



**ESCALA TÉCNICA DE GESTIÓN DE  
ORGANISMOS AUTÓNOMOS**  
**Derecho constitucional y administrativo**

Colección Temarios, 2020

© Reservados todos los derechos de esta edición para SKR Preparadores S.L., 2020

Calle Covarrubias, 9, bajo izquierdo, 28010, Madrid

<https://skr.es/>

Queda rigurosamente prohibida cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación total o parcial de esta obra sin el permiso escrito de los titulares de los derechos de explotación.



## TEMA 1

# EL PODER CONSTITUYENTE. LA REVISIÓN Y LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN.

1. EL PODER CONSTITUYENTE.....	2
2. LA REFORMA CONSTITUCIONAL .....	5
2.1. REFORMA CONSTITUCIONAL .....	5
2.2. EVOLUCIÓN .....	6
2.3. REFORMA DE LA CE .....	7

## 1. EL PODER CONSTITUYENTE

El concepto de Poder Constituyente está unido al concepto de Constitución, como creador de ésta. Según Schmitt, es “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. De las decisiones de esta voluntad política se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional”.

Tanto desde un punto de vista lógico como histórico el Poder Constituyente es una necesidad para la constitutio scripta. La Constitución, en efecto, no hubiera podido imponerse sin la afirmación práctica, a finales del XVIII, del Poder Constituyente. Allí donde la razón y la historia pudieron ir juntas en el proceso de construcción del Estado como ocurrió en USA, en donde no hubo que vencer al régimen anterior sino que se pudo empezar prácticamente de nada, la afirmación teórica y práctica del Poder Constituyente se produjo de manera espontánea. El poder constituyente reside en el pueblo, el ejercicio práctico de este poder se traduce en la Constitución, como recuerda el Preámbulo de la Constitución de 1789.

En Europa, por el contrario, el concepto de poder constituyente ha sido problemático desde sus orígenes. No por razones teóricas, sino por razones históricas y porque de manera inexorable se encuentran vinculados los conceptos del Poder Constituyente y soberanía popular, por tanto, mientras dicho principio no fuera abiertamente reconocido en Europa, el ejercicio del Poder Constituyente fue atribuido a los poderes constituidos, como el Parlamento o el Rey.

El primer cuestionamiento al que la teoría constitucional tuvo que hacerle frente fue relativo a delimitar la naturaleza jurídica del Poder Constituyente. La pretensión de la Constitución era la de ordenar jurídicamente el ejercicio del poder estatal, pero ésta no podía ser explicada jurídicamente, y no podía hacerlo porque en el origen de la Constitución no había ninguna norma que le sirviera de punto de referencia ya que aquella era la primera de todas. En consecuencia, el Poder Constituyente no podía encontrar fundamento en ninguna otra norma y no podía tener naturaleza jurídica, sino política.

Dos serán las características que Sieyès, uno de los primeros teóricos en hacer referencia al Poder Constituyente en su libro, *¿Qué es el Tercer Estado?*, le otorgaría a dicho poder:

- La nación es titular del poder constituyente
- Es un poder originario y único, que no puede encontrar su fundamento fuera de sí mismo, porque más allá de él no hay nada. No se apoya en ninguna legalidad anterior.
- Es un poder sin condiciones (incondicionado), frente al cual no existen límites ni de tipo formal ni de carácter material.

En principio, el Poder Constituyente lo puede querer todo y quererlo de la forma que le parezca oportuno (Sieyès). El poder Constituyente, en definitiva, se ha conceptualizado

como una capacidad de ejercicio de la soberanía. Condorcet, por su parte, tratará el tema del Poder Constituyente en su obra de 1788 *Asambleas Provinciales*, siguiendo la idea de Sieyès: un poder constituyente que emana del pueblo y que es anterior a los poderes constituidos. Resumiendo, encontramos los siguientes rasgos:

- Originario, metajurídico o previo a la normatividad positiva
- Extraordinario: actúa de manera puntual para dar forma a la norma fundamental
- Soberano, absoluto e ilimitado
- Permanente: la emisión de la Constitución no agota o consume dicha voluntad soberana que permanece latente

Lo cierto es que si el Poder Constituyente no puede ser definido jurídicamente en términos de constitucionalidad o inconstitucionalidad, o legalidad o ilegalidad, si debe ser definido políticamente en términos de legitimidad: tiene que ser un poder legítimo, un poder susceptible de ser explicado en términos racionales y debe ser aceptado por la sociedad. La idea de legitimidad ha sido una constante en la teoría del poder constituyente. No todo poder que produce un ordenamiento jurídico estable para un Estado es un poder constituyente, únicamente lo es aquel que está en el origen de una Constitución, y para ello el poder constituyente debe ser legítimo. Aunque la idea de legitimidad es difícil de definir, lo cierto es que debe de incluir, en todo caso, dos elementos:

- La titularidad del poder constituyente:

Si la Constitución es un orden de igualdad y libertad, es posible porque los propios individuos son los que tienen que decir en qué va a consistir dicho orden. Sin consentimiento expreso de los ciudadanos no hay Constitución sino gobierno de hecho, tal y como pone de relieve Hesse. Así, la teoría y la práctica del Poder Constituyente aparecen en su origen ligados a la afirmación de soberanía nacional. A pesar de esta indisoluble asociación entre pueblo y soberanía, no será la concepción de soberanía en la práctica del constitucionalismo continental europeo en el siglo XIX, sino que la soberanía se expresaría fundamentalmente a través del principio monárquico constitucional, por lo que la soberanía residiría conjuntamente en ambos (Rey y nación). Así, no se volverá a plantear hasta finales de la IGM el problema de la soberanía en términos de soberanía popular. Tras el final de la IIGM; el poder constituyente quedará afianzado en la idea de soberanía popular, que será la base de su legitimidad.

- El proceso a través del cual dicho poder debe expresarse:

El proceso constituyente debe ser un proceso democrático. Aunque han existido una variedad de procesos constituyentes que pueden denominarse democráticos, Pérez Royo identifica una serie de características comunes:

- o Afirmación inequívoca del nuevo principio de legitimidad, frente el anterior orden político.

- o Establecimiento de un sistema de libertades públicas que permita la participación de todos los ciudadanos.
- o Promulgación de una legislación electoral que permita la formación de una asamblea constituyente libremente elegida.
- o Integración de la asamblea constituyente
- o Elaboración parlamentaria del proyecto de Constitución.
- o Referéndum constitucional

Aunque estas son las fases típicas del proceso constituyente, no todas tienen que estar presentes para que una Constitución se entienda como legitimada democráticamente. Una vez que la Constitución ha nacido, habrá que distinguir entre el Poder Constituyente, los poderes constituidos y el poder revisor de la Constitución, que no es sino el poder constituyente constituido.

El poder constituyente, como expresión que es de la soberanía, presenta los caracteres de ser un poder originario, creador de un orden nuevo, no sujeto a límites y de eficacia actual. Como señalara Schmitt, es superior al orden que crea y a los poderes por él creados y, como tal, no se encuentra vinculado a ningún tipo de procedimiento reglado. Su función es hacer la Constitución, mientras que la de los poderes constituidos es gobernar. Éstos últimos son poderes derivados y sujetos a límites. Su existencia deriva a la propia Constitución, quedando su actuación regulada por ella.

Como categoría intermedia se puede encontrar el poder constituyente constituido, característico del poder de reforma, que es un poder subordinado a la legalidad constitucional y, a la vez, capaz de proceder a modificar la misma, pues es la propia Constitución la que establece la existencia de un órgano, normalmente de carácter extraordinario, legitimado para proceder a su reforma. Así pues, este poder constituyente-constituido debe su existencia a la propia Norma Constitucional, que, a la vez, determina cuáles son sus funciones, debiendo respetar las formas y procedimientos establecidos para el ejercicio de ellas.

Por último, aunque el poder constituyente sea un poder ilimitado, también se ha admitido doctrinalmente la posibilidad de límites al mismo. Así siguiendo a Jellinek, podemos distinguir entre:

- Límites absolutos, que son los establecidos por el orden natural.
- Límites heterónomos, que son los que provienen del exterior, del orden internacional.
- Límites autónomos, los establecidos por el propio poder constituyente, y que son los que plantean una mayor problemática.

La Constitución, en definitiva, surge en la medida en que existe un poder constituyente que reside en el pueblo y que crea dicha norma suprema. La Constitución será por tanto la norma suprema del Estado en base a la cual se regula el resto de los poderes

constituidos. Para defenderse frente a la acción posterior y no legítima de otros poderes no constituyentes, la Constitución se dota de mecanismos tanto jurídicos como políticos, aunque ello no impide la reforma constitucional, tal y como vamos a ver.

## 2. LA REFORMA CONSTITUCIONAL

### 2.1. REFORMA CONSTITUCIONAL

Aunque la inmensa mayoría de las Constituciones actuales prevén su propia reforma, puede decirse que en realidad nacen con una pretensión, más o menos explícita, de permanencia e, incluso, de perpetuidad. Sin embargo, una constitución lo más que puede aspirar es a servir de canalización, durante u cierto tiempo, de los conflictos sociales, conteniendo disposiciones y cláusulas susceptibles de una plural interpretación. Buena prueba de ello es que la Asamblea Constituyente francesa de 1791 declaró que “la nación tiene el derecho imprescriptible de cambiar su Constitución”.

La realidad demuestra que los cambios constitucionales son relativamente frecuentes. Sin embargo, estos cambios no se producen únicamente a través de la técnica de la reforma constitucional, ya que se pueden producir cambios no articulados mediante las convenciones, uso y la propia interpretación constitucional. Por ello, la reforma no puede ser considerada simplemente como un mecanismo de cambio constitucional, sino, fundamentalmente, como un mecanismo de defensa de la propia Constitución.

Actualmente, la teoría de la reforma constitucional ha superado la clásica disyuntiva entre flexibilidad y rigidez constitucionales, aunque la casi totalidad de las Constituciones actuales tiene un carácter rígido. De esta manera se prevén procedimientos más o menos agravados, como consecuencia del carácter de mecanismo de defensa constitucional que tiene todo procedimiento de reforma. Todo ello hace ineludible diferenciar la reforma constitucional de otras figuras afines. Así, siguiendo a Schmitt podemos distinguir entre:

- Destrucción de la constitución: supresión de la Constitución existente, acompañada de la supresión del poder constituyente en que aquella se fundamentaba.
- Supresión de la constitución: conservando el poder constituyente que fue su origen. Equivale también a la llamada reforma total.
- Quebrantamiento de la Constitución: que implica la violación de la norma fundamental, ya que se produce una modificación de la misma sin atenerse a los mecanismo de reforma previstos.
- Suspensión de la Constitución: que se produce cuando una o varias disposiciones son declaradas, provisionalmente, fuera de vigor. La cuestión afecta principalmente, a los derechos y libertades fundamentales.

Por su parte, también se puede distinguir entre reforma y *mutación constitucional*. La primera tiene dos sentidos o acepciones. En un sentido formal, es la técnica por medio de la cual se modifica el texto constitucional. En un sentido material, es el resultado del procedimiento de enmienda de la Constitución. Por su parte, la mutación constitucional implica una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la

estructura social o del equilibrio de intereses, sin que dicha transformación quede actualizada en el texto constitucional, que permanece inalterado. A través de ella se puede hacer frente a una adecuación de la realidad constitucional a la realidad política sin necesidad de acudir al mecanismo de reforma constitucional.

La mutación constitucional, como muestra el Derecho comparado, puede producirse por diversos motivos:

- a) Unas veces se produce porque la práctica política camina por otros derroteros que los del texto constitucional, aunque sin violarlo abiertamente.
- b) Otras veces se produce por *desuetudo* o dejación de una facultad o competencia, que llega, de este modo, a convertirse en una convención constitucional.
- c) Finalmente, la mutación se produce como consecuencia de la interpretación constitucional.

Por último, habría que poner de relieve que la reforma constitucional es una manifestación del poder constituyente-constituido, que supone la existencia de un poder derivado sujeto a límites. Debe ser considerado como un poder constituido y nunca como una manifestación del poder constituyente, pues éste, a fin de hacer compatibles el principio democrático de la soberanía popular y el principio de supremacía constitucional, desaparece una vez aprobada la Constitución.

## 2.2. EVOLUCIÓN

La reforma constitucional fue también una aportación estadounidense, ya incorporada en la Constitución Federal de Estados Unidos, de una manera consciente. Este procedimiento se incluyó con la finalidad expresa de convertir a la Constitución en la norma jurídica superior del ordenamiento, que resultara, en virtud de dicho procedimiento, indisponible para el poder legislativo ordinario. Recogida en el art. 5 de la Constitución de EEUU, se diseña un mecanismo de reforma distinto del procedimiento legislativo ordinario, y que se corresponde a la rigidez de ésta Constitución. En base a este artículo mencionado, en Estados Unidos se han producido reformas constitucionales en periodos cortos de tiempo (10-15 años), lo que ha ayudado a mantener la estabilidad sin impedir el cambio.

En el art. 5 se describe el proceso necesario para reformar la constitución, con dos métodos de proponer enmiendas: por el Congreso o por una convención nacional solicitada por los estados.

- Con el primer método, el Congreso puede proponer una enmienda con los votos de dos tercios (de un quórum, no necesariamente de toda la cámara) del Senado y de la Cámara de Representantes.
- Con el segundo método, los cuerpos legislativos de las dos terceras partes de los estados pueden convocar y obligar al Congreso a convocar una convención nacional, y el Congreso debe convocar esa convención con el fin de considerar las enmiendas propuestas.



Una vez propuestas —bien por el Congreso o por las convenciones nacionales— las enmiendas deben ser ratificadas por las tres cuartas partes de los estados para que tengan efecto. El artículo cinco otorga al Congreso la opción de requerir ratificación por los cuerpos legislativos de los estados o por convenciones especiales convocadas en los estados. El método de ratificación por convención sólo se ha utilizado una vez (para aprobar la vigesimoprimer enmienda). El art. 5 actualmente sólo impone una limitación al poder de enmienda: ninguna enmienda puede privar a un estado de su representación igual en el Senado sin el consentimiento de ese estado.

En principio, el punto de partida de Europa no era muy distinto que el estadounidense. Las constituciones europeas revolucionarias, que consagran la soberanía popular y el Poder constituyente de la nación, son constituciones rígidas, que contenían un procedimiento de reforma distinto del procedimiento legislativo ordinario. Lo que sí era radicalmente distinto era el significado que se atribuía al mecanismo de reforma constitucional, más político que jurídico, con el objetivo de evitar que se utilizara esta vía para volver al Antiguo Régimen. De ahí que los mecanismos de reforma fueran completamente irrealizables. El caso de la CE de 1812 era uno de los ejemplos, que ponía unos requisitos de lecturas y votaciones que hacían la reforma intransitable. Así, la Constitución no se presentaba como norma jurídica, sino documento político de ruptura, por lo que a partir de ahí se sucederán un número importante de constituciones, ante la imposibilidad de reformarlas.

A lo largo del s. XIX, la situación cambiaría en Europa. El modelo que se impondrá será el de la Constitución flexible, siendo su ejemplar más significativo el de la Constitución inglesa. Desde esta óptica, la Constitución será una norma más, por lo que no existen límites jurídicos para la manifestación de la voluntad del legislador. Así, no se impondría ningún procedimiento específico de reforma. Como constituciones flexibles, aparte de la inglesa, destacan las cartas francesas de 1814 y 1830; la italiana de 1848 y la irlandesa de 1922. Hoy en día, la Constitución flexible por excelencia, aparte de la inglesa, será la de Nueva Zelanda.

El siglo XX trajo para Europa nuevas ideas en torno al concepto de Constitución y sus garantías. Todas las Constituciones aprobadas en la parte occidental desde mediados del siglo XX han sido constituciones rígidas, por lo que se impondrá la idea americana de reforma constitucional. El procedimiento de reforma se convierte en una garantía extraordinaria, de la que se hace uso sólo cuando no es posible encontrar una solución al problema con el que la sociedad tenga que enfrentarse por la vía de la garantía ordinaria, esto es, a través de la interpretación de la Constitución.

### 2.3. REFORMA DE LA CE

En este sentido, la idea de Constitución rígida y, por tanto, reforma constitucional distinta del procedimiento legislativo ordinario, también se impondrá en España en la Constitución de 1978. En ella, el Título X hace referencia a la reforma constitucional. Así, establece dos procedimientos:

- La reforma del Título Preliminar, el Capítulo II Sección 1ª, del Título I y el Título II tienen un procedimiento especial de reforma, con evidente intencionalidad disuasoria: se exige aprobación de la reforma por las dos Cámaras por mayoría

de dos tercios, posterior disolución de las Cortes, nueva aprobación de la reforma por dos tercios y ratificación por referéndum (168 CE).

- El procedimiento general para la reforma de los restantes preceptos exige la aprobación por 3/5 en cada Cámara, requiriéndose la ratificación por referéndum sólo en el caso de que lo soliciten la décima parte de los miembros de cualquiera de las cámaras. Este procedimiento general prevé también un sistema especial para el caso en que el Senado y el Congreso no estén de acuerdo en el proyecto de reforma (167 CE): se convoca una comisión paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado. De no lograrse la aprobación mediante este procedimiento, podrá aprobarse la reforma por mayoría de 2/3 del Congreso siempre y cuando obtenga la mayoría absoluta del Senado.

- **Iniciativa para la reforma**

El artículo 166 determina que la iniciativa de reforma constitucional se ejercerá en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 87. Haciendo una traslación del artículo citado, corresponde esta iniciativa al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras y a las Asambleas de las Comunidades Autónomas, excluyéndose por tanto la iniciativa popular.

Sujetos con iniciativa:

- El Gobierno.
- Un quinto de los diputados o 2 grupos parlamentarios.
- 50 senadores que no pertenezcan al mismo grupo.
- Las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

- **Límites a la reforma**

Cabe señalar, asimismo, que la CE prohíbe la iniciación de reforma constitucional en periodo de guerra o vigencia de alguno de los estados de excepción, sitio o alarma recogidos en el art. 116 (art. 169 CE), que presenta un límite material a la reforma constitucional.

- **Reforma de la Constitución Española de 1978**

La Constitución ha sido modificada en dos ocasiones por este procedimiento: en 1992 el art. 13.2 CE y el art. 135 CE el 27 de septiembre de 2011, en ambos casos para adaptarla a la normativa comunitaria.