

# DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

**LEYENDO J.I. UGARTEMENDIA E F.J. DONAIRE,  
LA TRIPLE JUSTICIABILIDAD DE LAS REFORMAS  
CONSTITUCIONALES. GARANTÍAS  
JURISDICCIONALES NACIONALES,  
SUPRANACIONALES E INTERNACIONALES,  
PAMPLONA, THOMSON REUTERS ARANZADI,  
2019**

Posted on 8 Luglio 2021 by [David Ruano Delgado](#)

Ante un escenario como es aquel que viene mostrándose durante los últimos tiempos, y en el que parece que estamos presenciando, de forma paulatina, cómo se produce una erosión del sistema de valores propio de toda sociedad democrática, en el sentido –particularmente- de reformar (o al menos de llegar a plantear tal posibilidad) el contenido de un texto constitucional a fin de participar con ello en la materialización de determinados objetivos que se antojarían, cuando menos, como potencialmente contrarios al *espíritu* aportado por el constituyente, nos surge ineludiblemente una serie de interrogantes acerca de si sería posible, llegado el caso, recurrir a instrumentos con los que garantizar aquella esencia en el marco de las sucesivas modificaciones que pudieran experimentarse de la versión originaria de la Carta Magna de un Estado fundado en aquellos postulados que, tomando como referencia el artículo

2 del Tratado de la Unión Europea, podemos identificar con el respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías.

La obra que aquí se presenta constituye una herramienta imprescindible en aras a la comprensión de dicha realidad, puesto que en la misma se aborda de forma completa y rigurosa no sólo la cuestión en sí misma considerada, desde una perspectiva meramente dogmática, con la obligada aproximación a la –en palabras del Profesor Donaire- “clásica dicotomía entre lo material y lo formal”, amén del dificultoso ejercicio que entraña el hecho de hacerla extensiva a la temática abordada con carácter general, esto es, la reforma constitucional. Pues bien, el estudio va más allá y, en ese sentido, resulta ahora reseñable la importante labor de síntesis llevada a cabo por los autores, a los efectos de sumergirnos en la diversidad de paradigmas que ofrece el derecho comparado con vistas a proceder a un control de la reforma constitucional desde el plano jurisdiccional, tanto interno como externo.

Nos introducimos así en una suerte de *primer nivel de justiciabilidad* de la reforma constitucional que debemos identificar con el ordenamiento interno del país que sea objeto de nuestro particular interés. Y a este respecto, el Capítulo Primero suscrito por el Profesor Donaire, vendría a ser considerado como una aportación de referencia a la luz, tanto de los precedentes colacionados, como por el grado de actualización respecto de la problemática planteada al inicio de esta recensión en determinados supuestos, lo que genera un elemento más que oportuno de conexión con el alcance de los sugeridos instrumentos de garantía –ya definidos con carácter jurisdiccional-, aunque a concebir más allá del ámbito nacional, tal y como se verá a la hora de presentar el contenido de los restantes Capítulos que integran la aportación, y cuya autoría corresponde al Profesor Ugartemendia.

Retomando el hilo de lo expuesto en relación a las garantías jurisdiccionales nacionales, es destacable, en un primer término, el análisis de la cuestión en el marco del sistema de control difuso de constitucionalidad en Estados Unidos, a través de la conocida como

*Judicial Review*. En concreto, el Profesor Donaire nos familiariza con el empleo de esta técnica (de la que no debemos olvidar su papel central y *primitivo* en el sistema de control de constitucionalidad de las leyes) para llevar a cabo la *justiciabilidad* de las enmiendas constitucionales en el referido país norteamericano. A través, por tanto, de una copiosa jurisprudencia, el autor nos hace ver –ante todo– que la garantía jurisdiccional interna tiene allí lugar a dos niveles: federal y estatal.

En dicho ámbito, aunque particularmente a nivel federal, el autor llama la atención sobre la importancia de la existencia de la doctrina de las denominadas *Political Questions*, que han influido de manera considerable en las decisiones judiciales cuyo objeto de pronunciamiento trajera causa en el planteamiento de cuestiones relacionadas con el ejercicio de un control de constitucionalidad material de la Constitución de los Estados Unidos.

Por su parte, en torno al nivel estatal, debe advertirse el especial interés que presenta la cuestión relativa al hecho de que la reforma de una Constitución estatal estuviere acompañada de una aprobación a través de referéndum, o tuviese su origen en la iniciativa legislativa popular. Una circunstancia que generó cierto debate en su momento, enfocado a si ello ostentaría un efecto subsanador, o no, de las eventuales vulneraciones (ya fueren de tipo formal o material) producidas en el contexto de determinadas reformas constitucionales. Discusión que, por otro lado, podría plantearse nuevamente en la actualidad, sobre todo si tenemos en consideración el enfoque de aquellas reformas constitucionales que anunciábamos al inicio de estas líneas, y que para validarlas se llegara a abogar por el elemento concurrente de la legitimidad popular.

En cuanto al ámbito europeo, el Profesor Donaire comienza realizando una indicación de partida que debemos tener presente, en todo momento, para entender los términos en que se ha venido produciendo, con carácter interno, las diferentes modalidades de control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en los países de nuestro entorno, así como su evolución. Tal indicación se corresponde, inevitablemente, con la existencia de las conocidas como *eternity clauses* en el texto constitucional que tomemos de referencia. Esta circunstancia,

como ya se presupone, no es nada baladí, pues su presencia o ausencia ha derivado en un tratamiento muy dispar a la vista de los casos estudiados por el autor, incluso respecto de aquellos que comparten la vigencia de ese tipo de disposiciones.

Cabe destacar así el papel protagonizado por el *Bundesverfassungsgericht* alemán, que ha afirmado el control de constitucionalidad a la Ley Fundamental de Bonn, por medio de una jurisprudencia por la que, amparándose en la existencia de *eternity clause* y su consecuente control de constitucionalidad formal centrado en verificar si se respeta dicha cláusula en el marco de la correspondiente reforma, le ha atribuido un contenido sustantivo, ejerciendo así también un ejercicio de control de corte material.

Por lo que refiere al interés que, a bien seguro, suscitará la temática abordada para el país en el que tiene lugar la publicación de la presente recensión, debe advertirse el tratamiento que el Profesor Donaire lleva a cabo sobre el caso de Italia, respecto del que recuerda a modo de conclusión, y en línea con lo introducido, que además de la vigencia de la *eternity clause*, "la *Corte Costituzionale* se ha declarado competente para controlar las reformas constitucionales también en cuanto a la garantía de los principios fundamentales o supremos de la propia Constitución, que no pueden ser subvertidos o modificados ni siquiera por las leyes de revisión constitucional ni por las demás leyes constitucionales."

Para terminar su estudio enfocado en Europa, el Profesor Donaire procede a abordar los casos singulares de Austria, Francia, República Checa y, especialmente, el de España, donde procede a destacar el análisis crítico aportado por el autor con motivo del, hasta la fecha, único supuesto de control ejercido por el Tribunal Constitucional español, respecto de una reforma constitucional tomando como parámetro de validez de la misma el texto constitucional reformado.

Pero sin lugar a dudas, y más allá del estudio que aborda de otros espacios geográficos, como son determinados países de América Latina (Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, México y Perú), la India o Sudáfrica, reviste de un especial interés para lo que ahora nos ocupa, el tratamiento que realiza sobre el fenómeno de *abusive constitutionalism*

(siguiendo a David Landau), en virtud del cual la reforma constitucional es utilizada por el líder político o facción con el propósito último de prolongarse y no ser desalojados del poder, aunque manteniendo una cierta apariencia institucional. El Profesor Donaire nos advierte que la *justiciabilidad* interna ante esta realidad ha tenido cierto éxito, sirviendo de freno a tales pretensiones, como así se ha experimentado en Colombia. Sin embargo, ello no ha sido efectivo en países como Venezuela o Hungría. País, este último, considerado como el “el prototipo de este modelo emergente” de *iliberar constitutionalism* (o *competitive authoritarianism*).

Lo anterior nos muestra que pueden darse situaciones en las que no bastaría solo con las garantías jurisdiccionales nacionales, obligándonos en consecuencia a tener que acudir a una *justiciabilidad* de la reforma constitucional que, en pro de la preservación de los valores previamente aludidos atiende, según el Profesor Ugartemendia, a parámetros de “supraconstitucionalidad” externa, dentro de los cuales diferenciaríamos aquellos de tipo supranacional (como los del Derecho de la Unión Europea) o convencionales, asociados al Convenio Europeo de Derechos Humanos (aunque sin obviar, en esta materia, las reflexiones del autor que ahora centra nuestra atención, en relación al origen de este tipo de control en el ámbito interamericano).

De este modo, en relación a los primeros, y partiendo -a lo largo del Capítulo Segundo de la obra- de una profusa descripción del diferente alcance de las reformas constitucionales experimentadas por los Estados miembros con motivo de la integración europea, el autor se refiere a dos vías para la modificación constitucional en aras de poder soslayar la eventual incompatibilidad de los ordenamientos constitucionales con el Derecho de la UE: bien mediante una reforma formal de la Constitución nacional, o a través -lo que resulta más genuino- de la realización de una lectura *pro unione* de la Constitución nacional por parte de su supremo intérprete (hasta el límite, advierte el autor, de la interpretación *contra constitutionem*). Como podrá así deducirse, adquirirá en este contexto una importancia real el principio de primacía, así como su interpretación según los casos, diferenciándose dentro del mismo dos vertientes que

deben, necesariamente, tenerse en cuenta a la hora de abordar los diferentes aspectos que resultan de la problemática analizada, a saber: una normativa y otra aplicativa.

Además, el autor procede al análisis, dentro igualmente del Derecho de la Unión, de otras modalidades de ejercicio del control de *europiedad*, ya sea en su faceta de control de legalidad o del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los Estados miembros en virtud de los Tratados. En particular, se trataría de los dos mecanismos previstos en el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea, los cuales no obstante son calificados como de *last resort* y pensados para situaciones límite.

Por otro lado, en lo que concierne a la posibilidad de una *justiciabilidad* externa de la reforma constitucional basada en normas de Derecho Internacional, aunque más concretamente traducida en el control de convencionalidad relativo al Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Profesor Ugartemendia viene a señalar en el Capítulo Tercero, además de las diferentes modalidades de control que, en tal sentido, han sido adoptadas por los ordenamientos constitucionales internos de los Estados que conforman el Consejo de Europa, los principales casos de control externo de normas de reforma constitucional desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y ello sin perder de vista el acertado análisis respecto a la naturaleza y distinto nivel de tratamiento de las decisiones adoptadas por dicho Tribunal, lo que da pie a abordar con precisión los efectos que de las mismas se derivarían en torno al denominado control jurisdiccional interno de convencionalidad, de dificultosa aplicación en el ámbito de la reforma constitucional.

Finalmente, y sin perjuicio de lo anterior, el autor termina por explicar dos nuevas posibilidades con las que poder salvar la advertida aplicación dificultosa de la modalidad interna de control referida. En particular se refiere a su ejercicio, aunque aún en suspenso, por medio del Derecho de la Unión, así como al incipiente control a través de las opiniones consultivas del Protocolo 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.