

CAPÍTULO SEGUNDO

TEORÍA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Se ha estimado conveniente, en este capítulo, incluir una serie de temas relativos a la reforma constitucional, entre los que se encuentran: los orígenes y los fundamentos del Estado constitucional democrático; el principio de la soberanía popular y sus manifestaciones; la distinción entre poder constituyente y poder constituido, y las limitaciones que tienen dichos poderes. Se han agregado, además, por estar relacionados con la materia, aunque no formen propiamente parte de ella, una serie de apartados relativos a la interpretación constitucional porque una vez que ésta procede es posible determinar si es necesaria o no una reforma constitucional. En efecto, por medio de esa interpretación es posible determinar si ciertas normas de un ordenamiento supremo ya no corresponden a la realidad y a las necesidades de un Estado y, por tanto, es conveniente modificarlas o derogarlas. A través de la interpretación constitucional se puede llegar también a la conclusión de que una carta política debe abrogarse y reemplazarse por una nueva. Se ha agregado, además, la mutación constitucional que involucra un cambio de significado de una norma sin que se altere su contenido porque se trata de otro tema que está relacionado igualmente con la reforma de la Constitución.

I. LA RELACIÓN EXISTENTE ENTRE ESTADO CONSTITUCIONAL, SOBERANÍA Y LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

1. Antecedentes sobre el Estado constitucional

El Estado importa para los fines de este trabajo en la medida en que está enraizado con los conceptos de democracia, soberanía y con la creación o modificación de los ordenamientos supremos porque lo que interesa, en la actualidad, es la reforma en el Estado constitucional, social y democrático de derecho.

Así como la noción de Constitución, en su significado actual, que se analizaba en el capítulo anterior, es relativamente reciente, Hermann Heller indica que el concepto de estado es también algo nuevo, de lo que no tenemos antecedentes en la antigüedad pese a los esfuerzos de algunos autores para encontrar sus orígenes históricos. Tampoco existió como tal en la época medieval, porque en esta última sólo se encuentra una poliarquía, con imprecisiones territoriales, disgregación del poder y una coherencia floja e intermitente. El Estado, como se concibe en el presente, surge en el Renacimiento, en Europa, cuando las comunidades políticas se convierten en “unidades de poder continuas y reciamente organizadas”, con un solo ejército de carácter permanente, “una única y competente jerarquía de funcionarios y un orden jurídico unitario” se impone a los súbditos el deber de obediencia de manera general. Otro hecho de gran relevancia en la formación del Estado moderno, a iniciativa y presión del príncipe, es la aprobación por las asambleas de impuestos de orden general, aplicables a todos los súbditos, sin respetar privilegios de sangre o de estamentos, porque esta medida permitió la emancipación económica de los Estados.¹²⁴ Ahora, el primer y temprano antecedente del estado, se encuentra en la mitad del siglo XIII en Sicilia, donde Federico II centralizó el ejército, la justicia, la policía y la administración de las finanzas en un todo burocrático. Sin embargo, los orígenes del estado moderno hay que buscarlos en las ciudades repúblicas de la Italia septentrional en la época del Renacimiento.¹²⁵ Tales fueron, por ejemplo, las ciudades estados de Milán, Florencia y Venecia.

Por otra parte, la organización estatal surge como una consecuencia de los procesos insurgentes burgueses emanados de la Revolución francesa y de la Emancipación americana. De esta organización estatal aparecen, para Pedro de Vega, dos líneas de pensamiento que son diferentes. La primera, propone dar una justificación racional al poder y emana del iusnaturalismo contractualista que tiene a sus más reconocidos promotores en Grocio, Locke y Rousseau; la segunda, propicia más bien la limitación del poder y culmina en la obra de Montesquieu. Entre estas dos posturas que persiguen fines disímiles hay una contraposición que anticipa los problemas que plantea la reforma constitucional desde el punto de vista de su significado, fundamento y alcance.¹²⁶

¹²⁴ Heller, Hermann, *op. cit.*, nota 52, pp. 170, 171 y 174.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 170.

¹²⁶ Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 15 y 16.

Para Carré De Malberg, la formación inicial del Estado y su primera organización sólo pueden considerarse como un puro hecho que no es posible incluirlo en ninguna categoría jurídica porque ese suceso no está gobernado por ningún orden jurídico preexistente, es la condición del derecho, pero no está condicionado por éste. Tampoco puede afirmarse que el Estado emane del consentimiento de todos o de la mayoría de los miembros de una nación porque hay ejemplos de que éste ha sido el resultado de la fuerza, de la coacción e incluso de la persuasión. Lo que puede hacer el jurista es reconocer que el estado se ha constituido en el momento en que una colectividad nacional, establecida sobre un determinado territorio, posee órganos que expresan su voluntad, instauran un orden jurídico e imponen su superior potestad de mando.¹²⁷

Jean Jacques Rousseau en su ya clásica obra sobre *El contrato social*, señala que el pueblo es soberano y, como la soberanía es inalienable, éste sólo puede obedecerse a sí mismo, para lo cual debe ejercitar directamente y en forma inmediata el poder político. La democracia directa o de la identidad, de acuerdo con su teoría del contrato social, es la única que está de acuerdo con sus postulados. Como consecuencia de esta tesis, en primer término, una limitación del poder del pueblo no es posible porque un poder soberano es ilimitado. En segundo término, la Constitución, en cuanto instrumento de la limitación del poder, carece de fundamento o base en la democracia directa o de la identidad; de la misma manera, no se entiende la Constitución como instrumento para organizar la vida del Estado. Todo ello porque la comunidad política nace del contrato social que promueve el tránsito de la sociedad natural a la sociedad civil y la única Constitución que puede existir es el propio pacto social.

Ahora, si concebimos la Constitución como elemento organizador y limitador de los poderes de un Estado, debemos partir de bases diferentes a las planteadas por las tesis del pacto social y cimentar en la democracia representativa la elaboración de la teoría constitucional. Al distinguir entre gobernantes y gobernados ya es factible una idea de Constitución, concebida como ley suprema que, a nombre de la voluntad soberana del pueblo, puede controlar y restringir o delimitar la voluntad no soberana de los gobernantes.

¹²⁷ Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 1167 y 1168.

Además, en forma paralela, según Pedro de Vega, la diferencia entre gobernantes y gobernados, implica en la democracia representativa, una distinción y organización de los diversos poderes del Estado que, como no son soberanos, deben establecerse a través de un ordenamiento. Surge, entonces, la Constitución como ley suprema y como mecanismo de control del poder que determina las competencias y atribuciones de los diferentes órganos estatales. Por otra parte, este autor afirma que la distinción y oposición entre el principio de la legitimación democrática de la soberanía popular y la teoría de la limitación del poder, que concibe la Constitución como ley suprema, alcanzarán en la praxis del estado constitucional su dimensión más significativa. Es además, la consagración histórica de la democracia representativa, la que hace surgir y posibilitar el desarrollo de la teoría constitucional.¹²⁸

El estado constitucional basa su estructura en dos columnas fundamentales que son: el principio político democrático, y el principio jurídico de la supremacía constitucional. De acuerdo al principio político democrático, concierne al pueblo, en tanto que es el titular de la soberanía, el ejercicio del poder constituyente. Conforme al principio jurídico de la supremacía constitucional se piensa que la Constitución es una ley de naturaleza superior que obliga tanto a gobernantes como a gobernados.

La noción de poder constituyente hace surgir también una “ambigüedad y una contradicción manifiesta” al determinarse que el pueblo es el único titular de la soberanía y otorgar a éste la facultad de dictar y aprobar la Constitución. De esta manera, se intenta salvar el principio de la legitimidad democrática. Sin embargo, cuando el poder constituyente realiza su labor y desaparece en su calidad de tal, ya no subsiste el dogma de la soberanía popular porque al aprobarse la Constitución, sólo perdura el principio de la supremacía constitucional. La soberanía popular sólo conserva una presencia indirecta en la vida del Estado constitucional a través de la existencia del texto constitucional y tarde o temprano surgirá una confrontación entre la soberanía popular y la soberanía de la Constitución cuando sea necesario modificar el texto constitucional, según Pedro de Vega. Las alternativas que se presentan consisten en determinar que la Constitución, como ley suprema, puede establecer y regular sus procesos de reforma, caso en que el principio político democrático

¹²⁸ Vega García, Pedro de, *op. cit.*, nota 126, pp. 17-19.

queda transformado en una mera declaración retórica, o bien, para salvaguardar la soberanía popular se establece que siempre es el pueblo, como titular del poder constituyente quien debe reformar la Constitución.¹²⁹

El establecimiento de la reforma constitucional, como un proceso que conlleva mayores exigencias que la modificación de una ley ordinaria constituiría el intento de salvar un conflicto dramático para la vida del estado constitucional democrático, conforme señala Pedro de Vega, a través de la creación de un poder especial, que él llama poder de reforma o de revisión, entre el poder constituyente originario y el poder constituido ordinario. Este nuevo poder emana de las exigencias políticas del principio político democrático y de las exigencias jurídicas del principio de supremacía constitucional dentro de esta clase de estado. Naturalmente, el establecimiento de una reforma constitucional en un régimen monárquico o bien derivado de un golpe militar, no tiene por qué basarse en el principio político de la soberanía popular.

A propósito de los fines del estado, Böckenförde afirma que éste en su concepción actual es creación de una comunidad que está al servicio del interés común de todos los individuos que la integran. El origen y la referencia obligada del ordenamiento estatal es concebir al individuo en forma singular, libre, igual, autodeterminado y conforme a sus fines en el mundo terrenal. La promoción de estos objetivos es precisamente la razón del estado y el fundamento que lo legitima e incluye la defensa frente a los impedimentos y riesgos externos.¹³⁰ Es decir comprende en sentido amplio la seguridad jurídica que es también una garantía de bienestar. Por otra parte, para este autor, el ejercicio del poder del estado no se limita al ámbito de su actuación como autoridad, incluyendo en este asunto a quienes constituyen y detentan los órganos del poder, sino que comprende igualmente el cumplimiento de las labores que éste asume y que incluye resolver todos los asuntos que al pueblo interesan.¹³¹

La lista de los temas del Estado constitucional y de su ley fundamental está abierta, porque en un mundo en transformación, como el actual, se producen nutridas modificaciones, pero debe existir un inventario básico de las tareas que éste debe enfrentar de acuerdo a Häberle. Tanto la teo-

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 22 y 23.

¹³⁰ Böckenförde, Ernst W., *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 19 y 20.

¹³¹ *Ibidem*, p. 56.

ría de la Constitución como el Estado constitucional, como conquista cultural, deben contener un quantum de utopía, no sólo en tanto amplían las “libertades culturales” y su promoción sino también en la medida en que los textos superiores normen esperanzas. Hay que recordar, por ejemplo, que la Ley Fundamental de Bonn de 1949 planteaba la aspiración de unificar Alemania que ya es una realidad. Además, una característica del Estado que se encuentra igualmente presente es la de su calidad cooperativa. Este Estado constitucional cooperativo emana de las interrelaciones económicas que son acentuadas debido a los procesos de globalización. Pero también esta clase de estado surge de un trasfondo ideal-moral que persigue alcanzar universalmente los derechos fundamentales y humanos. Incluso, el Estado no existe más “para sí” sino que de partida constituye una comunidad universal abierta porque no puede evadir su rol de representar “hacia fuera” los mismos valores que considera en lo interno, por ejemplo, el pluralismo, el combate a la pobreza, la protección del medio ambiente, la defensa de los derechos humanos y de la democracia. Sin embargo, esta apertura no debe involucrar una pérdida de las identidades nacionales.¹³²

La noción básica del estado, en su concepción interna, se manifestaba, según Zagrebelsky, en que bajo su soberanía no podían existir sino relaciones de sujeción. Analizado, en cambio, el estado en su aspecto exterior, se presentaba como fortaleza cerrada, protegida por el principio de la no intervención, lo que no impedía la existencia de relaciones horizontales a través de convenios bilaterales o multilaterales. Sin embargo, no cabía la presencia de mandatos de una autoridad superior a la que los estados tuvieran que someterse. La soberanía misma se expresaba como manifestación de fuerza política referida a la persona soberana del Estado. La ciencia política terminó por desenmascarar esta ficción y demostró que las fuerzas reales que operan son los grupos de poder, las elites, las clases políticas o sociales. Es así que, desde finales del siglo XIX, una serie de “fuerzas corrosivas” actúan en el plano interno y exterior en contra de la concepción tradicional del estado, como: el pluralismo político y social interno que rechaza la idea de sujeción; la creación de centros externos de poder alternativos y concurrentes que actúan en el medio político, social, cultural y religioso, con sedes que a veces se sitúan incluso fuera del territorio estatal; la inclusión de poderes, por los propios Estados, en dimensio-

¹³² Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 5, pp. 7, 28 y 68.

nes supraestatales, por ejemplo, la Unión Europea; y, asimismo, el reconocimiento de jurisdicciones internacionales a las que pueden recurrir los individuos incluso frente a sus propios estados.¹³³ Toda esta conjunción de fuerzas o elementos han producido una profunda transformación en la concepción actual del Estado y de la propia soberanía estatal.

El estado nacional y soberano, enfrenta actualmente una serie de retos, según Carpizo, que derivan de la globalización, del poder de las empresas transnacionales, y de ciertos poderes ocultos, entre los que se encuentran las iglesias y los medios de comunicación. Además, dentro de los Estados mismos van proliferando una serie de organismos constitucionales autónomos como los bancos centrales, las comisiones que organizan las elecciones o los establecimientos públicos de energía nuclear, los que son indispensables, pero producen como consecuencia que se va fragmentando la acción del Estado. Existe igualmente una tendencia a la eliminación de las fronteras internas y a la regionalización de ciertos aspectos en materia de justicia, migración, asuntos sanitarios, defensa y combate a la delincuencia, en que es un ejemplo señero, la Unión Europea. Pese a lo expuesto, el Estado nacional y soberano, para este autor, no sólo subsiste sino que sigue siendo indispensable por el momento y, sin éste, el derecho internacional y la misma globalización no podrían sustentarse y desarrollarse.¹³⁴

Finalmente, el derecho constitucional, en realidad, sólo alcanza un elevado grado de desarrollo y magnitud en tanto se entiende que emana del Estado constitucional, social y democrático. En un régimen dictatorial, en que no estén dadas las condiciones políticas y sociales que son consubstanciales a la democracia, el tema de la reforma de la Constitución no tiene mayor trascendencia porque no opera en una comunidad política que prive el principio político democrático y una real supremacía de la constitución.

2. *La soberanía popular, ficción o realidad*

El problema de la soberanía no es un problema teórico que interese sólo a juristas, a cientistas políticos o a los sociólogos. Al contrario tiene una

¹³³ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 75, pp. 10-12.

¹³⁴ Carpizo, Jorge, *Algunas reflexiones constitucionales*, México, UNAM, 2004, pp. 152 y 153.

gran relevancia en tanto se trata de un atributo del estado constitucional democrático y porque constituye una explicación y al mismo tiempo un fundamento del orden jurídico y del estatuto constitucional que lo encabeza. Cómo se puede justificar la diferencia entre gobernantes y gobernados, la autoridad de los primeros, el deber de obediencia de los segundos, la institución de la representación política, la obligación de rendir cuentas de los funcionarios y la posibilidad de aplicar la coacción para hacer respetar la normatividad vigente sino a través del principio de la soberanía del pueblo. El solo hecho de que exista un orden jurídico positivizado que contenga las instituciones jurídicas y políticas que se han mencionado es condición necesaria pero no suficiente para que en una determinada comunidad política prevalezca el orden y la seguridad jurídica. De tal manera que el análisis del principio de la soberanía popular, de sus orígenes y características, de cómo opera y en forma especial determinar qué medidas se deben adoptar para que esté realmente presente en una comunidad política no es un asunto menor sino de la mayor trascendencia.

Niklas Luhmann al analizar el tema desde un punto de vista histórico, expuso de que a partir de la segunda mitad del siglo XVI, la soberanía significó el control político centralizado de la jurisdicción, suprimiendo de esta manera las jurisdicciones eclesiásticas, feudales o cooperativistas que se justificaban sólo por sí mismas. Desde esta visión, soberanía significó registro y unificación de los derechos regionales de lo cual se dejó constancia documental para asegurar más plenamente su vigencia.¹³⁵

No estamos en presencia de una auténtica democracia, señala Burdeau, sino cuando el pueblo, que es sustento del poder político, está en condiciones de ejercerlo directamente o al menos de controlar su ejercicio. En la práctica, el problema se reduce a la creación de instituciones constitucionales a través de las cuales las acciones de los gobernantes queden subordinadas a la voluntad del grupo. Reconoce que este enunciado que parece tan simple encubre graves dificultades porque no se trata ya de afirmar la primacía de la voluntad popular sino de buscar dónde ésta se encuentra y como expresarla.¹³⁶

Para evitar el estallido del concepto de democracia, no basta con fingir que se cree en la soberanía popular sino que es necesario avanzar en el ca-

¹³⁵ Luhman, Niklas, *El derecho de la sociedad*, México, Herder-Universidad Iberoamericana, 2005, p. 476.

¹³⁶ Burdeau, Georges, *La democracia, ensayo sintético*, Barcelona, Ariel, 1965, p. 39.

mino por hacerla realidad, expresa Burdeau y clasifica la democracia como gobernada y gobernante. La democracia gobernada es la fundada en el poder de la nación, es una forma primitiva del régimen democrático, en que se reconoce al pueblo como soberano, sólo que la manera en que es llamado a constituirse es por el sufragio. Más los gobernantes de hecho gozan de independencia y de una amplia discrecionalidad. O sea, se trata de un régimen que en la realidad es poco democrático. Y cita enseguida a Tocqueville que al referirse al sistema gubernamental norteamericano expresó en 1875 que “se trata menos para los partidarios de la democracia de encontrar el medio de hacer gobernar al pueblo que de hacer escoger al pueblo los más capaces para gobernar”. La democracia gobernante, para Burdeau, es un régimen en que se considera a la masa capaz de prescindir de esos intermediarios que le proporciona la democracia gobernada. Y no se trata de un cambio en la organización o en las técnicas constitucionales sino de que el pueblo asuma por sí mismo la responsabilidad de su destino. Requiere para ello de un poder fuerte, capaz de imponer la disciplina, basado en los imperativos populares. Sin embargo, reconoce que al menos en el mundo occidental la colectividad está dividida de modo que la conquista del poder prevalece sobre su ejercicio. Finalmente, señala que puesto que la voluntad del pueblo es la de los hombres en el taller, en los campos, en los despachos o en la calle es allí donde hay que conquistarla para imponerla después a los poderes públicos y propugna también el paso de la democracia política a la democracia social en que se observa un dominio de la sociedad entera y en que se controla cada una de las relaciones, cada uno de los actos que integran la vida colectiva.¹³⁷

Para precisar el alcance de la soberanía hay que tener presente además las circunstancias en que se aprobó la Asamblea Nacional francesa en 1789 que se refiere a la soberanía nacional, como elemento del Estado, en oposición a la soberanía del monarca. En esa época, los autores alemanes señalaban que la soberanía pertenecía al Estado; los ingleses afirmaban que ésta se encontraba en el Parlamento; en cambio, en Estados Unidos de América y Suiza la mención correspondía a la soberanía del pueblo, según Carré de Malberg.¹³⁸

La tesis de que la soberanía radica en la nación, según Gamas Torruco, es un aporte de la doctrina francesa y tal concepto se identificaba en

¹³⁷ *Ibidem*, pp. 49-53 y 57.

¹³⁸ Carré de Malberg, R., *op. cit.*, nota 127, pp. 889 y 890.

un comienzo con la soberanía del pueblo, pero pronto tales nociones se utilizaron en forma distinta. En efecto, también en Francia, al observarse las insurrecciones populares, la idea de nación cambia y se entiende por tal el “electorado función”, es decir el compuesto por ciertas personas que tuvieran preparación y responsabilidad para ejercitar un oficio público, o sea los que tenían cierto nivel de fortuna. Pero la evolución no termina en esa etapa porque, en ese mismo país, como resultado de la restauración monárquica, del bonapartismo y las luchas republicanas, se determina que la soberanía radica en el estado. Tal concepción debe rechazarse porque implica entregar la soberanía a quienes de hecho controlen el poder. De tal manera, que el concepto de soberanía nacional o estatal fue útil para la burguesía de ese entonces que protegió sus intereses detrás de estas abstracciones.¹³⁹

En la actualidad, un número importante de autores piensa que la idea de la soberanía popular constituye el fundamento básico del pensamiento democrático. La soberanía popular debe entenderse en tanto quien detenta el poder es considerado como un representante del pueblo, con la misión de cumplir las decisiones que éste ha adoptado, como único propietario de la soberanía y así lo entendieron los revolucionarios americanos y franceses.¹⁴⁰

De esta manera, Carpizo señala que si partimos de la base de que el pueblo es el titular del poder constituyente, tenemos los fundamentos para construir un derecho constitucional de la libertad y para la libertad; pero si la conclusión es distinta, se está construyendo una estructura constitucional ajena a estos afanes más no un derecho Constitucional. Por estas razones, cuando el pueblo no ha aprobado una constitución, hasta las más terribles tiranías buscan la legitimidad del orden jurídico imputando al pueblo el poder constituyente o bien buscando formas de participación de éste en el proceso de formación de una estructura constitucional. Respecto a las asambleas constituyentes encargadas de elaborar y aprobar un orden constitucional, se plantea el problema de en qué medida representan realmente la voluntad popular y su respuesta es que la Constitución propuesta debe ser sometida a referendo; como sucedió, por ejemplo, en

¹³⁹ Gamás Torruco, José, *Derecho constitucional mexicano, teoría de la Constitución, origen y desarrollo de las Constituciones mexicanas, normas e instituciones de la Constitución de 1917*, México, UNAM-Porrúa, 2001, pp. 152-155.

¹⁴⁰ Touraine, Alain, *¿Qué es la democracia?*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 117.

1848, en Suiza, en que el Poder Legislativo designó una comisión para que redactara un proyecto de texto supremo, el que fue aprobado por la mayoría de los votantes y de los cantones. De tal manera que la idea de someter a referendo la aprobación de una Constitución es congruente con la tesis que afirma que la titularidad del poder constituyente la tiene el pueblo.¹⁴¹

Para Héctor Fix-Fierro, las democracias contemporáneas conocen algunos instrumentos de participación ciudadana. La idea que es posible encontrar detrás de estos mecanismos es que los derechos del ciudadano son originarios y de que la mediatización que experimentan a través del sistema representativo, en los partidos políticos, no impide que los ciudadanos tengan que intervenir en las decisiones sobre ciertos asuntos trascendentes, como la aprobación de un nuevo texto constitucional o la integración a un nuevo organismo supranacional.¹⁴²

El titular originario del poder político es la sociedad de tal manera que es inadmisibles que exista otro poder que se le sobreponga, agrega Valadés. Además, el Estado sólo se puede legitimar en el principio de la soberanía popular y de esta manera, se pueden construir los argumentos que permiten utilizar la Constitución para imprimir al estado una nueva fisonomía y una nueva base de legitimidad, cuidando de que el poder político no sea acotado por otra clase de poderes y buscando que el Estado responda a las expectativas y a las demandas culturales de la sociedad.¹⁴³

La democracia, para Manuel Aragón, es el principio legitimador de la Constitución y en ésta la validez y la legitimidad están enlazadas. A su vez, el estado constitucional es un Estado de derecho y, consecuentemente, la democracia constitucional implica la juridificación de la democracia. Lo expuesto hace necesario asimismo pensar la soberanía, desde una óptica jurídica, es decir, percibirla en forma limitada. Constitucionalizar la soberanía involucra reconocer que hay un soberano y de que éste es precisamente el pueblo que a través de una ley superior se autolimita. El poder soberano no se puede concebir fuera del derecho porque constituiría un concepto ajurídico, sólo concebible como una cuestión de hecho

¹⁴¹ Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, UNAM-Porrúa, 1999, pp. 571-574.

¹⁴² Fix-Fierro, Héctor, *Los derechos políticos de los mexicanos*, México, UNAM, 2006, p. 69.

¹⁴³ Valadés, Diego, *Consideraciones sobre el Estado constitucional, la ciencia y la concentración de la riqueza*, México, UNAM, 2002, pp. 11 y 12.

porque el poder que no está sujeto a reglas es un acto sólo de fuerza. Por otra parte, la soberanía popular, concebida políticamente sólo se puede hacer descansar en el consenso. Además, hay congruencia y no contradicción entre Estado democrático y Estado de derecho lo que se traduce en que la soberanía debe ejercerse jurídicamente.

Sin embargo, el principio de la soberanía popular no concita la opinión unánime de la doctrina, en tanto parte de ésta estima que la soberanía popular es una ficción. La teoría que propugna que el pueblo es soberano y, en consecuencia, titular del poder constituyente es errónea, según González Encinar. Deriva esta tesis de la obsesión de la teoría democrática por legitimar el orden jurídico que nace en oposición a la soberanía del monarca; y porque las propuestas contractualistas tratan de cohabitar con la idea de la representación. Como ya no es posible la democracia directa e inevitablemente hay que aceptar la idea de la representación, se reserva entonces al pueblo el derecho de aprobar la constitución. Sin embargo, el pueblo como una unidad es una mera ficción y lo que hace el ordenamiento superior es concretar los intereses relativamente homogéneos de la clase burguesa. El poder constituyente en realidad lo ejercen las fuerzas políticas que son representativas de grupos o sectores de poder. El pueblo como unidad sólo aparece en el ordenamiento supremo por medio del Estado organizado. Y agrega que incluso cuando el pueblo interviene para tomar una decisión es otro poder el que hace la consulta y decide sobre lo que debe resolverse, aparte de la manipulación que, a través de los medios, puede realizarse sobre la opinión pública. De tal manera que las ideas de soberanía popular y de poder constituyente del pueblo no tienen sustento y agrega parangonando a Carl Schmitt que estos conceptos no son ya “viejos odres para el vino nuevo, sino sólo etiquetas anticuadas y falsas”.¹⁴⁴

La teoría jurídica ha sostenido la tesis de que el origen de una Constitución y del poder constituyente son nociones que se encuentran fuera del campo del derecho y, en consecuencia, éste sólo puede explicar el texto fundamental una vez que ha sido aprobado. No obstante, agrega González Encinar, la situación es ahora distinta porque el pueblo está conformado por un conjunto de grupos con intereses propios, diferentes, que incluso pueden ser contradictorios y la fuente del ordenamiento su-

¹⁴⁴ González Encinar, José Juan, “La Constitución y su reforma”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, año 6, núm. 17, 1986, pp. 357 y 358.

premo no puede ser sino el “consenso constitucional” entre las fuerzas que representan diversos intereses y pretensiones. Para este autor, siguiendo a Hasso Hofmann, la norma constitucional no tiene una justificación que trasciende al ordenamiento supremo sino que es inmanente a éste. No es un poder externo al texto constitucional lo que legitima a dicho documento; sino que es la propia constitución, como manifestación del “consenso constitucional” la que abre el proceso de renovación de la legitimidad estatal. La legitimidad de la Constitución no deriva de la hipotética *Grundnorm* a que se refería Hans Kelsen ni de la soberanía del pueblo sino del *telos* del Estado. En otras palabras, la legitimidad del orden político de una sociedad desarrollada, siguiendo a Böckenförde, sólo puede provenir de la capacidad de ese orden para garantizar la paz, seguridad, libertad y bienestar de los ciudadanos. Ahora, al aceptar que la legitimidad es un proceso debe concluirse que no es posible una teoría de la legitimidad común a todos los ordenamientos supremos porque el consenso, que es producto de un compromiso, es un hecho histórico concreto en una comunidad determinada.¹⁴⁵

En la historia del constitucionalismo del último siglo, agrega Fioravanti, nada es más problemática que la relación entre Constitución y pueblo soberano. Y a éste se le invoca como sujeto fundador de la constitución, titular del poder constituyente, titular de la soberanía, e identificado además en la Constitución vigente con varias otras fórmulas. Que la Constitución sea la máxima expresión de la voluntad del pueblo soberano y que luego su autor, el pueblo mismo, se disuelva y pierda su carácter originario de sujeto soberano, parece ser una constante, un carácter de fondo de la experiencia constitucional de los dos últimos siglos y no sólo de las Constituciones de la última generación.¹⁴⁶

Los críticos han hecho valer también que la ficción de una voluntad popular unitaria sólo puede realizarse a costa de ocultar o reprimir la heterogeneidad de las voluntades particulares. La suposición de virtudes republicanas que supone Rousseau sólo es posible encontrar en una comunidad homogénea y resulta que las sociedades modernas no tienen ese carácter en tanto son profundamente pluralistas, según afirma Habermas. Por esta razón, los críticos hacen énfasis en la pluralidad de in-

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 358-360.

¹⁴⁶ Fioravanti, Mauricio, *Costituzione e Popolo Sovrano, la Costituzione italiana nella Storia del Costituzionalismo Moderno*, Bologna, Il Mulino, p. 7.

tereses que hay que llevar a un punto de equilibrio a través de un consenso mayoritario.¹⁴⁷

Sartori, al analizar el problema de cómo el pueblo, entendido de cualquier manera, puede ser detentador del poder que se le atribuye, piensa que lo que realmente cuenta no es el tránsito del poder del pueblo a los gobernantes sino el regreso a aquel de ese arbitrio. Distingue, además, entre la titularidad y el ejercicio del poder y lo que importa es realmente esto último. De tal manera que si en el proceso de transmisión de dicho poder los controlados, es decir los gobernantes, se sustraen de la tutela de los controladores, los gobernados, no existe en realidad un gobierno del pueblo. De este proceso deriva un cuestionamiento crucial que consiste en cómo impedir que la titularidad democrática del poder se convierta en legitimación de un ejercicio autocrático de éste, en circunstancias de que las elecciones y la representación no son necesariamente libres y genuinas. Por esta razón el pueblo es cada vez más un detentador que para efectos prácticos no existe. Sartori, sin embargo, reconoce la existencia de las democracias modernas y que éstas merecen el calificativo de tales. Finalmente, expresa que por democracia entiende que el poder es legítimo sólo cuando su investidura proviene de la voluntad popular en cuanto es libremente consentido.¹⁴⁸

Bobbio, respecto de quien no se duda de su vocación democrática, ha expresado que la sociedad política no está conformada en el presente por individuos soberanos que se han puesto de acuerdo entre sí. Lo que ha sucedido es que han aparecido cuerpos intermedios y en los estados democráticos estos grupos se han convertido cada vez más en los sujetos políticos más trascendentes. Así ha sucedido con las asociaciones de la más diversa naturaleza, los sindicatos de diferentes ramas de la producción y los partidos políticos de las más encontradas ideologías. De tal manera que no son los individuos sino esas clases de grupos los verdaderos protagonistas de la vida política en las sociedades democráticas, lo que trae como consecuencia que ya no hay un solo soberano sino que se está en presencia del pueblo dividido en grupos que están en competencia entre ellos. El principio de la soberanía popular en el Estado democrático fue creado a imagen y semejanza de la soberanía del príncipe en una sociedad monista, en circunstancias de que la sociedad presente en los estados democráticos

¹⁴⁷ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 117, p. 599.

¹⁴⁸ Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, México, Santillana, 2003, pp. 42, 45 y 46.

es una sociedad pluralista. Lo que no impide a Bobbio pugnar por una sociedad más democrática lo que involucra para este autor, el tránsito de una democracia política a una democracia social.¹⁴⁹

Calsamiglia, por su parte, indica que Marx tenía razón cuando afirmaba que la soberanía popular era un mito y negaba que el parlamento fuera el pueblo en miniatura porque en él no existía una representación de todos en atención a que en el siglo XIX no estaban representados los que no sabían leer ni escribir, las mujeres y los que no pagaban impuestos sino que sólo tenía mandatarios la clase dominante. Existía pues una diferencia entre el pueblo y sus representantes en el parlamento. Piensa, este autor de que las críticas de Marx no se aplican en la actualidad, en la forma en que eran válidas en el siglo señalado, porque existen sociedades democráticas más evolucionadas y las personas que antes no podían ni siquiera votar ahora pueden sufragar e incluso ser elegidas. Sin embargo, pregunta si hay ahora alguna diferencia entre la gente y sus representantes ¿La soberanía popular es en realidad la fuente principal del poder y la base de la legitimidad del poder de la democracia? Su respuesta es negativa por varias razones. En primer término, observa que uno de los mayores aportes de la teoría política contemporánea ha sido la elaboración de mecanismos para afrontar la tiranía de la mayoría porque la soberanía popular debe ser contrabalanceada por otras instituciones que no son representativas de la voluntad popular. En segundo lugar, una de las fuentes más importantes del poder es la información que le permite a la gente hacer buenas elecciones de lo contrario su elección puede ser arbitraria; pero si se analiza la información que las personas tienen normalmente se advierte que ella ha sido manipulada por quienes diseñan la agenda, definen los temas y tienen los recursos suficientes para crear una campaña propagandística eficiente. En tercer lugar, los gobernados no tienen los medios para controlar a sus gobernantes y su relación con éstos últimos es muy débil. Por último, las elecciones de los representantes tienen lugar en divisiones políticas con poblaciones diferentes y hay problemas prácticos que producen injusticias.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 29, 30 y 35.

¹⁵⁰ Calsamiglia, Alberto, “Constitucionalismo y democracia”, en Dworkin, Ronald *et al.* (coords.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, España, Gedisa, 2004, pp. 166 y 167.

No deben separarse, para Casalmiglia, los aspectos formales de la democracia, que son representación y principio de la mayoría, del centro de los valores de la democracia. La construcción y reconstrucción de esos valores es trascendente para la justificación de la democracia y piensa que a través del diálogo, el pluralismo y el compromiso se pueden resolver nuestros problemas sociales. Debe existir asimismo, una concepción distinta de los derechos individuales que hay sólo que conceptualizarlos en forma universal y despojarlos de los nacionalismos fundamentalistas que buscan sólo ubicarlos en el contexto de cada comunidad política. De tal manera que se tiene la necesidad también de repensar los estados para que ellos sean legítimos y suprimir la diferencia entre nacionales e inmigrantes porque sin respeto universal para los nuevos participantes no hay legitimidad.¹⁵¹

El Estado constitucional se fundamenta, para Aragón, en que hay un soberano y que éste es el pueblo que se autolimita por medio de la constitución. La trascendencia histórica del ordenamiento supremo, como categoría, consiste en garantizar, desde el ámbito jurídico, el hecho de la soberanía popular, o sea ese poder del pueblo para autodeterminarse, lo que equivale a regular jurídicamente los cambios de consenso. Además, en la normativización de la soberanía popular no importa tanto su limitación sino más bien su garantía, lo que explica que la Constitución debe asegurar tanto el derecho a la revolución como a la resistencia. Por otra parte, la autolimitación de la soberanía popular no es de índole material sino procedimental. En efecto, el soberano constitucionalizado ha de tener siempre la facultad de cambiar en forma radical la Constitución, en cualquier época porque debe mantener la libertad de decidir su destino a través del orden jurídico.¹⁵²

El principio de la soberanía popular, se fundamenta en dos ideas de acuerdo a Böckenförde: la de que el poder que ejerce el dominio político no es algo dado o que tenga que suponerse sino que requiere ser deducido mediante una justificación; y la idea de que esta legitimación sólo puede originarse en el pueblo mismo. La ordenación de la vida común en una sociedad tiene forzosamente que referirse al reconocimiento de los que viven bajo ella y tiene que ser expresión de la libertad y la autodeterminación del pueblo.¹⁵³

¹⁵¹ *Ibidem*, pp. 170 y 171.

¹⁵² Aragón Reyes, Manuel, *op. cit.*, nota 49, pp. 15-17.

¹⁵³ Böckenförde, Ernst W., *op. cit.*, nota 130, pp. 48 y 50.

Por otra parte, este autor piensa que el principio de la soberanía popular se refiere en forma primaria al asunto de la titularidad del poder del estado y de esta manera se afirma que la instauración y la organización que ejerce el poder político tienen que poder retrotraerse al pueblo mismo. Lo que no quiere expresar que tiene que ser el pueblo el que gobierne en forma directa o mediante instituciones de la democracia representativa, pero si involucra que el pueblo tiene que ser y mantenerse como titular del poder constituyente. Este principio no queda tampoco cancelado porque el poder de gobernar se transfiera a un monarca o a una asamblea, con menor o mayor alcance, y de manera temporal o permanente, lo que realmente interesa es que esta clase de transferencia se mantenga jurídicamente como algo revocable. Lo que determina el fundamento y la cohesión del orden político y social es el pueblo porque a él le corresponde establecer las bases de la ordenación de la vida política en común.¹⁵⁴

Para asegurar que efectivamente opere la soberanía popular, manifiesta Böckenförde, es necesaria la instauración de la legitimación democrática cuyo fin es “poner en marcha y asegurar” una influencia efectiva del pueblo cuando se ejerce el poder del estado. Para él, existen diferentes vías para alcanzar este objetivo que son las siguientes formas de legitimación democrática: funcional e institucional; orgánico-personal; y material o de contenido. Dichas formas pueden actuar a veces de manera simultánea y son también componentes o engranajes de la acción del estado que exige y requiere el principio democrático. La legitimación es funcional e institucional cuando el constituyente ha establecido los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial a través de los cuales el pueblo ejerce el poder del estado que de él deriva. La legitimación orgánico-personal consiste en que quienes ocupan los cargos públicos a los que se ha encomendado la gestión del estado deben cimentarse en una cadena de legitimación que no esté interrumpida y que pueda retrotraerse hasta el pueblo soberano. Lo trascendente, en este caso, es que dicha cadena no sea cortada por la intervención de un órgano que no esté legitimado en forma democrática. La legitimación material o de contenido puede concretarse de dos maneras: por una parte, atribuyendo la facultad de legislar al parlamento, como órgano representativo, y la sujeción de los demás órganos a las leyes aprobadas, y

¹⁵⁴ *Ibidem*, pp. 50 y 51.

por otra, sancionando a las autoridades que incurran en responsabilidades de acuerdo a la legislación vigente.¹⁵⁵

Sobre el tema, Habermas ha expresado que en el arduo proceso hacia la institucionalización del estado de derecho y de la igual participación de todos los ciudadanos en la formación de la voluntad política han quedado evidenciadas las contradicciones que la idea de soberanía popular comprende porque el pueblo del cual emana todo poder establecido no es un sujeto singular dotado de conciencia y voluntad ni puede tomar decisiones o actuar como tal.¹⁵⁶

Cita asimismo ese autor a Julius Fröbel, un demócrata del sur de Alemania, que al respecto expresó: “La unidad de convicciones representaría una verdadera desgracia para el progreso del conocimiento. La unidad de objetivos en los asuntos de la sociedad es una necesidad”. Y con el objeto de que la formación de la opinión mayoritaria esté basada en una real convicción y persiga realmente esa unidad de objetivos, Habermas propone un alto nivel de formación y educación para todos, así como libertad de propaganda y de expresión de opiniones teoréticas, al mismo tiempo señala la trascendencia que en el tema de la política constitucional tienen los partidos políticos y el imperativo de tener estructuras de comunicación abiertas.¹⁵⁷

Frente a la idea de que la opinión pública es fácil de seducir por lo que adolece de cierta irracionalidad, la consecuencia que no podemos eludir es que entonces también existe esa falta de lógica en la elección de los representantes populares. Por ello, en último término, la expectativa normativa de alcanzar resultados racionales está basada en la relación mutua o interrelación entre la formación institucionalizada de la voluntad política y las corrientes de comunicación en un espacio público no afectado por relaciones de poder y desde este punto de vista no programado.¹⁵⁸

El estado democrático de derecho se convierte en proyecto —y también en resultado porque es un catalizador que acelera el proceso— de una racionalización del mundo de la vida que se dirige más allá de la política. Y el único contenido del proyecto es la institucionalización de procedimientos de formación racional de la voluntad colectiva, los cuales no

¹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 56, 57 y 62.

¹⁵⁶ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 117, p. 595.

¹⁵⁷ *Ibidem*, pp. 601 y 602.

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 610 y 611.

pueden prejuzgar las metas concretas de quienes participan en éstos. Cada avance por esta senda interactúa sobre la cultura política y sobre las formas de vida, siendo también cierto lo contrario, lo que significa que éstas pueden no facilitar el camino.¹⁵⁹

El concepto de soberanía del pueblo es necesario reinterpretarlo, según Habermas, y no sólo debe referirse al proceso de elección de mandatarios o de formación de las leyes. Y cita otra vez a Fröbel que ya en 1848 expuso en un panfleto de que la idea de una voluntad común o global podría formarse a través de la discusión y de la armonización de las voluntades libres de todos los ciudadanos. En la búsqueda de “un Estado en el que la felicidad, la libertad, y la dignidad de cada uno sean reconocidas como fin común de todos y la plenitud del derecho y del poder de la sociedad broten en entendimiento y acuerdo de todos sus miembros”. Ya este autor había publicado ese mismo año un *Sistema de política social* en que unía el principio de la discusión libre con el principio de mayoría. Reitera que la unidad de objetivos es una necesidad en los asuntos sociales, pero la formación mayoritaria de una voluntad unitaria sólo sería compatible con “el principio de igual validez de la voluntad personal de todos” si va unida con el principio de reducir el error por la vía de la convicción. Para que ello ocurra se requiere un alto nivel de formación escolar y educación para todos, libertad de propaganda y la expresión de opiniones teóricas, por lo que es importante la participación de los partidos políticos. En toda Constitución, en consecuencia, se deben incluir normas para establecer las condiciones y procedimientos de una formación racional de la voluntad, prohibir la inmutabilidad de ese ordenamiento y de toda restricción impuesta desde fuera a la soberanía popular.¹⁶⁰

Sobre la soberanía popular ha expresado Häberle que no debe concebirse como “competencia para la arbitrariedad” ni como “magnitud mística” que está sobre los ciudadanos sino como una fórmula que debe representar la unión renovada de manera constante de la voluntad y responsabilidad pública del pueblo. Sin embargo, éste no es una dimensión unitaria que sólo aparece los días en que hay elecciones. Como magnitud pluralista, el pueblo no es menos legitimador como partido político, como opinión de los científicos, como grupo de intereses o como ciuda-

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 615.

¹⁶⁰ Citado por Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 117, pp. 600-603.

danos. No obstante, no se trata de destronar al pueblo, sino de explicar que el pueblo actúa “omnidireccionalmente”, en varios ámbitos, con base en numerosos motivos y en muchas formas y la democracia es el gobierno de los ciudadanos, pero no del pueblo en el sentido que lo concebía Rousseau.¹⁶¹

Agrega este autor de que existen estados constitucionales, como los de cuño común europeo, que unen el principio de la soberanía popular a la defensa de la dignidad humana, como premisa antropológica-cultural, y alaba al respecto lo establecido en el artículo 1o. de la Constitución lusitana que prescribe: “Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular, y empeñada en la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria”.¹⁶²

En el camino por asegurar la democracia y la libertad democrática —que comprende también asegurar la soberanía del pueblo— afirma Böckenförde, que debe protegerse el proceso de la formación de la opinión y la voluntad política frente a excesos de poder que atenten contra la libre expresión de las ideas. De esta manera, hay que evitar los monopolios o concentraciones de poder en los medios y también en los partidos políticos y establecer límites cuando sea necesario coartar sus excesos.¹⁶³

Además de la búsqueda por hacer realidad la soberanía popular, se ha abierto camino en el siglo pasado, una reconceptualización de la noción de la soberanía estatal a la luz del proceso de formación de organismos internacionales, la integración de múltiples instancias regionales e incluso de tribunales con jurisdicción internacional. La creación de Naciones Unidas, y de sus agencias y de la Comunidad Económica Europea, en forma especial, ha contribuido a redefinir este concepto que involucra que los estados cedan ciertas atribuciones que tradicionalmente se consideraban propias e indivisibles a instituciones de carácter internacional.

3. *El problema de la reforma*

La Constitución permanece a través de los tiempos y generaciones merced a la probabilidad de que se repita en el futuro la conducta humana que concuerda con ella, según Hermann Heller. De esta manera, en re-

¹⁶¹ Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 5, pp. 1 y 201.

¹⁶² *Ibidem*, pp. 1 y 174.

¹⁶³ Böckenförde, Ernst W., *op. cit.*, nota 130, p. 82.

sumen, es posible encontrar en una Constitución la normalidad y la normatividad que constituyen el ser y el deber ser del ordenamiento supremo. La normalidad de una conducta consiste en su concordancia con una regla de previsión fundada en la observación de lo que sucede por término medio en determinados períodos, a pesar de las excepciones que puedan producirse. Está prohibido el homicidio, por ejemplo, y normalmente la gente no comete estos ilícitos, sin embargo es posible hasta calcular estadísticamente que se van a producir ciertas defunciones debido a este delito en un determinado lugar. La normatividad, en cambio, es lo que la norma prescribe, en este caso el deber ser que prevé la constitución. Puede ocurrir que entre la normalidad y la normatividad de la Constitución exista una diferencia de trascendencia. En consecuencia, es un problema fundamental de toda sociología del derecho y del estado la relación entre normalidad y normatividad en la Constitución de un estado. Además, es de trascendencia inquirir de que forma pueden complementarse la normalidad y la normatividad y exigen un especial análisis las causas de la separación de la normalidad de la normatividad, y se plantea igualmente el problema de cómo se puede armonizar la permanencia de las normas con el constante cambio de la realidad social.¹⁶⁴

Siguiendo las tesis de Heller, se puede argumentar de que si existe una gran diferencia entre normalidad y normatividad de la Constitución, entre lo sucede en la realidad y lo que prescriben las normas supremas, es imperativo elaborar una nueva carta política porque la omisión podría producir el caos o la anarquía o bien otra alternativa podría consistir en hacer profundas reformas al texto vigente. Si lo que sucede son ciertos desajustes entre la vida social y la normatividad constitucional, sólo es necesario una revisión o enmienda de ciertas disposiciones de la Constitución.

Loewenstein señala, a su vez, que el problema de la reforma constitucional surge en las Constituciones escritas y emana de las modificaciones que se producen en las condiciones políticas, económicas y sociales en tanto que normas de carácter constitucional que eran razonables en una época determinada dejaron de ser tales para el desarrollo de los procesos en una determinada comunidad política. Agrega que, de una casuística, desde el punto de vista de la teoría constitucional, no se puede deducir una lista de categorías generales sobre la causalidad de la reforma constitucional.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Heller, Hermann, *op. cit.*, nota 52, pp. 317-322.

¹⁶⁵ Loewenstein, Karl, *op. cit.*, nota 87, pp. 170 y 171.

Este autor se refiere igualmente a las lagunas constitucionales que pueden ser descubiertas u ocultas: las primeras existen cuando el poder constituyente sabe que debe regularse una determinada materia, pero conscientemente elude normarla por considerar que es inoportuno o inconveniente; las segundas, cuando en la época que se aprobó una carta magna no se pudo prever la regulación de un determinado asunto que más adelante se hace imperioso plasmar en la constitución.¹⁶⁶

Jorge Carpizo, en cambio, estima que si bien es efectivo que una Constitución se modifica con frecuencia para adaptarse a la realidad político-social a la que debe aplicarse y porque los regímenes políticos se perfeccionan, tales lagunas no se contienen en una Constitución porque siempre es posible presentar una propuesta de solución a través de una interpretación integral de ésta.¹⁶⁷

Parece sobre este asunto, que será frecuente encontrar en un ordenamiento superior una serie de problemas que no están resueltos en él a través de reglas porque el devenir político, social y económico de una comunidad lo ha rebasado. Y de ahí nace la necesidad de la reforma constitucional. Sin embargo, habría que coincidir en que las lagunas no existen desde el punto de vista del órgano jurisdiccional que no puede dejar de dictar una sentencia y resolver un litigio porque la normatividad vigente o la ley suprema no regula especialmente el problema. Sin embargo, en la práctica si es posible encontrar materias que no están reguladas o que se encuentran parcialmente regladas en un texto supremo.

La cuestión central de la reforma constitucional, dice Loewenstein, es determinar donde está su lugar político, o sea, cuales son los órganos estatales autorizados u obligados a llevar adelante una reforma de esta naturaleza. El poder, en este caso, para ser compatible con la ideología del estado constitucional democrático, debe estar conformado por detentadores legítimos y estar lo más distribuido posible, por ejemplo, gobierno, parlamento y pueblo organizado. Para este autor, la máxima dispersión del poder reformador le da una mayor legitimidad a la reforma y permite incluso determinar el carácter político de un régimen. El artículo 13 de la Constitución Imperial de Napoleón III, que cita como ejemplo de concentración del poder, permitía al Senado realizar enmiendas constitucio-

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 170 y 171.

¹⁶⁷ Carpizo, Jorge, *Nuevos estudios constitucionales*, México, UNAM, Porrúa, 2000, p. 257.

nales que entraban en vigor al ser publicadas por el Ejecutivo y dicho cuerpo legislativo estaba autorizado, de acuerdo al artículo 27, para cubrir lagunas e incluso interpretar la Constitución. En cambio, para reformar la Constitución federal Suiza de 1874, era necesario la participación de las dos “secciones” o cámaras de la asamblea federal, los cantones, el electorado y el gobierno, aunque en forma indirecta. Los ciudadanos también podían iniciar una reforma, a través de la firma de 50,000 electores. En todo caso, para aprobar una reforma, se exigía obligatoriamente el referéndum.¹⁶⁸

La norma general es que las Constituciones se modifiquen con la intervención predominante de los órganos legislativos y que el procedimiento respectivo esté sometido a ciertos requisitos que dificulten su aprobación, es decir, debe ser más difícil reformar la Constitución que una ley ordinaria. Si las exigencias que se determinan son excesivas se corre el riesgo de que ciertas normas de la Constitución se tornen caducas o inoperantes e impidan el desarrollo de un estado. En las Constituciones revolucionarias de Francia de 1791, 1793 y 1795, en Francia, sus autores pusieron tantas trabas a las reformas que éstas sólo fueron posibles mediante golpes de estado. Una mayoría de dos tercios en una asamblea legislativa, para realizar las enmiendas, como lo disponía el artículo 76, párrafo 2 de la Constitución de Weimar o como lo prescribe el artículo 79, párrafo 2 de la Ley Fundamental de Bonn, parece ser una determinación eficaz para este autor.¹⁶⁹

A contrario sensu, si existen demasiadas facilidades para realizar enmiendas, se corre el riesgo de que tanto los poderes políticos entronizados en una nación o mayorías ocasionales puedan reformar la Constitución en defensa de intereses espurios o de pequeños grupos.

Sobre el referéndum constitucional, contenido por primera vez en la Convención Nacional de 1793, su aporte teórico es innegable para Loewenstein, porque la participación del electorado es un factor de legitimación de una carta política. Sin embargo, reconoce que el referéndum se ha desprestigiado al ser utilizado por regímenes dictatoriales que controlan los medios de comunicación y ponen trabas al libre desarrollo de los partidos políticos y de las expresiones ciudadanas. Existe también, para este jurista, el problema de si el electorado es capaz de comprender el

¹⁶⁸ Loewenstein, Karl, *op. cit.*, nota 87, pp. 172 y 173.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 176.

contenido de una reforma que puede ser compleja y cuyas consecuencias no sean fáciles de prever.¹⁷⁰

Respecto a la Constitución en los Estados federales, el autor citado piensa que es necesario que se escriba con el objeto de que los estados que eran soberanos pasen a formar parte de una unión con la delimitación de competencias entre aquellos y el nuevo Estado. La reforma de la Constitución en esa clase de estados exige que no sólo sea aprobada por órganos federales sino también por cierto porcentaje de los estados, como sucede en el caso de los Estados Unidos de América en que las enmiendas deben ser ratificadas por las tres cuartas partes de las asambleas legislativas de los estados o las convenciones celebradas en las tres cuartas partes de los mismos de acuerdo con el modo de ratificación propuesto por el Congreso de la Unión, o en el caso de México, en que las reformas deben ser aprobadas igualmente por la mayoría de las legislaturas de los estados de la Federación.

Las enmiendas constitucionales deben quedar registradas en las mismas disposiciones que se modifican, de esta manera se utiliza una adecuada técnica de reforma. Pero ha sucedido que en algunas Constituciones, como las de Estados Unidos de América y de Weimar, se han aceptado reformas a través de artículos suplementarios, lo que produce como consecuencia que existan dificultades para determinar el real sentido de las enmiendas aprobadas en el análisis conjunto con las disposiciones ya vigentes.

II. LAS LEYES CONSTITUCIONALES

A veces, en los textos constitucionales, se incorporan disposiciones que tienen un carácter reglamentario, o más bien propias de una ley, y que se incluyen con una errónea técnica legislativa debido a presiones políticas en circunstancias de que por su naturaleza no son propias de una Constitución. Para evitar este tipo de problemas algunos órdenes jurídicos aceptan lo que se ha denominado como leyes constitucionales, orgánicas, intermedias, estatutarias o complementarias. También este tipo de normas son útiles para complementar una Constitución y evitar un exceso de reformas. La postura de Fix-Zamudio y Valencia Carmona frente tal solución consiste en analizar la conveniencia de incorporarlas a nuestro derecho no con el afán de imitar a otros Estados sino con el propósito de per-

¹⁷⁰ *Ibidem*, pp. 180 y 181.

feccionar nuestra normatividad. Serían útiles, por ejemplo, para desarrollar ciertos preceptos de la ley suprema, como los relativos a los derechos fundamentales. De ser ello recomendable, propugnan un procedimiento específico para su aprobación que tendría que ser menos rígidos que el de la reforma constitucional, pero más exigente que el relativo a la aprobación de las leyes ordinarias o comunes.¹⁷¹

En México, hay una serie de disposiciones de la Constitución de 1917 que se remiten a una ley que debe dictarse y se complementan de esta manera las disposiciones de nuestra carta política como son, por ejemplo, los artículos: 102 apartado A que se refiere a una ley que reglamentará al Ministerio Público de la Federación y el apartado B del mismo que establece la obligación de crear organismos defensores de los derechos humanos; el 105, sobre controversias y acciones de inconstitucionalidad, que determina que la Suprema Corte conocerá de los asuntos de su competencia en los términos que señale una ley reglamentaria; o el 109, que determina que deben dictarse leyes de responsabilidades de los servidores públicos.

Hay también normas constitucionales que se refieren a leyes de naturaleza orgánica, como son: los artículos 7o. párrafo segundo que prescribe que se dictarán leyes orgánicas para garantizar la libertad de expresión; o el 90, que dispone que la administración pública federal será centralizada o paraestatal de acuerdo con la ley orgánica que se dicte al respecto. Sin embargo, estas clases de leyes no tienen en la Constitución, en nuestro ordenamiento jurídico ni en las resoluciones de los tribunales un trato que las distinga de las normas comunes u ordinarias.

En la legislación de otros estados, las llamadas leyes constitucionales tienen un trato diferente, así el artículo 138 de la carta política italiana dispone que “las leyes de revisión de la Constitución y demás leyes constitucionales serán adoptadas por cada una de las cámaras en dos votaciones sucesivas con intervalo no menor de tres meses, y serán aprobadas por mayoría absoluta de los componentes de cada Cámara en la segunda votación”. Incluso estas leyes pueden ser sometidas a referéndum cuando, dentro de los tres meses siguientes a su publicación, lo solicite una quinta parte de los miembros de una Cámara o quinientos mil electores o cinco consejos regionales. La ley sometida a referéndum, incluso no se

¹⁷¹ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, nota 14, pp. 120 y 121.

promulgará si no fuere aprobada por la mayoría de los votos válidos. Ahora, no hay referéndum si la ley hubiese sido aprobada en la segunda votación, en cada una de las Cámaras, por una mayoría de dos tercios o más de sus respectivos componentes.

En Francia, la Constitución de 1958 en el artículo 45 establece el procedimiento para aprobar las leyes ordinarias y el 47 regula en forma especial la aprobación de las leyes a que dicho ordenamiento confiere el carácter de orgánicas, las cuales serán votadas y modificadas en las siguientes condiciones: “El proyecto o la propuesta no será sometido a la deliberación y votación de la primera cámara que lo haya recibido sino a la expiración de un plazo de quince días después de su presentación”. No obstante, si no hay acuerdo entre las dos cámaras, el texto no podrá ser adoptado por la Asamblea Nacional en última lectura sino por mayoría absoluta de sus miembros.

Las leyes orgánicas relativas al Senado deberán ser votadas en los mismos términos por las dos cámaras.

Las leyes orgánicas no podrán ser promulgadas sino después que el Consejo Constitucional declare su conformidad con la Constitución.

Al examinar la legislación comparada, se puede realizar en esta materia, la siguiente clasificación de las normas de la Constitución o de la legislación que la complementa:

- Normas propiamente constitucionales contenidas en la carta política que encabezan el orden jurídico y que tienen supremacía sobre el resto de dicho orden y respecto de las cuales existirían dificultades mayores para su reforma.
- Leyes del orden constitucional, que complementan el texto supremo de manera relevante y que en su aprobación y reforma estarían sometidas a condiciones menos rigurosas que las normas propiamente constitucionales, pero con mayores exigencias que las leyes ordinarias.
- Leyes ordinarias o del orden común, que pueden también complementar o no la Constitución y para cuya aprobación o modificación basta con mayoría simple en el congreso respectivo.

La estructura señalada puede ser útil, como ha sucedido en algunos países, para estructurar su orden jurídico. Con la ventaja de contar con una Constitución que contenga las bases de la organización del Estado y

del gobierno, los derechos fundamentales y aquellas normas, principios, instituciones, fines y valores que se consideren más trascendentes. Así se puede establecer una Constitución que no esté tan expuesta a los vaivenes políticos, que sea conocida y respetada por la población.

Queda por analizar en qué relación jerárquica quedarían ubicados los tratados internacionales en una organización como la que se ha señalado y la solución consistiría en ubicarlos enseguida de las normas propiamente constitucionales con el objeto de preservar el orden jurídico internacional. Respecto de las leyes que tienen el carácter de orgánicas, su jerarquía tendría que estar determinada en el respectivo texto supremo y se podría conservar el carácter de leyes comunes, por ejemplo, a las leyes orgánicas de los tres poderes y de los órganos constitucionales autónomos para facilitar su reforma.

III. PERMANENCIA Y CAMBIO CONSTITUCIONAL

La inmutabilidad absoluta de una Constitución deriva de la concepción del contrato social de acuerdo con el cual no podrá ser modificada sin el consentimiento unánime de todos los ciudadanos, al decir de Vattel. Sin embargo, la naturaleza jurídica de la Constitución y la sabiduría política repugnan la idea de una inmutabilidad absoluta. Además, las Constituciones rígidas quedan expuestas a cierta fragilidad que no tienen las leyes ordinarias. Los ordenamientos supremos deben pues ser reformados, lo que debe hacerse siguiendo ciertas formas solemnes y un procedimiento más difícil que el que se utiliza para revisar las leyes ordinarias.¹⁷²

En el plano de la teoría constitucional, la distinción efectuada por James Brice entre constituciones rígidas y flexibles ha perdido relevancia aunque no se desconoce su valor doctrinal. La clasificación que correspondería hacer, según Pedro de Vega, es ahora entre constituciones que tienen un mayor o menor grado de rigidez, aunque sea forzoso reconocer que el constitucionalismo de los ingleses, de Nueva Zelanda e Israel sean excepciones a la rigidez de las reformas en esta materia.¹⁷³

¹⁷² Barthelemy, Joseph y Duez, Paul, *Traité de Droit Constitutionnel*, París, Librairie Dalloz, 1933, pp. 227-229.

¹⁷³ Vega García, Pedro de, *op. cit.*, nota 126, pp. 49 y 50.

Ahora, las Constituciones en su proceso de limitar a los soberanos, regular y distribuir las funciones de los poderes, garantizar los derechos de los ciudadanos y conceder originariamente la soberanía al pueblo van constituyendo conquistas de trascendencia que explican el interés por conservar inmutables algunas normas constitucionales.

Como fruto de este interés por conservar ciertas normas de la carta política aparecen las llamadas cláusulas de eternidad que tienen el propósito de impedir que el poder de reforma o revisión de la carta política pueda modificarlas, como las normas de las Constituciones francesa e italiana que protegen el sistema republicano en estos Estados. Otra forma de defender la vigencia de ciertas disposiciones consiste en establecer engorrosos procesos de modificación que hagan difícil o casi imposible su enmienda. También se trata de preservar en los textos fundamentales, la llamada fórmula política, que se analizaba en el capítulo I, con la que se identifica por los ciudadanos o por otros Estados a una determinada comunidad política porque su cambio produce una transformación en la razón de ser del estado constitucional y en su ordenamiento supremo.

Sobre el tema de la permanencia y el cambio, Aragón ha expresado que el soberano ha establecido un orden y lo ha concretado, pero debe quedar libre para modificarlo o crear un orden enteramente distinto si así lo estima necesario. Dentro de las interrogantes que acarrea esta afirmación está la de determinar si en la democracia constitucional existe la omnipotencia del soberano y Aragón señala que si está presente, sin embargo, es autocomprensiva, capaz de autolimitación procedimental para definir y redefinir las formas de la emanación de su voluntad. Un segundo problema consiste en determinar si el poder de revisión total de una Constitución puede modificar incluso las normas relativas a la reforma constitucional. Para Aragón el poder de revisión no es más que el poder constituyente juridificado y ese poder tal como fue capaz de determinar un procedimiento de reforma, también puede reformarlo. De esta manera, con base en el artículo 168 de la Constitución Española, es posible modificar todo ese ordenamiento superior incluyendo la norma citada. E incluso es posible que a través de un procedimiento democrático, se atente contra la democracia por el propio pueblo soberano, situación que no es deseable para el autor citado, pero que permite que el pueblo en la Constitución siga siendo soberano y que grupos animados por una idea contraria de sociedad la incorporen a la norma fundamental. El Tribunal Constitucional en España, así también lo ha entendido, al expresar que la

obediencia a la Constitución: “puede entenderse como el compromiso de aceptar las reglas del juego político y el orden jurídico existente, en tanto existe, y a no intentar su transformación por medios ilegales”; de lo que se desprende que no está prohibido “representar” y “perseguir ideales políticos” distintos a los contenidos en esa ley suprema.¹⁷⁴

El silencio de una Constitución sobre su proceso de revisión no debe ser interpretado como la consagración de la inmutabilidad absoluta del texto supremo, por ejemplo, la Constitución francesa de 1814 nada dijo sobre el proceso de revisión y sus garantes, que eran liberales, la defendieron a brazo partido de la mayoría monárquica solamente por táctica política porque no querían que echaran abajo las conquistas revolucionarias, pero no por escrúpulos de naturaleza jurídica. La Constitución francesa de 1830 también omitió el proceso de revisión y Thier, Casimir, Paries y Tocqueville concluyeron que era jurídicamente inmutable.¹⁷⁵

Sobre la Constitución inglesa, si bien es efectivo que jurídicamente el Parlamento puede modificar sin limitaciones su texto. No sucede lo mismo desde un punto de vista político porque el pueblo inglés, a través de petitions, meetings y de los medios de comunicación, está interviniendo con cierta frecuencia como una especie de constituyente tácito, de tal manera que una reforma substancial de ese ordenamiento no es posible sin que se cuente con la aprobación de dicho pueblo.¹⁷⁶ De tal manera que a las rigideces consagradas en los textos constitucionales hay que añadir impedimentos de naturaleza política o social.

En la Constitución española, en cambio, no se encuentran límites de naturaleza material a la reforma, ni expresos ni explícitos, porque el artículo 168 permite la revisión total de ese ordenamiento. Incluso la proclamación de los derechos de la persona como “inviolables”, determinada en el artículo 10.1, ha de interpretarse como una garantía de indisponibilidad frente a los poderes constituidos, pero no como una norma que se oponga al procedimiento de reforma del citado artículo 168. Estos derechos son el fundamento del orden político que se ha consagrado, pero no de cualquier otro orden de esta naturaleza que se pretenda establecer. Para Aragón, sólo es posible sostener esta posición siempre que el soberano participe, en definitiva, en el poder de revisión total de esa Constitución. Ahora, si el pueblo no participa como última instancia en el poder de reforma y se

¹⁷⁴ Aragón Manuel, *op. cit.*, nota 49, pp. 24-26.

¹⁷⁵ Barthelemy, Joseph y Duez, Paul, *op. cit.*, nota 172, p. 236.

¹⁷⁶ Vega García, Pedro de, *op. cit.*, nota 126, pp. 49, 50 y 52.

trata de una Constitución democrática deben existir límites materiales a dicho poder.¹⁷⁷ Por otra parte, la existencia de límites materiales supone una restricción al principio democrático en tanto se obliga al pueblo a ejercer su derecho a reformar, revisar y modificar la Constitución fuera del derecho, sin procedimientos ni garantías. Los límites materiales implican que el derecho compele a las generaciones futuras a respetar la voluntad de las generaciones del pasado o del presente; y entonces el estado constitucional no sería enteramente un estado democrático, o bien, estas últimas tendrían que manifestar su voluntad prescindiendo de la norma. De tal manera que una concepción democrática de la Constitución requiere que ésta sea enteramente revisable. De acuerdo a esta concepción, el contenido del artículo 168 de la Constitución Española es congruente con una concepción democrática de la misma.¹⁷⁸

Más adelante, Aragón dice que la revisión total de un ordenamiento superior, no significa aceptar una concepción formal o sólo procedimental de la democracia porque esta aquiescencia involucraría una especie de cinismo o nihilismo jurídico. La democracia en la Constitución no puede desligarse de la libertad y la igualdad como cláusulas materiales, ya que su respeto permite que la apertura constitucional se garantice.¹⁷⁹

Konrad Hesse parte de la base de que la Constitución debe reunir caracteres de apertura para quedar abierta al tiempo, por una parte, con el objeto de regular vida histórica; y, por la otra contener disposiciones vinculantes, con el propósito de conservar los fundamentos del orden de la Comunidad que es lo que debe considerarse discutido y establecido, es decir lo que se considera el núcleo estable del ordenamiento superior. Desde este punto de vista, el problema de la flexibilidad y de la rigidez constitucional no es un asunto de alternativas si no de coordinación correcta de dichos elementos porque ambos son necesarios para responder al cambio histórico, en el primer caso; y para evitar que una comunidad se precipite a la anarquía, en el segundo caso. La flexibilidad o la rigidez, en forma de requisitos de mayorías calificadas o de referéndum de ratificación, solamente aparece en un segundo término como un problema de revisión constitucional.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Aragón Manuel, *op. cit.*, nota 49, pp. 17 y 18.

¹⁷⁸ *Ibidem*, pp.18 y 19.

¹⁷⁹ *Ibidem*, pp. 20 y 21.

¹⁸⁰ Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 2, pp. 24 y 25.

Para concluir este tema, cabe expresar de que la experiencia aconseja que en los textos supremos debe existir cierto equilibrio, pesos y contrapesos, entre la necesidad de hacer perdurar ciertas prescripciones y la urgencia de adaptar las constituciones a la cambiante realidad política, económica y social de un estado.

IV. PODER CONSTITUYENTE Y PODER CONSTITUIDO

En la teoría de la reforma constitucional es ya una postura clásica la distinción entre poder constituyente, por una parte; y poder constituido, de revisión o de reforma, por la otra. Para dar una noción de poder constituyente se puede expresar, en síntesis, que es un poder preconstitucional, prejurídico, que crea una Constitución, ajeno al derecho que, en consecuencia, no se encuentra limitado por normas jurídicas, con facultades de hecho que generalmente son ilimitadas y que pertenece más bien al campo del ser, de la realidad. El poder constituido, en cambio, es un poder que se encuentra regulado por el derecho, limitado por las normas jurídicas que lo crean, con facultades que están establecidas en el propio texto constitucional.

El poder constituyente es preconstitucional porque es anterior a la Constitución que va a aprobar y porque no está sujeto a las normas de una Constitución anterior porque tiene libertad y la función de instaurar o fundar un nuevo texto supremo aún cuando éste se base en principios, normas e instituciones que sean diametralmente opuestos al que se encuentra vigente. Es ajeno al derecho y no se encuentra limitado por normas jurídicas en tanto su creación y su funcionamiento no está regulado por un ordenamiento jurídico. Y pertenece al campo del ser y no del deber ser ya que no es una persona jurídica ni tampoco un centro de imputación de normas, como lo es el Estado, por ejemplo, de acuerdo a la teoría de Kelsen. La noción señalada es la concepción clásica del poder constituyente, sin embargo esta opinión hay que matizarla, según se podrá apreciar cuando se examinen ciertas limitaciones del poder constituyente.

El poder constituido, de revisión o de reforma, en cambio, se encuentra instaurado y regulado por el derecho, su creación y sus facultades están establecidas en una Constitución y para ejercerlas debe respetar los procedimientos y las limitaciones que ésta determina y su función consiste en reformar o modificar una Constitución. Por otra parte, pertenece

al ámbito del deber ser porque ontológicamente se encuentra dentro de un orden jurídico.

Se ha expresado además de que el poder constituyente es originario y el poder constituido es derivado, con lo que se coincide desde un punto de vista jurídico porque el primero no proviene de una norma jurídica y, en cambio, el segundo procede de la constitución. Sin embargo, al analizar desde un ángulo político esta distinción, se observa que ambos poderes son derivados en tanto quienes forman parte del poder constituyente actúan en nombre de una comunidad política y quienes integran el poder constituido operan también en representación de ésta.

Ahora, poder constituyente y poder constituido, se asemejan también en que los dos tienen por misión elaborar normas de carácter constitucional, en que sus miembros actúan como representantes de una comunidad política o del pueblo soberano y en que ambos deben adecuar el ordenamiento supremo a las transformaciones políticas, económicas, jurídicas y sociales que ocurren en un determinado estado, ya sea éstas consecuencias del entorno nacional o internacional.

Todos los ordenamientos jurídicos tienen la necesidad de legitimarse y fundamentarse, según Böckenförde, a partir de datos prejurídicos, de lo contrario perderían su fuerza y su vigencia. La remisión del derecho al derecho es posible dentro de un ordenamiento jurídico, como entre reglamento y ley o bien entre ley y Constitución, mas esta remisión ya no es posible para el escalafón de rango superior que lo constituye la carta política. La vinculación del derecho con datos prejurídicos, o sea el problema del *missing link*, el eslabón perdido entre normatividad y facticidad, se presenta en el caso de la Constitución en una forma que no es posible eludir. La fuerza que hace surgir y legitimar la ley fundamental debe presentarse como una magnitud política y no es la norma fundamental hipotética señalada por Kelsen ni tampoco únicamente una norma fundamental de derecho natural. Como magnitud política no puede existir dentro o sobre la base de la Constitución sino que tiene que preceder a ésta y a los poderes constituidos.¹⁸¹

El análisis del Poder Constituyente, afirma Carpizo, se encuentra dentro del ámbito del ser de la sociología, pero tiene una especial trascendencia para el conocimiento del derecho constitucional por ser el inicio y el supuesto fundamental del constitucionalismo moderno. Y sobre este poder,

¹⁸¹ Böckenförde, Ernest W., *op. cit.*, nota 130, pp. 160-163.

el maestro mexicano distingue entre función, acto y órgano. La función consiste en elaborar un nuevo ordenamiento constitucional; el acto está constituido por el proceso y la decisión de aprobar una constitución; y el órgano, es quien cumple la función y procede a elaborar y aprobar el texto supremo.¹⁸²

Respecto del órgano, hay que distinguir asimismo, para un acertado manejo metodológico, entre poder constituyente, asamblea constituyente y asamblea proyectista. El poder constituyente es el pueblo que resuelve aprobar un orden jurídico y elaborar una Constitución, es además sinónimo de pueblo y soberanía. La asamblea constituyente, en cambio, es la designada por el pueblo con el objetivo de discutir y aprobar una Constitución. Las asambleas proyectistas son las elegidas por el poder constituyente, en representación del pueblo para que redacten un proyecto de carta magna.¹⁸³ Dicha asamblea, al parecer, tendría un carácter asesor o técnico, podría hacer propuestas, pero carecería de la facultad de decidir el contenido del nuevo ordenamiento.

Carré de Malberg manifiesta no estar de acuerdo con la teoría de que todo estado regularmente organizado posee un órgano constituyente que emana de una Constitución anterior y órganos constituidos que emanan del nuevo ordenamiento superior que se aprueba porque esta postura aleja el problema, pero no lo soluciona. En efecto, aunque se suponga que el poder constituyente tiene una base constitucional, de texto supremo en texto supremo siempre se llegará a un momento inicial en que el estado tuvo que organizarse por primera vez y en el que tuvo que aprobarse la Constitución originaria. En ese momento, el estado ni siquiera existía como persona jurídica de tal manera que la primera Constitución emana de una fuente situada fuera del estado lo que involucra que en la base de éste existe una potestad distinta que es la voluntad primaria constituyente y que debe buscarse en los individuos. En otros términos, el poder constituyente reside en forma esencial en el pueblo, en la totalidad y en cada uno de sus miembros.¹⁸⁴

Al analizar la naturaleza del poder constituyente, Pedro de Vega afirma que se trata de un poder absoluto y total que se concibe ajeno a toda limitación. De esta forma indica lo concebía el Abate Sieyès ante el Comité Constitucional de la Asamblea, el 20 de julio de 1789 en su *Exposition*

¹⁸² Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 141, pp. 566, 567 y 569.

¹⁸³ *Ibidem*, pp. 573 y 574.

¹⁸⁴ Carré de Malberg, R., *op. cit.*, nota 127, pp. 1162 y 1163.

raisonée donde señalaba. “El poder constituyente todo lo puede... No se encuentra de antemano sometido a ninguna Constitución... Por ello, para ejercer su función, ha de verse libre de toda forma y todo control, salvo los que el mismo le pluguiere adoptar”. De la naturaleza soberana e ilimitada del poder constituyente se pueden extraer dos consecuencias que corresponde destacar. La primera, es que el poder constituyente se justifica por sí mismo y su fundamentación no es de naturaleza jurídica sino ontológico-existencial; la segunda, es que este poder es ilimitado no solamente en los contenidos de su voluntad sino en las propias formas de su ejercicio. De tal manera que la base de su análisis consiste en determinar como se ejerce esta clase de poder.¹⁸⁵

El poder constituyente es inaprensible por el derecho, no está situado dentro sino fuera de él y considerado como poder sin límites no es posible caracterizarlo desde el punto de vista jurídico, según Manuel Aragón. La única autolimitación de esta clase de poder, que resulte conciliable con su carácter de soberano, es una de naturaleza procedimental, lo que implica regular la formación de la voluntad soberana; pero no se puede restringir el contenido de esa voluntad o poner límites al contenido material de la misma porque el soberano constitucionalizado ha de poder cambiar radicalmente una carta política existente o expresado de manera distinta, el pueblo debe poder decidir jurídica y libremente su propio destino.¹⁸⁶

Guastini, al tratar de precisar el concepto de poder constituyente, indica que es el que instaura una primera constitución. Y entiende por tal todo ordenamiento supremo que no encuentra su fundamento de legitimidad en una Constitución anterior, o sea se trata de una carta política que emana de una revolución. Más adelante, al hacer una distinción entre instauración y reforma expresa que toda modificación constitucional realizada en forma legal —aunque incida profundamente sobre una constitución— es mera reforma; y toda modificación realizada en forma ilegal sobre un ordenamiento supremo —por más que sea marginal dicha enmienda— es instauración de una nueva Constitución.¹⁸⁷

Los movimientos revolucionarios y también los golpes de Estado tienen en común que son actos de violencia que se producen fuera del derecho. En estos casos no hay un ejercicio legítimo del poder constituyente sino que estamos en presencia de la fuerza y dicho poder será ejercido por el

¹⁸⁵ Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 49, pp. 28 y 29.

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 14 y 17.

¹⁸⁷ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 20, pp. 40 y 43.

más fuerte. Carré de Malberg señala algunas situaciones que se presentaron en Francia, en que algunas veces fue una asamblea, quien se apoderó del poder constituyente, como ocurrió en 1789 en que los Estados generales se convirtieron en asamblea constituyente y elaboraron una Constitución; o cuando la Cámara de Diputados que resultó victoriosa de las jornadas de julio, se apropió del poder constituyente y el 7 de agosto bajo la forma de una ley revisó la Carta de 1814, que se aprobó el mismo día por la Cámara de los Pares y que luego promulgó Luis Felipe como una nueva Constitución.

Será un dictador, otras veces, quien funja con este carácter, como sucedió cuando Luis Napoleón, después del golpe de estado dado en Francia el 2 de diciembre de 1851, impuso la Constitución del 14 de enero de 1852. No existe en materia jurídica, como es comprensible, una teoría de la revolución y de los golpes de estado y sus efectos.¹⁸⁸ De tal manera que, en estas circunstancias, el poder constituyente pasa a manos del más fuerte, dicho poder no tienen legitimidad democrática porque no ha intervenido en su integración la comunidad política y no existe tampoco una situación de continuidad con la carta suprema que regía con anterioridad. Sin embargo, también puede suceder que el movimiento político del que surge una nueva Constitución tenga legitimidad en tanto recoge las aspiraciones del pueblo soberano frente a una situación de injusticia o abuso de los gobernantes.

Cabe preguntarse, qué sucede cuando en un ordenamiento supremo vigente se establecen normas no sólo para modificar o enmendar una Constitución sino igualmente para abrogarla y reemplazarla por una enteramente nueva. El órgano que se ha establecido para cumplir esta labor ¿es un poder constituyente o es un órgano constituido? Si se considera el hecho de que el poder que se ha establecido emana de una carta política, la conclusión debe ser que se trata de un órgano constituido en tanto esté limitado en sus facultades y tenga un procedimiento determinado por el orden jurídico vigente. En el extremo opuesto, si el texto vigente otorga amplias facultades a la comunidad política para elegir a un nuevo poder constituyente y no lo limita en sus atribuciones ni en sus procedimientos, la situación sería similar al constituyente que emana de una crisis o de un movimiento revolucionario. Por lo general, sin embargo, si un texto político se pone en el caso de su abrogación, establecerá algunas limitaciones

¹⁸⁸ Carré de Malberg, R., *op. cit.*, nota 127, p. 1172.

como preservar por ejemplo el régimen republicano o federal, respetar los derechos fundamentales y evitar la concentración del poder. En consecuencia, cada vez que una ley suprema permita su total revisión el órgano que de ésta emane será un poder constituido si tiene restricciones en su labor. Igualmente debe quedar en claro que debe existir una diferencia entre el poder de reforma o revisión y el legislador ordinario, porque el primero está sujeto a mayores exigencias que éste último.

Incluso Carré de Malberg plantea la posibilidad de otorgar a uno de los órganos del Estado la función de poder constituyente y su respuesta de acuerdo el derecho público francés es negativa porque la soberanía nacional no puede ser entregada a un hombre o un grupo de individuos porque ello involucraría encadenar la potestad constituyente además de violar el artículo 3o. de la Declaración de Derechos de 1789 que dispone que: “ningún cuerpo, ningún individuo, puede ejercer autoridad que no emane expresamente de la nación”.¹⁸⁹

En la Constitución francesa de 1875 que parece haberse apartado de la distinción entre poder constituyente y constituido, según Carré de Malberg, el artículo 8o. y las propias manifestaciones de los constituyentes no dejan lugar a dudas de que la Asamblea Nacional tiene un poder de revisión ilimitado porque puede efectuarla en parte o en su totalidad. Sin embargo, las atribuciones concedidas a esa Asamblea no se han otorgada de manera incondicional por la citada norma que exige que toda revisión, sea parcial o total, requiere previamente la deliberación de ambas cámaras reunidas separadamente en el sentido “de que ha lugar a revisar las leyes constitucionales”. Es decir, las cámaras determinan que disposiciones o puntos deben reformarse. De tal manera que la revisión total está permitida, pero deben aceptarla previamente dichas cámaras. Más adelante la Ley de Revisión del 14 de agosto de 1984 introdujo la prohibición de afectar la forma republicana.¹⁹⁰

V. PROCESO DE FORMACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE

La idea de un poder constituyente distinto del poder constituido y superior a éste se encuentra a veces difusa y otras en forma más clara en el pensamiento político francés de la época revolucionaria, según Geor-

¹⁸⁹ *Ibidem*, pp. 1188 y 1189.

¹⁹⁰ *Ibidem*, pp. 1247-1251.

ges Burdeau. Pregunta si esta tesis es una ficción apropiada o un homenaje verbal rendido a la Nación que se considera como titular del poder constituyente. Contesta que no es posible aceptar un juicio tan ligero sobre la materia. Para encontrar la doctrina de la superioridad del poder constituyente es necesario remontarse a Montesquieu que estableció la repartición de funciones entre los tres órganos y al proceder de esta manera nos forzó a admitir la existencia de una autoridad superior a dichos órganos capaz de realizar la separación de esas funciones. De tal manera que ésta es una exigencia que es inseparable de su doctrina de la separación de poderes, lo que fue expresamente constatado por el autor del *Espíritu de las leyes*.¹⁹¹

Como se ha expresado, es Sieyés, que fue un importante teórico durante la Revolución francesa, en su ensayo *¿Qué es el tercer Estado?* quien por primera ocasión señala los elementos que se refieren a la noción de poder constituyente. En ese documento no es posible encontrar una concepción clara de lo que es este poder, pero de las intervenciones del abate en la Asamblea Francesa se desprende una noción más precisa de lo que él entiende por tal. Las críticas a Sieyés no se hicieron esperar de parte de los partidarios de la democracia directa con el argumento de que la soberanía de la nación era ficticia y lo que realmente se establecía era la de las asambleas. No obstante, las ideas de este autor fueron recogidas en las constituyentes francesas de los años 1789, 1793, 1848 y 1871 y además se impusieron en el continente europeo consagrando, durante la Revolución Francesa, el predominio de la burguesía y, en general posteriormente, el de las oligarquías partidarias que excluyeron a los ciudadanos del ejercicio de la soberanía.

Maurice Hauriou, en *Principios de derecho público y constitucional*, ya en el primer tercio del siglo pasado, expresó que quienes ejercen el poder constituyente actúan como representantes de la nación, en tanto que los legisladores ordinarios intervienen como representantes del Estado. Explicaba este autor que el ejercicio del poder constituyente, parte de la existencia de la soberanía de la nación que reemplaza el concepto de soberanía popular. Como ésta es un ente abstracto que sólo puede expresarse a través de delegados surge el mecanismo de la representación. Además, él concedía una gran trascendencia a la idea revolucionaria de la unidad nacional y pensaba que los diputados de la Asamblea Legislativa representa-

¹⁹¹ Burdeau, Georges, *op. cit.*, nota 63, vol. III, pp. 171 y 178.

ban no sólo a su correspondiente distrito electoral sino también al conjunto de la nación; por otra parte, aceptaba la distinción entre ciudadanía activa y pasiva.

La designación de los representantes que deben discutir y aprobar una nueva Constitución se ha realizado a través de la historia de diversa manera. En Estados Unidos, las diferentes convenciones y comités que en 1775 se tornaron en poderes estatales se dieron a la tarea de establecer instituciones de carácter más permanente por medio de Constituciones escritas. Las primeras de éstas fueron aprobadas por las convenciones y no fueron sometidas a ratificación popular. Como hubo objeciones a este procedimiento, en Massachussets, entre 1779 y 1780, se reunió una convención constitucional especial que mostró intenciones de someter el ordenamiento al pueblo. La primera convención de New Hampshire que efectivamente consultó al electorado fue desaprobada en 1783 y tuvo que redactarse un nuevo proyecto que fue aceptado el año siguiente. Se constituyó así, lo que pasaría a ser el método típico de aprobación de un ordenamiento supremo en ese Estado, una convención especial, seguida de un referéndum. La diferencia entre este proceso y la elaboración de la legislación ordinaria promovería la idea de la superioridad de la Constitución sobre las leyes ordinarias.¹⁹²

Sobre la formación del poder constituyente en Estados Unidos de América, debe recordarse que ese país estuvo originalmente integrado por 13 colonias. Debido a los odiosos impuestos que cobraba el gobierno británico y a las medidas represivas que se cometían en contra de los colonos, éstos comenzaron a protestar y a organizarse. Para ello crearon en cada colonia gabinetes en la sombra y una estructura conjunta que denominaron Congreso Continental que aparte de sus facultades legislativas actuó como autoridad central implicada en asuntos ejecutivos el que promovió también la formación de la Confederación.

El 4 de julio de 1776, el Congreso Continental en Filadelfia proclamó la unión de las trece colonias y aprobó la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, redactada por Thomas Jefferson con el apoyo de Benjamin Franklin y John Adams. Se imprimió papel moneda y se iniciaron relaciones diplomáticas con potencias extranjeras

¹⁹² *Historia del mundo moderno, cit.*, nota 110, t. VIII, *Las revoluciones de América y Francia, 1763-1793*, p. 332.

El 12 de junio de 1776 el Congreso mencionado había nombrado un comité de trece miembros que representaban entonces a cada uno de los estados de la Federación, para que se encargaran de redactar una constitución, los que se basaron en un proyecto de John Dickinson, que fue objeto de arduos debates debido especialmente a la pugna por las facultades que se pretendían por dicha Federación como por los estados que la integraban. La guerra interrumpió la discusión que se reinició en septiembre de 1777. Después de años de acuerdos y pugnas, dicho ordenamiento federal fue aprobado en la Convención de Filadelfia, Pensilvania, de 1787; y ratificado por los trece estados entre 1787 y 1790. A los delegados que acudieron al comité se les denominó “Padres Fundadores” y entre éstos se encontraban George Washington, Benjamín Franklin, Alexander Hamilton y James Madison, que había redactado el Plan de Virginia. Sus ideas fundamentales sobre política y economía eran semejantes, provenían de clases acomodadas, varios de ellos tenían experiencia en materia gubernamental, les preocupaba el bien común, pero junto a ello respondían a intereses económicos específicos y aspiraban a establecer un régimen de gobierno que correspondiera a dichas conveniencias.¹⁹³

Los acuerdos que se aprobaron estuvieron precedidos de variadas posiciones en pugna que, a veces, parecieron inconciliables. La principal de ellas consistió en que los llamados “padres fundadores” eran partidarios de establecer un estado federal y se encontraron con la oposición de los antifederalistas que preferían un estado de carácter confederado e incluso hubo quienes preferían varios estados confederados. Después el debate prosiguió para determinar las atribuciones que se entregaban a la Federación y las correspondientes a los estados. Las discusiones estuvieron también orientadas a establecer equilibrios entre los diversos poderes con el propósito de evitar tentaciones autoritarias o el predominio de ciertas facciones políticas.

Cabe la interrogante de averiguar si los miembros del poder constituyente eran verdaderos mandatarios de los estados que los representaban o de la nueva Nación. Hay que expresar al respecto que no fueron lo suficientemente representativos, en primer término, porque hubo delegados que no habían nacido en Estados Unidos de América o que no eran oriundos de los estados que representaban; y porque la mayoría de los concurrentes eran de la costa atlántica o de las cuencas ribereñas y exis-

¹⁹³ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, nota 14, p. 318.

tió escasa representación de los estados de Massachusetts, Pensilvania, Virginia, Carolina del Norte y Carolina del Sur. Además, los asambleístas eran hombres de élite y representaban sectores e intereses identificables, pero no los intereses de la mayor parte de los habitantes de sus territorios. Cabe expresar, sin embargo, de que el proceso en su interior fue un ejemplo de democracia y el resultado fue ampliamente positivo para la nueva Nación porque los asambleístas actuaron con prudencia, nacionalismo y plasmaron en la nueva carta los pesos y contrapesos que buscaban para los poderes federales y estatales.¹⁹⁴

La Constitución entró realmente en vigor en enero de 1789 una vez que fue ratificada por nueve estados, según prescribían sus propias disposiciones. Tuvo originalmente 7 artículos a las que se sumaron las 26 enmiendas que tiene hasta la fecha. Los tres primeros artículos se refieren a los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial; el artículo 4o. regula las relaciones entre la Federación y los estados; el artículo 5o. establece los procedimientos para las enmiendas constitucionales; el 6o. establece la cláusula de la supremacía; y, por último, el 7o. determina la ratificación del ordenamiento. Con relación a las enmiendas debe destacarse que las diez primeras fueron aprobadas en 1791 y determinan los derechos que tienen los habitantes de esa Unión.¹⁹⁵

Las colonias ya convertidas en estados comenzaron a elaborar sus propias Constituciones entre los años 1776 y 1780, la primera de ellas fue la de Virginia, precedida por el Bill of Rights y la última la de Massachusetts. La primera Constitución de New Hampshire fue rechazada por el electorado por lo que hubo que redactarse una nueva en 1784 que fue aprobada por referéndum. Otros estados siguieron entonces este proceso de consultar a sus respectivos ciudadanos.

Las enmiendas a la Constitución mencionada están reguladas en el artículo V que dispone que es atribución del Congreso de Estados Unidos de Norteamérica proponer enmiendas a la Constitución lo que debe estimarse necesario por las dos terceras partes de ambas cámaras o bien a petición de las dos terceras partes de las asambleas legislativas de los es-

¹⁹⁴ Niemeyer, Víctor, “El proceso constituyente norteamericano de 1787 y el congreso constituyente mexicano de 1916-1917. Comparación y contraste”, en Smith, James Frank, (coord.) *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, México, UNAM, 1990, <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/824/7.pdf>.

¹⁹⁵ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, nota 14, p. 319.

tados. Con el objeto de analizar estas enmiendas, se convoca a una convención donde se proponen las modificaciones respectivas y para ser aprobadas se requiere la ratificación de las tres cuartas partes de las asambleas legislativas de los estados o las convenciones celebradas en las tres cuartas partes de esos estados, de acuerdo con el modo de ratificación que haya establecido el Congreso. Existen en el artículo citado dos tipos de limitaciones para las enmiendas. La primera es de orden temporal y determina que antes de 1808 no se puede aprobar ninguna enmienda que afecte, de modo alguno, la primera y cuarta cláusula de la sección 9 del artículo I. La primera cláusula de esta sección, se refiere a que el Congreso no puede prohibir, antes de la fecha citada, el ingreso de personas cuya admisión considere conveniente cualquiera de los Estados de la Unión, pero se puede, en cambio, imponer un impuesto que no exceda de diez dólares por persona. La cuarta cláusula de dicha Sección prohíbe imponer contribución directa que no respete la proporción al censo o enumeración que la Constitución ordena que se lleve a cabo.

En virtud del artículo V ya mencionado, se han aprobado hasta la fecha veintiséis enmiendas. Las nueve primeras enmiendas se refieren a declaraciones de derechos o garantías (*Bills of Rights*) que tienen los habitantes de la Unión y se incorporaron en 1791 a petición de los estados. La décima enmienda establece que los poderes que esa Constitución no delegue a los Estados Unidos, es decir a la Federación, ni prohíba a los estados, quedan reservados a los estados respectivamente o al pueblo. Esta enmienda es un antecedente de lo dispuesto en el artículo 124 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos que también reserva a los estados aquellas facultades que no se han conferido expresamente a los funcionarios federales. Las dieciséis enmiendas restantes se refieren a variadas materias, de las cuales corresponde destacar la XIII que abolió la esclavitud, la XVI que autorizó el impuesto a la renta y diez de éstas que corresponden a asuntos electorales.

La Confederación Suiza es también de gran interés por su estructura constitucional y por haber establecido mecanismos de democracia semi-directa, nació en la Edad Media en 1291 y fue formada originalmente por tres comunidades que se unieron con fines de defensa militar. Para 1513, los cantones ascendían a trece y seguían unidos para fines preponderantemente militares. Después de algunos conflictos externos e internos, en 1848, se aprueba una Constitución que establece un régimen federal de gobierno. Este texto es reformado plenamente en 1874 y se crea de esta

manera la Constitución que todavía rige ese país. El Ejecutivo está compuesto por un Consejo Federal de siete miembros, o sea se trata de un órgano directorial o colegiado, que es elegido por las dos cámaras de la Asamblea Federal por un periodo de cuatro años. Dicho poder es, sin embargo, independiente de esa Asamblea aunque tiene que rendir informes a ésta. Se consagraron, además, como se ha señalado, mecanismos de democracia semidirecta, como la iniciativa popular relativa a la generación de leyes y el referéndum que se utiliza, entre otras materias, para la reforma parcial o total de la Constitución o bien si se trata de la adhesión a ciertos mecanismos internacionales.

La Constitución de Weimar del 11 de agosto de 1919 fue tributaria de la Constitución de Frankfurt de 1848 que estableció la primera república alemana, a cuya cabeza estableció un monarca, nació de las deliberaciones de la Asamblea Nacional Alemana y mejoró sustancialmente el contenido de la Constitución de Estados Unidos de América de 1787 en que se inspiraba. La Constitución de Weimar fue la primera en incluir un catálogo de derechos fundamentales, los que actualizó para todo el Reich. Este ordenamiento fue el fruto de una serie de compromisos y tiene el mérito de unir a la concepción liberal de los derechos fundamentales el concepto de sujeción de los individuos a la sociedad. Respecto al derecho de propiedad junto con consagrarlo se estableció que imponía asimismo obligaciones y se encuentra en ésta también un giro hacia el estado social. Este texto supremo no fue formalmente abrogado durante la dictadura nacionalsocialista, pero infringido en repetidas ocasiones por la legislación de ese régimen, que estimaba incompatibles los derechos fundamentales con la doctrina imperante.¹⁹⁶

VI. LA FORMACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE EN MÉXICO

En el México Colonial, la dominación española se extendió desde 1521 a 1821 y durante esa época reinaron en la península las casas de Habsburgo y Borbón. A través del Consejo de Indias, se ejercieron las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales en América Latina y que más tarde se realizaron por medio de un ministerio especializado. Algunas de estas funciones se delegaron a las autoridades virreinales, entre las que se contaba el virrey, como representante del monarca, que ejecutaba

¹⁹⁶ Zippelius, Reinhold, *op. cit.*, nota 12, p. 308.

la legislación aprobada y que tenía atribuciones para dictar la reglamentación del caso. Este funcionario era la máxima autoridad política y militar de la Nueva España, como se le llamaba entonces a México. Sólo le disputaban su poder los oidores de la Audiencia, que constituía la superior autoridad jurisdiccional, y la jerarquía eclesiástica. Las provincias tenían por cabeza a los alcaldes mayores y corregidores que poseían facultades gubernativas y de justicia, existían además los distritos y municipios. Con el advenimiento de los borbones, se establecieron por Real ordenanza los intendentes de ejército y provincia a los que se les otorgó facultades de policía y el mando de la milicia local.¹⁹⁷

Respecto del ordenamiento jurídico, se aplicaban, en síntesis, en primer término las Leyes de Indias y en forma supletoria las Leyes de Castilla, en atención a que la unión de este Reino y el de Aragón, durante la monarquía de los reyes católicos, no produjo de inmediato la conformación de un Estado nacional. En materia municipal privaba el Ordenamiento de Alcalá y en forma supletoria el fuero municipal vigente en el lugar respectivo, a falta de éste el Fuero Real de Alfonso X y en su defecto el Código de las Siete Partidas.

Hay circunstancias de esa época que contribuyeron al deterioro del Estado de derecho y al despertar y crecimiento de la corrupción. Una de ellas fue la potestad del virrey, en circunstancias especiales, de no hacer cumplir la ley a través del “Obedézcase, pero no se cumpla”, ceremonia en que se reverenciaban las órdenes reales, pero se declaraban inaplicables y que derivó en una interpretación y aplicación arbitraria de la ley en consonancia con los intereses predominantes. Otra circunstancia que contribuyó a ese deterioro, emanó de las facultades discrecionales de estos funcionarios; y una tercera, provino de una real cédula de Felipe II que convirtió en vendibles los oficios municipales, los que sólo podían adquirirse por personas de cierta fortuna, las que no tardaron en buscar formas de resarcirse de las sumas que tuvieron que erogar.¹⁹⁸

Las modernizaciones administrativas y económicas de Carlos III de Borbón, la minería y el crecimiento de la actividad económica produjeron una época de auge en el Reino de la Nueva España que ocasionaron también un aumento en las recaudaciones reales, pero a su muerte la situación comenzó a deteriorarse. Por otra parte, las medidas adoptadas

¹⁹⁷ Gamás Torruco, José, *op. cit.*, nota 139, pp. 409-411.

¹⁹⁸ *Ibidem*, pp. 409 y 412.

por la metrópoli buscaban preponderantemente defender e incrementar sus intereses políticos y comerciales en perjuicio de los criollos, que quedaban relegados a actividades de menor valía y que sólo podían optar a cargos municipales. Se produce entonces una situación de descontento que se va generalizando debido a las desigualdades económicas y sociales que se producen entre españoles y criollos.

Las tropas de Napoleón Bonaparte entraron a la península, con la aceptación de Carlos IV de Borbón, con el propósito de invadir Portugal que se negaba a cumplir el bloqueo comercial contra Gran Bretaña. Una vez alcanzado su objetivo, Bonaparte ordenó la permanencia de esos contingentes en España, consiguió la abdicación del monarca y de su hijo Fernando VII a su favor y designó a su hermano José para ocupar el trono. El pueblo español se sublevó el 2 de mayo de 1808 para defender su independencia.

La Constitución de Cádiz fue aprobada en el sur de España como fruto del movimiento de resistencia del pueblo contra la invasión francesa que pretendía imponer la Carta de Bayona de 1808. La génesis de este ordenamiento emanó de las ciudades españolas que se organizaron en juntas y formaron una Junta Central que realizó una convocatoria general a Cortes. En su elaboración participaron diputados de las colonias españolas entre los que se contaron los mexicanos Miguel Ramos Arizpe y Francisco Guridi y Alcocer. Estableció una monarquía limitada y dado su carácter liberal fue defendida por quienes sustentaban estas ideas y atacada por los conservadores, lo que ocasionó una agitada vida institucional caracterizada por sus abrogaciones y reestablecimientos. Este ordenamiento supremo redujo el número de provincias mexicanas que fueron: México, San Luis Potosí, Monterrey, Guadalajara, Durango y Mérida. Esta Constitución fue jurada y promulgada en México el 30 de septiembre de 1812 y estuvo vigente en el país hasta 1820 con algunas intermitencias y respondió sólo limitadamente a las aspiraciones de quienes en México pretendían la independencia.¹⁹⁹

José María Morelos y Pavón, convocó a un congreso constituyente en Chilpancingo que se instaló el 13 de septiembre de 1813. Un documento preparado por Morelos y conocido como “*Sentimientos de la Nación mexicana*” y que tiene un contenido ético político y social orientó los trabajos de ese congreso que estuvo integrado por representantes de las regiones li-

¹⁹⁹ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, nota 14, pp. 78 y 79.

beradas que eran criollos ilustrados de clase media y alta con estudios eclesiásticos o de derecho y que debido a las contingencias de la guerra deambuló por la zona siguiendo a su líder con la protección de un pequeño grupo del ejército insurgente. También ese texto recibió el influjo de otro documento aprobado por Rayón, titulado “Elementos constitucionales” y en especial del pensamiento político de los revolucionarios franceses y de la propia Constitución de Cádiz. La Constitución de Apatzingán, a la que se dio el título de “Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana” se promulgó el 22 de octubre de 1814. Influyeron determinantemente en su elaboración el llamado grupo de Chilpancingo formado por el propio Morelos, Bustamante, Quintana Roo, Herrera, Rayón y Liceaga. Para Gamas Torruco, esta carta política estuvo vigente en los territorios controlados por el ejército insurgente, es el primer ejercicio de la soberanía popular del pueblo mexicano y debe ser reevaluada desde un punto de vista político.²⁰⁰ La Constitución creada estableció un sistema representativo, la separación entre los tres poderes, los derechos de los ciudadanos y la libertad de expresión. Con el afán de evitar el caudillismo se restringieron las facultades del Ejecutivo y la mayor parte del poder se centralizó en el Congreso que se creó en circunstancias que lo que se necesitaba en esa época era un mando centralizado con amplias facultades. Al apoderarse dicho Congreso de la suma del poder, puso obstáculos al liderazgo de Morelos. Cuando la suerte de los insurgentes comienza a cambiar y Morelos es apresado y fusilado, se suceden otra serie de desastres. Más tarde, es el general Mier y Terán quien decide disolver al Congreso y se convierte en líder de ese movimiento.²⁰¹

Con el ascenso al trono del antes abdicado Fernando VII en España y la restauración de las normas aprobadas en Cádiz no se calman los afanes independentistas debido al absolutismo del monarca, a su falta de escrúpulos y de tino y porque persistió el centralismo. Además, las nuevas cortes establecidas en la península adoptan medidas que siguen afectando los intereses de los criollos. Por el Plan de Iguala del 24 de febrero de 1821, que es fruto de un acuerdo entre Vicente Guerrero y Agustín de Iturbide, se establecieron ciertas bases constitucionales y se nombró una Junta Provisional Gubernativa, la cual nombraría una regencia de tres perso-

²⁰⁰ Gamas Torruco, José, *op. cit.*, nota 139, p. 424.

²⁰¹ Villoro, Luis, “La revolución de independencia”, *Historia general de México*, México, Colegio de México, 2006, p. 515.

nas y convocaría a cortes para elaborar una Constitución. El Plan de Iguala fue modificado parcialmente por los Tratados celebrados en la Villa de Córdoba el 24 de julio de 1821, que celebraron el propio Iturbide, después de una exitosa campaña militar, con el recién llegado virrey Juan de O'Donojú. En la práctica, como producto de ambos acuerdos, se estableció un Consejo de Regencia de cinco individuos que fue encabezado por Iturbide. El 24 de febrero de 1822, se instaló el Primer Congreso Constituyente que, reservó a dicho Congreso, el Poder Legislativo tanto en su carácter de poder constituyente como legislativo ordinario. Una vez que Iturbide se coronó emperador debido a sus roces con el Congreso decidió disolverlo a través de un golpe militar y lo reemplazó por una Junta Nacional Instituyente, entre cuyos integrantes se contaban cincuenta y tres de los diputados. El 6 de diciembre de 1822, Santa Anna y Guadalupe Victoria proclaman el Plan de Veracruz por el que se exigía destituir a Iturbide, restituir el Congreso y establecer la república. Iturbide manda entonces a José Antonio Echávarri a sojuzgar a Santa Anna. Sin embargo, estos últimos llegan a un acuerdo de carácter militar, aprueban y suscriben el Plan de Casa Mata, el 1o. de febrero de 1823, al que después se unirían Vicente Guerrero, Nicolás Bravo y algunos jefes del propio ejército de Iturbide. Pronto se recibió la adhesión de las diputaciones provinciales, ayuntamientos y otros jefes militares, Iturbide tuvo que reinstalar el Congreso y renunciar. Dicho Congreso quedó sumamente desprestigiado y se tuvo que limitar a establecer un Poder Ejecutivo provisional formado por Guadalupe Victoria, Nicolás Bravo y Pedro C. Negrete y a convocar un nuevo constituyente, lo que trató de demorar. Debido a las dilaciones del Congreso y a su intención de aprobar unas "Bases" constitucionales, las provincias comenzaron a sublevarse. Por decreto de 17 de junio de 1823 se establecieron las normas para la elección de un nuevo constituyente nacional que quedó instalado el 7 de noviembre de ese mismo año. En éste hubo debates de gran trascendencia debido a la calidad de los legisladores que en ellos intervinieron, entre los que se contaron Miguel Ramos Arizpe, Valentín Gómez Farías, Crescencio Rejón, José María Covarrubias, Carlos María de Bustamante, Berra y Fray Servando Teresa de Mier.

Una de las contribuciones de los constituyentes fue la aprobación del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, del 4 de enero de 1824, que fue redactada por Miguel Ramos Arispe, con la colaboración de los

líderes federalistas. Este documento constaba de 36 artículos y del mismo debe destacarse que: declaró la independencia; determinó la extensión del territorio del nuevo estado que quedó constituido por 17 estados y dos territorios; ratificó el principio de la soberanía nacional; estableció una república representativa, popular y federal; reconoció la soberanía de los estados integrantes; incorporó el principio de la división de poderes; instituyó el principio de la igualdad ante la ley; determinó los derechos de los ciudadanos; y consagró la religión católica como fe del Estado. Dentro de las resoluciones generales del Acta, se encuentra el artículo 31 que estableció que las Constituciones de los estados no pueden de manera alguna oponerse a lo establecido en el Acta ni a lo que se establezca en la Constitución general. En consecuencia, no podrían observarse sus disposiciones mientras no esté aprobada y publicada esta última. Sin embargo, en la norma siguiente, se disponía que las legislaturas estatales que estaban en funciones podían organizar provisionalmente su gobierno interior y, en el intertanto, se debían observar las leyes vigentes.

El mérito del Acta Constitutiva consiste, en resumen, en sentar las bases de una organización política propia y diferente de la que existía con anterioridad y de ser un antecedente de relevancia que precede a la aprobación de la Constitución de 1824, la que desarrolló las bases establecidas en dicha Acta.

Uno de los puntos nodales de la discusión de los constituyentes, con relación al nuevo ordenamiento supremo que debía aprobarse, fue la disputa entre federalistas y centralistas, en la cual terminaron imponiéndose los primeros y el 5 de octubre de 1824, se publicó la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos.²⁰² Dicha Constitución tomó como base un proyecto de Miguel Ramos Arizpe, que consagró una república representativa, popular y federal que se integró por 20 estados, 4 territorios y un Distrito Federal. Se determinó que el presidente sería electo por cuatro años por las legislaturas de los estados el cual en caso de imposibilidad física o moral sería reemplazado por un vicepresidente. Dichas legislaturas también eligen a los diputados, a los senadores y a los integrantes de la Suprema Corte de Justicia. Otra de sus características consiste en que son los estados quienes tienen poderes superiores a la Federación. Por otra parte, es sólo el Congreso quien posee facultades para interpretar la carta política. Este ordenamiento estuvo vigente por

²⁰² *Ibidem*, pp. 430 y 431.

más de diez años y fue ese periodo de profundas convulsiones, pronunciamientos militares, presiones externas y en especial de conflictos entre liberales y conservadores.²⁰³

Hay que destacar que el régimen federal que se estableció permitió salvar la integridad del territorio nacional, pero adoleció de una serie de problemas porque el gobierno federal instaurado dependió de los estados desde un punto de vista fiscal y militar. Se trató, entonces de un gobierno federal débil que dependía de la cuota en dinero y hombres que aportaran dichos estados de acuerdo a su población y su riqueza, lo cual provocó tensiones en el país. Otro inconveniente consistió en establecer la supremacía del Poder Legislativo en desmedro del Ejecutivo y surgió de inmediato, entonces, la necesidad de fortalecer a este último.

Hay una tendencia a denostar el aporte de los constituyentes que redactaron la Constitución de 1824 y la crítica expresa de que copiaron el federalismo del sistema norteamericano, y el consejo de gobierno, el proceso electoral e incluso la intolerancia religiosa, entre otras materias, de la Constitución de Cádiz de 1812. Emilio O. Rabasa no está de acuerdo con esta crítica y explica que el abandono en que se encontraban las provincias, debido al centralismo, fue una de las causas por las que se prefirió un régimen federal. El hecho de que las ideas políticas provinieran de otras tierras no resta mérito a la forma de incorporarlas y adaptarlas a la realidad nacional porque lo trascendente es la forma en que dichas concepciones políticas adquirieron carta de naturalización en el país. Rabasa destacó del nuevo ordenamiento que se haya incorporado el federalismo, una nueva forma de gobierno, el establecimiento de derechos en favor de los ciudadanos, la búsqueda de un equilibrio de poderes y que estas ideas se plasmaran por escrito.²⁰⁴

En las elecciones del Congreso de 1835, los conservadores alcanzaron la mayoría y resolvieron que dicho órgano, que sólo tenía facultades de legislador ordinario, se tornara en poder constituyente y elaborara un proyecto de reformas que quedó a cargo de una comisión en la que destacó por su influencia Francisco Manuel Sánchez de Tagle. Como fruto de estos trabajos se aprobó la Ley de Bases Constitucionales que estableció un gobierno centralista y los respectivos poderes públicos. Más adelante,

²⁰³ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, nota 14, pp. 81 y 82.

²⁰⁴ Rabasa, Emilio O., *El pensamiento político del constituyente de 1824. Integración y realización*, México, UNAM, 1986, p. 4.

se aprobaron siete leyes o estatutos constitucionales, que integran un texto formalmente disperso, y que versaron respectivamente sobre: derechos y obligaciones de los mexicanos y de los habitantes de la República; el Supremo Poder Conservador; Poder Legislativo, Poder Ejecutivo; Poder Judicial; división política del territorio nacional y gobierno municipal; y modificación de las leyes. Estas normas constitucionales fueron muy criticadas por su centralismo y por la creación del Supremo Poder Conservador que tenía la facultad amplísima de poder declarar la nulidad de leyes, decretos y actos contrarios a la Constitución de cualquiera de los poderes a petición de uno de ellos. Dicho órgano sólo respondía ante dios y la opinión pública y para ser miembro de él era necesaria cierta renta anual y haber ocupado ciertos puestos públicos de trascendencia. Para Alfonso Noriega tuvo el mérito de señalar los derechos individuales y otros autores han estimado que el poder citado es un esfuerzo incipiente de control de constitucionalidad, pero que éste tenía un carácter político. Por el Plan de Tacubaya de 1841 cesaron los poderes supremos y al año siguiente se formó un nuevo constituyente.²⁰⁵

El Congreso Constituyente de 1842 conoció tres proyectos de reforma uno de mayoría que tuvo una definición poco clara sobre la pugna entre federalistas y centralistas, un segundo de minoría de Mariano Otero y un tercer proyecto que trató de conciliar los dos anteriores. El proyecto conciliatorio despertó nuevamente la resistencia del clero y del ejército y se produjo un levantamiento en Huejotzingo. Nicolás Bravo que ostentaba el cargo de presidente en suplencia de Santa Anna disolvió además el Congreso existente. El 14 de junio se aprobaron las Bases de Organización Política de la República Mexicana que establecieron un gobierno oligárquico, un presidencialismo exagerado, y el titular del Ejecutivo, además, gozaba de veto sobre las resoluciones del Congreso.

En el mes de diciembre de ese año, Santa Anna, en una acción más de despotismo, ordenó disolver dicho Congreso y se designaron 80 notables con el propósito de elaborar un nuevo texto constitucional que recogía sus propósitos. De esta manera se aprobaron las Bases Orgánicas del 12 de junio de 1843 que sólo estuvieron formalmente en vigor hasta 1846, en medio de asonadas militares y la guerra con Estados Unidos de América.²⁰⁶

²⁰⁵ *Ibidem*, pp. 83 y 84.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 85.

En diciembre de 1846, se formó un nuevo Congreso constituyente y también una comisión formada por reconocidos políticos y juristas entre los que se contaban José Espinoza de los Monteros, Manuel Crescencio Rejón que había redactado la Constitución Yucateca de 1841 e introducido en ella el amparo, Joaquín Cardozo y Pedro Zubieta. El primero de los nombrados no fue partidario de modificar la Constitución de 1824 que a su juicio era la única legítima debido a la grave situación por la que atravesaba el país y al hecho de que las tropas de Estados Unidos de América se aproximaban a la capital. Mariano Otero, en cambio, fue partidario de realizar reformas de inmediato a dicho texto supremo. El resultado de estas discusiones fue el Acta Constitutiva de Reforma de 1847 fundada en el voto particular de Otero. Se ha considerado este ordenamiento como una base importante del derecho constitucional mexicano porque se introduce el amparo en materia federal, reforzamiento de los derechos individuales, perfeccionamiento del sufragio y de la representación y se establecieron procedimientos para declarar la inconstitucionalidad de las leyes federales y locales. La última dictadura de Antonio López de Santa Anna que gobernó con base en decretos, terminó con la vigencia de este último documento.²⁰⁷ El conflicto con Estados Unidos de América comenzó en 1848, duró veinte meses, las tropas norteamericanas irrumpieron en California, Monterrey y ciudad de México y terminó con la firma de la paz por el Tratado de Guadalupe Hidalgo en 1848 por el que el país del norte se apoderó de una parte importante del territorio mexicano.²⁰⁸

El 1o. de marzo de 1854, el coronel Florencio Villareal lanzó el Plan de Ayutla, en el villorrio del mismo nombre, que exigía el derrocamiento de Santa Anna y la convocatoria a un congreso constituyente y que fue reformado por Ignacio Comonfort en Acapulco el 11 de ese mismo mes y año. Derrotado Santa Anna, en 1855, los insurrectos nombraron presidente interino al general Juan Álvarez y después al coronel Ignacio Comonfort. Ese congreso constituyente estuvo integrado por 155 diputados propietarios y los correspondientes suplentes, la mayoría de los cuales eran liberales moderados, hubo una minoría selecta de liberales puros y algunos conservadores. Entre los diputados se encontraban una serie de destacados intelectuales como: Ponciano Arriaga, José María Mata, Melchor Ocampo, Ignacio Ramírez y Francisco Zarco.²⁰⁹ El sistema de la

²⁰⁷ *Ibidem*, pp. 85-87.

²⁰⁸ *Historia del mundo moderno, cit.*, nota 110, t. X, p. 452.

²⁰⁹ González, Luis et al., *Historia mínima de México*, México, 1983, pp. 112 y 113.

convocatoria fue semejante al determinado para la Constitución centralista de 1843 que tuvo entre sus objetivos dar el mayor poder posible a Santa Anna. Los ciudadanos en asambleas primarias designaron electores también primarios; éstos reunidos en las cabeceras de partido escogieron electores secundarios; los que reunidos en la capital de su estado, eligieron a su vez, de acuerdo al censo, a los diputados de cada entidad federativa a razón de uno por cada cincuenta mil almas. En este proceso fueron los gobiernos locales los que influyeron realmente en la elección de los representantes porque Comonfort no tenía gran adhesión y respaldo, pero esta libertad estuvo restringida según Rabasa debido a los compromisos que emanaban de la revolución y las conveniencias de la política de partidos. El resultado fue que hubo representantes de las mayorías de los estados, pero no estuvieron representadas las minorías que existían dentro de los mismos.²¹⁰ En total participaron 155 diputados propietarios y para redactar el proyecto se formó una comisión de nueve miembros entre los que destacaron Ignacio Vallarta y Melchor Ocampo.²¹¹

Esta Constitución estableció la ya clásica división de poderes, pero con un Ejecutivo débil, sin derecho a veto, y con un Congreso unicameral, conformado sólo por la Cámara de Diputados en atención a que el Senado se había desprestigiado en forma considerable. Dicha Cámara, en caso de urgencia, con el voto calificado de los dos tercios de los diputados presentes podía expedir las leyes que estimara necesario sin la intervención del Ejecutivo. La soberanía radicaba en el pueblo y todos los órganos se integraban por elección popular indirecta de primer grado. Las facultades que no se entregaban expresamente a la Federación se entendían que pertenecían a los estados. Esta Constitución fue promulgada el 5 de febrero de 1857 y se acompañó de un breve manifiesto.²¹² Esa carta magna rigió formalmente hasta que comenzó a regir la Constitución de 1917, experimentó varias reformas y su propia vigencia se vio interrumpida en repetidas ocasiones debido a los acontecimientos políticos.²¹³

²¹⁰ Rabasa, Emilio O., *La Constitución y la dictadura*, México, Porrúa, 1990, pp. 31 y 32.

²¹¹ Rabasa, Emilio O., *El pensamiento político del constituyente de 1856-1857*, México, UNAM, Porrúa, 1991, pp. 15 y 16.

²¹² Díaz, Lilia, "El liberalismo militante", *Historia general de México*, 3a. ed., t. II, México, El Colegio de México, 1981, pp. 594 y 595.

²¹³ Fix-Zamudio, Héctor, Valencia C., Salvador, *op. cit.*, nota 14, p. 89.

Es el tiempo en que se produce una guerra entre liberales y conservadores que dura tres años y deja las arcas fiscales exhaustas. Ello motiva la suspensión de pagos a Inglaterra, España y Francia. Con los dos primeros países se llega finalmente a un acuerdo, pero Francia gobernada por Napoleón III decide invadir la República y establecer como monarca a Maximiliano de Habsburgo. Napoleón III pensaba que la Guerra de la Secesión en el norte concluiría con la formación de dos naciones y pretendió formar una monarquía latina como contrapeso a los estados anglosajones. Una vez derrotadas las tropas francesas y ejecutado Maximiliano y los generales conservadores, Benito Juárez reingresa a la Ciudad de México el 15 de julio de 1867 y pone en vigor la Constitución y las Leyes de Reforma. Los liberales que se agruparon tras Juárez, ya elegido presidente, respetaron las elecciones, la libertad de prensa, el libre debate en el Congreso y la independencia del Poder Judicial. Es un tiempo también en que se repiten los levantamientos armados y en que debe hacerse uso de facultades extraordinarias para poder gobernar. La reelección de Juárez en 1871, que fallece en 1872, y la reelección de Lerdo de Tejada en 1875, produce serias resistencias. Porfirio Díaz que se había destacado combatiendo a las tropas francesas, se levantó en Tuxtepec y tomó el poder en el que permaneció por más de treinta años.²¹⁴

Con Porfirio Díaz, el país conoció una época de estabilidad que era necesaria para una nación tan convulsionada, para ello se sojuzgaron a los caciques locales que se levantaban contra el poder federal, se reorganizaron las finanzas y comenzó el desarrollo económico con la intervención del capital extranjero. Las principales reformas que se hicieron a la Constitución de 1857 prohibieron la reelección del Ejecutivo para un periodo inmediato, pero más adelante extendieron dicho mandato de cuatro a seis años y aceptaron dicha reelección. La negativa de Díaz a dejar el poder, la falta de apertura política, la represión que caracterizó su gobierno y la falta de oportunidades para la clase media y los campesinos motivaron un profundo descontento. Francisco I. Madero, que había sido encarcelado en 1910, por pretender participar en las elecciones de ese año, desde San Antonio Texas, proclamó el Plan de San Luis, en que se proclama el “Sufragio efectivo. No reelección”, declara nulas las elecciones en que se había reelegido Díaz, se declara presidente provisional, esta-

²¹⁴ Gamás Torruco, José, *op. cit.*, nota 139, pp. 463-468.

blece la restitución de tierras a los pequeños propietarios que en su mayoría eran indígenas y llama a al pueblo a tomar las armas. La Revolución duró seis meses y terminó con el triunfo de los insurgentes. Madero y José María Pino Suárez son elegidos presidente y vicepresidente y asumieron sus cargos el 6 de noviembre de 1911. El 28 de ese mes se reformó la Constitución de 1857 para prohibir la reelección del titular del Ejecutivo y de los gobernadores de los estados. Los dieciséis meses que duró este gobierno fueron marcados por nuevos conflictos internos producidos por los restos del ejército porfirista que no había sido totalmente desmantelado, y, por otra parte, por la rebelión de Emiliano Zapata que, por medio del Plan de Ayala, desconoció a Madero por haber traicionado los principios de la Revolución porque no se hicieran efectivas las restituciones de tierras, montes y aguas que se habían prometido. Pascual Orozco se levanta asimismo en Chihuahua pidiendo la abolición de las tiendas de raya, la regulación de la jornada de trabajo, las restituciones agrarias y el fraccionamiento de los latifundios. A combatir esta insurrección es enviado Victoriano Huerta.²¹⁵

La Constitución de 1917, tiene precisamente como antecedente histórico el movimiento político y social, conocido como Revolución mexicana que surgió en 1910 con el propósito de terminar con la dictadura de Porfirio Díaz y plasmar en un ordenamiento superior el principio de la no reelección. Venustiano Carranza, el primer jefe del ejército constitucionalista, una vez que derrocó la tiranía de Victoriano Huerta, que había asesinado a Madero y Pino Suárez, expidió la convocatoria para la integración del Congreso Constituyente, que estuvo conformado por 214 diputados elegidos a través del sistema establecido en la Constitución de 1857 para la integración de la Cámara de Diputados.

Venustiano Carranza el 14 de septiembre de 1916 expidió el decreto de reformas a los artículos 4o., 5o. y 6o. del Decreto del 12 de diciembre de 1914 que adicionaba el Plan de Guadalupe, donde se anunciaba la convocatoria al congreso constituyente. El artículo 4o. reformado señalaba:

Para formar el Congreso Constituyente, el Distrito Federal y cada estado o territorio nombrarán un diputado propietario y un suplente por cada sesenta mil habitantes o fracción que pase de veinte mil, teniendo en cuenta el Censo General de la República de 1910. La población del estado o territo-

²¹⁵ *Ibidem*, pp. 476-479.

rio que fuere menos de la cifra que se ha fijado en esta disposición elegirá, sin embargo, un diputado propietario y uno suplente.²¹⁶

En el mensaje que pronunció Carranza ante el Congreso Constituyente, entre otras ideas, expresó las siguientes:

Y, en efecto, la soberanía nacional que residen en el pueblo, no expresa ni ha significado en México una realidad, sino en poquísimas ocasiones, pues si no siempre, si casi de una manera rara vez interrumpida, el poder público se ha ejercido, no por el mandato libremente conferido por la voluntad de la nación, manifestada en la forma que la ley señala, sino por imposiciones de los que han tenido en sus manos la fuerza pública para investirse así mismos o invertir a personas designadas por ellos con el carácter de representantes del pueblo.²¹⁷

Lo que remitió Carranza al Congreso Constituyente fue un proyecto de reformas a la Constitución de 1857 en cuya elaboración colaboraron Luis Manuel Rojas, que más tarde fue designado diputado por Jalisco, y José Natividad Macías. En ese proyecto, se señalaba en relación a la Constitución de 1857:

...se conservaría intacto el espíritu liberal de aquella y la forma de gobierno en ella establecida, que dichas reformas sólo se reducirían a quitarle lo que la hace inaplicable a suplir sus deficiencias, a disipar la oscuridad de algunos de sus preceptos y a limpiarla de todas las reformas que no hayan sido inspiradas más que en la idea de poderse servir de ella para entronizar la dictadura.²¹⁸

Al referirse al amparo establecido en la Constitución de 1857, Carranza afirmó que fundamentalmente había servido para que el Ejecutivo controlara hasta los más mínimos actos de los estados a través de tribunales conformados por jueces que estaban bajo su tuición, perturbando de esta manera la administración de justicia e imponiendo abusos a los ciudadanos.

La primera junta preparatoria del Congreso Constituyente tuvo lugar el 20 de noviembre de 1916, la undécima y última el 30 de noviembre de

²¹⁶ Rabasa, Emilio O., *El pensamiento político y social del constituyente de 1916-1917*, México, UNAM, 1996, p. 58.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 197.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 198.

ese año. El Congreso Constituyente mismo inició labores el 30 de noviembre de 1916, celebró 67 sesiones ordinarias y concluyó su tarea el 31 de enero de 1917.²¹⁹

La formación del poder constituyente en México se caracterizó a menudo por no emanar democráticamente del pueblo sino más bien de grupos de juristas y políticos notables elegidos por los poderes vigentes o de facto y los ordenamientos que emanaron de su labor tampoco fueron ratificados por la intervención popular. Todo lo cual se explica por tratarse de una nación que conquista su independencia, con convulsiones y disputas políticas internas, intervenciones extranjeras y debido a que el desarrollo de la democracia en el país era incipiente por contarse con una masa popular fundamentalmente rural más preocupada por su sobrevivencia y por los problemas cotidianos que por la elección de sus gobernantes. No obstante lo anterior, el proceso de formación del poder constituyente en las Constituciones de 1824, 1857 y 1917 tiene también aspectos democráticos.

Desafortunadamente, el proceso de reformas de la Constitución de 1917 tampoco se caracteriza por su naturaleza democrática porque la mayoría de sus modificaciones obedece a los poderes ilimitados del titular del Ejecutivo que domina al Legislativo, no tiene contrapesos en el Poder Judicial, es el jefe real del partido gobernante y no hay sectores sociales que pongan real coto a su voluntad, lo cual no impide que el Ejecutivo consulte o intercambie opiniones con los poderes fácticos o de hecho. Sin embargo, generalmente es dicho titular quien zanja cualquiera diferencia.

VII. NATURALEZA, EJERCICIO Y DESTINO DEL PODER CONSTITUYENTE

El hecho de que el poder constituyente se relacione con los procesos revolucionarios franceses y americanos, no involucra que sea una invención que provenga de éstos, para Pedro de Vega, porque son las exigencias históricas las que justifican el desenvolvimiento de esta idea y es en estos procesos donde se crean por primera vez las condiciones políticas que establecen su avenimiento.²²⁰ Tres son los problemas fundamentales que se deben analizar con relación al poder constituyente y estriban: en su naturaleza como poder soberano; las formas en que se manifiesta su ejercicio;

²¹⁹ *Ibidem*, p. 59.

²²⁰ Vega García, Pedro de, *op. cit.*, nota 126, pp. 26 y 27.

y finalmente que sucede con esta clase de poder cuando una Constitución, ya es aprobada.²²¹

Conforme al principio político democrático de la soberanía popular, el titular del poder constituyente es el pueblo y hasta este punto una gran cantidad de autores está de acuerdo. Las diferencias surgen cuando se trata de determinar como el pueblo puede y debe ejercer ese derecho de soberanía, que constituye el segundo problema planteado por Pedro de Vega. Para los colonos puritanos de Norteamérica se necesitaba siempre la participación directa del pueblo para el ejercicio del poder constituyente. Ellos habrían hecho una analogía entre la forma en que se fundaba una congregación, es decir una comunidad religiosa, que se basaba en un contrato en el que se contenían las reglas del culto, y la forma en que se creaba una comunidad política. El conocido pacto de la gracia puritana, se habría transformado de esta manera en un acuerdo de carácter político. Así se redactaron los *covenants* que fueron reales contratos sociales que los colonos firmaban a su nombre y de sus familiares. En dichos *covenants*, se puede apreciar su identificación con el contrato social y el hecho de que no pueden realizarse a través de representantes. De tal suerte que los proyectos de Constitución aprobados por una asamblea o convención forzosamente deberían ratificarse en las *town-meetings* o por el pueblo mismo.²²²

El tercer problema a que se refiere Pedro de Vega consiste en determinar que sucede con el poder constituyente cuando ya es aprobada una Constitución y expresa que tanto en los procesos revolucionarios americano y francés, éste desaparece —lo que no es aceptado por otros autores— para dejar paso a la norma que se ha creado y todos los poderes que surgen de la Constitución son poderes constituidos. En el sistema americano, queda claro para este autor, de que el poder constituyente y los poderes constituidos no pueden arrogarse más funciones que las que le corresponden. De esta manera, el primero, no puede tener competencias legislativas ordinarias porque ha sido creado con la sola finalidad de crear una Constitución y sus funciones desaparecen al concluir su labor. Además, su labor debe ser siempre ratificada por el pueblo. Por su parte, los poderes constituidos, no pueden arrogarse las atribuciones que pertenecen al poder constituyente porque no tienen el carácter de soberanos.

²²¹ *Ibidem*, pp. 27 y 28.

²²² *Ibidem*, pp. 31 y 32.

La distinción señalada es clara en el constitucionalismo americano, según Pedro de Vega, pero no sucede lo mismo cuando se quiere avanzar en el desarrollo de las ideas de Sieyès en atención a que al entregarse a las asambleas constituyentes el ejercicio pleno de la soberanía es posible que el poder constituyente soberano pretenda perdurar como poder legislativo ordinario como ocurrió con las Cortes que aprobaron la Constitución Española de 1978 porque durante un tiempo se pensó que podían actuar como Cortes ordinarias. De tal manera que para el autor español citado cada vez que la soberanía se separa del pueblo existe el riesgo de que ambas clases de poderes, el constituyente o los constituidos se confundan. De ahí deriva para el autor citado el distinto significado, y alcance que tuvo el principio de la supremacía constitucional en Estados Unidos de América y en Europa.

Hay que silenciar al poder constituyente, una vez que ha aprobado la ley fundamental, para proteger a la Constitución frente a los avatares políticos, se pregunta igualmente Böckenförde. Sin embargo, estima de que esta solución descansa sobre un artificio y una ficción jurídica porque para que la Constitución y sus pretensiones de validez puedan legitimarse es menester de que el poder constituyente del pueblo prosiga su acción como una magnitud y una fuerza política reales y en consecuencia, no puede jurídicamente reducirse a la nada ya que es menester de que siga presente. Es sorprendente pensar de que la carta política requiera legitimarse sólo en el momento de su génesis y que después pueda valer como algo autónomo, en circunstancias de que es necesario que se apoye en forma “permanente y renovada” por las convicciones jurídicas y políticas de una determinada comunidad. Por otra parte, se plantea el problema de proteger el fundamento y la persistencia de la validez de la ley fundamental frente a los cambios que puedan producirse en un poder no vinculado normativamente.²²³ Para ello, este autor propone las siguientes medidas.

- Es necesario, en primer término, distinguir y delimitar el poder constituyente del poder constituido. Al regular y definir las atribuciones de los poderes constituidos, se refuerza la validez normativa de la Constitución; se reconoce la existencia de un poder legitimador supremo, como magnitud política real, y se restringe, asimismo,

²²³ Böckenförde, Ernst W., *op. cit.*, nota 130, pp. 168 y 169.

la capacidad de este poder constituyente de intervenir sobre la Constitución legitimada.

- Una segunda opción, consiste en establecer procedimientos democráticos para las manifestaciones del poder constituyente, especialmente si se trata de efectuar una reforma profunda del ordenamiento supremo o su abrogación. Hay que evitar en este sentido cualquier tipo de indeterminación o duda y precisar con claridad lo que puede hacer dicho poder mediante acciones previas o preparatorias o bien en forma posterior a las modificaciones que se vayan a introducir.
- Una tercera vía para conservar la capacidad de acción del poder constituyente, sin renunciar a la posibilidad de delimitarlo, consiste en aceptar de que el pueblo no totalmente organizado pueda ejercer su influencia dentro del marco constitucional, a través de la libertad de opinar y de reunirse, por los medios de comunicación y, en general, a través de cualquier forma de intervención del pueblo como ciudadanía activa. Y en este sentido, este autor hace una diferencia entre el pueblo como órgano y como soberano.²²⁴

Con relación a los procedimientos democráticos que pueda adoptar el poder constituyente, a que se refiere la segunda opción señalada, Böckenförde sigue a C. Schmitt que propone: la creación de una asamblea nacional constituyente, que se integra en forma preestablecida, mediante procedimientos democráticos, que decide por sí misma e incluso promulga la norma constitucional; otra opción es convocar a una asamblea constituyente, elegida democráticamente, para elaborar un proyecto de Constitución y se somete su propuesta al pueblo, y una tercera alternativa consiste en que uno o más de los órganos del estado o bien a través de una iniciativa popular de ciertos ciudadanos se realice una propuesta que es en definitiva votada por el pueblo en su conjunto.

Sobre el polémico tema de crear normas en una Constitución para delimitar las atribuciones de un nuevo poder constituyente parece recomendable establecer solamente que la formación de dicho poder debe someterse a un procedimiento y normas democráticas, y de que la aprobación de una nueva carta magna debe ser sometida al consentimiento de la ciudadanía. Se coincide con la tesis, de alguna manera, de que abundar en disposiciones sobre la regulación del poder constituyente es delicado porque puede

²²⁴ *Ibidem*, pp. 169, 170, 172 y 173.

ponerse trabas a la formación de un poder, como se ha expresado, que es soberano y que, en consecuencia, no debe tener limitaciones.

Las modificaciones a la Constitución pueden hacerse, según Barthelemy y Duez, de diversas maneras:

1. Puede operarse la modificación mediante un órgano constitucional distinto del legislador ordinario y superior a éste. Es aplicación de esta idea, la reforma de naturaleza democrática por una convención nacional especialmente establecida para este efecto en el ordenamiento supremo, como el sistema establecido en Francia en la Constitución del año VIII en enero de 1852 que estableció un senado conservador con mayoría reforzada.
2. En el marco de un gobierno semidirecto con la intervención del pueblo; mientras que la revisión de las leyes se hará a través de un sistema de representación.
3. Por medio del órgano legislativo ordinario con una mayoría reforzada.
4. A través del órgano legislativo ordinario dando cumplimiento a ciertas reglas especiales.²²⁵

Respecto a la iniciativa de reforma constitucional, considerando las fases sucesivas de la revisión, Barthelemy y Duez estiman que puede hacerse de las siguientes formas:

1. La iniciativa de la revisión puede ser reservada a un órgano especial que es distinto del legislador ordinario. Así en la Constitución francesa del año II fue reservada a un Consejo de Ancianos, compuesto por 250 miembros; en circunstancias que la revisión de la ley ordinaria era efectuada por el Consejo de los 500. Además, en la Constitución del año VIII es el Senado Conservador quien tiene la iniciativa. En la tercera República, a partir de 1875, la iniciativa para reformar el texto supremo quedó entregada al Mariscal Mac-Mahon, mientras le durarán los poderes conferidos por ley del 10 de noviembre de 1873. Lo cual constituye una circunstancia excepcional y también negativa por su carácter antidemocrático.

²²⁵ Barthelemy, Joseph y Duez., Paul, *op. cit.*, nota 172, p. 233.

2. La iniciativa sobre el proceso de la revisión puede tenerla el legislador ordinario en forma limitada.
3. O bien puede tener la iniciativa de reforma el pueblo mismo, en forma ilimitada.²²⁶

Cabe preguntarse, ahora, como se concilia el principio de la soberanía popular con la idea de la Constitución como ley suprema. No se puede coincidir con quienes han expresado, como Frochot, de que a través de un acto de autolimitación manifiesta, se puede contener en la propia Constitución la “fuerza expansiva” del poder constituyente porque de esa manera se desconoce el carácter supremo de la Constitución, el principio democrático de la soberanía popular y el poder ilimitado del poder constituyente. En efecto, con una tesis como la expuesta no se pone a salvo la supremacía de la Constitución en tanto, el poder constituyente puede autoimponerse restricciones en el procedimiento de reforma, e incluso en ciertas circunstancias puede no acatar los mismos, pero sigue siendo totalmente soberano en cuanto al objeto y contenido de las modificaciones a la ley fundamental. Lo que significa que dichas reformas constitucionales no se fundamentarían en la supremacía de la Constitución, principio que le permite regular sus procesos de transformación y dar continuidad jurídica al mismo, sino más bien como resultado de la voluntad soberana del poder constituyente lo que trae como consecuencia que se puede dar una explicación de carácter fáctico a la reforma, pero no de índole jurídica. Además, tampoco se garantiza con esa tesis el principio democrático de la soberanía popular, al confundirse el poder constituyente con el poder de revisión e incluso al asignarse su titularidad a la nación o al pueblo mismo, porque quienes en la realidad asumirán ese rol serán los poderes que la Constitución establece que son los poderes constituidos. Lo cual involucra que se sustrae al pueblo el ejercicio real de la soberanía que pasa a manos en forma ilimitada a sus mandatarios. La tesis tiene naturalmente una explicación y lo que se pretendió fue alejar al pueblo de los quehaceres políticos y permitir a la burguesía copar situaciones de privilegio, lo que conviene también actualmente a los intereses oligárquicos de las grandes empresas porque siempre es más fácil convencer a ciertos parlamentarios que recurrir a la voluntad popular.²²⁷

²²⁶ *Ibidem*, pp. 233 y 234.

²²⁷ *Ibidem*, pp. 228-232.

Todas las pretensiones de constitucionalizar el poder constituyente, expresa Schmitt, desvanecen la lógica de la organización constitucional democrática y privan al pueblo de sus atribuciones soberanas a favor de los poderes constituidos. De acuerdo con esta misma lógica, los poderes constituidos no pueden salirse del marco que la propia Constitución les establece y devenir en poderes soberanos, porque se trata de poderes regulados y ordenados en el texto fundamental y su competencia para reformar la Constitución es una facultad de carácter extraordinaria, una competencia de competencias. Esta atribución no es una competencia normal, como lo es, en cambio, aprobar leyes, dictar sentencias en un proceso o realizar actos administrativos. Pero su naturaleza extraordinaria no impide que sea limitada porque ciertas regulaciones constitucionales pueden ser sustituidas por otras sólo bajo la condición o la base de que se garantice la “identidad y la continuidad” del texto fundamental, considerado el mismo como un todo. Lo que no se puede realizar, con esta competencia de competencias, es destruir la Constitución y darse una nueva. De esta manera, la Constitución de un Estado basada en un principio monárquico no puede transformarse en democrática o esta última devenir en monárquica porque ello implicaría una destrucción o supresión de la Constitución que no puede realizar el poder de revisión. Y en este rol de poder constituido, por las razones expresadas, el poder de reforma no puede sustituir el sufragio universal por un sistema ajeno a éste, ni transformar un Estado federal en uno centralizado, o sustituir a un titular del Ejecutivo elegido democráticamente por un monarca.²²⁸

El enfoque jurídico tradicional del proceso constituyente, para Häberle, es insuficiente y para comprenderlo realmente es necesario un análisis de orden cultural más amplio y profundo. Tampoco basta el estudio de los factores políticos y económicos porque debe buscarse además el trasfondo cultural. De esta manera es posible identificar tendencias, promotores y actores de dichos procesos. En esta búsqueda se encuentran, por ejemplo, los aportes de los clásicos y de ciertos autores modernos, los programas de los partidos y movimientos políticos, ciertos textos constitucionales que han sido señeros en la regulación de algunos derechos, los avances científicos y los postulados de algunos líderes de opinión. Y naturalmente en este contexto hay pugnas de intereses y de carácter ideológico que finalmente se plasman en el texto constitucional que se aprueba.²²⁹

²²⁸ Schmitt, Carl, *La teoría de la Constitución*, cit., nota 54, pp. 119-122.

²²⁹ Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 5, p. 138.

Para este autor, el proceso constituyente hay que analizarlo en dos planos: en el más abstracto del estado constitucional; y en el más concreto de un pueblo constituido de manera individual y concreta. Para explicar esta postura señala que el federalismo no es un principio que sea propio de todo proceso constituyente porque hay estados constitucionales que no lo incluyen. Sin embargo, este principio está incorporado de manera especial en las Constituciones de Estados Unidos de América y Suiza y constituye un límite para su revisión en este último ordenamiento. En España y en Francia, en el plano más concreto, debe respetarse respectivamente la “Monarquía parlamentaria” y la “República” como expresiones concretas de su actual etapa de desarrollo cultural y constitucional.²³⁰

VIII. LOS LÍMITES DEL PODER CONSTITUYENTE Y PODER CONSTITUIDO

Se ha señalado que el poder constituyente es un poder soberano que no tiene limitaciones en su tarea de aprobar una constitución, sin embargo, hay autores que opinan que todo poder, aunque sea absoluto, está limitado, en primer término, por las reglas relativas a su objeto y a la función que éste debe cumplir. Por ejemplo, en el caso de la Constitución, ésta no sería un fin sino un instrumento y como tal hay que elaborarla conforme a su función que es de naturaleza normativa para que pueda ser útil. Dentro de estos objetivos están, según Konrad Hesse, la unidad política y el orden jurídico y por ello debe constituir el poder, limitarlo y garantizar las libertades individuales. Incluso cuando se aprueba la Constitución americana, el pueblo, dentro de su amplia libertad, tiene ciertas limitaciones que le impone su propia estructura y organización social. Además, hay una serie de restricciones que va imponiendo el desarrollo de la conciencia jurídica y la evolución del ser humano en general. De esta manera, el poder constituyente que aprobó la Constitución Española de 1978 no pudo establecer la desigualdad de los sexos ni la tortura como forma de combatir a los criminales porque debía respetar también las aspiraciones e intereses del pueblo español. Cabe agregar que la realidad política no siempre es posible normarla y el ordenamiento supremo si excede ciertos límites puede perder fuerza normativa y transformarse en una Constitución semántica o nominal ya que el poder constituyente sólo

²³⁰ *Ibidem*, pp. 134 y 135.

puede normar ese mínimo común denominador que produce el consenso de las fuerzas políticas que lo integran.²³¹ Tampoco puede el poder constituyente, sin transgredir los principios del Estado constitucional democrático, aprobar una Constitución que haga tabla rasa de los derechos fundamentales, concentre las funciones del Estado en uno o dos poderes o bien establezca una forma no democrática de elegir a los gobernantes.

Las cláusulas de intangibilidad, como las llama Aragón, que para algunos autores son restricciones o limitaciones a la reforma constitucional, corresponden más bien a la idea liberal de Constitución y constituyen no sólo funciones de “freno y control” del poder sino también de obstáculo al cambio social. Por esta razón, prefiere una concepción democrática de ley suprema que no contenga esa clase de cláusulas y que pueda ser reformada enteramente, sin limitaciones. Se fundamenta esta idea en que el pueblo, como titular de la soberanía, debe tener siempre el derecho a revisar, adicionar, reformar o cambiar su Constitución. Las limitaciones materiales significan que el orden jurídico impone a las generaciones futuras la obligación de respetar lo acordado por generaciones anteriores o bien vulnerar el orden jurídico para realizar las transformaciones que el devenir de una comunidad política exige. En consecuencia, prefiere la solución alcanzada por la Constitución española que en su artículo 168 permite la revisión total de este ordenamiento sin más trabas que las de carácter procesal. Esta tesis es posible, en la medida en que el pueblo participe como última e inapelable instancia en el proceso de revisión. Si ello no ocurre, cualquiera Constitución de naturaleza democrática debe poner límites a la reforma y los poderes constituidos deben respetar las restricciones establecidas al poder de revisión.²³²

El hecho de que el artículo 10.1. de la Constitución Española determine que los derechos de la persona son inviolables, sólo ha de entenderse como una garantía de indisponibilidad frente a la labor de revisión de los poderes constituidos y del poder de reforma que consagra el artículo 167 de ese texto supremo. Sin embargo, no constituye para Aragón una limitación material a lo dispuesto en el artículo 168 de ese ordenamiento porque los derechos citados son el fundamento del orden político que el constituyente ha consagrado, pero pueden no servir de justificación a otro orden de naturaleza diversa que no sea democrático, aunque ello sea inde-

²³¹ González Encinar, José Juan, *op. cit.*, nota 144, pp. 359-363.

²³² Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 49, pp. 17-19.

seable.²³³ Por otra parte, permitir la reforma sin restricciones de índole material, ni explícitas ni implícitas, no significa promover una concepción nihilista del valor frente a los textos constitucionales o compartir una noción puramente formal o procedimental de ley suprema porque el orden jurídico debe respetar la libertad y la igualdad como cláusulas materiales.

Hay algunos autores, como Ross, que piensan que las normas sobre la reforma de la Constitución no pueden ser modificadas porque el poder de reforma, al ser un poder constituido, está sometido a ciertas condiciones que no puede modificar. Sin embargo, si el poder de revisión total es el poder constituyente juridificado, como lo establece el artículo 168 de la Constitución española, según Aragón, es posible revisar totalmente ese ordenamiento supremo e incluir también las normas sobre reforma del mismo. Ahora, la utilización de las normas de revisión total de la Constitución para modificarla dotaría a un nuevo orden de validez, más no necesariamente de legitimidad porque ello va a depender del contenido del nuevo orden. Si éste ha suprimido la democracia y la ha reemplazado por un régimen dictatorial, el nuevo orden sería jurídicamente válido, pero al mismo tiempo ilegítimo, porque el principio democrático en que se cimentó su transformación no es el que legitima su realización, en tanto el pueblo no tendrá asegurado por el derecho su calidad de soberano. En tal caso, el nuevo ordenamiento será una ley fundamental, pero no una Constitución por no ser democrática en su contenido. De tal manera, que la legitimidad en la Constitución aparece como requisito de la validez y la profundización de la democracia es la vía adecuada para que la validez pueda reafirmar la legitimidad.²³⁴

La existencia de límites a la reforma constitucional está relacionada con la concepción que se tenga del poder constituyente y del llamado poder de reforma o de revisión. Si en una Constitución no existen límites para modificarla, involucra que hay identidad entre esos dos poderes. En cambio, si existen restricciones para variar el contenido de una ley fundamental, el poder de reforma es de carácter limitado y no puede equipararse al poder constituyente. De tal manera, que son las propias Constituciones, desde el punto de vista del derecho positivo, las que pueden establecer restricciones al poder de reforma o bien otorgarle una amplia libertad para modificar una carta magna.

²³³ *Ibidem*, pp. 17 y 18.

²³⁴ *Ibidem*, pp. 25 y 28.

No obstante lo expuesto, Pedro de Vega estima de que un poder de reforma sin limitaciones, se opone a la propia lógica y racionalidad del estado constitucional democrático porque la problemática de los límites no es un asunto sólo de derecho positivo. En efecto, al pueblo, como titular de la soberanía, le corresponde igualmente la titularidad del poder constituyente que tiene a su cargo aprobar el texto fundamental. Los poderes que establece una Constitución, en cambio, son poderes constituidos de naturaleza limitada y entre éstos se encuentra el poder de reforma.²³⁵

También puede suceder que en un texto fundamental se prohíban expresamente ciertas reformas e incluso se pueden impedir las modificaciones que trasgredan el espíritu o los principios que informan la Constitución. En estos casos, el poder de revisión subsistiría en el resto de ese texto. Es posible asimismo de que en la propia Constitución se suspendan temporalmente ciertas garantías que la propia ley fundamental establece como es el caso de lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que faculta al presidente de la República, de acuerdo con los titulares de las secretarías de Estado, departamentos administrativos y la Procuraduría General de la República y con aprobación del Congreso de la Unión, en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, para suspender en todo el país o en un lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación, de acuerdo a los términos que esa misma disposición establece. Se trata en este caso de una disposición que fue probada originalmente por el poder constituyente en 1917 y que fue reformada por decreto publicado el 21 de abril de 1981 y que entró en vigor el día siguiente, en que se conserva la idea original de la suspensión de garantías y sólo se realizan modificaciones formales para indicar las instancias que dentro del Ejecutivo deben acompañar al titular de este poder. Una suspensión de las garantías de la Constitución, de acuerdo con las ideas sustentadas por Pedro de Vega y Carl Schmitt, entre otros autores, no podría hacerse por el poder de revisión sin estar facultado expresamente para ello porque de lo contrario se estaría arrogando atribuciones del poder constituyente.

²³⁵ Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 222-225.

Hay dos consecuencias importantes que emanan del hecho de que el poder de revisión o reforma esté limitado por lo dispuesto en una ley suprema. La primera, consiste en que sus “posibilidades formales de actuación” son sólo las que determina el ordenamiento superior, al contrario de lo que sucede con el poder constituyente que es un poder fáctico, independiente de toda normatividad constitucional; y la segunda, consiste en que sus “posibilidades materiales” de reforma de los contenidos de la Constitución igualmente son limitados porque no puede destruir los supuestos constitucionales que constituyen su propio fundamento y razón de ser.

En consecuencia, cuando el poder de reforma se considera un poder constituido y limitado, la organización del estado constitucional democrático conserva su cohesión y congruencia y ningún poder establecido y regulado por la Constitución aparece por sobre ésta, lo que involucra que el principio de la supremacía constitucional rige plenamente y que por lo tanto los procesos de modificación se desarrollan dentro del seno de la Constitución y regulados precisamente por su normatividad. Además, según Pedro de Vega, el Poder Constituyente conserva el poder fáctico de revisar la ley suprema o cambiarla por una distinta. De lo que resulta que a través de la reforma es posible legalizar el cambio; sin embargo, cuando se trata de legalizar la revolución, se produce, lo que la doctrina francesa ha denominado, desde el punto de vista jurídico, el fraude a la Constitución, lo que se traduce también desde un ángulo político en usurpaciones al pueblo de su poder soberano.²³⁶

En el proceso de normativización y constitucionalización del poder constituyente, Häberle piensa que en un determinado estadio de desarrollo, dicho poder no se autoimpone libremente limitaciones porque hay “realidades e idealidades” que son determinantes culturales y que aparecen en los preámbulos o en las normas de una Constitución relativas a su revisión. Además, la teoría de la Constitución y los ordenamientos superiores deben contener apoyos prácticos con alternativas para las labores de reforma, es decir incluir la dimensión de la “política constitucional”. En este sentido, debe incluirse la competencia constituyente del pueblo y crearse una especie de “marco” a su obra tanto en los preámbulos como en los artículos finales de un ordenamiento superior que orienten a los ciudadanos. Por otra parte, propone enriquecer los textos constitucionales, desde el punto de vista sustantivo, incluyendo los valores fundamen-

²³⁶ *Ibidem*, pp. 237-239.

tales; por ejemplo, a través de normas de “reconocimiento” o de “conciencia” o en los propios preámbulos, o desde un punto de vista procesal, incorporando disposiciones sobre la revisión total o general. Sobre la revisión promueve que sea en tres tiempos procesales: iniciativa del pueblo, votación en los parlamentos y con posterioridad la ratificación del pueblo por referéndum o elecciones. Por último, en esta materia, el profesor alemán es partidario de conservar en los textos constitucionales el concepto “de poder o competencia constituyente del pueblo” o de “proceso constituyente”, pero habría que reconocer por igual que la “revisión total o general” es también un proceso constituyente y habría que regularla en un apartado junto con la revisión parcial.²³⁷

Habermas a su vez, pregunta ¿en qué se funda la legitimidad de la regla de que el legislador puede cambiar, en cualquier momento, la Constitución especialmente en una sociedad pluralista? La respuesta para él, es el procedimiento democrático de formación del derecho, lo cual es posible en la medida en que exista una libre discusión de temas y aportes, de informaciones y razones, que aseguren el carácter discursivo a la formación de la voluntad política, y en la medida en que los resultados obtenidos conforme al procedimiento sean más o menos racionales, de acuerdo a las consideraciones siguientes. Al considerar el derecho desde una teoría de la sociedad, se puede expresar que éste cumple funciones sociointegradoras, en forma conjunta con el sistema político que debe estar integrado en términos del Estado de derecho. Ahora desde una teoría del derecho, los ordenamientos jurídicos modernos sólo pueden obtener su legitimación de la idea de la autodeterminación que se explica en el sentido de que en todo momento los ciudadanos han de poder entenderse como autores del derecho al que están sometidos como destinatarios más no como autores de un contrato social sino sobre la base de un acuerdo discursivamente alcanzado que es ajeno a consideraciones morales.²³⁸

IX. LAS CLÁUSULAS PÉTREAS O DE INTANGIBILIDAD Y SU IMPORTANCIA JURÍDICA

Las cláusulas de intangibilidad una vez incorporadas a una Constitución suponen la negación de reformar ciertos principios o normas y no

²³⁷ Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 5, pp. 134-137.

²³⁸ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 117, pp. 646 y 647.

pueden ser consideradas como tales, las disposiciones de carácter temporal que impiden la revisión por cierto tiempo o durante ciertas circunstancias especiales. Un ejemplo de cláusulas de intangibilidad, lo constituía el artículo 112 de la Constitución de Noruega de 1814 que prohibía las enmiendas que contradijeran los principios que integraban dicho ordenamiento. Otro caso similar es el contenido en la Ley Fundamental de Bonn que determina en el artículo 79, numeral 3, que es inadmisibles toda modificación que afecte la división de la Federación en Länder o a los fundamentos de la cooperación de los Estados en la potestad legislativa o a los principios prescritos en los artículos 1o. y 20. La tendencia a establecer este tipo de cláusulas fue especialmente importante en el siglo pasado después de la Segunda Guerra Mundial. Frente a esta corriente de opinión cabe preguntarse si es o no conveniente política y jurídicamente la consagración en los textos constitucionales de disposiciones semejantes y que justificación o significado tiene desde estos puntos de vista.²³⁹

Cuando se analizan las cláusulas de intangibilidad o pétreas desde un punto de vista jurídico es cuando adquieren mayor trascendencia y significación. Su establecimiento implica que el derecho positivo reconoce la distinción entre poder constituyente y poder de reforma, soberano el primero, limitado el poder constituido. La existencia de limitaciones al poder de revisión producirá también como consecuencia de que en el ordenamiento constitucional existan normas que puedan reformarse y otras que no se pueden modificar y que constituyen lo que Hauriou denominó la “superlegalidad constitucional”. El punto de partida de esta última se ubica en el plano de la legitimidad porque exige la supervivencia de ciertos principios y valores que se consideran esenciales para la existencia del sistema y cuya suerte está ligada materialmente a la propia y correspondiente Constitución.

Estas cláusulas revelarían y pondrían en evidencia, ciertas debilidades políticas o institucionales de naturaleza grave porque cuando un régimen político se encuentra sólidamente respaldado por la opinión pública de un Estado no son necesarias dichas limitaciones explícitas. Pedro de Vega acepta, de algún modo, lo expuesto por cierta parte de la doctrina que expresa que estas cláusulas no son propias o inmanentes a un sistema constitucional sino que se deben a “contingentes y circunstanciales motivaciones históricas y políticas” que predominaban en la

²³⁹ Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 235, pp. 246 y 247.

época en que los correspondientes ordenamientos supremos fueron aprobados. Sin embargo, expresa que el devenir del constitucionalismo moderno no sería comprensible al margen de los principios, valores e incluso creencias que constituyen su verdadera razón de ser. Fundamenta su opinión en que es la existencia de un sistema de legitimidad el que otorga “un primigenio e irrenunciable sentido político e ideológico a toda la normativa y problemática constitucional porque la defensa de la constitución, para él, no significa la defensa “abstracta y neutral” de un conjunto de disposiciones jurídicas sino fundamentalmente el resguardo de valores materiales que el sistema constitucional pretende proteger. De esta manera se incorporan al texto constitucional, o sea al más alto nivel normativo, los supuestos ideológicos y valorativos en que éste descansa.²⁴⁰

El propio Habermas sobre el tema expresa que la crítica al positivismo jurídico permite apreciar que la aplicación del derecho de manera cada vez más explícita, tiene forzosamente que recurrir a consideraciones relativas a objetivos políticos, fundamentos morales y ponderación de principios. Y agrega que Max Weber tenía razón cuando señalaba de que “sólo la cuidadosa preocupación por la racionalidad inmanente al derecho mismo puede asegurar la independencia del sistema jurídico”; porque el derecho guarda una relación interna con la política por una parte, y con la moral, por la otra, la racionalidad del derecho no puede ser sólo asunto del derecho.²⁴¹

Hay una serie de autores entre los que se encuentran Leon Duguit, W. Jellinek y Biscaretti di Ruffia que niegan el valor de las cláusulas de intangibilidad y se basan en su argumentación en que el poder constituyente de una época no puede limitar al poder constituyente del futuro lo que deviene en que estas cláusulas, al ser analizadas tanto desde el punto de vista político como jurídico, resulten inaceptables e improcedentes. Por otra parte, se expresa que las normas de la Constitución tienen el mismo rango o categoría y, en consecuencia, no existe fundamento para que ciertas normas queden sustraídas del proceso de reforma. Además, una norma posterior puede reemplazar a una anterior de igual nivel conforme al principio de contradicción que establece esta regla interpretativa, de tal manera que cualquiera restricción a la reforma sólo perdurará mientras una enmienda posterior no la modifique. En último término, se expresa

²⁴⁰ *Ibidem*, pp. 247 y 248.

²⁴¹ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 117, p. 570.

de que estas cláusulas no tienen sentido porque siempre es posible eludir las a través de un doble procedimiento de reforma que consiste en suprimir primero la prohibición de reforma, lo cual no hay inconveniente jurídico en realizar, y con posterioridad reformar el contenido que estaba protegido precisamente por la prohibición.²⁴²

Los argumentos expresados en el párrafo anterior no son aceptables, piensa Pedro de Vega, en tanto se reconoce la diferencia entre poder constituyente y poder de reforma; porque no todas las normas de la Constitución tienen la misma categoría en tanto existe una supralegalidad constitucional y, en consecuencia, no se puede aplicar el principio de que una ley posterior deroga la anterior, y debido a que la tesis de la reforma de doble grado es ingeniosa pero insostenible ya que implica reconocer que el poder constituido no puede directamente modificar una cláusula de intangibilidad.

Manuel Aragón, que comparte opinión al respecto con C. del Cabo, señala que la concepción burguesa o liberal (moderada) de Constitución no sólo persigue el “freno y control” del poder sino asimismo poner obstáculos al cambio social y postula una noción democrática del ordenamiento supremo que admita que éste sea enteramente revisable. Es por ello de que expresa que para respetar el principio democrático, el pueblo debe siempre tener el derecho de modificar, reformar y cambiar su normatividad constitucional. Los límites materiales o cláusulas de intangibilidad van a su juicio en contra de dicho principio en la medida en que el pueblo soberano participe en el proceso de reforma. Consecuente con esta postura, está de acuerdo con lo dispuesto con las normas contenidas en la Constitución española vigente que sólo establecen restricciones procedimentales a la reforma de esa carta magna. Lo contrario, involucraría arrojar al pueblo soberano fuera del derecho y volver a la concepción del Estado de Thomas Hobbes basado en la pura fuerza. Tampoco se puede oponer el derecho a la democracia, en su concepto, porque ello conduce al autoritarismo.

En un sentido semejante se expresa José Juan González Encinar, para quien los cambios en la realidad sociopolítica deben reflejarse en modificaciones al ordenamiento supremo; si así no sucede va a variar el sentido de sus normas a través de su interpretación y aplicación, y, finalmente, sino cambia su letra y su sentido la Constitución va a perder fuerza nor-

²⁴² Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 235, pp. 262-264.

mativa. Por lo expuesto, la posibilidad de reformar el texto supremo es potencialmente un intento por defender la Constitución.²⁴³

X. LAS CLASES DE LÍMITES A LA REFORMA

La doctrina ha sido prolífica en el intento de clasificar los límites que existen en materia de reforma constitucional. En México, Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona señalan que en el texto de la ley suprema las limitaciones pueden ser temporales, circunstanciales y sustanciales. En las temporales, se determina un término dentro del cual no se puede reformar la ley suprema, como prescribe el artículo 110 de la Constitución de Grecia de 1975 que fijó un plazo de cinco años o el artículo 166 de la Constitución mexicana de 1824 que facultó a los diputados para realizar modificaciones a ciertas normas de ésta y del Acta Constitutiva, pero que sólo autorizó al Congreso para tomarlas en cuenta en 1830. En las circunstanciales, bajo ciertas condiciones no se pueden realizar reformas, como determina la Constitución Española vigente en el artículo 169 que prohíbe las reformas en tiempos de guerra y en estados de crisis. Las limitaciones materiales o sustanciales, dan origen a las cláusulas “pétreas” o “intangibles” que se traducen en que ciertas normas constitucionales no pueden ser cambiadas por el poder de reforma como acontece en el artículo 5o. de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica que impide modificar el régimen federal.²⁴⁴

Se clasifican estos límites además en explícitos e implícitos. Los primeros, denominados asimismo textuales, son los que se encuentran expresamente contenidos en la ley suprema. En México, no existen estas restricciones porque no hay rigideces sustanciales o materiales en nuestra carta magna que afecten al órgano reformador. Los segundos, o no textuales, pueden ser deducidos sólo como alcances de los presupuestos en que se cimenta un régimen constitucional, como sucede con el artículo 10 de la Constitución Española vigente que prescribe que ciertos derechos son inviolables. Para Pedro de Vega, sobre esta clasificación descansan las otras limitaciones a la reforma que se pueden advertir en un texto constitucional.²⁴⁵

²⁴³ Encinar, José Juan, *op. cit.*, nota 144, pp. 349 y 350.

²⁴⁴ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, nota 14, pp. 105 y 106.

²⁴⁵ Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 235, p. 242.

Existen también límites absolutos y relativos que afectan al poder de revisión. Entre los absolutos, se encuentran aquellos que no pueden ser salvados de manera alguna por dicho órgano; en cambio, los de naturaleza relativa son los que pueden ser salvados a través de procedimientos especiales, como es el caso de lo dispuesto en el ya citado artículo 73, fracción III, de la Constitución mexicana que establece un proceso más agravado para constituir nuevos estados dentro de la circunscripción territorial de otro u otros estados cuyas legislaturas se oponen a dicha creación en su ámbito espacial de validez.

Las limitaciones pueden ser extrajurídicas y jurídicas y estas últimas, autónomas o internas y heterónomas o externas, según opina Vanossi.

Las autónomas son aquellas que se encuentran determinadas en el propio ordenamiento constitucional y pueden subclasificarse en procesales o sustanciales; las heterónomas pueden emanar de un pacto federal, por ejemplo, a través de una limitación a la reforma del estado o de un tratado internacional. Igualmente incluye entre éstas, a las que emanan de una Constitución federal en tanto limitan al poder constituyente de las provincias.²⁴⁶

Al parecer no se trata, en este último caso, de una limitación a la reforma sino más bien de una soberanía que adolece de plenitud por parte de los estados o provincias que forman parte de una Federación. La subclasificación entre autónomas y heterónomas no tiene al parecer mayor importancia desde el punto de vista práctico y, en definitiva, toda limitación desde el punto de vista del derecho positivo, tiene que basarse en el propio texto constitucional.

Guastini, ha hecho también aportes en esta materia y señala que los límites pueden ser expresos, que son los contenidos específicamente en el texto constitucional y que se deducen de su interpretación a la letra, en este caso se encuentra el artículo 139 de la Constitución de Italia que impide modificar la forma republicana de gobierno; y no expresos, son todos los demás. Dentro de esta última clase de límites es posible distinguir los implícitos que se deducen de dicho texto a través de otras técnicas interpretativas más controvertibles como son, *verbi gratie*, las extensivas, teleológicas, sistemáticas o analógicas, de este modo, existe una limitación para desconocer la existencia de los derechos fundamentales que

²⁴⁶ Vanossi, Jorge Reinaldo A., *Estudios de teoría constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 249.

consagra como inviolables la ley suprema mencionada; y los límites lógicos, que son necesarios, y que pueden ser deducidos de ésta mediante técnicas de interpretación o integración que derivan del concepto mismo de Constitución y/o de reforma constitucional y que se encuentran en cualquier tipo de Constitución. Señala, como ejemplo de esta última subclasificación, la tesis sobre el artículo 138 de la Constitución italiana que prescribe las reglas a que debe someterse la reforma de este ordenamiento y entiende que hay una limitación lógica para sustraer esta disposición del procedimiento mismo de reforma. Sin embargo, este autor sostiene que materialmente dicho artículo es una norma como las demás y, en consecuencia, es susceptible también de reforma.²⁴⁷

La idea de los límites implícitos a la revisión del ordenamiento supremo emana del concepto político de Constitución, según Díaz Revorio, que se fundamenta en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, que a la letra expresa: “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la separation de pouvoirs déterminée, n’a pas de constitution*”. En la actualidad, los límites implícitos a la reforma de la carta magna suelen situarse en los principios de soberanía popular y poder constituyente del pueblo como criterios legitimadores así como en la defensa de los derechos y libertades fundamentales y en la separación de poderes. Ahora, lo trascendente cuando se aceptan los límites implícitos es su carácter jurídico, es decir, como actúan, por ejemplo, en defensa de los valores fundamentales de una Constitución y la respuesta es que suprimen la posibilidad de modificación de tales valores y relegan al plano antijurídico cualquier ataque a éstos. Si se acepta esta solución los límites implícitos jugarían un rol similar a las cláusulas de intangibilidad.²⁴⁸ Sin embargo, este autor, se inclina por considerar que su función substancial sería la deslegitimar la enmienda de los principios o valores protegidos y de esta manera negar el carácter democrático de las reformas opuestas a ellos, sin que existan consecuencias estrictamente jurídicas. Se basa, para ello, en la Constitución de España, porque en ésta si bien no se cuenta con cláusulas de intangibilidad, si existe en el artículo 168 un procedimiento agravado de reforma, lo que constituye un punto de equilibrio en-

²⁴⁷ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 20, pp. 194, 195 y 203.

²⁴⁸ Díaz Revorio, Francisco Javier, *La Constitución como orden abierto*, Madrid, Mc-Graw Hill, 1997, pp. 36, 38 y 44.

tre el reiterado contenido valorativo de ese ordenamiento y sus posibilidades de reforma. De tal manera que una reforma que vaya en desmedro de los principios fundamentales de la misma, podría ser válida jurídicamente, pero estaría deslegitimada desde un punto de vista político.²⁴⁹

Respecto a los límites de la reforma constitucional, Loewenstein sigue a Anschutz y expresa que lo que hay que precisar es si la Constitución está por encima del legislador que la pretende reformar o está a su disposición. Entre las limitaciones que señala están las siguientes:

Establecer plazos de espera que deben cumplirse antes de realizarse enmiendas. Para él, la experiencia no aconseja congelar las normas de la Constitución por los graves conflictos políticos que pudieran presentarse. Sin embargo, acepta que ciertas normas puedan ser protegidas de esta manera, cuando han sido fruto de un consenso difícil de alcanzar y cita como ejemplo la Constitución federal alemana que en su artículo 1o., sección 9, cláusula 1, prohibía modificar el *statu quo* de la esclavitud por un período de 20 años que alcanzaba hasta 1808. Asimismo, la Constitución de Rodesia del norte de 1956, prohibía por un tiempo determinado que se cambiara la proporción de 9 negros por 16 blancos en la representación de la población porque se temía que estos últimos intentarían mejorar la proporción a su favor.²⁵⁰

Más trascendentes son las llamadas disposiciones intangibles que pretenden proteger ciertas instituciones o valores inherentes o inmanentes a los ordenamientos constitucionales. En el caso de las instituciones es necesario que exista una prohibición expresa de reforma; pero cuando se protege el “espíritu” o telos de la Constitución ya no se hace indispensable una proscripción manifiesta. El artículo 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental de Bonn prohíbe en forma terminante modificaciones constitucionales que afecten la organización de la Federación en Länder, la participación de los Länder en el proceso legislativo o vulneren los principios fundamentales establecidos en los artículos 1o. y 20 relativos a la dignidad de la persona humana y la calificación de la República Federal como un estado democrático y social de derecho.²⁵¹ En una Constitución de corte republicano y federal es difícil también incluir normas, por ejemplo, que garanticen pri-

²⁴⁹ *Ibidem*, pp. 44 y 50.

²⁵⁰ Loewenstein, Karl, *op. cit.*, nota 87, p. 188.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 189.

vilegios a ciertas minorías o que centralicen el gobierno de las provincias o municipios. En ocasiones, se encuentran igualmente normas en los textos constitucionales que prohíben realizar modificaciones que contradigan el “espíritu” de éstos.

Los límites inmanentes a la reforma constitucional. Más trascendentes y complejos, para Lowenstein, son las limitaciones que se producen por respeto a ciertos valores ideológicos fundamentales, inmanentes o implícitos en una constitución. Se trata, en este caso, de una especie de renacimiento de la posición jusnaturalista frente al positivismo jurídico de la escuela vienesa del derecho de Hans Kelsen. El Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) se identificó con esta postura, a mediados del siglo pasado, cuando reconoció una jerarquía o escala de valores en las normas constitucionales y de esta manera reconoció límites inmanentes y no articulados impuestos a la reforma constitucional. De esta manera, en materia de derechos fundamentales, hay que optar por reconocer entre derechos que el hombre lleva a la sociedad y que, por tanto, son inviolables e inalienables, de acuerdo a esta postura. O bien, se trata de derechos otorgados por la sociedad con base en el orden de la comunidad y, de esta manera, pueden ser limitados en su ejercicio o aplicación. Tanto la doctrina anglosajona sobre la inalienabilidad de los derechos fundamentales como la francesa sobre su concreción a través de la voluntad general, en definitiva, han llegado a una solución más conveniente y, en definitiva, se establecieron limitaciones a los derechos fundamentales en interés y beneficio de la vida en comunidad. Cabe señalar, sin embargo, que el problema de establecer que ciertas normas constitucionales son inconstitucionales no se ha presentado en la Unión Americana, en primer término, porque las enmiendas de esta naturaleza son escasas y, enseguida, porque una limitación impuesta al poder de reforma es un caso ajeno al pensamiento jurídico de ese Estado.²⁵²

En Suiza, para Loewenstein, se presentó una situación extraordinaria porque los ciudadanos de ese país presentaron dos iniciativas de enmienda y se planteó el problema de determinar si era posible poner límites al poder reformador del pueblo soberano con base en los valores inmanentes del ordenamiento constitucional. La iniciativa, conocida como Rhein, en 1952, con el objeto de proteger unos saltos del Rhin, buscaba anular una concesión otorgada a una empresa privada por el gobierno

²⁵² *Ibidem*, pp. 192-195.

cantonal de Schaffhausen para construir una central eléctrica; y la iniciativa llamada Chevalier pretendió imponer límites a los gastos de armamento, en 1954. Ambos proyectos de reforma constitucional fueron rechazados. La primera, con el argumento de que se trataba de un acto administrativo legalmente efectuado por el gobierno cantonal y de que el pueblo no podía arrogarse una competencia administrativa no otorgada por la Constitución. La segunda iniciativa se rechazó porque la defensa nacional era un asunto de competencia del Consejo y la Asamblea federal. De tal manera que se estimó, en ambos casos, que el pueblo soberano tenía también ciertos límites materiales a su poder de reforma.²⁵³

XI. INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN GENERAL

Debe recordarse que el orden jurídico de una comunidad política está conformado, en términos generales, por un conjunto de normas y principios que constituye una unidad y que tiene por cabeza a la respectiva Constitución política. Por esta razón es posible elaborar una teoría general de la interpretación jurídica que sirva de base a la comprensión de las diversas ramas del derecho.

Antes de examinar la interpretación en los textos supremos y su cercana relación con la reforma constitucional, conviene hacer ciertas consideraciones generales sobre la interpretación jurídica que consiste fundamentalmente en asignar o dotar de cierto sentido a una norma de derecho, aunque su significado sea claro, porque es excepcional que puedan coincidir quienes con cuidado y diligencia redactaron y aprobaron un precepto con quienes deben aplicar esa regla a un hecho concreto. Con el agravante de que la normatividad es elaborada por cuerpos colegiados cuyos integrantes no necesariamente están pensando en idéntica solución para un determinado asunto. E incluso aunque fueran las mismas personas las que intervinieran en estos procesos no tardarían en discrepar porque la realidad, que comprende la norma, generalmente será enriquecida por otras circunstancias, condiciones y supuestos, o bien, en atención a que puede cambiar, a través del tiempo o los lugares, el contexto en que debe aplicarse dicho precepto. De tal manera que todo individuo que vaya aplicar una norma de derecho o intentar una acción con base en ésta debe necesariamente interpretarla, cualesquiera que sea la naturaleza de su nom-

²⁵³ *Ibidem*, pp. 195 y 196.

bramiento, sus atribuciones o su condición, es decir se trate de miembros del ejecutivo, del legislativo, del Poder Judicial o sea simplemente un ciudadano. Por otra parte, las palabras que integran una disposición jurídica, aparte del significado oficial que quiera otorgárseles, tienen el contenido que les asignan quienes la redactaron o quienes la van aplicar y no necesariamente van a coincidir en su sentido.

Durante muchos años privó de manera absoluta una jurisprudencia de conceptos, en que los tribunales partían de la base de que la norma contenida en ley, expresión de la voluntad popular, constituía la premisa mayor; el supuesto de hecho que se encontraba encuadrado dentro de la normatividad era la premisa menor; y la conclusión de esta operación racional se concretaba en la resolución del juez por el que se aplica el derecho al caso concreto. La práctica de realizar silogismos en los órganos jurisdiccionales para desentrañar el contenido de una disposición y aplicar la ley, subsunción, se sigue utilizando y constituye una forma ortodoxa de interpretar y aplicar la legislación, que son los dos momentos u operaciones que están presentes en el proceso de hermenéutica jurídica o arte de interpretar textos legales.

La ciencia jurídica tradicional entiende el proceso de interpretación como un camino que conduce a una única decisión correcta y justa, impuesta por la propia norma, a la que es posible abordar no con la ayuda de la voluntad sino de la razón. Kelsen estima, en cambio, que si se entiende por interpretar el establecimiento del sentido de la norma que se va a aplicar, el resultado de este ejercicio no puede ser otro que determinar el marco constituido por la norma y la comprobación de las diversas maneras de rellenarlo. De tal manera que el órgano encargado de aplicar la norma tiene frente a sí varias soluciones a las que puede atribuir valores diferentes desde un punto de vista político o moral y al optar por una de éstas la convertirá en derecho positivo para el caso concreto que se presenta. Sin embargo, la teoría del derecho positivo no aporta ningún criterio ni metodología que permita elegir una de las posibles interpretaciones.²⁵⁴

Desde otro punto de vista, la dinámica de un orden jurídico puede entenderse como el proceso dual de creación de normas superiores o inferiores y de su control de regularidad, es por ello de que el órgano competente debe interpretar la norma superior para producir una norma inferior

²⁵⁴ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 47, pp. 196, 199-201.

o bien para declarar la invalidez de esta última por no ajustarse al procedimiento o al contenido de la primera. Ahora, al tratar de establecer el sentido de la norma puede conducir a una variedad de interpretaciones y por ello se coincide con Kelsen en el sentido de que la norma superior es un marco de una pluralidad de posibles significaciones. Además de que la norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior pero no lo hace en forma completa porque no regula en detalle lo que va a regular la norma inferior.²⁵⁵

En la vía por encontrar el sentido o significado de una norma, van a existir alternativas de solución, lo que implica que el proceso de interpretación tenga un carácter creativo. Hay juristas que buscan la voluntad contenida en la ley y otros, que pretenden encontrar la voluntad del legislador, lo que éste pretendió alcanzar al dictar una norma. Raúl Canosa piensa sobre el particular que ambos datos son valiosos para interpretar el sentido de una disposición jurídica y corresponde a la voluntad del intérprete determinar a cuál de éstos da mayor relevancia. Y agrega que en esta labor es posible buscar, además, el sentido que existe en normas de superior jerarquía de la que se quiere aplicar y aparece entonces la interpretación de la norma constitucional como base de la hermenéutica jurídica.²⁵⁶ Y este es el tema que interesa abordar con mayor propiedad en este caso.

XII. INTERPRETACIÓN Y ORDENAMIENTO SUPREMO

Cabe preguntar ¿qué relación existe entre la reforma y la interpretación constitucional? Corresponde señalar en primer término que para proceder a la reforma es necesario iniciar un proceso de interpretación de un ordenamiento supremo con el objeto de analizar sus defectos, sus disposiciones oscuras o bien las lagunas que presenta. Antes de la reforma es necesario también revisar las resoluciones de los tribunales que tienen competencia en la materia para observar si sus sentencias han solucionado las carencias propias de la Constitución y hacen innecesaria su modificación; e igualmente deben considerarse las aportaciones realizadas por

²⁵⁵ Schmill, Ulises y Cossío, José Ramón, "Interpretación del derecho y concepciones del mundo", en Vázquez, Rodolfo, (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., nota 92, pp. 62 y 63.

²⁵⁶ Canosa Usera, Raúl, *op. cit.*, nota 27, pp. 13-17.

la doctrina frente a un determinado asunto con el objeto de incorporarlas si es menester a dicho ordenamiento. Además, toda Constitución contiene normas de carácter general que deben ser completadas por la legislación común la que debe respetar el contenido de la ley suprema, lo que implica otra vez una interpretación de sus disposiciones. Lo que sucede igualmente cada vez que una autoridad, cualquiera que sea su naturaleza pública, en su labor cotidiana tiene que aplicar las normas constitucionales. De tal manera que siempre existe una labor previa de hermenéutica antes de proceder a la reforma, para completar o aplicar las reglas de una Constitución.

Sobre la relación aludida en el párrafo anterior, Nava Gomar ha manifestado que la reforma constitucional es el último eslabón de la cadena que actualiza la Constitución porque una eficaz tarea de interpretación de la máxima ley puede hacer innecesarias las modificaciones a ésta; y en caso contrario, la reforma requiere asimismo del aval de los intérpretes de ese ordenamiento.²⁵⁷

Kelsen señala que la estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias trascendentes en la tarea de interpretarlo y las normas de la Constitución deben también ser interpretadas con el objeto de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas por aquella. Incluso, debe haber una interpretación de las normas individuales contenidas en las sentencias de los tribunales, resoluciones administrativas o actos jurídicos de naturaleza privada. Es decir toda norma debe ser interpretada si se desea aplicar a un caso concreto. Agrega que cuando se establece una norma general, es posible dejar ciertos aspectos sin regular con el objeto de que sea la norma individual quien prosiga el proceso de determinación del derecho como, por ejemplo, cuando se establece un ilícito y se permite que el juez sea quien resuelva cuales son las penas que deben aplicarse dentro de cierto rango. Otras veces la indeterminación de la norma general es involuntaria porque no se previeron ciertos hechos o casos o bien hay concurrencia de normas contradictorias que tratan de resolver el asunto o se utiliza una errónea técnica legislativa.²⁵⁸ Naturalmente, en situaciones como la señalada, se hará más complejo el proceso de interpretar la normatividad vigente.

²⁵⁷ Nava Gomar, Salvador O., *Dinámica constitucional: entre la interpretación y la reforma*, México, Universidad Anahuac del sur, 2003, p. 297.

²⁵⁸ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 47, pp. 197 y 198.

Hay una idea generalizada en el sentido de que la teoría de la interpretación constituye el núcleo fundamental de la teoría de la Constitución y de la teoría del Estado en atención a que éste en la época contemporánea es el estado constitucional, tesis que Rubio Llorente hace suya. Además, expresa que la teoría de la interpretación en alguna medida tiene que ver con el aspecto central de la teoría del derecho. Asimismo, una teoría de la Constitución que constituya una sólida base del derecho constitucional en la actualidad requiere de una concepción material de jurisdicción, la que a su turno es difícil construir sin contar con una doctrina de la interpretación.²⁵⁹

Ahora, la interpretación de las normas supremas no puede limitarse a la Constitución en sentido formal o escrita, es decir a los preceptos que la integran, si no que debe extenderse también a la Constitución material, o sea a su contenido esencial y para ello es necesario, según Nava Gomar, indagar sobre: su proceso de formación o momento constituyente, los valores que impulsaron dicho proceso, la fórmula política que contiene, el bloque de constitucionalidad, las declaraciones de derechos y sus medios de defensa, los antecedentes generales del estado de que se trata y el contexto de sus relaciones internacionales porque la Constitución no se agota en su propio texto.²⁶⁰

Los problemas de interpretación surgen con frecuencia en el ámbito constitucional en atención al carácter abierto y amplio de las normas que lo integran y especialmente es menester interpretar cuando existe una jurisdicción constitucional que se caracteriza por su extensión y desarrollo. Las normas constitucionales al ser interpretadas deben experimentar un proceso de “concretización” y éste es de naturaleza creativa porque el contenido de la disposición sólo queda completo al ser interpretada. La “concretización” para Hesse presupone la “comprensión” del texto de la norma y no se puede desligar de la “precomprensión” del intérprete ni del asunto en particular que debe resolverse. En esta tarea, el intérprete está influenciado por sus hábitos mentales, sus conocimientos y sus prejuicios y de acuerdo a ellos se forma una idea de la norma que más adelante debe afinar y corregir. Los métodos tradicionales de interpretación, como son el literal, histórico, original y sistemático, tienen cabida precisamente en esta etapa. Ahora, sólo desde un punto de vista conceptual es

²⁵⁹ Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, nota 34, pp. 573 y 579.

²⁶⁰ Nava Gomar, Salvador, *op. cit.*, nota 257, pp. 28, 29 y 33.

posible separar este proceso del que sigue y que consiste en “comprender” y con ello “concretizar” el contenido de la norma con un problema concreto. Y la captación de ese problema significa un “comprender” que se encuentra relacionado con la precomprensión del intérprete que, supone una fundamentación teórico-constitucional. De tal manera que no puede existir un método de interpretación que se desvincule de los factores señalados. Ahora, por medio de una interpretación tópica, orientada y limitada por la norma habrán de buscarse y probarse distintos puntos de vista.²⁶¹

XIII. LA VARIEDAD DE INTÉRPRETES

La Constitución es la fuente superior de un orden jurídico que establece y garantiza los derechos fundamentales de los habitantes de un país, organiza los poderes del estado correspondiente y le asigna las funciones que le corresponden. Debido a estas características de la ley suprema y al hecho de que todos estamos sometidos a ésta, existe una variedad de intérpretes de la misma que en forma constante están desentrañando el significado de sus normas y aplicándolas. Se cuentan entre éstos, los tribunales constitucionales, los jueces en general, los poderes Ejecutivo y Legislativo ya sean federales o estatales, las dependencias y entidades que de éstos dependen y los órganos constitucionales autónomos. Existe, en consecuencia, una pluralidad de intérpretes que ejercen un control de constitucionalidad y cabe preguntarse si esta variedad de voluntades constituye o no una forma eficaz de fiscalizar el cumplimiento de las normas de un ordenamiento superior.

Canosa estima que limitar la interpretación de la Constitución a un solo intérprete, que sería un órgano jurisdiccional, es inconveniente porque dicha labor se efectuaría a posteriori, se debilitaría la justicia constitucional y el equilibrio de poderes sufriría un impacto negativo. En circunstancias de que es preferible que el Ejecutivo, el Legislativo, los órganos o dependencias que los integran, al ejercer sus atribuciones, estén constantemente actualizando lo que el ordenamiento superior prescribe. Para este autor es indudable que la pluralidad de intérpretes involucra un control de constitucionalidad disperso pero que será más eficaz.²⁶²

²⁶¹ Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 2, pp. 36 y 42-47.

²⁶² Canosa Usera, Raúl, *op. cit.*, nota 27, pp. 24 y 25.

Durante un tiempo, la teoría de la interpretación constitucional se refirió primordialmente a las funciones y objetivos; o a los métodos, procedimientos o reglas de la interpretación de los textos supremos. Para Häberle, se descuidó en ese entonces la determinación de quienes deben participar en el proceso de desentrañar el sentido de las normas de la ley suprema porque la visión que privaba era la de un juez constitucional que cumplía su función a través de un procedimiento formalizado de interpretación. El tratadista mencionado no está de acuerdo con esta situación, que denomina “sociedad cerrada” de los intérpretes constitucionales y postula una “sociedad abierta” de los mismos con base en el hecho de quien “vive” la norma también la interpreta. De esta manera, incluye en el proceso a los órganos del Estado, a los poderes públicos, a los grupos y ciudadanos en general, incluyendo a la opinión pública y también a quien interpone una demanda en materia constitucional. Todo el mundo, en sentido amplio, sería un intérprete de la Constitución.²⁶³

Frente la crítica de que una sociedad abierta de los intérpretes constitucionales conspira contra la unidad de un ordenamiento supremo, Häberle ha expresado que no todos los que participan en este proceso tienen la misma legitimación. En efecto, quienes no han sido designados formal u oficialmente o quienes no tienen competencia estarían afectados a problemas de legitimación y crea una fórmula que establece que a menor sujeción a la Constitución correspondería una más reducida legitimación. Sin embargo, da un valor relativo a esta premisa porque dice que pierde fuerza cuando la sujeción se convierte en libertad y nuevas concepciones interpretativas refutan la práctica de la subsunción en tanto la ley no es un dato simple, determinado y concluyente porque es necesario desarrollarla.²⁶⁴

Cualquier persona puede interpretar una disposición jurídica, señala Guastini, pero si se trata de aplicarla la situación es distinta porque sólo están autorizados para hacerlo los órganos facultados para ello en los poderes, Ejecutivo, Legislativo o Judicial, a los que habría que agregar los órganos constitucionalmente autónomos. Además, para él, la interpretación y la aplicación son actividades que se practican sobre objetos diferentes porque el primer proceso se realiza sobre textos normativos, y el

²⁶³ Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 5, pp. 149-151.

²⁶⁴ *Ibidem*, pp. 155 y 156.

segundo, sobre normas en sentido estricto, entendidas éstas como el significado de los textos normativos.²⁶⁵

También cabe plantear si la labor de los diversos intérpretes de la Constitución es de naturaleza similar. Al respecto, se piensa que quienes representan los poderes del Estado realizan esta tarea de una manera diferente en tanto unos expanden la fuerza normativa de la Constitución a través de legislar, realizar actos de ejecución o dirimir una controversia judicial, según se trate de parlamentos, órganos ejecutivos o tribunales de justicia. Si del legislador se trata, éste interpreta la Constitución cada vez que aprueba leyes, porque éstas regulan determinados preceptos del ordenamiento superior y su labor tiene un alcance general porque la ley es obligatoria para todo el mundo. Sin embargo, hay voces discrepantes que estiman que la interpretación que se realiza en un órgano legislativo no es propiamente una interpretación jurídica en tanto está permeada por consideraciones de orden político.

Cabe preguntarse si la interpretación contenida en una ley reglamentaria de la Constitución mexicana es obligatoria o no para los tribunales. En este caso, habría que distinguir dos situaciones: la primera, cuando se trata de una ley que debe complementar la carta política porque ésta lo ha requerido, o, segunda, cuando se trata de una ley que sencillamente regula necesariamente con más detalle el contenido general del ordenamiento supremo. En ambos casos, el legislador, al proyectar la fuerza normativa de la Constitución es un intérprete legítimo de ésta en virtud de las atribuciones que le concede el ordenamiento supremo para dictar leyes. Puede suceder, sin embargo, que el texto de la ley interprete en forma correcta o bien en forma errónea la carta política. Cabe entonces, plantearse, en esta última situación, cuando dicha interpretación es violatoria de los preceptos constitucionales si puede o no ser impugnada. La respuesta es afirmativa en tanto dichas leyes pueden ser impugnadas a través de los recursos de amparo, controversias constitucionales o acciones de inconstitucionalidad, según sea el caso, conforme a los artículos 103, 104, 105 y 107 constitucionales.

En el caso de la interpretación judicial hay una serie de características que cabe destacar, entre las que se encuentran las siguientes: la interpretación judicial procede generalmente cuando existe una controversia plan-

²⁶⁵ Guastini, Riccardo, “La interpretación, objetos, conceptos y teorías”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., nota 92, p. 27.

teada por las partes y por excepción un juez interviene de oficio en un determinado asunto, por ejemplo, cuando se ha cometido un ilícito que conlleva acción pública; y se aplica en forma normal, a la resolución de un juicio entre partes y por excepción la interpretación contenida en la sentencia respectiva tiene alcances generales, cuando lo determina expresamente una ley.

La situación en el derecho de Estados Unidos de América es distinta, debido a la existencia de la *judicial review* que permite a los jueces ordinarios de ese país hacer respetar el principio de la supremacía constitucional e inaplicar una ley contraria a éste, resolución que produce efectos generales.

Cuando se creó la Constitución de Estados Unidos, pronto se escucharon críticas a la posibilidad de que un tribunal impugnara la validez de una ley por inconstitucionalidad porque se cuestionaba de que un juez, que no había sido elegido por la voluntad popular y cuyo encargo no estaba sujeto tampoco al escrutinio popular, pudiera declarar inaplicable una ley que había sido aprobada por representantes del pueblo de esa nación y cuyo mandato, en cambio, si estaba sujeto a revisión. Se argumentaba además, que, en una sociedad democrática, no era posible que los jueces pudieran ser superiores a los legisladores. Alexander Hamilton salió al paso a estas críticas, negando el carácter antidemocrático de dichas impugnaciones y abogó por el control judicial de las leyes. En un trabajo que se conoce como *El Federalista* este líder político expresó que el proceso de impugnar una ley a través de una decisión judicial no implicaba, en primer término, ninguna superioridad de los jueces sobre los legisladores. Además, agregó que a través de una resolución judicial no se ponía en entredicho “la voluntad soberana del pueblo” sino al contrario, se estaba confirmando dicha voluntad plasmada en la Constitución que es el documento que más fielmente recoge esa voluntad popular. El verdadero peligro consistía, en negar a los jueces la capacidad de revisar las leyes inconstitucionales porque dicha negativa implicaba autorizar a los legisladores a pasar por encima de la Constitución y a desconocer el principio de la supremacía constitucional. Esta argumentación fue recogida por el juez Marshall en el ya conocido caso de “*Marbury vs. Madison*” y la sentencia que se dictó en este caso constituyó una defensa del control judicial de la constitucionalidad de las leyes en ese país.²⁶⁶

²⁶⁶ Gargarella, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., nota 92, pp. 216 y 217.

XIV. LA NATURALEZA POLÍTICA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La interpretación constitucional tiene una naturaleza política y los magistrados de esta jurisdicción son elegidos generalmente por los parlamentos. Estas circunstancias han llevado a algunos autores, como Schmitt y Lowenstein, a calificar a estos tribunales como una especie de justicia política y a señalar que su labor judicializa la política o politiza la justicia y los convierte en árbitros superiores de ciertos procesos políticos. Sin embargo, Canosa estima que hay que analizar tanto la naturaleza del órgano como su actividad. Como organismo, estos tribunales, tienen una naturaleza intermedia entre el parlamento y el poder judicial y se caracterizarían por tener las calidades de éstos, es decir, su politicidad y su jurisdiccionalidad. Respecto a su actividad es preponderantemente jurisdiccional aunque a veces reviste un carácter político. En Italia, se ha pretendido darle a estos órganos el papel de árbitros de la legitimidad constitucional. No se está de acuerdo con esta posible evolución de los tribunales constitucionales porque no existen disposiciones jurídicas que les den, en realidad, ese rol, que tendría como consecuencia debilitar su función jurisdiccional y acrecentar las decisiones de orden político.

Las sentencias de los tribunales constitucionales no tienen siempre un valor político trascendente porque este efecto no es consubstancial a dichas resoluciones y en atención a que las normas que interpretan y aplican a veces resuelven conflictos de menor jerarquía. No obstante, hay ciertas sentencias que pueden tener una gran relevancia desde este punto de vista porque limitan y regulan, por ejemplo, los poderes de un estado. Recientemente en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver una controversia determinó que el poder de veto del presidente de la República, regulado por el artículo 72 C de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se extendía igualmente al Presupuesto de Egresos de la Federación, derecho que era negado por la Cámara de Diputados. En esta misma época, también son conocidas las resoluciones de ese alto tribunal que han puesto límites a la labor de la entidad de fiscalización superior de la Federación, dependiente de la misma Cámara, cuyas actuaciones excedían las normas para los cuales había sido creada. Lo que implica la conveniencia de dotar a esa entidad de mayores atribuciones fiscalizadoras, y de transformarla en un órgano constitucional autónomo, independiente de los poderes de la Federación.

Lo que es inconveniente, en cambio, es el llamado activismo judicial que consiste en que los tribunales excedan los límites de sus atribuciones y ejerzan una verdadera suplencia del parlamento porque esta actitud es contraria a las disposiciones de la Constitución que establecen una separación y colaboración de funciones, pero en ningún caso la suplantación de un poder por otro, como sucedió en Italia durante algunos años. Para evitar este tipo de situaciones, es conveniente que la política constitucional reflejada en las normas de la Constitución y en las leyes orgánicas de estos tribunales establezca claramente sus atribuciones y determine los alcances de sus resoluciones, expresando cuando tendrán efectos particulares o generales y del mismo modo requerir que sean fundadas y motivadas en derecho para evitar que consideraciones extrajurídicas permeen sus decisiones. En el caso de las leyes declaradas inconstitucionales corresponde; por ejemplo, que en defensa de la Constitución, los efectos sean aplicables *erga homines*.

XV. VINCULATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Hay acuerdo sobre la naturaleza vinculatoria de las sentencias de éstos órganos jurisdiccionales, pero es un asunto diferente determinar si una determinada interpretación de los mismos tiene esta calidad. Si se acepta la jurisprudencia de estos tribunales, es decir, la existencia de varias tesis en un mismo sentido, de acuerdo con lo determinado por la normatividad vigente, como es natural los jueces ordinarios verán mermada su labor interpretativa del ordenamiento superior. Lo que tiene una mayor trascendencia si se considera que cada vez se extiende más materialmente la labor de esta clase de tribunales por la variedad y el número de los asuntos que resuelven. La vinculatoriedad se infiere igualmente de la obligación que tiene estos órganos de resolver a través de la sentencia el asunto controvertido, situación que es igual a la de los tribunales ordinarios, con la diferencia de que sus sentencias no son recurribles y porque su objetivo es aplicar la Constitución.²⁶⁷

Dentro de la sentencia, es posible distinguir entre la parte dispositiva o resolutive de la sentencia y la motivación que le sirve de base. No hay

²⁶⁷ Canosa Usera, Raúl, *op. cit.*, nota 27, pp. 44 y 45.

duda de que la vinculatoriedad la tiene el fallo mismo, pero la fundamentación está tan ligada a la parte resolutive que es necesario interpretar sistemáticamente ambas partes, lo que permite dotar de un valor objetivo a aquella que además queda revestida de una autoridad moral que es importante. Canosa le atribuye a dicha fundamentación un valor doctrinario, que no es vinculante, en la escala de fuentes del derecho.²⁶⁸

XVI. LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

La labor de adaptar la Constitución a la cambiante realidad social, expresa Hermann Heller, puede hacerse de dos maneras según la teoría general del estado. Una de éstas consiste en reformar la ley suprema; y la otra, es la llamada la mutación constitucional que tiene su origen en la incongruencia entre las normas de aquella y la realidad constitucional y consiste en el cambio de contenido de una norma sin alterar su letra o texto que permanece sin variaciones. Existe pues una tensión entre ciertas disposiciones de la Constitución y la realidad constitucional, lo que se produce sólo cuando se trata de textos escritos.²⁶⁹

Una Constitución es una forma abierta mediante de la cual pasa la vida, explica Hermann Heller, y expresa que hay una distinción entre la normatividad y la normalidad constitucional. Ahora cuando la normalidad, es decir la realidad política, económica y social cambia y las normas de la Constitución permanecen inmutables a través del tiempo, lo que puede suceder es una incongruencia entre el deber ser de la Constitución y la conducta que siguen generalmente los hombres de una determinada comunidad política.²⁷⁰ Este desajuste puede producir no sólo la necesidad de un nuevo ordenamiento supremo o su revisión, sino que también puede ocasionar una mutación constitucional que consiste en el cambio de significado de una norma sin que se modifique su texto y sin que tampoco se le derogue. Hay que recordar, por ejemplo, que el concepto de igualdad ante la ley ha variado, se ha enriquecido de manera considerable y se ha extendido, a través de la generalización del sufragio a personas que no pagan impuesto, a los que no saben leer ni escribir, a los mayores de diez y ocho años y a las mujeres o debido al pluralismo, a grupos minori-

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 47.

²⁶⁹ Nava Gomar, Salvador, *op. cit.*, nota 257, p. 230.

²⁷⁰ Heller, Hermann, *op. cit.*, nota 52, pp. 317 y 318.

tarios que antes no se consideraban como ciudadanos y que han pugnado por serlos. Como es lógico es a través de la interpretación y de la aplicación de la Constitución que a las normas o principios sobre la igualdad se le ha dado un contenido más amplio.

La teoría ha prestado escasa atención a la mutación constitucional, según Hesse, el cual afirma que esta institución deriva de la contradicción entre realidad o situación constitucional y la Constitución misma. Aunque la posibilidad de la mutación es admitida en forma mayoritaria por la doctrina, no se ofrece una explicación sobre como opera o bien se da una argumentación de carácter sumario. Así se expresa que es la “dinámica interna” y la “historicidad” de los ordenamientos supremos o bien la voluntad estable y cambiante de dichos textos lo que ocasiona las mutaciones constitucionales. El Tribunal Constitucional de Alemania ha declarado que un precepto constitucional puede experimentar un cambio de significado “cuando en un ámbito surjan hechos nuevos, no previstos, o bien cuando hechos conocidos, como consecuencia general de su inserción en el curso general de un proceso evolutivo, se muestran con un nuevo significado o en una nueva relación”.²⁷¹

Nava Gomar, en su libro ya citado, menciona a Hsü Dau-Lin, discípulo de Smend, que escribió una obra precisamente sobre el tema que se analiza y que indica que si el problema de la mutación consiste en la conformidad entre la Constitución escrita y la situación constitucional que se presenta en la realidad, se pueden distinguir cuatro clases de mutación que son: la que se realiza mediante una práctica estatal que no viola formalmente la Constitución; a través de la imposibilidad de ejercer ciertos derechos determinados en la carta política; mediante una práctica estatal contradictoria con la Constitución, y mutación de la Constitución por medio de la interpretación. En seguida Dau-Lin elabora un cuadro en que aclara estas clases de mutaciones y que es el siguiente:

²⁷¹ Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 2, pp. 87 y 88.

CONGRUENCIA ENTRE NORMA Y REALIDAD:
VALIDEZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

La realidad sigue a la norma	La norma sigue a la realidad	Realidad sin norma	Norma sin realidad
Validez normal del derecho constitucional	Reforma de la Constitución	Práctica que formalmente no viola la Constitución	Imposibilidad de ejercer derechos estatuidos por las normas

INCONGRUENCIA ENTRE NORMA Y REALIDAD:
MUTACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Norma con realidad: relación incorrecta entre ambas	
La realidad contradice a la norma	La realidad tergiversa a la norma, la reinterpreta
Práctica anticonstitucional	La mutación interpretadora

La mutación tiene cierta relativa trascendencia cuando se trata de Constituciones que a través de los años han tenido escasas reformas, entonces en la tarea de adaptar su texto a la cambiante realidad social de una comunidad es posible recurrir a la mutación. En cambio, si se trata de ordenamientos superiores que han sufrido muchas modificaciones, su armonía con esa realidad no va requerir por regla general de la mutación. Ahora, debido a que los tratadistas aceptan este proceso interpretativo y de que algunos tribunales constitucionales la han incorporado en sus decisiones, cabe preguntarse cuáles son los límites que deben tener estos cambios en los significados de un precepto o de principios contenidos en las Constituciones. Los riesgos que se pueden enfrentar consisten en que por medio de la mutación los tribunales constitucionales pueden realizar una interpretación de la Constitución que los conviertan en reales legisladores.

Al referirse al Estado, Hesse plantea de que éste no existe como un ente abstracto sino como un ente histórico y concreto y sus necesidades vitales pueden pasar a formar parte del sentido de su carta política y se puede producir de esta manera una mutación, pero también debe considerarse la labor de racionalización, estabilización y limitadora del poder que tiene la Constitución. Por esta razón la mutación debe encontrar sus límites en la normatividad de la Constitución, pero estos límites son genéricos, difíciles de precisar y el camino por concretarlos no tiene mayo-

res puntos de apoyo. Por esta razón sólo se está en presencia de un punto de partida más no de una teoría de la mutación constitucional. Sin embargo, la existencia de límites a la mutación puede obligar a la reforma del texto supremo, contribuyendo de esta manera a adaptar la Constitución a la realidad y a conservar su fuerza normativa.²⁷²

De tal manera que en el caso de la mutación hay que tratar de tutelar las diversas funciones que cumple un texto constitucional cuando han entrado en conflicto. Hay que buscar entonces “el equilibrio del máximo respeto” y promover una solución que respete las dos funciones más trascendentes que tiene la carta política —y a que se ha hecho referencia al final del párrafo anterior— dentro de lo que materialmente sea posible. Lo contrario, para Hesse es la quiebra o la anulación constitucional porque se pueden imponer los acontecimientos históricos que trastornan los fundamentos del estado desde fuera del derecho, como son las usurpaciones o las revoluciones.²⁷³

Existe, asimismo, lo que algunos autores han denominado el “quebrantamiento” de la Constitución que consiste en que el legislador mantiene la validez de una norma general, pero hace una excepción en casos concretos bien ponderados dentro del texto del ordenamiento supremo.²⁷⁴

Por último, exista también la ruptura o el quiebre de la constitucionalidad que se produce cuando a través de una revolución, una crisis institucional semejante o bien un golpe de estado, se desconoce la vigencia de una Constitución y se actúa de facto o bien se aprueba dictatorialmente un nuevo estatuto constitucional.

²⁷² *Ibidem*, pp. 101, 109 y 111.

²⁷³ *Ibidem*, pp. 110-112.

²⁷⁴ Loewenstein, Karl, *op. cit.*, nota 87, p. 187.