

La reforma de la Constitución*

BERTRAND MATHIEU**

Resumen

Reformar o adoptar una Constitución es un acto mayor. Esta rige no solo el funcionamiento de las instituciones, sino también los valores que comparten los ciudadanos. Una Constitución es un conjunto de principios, de valores, de instituciones y de mecanismos cuyo objetivo es el ejercicio del poder. Es a la vez el marco y el espejo de la sociedad. Es el puente entre la historia de una Nación y su futuro. En una democracia, la Constitución manifiesta la expresión de una voluntad común, la identidad de un Pueblo, así como las relaciones que este busca construir tanto con los otros Estados como con la sociedad internacional. Es también un acto de soberanía. De manera directa o indirecta, la adopción de la norma suprema manifiesta la voluntad del soberano.

Palabras clave: Constitución. Reforma constitucional.

Sumilla

Introducción

1. Reformar la Constitución: lógica y limitaciones
 - 1.1. Los objetivos de la reforma constitucional
 - 1.2. Los límites establecidos a la reforma constitucional
2. La distribución de las funciones entre los actores de la reforma constitucional: el proceso de reforma
 - 2.1. La función a la vez fundamental y secundaria del pueblo en el proceso de reforma constitucional
 - A) La identificación del constituyente
 - B) El proceso de reforma previsto por la Constitución de 1958
 - 2.2. La función del juez en la reforma constitucional
 - 2.3. La función de los comités de expertos en el proceso de reforma constitucional
3. El contenido de las reformas
 - 3.1. Reformar una constitución o cambiar de constitución
 - 3.2. La cuestión de la identidad nacional y de los principios fundadores
 - 3.3. ¿Qué equilibrios institucionales?
 - A) El fortalecimiento de las funciones de control del Parlamento
 - B) El fortalecimiento de la función de los jueces
 - 3.4. Las medidas relacionadas con la voluntad de encontrar soluciones a la crisis de la democracia
 - 3.5. Consideración de las nuevas cuestiones sociales

* Conferencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, octubre de 2019. Traducido del texto en francés por Claudia Pómez Villanueva.

** Catedrático de las Facultades de Derecho de la Universidad de París I Panthéon-Sorbonne y de la Universidad de Bourgne. Consejero de Estado en servicio especial. Correo electrónico: prb.mathieu@wanadoo.fr

Introducción

Me referiré principalmente a la situación francesa y trataré en primer lugar la lógica a la que puede obedecer una reforma constitucional, antes de abordar las limitaciones que pesan sobre esta. En seguida, presentaré los procesos y finalmente el objeto de tales reformas. Es necesario considerar, sin embargo, que el desarrollo de una concepción común, por lo menos en lo que respecta a su principio, de lo que llamamos el Estado de derecho tiende a una cierta uniformización de las constituciones, esencialmente en las cuestiones relativas a los derechos individuales, a la independencia de la justicia y al control de constitucionalidad. No obstante, es importante no trasponer modelos extranjeros o teóricos, ante el riesgo de inadaptación de la Constitución respecto de la sociedad que debe regir. Así, insistiré en los aspectos del derecho francés que podrían tener un alcance más amplio.

1. Reformar la Constitución: lógica y limitaciones

Al tratarse de una reforma constitucional, la primera pregunta que debemos plantearnos se refiere a los objetivos que se desea alcanzar. La segunda está relacionada con las limitaciones a las que podrían verse enfrentados los autores de una reforma constitucional: se trata de los límites del poder de reforma.

1.1. Los objetivos de la reforma constitucional

Podemos considerar que una reforma constitucional consiste en tomar en cuenta las preocupaciones macroconstitucionales, como por ejemplo el equilibrio general de los poderes. También puede tratarse de considerar las preocupaciones microconstitucionales: por ejemplo, la condición jurídica de una colectividad de ultramar. Sin embargo, puede existir un gran desfase entre los efectos deseados y los recursos empleados, y la razón principal es que a menudo se plantea la cuestión del cómo antes del porqué. Los constitucionalistas, así como probablemente también los políticos, son apasionados de la mecánica, y este amor por la mecánica por lo general los conduce a formular Constituciones ideales, que en ocasiones no responden a ninguna verdadera cuestión previa. La primera pregunta que debemos plantearnos cuando queremos reformar una Constitución —y una Constitución está hecha para una sociedad— es saber si es la Constitución quien está enferma o si la sociedad lo está y, en este último caso, saber si la terapia institucional es pertinente para tratar de frenar la progresión de la enfermedad.

En 1958, los objetivos son claros. El nacimiento de la Quinta República es el fruto de una voluntad, la del general de Gaulle, de restaurar el Estado, y de una situación, la incapacidad de la Cuarta República para resolver en su totalidad el

problema de la descolonización. Los medios están claramente definidos: restablecer la supremacía del Ejecutivo, y dentro del Ejecutivo, la supremacía del presidente de la República; regular la actividad parlamentaria; devolver al pueblo la soberanía que le había sido confiscada por el Parlamento. La Quinta República, un régimen que podía parecer producto de las circunstancias, no es un régimen circunstancial. Probablemente sean la coherencia de los objetivos y la adecuación de los medios para alcanzarlos lo que permitió la consolidación a largo plazo de este régimen.

Las numerosas reformas de la Constitución —aproximadamente veinte en cincuenta años— conllevan un riesgo de menor coherencia y de devaluación. Todas estas operaciones se asemejan un poco a una partida de *bowling*, en la que tumbamos los bolos constitucionales uno a uno, sin estar seguros de lo que colocaremos en su lugar. La desacralización de la Constitución tal vez represente un grave peligro. Para adoptar un lenguaje más económico: aquello que es escaso es caro y, por definición, aquello que no es escaso cuesta poco. Cabe preguntarse si debemos temer que la Constitución se desmonetice. Pasar de la constitución-símbolo a la constitución-técnica puede acarrear efectos exactamente iguales a aquellos que se denuncian hoy cuando se trata de la ley.

Entre las reformas que se han llevado a cabo desde 1958, la de 1962 terminará de completar la presidencialización del régimen al contemplar la elección del jefe de Estado por sufragio universal directo. Otras reformas harán progresar la construcción del Estado de derecho: por ejemplo, la de 1974, que permite el recurso al Consejo Constitucional por parte de la oposición, y otras reformas que abarcan las condiciones de la responsabilidad penal de los ministros. Existen también otras reformas que podemos llamar micro reformas técnicas (fechas de apertura de las sesiones parlamentarias, medidas en caso de deceso de un candidato a la elección presidencial, etcétera). Muchas son las reformas «limitantes», cuyo objetivo es adaptar la Constitución a la construcción europea o a la creación de la Corte Penal Internacional. Algunas son reformas «símbolo», ya que traducen determinadas evoluciones de la sociedad (introducción del principio de paridad, Carta del Medio ambiente, supresión de la pena de muerte). Entre estas reformas, dos modifican los equilibrios constitucionales: se trata de la reforma de 2000, que reduce la duración del mandato presidencial a cinco años, y la de 2007, que autoriza al Parlamento a destituir al presidente de la República en caso de incumplimiento grave de los deberes de su cargo. La reducción del mandato presidencial constituye el ejemplo de la reforma que se lleva a cabo sin una reflexión de conjunto respecto de sus incidencias y de su articulación con las otras normas constitucionales. Además, genera un fortalecimiento de la presidencialización del régimen y una cierta forma de confusión entra las funciones del presidente de la República y las del primer ministro.

La reforma constitucional puede ser un medio para remediar determinadas disfunciones. En un país como el Perú, donde al parecer los golpes de Estado son la solución a los conflictos entre el Congreso y el presidente, la modificación de la Constitución puede ser un medio para buscar ya sea herramientas jurídicas de solución de conflictos o bien mecanismos electorales que permitan un alineamiento de las mayorías políticas. En Francia, el sistema está constituido de tal forma que quien gobierna es quien gana las últimas elecciones, es decir, el presidente de la República o el primer ministro, quien proviene de la mayoría parlamentaria. Sin embargo, este sistema tiene menos que ver con el texto constitucional que con las relaciones de fuerza política. Desde este punto de vista, el sistema de doble moción de censura para permitir la disolución de la Asamblea ya existía en la Cuarta República; la Quinta República le puso fin al permitir que el presidente disolviera con total libertad.

La reforma constitucional que se llevó a cabo en 2008, la primera reforma exhaustiva de la Constitución de 1958 puede analizarse bajo múltiples ángulos. En primer lugar, marca un nuevo equilibrio entre los poderes (fortalecimiento de la función del Parlamento, regulación del poder de nombramiento del presidente de la República, etcétera). Asimismo, traduce un conjunto de evoluciones sociales relacionadas con la concepción tanto de los derechos fundamentales como de la democracia (cuestión de inconstitucionalidad, reforma del Consejo Superior de la Magistratura, referéndum de iniciativa mixta, parlamentaria y popular, etcétera). Además, esta reforma busca mejorar determinados aspectos de las condiciones de la producción normativa (estudios de impacto, función de evaluación de las políticas públicas reconocida al Parlamento, etcétera).

1.2. Los límites establecidos a la reforma constitucional

El estudio de estos límites es particularmente interesante, ya que nos remite al debate que opone el principio democrático a la protección de los derechos fundamentales, y los poderes del juez a los del constituyente. Uno de los límites últimos de la reforma constitucional podría encontrarse en la desaparición del Estado que la Constitución organiza y que representa a la vez su soporte.

En Francia, bajo la Quinta República, estos límites son de dos índoles. Por un lado, prohíben la reforma constitucional en determinadas circunstancias. Así, ningún proceso de reforma puede iniciarse o continuar en los siguientes casos: riesgo para la integridad territorial (artículo 89 C), vacancia de la presidencia de la República o interinidad (artículo 7 C), periodo de aplicación de los plenos poderes del artículo 16 C (decisión 93-312DC). Por otro lado, la forma republicana del gobierno no puede ser objeto de reforma alguna (artículo 89 C). Esta noción de «forma

republicana del gobierno» plantea una serie de dificultades de interpretación. ¿Se trata acaso de la forma del régimen político (república, monarquía, imperio) o de los principios republicanos? Lógicamente, la referencia textual a la «forma» del régimen y el historial de esta formulación remiten a una interpretación estricta cuyo único objeto es la forma del régimen y no los principios sustanciales que constituyen su fundamento. A pesar de ello, si nos situamos en el contexto contemporáneo del Estado de derecho material y del papel constructivo del juez en la interpretación de la norma constitucional, es concebible que se opte por la segunda interpretación.

Esta cuestión nos lleva al problema relacionado con la democracia: la distribución de las funciones entre el Parlamento y el pueblo, por un lado, y el juez, por el otro. La idea según la cual existe una cláusula de eternidad en la Constitución, o la idea según la cual determinadas disposiciones constitucionales no pueden ser objeto de reforma, ni aun por parte del pueblo, plantea naturalmente una cuestión esencial respecto de la democracia. Un sistema en que el juez puede imponer al constituyente, incluso si se trata del pueblo, una determinada cantidad de reglas ya no es un sistema fundado en la democracia —aun si funciona de manera democrática— sino un sistema fundado en los derechos fundamentales. Ahora bien, un sistema fundado en los derechos fundamentales necesariamente es regulado por el juez.

2. La distribución de las funciones entre los actores de la reforma constitucional: el proceso de reforma

Expresión de la soberanía de un Estado, la Constitución es adoptada y revisada por el pueblo o sus representantes. El acto constituyente es, por naturaleza, acto de soberanía. Sin embargo, el juez puede llegar a desempeñar un papel primordial en la función constituyente. El proceso democrático también rivaliza con la intervención de comités de expertos que no reemplazan al constituyente, sino que tienden a preparar y regular el ejercicio de sus funciones.

2.1. La función a la vez fundamental y secundaria del pueblo en el proceso de reforma constitucional

A pesar de que el pueblo es por excelencia el Constituyente, y de que la Constitución de 1958 contempla su intervención de principio en el proceso de reforma, lo que se justifica principalmente porque el pueblo, quien adoptó la constitución mediante referéndum, es su autor desde el punto de vista jurídico, su intervención en la práctica de la reforma rara vez se ha producido.

A) La identificación del constituyente

Normalmente, se puede distinguir el poder constituyente originario del poder constituyente derivado. La diferencia entre el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado no abarca exactamente las distinciones que se pueden hacer en lo que respecta a los órganos competentes para llevar a cabo la reforma. Así, el órgano que ejerce el poder constituyente originario es aquel que hace acto de soberanía al promulgar la norma jurídica fundamental. Se trata de un acto que puede transmutar una realidad política en realidad jurídica. Según esta hipótesis, el constituyente es aquel que se impone políticamente como soberano y que, a través del acto constituyente, va a legitimar y ejercer al mismo tiempo esta soberanía. Este es el caso de las constituciones que nacieron tras un proceso revolucionario. El titular del poder constituyente no es establecido *a priori*, sino que surge *a posteriori* como aquel que logró llevar a cabo con éxito el proceso revolucionario. De este modo, en Francia de 1798, la soberanía nacional sustituye a la soberanía monárquica. El proceso revolucionario también puede afectar la constitución, sin que esto signifique un cuestionamiento del reconocimiento del soberano. Así, una constitución democrática puede ser desechada tras una guerra o revolución, pero la nueva constitución deberá ser legitimada por medio de la intervención del pueblo o sus representantes. Si razonamos ahora en el marco del respeto de la Constitución vigente, el poder de reforma constitucional puede ser ejercido ya sea por el pueblo o por un órgano especialmente habilitado. La posibilidad de hacer intervenir en la reforma constitucional un órgano que no sea el pueblo soberano puede responder a dos motivos. Por un lado, desde una perspectiva práctica, se busca evitar los bloqueos que necesariamente traería consigo el carácter engorroso del recurso a este proceso que puede resultar desproporcionado cuando se trata de modificaciones técnicas o menores. Por otro lado, y por razones más teóricas, la reforma constitucional se inscribe en un Estado que ignora los procesos de la democracia directa. Cabe destacar que la reforma llevada a cabo por el Parlamento, constituido en una formación específica y con reglas de mayoría reforzada, se distingue poco de la simple reforma llevada a cabo por el Parlamento en la forma legislativa ordinaria en los Estados que funcionan con una mayoría fuerte y disciplinada.

En el marco del poder de reforma derivado, la intervención del constituyente puede verse condicionada por la intervención de un órgano que dispone del poder de iniciar el proceso, es decir, que dispone de la iniciativa de la reforma. Este poder puede ser atribuido al jefe de Estado, al gobierno o al Parlamento. Cuando el Parlamento es bicameral, la iniciativa puede provenir de cualquiera de las asambleas (este es el caso en Francia bajo la Quinta República) o de ambas, de manera concurrente (como en Estados Unidos). Por último, la iniciativa de la reforma puede emanar del pueblo. En Francia, esta hipótesis solo estuvo inscrita en la Constitución de

1793, que nunca llegó a entrar en vigor. En cambio, en algunos países como Suiza, el pedido de un determinado número de ciudadanos obliga a las asambleas a examinar el proyecto de reforma o a someterlo a referéndum.

En un sistema federal, la lógica diferente que afecta el principio de soberanía lleva a considerar de manera distinta el ejercicio del poder constituyente. El poder constituyente originario pertenece a los Estados, quienes pueden delegarlo a la nueva entidad creada de este modo. Generalmente, dos legitimidades coexisten dentro de esta nueva entidad: la del pueblo y la de los Estados. Así, las segundas cámaras, que representan a los Estados federados, pueden gozar de un derecho de veto respecto de las cuestiones relativas a la estructura federal (Estados Unidos, Australia, Canadá). La Constitución también puede contemplar la interdicción de modificar la forma federal del Estado (Alemania, Brasil).

B) El proceso de reforma previsto por la Constitución de 1958

El proceso de reforma está previsto por el artículo 89 de la Constitución. Se divide en dos: un proceso normal y un proceso simplificado.

En lo que respecta al proceso normal, la iniciativa corresponde de manera concurrente al presidente de la República, a solicitud del primer ministro (proyecto), y a los miembros del Parlamento (propuesta). En seguida, se somete a debate el proyecto o la propuesta y se votan en la Asamblea Nacional y en el Senado (el orden es indiferente), quienes deben adoptarlo en términos idénticos por mayoría de los votos emitidos. Luego, el texto adoptado por ambas asambleas es sometido a la aprobación del pueblo mediante referéndum. Si la respuesta del pueblo es positiva, el presidente de la República promulga la ley constitucional.

El referéndum es una operación muy engorrosa que exige la participación de todos los ciudadanos. La idea es que determinadas modificaciones menores o relativas a problemas técnicos pueden no sensibilizar a la población. Es por este motivo que existe la posibilidad de un proceso simplificado. El presidente de la República es el único que puede decidir sobre el recurso al proceso simplificado, pero su decisión debe ser refrendada por el primer ministro. Este proceso simplificado solo puede ser utilizado en la hipótesis de un proyecto de reforma y no de una propuesta, para que de esta manera el Parlamento no sea quien esté a cargo por completo del proceso. El debate y la votación ante cada asamblea parlamentaria se desarrollan en las mismas condiciones que en el proceso normal. En cambio, este texto no será adoptado por el pueblo, sino por el Congreso, es decir, por ambas asambleas reunidas en Versalles. Para ser adoptado, el proyecto de ley constitucional debe obtener los tres quintos de los votos emitidos. Cabe destacar que existe aquí una distinción formal entre el Parlamento legislador y el Parlamento constituyente en

su formación, su lugar de reunión, sus condiciones de sufragio. Sin embargo, el respeto del principio democrático y de la adecuación entre el poder constituyente y el pueblo exigiría que este proceso simplificado esté reservado para modificaciones menores, lo que no ocurre.

En efecto, el pueblo casi siempre se ha encontrado excluido de la reforma constitucional. La primera excepción a esta situación fue la acción del general de Gaulle en 1962, quien aplicó de manera directa el artículo 11 C de la Constitución para someter la reforma a referéndum, sin pasar por el voto parlamentario, con el fin de superar la hostilidad de los parlamentarios respecto de la elección del presidente de la República mediante sufragio universal directo. Este uso del referéndum legislativo para reformar la Constitución ha sido objeto de numerosas controversias tanto jurídicas como políticas.

En cierta medida, la cuestión del recurso al artículo 11 C para reformar la Constitución remite a la cuestión de los poderes del presidente de la República no previstos expresamente por la Constitución. Así, en el Perú, el tema en debate es determinar si el presidente puede plantear la cuestión de confianza en el caso de un proyecto de reforma constitucional. Lo que está en juego entonces es permitir que el presidente obtenga la aprobación de la reforma pasando por encima de la oposición del Parlamento y esperando contar con el apoyo popular que se manifestaría a través de la obtención de una mayoría parlamentaria favorable tras una disolución, ya que incluso en caso de recurrir al referéndum, la aprobación parlamentaria es un requisito previo. Este tema se ha debatido principalmente en la Comisión de Venecia en el marco de la preparación de directrices para el referéndum. En realidad, existen dos concepciones posibles. En primer lugar, como en Gran Bretaña, la soberanía pertenece al Parlamento y el referéndum es un proceso que se inscribe en una democracia representativa. En segundo lugar, como en Francia, el referéndum es un modo de expresión directa de la soberanía del pueblo, alternativo a la democracia representativa. En la primera hipótesis, se exige la intervención del Parlamento en el proceso de referéndum, mientras que en la segunda hipótesis, esta intervención se justifica menos. Al ser interrogada al respecto, la Comisión de Venecia del Consejo de Europa se pronunció el 11 y 12 de octubre último sobre la relación entre el proyecto de modificación de la Constitución y la cuestión de confianza. La Comisión de Venecia, cuya doctrina por lo general es favorable a las prerrogativas parlamentarias, consideró, a pesar de haber señalado que la Constitución no prohíbe este proceso, que las enmiendas constitucionales pueden afectar el equilibrio de los poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo, y que vincular las enmiendas constitucionales a una cuestión de confianza podría otorgar al presidente la posibilidad de ejercer presión sobre el

Congreso con el fin de modificar a su favor el equilibrio de los poderes. La Comisión decidió que es competencia del Tribunal Constitucional del Perú tomar una decisión al respecto. En Francia, el tema de los poderes implícitos del presidente de la República se ha planteado en numerosas ocasiones, tanto al tratarse, como lo hemos visto, de la reforma de la Constitución a través del recurso directo a los referéndums, como de la firma de órdenes y de la posibilidad de poner fin a las funciones del Gobierno. Algunas de estas prerrogativas se han ejercido en función de la situación política, pero también en virtud del artículo 5 de la Constitución, que confía al presidente de la República la labor de garantizar «a través de su arbitraje, el funcionamiento regular de los poderes públicos y la continuidad del Estado». Además, este mismo artículo que estipula que el presidente debe velar por el respeto de la Constitución lo convierte en uno de los intérpretes de esta, sin perjuicio de los poderes específicamente atribuidos al Consejo Constitucional, que no dispone de un poder general equivalente de interpretación de la Constitución. En el supuesto de que el Parlamento considere que esta interpretación viola gravemente la Constitución, sería conveniente que este inicie el proceso de destitución por «incumplimiento grave de sus deberes manifiestamente incompatible con el ejercicio de su mandato» (artículo 68 C).

El recurso del referéndum expresa la idea según la cual el pueblo, sea cual sea el valor jurídico del proceso utilizado para interrogarlo, manifiesta un poder supremo que no es otro sino el poder del soberano. Las decisiones del Consejo Constitucional, la primera relativa al referéndum constituyente (62-20 DC) y la segunda relativa a un referéndum legislativo (92-313 DC), marcan, con treinta años de diferencia y más allá de algunas variaciones en cuanto a la redacción, una concepción idéntica de la soberanía del pueblo. En 1962, así como en 1992, el Consejo Constitucional considera no ser competente para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes adoptadas por referéndum, ya sea que se trate de una ley ordinaria o de una ley constitucional.

El proceso normal recién se utilizó en el año 2000 para la adopción del quinquenio presidencial. Sin embargo, el pueblo intervino de manera indirecta cuando se trató de reformas constitucionales relativas a la adaptación de la Constitución a la construcción europea, al tener que adoptar por referéndum determinadas leyes que autorizaban la ratificación de los respectivos tratados (el Tratado de Maastricht había obtenido una respuesta positiva, mientras que el proyecto de Tratado Constitucional, una respuesta negativa).

A pesar de ello, la importante reforma constitucional de 2008 fue adoptada por el Congreso el 21 de julio de 2008 con una votación superior por un voto a la mayoría de los tres quintos exigida.

Además, hasta ahora los proyectos de reformas iniciados por el presidente Macron no han tenido éxito. Por una parte, el presidente Macron, al igual que sus predecesores, es renuente a utilizar el arma del referéndum directo del artículo 11 por razones tanto políticas (los ciudadanos rara vez responden a la pregunta que se les plantea) como jurídicas (temor de un control por parte del juez constitucional respecto del recurso a este proceso). Cabe señalar que el presidente dispone de una mayoría insuficiente en el Congreso (mayoría de los tres quintos) y que el Senado dispone de la facultad de bloquear la reforma.

2.2. La función del juez en la reforma constitucional

Si bien esta función en principio es limitada y ejercida esencialmente por el Consejo Constitucional, el Consejo de Estado, que examina en su calidad de consejo del Gobierno los proyectos de ley constitucional, cumple una función relevante. Así, en su pronunciamiento sobre el proyecto de reforma presentado en junio de 2019, el Consejo de Estado define su función de la siguiente manera: al mismo tiempo que reconoce el carácter soberano del poder constituyente, el Consejo de Estado se asegura de que el proyecto que se le presenta no coloca a Francia en una posición contradictoria respecto de sus compromisos internacionales, con el fin de poder captar la atención del Gobierno sobre las dificultades que esto podría acarrear, de llegar a ser necesario. Asimismo, debe señalar que una disposición no se inscribe en los grandes principios que fundan nuestra república. Además, el Consejo debe indicar que una disposición es contraria al espíritu de las instituciones, que pondría en peligro su equilibrio o que vulneraría una tradición republicana constante. También verifica que las medidas que se contemplan son de nivel constitucional. La dignidad de la norma suprema exige, en efecto, que esta no esté sobrecargada con disposiciones de rango inferior. Debe garantizar también que las modificaciones que se realicen no estén vinculadas a circunstancias específicas o a consideraciones contingentes que la expondrían al riesgo de ser cuestionada inmediatamente. De igual manera y como lo hace en el caso de otros textos, examina si las medidas que se contemplan pueden alcanzar los objetivos del Gobierno, si otras medidas serían capaces de lograrlo con mayor éxito o si las disposiciones existentes acaso no permiten alcanzar estos objetivos. Finalmente, el Consejo precisa que la pluma del constituyente, además de tener la obligación de ser lo más elegante posible, debe ser límpida, concisa y precisa.

El juez constitucional puede operar de distintas maneras. En primer lugar, a través del control de las leyes relativas a la reforma constitucional. Ahora bien, tal como lo hemos señalado, el juez constitucional francés se niega a controlar las leyes parlamentarias, de reforma constitucional o de referéndum, así como las leyes ordinarias sobre referéndum. Si bien se trata del repartidor de competencias

entre el constituyente y el Parlamento legislador, no puede controlar la voluntad soberana del pueblo o del Parlamento constituyente. A pesar de ello, no se excluye en absoluto la posibilidad de que el juez constitucional intervenga en el proceso de reforma cuando el presidente de la República decide recurrir al proceso de referéndum directo del artículo 11. Podemos considerar que en cualquier hipótesis, la Constitución no otorga competencia alguna ni al Consejo de Estado ni al Consejo Constitucional para controlar la decisión del presidente de la República. En realidad, únicamente se podría recurrir al Tribunal de Justicia para decidir sobre la responsabilidad del presidente de la República por haber convocado directamente al Pueblo, si se considera que dicha decisión viola la Constitución. Se trata de una responsabilidad exclusivamente política. Sin embargo, el Consejo Constitucional podría anular el decreto de convocatoria a los electores con el fin de reformar la Constitución, según lo estipula el artículo 11. En efecto, el Consejo ha admitido la impugnación de este decreto por parte de cualquier elector (decisiones del 24 de marzo de 2005 y del 25 de mayo de 2005). Además, el Consejo de Estado realizó una distinción entre el referéndum legislativo del artículo 11 y el referéndum constitucional del artículo 89 (CE del 30 de octubre de 1998, *Sarran*), dando a entender así que estimaba que la Constitución no podía reformarse recurriendo al primero de estos procesos.

El papel del Consejo Constitucional en la regulación del funcionamiento político implica que el juez constitucional sea reconocido como un tercero imparcial. A menudo se critica el sistema francés, que implica nombramientos por parte de tres autoridades políticas (el presidente de la República, el presidente de la Asamblea Nacional y el presidente del Senado, tras una audiencia con las comisiones parlamentarias, quienes solo pueden oponerse por mayoría cualificada). Sin embargo, el sistema de nombramiento por parte del Parlamento por mayoría cualificada, como en el caso del Perú, y según un proceso que se recomienda con frecuencia, plantea algunos problemas. En primer lugar, estos nombramientos pueden ser el resultado de arreglos entre los partidos, lo que no garantiza su calidad. Por otro lado, existe el riesgo indiscutible de bloqueo. Además, es necesario prever una composición que reúna a personalidades conocidas que tengan una experiencia política de alto nivel y a juristas particularmente competentes.

Cabe destacar que la Constitución puede evolucionar sin que sea modificada formalmente. Esta evolución puede ser inducida por el contexto político. Así, en Francia, la crisis del 16 de mayo de 1877 transformó un régimen parlamentario dualista en régimen de Asamblea. De esta manera, bajo la Quinta República, los poderes efectivos del presidente de la República son determinados por la coyuntura política (igualdad o no en cuanto a la naturaleza de las mayorías presidencial y parlamentaria).

Es importante señalar que el juez constitucional también cumple una función primordial desde este punto de vista. Esta intervención puede adoptar diferentes formas. En primer lugar, el juez puede descubrir en la Constitución principios que no figuran expresamente.

Así, durante la evaluación de dos leyes denominadas leyes de bioética, el Consejo Constitucional formalizó el marco normativo constitucional aplicable en materia de bioética (decisión 94-343-344 DC) y descubrió a través de una interpretación audaz del texto constitucional el principio de dignidad humana.

Este descubrimiento también puede resultar de la aclimatación de principios provenientes de sistemas jurídicos extranacionales, como ocurre en Francia con el principio de seguridad jurídica. En efecto, basándose en el artículo 16 de la Declaración de 1789, que establece el principio según el cual un Estado donde no se garantice el respeto de los derechos no tiene Constitución, el Consejo Constitucional poco a poco constitucionalizará todas las obligaciones relativas a la seguridad jurídica (decisiones 2005-512 DC, 2005-530 DC, 2005-512 DC).

En estas hipótesis, el juez ejerce un poder creador al mismo tiempo que mantiene el vínculo entre la norma constitucional existente y el principio que debe derivar de esta. La doctrina del derecho vivo lleva al juez constitucional a mostrarse mucho más constructivo y a considerar que, de ser necesario e incluso si esto va en contra del texto constitucional mismo, es de su competencia adaptar los principios constitucionales a la realidad político-social contemporánea. En este caso, la Constitución ya no es considerada una lista cerrada de principios que el juez debe aplicar (de ser el caso, con las correspondientes nuevas consecuencias), sino una lista abierta que le corresponde al juez completar en función de lo que estime necesario. Si llevamos esta lógica hasta su paroxismo, la Constitución ya no es esencialmente un texto sustancial, sino un texto que confiere competencias al juez.

Del mismo modo, el derecho del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el derecho comunitario o el derecho constitucional comparado pueden incitar al juez constitucional a modificar la interpretación que realiza de determinados principios inscritos en la Constitución, o a incorporar nuevos principios. Esto ocurre con el principio del derecho a un juicio justo.

Finalmente, el juez constitucional necesariamente controla las leyes orgánicas por las que se aplican las disposiciones constitucionales. Este control puede ser la ocasión de modificar el alcance de una reforma constitucional. Es así como en la decisión 2009-579 DC sobre la ley orgánica por la que se aplicaban las nuevas disposiciones constitucionales relativas al proceso legislativo, el Consejo interpreta restrictivamente el texto constitucional que permite que se imponga al gobierno

la entrega de estudios de impacto que acompañen los proyectos de ley y censura las disposiciones de la ley orgánica que juzga demasiado restrictivas.

2.3. La función de los comités de expertos en el proceso de reforma constitucional

Un comité de expertos participó en la redacción de la Constitución en 1958. Su función era presentar propuestas a un comité interministerial presidido por el general de Gaulle. Esta intervención de un comité de expertos será solicitada nuevamente por el jefe de Estado cuando se trate de reformas de la Constitución de gran envergadura, es decir, reformas relativas a un tema específico pero sensible.

La intervención de un comité para temas puntuales se produjo en la modificación de la condición penal del jefe de Estado.

En cambio, se confió una misión más general a dos comités: el comité presidido por el decano Vedel y nombrado en 1993 por el presidente Mitterrand, y el Comité Balladur nombrado por el presidente Sarkozy en 2007. Las propuestas del comité Balladur fueron retomadas ampliamente en la ley constitucional del 23 de julio de 2008.

Quisiera invocar rápidamente mi experiencia como miembro de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa para evocar la función que desempeñaron los expertos internacionales.

La primera cuestión que se plantea a los relatores que tienen una mirada exterior del sistema constitucional de un Estado es encontrar la distancia correcta entre, por un lado, una serie de principios que, al no poder ser universales, caracterizan un sistema democrático liberal, y, por el otro lado, las especificidades relacionadas con la historia y la cultura de una nación y de un pueblo. Desde este punto de vista, incluso si la cuestión no se planteaba en estos términos, la Comisión de Venecia debe evitar dar «lecciones de moral» o emitir juicios de valor. Quien la consulta es un experto al servicio de los Estados. Una de las tentaciones a las que se debe resistir sería considerar que las «viejas democracias» occidentales son los tutores de otros Estados.

Así, si bien la última palabra siempre la tendrá el constituyente, la reforma constitucional es una operación compleja que, de ser necesario, requiere la intervención del juez y del experto con el fin de responder a una evolución del sistema político que se aleja de la democracia representativa sin por ello romper con los principios que constituyen su armazón.

Tanto en su contenido como en el proceso, la reforma constitucional da cuenta de las incertidumbres que afectan la coherencia del orden jurídico y su legitimación.

3. El contenido de las reformas

3.1. Reformar una Constitución o cambiar de Constitución

Reformar la Constitución o adoptar una nueva Constitución. Esta decisión es competencia de la autonomía política de cada país. Sin embargo, es una decisión con una importancia simbólica. Modificar la Constitución, ya sea de manera profunda, es inscribirse en la continuidad de la historia; cambiar de Constitución es marcar en primer lugar la ruptura política o institucional con lo que precede (nos damos cuenta del alcance de este debate al ver los grandes cambios que afectan a Argelia). En Francia, si bien la simbología de los cambios de República se ha podido justificar con la creación de la Quinta República que buscaba una ruptura institucional, en la actualidad es más estéril, ya que no lleva consigo una concepción organizada y razonada de nuevas instituciones. De hecho, es necesario desistir de la tentación de considerar que frente a una crisis social o política, la solución pasa necesariamente por una reforma constitucional. Si no se reflexiona a cabalidad y si solo toma en cuenta la coyuntura, esta reforma puede empeorar los males que busca sanar.

3.2. La cuestión de la identidad nacional y de los principios fundadores

Entre los temas relativos a esta cuestión: el idioma, las relaciones con los sistemas supranacionales, el lugar específico acordado a los ciudadanos respecto de los extranjeros.

Pero también el reconocimiento de los derechos y de las libertades fundamentales y, de ser el caso, de los deberes.

La cuestión de los derechos y libertades corresponde en la actualidad a los valores inscritos en la Constitución, y tiende a convertirse en el punto central de esta, incluso si no debe tener el monopolio, ya que una sociedad política no puede limitarse a reconocer derechos a los individuos, sino que también debe definir valores comunes que sean el cimiento de esta sociedad.

Para una mayor eficacia, puede ser conveniente catalogar estos derechos según su naturaleza y alcance jurídicos: podemos distinguir entonces los derechos fundamentales, las libertades públicas y los objetivos de valor constitucional. Así, existe una diferencia entre los derechos absolutos como el principio de dignidad humana (*stricto sensu*) y las libertades clásicas como el derecho al libre tránsito, que pueden verse limitados por la necesidad de conciliarlos con otros derechos y libertades, o por el respeto de obligaciones relativas al interés general. Finalmente, los objetivos de valor constitucional reagrupan principalmente derechos sociales. Constituyen obligaciones constitucionales que incumben a las autoridades, y no necesariamente pueden ser invocados ante el juez por los ciudadanos, aunque su violación puede

sancionarse en un proceso contencioso relativo a una norma. Una clasificación de los derechos fundamentales constituye a la vez una regulación de los poderes del juez y un elemento de seguridad jurídica para los ciudadanos.

3.3. ¿Qué equilibrios institucionales?

En el plano institucional, se debe distinguir dos cuestiones importantes: por un lado, la cuestión de las relaciones entre los poderes Ejecutivo y Legislativo y, por el otro, la cuestión de la organización de la justicia. Esta dualidad da cuenta claramente de la evolución de los sistemas políticos contemporáneos, marcada por una *summa divisio* entre el poder político y el poder jurisdiccional.

A) El fortalecimiento de las funciones de control del Parlamento

De manera general, las funciones parlamentarias tienden a tornarse cada vez menos normativas (ya que la ley es elaborada en su mayoría por el Ejecutivo) para desplazarse hacia la función de control del Gobierno. Esto sucede con el desarrollo de las comisiones de investigación o con el desarrollo de las prerrogativas de la oposición. Del mismo modo, la mejora del proceso legislativo (por ejemplo, la obligación de presentar estudios de impacto antes de formular proyectos de ley) puede favorecer la función de control de los parlamentarios.

En un contexto donde la Constitución de 1958 tuvo como objetivo fortalecer el papel del jefe de Estado y debilitar el Parlamento, fuente de inestabilidad política, la reforma constitucional de 2008 buscaba fortalecer esta función de control por parte del Parlamento. Podemos considerar que se trató de un fracaso relativo, no tanto por la naturaleza indebida de los procesos que se establecieron, sino por el hecho de que en realidad los parlamentarios no hicieron uso de las herramientas puestas a su disposición. De hecho, esto muestra los límites del recurso a la modificación del texto constitucional.

Además, en teoría, las disposiciones inscritas en el proyecto de reforma constitucional de 2019, como la reducción del número de parlamentarios, la elección de un porcentaje de los diputados por representación proporcional, la limitación reforzada de la acumulación de mandatos, entre otros, tuvieron como fin el fortalecimiento del Parlamento, incluso si se puede cuestionar la adecuación entre estas medidas y estos objetivos.

B) El fortalecimiento de la función de los jueces

a) *El fortalecimiento de la responsabilidad penal y el debilitamiento de la responsabilidad política de los miembros del Gobierno*

La cuestión de la responsabilidad de los miembros del Gobierno y de los jefes de Estado traduce una evolución que caracteriza a los regímenes políticos

contemporáneos marcados por un debilitamiento de la responsabilidad política, ocasionada en parte por el sistema mayoritario y por el carácter relativamente funcional del poder político en el que ya no es posible distinguir con claridad entre las funciones de decisión y de ejecución, de legislar y de aplicar, y por un fortalecimiento de la función jurisdiccional. Desde este punto de vista, es importante señalar que si bien el régimen parlamentario nace de la transferencia de la responsabilidad penal de los miembros del Gobierno ante el Parlamento hacia una responsabilidad política ante el mismo órgano, en la actualidad somos testigos de un fortalecimiento de esta misma responsabilidad penal. Fue así que en Francia, una reforma constitucional condujo a la protección del jefe de Estado durante el ejercicio de sus funciones, al mismo tiempo que hacía de él un ciudadano ordinario una vez terminado su mandato, respecto de las infracciones que hubieran podido cometerse con ocasión de determinados actos que no estén relacionados estrictamente con sus funciones. Esto llevó a la condena del expresidente Jacques Chirac por actos cometidos antes del ejercicio de sus funciones y a numerosos procesos judiciales contra el antiguo presidente Nicolás Sarkozy. En este sentido, el proyecto de reforma de junio de 2009 prevé que una jurisdicción ordinaria de derecho común juzgue a los ministros por los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones, regulando al mismo tiempo los comportamientos tipificados y estableciendo un sistema de filtro.

b) La justicia: un poder consagrado y fortalecido

La verdadera separación de poderes se juega en la actualidad entre el poder político y el poder de los jueces. Es verdad que el día de hoy la cuestión del equilibrio entre el poder político y el poder de los jueces es particularmente importante. En realidad, este equilibrio es inestable y difícil de encontrar, y nos atreveremos a considerar que en algunos sistemas el poder de los jueces es extremadamente débil, sometido de alguna manera por el poder político, y que en otros Estados es extremadamente fuerte, a tal punto que en algunas materias llega a aplastar al poder político.

Numerosas son las reformas que se han llevado a cabo para fortalecer la independencia de la justicia en un contexto histórico de desconfianza respecto de los jueces desde la Revolución francesa y que se tradujo principalmente en el reconocimiento de la justicia como una autoridad y no como un poder en la Constitución de 1958.

Entre estas reformas, encontramos el fortalecimiento de la función y de la competencia del Consejo Superior de la Magistratura, encargado del nombramiento y de la disciplina de los magistrados y que, sobre todo, ya no es presidido por el presidente de la República, sino por el primer presidente del Tribunal de Casación. El proyecto de reforma de junio de 2019 prevé el fortalecimiento de las competencias del Consejo Superior de la Magistratura respecto de los magistrados de la Fiscalía.

También se trata del fortalecimiento de la función del juez constitucional. Así, la aplicación del proceso de la cuestión prioritaria de la constitucionalidad, que permite al justiciable plantear una cuestión relativa a la constitucionalidad de la ley que se le aplica durante un proceso judicial, fortaleció considerablemente la función del juez constitucional.

3.4. Las medidas relacionadas con la voluntad de encontrar soluciones a la crisis de la democracia

Tomaría demasiado tiempo realizar aquí el diagnóstico de esta crisis; sin embargo, es una crisis real. Las soluciones constitucionales pasan tanto por una revitalización de la democracia directa como por la incorporación de elementos de democracia participativa. Así, la reforma de 2008 inscribe en la Constitución el referéndum de iniciativa compartida (propuesta proveniente de parlamentarios y con el apoyo de los ciudadanos), pero las condiciones para que se lleve a cabo este proceso (la quinta parte de los miembros del parlamento y la décima parte de los electores inscritos) hacían casi imposible su aplicación. El proyecto presentado en junio de 2019 busca facilitar el recurso a este proceso. Además, el objetivo del referéndum se extendería a las cuestiones de sociedad. Desde el punto de vista de la democracia participativa, se prevé la creación de un Consejo de Participación Ciudadana compuesto por representantes de la sociedad civil.

3.5. Consideración de las nuevas cuestiones sociales

Se trata de cuestiones como aquellas relacionadas con la igualdad entre hombres y mujeres, la bioética o la protección del medio ambiente.

Mientras que en el año 2004 se introdujo en la Constitución una Carta del Medio Ambiente, el proyecto de reforma constitucional presentado por el presidente Macron en junio de 2019 prevé que se inscriba en el artículo primero de la Constitución que la república «fomenta la preservación del medio ambiente, de la diversidad biológica y la acción contra los cambios climáticos». Se trata de un poderoso indicador del lugar que ocupa a partir de ahora la protección del medio ambiente.