «democracia militante» en el sentido que él le confiere, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. Falta para ello el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional” (STC 48/2003, de 14 de marzo de 2003, FJ7)

2.4 Otras críticas a la redacción del Título X de la Constitución

He querido recopilar aquí ciertos comentarios de profesores de Derecho que han realizado acerca de la reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad en la Constitución Española.

Es importante destacar la discusión doctrinal acerca de la ausencia de los artículos 10.1 y 14 en el procedimiento agravado del artículo 168. Jiménez Campo menciona que el artículo 10.1 debe considerarse como un “fundamento del orden político y de la paz social” al igual que se hace en el artículo 9.3. (Jiménez Campo, 1980). Díaz Revorio destaca que se debería de haber dotado de la garantía del procedimiento agravado a artículos de gran importancia como son el 10.1 y el 14 y haber reducido algunos preceptos secundarios incluidos por el legislador constituyente.⁸⁹

Por otra parte, el profesor Escudero Alday menciona que el poder constituyente cometió un error a la hora de la redacción del proceso de reforma ya que, al dividirlo en dos artículos para diferenciar entre el procedimiento simple y el extraordinario, hace que no se pueda estimar la Constitución como un todo.⁹⁰ La consecuencia de esta partición es que “pareciera que existen compartimentos estancos dentro de ella, de manera que resulta

⁸⁸ Díaz Revorio, F.J. (2018) *Op. Cit.* Págs. 343-375.

⁸⁹ *Ibidem.*

⁹⁰ Escudero Alday, R. (2017). “Cuestiones sobre la reforma constitucional.” *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho.* Págs. 97-102.

posible la reforma concreta de alguno de aquellos sin que ello afecte al resto.” (Escudero Alday, 2017). Este autor menciona, como ejemplo, la reforma del artículo 135 en relación con la estabilidad presupuestaria, pues podría haberse procesado por el procedimiento del artículo 168.1 ya que el concepto incluido de estabilidad presupuestaria y la prioridad del pago de deuda en los Presupuestos Generales del Estado, son principios íntegramente relacionados con el estado social incluido en el artículo 1.⁹¹

Algunos autores critican además el procedimiento establecido en el artículo 168 ya que supone casi la imposibilidad de realizar una revisión total de la Constitución o de los artículos mencionados debido a su gran dificultad. Esta idea es apoyada por Lucas Verdú⁹², García-Atance⁹³ o Pérez Royo⁹⁴ entre otros. Este último manifiesta que el artículo 168 “está materialmente destinado a hacer inviable la reforma total o la de aquellas partes de la Constitución especialmente protegidas”.⁹⁵

Por último, no me parece acertada la relación del constituyente del Título X de la Constitución. Mientras que en el artículo 166 y 167 se habla de “reforma constitucional”, en el segundo menciona “revisión constitucional”. se ve una clara intención del legislador para diferenciar no solo procedimentalmente, sino también terminológicamente ambas vías de reforma. Además, también se critica que, pese a que, en el Anteproyecto de Constitución, el grupo de Alianza Popular quiso añadir la definición de revisión total: “Se entenderá que es revisión total la que afecte a más de la mitad de los artículos de la Constitución o a un Título completo de la misma”⁹⁶, el legislador constituyente finalmente optó por no incluirlo, dejando así el concepto indefinido.⁹⁷

3. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ACERCA DE LAS CLÁUSULAS DE INTANGIBILIDAD

Al contrario del sistema alemán, después del periodo de entreguerras y la dictadura franquista, el poder constituyente español decidió no adoptar una democracia militante, es decir, no incluir en el texto Constitucional ninguna cláusula de intangibilidad.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Citado en Jiménez Campo, J. (1980) *Op. Cit.* Págs. 81-103.

⁹³ García- Atance García, M.V. (1992) *Op. Cit.*

⁹⁴ Pérez Royo, J. (1986) *Op. Cit.*

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ Anteproyecto de la Constitución Española de 5 de enero de 1978, Boletín Oficial de las Cortes, Núm 44

⁹⁷ Jiménez Campo, J. (1980) *Op. Cit.* Págs. 81-103.

Consecuentemente, el Título X de la Constitución supone el reflejo de un indiferentismo ideológico y agnosticismo constitucional⁹⁸, entendido como la aceptación de cualquier tipo de ideología, aunque sean contrarias al orden constitucional, siempre y cuando se cumplan los preceptos establecidos en las leyes penales.⁹⁹ El indiferentismo ideológico favorece la libertad ideológica, en el sentido que no presenta ninguna limitación en nuestro sistema ya que no existen valores o principios fundamentales protegidos intangiblemente en la Constitución.

La democracia no militante y el indiferentismo ideológico plantean problemas de interpretación en relación con la libertad ideológica, libertad de expresión, y el pluralismo político y sus límites, todo ello especialmente relacionado con los partidos políticos más contrarios al constitucionalismo actual, como ocurre con los partidos independentistas. Por ello, se va a destacar distintas sentencias en las que el Tribunal Constitucional ha afirmado en distintas ocasiones la inexistencia de este tipo de cláusulas de perpetuidad en el ordenamiento jurídico español y el ejercicio de la democracia no militante.

En la STC 119/1990 se planteó el problema constitucional de la revocación de la condición de su cargo de algunos diputados debido a su negativa a la jura de la Constitución. El Tribunal fallo a su favor manifestando, entre otras cosas que “ En un estado democrático que relativiza las creencias y protege la libertad ideológica; que entroniza como uno de su valores superiores el pluralismo político; que impone el respeto a los representantes elegidos por sufragio universal en cuanto poderes emanados de la voluntad popular, no resulta congruente una interpretación de la obligación de prestar acatamiento a la Constitución que antepone un formalismo rígido a toda otra consideración, porque de ese modo se violenta la misma Constitución de cuyo acatamiento se trata, se olvida el mayor valor de los derechos fundamentales (en concreto, los del art. 23) y se hace prevalecer una interpretación de la Constitución excluyente frente a otra integradora.” (STC 119/1990, del 21 de junio de 1990, FJ7)

En esta misma línea, en la sentencia 48/2003 se plantea si la creación de la ley de partidos políticos suponía la limitación del derecho a asociación política, y consecuentemente, la consideración de la democracia militante en el sistema español. El Tribunal Constitucional respondió que el propósito de la ley no es establecer límites ideológicos a

⁹⁸ Este concepto no es apoyado por toda la doctrina, aún así alguno de sus defensores son Jiménez Campo.

⁹⁹ Freire Bolaño, A. (2015). “La democracia militante”. *Derecho constitucional*.

los partidos, sino que son los fines aquellos que poseen límites y, consecuentemente, ser declarados ilícitos si se encuentran tipificados en el código penal, añadiendo además que “cualquier proyecto u objetivo se entiende compatible con la Constitución siempre y cuando no se defienda mediante una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos.” (STC 48/2003, de 14 de marzo de 2003, FJ7). Esta argumentación a favor de cualquier tipo de ideología es consecuencia de que “en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de «democracia militante» en el sentido que él le confiere, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. Falta para ello el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional” STC 48/2003, de 14 de marzo de 2003, FJ7). Además, “La Constitución Española, a diferencia de la francesa o la alemana, no excluye de la posibilidad de reforma ninguno de sus preceptos ni somete el poder de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento.” (STC 48/2003, de 14 de marzo de 2003, FJ7).

Un aspecto importante en los últimos años ha sido la posibilidad de convocatoria de consultas populares por vía de referéndum en relación con la independencia de ciertas regiones, concretamente en País Vasco y Cataluña.

Unas primeras notas de este conflicto en el País Vasco se hacen notar en la STC 76/1994 en la cual un grupo de ciudadanos vascos presentó un recurso de amparo antes el Tribunal Constitucional debido a la negativa del parlamento vasco de aceptar una iniciativa legislativa popular para la reforma constitucional, con el fin de incluir el “derecho a decidir” del pueblo vasco. El Tribunal afirmó que esta materia está regulada por el artículo 166 de la Constitución, es decir el procedimiento de reforma constitucional y en este proceso no tiene lugar la iniciativa legislativa popular, aunque posteriormente el pueblo participaría de esta reforma mediante el referéndum. (STC 76/1994 del 14 de marzo, FJ5)

Años después, en la STC 103/2008 se le planteó al Tribunal Constitucional si cabía en nuestro ordenamiento la regulación de una consulta popular no vinculante al pueblo vasco para que determinase la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política. El Tribunal manifestó la imposibilidad de esta consulta, en primer lugar, porque ésta consulta tenía carácter de referéndum y se le reserva la competencia exclusiva al Estado para convocarlos en su artículo 149.1.32^a. Asimismo, el Tribunal

recalca que la consulta realizada supone la “reconsideración de la identidad y unidad del sujeto soberano” y por ello, debería de realizarse por vía de la reforma constitucional del 168, a pesar de la consideración como “no vinculante”, ya que “no puede ser planteada como cuestión sobre la que simplemente se interesa el parecer no vinculante del cuerpo electoral del País Vasco, puesto que con ella se incide sobre cuestiones fundamentales resueltas con el proceso constituyente y que resultan sustraídas a la decisión de los poderes constituidos.” (STC 103/2008 del 11 de septiembre, FJ4). Por último, el Tribunal termina este fundamento jurídico estableciendo su posición sobre el asunto: “El respeto a la Constitución impone que los proyectos de revisión del orden constituido, y especialmente de aquéllos que afectan al fundamento de la identidad del titular único de la soberanía, se sustancien abierta y directamente por la vía que la Constitución ha previsto para esos fines. No caben actuaciones por otros cauces ni de las Comunidades Autónomas ni de cualquier órgano del Estado, porque sobre todos está siempre, expresada en la decisión constituyente, la voluntad del pueblo español, titular exclusivo de la soberanía nacional, fundamento de la Constitución y origen de cualquier poder político.” (STC 103/2008 del 11 de septiembre, FJ4).

En la misma línea, la STC 42/2014 planteó la cuestión de si existía la soberanía y el derecho a decidir del pueblo catalán, además de “iniciar el proceso para hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir para que los ciudadanos y ciudadanas de Cataluña puedan decidir su futuro político colectivo” declarado por el gobierno en la resolución 5X. El Tribunal declaró inconstitucional esta proclamación, ya que “supone conferir al sujeto parcial del que se predica dicha cualidad el poder de quebrar, por su sola voluntad, lo que la Constitución declara como su propio fundamento en el citado precepto constitucional: la indisoluble unidad de la Nación española” (STC 42/2014 del 25 de marzo, FJ3), vulnerando así los artículos 1.2, 2 y 9.1 de la Constitución además del artículo 168 porque se debería de acudir al procedimiento de reforma de este último para reconocer el derecho a la soberanía del pueblo catalán como un acto constituyente.

Asimismo, el Tribunal estableció la imposibilidad de convocar un referéndum de autodeterminación para decidir la independencia de Cataluña sobre el pueblo español ya que supondría lo mismo anteriormente mencionado: el quebrantamiento de la unidad de España por la voluntad de un sujeto no soberano, muy en línea con la sentencia 103/2008: “la primacía de la Constitución no debe confundirse con una exigencia de adhesión positiva a la norma fundamental, porque en nuestro ordenamiento constitucional no tiene

cabida un modelo de ‘democracia militante’, esto es, ‘un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución’”. (STC 42/2014 del 25 de marzo, FJ3) y (STC 48/2003, de 14 de marzo de 2003, FJ7).

A pesar de ello, uno de los matices más importantes de esta sentencia es la admisión de la existencia derecho a decidir del pueblo catalán en la medida de que se debe entender como una “aspiración política” que se consiga dentro del marco constitucional. El Tribunal concluye diciendo que “el planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de mandatos constitucionales, y el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable”. (STC 42/2014 de 25 de marzo, FJ4)

Sin embargo, el Tribunal quiso ser más tajante y claro ante estos asuntos ¹⁰⁰ en la STC 259/2015 en la cual se llamó al Tribunal Constitucional a pronunciarse sobre la resolución 5/XI dictaminada por el parlamento catalán en el que “asumían la representación soberana de los catalanes tras las elecciones en el intento de separarse de España a través de un ‘proceso constitucional’. (Ragone, 2019) Una vez más, el tribunal declaró la inconstitucional de la resolución por incumplir los artículos 1, 2, 9.1 y 168 de la Constitución, apoyándose en doctrina anterior como la STC 42/2014, 103/2008 o 76/1994, entre otras. Asimismo, el tribunal quiso manifestar en diversas ocasiones la sumisión tanto de los poderes públicos como de la ciudadanía a la Constitución, además de esta ser concebida como norma fundamental y suprema del ordenamiento. “En el Estado constitucional, el principio democrático no puede desvincularse de la primacía incondicional de la Constitución, que requiere que toda decisión del poder quede, sin excepción, sujeta a la Constitución, sin que existan, para el poder público, espacios libres de la Constitución o ámbitos de inmunidad frente a ella”. (STC 259/2015 de 2 de diciembre, FJ4) “La Constitución proclama un mínimo de contenidos y establece unas reglas de juego insoslayables para los ciudadanos y los poderes públicos.” (STC 259/2015 de 2 de diciembre, FJ5). Asimismo, el tribunal menciona que cualquiera de sus preceptos

¹⁰⁰ De Miguel Bárcena, J. (2018) “el proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional”. *Revista española de derecho constitucional*. Núm 113. Págs. 133-166.

es reformable, cuando se desarrolle dentro del marco constitucional creado para ello: “Todas y cada una de las determinaciones constitucionales son susceptibles de modificación, pero “siempre y cuando ello no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales”, pero para ello es preciso que “el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a estos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable”. (STC 259/2015 de 2 de diciembre, FJ7). El tribunal concluyó su intolerancia ante este tipo de acciones diciendo “Cuando, por el contrario, se pretenden alterar aquellos contenidos de manera unilateral y se ignoran de forma deliberada los procedimientos expresamente previstos a tal fin en la Constitución, se abandona la única senda que permite llegar a ese punto, la del Derecho.” (STC 259/2015 de 2 de diciembre, FJ7).

Por último, hay que destacar el último intento de consulta popular del gobierno catalán que se realizó el 1 de octubre de 2017 tras la redacción de la ley 19/2017 que facultaba al gobierno catalán a convocar un “referéndum de autodeterminación” y manifiesta la soberanía del pueblo catalán. Consulta que, como las anteriores mencionadas, era inconstitucional y se ordenó su suspensión por parte del Tribunal Constitucional en la STC 114/2017 del 17 de octubre. El tribunal alega que “Para ninguno de los «pueblos de España», por servirnos de las palabras del preámbulo de la Constitución, existe un «derecho de autodeterminación», entendido, al modo de la Ley 19/2017, como «derecho» a promover y consumir su secesión unilateral del Estado en el que se constituye España (art. 1.1 CE). Tal «derecho», con toda evidencia, «no está reconocido en la Constitución»” (STC 114/2017 de 17 de octubre, FJ2). Además de apoyarse en diferentes argumentos basándose en las sentencias anteriormente analizadas, por el incumplimiento de los artículos 1.2, 2, 9.1 y 168 de la Constitución, entre otros. La inconstitucionalidad inminente de esta ley era necesaria debido a que supondría “una ruptura total y absoluta” de principios constitucionales fundamentales en nuestro ordenamiento constitucional como son la soberanía nacional y la unidad de la nación entre otros.

Debido a la negativa del gobierno catalán por suspender la consulta y, posteriormente, declarar la independencia unilateralmente de esta región, el gobierno español tuvo que optar por aplicar el artículo 155 de la Constitución, que facultó al gobierno central tomó el poder con el objetivo de hacer cumplir la ley y la Constitución en Cataluña. Con ello,

se disolvió el parlamento catalán y destituyó al presidente del momento, Carles Puigdemont y se convocaron elecciones con el fin de conseguir reestablecer el estado de derecho.¹⁰¹

En conclusión, el Tribunal Constitucional ha sido claro siempre que se le han planteado cuestiones de inconstitucionalidad en relación con ideologías independentistas que estuvieran en contra de nuestro texto constitucional: si tienen cabida ideas contrarias a la Constitución, pero su defensa debe realizarse dentro del marco de los principios democráticos y constitucionales establecidos en nuestra Constitución. Consecuentemente, cualquier tipo de consulta popular acerca de la independencia de algún territorio español si es posible realizarla legalmente pero siempre y cuando se realice mediante el procedimiento del artículo 168 de la Constitución. Un resumen este razonamiento lo realiza el Tribunal en la sentencia 259/2015: “la lealtad constitucional debe entenderse como la sujeción a la supremacía constitucional, lo que no implica adhesión ideológica a la Constitución, sino acatamiento de las reglas de juego político y el orden jurídico existente y no intentar su transformación por medios ilegales.” (STC 259/2015 de 2 de diciembre, FJ2)

¹⁰¹ Ragone, S. (2019) “Tribunales constitucionales y secesión: ¿reivindicación (potencialmente) legítima o violación de un principio básico?” *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Vol. 11. N°2. Págs. 169-183.

CAPÍTULO 4: CONCLUSIONES: ¿PARA QUÉ SIRVEN LAS CLAÚSULAS DE INTANGIBILIDAD?

Después de un largo proceso de análisis de la reforma constitucional y la existencia de cláusulas de intangibilidad en el derecho español y comparado, es inevitable darse cuenta de la complejidad del tema y las diferentes opiniones que existen.

Este estudio merece un detenimiento en conceptos como el poder constituyente, aquel poder absoluto e ilimitado creador de la Constitución, sus preceptos e instituciones; y el poder constituyente constituido, cuya misión es la reforma constitucional dentro de los límites establecidos en ella. Muchos autores establecen que el poder constituyente constituido, además de los límites establecidos en el texto constitucional también posee unos límites superiores con relación al respeto de los derechos humanos. Este poder de reforma tan inusual comparado con las demás normas del ordenamiento supone dotar a la Constitución una supremacía, tanto material, relacionada con las materias de especial índole tratadas en el texto, como formal, reflejada en la facultad creadora del resto del ordenamiento y el especial procedimiento de reforma.

En relación con derecho comparado, no existe una posición unánime en el resto de las constituciones europeas acerca de la inclusión o no de cláusulas de intangibilidad en el proceso de reforma. Por un lado, hay que destacar la Constitución Alemana como máxima expresión de las cláusulas de intangibilidad y democracia militante, blindando por un lado su forma republicana de gobierno, además de los derechos fundamentales encontrados en sus primeros 20 artículos. Por otro, países como Italia o Francia donde se crean cláusulas de intangibilidad solo en relación con la República como única forma política posible. Asimismo, encontramos las constituciones portuguesa y griega que se caracterizan por tener una amplia gama de derechos protegidos por cláusulas de intangibilidad. Además, se analizó la Constitución checa que posee un origen distinto a las demás constituciones y se incluye una cláusula de intangibilidad con especial protección a la democracia y estado de derecho. Destacan las constituciones belga y luxemburguesa por incluir en su articulado constitucional cláusulas de intangibilidad circunstanciales en relación con la imposibilidad de modificación de la Constitución en periodos de regencia. Además, el derecho americano supone el ejemplo perfecto para entender la interpretación constitucional por parte de los jueces de la Corte Suprema gracias a que la jurisprudencia

es fuente de derecho, además de doctrinas como la *judicial review* que aportan supremacía y estabilidad al orden constitucional.

En el caso de España, el legislador constituyente español no quiso incluir cláusulas de intangibilidad en el texto constitucional español debido a las diferencias entre partidos, pero se incluyó un procedimiento reforzado de reforma para los valores y principios esenciales del Estado Español (Título Preliminar: artículos 1 a 9), para los artículos relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas (Sección Primera del Capítulo II del Título I: artículos 15 a 29) y para los artículos referidos a la corona (título II: artículos 56 a 65). En mi opinión, el propósito de este procedimiento extraordinario supone la protección casi a nivel de como lo hacen las cláusulas de intangibilidad de los preceptos mencionados, pero sin llegar a incluirlas como tal, debido a que hubiese complicado su aprobación por el descontento de ciertos partidos políticos.

Asimismo, la doctrina no ha llegado a un punto en común sobre la existencia de cláusulas de intangibilidad. Sin embargo, el tribunal constitucional ha mencionado en repetidas ocasiones la inexistencia de este tipo de cláusulas y la aceptación de pensamientos e ideologías contrarias a la Constitución, siempre y cuando se desarrollen dentro del orden constitucional.

Desde mi punto de vista, el poder constituyente era consciente de las consecuencias que traían la no inclusión de las cláusulas de intangibilidad. Por ello, se debe obedecer ese deseo de establecer que ningún precepto sea irreformable, ya que no significa que los derechos fundamentales estén desprotegidos, sino que gracias al procedimiento del artículo 168, se les dota de mayores garantías y, en mi opinión ello supone prácticamente la intangibilidad de esos preceptos. Por ello, comparto opinión con autores como Lucas Verdú¹⁰², García-Atance¹⁰³ o Pérez Royo¹⁰⁴ sobre la casi imposibilidad de la reforma constitucional por el procedimiento del artículo 168 debido a su complejidad. Pienso que el poder constituyente quiso redactar este proceso de tal manera que protegiese al máximo los preceptos que se reforman por este artículo ya a que hubiese sido muy difícil haber aprobado cláusulas de intangibilidad debido a la diferencia ideológica de los partidos políticos en el proceso constituyente.

¹⁰² Citado en Jiménez Campo, J. (1980) *Op. Cit.* Págs. 81-103.

¹⁰³ García- Atance García, M.V. (1992) *Op. Cit.*

¹⁰⁴ Pérez Royo, J. (1986) *Op. Cit.*

Asimismo, después de este largo análisis, he llegado a la conclusión que las cláusulas de intangibilidad, tanto explícitas como implícitas, no son válidas. Aunque existan, siempre puede haber un acto posterior del poder constituyente para cambiar la Constitución sin límite alguno, o incluso crear una nueva, por mandato de la voluntad popular. He concluido que las cláusulas de intangibilidad ofrecen una protección y garantía formal pero no real, son un agravante procedimental, pero no un límite absoluto.

En definitiva, el estudio de las cláusulas de intangibilidad es uno de los temas más extensos y complicados del derecho constitucional debido a los riesgos que supone la existencia o no de estas cláusulas: la rigidez constitucional, protección de derechos fundamentales o estabilidad constitucional, entre otros. Por ello, se deben tener en cuenta las consecuencias derivadas de la formulación o no de estas cláusulas, siempre con el objetivo de defender y preservar el orden constitucional establecido en 1978, después del esfuerzo de unión que realizaron los partidos políticos a la hora de la redacción de la Constitución.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia y Legislación:

España:

Constitución Española. Boletín oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, Núm. 311.

Reglamento de 10 de febrero de 1982 por el que se aprueba el reglamento del Congreso de los Diputados. Boletín oficial de las Cortes Generales.

Texto refundido de 9 de mayo de 1994 por el que se aprueba el reglamento del Senado. Boletín oficial de las Cortes Generales.

Anteproyecto de la Constitución Española de 5 de enero de 1978, Boletín Oficial de las Cortes, Núm. 44

«D. S. C», Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, 20 de junio de 1978, Núm. 93.

Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 119/1990 de 21 de junio de 1990, Núm. 160

Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 76/1994 de 14 de marzo de 1994, Núm. 89

Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 48/2003 de 12 de marzo de 2003, Núm. 63

Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 103/2008 de 11 de septiembre de 2008, Núm. 245

Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 42/2014 de 10 de abril de 2014, Núm. 87

Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 32/2015 de 16 de marzo de 2015, Núm. 64

Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 259/2015 de 12 de enero de 2015, Núm. 10

Alemania:

Ley Básica de la República Federal de Alemania, Boletín de leyes federales p.1 de 23 de mayo de 1949.

Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán del 12 de octubre (BVerfGE 89, 155 12 Oktober 1993 - BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92)

Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán del 8 de mayo de 2020 (BVerfG, Urteil vom 8. Mai 2020 - 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16)

Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán del 14 de mayo de 1996 (BVerfGE Urteil vom 14. Mai 1996 - 2 BvR 1516/93)

Francia:

Constitución de Francia, Journal Officiel del 4 de octubre de 1958

Sentencia del Consejo Constitucional Francés 469 del 26 de marzo de 2003.

Italia:

Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano 1146/1988

Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano 118/2015

Portugal:

Constitución de la República Portuguesa del 10 de abril de 1976

Grecia:

Constitución de Grecia del 11 de junio de 1975

República checa:

Constitución de la República Checa del 16 de diciembre de 1992

Bélgica:

Constitución de Bélgica del 7 de febrero de 1831

Luxemburgo:

Constitución de Luxemburgo del 17 de octubre de 1868

Estados Unidos:

Constitución Americana del 17 de septiembre de 1787

Caso del Tribunal Supremo Marbury v. Madison de 1803

Obras:

Agudelo Ibáñez, S.J. (2015) “Identidad constitucional: límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India”. *Revista Academia & Derecho*. Nº 11. pp.123-154.

Obtenido de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6713579>

Aguilar Zuluaga, H. (1953) “Teoría del poder constituyente.” *Estudios De Derecho*. 15(44). Págs. 311–323. Obtenido de:

<https://doi.org/10.17533/udea.esde.333189>

Aláez Corral, B. (1999) “Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978.”. *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*. Universidad de Oviedo.

Obtenido de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=46811>

Alcón Yustas, M. F., & de Montalvo Jääskeläinen, F. (2016) *Lecciones de derecho constitucional: La Constitución* Págs. 65-79. Tirant lo blanc. Valencia.

Álvarez Vélez, M.I. (2015) “Reforma de la Constitución: ¿Necesidad, oportunidad o riesgo?”. Universidad Pontificia Comillas. Madrid. Obtenido de:

<https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/6617>

Ansuategui, A. D. (2008) “La Constitución romana como mecanismo de inclusión y exclusión.” *Studia historica. Historia Antigua*.

Aragón Reyes, M. (1979) “El control de constitucionalidad en la Constitución Española de 1978”. *Revista de estudios políticos*, Nº7. Págs. 171-196. Obtenido de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1427325>

Aragón Reyes, M. (1987) “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”. *Revista española de derecho constitucional*. Nº19. Págs. 15-52. Obtenido de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79346>

Aragón Reyes, M. (2015) “¿Cambiar la Constitución para adaptarla o para transformarla?” *Teoría y realidad constitucional*. Nº36. Págs. 313-327. Obtenido de:

<https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/16069>

Arévalo Ramírez, Walter, & García López, Luisa Fernanda. (2018). “La interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano, una interacción entre lo político y lo jurídico: Teorías y casos de estudio.” *Ius et Praxis*, 24(2), 393-430. Obtenido de:

<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000200393>

Aristóteles. (1988) “Política” Traducción: Manuela García Valdés. Editorial Gredos.

Borda Gómez, P. (2019) “La Constitución de Francia: antecedentes, características y reformas principales”. *Paola Borda Gómez, WordPress*. Obtenido de:

<https://paolabordagomez.wordpress.com/2019/11/01/la-constitucion-de-francia-antecedentes-caracteristicas-y-reformas-principales/>

Bornstein, F. (2020) “La identidad constitucional de Alemania”. *Diario la Información*. Obtenido de:

<https://www.lainformacion.com/opinion/felix-bornstein/la-identidad-constitucional-de-alemania/6571765/>

Boza Martínez, D. (2008) “Las cláusulas de irreformabilidad en las Constituciones de los Estados de la Europa de los 25”. *Parlamento y Constitución*. Nº8. Págs. 201-216. Obtenido de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1370760>

Burdeau, G. (1950) “Traite de Science Politique”. Paris

Cappelletti, M. (1985) “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la Justicia constitucional.” *Revista española de derecho constitucional*. Nº17. Obtenido de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79326>

Caprizo, J. (2009) “El Tribunal Constitucional y el control de la reforma constitucional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLII, núm. 125. pp. 735 a 794. Obtenido de:

https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332009000200006&script=sci_abstract

Casa Blanca, (s.f.). *White house*. Obtenido de:

whitehouse.gov

Corominas i Julian, J. (2020) “El día en que Italia eligió entre monarquía o república”. *El confidencial*. Obtenido de:

https://www.elconfidencial.com/cultura/2020-07-19/referendum-italia-monarquia-republica-1946_2686104/

Cracogna, D. (1986) “Acerca del concepto de Constitución en Karl Schmitt y Hans Kelsen.” *Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas*. Págs. 66-89. Obtenido de:

<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/4999>

De Miguel Bárcena, J. (2018) “el proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional”. *Revista española de derecho constitucional*. Núm. 113. Págs. 133-166. Obtenido de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6552240>

De Montalvo Jaaskelainen, F. (2006) “Constitución de la República Checa. Estudio Introductorio” *Revista de las Cortes Generales*. N°67. Págs. 275-320. Obtenido de:

<https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/546>

De Montalvo Jaaskelainen, F. (2012) “Cláusulas notwithstanding y override del constitucionalismo canadiense” *Revista Teoría y realidad constitucional*. N°20. UNED. Obtenido de:

<https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/7013/6711>

De Montalvo Jaaskelainen, F. (2012) “¿Para qué sirve una Constitución?” *Revista Crítica*. N.º 979, Fundación Castroverde. pp. 16 a 21. Obtenido de:

<http://www.revista-critica.com/la-revista/monografico/analisis/322-para-que-sirve-una-constitucion>

Del Rosario-Rodríguez, M. F. (2011). “La supremacía constitucional: Naturaleza y Alcances”. *Scielo*. Vol. 20. Nº1. Obtenido de:

http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-89422011000100006#:~:text=La%20visi%C3%B3n%20de%20la%20supremac%C3%ADa,sociedad%20en%20su%20gran%20mayor%C3%ADa.

De Vega García, P. (1985) “La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente”. *Editorial Tecnos*.

De Vega García, P. (2006) “La reforma constitucional como defensa de la Constitución y de la democracia”. *Fundación Abad Giménez*. Págs. 1-27. Obtenido de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5768404>

Díaz Revorio, F.J. (2004) “Perspectivas de la reforma de la Constitución Española”. Universidad de Castilla La Mancha. Obtenido de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1370747>

Díaz Revorio, F.J. (2018) “Fundamentos actuales para una teoría de la Constitución” *Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro*. México. Obtenido de:

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38164.pdf>

Durango Álvarez, G.A. (2015) “Cláusula de intangibilidad de protección de los derechos fundamentales como garantía frente a las mayorías-minorías democráticas” *Análisis político* nº84. Bogotá. Págs. 102-114. Obtenido de:

<https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/61471>

Escudero Alday, R. (2017). “Cuestiones sobre la reforma constitucional.” *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Págs. 97-102. Obtenido de:

<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/30568>

Espuny Domingo, M.^a C. (2004) “La norma de reconocimiento en Hart y el concepto de Constitución en Kelsen.” *A Parte Rei: revista de filosofía*. Obtenido de:

<http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/cinta31.pdf>

Ferrajoli, L. (2006). Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*. Nº29, Págs. 15–31. Obtenido de:

<https://doi.org/10.14198/DOXA2006.29.01>

Freire Bolaño, A. (2015). “La democracia militante”. *Derecho constitucional*. Obtenido de:

<https://www.derechoconstitucional.es/2015/04/democracia-militante.html>

Galán y Gutiérrez, E. (1945). “La filosofía política de Santo Tomás de Aquino.” Madrid: *Editorial revista derecho privado*.

García- Atance García, M.V. (1992) “La reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad” *Revista de Derecho Político*. N.º 37. UNED. Obtenido de:

<https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8607>

Grossi, P. (2014) “La Constitución Italiana como expresión de un tiempo jurídico posmoderno”. *Historia constitucional: Revista electrónica de historia constitucional*. N°15. Obtenido de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4779978>

Gunther, R. (1986) “El proceso constituyente español”. *Revista de estudios políticos*. N°49. Págs. 33-62. Obtenido de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=26878>

Hernández Valle, R. (1993) “El poder constituyente derivado t los límites jurídicos del poder de reforma constitucional”. *Revista española de derecho constitucional*. N°37. Págs. 143-158. Obtenido de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79478>

Ibler, M. (2004) “Importantes aspectos de la historia y la dogmática de los derechos fundamentales en Alemania”. *Revista iusta*. 21. Págs. 15-25. Obtenido de:

<https://kops.uni-konstanz.de/entities/publication/d785b0c2-3703-49ab-ac18-5696cd1e2ddc>

Jiménez Campo, J. (1980) “Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución”. *Revista de derecho político*. N°7. Págs. 81-103. Obtenido de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3265588>

Kelsen, H. 1982 “Teoría Pura del derecho” *Universidad nacional autónoma de México*. Traducido por: Roberto J Vernengo.

Loewenstein, K. (1937) “Militant Democracy and Fundamental Rights”, *The American Political Review*, 31 (3), pp. 417-432.

Loewenstein, K. (1938): “Legislative Control of Political Extremism in European Democracies”, *Law Review*, 38 (4), pp. 591-662.

Loewenstein, K. (1957) “Teoría de la Constitución”. *Editorial Ariel*

Lucas Verdú, P. (1994) “Reflexiones en torno y dentro del concepto de Constitución. La Constitución como norma y como integración política.” *Revista de estudios políticos*. N.º 83. Obtenido de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27258>

Marcic, R. (1963) *Verfassung und Verfassungsgericht*. Springer. Viena.

Mirete Navarro, J. L. (1998) “Pacto social en Santo Tomás de Aquino.” *Anales de derecho*. pág. 155-160. Obtenido de:

<https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/8495/1/Pacto%20social%20en%20Santo%20Tomas%20de%20Aquino.pdf>

Massaro, V. (2015) “El sistema jurídico norteamericano”. *Jus.com.br*. Obtenido de;

<https://jus.com.br/artigos/45282/el-sistema-juridico-norteamericano>

Mitterrand, F. (1988) Entrevista en *Pouvoirs*. N°45. Citado en Sánchez Navarro, A.J. (1998) “La reforma constitucional en Francia” *Teoría y realidad constitucional*. Págs. 205-214. UNED.

Pascucci de Ponte, E. (2004) “Introducción a la reforma de la Constitución de los Estados Unidos de América”. *Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*. Vol. 2. Obtenido de:

<https://revistas.uax.es/index.php/saberes/article/view/737>

Pérez Royo, J. (1986) “La reforma de la Constitución”. *Revista de Derecho político*. N°22. UNED. Obtenido de:

<https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8324>

Pérez Royo, J. (2004). “Poder constituyente y reforma de la Constitución.” En “Homenaje a la Constitución: Lecciones Magistrales en el Parlamento de Andalucía”. *Parlamento de Andalucía*. Págs. 37-60. Obtenido de:

<https://idus.us.es/handle/11441/56859>

Plache, B. (2013). “Soldiers for Democracy: Karl Loewenstein, John H. Herz, Militant Democracy and the Defense of the Democratic State.” *Richmond: Virginia Commonwealth University*. Obtenido de:

<https://scholarscompass.vcu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3994&context=etd>

Pinon, S. “El Sistema constitucional de Francia” *Revista de derecho constitucional europeo*. Nº 14. Págs. 17-74. Obtenido de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3707660>

Poli, T.N. (2011) “Los sistemas constitucionales de la República Checa y Eslovaquia”. *Revista de derecho constitucional europeo*. Nº15. Págs. 285-332. Obtenido de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3882679>

Porta Perales, M. (2022) “Una Constitución militante”. *Revista ABC*. Obtenido de:

<https://www.abc.es/opinion/miquel-porta-perales-constitucion-militante-20221205001127-nt.html>

Ragone, S. (2019) “Tribunales Constitucionales y secesión: ¿reivindicación (potencialmente) legítima o violación de un principio básico?” *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Vol. 11. Nº2. Págs. 169-183. Obtenido de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7135003>

Requejo Pagés, J.L. (1998) “El poder constituyente constituido. La limitación del soberano”. *Fundamentos: cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*. Nº1. Págs. 361-380. Obtenido de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=204817>

Rodrigues Canotilho, M. (2010) “El sistema constitucional de Portugal” *Revista de derecho constitucional europeo*. Nº14. Págs. 117-135. Obtenido de:

<https://www.ugr.es/~redce/REDCE14/articulos/02MRodriguesCanotilho.htm#05bis>

Rousseau, J. J. (1762) “El contrato social o principios de derecho político”. Marc Michel Rey. París.

Ruipérez Alamillo, J. (2012) “De la reforma constitucional y sus límites materiales”. *Teoría y realidad constitucional*. UNED. N.º 30. Obtenido de:
<https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/7003>

Salazar Ugarte, P. (2008). “Notas sobre la democracia y la Constitución en la obra de Hans Kelsen”. *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*. Obtenido de:
<https://www.scielo.org.mx/pdf/is/n28/n28a9.pdf>

Sampay, A.E. (1974) “Constitución y Pueblo”. Págs. 11-28 *Editorial Cuenca*.

Sánchez Navarro, A.J. (1998) “La reforma constitucional en Francia” *Teoría y realidad constitucional*. Págs. 205-214. UNED. Obtenido de:
<https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6442>

Sant’Ana Pedra, A. (2010) “Un análisis sobre la intangibilidad de las cláusulas pétreas”. *Derechos y libertades*. N.º22. Págs. 241-260. Obtenido de:
<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/14570>

Schillaci, A. (2010) “El sistema constitucional de Italia” *Revista de derecho constitucional europeo*. N.º14. Págs. 75-115. Obtenido de:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3707663>

Schmitt, C. (1982) “Teoría de la Constitución”. *Edición Madrid Alianza*

Stein, T. (1994) “La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el tratado de Maastricht”. *Revista de instituciones europeas*. Vol. 21. N.º3. Págs. 745-770. Obtenido de:
<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/28140rie021003033.pdf>

Tajadura Tejada, J. (2006) “La Constitución Portuguesa de 1976. Un estudio académico treinta años después”. *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Mº de la Presidencia*

Tajadura Tejada, J. (2018) “La reforma constitucional: procedimientos y límites”. *Marcial Pons*.

Valenzuela, E. (2015) “Origen y desarrollo del término Constitución. Su relación con los factores reales de poder.” *In Iure*. págs. 11-28. Obtenido de:

<https://revistaelectronica.unlar.edu.ar/index.php/iniure/article/viewFile/12/12>

Valvidares Suárez, M. (2003) “Breve aproximación de la Constitución de la República Checa” *Revista española de derecho constitucional*. N°23. Págs. 159-170. Obtenido de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=624295>

Valvidares Suárez, M. (2005) “Breve aproximación de la Constitución de la República de Chipre” *Revista española de derecho constitucional*. N°73. Págs. 225-238. Obtenido de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1211318>

Verdú, P. L. (1994) “Reflexiones en torno y dentro del concepto Constitución. la Constitución como norma y como integración política.” *Revista de Estudios Políticos*. N°83. Obtenido de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27258>