UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES SOCIALES

EL ORDEN CONSTITUCIONAL: REFORMAS Y RUPTURAS

DIEGO VALADÉS

Octubre 2009

EL ORDEN CONSTITUCIONAL: REFORMAS Y RUPTURAS

Por Diego Valadés

SUMARIO: 1. Consideraciones previas; 2. Orden jurídico y orden constitucional; 3. Origen revolucionario del ordenamiento constitucional; 4. Defensa del ordenamiento y derecho de resistencia; 5. Defensa del ordenamiento e inviolabilidad de la Constitución; 6. Supremacía de la Constitución y defensa del ordenamiento; 7. Reforma y mutación constitucionales.

1. Consideraciones previas.

En este estudio se examina el significado de las expresiones *orden jurídico*, *ordenamiento jurídico* y *orden constitucional*. Una vez establecida la relación entre esos conceptos generales, se alude a la formación revolucionaria del ordenamiento constitucional y al efecto paradójico del desarrollo del derecho de resistencia como forma de defensa de ese ordenamiento. La explicación de esa resistencia se fundamenta en la inviolabilidad del orden constitucional. Ahora bien, un orden rígido se expone a fracturas y es, por esa misma razón, contrario a las causas que le dieron origen. La intangibilidad del orden constitucional corresponde a una posición conservadora que, más allá de las cuestiones ideológicas que suscite, contradice los datos empíricos conocidos. Es posible eludir cambios por un tiempo, pero es imposible evitarlos en un horizonte temporal ilimitado. No se puede prever el momento en el se producirá un cambio radical, pero sí se puede asegurar que en el horizonte de la historia las acciones políticas o de fuerza encaminadas a vedar los cambios de un orden constitucional, han fracasado.

Las normas que se ostentan como intangibles acaban siendo quebrantadas, mientras que las que construyen instrumentos adecuados para su reforma encuentran formas de adaptación que permiten atenuar las resistencias al cambio y moderar los impulsos transformadores más radicales. El orden constitucional se ha construido como una expresión de equilibrio que alienta los cambios e inhibe las rupturas. En tanto que sólo hay orden constitucional cuando existen libertades públicas, equidad social, responsabilidad en el desempeño de las funciones públicas, y garantías para la defensa eficaz de los derechos subjetivos, las tentaciones de ruptura apuntan por lo general en

un sentido regresivo. Ese orden se ha construido por agregación, si bien se han alternado diferentes etapas entre procesos evolutivos lentos y cambios acelerados.

La construcción de todos los órdenes constitucionales incluye fases de evolución ponderada y de transformación acentuada. La forma en que esas fases se acomodan y se compensan, corresponde a la experiencia particular de cada Estado constitucional. Sin embargo, hay constantes que se pueden identificar en todos los sistemas jurídicos que han adoptado el ordenamiento constitucional como base para su regulación.

Al lado de los sistemas organizados como Estado constitucional subsisten algunos sistemas tradicionales, donde el ejercicio del poder se acomoda a patrones arcaicos, y sistemas donde las normas vigentes carecen de positividad, y por ende sólo cuentan con un ordenamiento de apariencia formal pero no de eficacia material. En este ensayo me refiero sólo a aquéllos casos en los que existe un orden constitucional y donde, por lo mismo, una de sus bases de sustentación consiste en su inviolabilidad. Debe distinguirse, con todo, que la inviolabilidad no excluye la reforma del ordenamiento; más aún, la inviolabilidad implica reformas ocasionales, a condición de que en cada caso se apliquen las reglas previstas para ese efecto por el propio ordenamiento.

En este ensayo me refiero sólo a aquéllos casos en los que ya existe un orden constitucional y donde, por lo mismo, una de sus bases de sustentación consiste en su inviolabilidad. Debe distinguirse, con todo, que la inviolabilidad no excluye la reforma del orden; más aún, la inviolabilidad incluso supone la reforma sistemática del propio orden, a condición de que en cada caso se apliquen las reglas previstas para su reforma, por el propio ordenamiento.

Debo precisar que todos los temas abordados integran los capítulos más polémicos de la teoría constitucional, y que por la naturaleza de los ensayos de cuyo conjunto forma parte este estudio, sólo se hace un apunte panorámico de los temas y problemas aludidos.

2. Orden jurídico y orden constitucional

Un orden jurídico es un sistema de normas. Para que en un Estado constitucional se pueda hablar de un sistema, las normas deben corresponder a objetivos comunes, para generar en lo posible adhesión espontánea a la norma y obediencia en el caso de su imposición coactiva; deben presentar una estructura coherente, sin desconocer la posibilidad de colisión entre los principios y entre las normas mismas, para lo cual son necesarios procedimientos razonables de composición; y deben resolver los problemas

de relación social, de suerte que toda cuestión pueda ser atendida y resuelta mediante la aplicación de una disposición jurídica. De no ser así, en lugar de un ensamble armonioso al que se aspira para asegurar la completitud del orden jurídico, se produciría sólo un agrupamiento informe de normas inconexas, excluyentes entre sí o insuficientes para regular los procesos sociales, por lo que su aplicación sería imposible.

Ese esquema teórico representa una especie de referente para guiar el diseño de las normas, pero sería ingenuo suponer que las cosas suceden conforme al patrón conceptual ideal. En la realidad de todos los sistemas se producen fenómenos contrarios a los apuntados por la teoría. La idiosincrasia de los Estados constitucionales no está en la perfección, sino en disponer de los instrumentos adecuados para enmendar en lo posible las distorsiones a las que está expuesto todo proceso cultural. Las posiciones maximalistas, las tesis anti-relativistas, desconocen la realidad. Los fenómenos culturales, y el orden jurídico es uno de ellos, no reproducen la realidad a la manera de las ciencias exactas; pasar por alto la falibilidad de las construcciones culturales equivale a una trasposición de los patrones dogmáticos de las ideologías teológicas a los estándares sociales. Por lo mismo, cuando se enuncian los elementos característicos de un sistema de normas, en rigor debería decirse que se trata de los objetivos que indican las pautas a seguir en su construcción, desarrollo y preservación, sin que se entienda que los elementos teóricos del orden jurídico son categorías históricas absolutas.

Un sistema normativo debe contar con una base identificable, razonable, inteligible, válida y positiva, a la que se suele aludir como norma fundamental. Esa norma básica es la Constitución, con independencia de la expresión formal, escrita o consuetudinaria, que adopte. Se considera identificable, porque se distingue, por su jerarquía y por su contenido, de las demás normas que integran el sistema; razonable, en tanto que es un referente común que organiza procedimientos estandarizados conforme a un curso ordenado y predecible; inteligible, para que oriente la acción de gobernantes y gobernados y determine así el contenido de las normas de desarrollo; válida, en tanto que su elaboración y su implantación se adecuan a los procesos normados por ella misma; positiva, en cuanto que sus preceptos son imperativos.

Los sistemas normativos pueden ser estables o inestables, dinámicos o estáticos. Son estables los que permiten resolver las tensiones de la convivencia social y de la contención política a través de instancias y procedimientos jurídicos; son dinámicos los que regulan y auspician su propio cambio. Un sistema estable y dinámico tiende a ser más duradero, en tanto que un sistema inestable y estático resulta más quebradizo por la

arbitrariedad de sus actores y por la limitación para introducir cambios. Las demás combinaciones posibles producen diversos grados de irregularidad en el orden jurídico.

La Constitución es un complejo normativo que regula la organización y el ejercicio del poder, las relaciones entre los detentadores y los destinatarios del poder, las relaciones entre los integrantes de cuerpo social, los procesos legiferantes,[1] *los medios y procedimientos de adjudicación, y las garantías del sistema normativo*. En este sentido, la Constitución es la base del orden jurídico. Por la función que desempeña, la Constitución es un ordenamiento sujeto a cambios e incluso a transformaciones radicales.

El constructo contractualista de la soberanía popular permite resolver el problema del origen de la norma fundamental. Si toda norma encuentra su fundamento de validez en otra norma superior y previa, la escala se recorre hasta llegar a la norma que denominamos Constitución; pero ¿cuál es la fuente de validez de esta norma fundamental? El problema se tiene que abordar conforme al mismo criterio normativo, y entonces se puede establecer que la fuente de validez de la Constitución está en la voluntad soberana de la comunidad que la adopta, y que a su vez esa voluntad resulta del pacto representado por la decisión de vivir asociados. Toda asociación conlleva la necesidad de reglas válidas (aceptadas de manera expresa o tácita) y positivas (aplicadas por alguien haciendo uso de la fuerza legítima, llegado el caso). Aquí se aplica el principio según el cual donde hay sociedad hay derecho, que además de la tradicional lectura jusnaturalista puede ser entendido como una decisión racional colectiva.

Otra posibilidad consistiría en reconocer que no hay solución en cuanto a la base jurídica del orden normativo. Norberto Bobbio, por ejemplo, señala que es inútil buscar el fundamento de la norma fundamental dentro del sistema normativo, porque en el orden lógico si hubiera una norma que ofreciera fundamento a la norma fundamental, esa sería la verdadera norma fundamental. Pero esta vía nos conduce afuera del sistema jurídico, de suerte que un hecho político fue a la vez un acto constituyente. En tanto que no se trata de una cuestión empírica, no es relevante determinar cuando se produjo ese

[1] La voz *legiferar* no ha sido admitida aún por la Academia Española; pero su uso está documentado en inglés desde el siglo XVII, en francés desde el XVII y en italiano desde el XIX. Su origen es el latín *legifer* que significa "hacer leyes [o normas]" [*lex* + *-fer*]. Utilizo el verbo y el adjetivo porque tienen una mayor amplitud de *legislar*. Por actividad legislativa se entiende el proceso de generación o reforma de leyes; en cambio por actividad *legiferante* se comprende todo proceso de elaboración o modificación de normas, incluidas las constitucionales, las administrativas, las jurisprudenciales y las consuetudinarias. Como *norma de reconocimiento* del origen y formación de otras normas, la Constitución regula todos los procesos de *nomogénesis*, de los que resultan otras normas constitucionales, además de la regulación secundaria.

momento fundacional, sino en qué consistió. Y esto es lo que permite resolver la teoría del contractualismo, sin tener que apelar a un acto autoritario como fundamento del orden jurídico. La importancia de esta perspectiva es que ofrece fundamentos para las tesis democráticas.

El contractualismo, como expresión colectiva y libre de una voluntad que supone un complejo haz de relaciones sinalagmáticas, implica la preservación de la libertad de las partes y de sus elementos concomitantes: dignidad personal, equidad social y certidumbre del ordenamiento, por lo que el pacto no puede ser invocado para sustentar la sujeción de la sociedad o de alguno de sus individuos a un poder o a un estado de cosas adversos al motivo o causa de la asociación.

También hay un orden jurídico internacional. En este caso no se trata de un sistema que se apoye en una Constitución de carácter planetario, sino en la multiplicidad de los sistemas constitucionales nacionales, con fundamento en los cuales las respectivas autoridades estatales están en aptitud de contraer compromisos y de ejercer derechos en nombre de las comunidades que representan. Una vez más, el orden jurídico está asociado a la norma fundamental de cada Estado integrante de la comunidad internacional.

La diferencia entre estudiar una norma individual, o una institución en particular, y examinar un sistema completo, radica en que este último ejercicio demanda identificar las interacciones entre las normas. Llamo interacciones a las relaciones reflexivas o recíprocas que entre sí tienen las disposiciones situadas en un mismo nivel jerárquico, en este caso las constitucionales. Todos los sistemas constitucionales, originales o derivados, iniciales o reformados, pueden presentar problemas constructivos debidos a las interacciones no previstas.

El fenómeno de las interacciones está en el origen de numerosos errores en el diseño de constituciones de nuevo cuño o de constituciones reformadas. El origen consensual de las nuevas constituciones y de sus reformas, implica que la elaboración de las normas constitucionales obedezca a negociaciones políticas. Todo proceso de este tipo implica cesiones recíprocas, o al menos concesiones acordes con la fuerza relativa de cada negociador y con la mayor o menor aptitud para practicar el arte del *do ut des*. Sin embargo, a veces la solución política se traduce en un problema jurídico, sobre todo cuando las mutuas concesiones se pactan entre propuestas excluyentes, y o bien no se advierte la serie de posibles interacciones a las que se da lugar, o sí se identifican los problemas posibles pero se opta por una solución perentoria y por transferir el problema

a otra etapa de la vida institucional. Es frecuente que la construcción de instituciones constitucionales por la vía de la agregación negociada no tenga los resultados deseados desde el punto de vista de un orden jurídico.

Los problemas derivados del diseño consensual se atenúan en la medida en que los niveles de información disponible por parte de los agentes políticos, son más homogéneos. Desde una posición racional, las partes que negocian no pueden querer el error propio ni aceptar el error ajeno, para lo cual es relevante que cuenten con información suficiente que permita prever y evitar esos errores.

Se habla de democracia consensual para denotar la forma de tomar decisiones en contraposición a la decisión mayoritaria. En ese tipo de acuerdo se pueden distinguir dos modalidades: entre una pluralidad de opciones se decide a favor de una; o ante una pluralidad de opciones se decide la adopción parcial de varias. Esta última modalidad, combinatoria, es la que explica la riqueza en cuanto los matices que las instituciones van adquiriendo en los diversos sistemas constitucionales. Todo acomodo institucional puede resultar satisfactorio si se consigue generar interacciones positivas, y puede traducirse en escollos para la regularidad de la vida institucional si no se hace una adecuada evaluación de sus posibles interacciones negativas.

Los cambios constitucionales suelen dar lugar a diversas expectativas en cuanto a la transformación de la realidad. Con algunas excepciones, en especial cuando se trata de cuestiones procesales u organizativas, numerosos cambios constitucionales requieren de un periodo de sedimentación que sólo se alcanza cuando, con el transcurso de tiempo, se modifican también los patrones culturales concernidos con las instituciones. A veces, cuando se adoptan reformas constitucionales sólo se contemplan los efectos directos de la modificación, sin valorar el impacto en el conjunto normativo ni las posibles implicaciones en el funcionamiento de otras instituciones.

El diseño de las reformas suele corresponder a las necesidades de coyuntura y a veces es el resultado de una visión restringida de las consecuencias que su adopción puede tener en el contexto de las demás instituciones. La función interactiva de las instituciones constitucionales es un elemento central para hacer diseños con posibilidades de éxito. Por esto mismo también es necesario intentar una clasificación de las interacciones institucionales que ayude a comprender los diversos efectos que cada modificación constitucional produce.

Una Constitución no es un catálogo más o menos extenso de normas; una Constitución es un conjunto sistemático de disposiciones jurídicas. Las constituciones

incluyen los derechos de los gobernados y sus respectivas garantías, y la regulación de los órganos del poder. Ese universo normativo integra un sistema de alta complejidad, de suerte que cuando se mueve uno de sus elementos se producen efectos, no siempre previstos, en varios de los demás componentes. Esas interacciones trabajan de manera distinta en cada sistema constitucional, pero hay regularidades que pueden ser identificadas.

Por lo que hace a los efectos producidos, las interacciones pueden ser neutras, si la combinación de las normas resulta irrelevante por cuanto a favorecer, atenuar o contrariar sus resultados posibles; son sinérgicas, cuando de manera recíproca las normas potencian sus resultados procurados; son sustitutivas, cuando la norma posterior en ubicación desplaza los efectos de la precedente; son compensatorias, cuando unas normas equilibran o corrigen los déficit de otras; son paradójicas, cuando los efectos de una norma pueden producir resultados opuestos a los de otra norma. De acuerdo con el sentido de sus efectos, las interacciones pueden ser singulares o múltiples, según que se produzcan entre dos o más normas; las múltiples, a su vez, pueden identificarse como plurales homogéneas, si generan una diversidad de efectos positivos o negativos a la vez, y plurales heterogéneas, si algunos de sus efectos son positivos y otros negativos.

En suma, el orden jurídico encuentra su base específica en el ordenamiento constitucional, del que se desprenden todas las características que identifican y hacen funcional al Estado.

3. Origen revolucionario del ordenamiento constitucional.

El problema del origen revolucionario de las constituciones democráticas se resuelve, a partir de la Ilustración, mediante la utilización de dos constructos: la soberanía popular y el contrato social. La primera, atribuye el poder máximo de decisión a la sociedad; el segundo establece los principios conforme a los cuales la sociedad actúa de manera organizada, solidaria y responsable. Esas bases permiten entender dos tipos de procesos diferentes: el constituyente y el reformador de la Constitución. En ambos están presentes, con distintos matices, las ideas del poder soberano y del contractualismo; de ellos se desprenden las formulaciones relacionadas con los hipotéticos límites de la reforma constitucional.

Refiere Aristóteles[2] que conforme a la primera Constitución ateniense (la "constitución antigua"), el poder supremo recaía en una persona, y las demás magistraturas eran conferidas de acuerdo con la categoría social y la riqueza. Durante largo tiempo fueron asignadas de manera vitalicia; posteriormente pasaron a ser ejercidas por periodos decenales[3]. El tiempo histórico no lo puede precisar, aunque debió ser remoto incluso para él, pues el arconato decenal al que alude se estableció en 752 a. C. El filósofo trabajó en los archivos atenienses, pero no había documentación de la primera etapa institucional y sus características se conocían, esencialmente, por tradición oral.

Pese a que la dureza de esa forma arcaica del ejercicio del poder fue atenuada por Dracón (alrededor de 625 a. C), no fue posible evitar la reacción popular adversa. La sublevación, explica Aristóteles, se originó en la estructura esclavista que provenía de la "constitución antigua" y que la reforma draconiana no había modificado. Para superar la etapa de violencia, las partes enfrentadas acordaron investir como árbitro y arconte a Solón.[4] La vigencia de la Constitución que dictó fue objeto de una ley adoptada varios años más tarde, trascrita por Aristóteles: "Esto es ley y tradición de los atenienses: si algunos se levantan para hacerse tiranos o ayudan a alguien a establecer la tiranía, sean privados de derecho él y su estirpe". Esta norma fue uno de los fundamentos para poner en vigor la Constitución de Solón tras de muchas vicisitudes, varias décadas después[5].

Ese es el primer registro de que disponemos en cuanto a la intención de proteger la vigencia de una norma suprema, generada en un periodo de tensión, para evitar su desplazamiento en circunstancias análogas a las que le dieron origen.

Parece haber una constante que acompaña a los procesos revolucionarios. El temor de que su propio ejemplo se multiplique, lleva a sus protagonistas a perfilarlos como movimientos terminales. Así se explica el enunciado de la constitución ateniense que establecía "Esto es ley y tradición de los atenienses: si algunos se levantan para hacerse tiranos o ayudan a alguien a establecer la tiranía, sean privados de derecho él y su

---

[2] *Constituciones de Atenas*, 5.1.
[3] *Idem*, 3.2.
[4] Las principales características de la Constitución de Solón fueron: la supresión de la esclavitud por deudas, el acceso a las magistraturas según la riqueza generada y los tributos pagados (democracia censitaria), la supresión de las deudas públicas y privadas previas, la selección de los magistrados mediante una combinación de elección (por las tribus) y sorteo (entre los elegidos), y la garantía de los derechos mediante la posibilidad de apelar ante el tribunal popular, "pues al ser el pueblo dueño del voto, se hacía dueño del gobierno". *Idem*, 6.1; 7.2; 8.1; 9.1.
[5] *Idem*, 16.10 y 34.3.

estirpe,"[6] y se pueden entender otros casos ilustrativos. La idea de la inmutabilidad de las decisiones tomadas con motivo de una revolución ha sido recurrente en diversas épocas y en los más variados regímenes. En la era moderna el primer antecedente lo representa la Constitución de Ginebra de 1738. Este documento es notable por varias razones: reconoció la independencia del Estado y la soberanía de la república organizada conforme a un sistema democrático, enunció derechos fundamentales, reguló el estado de excepción, fijó las responsabilidades del fiscal como representante social, proscribió la tortura, proclamó una amnistía, pero, sobre todo, fue el resultado de un consenso. De ahí su denominación: Reglamento de la Mediación. Los mediadores, representantes del rey Luis XV, de Francia y los magistrados ginebrinos, acordaron que "La ley fundamental del Estado" no sería objeto de cambios en perjuicio de los gobernados (artículo 1°), y proscribía el uso de la fuerza en contra de esa norma (artículo 43); sólo se admitía la posibilidad de realizar cambios mediante el procedimiento de reforma que ese mismo instrumento establecía (artículo 44).

Desde entonces las reglas de la intangibilidad constitucional tienden a ser muy categóricas después de procesos revolucionarios. Por lo general una nueva Constitución es el resultado de una quiebra del orden normativo precedente. Esto explica que los nuevos ordenamientos contengan previsiones orientadas a inhibir procesos de recidiva. Las posiciones van desde enunciados muy enfáticos, hasta reglas de razonable moderación. Por ejemplo, la Constitución de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, de 1924, asentaba en su proemio "el carácter indestructible" de las decisiones de los soviets obreros. En el caso italiano, la experiencia fascista hizo que el constituyente de 1947 introdujera el siguiente párrafo final (artículo 139, XVIII): "La Constitución deberá ser observada fielmente como ley fundamental de la República por todos los ciudadanos y los órganos del Estado".[7] Esta norma ha sido un factor de importancia para desarrollar la jurisprudencia relacionada con la protección horizontal de los derechos fundamentales. Entre las constituciones recientes, la de África del Sur incorporó una fórmula inobjetable para asegurar la supremacía constitucional. El artículo 2 establece que la Constitución "es la suprema ley de la república; las leyes y las conductas contrarias a ella serán inválidas, y las obligaciones que impone deberán ser cumplidas".

[6] Aristóteles, *Constituciones de Atenas*, 16.10 y 34.3.
[7] Este texto no aparecía en el proyecto de Piero Calamandrei.

Hay otra cuestión a considerar. La tradición europea, de raigambre griega, estableció el juramento como garantía de veracidad o de compromiso, y en cierta forma de estabilidad de la norma.[8] Jurar quiere decir, literalmente, hacerse de derecho.[9]

A lo largo de la Edad Media el juramento se convirtió en la garantía de adhesión a los titulares del poder. Violar la promesa implicaba hacerse reo del delito más grave: la traición. En Francia el juramento de lealtad se hizo habitual a partir de Carlomagno (771-814);[10] en Inglaterra se institucionalizó a partir del reinado del Eduardo el Viejo, en el año 899;[11] en España ya era común en el siglo X[12]. El juramento de adhesión prestado por los nobles complementó la práctica de la unción, adoptada por la iglesia católica para conferir a los príncipes el carácter de elegidos divinos, que con toda probabilidad se generalizó a partir del siglo VII.[13] La unción aseguraba la obediencia de los súbditos.

El primer sistema constitucional republicano que incorporó el juramento, fue el estadounidense. El sistema francés de la primera Constitución republicana, de 1793, encomendaba la defensa de la Constitución a la virtud de los franceses (artículo 123), pero la de 1795 hacía más explícito el compromiso, extendiéndolo a la "fidelidad del cuerpo legislativo, del directorio ejecutivo, de los administradores y de los jueces; a la vigilancia de los padres de familia, a los esposos y a las madres, a la devoción de los jóvenes ciudadanos, y al valor de todos los franceses" (artículo 377). El temor por la restauración, presente en la vida diaria, propiciaba una invocación más precisa que la sola referencia al pueblo. En las constituciones republicanas desapareció el juramento, todavía presente en la de 1791; sólo reapareció al establecerse el imperio napoleónico, en 1804.[14]

---

[8] Una deidad, Horkos, personalizaba los juramentos, y era honrada el quinto día de cada mes. Cfr. Burkhart, Jacob, *The Greeks and Greek civilization*, N. York, St. Martin´s Griffin, 1998, p. 68. Las referencias a los juramentos son frecuentes, en la *Ilíada* y en la *Odisea*; en los tiempos homéricos desempeñaban la función de un compromiso y de una verdad. El énfasis llevaba, incluso, a hablar de "gran juramento". Cfr. Homero, *Ilíada*, I, 233. Los versos que ofrecen la clave de la guerra troyana dicen así, en traducción de Rubén Bonifaz: "… los juramentos violaron los troyanos, y para ellos, de hoy en más, muerte y cuitas serán, pues contra los juramentos injuriaron primero" (IV, 269-272).

[9] Procede del verbo latino *iuro, iurare* (que se asocia con *ius*) y el aumentativo *mentum.*

[10] Cfr. Bloch, Marcel, *Feudal Society*, London, Rutledge & Kegan Paul, 1962, t. I, pp. 157 y ss.

[11] Jolliffe, J. E. A., *The constitutional history of Medieval England*, London, Adam & Charles Black, 1954, p. 106.

[12] Cfr. García Gallo, Alfonso, *Textos jurídicos antiguos*, Madrid, s. p. i., 1953, p. 297.

[13] Cfr. Bloch, Marc, *The royal touch*, N. York, Dorset Press, 1961, pp. En el mundo antiguo la superioridad consistía en la imposición de la corona, como símbolo de superioridad que luego fue trasladado al cristianismo para denotar santidad. Según Bloch esta práctica, adoptada por los monarcas romanos bizantinos, procede de la antigua Persia. p. 268.

[14] En el sistema constitucional mexicano se utilizaron las voces "jurar" y "juramento" hasta las reformas introducidas en 1873 a la Constitución de 1857. A partir de entonces se emplea la expresión "protesta",

Los constituyentes de Cádiz, ante el explicable temor de ver restaurado el poder autoritario, concluyeron la Constitución con el título X, "De la observancia de la Constitución y modo de proceder para hacer variaciones en ella", y establecieron (artículo 372) que en las primeras sesiones de cada periodo ordinario tomarían en consideración "las infracciones a la Constitución […] para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a ella". El alcance de este precepto había sido explícitamente abordado en la formidable exposición de motivos presentada por el diputado Agustín Argüelles, el 24 de diciembre de 1811:

> Las Cortes, como encargadas de la inspección y vigilancia de la Constitución, deberán examinar en sus primeras sesiones si se halla o no en observancia en todas sus partes…
>
> La Comisión se ha visto en un conflicto para arreglar el último título de su obra. Por una parte la necesidad de calmar las inquietudes que haya suscitado el escandaloso abuso en variar su Constitución tantos estados de Europa desde la revolución francesa; por otra parte la necesidad de dejar abierta la puerta a las enmiendas y a la mejora… sin introducir en ella el principio destructor de la inestabilidad…

4. Defensa del ordenamiento y derecho de resistencia.

No disponemos de un concepto unívoco acerca del derecho de resistencia. En términos muy amplios la doctrina admite dos variantes: la resistencia colectiva y la resistencia individual. En la primera, se produce una manifestación de voluntad de organizaciones o de movilizaciones tumultuarias en el sentido de no acatar una decisión de la autoridad; en la segunda, la oposición corresponde a personas identificables que, por razones que les son propias, resuelven no cumplir con un comando normativo por estimarlo contrario a sus convicciones, también tuteladas por el ordenamiento vigente. En ambos casos se trata de posiciones basadas en la certidumbre de que los actos desestimados afectan la esfera de derechos de los inconformes.

---

por considerarla más afín con un Estado laico. Se trata de una confusión porque, como se dijo más arriba, la expresión "juramento" está vinculada con la idea de derecho (*ius*), y es muy anterior a los credos religiosos actuales.

El derecho de resistencia, del que existen numerosos ejemplos en la antigüedad, fue sistematizado por Althusius.[15] Señalaba las doce razones para resistir al tirano, de las que una sobresale por su relevancia para la teoría constitucional: el desconocimiento de la naturaleza contractual de las relaciones sociales. Con este fundamento, afirmaba que "donde no puede haber ayuda de juez, a nosotros nos es lícito decir el derecho". Este extremo corresponde a la vulneración del ordenamiento jurídico, pero también al de anomia. Estos argumentos tendrían amplio eco en otros contractualistas posteriores, como Hobbes, Locke y Rousseau, hasta encontrar su primera expresión moderna en la Constitución ginebrina mencionada más arriba y, con mayor contundencia, en la Declaración de Derechos los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y en la Constitución francesa de 1793.[16] Está ahí el desarrollo normativo de un principio que ya acogían otras constituciones.

En la actualidad, en Alemania la Constitución establece: "Todo alemán tendrá el derecho de resistencia, cuando no exista otro remedio, contra cualquiera que se proponga eliminar el orden constitucional" (artículo 20.4). A su vez la constitución portuguesa prescribe: "Todos tienen derecho a resistir cualquier orden que atente contra sus derechos, libertades y garantías, y a repeler por la fuerza cualquier agresión, cuando no sea posible recurrir a la autoridad pública" (artículo 21). Como bien señala J. J. Gomes Canotilho,[17] este precepto no incluye el derecho de resistencia colectivo.

5. Defensa del ordenamiento e inviolabilidad de la Constitución.

Las constituciones suelen establecer mecanismos que aseguren su inviolabilidad. En el caso mexicano esta fue una decisión tomada como consecuencia de una serie de vicisitudes que incluyeron episodios sucesivos de dictadura; guerras civiles e intervenciones extranjeras. En 1857 la Constitución incorporó una original disposición, en su artículo 128, que luego fue trasladada, con una ligera modificación gramatical, al artículo 136 de la Constitución de 1917.

El 1° de marzo de 1854 fue expedido el Plan de Ayutla, desconociendo el gobierno del general Antonio López de Santa Anna, y proclamando que

[15] *Política*, cuya primera edición apareció en 1603. Ver XXXVIII, 29 y ss.

[16] El artículo 2° de la Declaración de 1789 establecía: "El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión". La Constitución de 1793, en su artículo 9°, estableció: "La ley debe proteger la libertad pública e individual contra la opresión de los que gobiernan".

[17] *Direito constitucional*, Coimbra, Almedina, (2003), p. 512.

> La nación no puede continuar por más tiempo sin constituirse de un modo estable y duradero, ni dependiendo de la existencia política de la voluntad caprichosa de un solo hombre.

De acuerdo con esa declaración, el Plan también incluyó el compromiso de sus firmantes en el sentido de convocar un congreso extraordinario para "constituir a la nación bajo la forma de república representativa popular". Además, se acordó que ese congreso también examinaría los actos de la dictadura santannista. Cuando se integró el Constituyente, la comisión encargada de este asunto advirtió que era necesario poner fin a la tradicional propensión a los levantamientos, a los planes desconociendo la Constitución y al establecimiento de dictaduras. Por primera vez en nuestra historia se adoptaba la decisión de revisar el pasado político inmediato. Al simultanear el enjuiciamiento de la dictadura y la elaboración de una nueva carta fundamental, era comprensible que apareciera una disposición que protegiera al país y al sistema constitucional de la reincidencia golpista que se personalizaba en Antonio López de Santa Anna.

El 16 de diciembre de 1853 Santa Anna había promulgado un decreto que constaba de tres artículos. En el primero se investía a sí mismo como presidente; en el segundo establecía su derecho a designar sucesor póstumo, y en el tercero se confería el tratamiento de alteza serenísima.[18] Cuando la comisión del congreso constituyente encargada de dictaminar acerca de esa ley, presentó su informe, señaló que "nunca hubo derecho para alterar las leyes fundamentales de la nación". En consecuencia, los comisionados propusieron "invalidar con leyes regulares, las leyes espurias […] para demostrar que la sagrada causa de la república no sólo cuenta con la fuerza incontrastable del pueblo mexicano, sino con el apoyo eterno de la justicia y de la razón" [19].

En 1857 la Constitución incorporó una original disposición, en su artículo 128, que luego fue trasladada, con una ligera modificación gramatical, al artículo 136 de la Constitución de 1917.

Emilio Rabasa describe el ambiente en que se desarrolló el Constituyente de 1856-7:

---

[18] Una experiencia histórica análoga fue el golpe de Estado de Napoleón Bonaparte, el 18 de Brumario (9 de noviembre de 1799), mediante el cual fue ungido cónsul, como paso previo a su entronización en 1804; otro caso fue el protagonizado por Luis Napoleón Bonaparte, elegido presidente de Francia en 1848, quien prorrogó su poder en 1851 y fue proclamado emperador en 1852.

[19] Zarco, cit., sesión del 26 de junio de 1856.

> En esa situación, los hombres que tenían injerencia en la vida pública, y que fueron testigos de los acontecimientos que la formaron, había llegado a ser suspicaces y asustadizos en todo lo que se refería al poder. La historia de los gobiernos de Santa Anna, con su último capítulo de dictadura cruel y sin freno, había dejado en todos los espíritus la obsesión de la tiranía y del abuso.[20]

El sistema de garantías adoptado por la Constitución para tutelar los derechos que ella misma establece, parte del supuesto de que pueden darse circunstancias en las que alguno o algunos de sus preceptos sean afectados por la acción de una autoridad. Esta es la perspectiva dominante, inspirada en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, cuyas críticas al absolutismo condujeron a concluir que sólo los órganos el poder político pueden afectar la esfera de derechos de los particulares. Pero la Constitución mexicana también contempla otro caso posible de violación: la afectación del propio ordenamiento con motivo de una rebelión. En este punto el constituyente advirtió la diferencia entre vigencia y positividad de la norma suprema. Al perderse las posibilidades reales de aplicar la norma, debido a una rebelión, no se sigue que la Constitución haya dejado de estar en vigor, y por esta misma razón es que el delito cometido puede ser sancionado al restablecerse su observancia.

El artículo 136, por lo mismo, obedece a dos motivaciones: una jurídica y otra política. En cuanto a la primera, denota los problemas de la eficacia de la norma; en cuanto al sentido político, no quiso legitimar, para lo sucesivo, el mismo proceso revolucionario que condujo a la integración del Constituyente de 1917. Ambos aspectos son de gran importancia, porque determinar la naturaleza jurídica de la Constitución es una de las cuestiones más relevantes de un sistema normativo; además, dar estabilidad al texto constitucional representa uno de los más añejos objetivos de las sociedades democráticas.

El texto mexicano ha tenido repercusión en algunas constituciones latinoamericanas. Por ejemplo, la hondureña de 1982 dispone en su artículo 375:

> Esta Constitución no pierde su vigencia ni deja de cumplirse por acto de fuerza o cuando fuere supuestamente derogada o modificada por cualquier otro medio y procedimiento distintos del que ella mismo dispone. En estos casos, todo ciudadano investido o no de autoridad,

[20] Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, México, Revista de Revistas, 1912, p. 82.

> tiene el deber de colaborar en el mantenimiento o restablecimiento de su afectiva vigencia.

La Constitución venezolana de 1999 dice, en su artículo 333:

> Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella. En tal eventualidad, todo ciudadano investido o toda ciudadana investida o no de autoridad tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

Un caso inverso, de previsión de caducidad, lo ofrece el artículo 146 de la norma suprema alemana, conforme al cual la Ley Fundamental de 1949 "dejará de regir el día en que comience a regir una Constitución que haya sido aprobada libremente por el pueblo alemán". Con este precepto se subraya la decisión de haber adoptado una "Ley Fundamental", y no una "Constitución". Aunque en el orden convencional ambas expresiones se entienden como sinónimos, cuando se discutió en Bonn, se consideró que la ausencia de representantes elegidos por el sector oriental del país, no permitía elaborar una constitución definitiva, sino sólo un texto provisional. La experiencia ha demostrado que el texto se consolidó y que rige para el territorio de Alemania reunificada.

Es importante distinguir entre las cláusulas de perennidad y las de inviolabilidad. Las primeras establecen las normas o los principios que no pueden reformados,[21] en tanto que las segundas sólo reiteran lo que debe entenderse como parte de cualquier orden jurídico vigente: su positividad.

6. Supremacía de la Constitución y defensa del ordenamiento.

El mundo clásico es pródigo en ejemplos de anticipaciones. Por ejemplo, un caso en el que se formula un alegato que podríamos identificar con lo que hoy se denomina "debido proceso legal", figura en un discurso de Antifonte[22] donde protesta porque: "Fui traído ante ustedes de manera ilegal y arbitraria." Luego, en lo que ya podría identificarse como un caso de ejercicio indebido de una función, increpa a los jueces diciendo: "Ustedes carecen de facultades para juzgarme porque no han hecho

[21] Es el caso de los artículos 79.3 de la Constitución alemana; 110, de Grecia; 281, de Guatemala; 139, de Italia; 288, de Portugal, por ejemplo.

[22] Antifonte *En defensa de Helos*, [*circa* 415 a. n. e.] 8 y 13.

juramento." Pocas décadas después, Lisias[23] también elaboró un argumento muy cercano a la hermenéutica contemporánea. Dirigiéndose a los juzgadores de un caso, exclama: "Yo creo que ustedes deben decidir no conforme a la letra de la ley, sino conforme a su intención [de la ley],… porque sería imposible para un legislador escribir cada palabra con el mismo significado, por lo que cada vez que usan un término, debe verse que cubra todos los significados posibles".

La defensa abstracta de la legalidad permite que a su vez la ley sea un instrumento para la defensa concreta de la libertad de las personas. Por eso con la aparición del fenómeno normativo conocido como Constitución, se advirtió la necesidad de la defensa de la constitucionalidad. Esta defensa se basa en dos supuestos: la naturaleza normativa de la Constitución y su supremacía dentro del orden jurídico.

A su vez la defensa del orden constitucional es una función distinta de la jurisdicción ordinaria. En este último caso se resuelve una controversia de derechos, en tanto que en la defensa de la Constitución el tribunal competente valora las decisiones del órgano legislativo del Estado y las confirma o deroga. Esto significa que un tribunal constitucional es una especie de órgano legiferante, supraparlamentario. Por ende, la mayor parte de los sistemas constitucionales donde se ha implantado el control de constitucionalidad, han propendido asimismo a instituir órganos diferenciados: por un lado los tribunales de legalidad y por otro los de constitucionalidad. Donde no se hace esta separación la concentración de funciones genera una hipertrofia jurisdiccional que afecta el equilibrio general entre los órganos del poder y suscita tensiones y rivalidades que se acaban dirimiendo en el territorio de la política.

Ya se ha dicho más arriba que la Constitución es un complejo normativo. La idea de Constitución ha corrido de manera paralela a la construcción del Estado moderno y contemporáneo. En especial, la utilización de la voz se fue haciendo frecuente a partir del impulso revolucionario inglés del siglo XVII y de las constituciones de las colonias estadounidenses; luego prosperó con la Revolución Francesa y la aparición del concepto de monarquía constitucional. La independencia americana, que recorrió desde el norte hasta el sur del continente en el curso de cuatro décadas, supuso uno de los más dinámicos procesos dentro del constitucionalismo moderno. En menos de un siglo, a partir de la Constitución de 1787, el constitucionalismo adquirió forma y contenido en América y Europa, y se convirtió en el motor del anticolonialismo en África y en Asia a

[23] Lisias, *Contra Teomnesto* [*circa* 390 a. n. e.], X, 7.

lo largo del siglo XX. Más tarde fue también el instrumento para transitar de la dictadura a la democracia, con el mínimo de violencia política posible.

Ahora bien, si en su sentido formal el constitucionalismo es un hecho cultural más o menos reciente en la historia de las organizaciones políticas, en la vida del Estado siempre ha habido una constante en cuanto a disponer de un conjunto de normas rectoras con precedencia jerárquica. En la Inglaterra medieval fueron muchos los documentos conocidos como *constitución*, como lo fueron en la antigüedad romana. No hay una coincidencia con los textos a los que hoy aplicamos esa denominación, pero sí la hay en cuanto a que se trataba de normas a las que se confería preeminencia respecto de las demás. En la *polis* existía un instrumento axial, escrito o consuetudinario, conocido como *politeia*, traducido por lo general como *constitución*. Aun cuando la tradición hizo creer que sólo se había producido un número muy limitado de este tipo de textos, sobre todo a partir de Aristóteles[24], investigaciones dadas a conocer en el primer lustro del siglo XXI muestran que han sido identificadas más de mil ciudades-Estado, en la mayor parte de las cuales hay pruebas arqueológicas que acreditan la existencia de constituciones.[25]

Una de las formas más ostensibles de mostrar la naturaleza jerárquica de las normas, en la antigüedad, fue la epigrafía. La inscripción de disposiciones normativas en piedra o en metal fue practicada en China, en Egipto, en Mesopotamia y, por supuesto, en la cuenca del Mediterráneo. No todas las normas se hacían constar en soportes tan duraderos; además, las normas que así se registraban tuvieron una aplicación territorial más extendida. Por sus efectos temporal y espacial, desde la antigüedad ha habido normas destacadas del conjunto. El contenido de estas normas destacadas ha correspondido, en cada caso, a los aspectos acerca de los cuales las sociedades han tenido un mayor interés. Durante siglos, por ejemplo, fue habitual que los textos legales inscritos en piedra o en metal, fueran reproducidos en soportes portátiles (tablillas, pergamino, papiro, etc.) para facilitar su difusión a aplicación. Esas normas destacadas del conjunto primaron sobre las demás disposiciones. En Roma, por ejemplo, la Ley de las Doce Tablas (450 a. n. e), adquirió una vigencia muy dilatada y fue invocada por siglos como base de decisiones legiferantes y jurisprudenciales. Cicerón refiere que

[24] En particular en *Política* y en *La Constitución de Atenas*, donde el filósofo menciona que, además de la ateniense había algunas otras constituciones en el espacio griego

[25] Cfr. Hansen, Mogens Hermann, y Nielsen, Thomas Heine, *An inventory of archaic and classical poleis*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

cuatrocientos años después se conservaba la tradición de que los niños romanos memorizaran esa Ley.[26]

La primera función de la escritura fue de carácter jurídico. Los más antiguos textos sumerios conocidos son de carácter jurídico. Los albores de la organización estatal coinciden con la aparición de la escritura. El propósito de plasmar las normas en un soporte que permitiera su conocimiento, su difusión y la estandarización de las conductas, ha sido un motor de la cultura. Las primeras normas destacadas correspondieron a lo que hoy conocemos como derecho penal; las siguientes en tiempo giraron en torno al patrimonio y por tanto involucraron las relaciones civiles y mercantiles; en las fases más avanzadas de la construcción de normas destacadas aparecieron los asuntos de orden público, incluidos los religiosos.

Lo que esta tendencia traduce es la vocación de las comunidades estables a las que hoy identificamos como Estados, de construir un doble nivel de normas: las destacadas del conjunto por su trascendencia jerárquica, espacial y temporal, y las que se adaptaban a las condiciones ambientales, pero tomando como referente a las primeras. El Estado ha mantenido la constante de construir un sistema normativo donde se combinan los elementos duraderos con los transitorios; los principales con los secundarios; los estables con los flexibles.

A esa tendencia del Estado tradicional se suma una exigencia de las sociedades democráticas: conocer sus derechos y sustraerlos de la acción arbitraria del poder. En una etapa autoritaria del Estado, la permanencia de las normas destacadas correspondía al interés de los detentadores del poder, para asegurar la perpetuación dinástica de su dominio; en una etapa democrática del Estado, la permanencia de las normas destacadas corresponde al interés de los destinatarios del poder a efecto de asegurar la incolumidad de sus derechos.

Esa jerarquía de la Constitución resulta funcional para gobernados y gobernantes, porque permite disponer de un elemento de referencia que facilita la gobernabilidad. La supremacía de la Constitución se explica por ser elemento constante que vertebra el sistema normativo. De ahí la necesidad de contar con instituciones permanentes y profesionales incumbidas de velar porque todo el conjunto de normas se adecue al sistema regido por la Constitución. La supremacía de la Constitución conlleva su defensa, como requisito indispensable para mantener la coherencia y completitud del

[26] Las Leyes, II, 59.

ordenamiento jurídico. Si se admitiera que alguna norma distorsionara el contenido de la Constitución, se perdería el punto de referencia que da unidad al sistema, y éste desaparecería como tal.

La importancia de la función protectora de la Constitución fue advertida desde los primeros años del constitucionalismo. El célebre caso *Marbury v. Madison* se produjo en 1803, pero desde antes se reconocía la necesidad de instituir medios de defensa de la Constitución. La Constitución de Pensilvania de 1776, por ejemplo, había previsto la integración de un Consejo de Censores cuyo objetivo sería supervisar que la Constitución no fuera violada por las ramas ejecutiva o legislativa del poder.[27] Si nos remontamos a la antigüedad romana encontraremos que el derecho augural facultaba a quienes ejercían esas funciones para "abolir las leyes votadas ilegalmente".[28]

En la actualidad, a partir de la formidable innovación institucional introducida por Hans Kelsen al crear el Tribunal Constitucional en la Constitución austriaca de 1920, se ha desarrollado una nueva disciplina, el derecho procesal constitucional, y han proliferado los tribunales constitucionales. En tanto que no existen las instituciones perfectas, y que toda decisión institucional tiene ventajas y desventajas, el principal problema que resulta de la actividad de los tribunales constitucionales es su propensión a crear normas por la vía de interpretar la Constitución. Esta actividad amenaza con generar resistencia por parte de los órganos legislativos y por lo mismo los partidos tienden a *colonizar* los tribunales constitucionales, para asegurar la simpatía de los jueces por las decisiones que adopte la mayoría parlamentaria.

Los riesgos de colisión entre el sistema representativo y la magistratura constitucional aumentan en tanto que las normas programáticas de las constituciones, y las omisiones en las que incurren los congresos, al dejar sin desarrollar algunas disposiciones contenidas en las Constituciones, abren un amplio espacio para la actividad legiferante de los tribunales constitucionales.

La experiencia contemporánea del Estado constitucional ha enriquecido los medios de control de la constitucionalidad. Entre estos instrumentos sobresalen las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad. Las primeras ofrecen una instancia de mediación jurídica a los órganos del poder para resolver sus

---

[27] Art. 47: [the Council of Censors] *whose duty it shall be to enquire whether the constitution has been preserved inviolate in every part; and whether the legislative and executive branches of government have performed their duty as guardians of the people, or assumed to themselves, or exercised other or greater powers than they are entitled to by the constitution*.

[28] Cicerón, *Las Leyes*, II, 31.

diferendos relacionados con la constitucionalidad de una decisión; las segundas permiten encauzar las inconformidades de la oposición ante la posible inconstitucionalidad de las decisiones legislativas adoptadas por la mayoría parlamentaria. Con estos mecanismos de carácter jurídico se ha conseguido atenuar las tensiones políticas que se producen en las sociedades complejas como consecuencia de un pluralismo muy competitivo, reduciendo los riesgos de ruptura del orden jurídico.

Hay un elemento medular que explica la necesidad de defender la vigencia del orden constitucional: la naturaleza jurídica de la Constitución. Este es el tema clave de todo el orden normativo de un Estado. Si bien, como se dijo más arriba, hay una serie de constructos que brindan una base teórica razonable a las constituciones, lo que interesa en la operación del Estado es la fuerza vinculante de la norma y la consiguiente potestad coactiva del poder legítimo. En tanto que en un Estado constitucional una norma válida sólo puede derivar de otra también válida, y en esa escala la norma última es la Constitución, su carácter jurídico es incuestionable. Aquí se presenta un nuevo problema, porque no siempre se aplican técnicas depuradas en la elaboración o en la revisión de los textos constitucionales, por lo que se les suele incorporar elementos propios del discurso político, o expresiones explicativas, la más de las veces de índole retórica, cuyo sentido preceptivo es dudoso. A veces esos elementos son utilizados como una guía para el intérprete de la norma y para orientar la actividad legiferante de los órganos del Estado.

También existe la tendencia de que las constituciones incluyan proemios donde se perfilan sus objetivos generales, lo que resulta valioso para efectos de interpretación. Viéndolos con indulgencia, algunos párrafos descriptivos o valorativos incluidos en la parte preceptiva de las constituciones juegan un papel semejante a los proemios. Esta variante de los proemios, como explicaciones diseminadas en el interior de un texto, pueden ser considerados como apostillas constitucionales que no afectan la naturaleza normativa de la Constitución, aunque sí dificultan su aplicación. Estas interpolaciones retóricas en los textos normativos obedecen a estímulos políticos circunstanciales.

El control jurisdiccional de la constitucionalidad implica algunos riesgos. Se advierte, por ejemplo, la proclividad a politizar los nombramientos de los integrantes de los tribunales constitucionales, aplicando incluso cuotas entre los partidos dominantes. El efecto negativo de esta propensión se traduciría en una merma de la independencia de esos órganos del poder. En tanto que la acción de los tribunales se advierta como una limitación para el sistema representativo, es previsible que la fuerza política de los

intereses representados en los congresos se quiera hacer sentir también en los órganos jurisdiccionales.

Otra cuestión negativa que se pude presentar y de la cual ya existen algunos ejemplos en el constitucionalismo contemporáneo es la tendencia en el sentido de hacer más *reglamentaria* la Constitución. La función hermenéutica de una norma es tanto más amplia cuanto más general es el precepto sujeto a interpretación; a la inversa, las previsiones de mayor detalle reducen las posibilidades interpretativas del juzgador. De esta manera, al pretender estrechar la acción del órgano del control, se hace que las constituciones pierdan su capacidad de adaptación por la vía interpretativa y que se alejen de una de las claves de su éxito: la generalidad.

Uno de los mejores instrumentos de que han dispuesto las normas constitucionales ha sido la generalidad de sus enunciados, porque facilita una acción legiferante más libre y por lo mismo creativa. Esta característica permite absorber las oscilaciones de la política y las variaciones en cuanto a los criterios legislativos adoptados por los gobiernos y los congresos, conforme al acomodo de las mayorías electorales. Se genera así adhesión a la Constitución y estabilidad institucional. Por el contrario, cuando las normas constitucionales son rígidas (en cuanto a su reforma) o reglamentarias (en cuanto a su contenido), reducen los márgenes para ajustar las tendencias y las presiones políticas en diferentes etapas de su vigencia, y acentúan las presiones para su mutación e incluso su sustitución radical.

La tensión entre el sistema representativo y la justicia constitucional encuentra una forma más de expresión en las tendencias plebiscitarias que se van abriendo espacio. La expresión *democracia participativa* va consiguiendo adeptos entre los partidos políticos, pese a las conocidas desventajas que implica para los sistemas representativos. No obstante, lo más atractivo de los mecanismos de consulta directa a la población, con efectos vinculantes en materia legislativa y constitucional, es que el enfrentamiento entre los tribunales y los representantes se desplaza y se plantea en forma directa entre los tribunales y los representados.

De ahí que también esté siendo objeto de atención la declaración previa de constitucionalidad, que permite a los congresos, a los gobiernos y en cierta forma a los partidos mismos, conocer los criterios acerca de la constitucionalidad de una medida antes de su adopción formal. Se pueden evitar así los enfrentamientos ulteriores, y se elude la consulta plebiscitaria o al menos se evita que la mayoría ciudadana se manifieste a favor de un texto viciado de inconstitucionalidad.

7. Reforma y mutación constitucionales.

El problema de la intangibilidad constitucional es encontrar un punto de equilibrio entre la preservación de los derechos existentes y las expectativas de nuevos derechos. En otras palabras, las tensiones que resultan de la intangibilidad constitucional pueden ocultar posiciones conservadoras que limiten al máximo los cambios constitucionales. Viceversa, las presiones que acompañan las exigencias de cambios pueden corresponder a actitudes que afectan la estabilidad de la norma suprema. En ambos casos, llevados al extremo, se puede lesionar la relación entre la norma y la normalidad, en perjuicio de la adhesión espontánea al orden jurídico y de las relaciones sociales.

Todo orden jurídico se construye a través de periodos largos; por paradójico que resulte, incluso los cambios revolucionarios implican el inicio de ciclos que a su vez extienden sus efectos en el tiempo. Hablar de cambios revolucionarios es aludir a trasformaciones profundas cuya duración es variable, pero no a giros mayúsculos e instantáneos. La esencia de las instituciones es su permanencia, pero no su adocenamiento. La frecuencia, la intensidad y la dirección de los cambios de las instituciones jurídicas obedecen a decisiones políticas; pero la política no puede hacer es detener por tiempo indeterminado el comportamiento dinámico de las instituciones.

Desde esa perspectiva, la supremacía de la Constitución debe distinguirse de su intangibilidad. La supremacía corresponde al nivel jerárquico dentro del orden jurídico, y no equivale a que no se le pueda *tocar*, en el sentido de reformarla. La idea de constituciones inmutables, o con segmentos inmodificables, no ha sido validada por la experiencia. En la historia del constitucionalismo son muchas las cartas supremas que han dictado su propia permanencia por periodos fijos o indeterminados, o que han enunciado preceptos invariables por un tiempo o incluso inamovibles para siempre.

A diferencia de las leyes físicas, que explican fenómenos constantes, las leyes jurídicas regulan relaciones sociales. Las leyes de la naturaleza dicen lo que es, mientras que las leyes jurídicas sólo dicen lo que debe ser. Y resulta impensable postular que la sociedad deba ser siempre igual. Tantas veces cuantas se ha decidido detener la historia, decretando que se ha adoptado un modelo político de organización final y que por ende también ha llegado el momento último de los cambios permisibles, lo más que se ha conseguido es imponer un orden conservador precario, por lo general basado en una percepción voluntarista, que acaba por generar rupturas. Esta posición conservadora puede darse incluso con la apariencia de revolucionaria. Han existido y existen

ordenamientos emanados de procesos revolucionarios que junto a los enunciados sociales de apariencia avanzada plantean una estructura invariable y por lo general autoritaria del poder. La paradoja de mezclar objetivos sociales ambiciosos con diseños políticos arcaicos, suele ser una coartada para limitar la libertad a trueque de un supuesto bienestar. El bienestar, como argumento para limitar las libertades, sólo resulta funcional durante las etapas de recuperación que siguen a periodos de iniquidad social, de extrema volatilidad política o de grave inseguridad colectiva.

La pretensión de que a partir de un momento determinado quede cancelada la posibilidad de cambiar, ha sido sostenida con motivo de proyectos políticos autoritarios o de posiciones políticas ingenuas, a los postres también autoritarios. En las diversas etapas del desarrollo institucional ha habido intentos por cristalizar las instituciones políticas y aún las sociales. Pero no hay un solo caso que corrobore que una sociedad se detuvo para siempre. Las tesis conservadoras son contradichas por la historia. En toda la experiencia institucional, ninguna institución se ha petrificado.

Para tratar de sortear ese hecho histórico se argumenta que si bien los enunciados normativos son mutables, los principios que los inspiran son perennes. Aquí se incurre en otro error, porque los principios inmutables a los que parece aludirse corresponderían a una perspectiva jusnaturalista que sustenta la existencia de cuestiones esenciales a la naturaleza humana y, por lo mismo, ajenas a la decisión libre que en cada caso se pueda tomar. La historia institucional tampoco avala ese criterio. Las razones de las sociedades cambian; hay, desde luego, constantes, porque las formas del comportamiento individual y gregario no son infinitas, pero el examen diacrónico de las instituciones refleja que los intereses, las aficiones, los criterios y las prioridades van fluctuando en el tiempo. Si se *petrificaran* las normas significaría que se *petrificó* la cultura, y que se perdió la capacidad innovadora de la sociedad.

La discusión no puede darse, por consiguiente, acerca de si las constituciones son o no modificables, ni siquiera acerca de las presuntas ataduras semánticas que sugieren que *reformar* es cambiar un poco, pero no cambiar al completo una norma fundamental. La discusión en torno a la reforma constitucional sólo es relevante con relación al procedimiento que se siga. La regla, en este caso, es que hay *reforma constitucional* cuando se sigue el procedimiento que ella establece para ese efecto, y hay *mutación constitucional* cuando el cambio no se hace conforme al procedimiento establecido. En este último caso los tribunales constitucionales están desarrollando medios correctivos. La otra discusión, en torno a qué tantos cambios puede introducir en la Constitución un

poder constituido, es un ejercicio útil para sistematizar los procedimientos, pero estéril si lo que se propone es negar la posibilidad de que los órganos facultados para la reforma actúen incluso en forma radical.

Los constructos de la soberanía, del contrato social y del poder constituyente han sido muy funcionales para el desarrollo del Estado constitucional y en general de los sistemas democráticos, pero en ocasiones se invoca al poder constituyente como un pretexto para ralentizar los cambios institucionales. La democracia no es una categoría encerrada en un horizonte histórico lejano, una especie de *big bang* jurídico – político en el cual, durante el fugaz momento en el que se definieron el Estado y su Constitución, la sociedad fundacional fue libre, y todas las generaciones sucesivas sólo resultan legatarias de una decisión inmutable, sin más opción que acomodarse a las decisiones originarias.

El centro del problema no está en qué tan reformables son los enunciados constitucionales, sino en saber qué es un Estado constitucional. Cuando una norma de la Constitución indica cómo se puede reformar la Constitución, no se puede considerar que esa norma no sea a su vez susceptible de reforma. Lo único que se puede aseverar es que, para cambiar la norma de reforma, a la que podemos llamar norma de adaptación, hay que seguir el procedimiento que ella misma señala. Supongamos que la norma de adaptación dice que para reformar la Constitución hay que hacerlo por decisión unánime de una asamblea. Esto implica que, por decisión unánime de la asamblea se pude determinar que la norma de adaptación cambie, y que en lo sucesivo se establezca un mecanismo más rígido, en el que se requiera la votación unánime de dos asambleas sucesivas, o más flexible, en el que se exija sólo una mayoría calificada de una asamblea. Las normas de adaptación son parte de la Constitución, de suerte que donde se prevea la reforma de la Constitución, no tiene por qué excluirse la norma de adaptación, a menos que se adopte la polémica tesis de la *superlegalidad* o *superconstitucionalidad* de la norma de adaptación.

Supongamos que la norma de adaptación se excluyera a sí misma de la posibilidad de ser reformada, y que hubiera un precepto que dijera más o menos lo siguiente: “Esta Constitución sólo puede ser reformada mediante un plebiscito unánime, pero este artículo no pude ser reformado jamás”. Este precepto estaría diciendo que el conjunto de la sociedad, sin discrepante alguno, podría cambiarlo todo, menos la norma de adecuación. ¿Habría justificación jurídica para esta decisión? En apariencia sí, porque sería una norma como cualquier otra que estaría indicando un deber ser. Sólo que habría

un error: el diseño de esa norma habría sido irracional, porque si no se le deja a la sociedad la posibilidad de *cambiar una Constitución*, la sociedad podría proceder a *cambiar de Constitución*. Esta es una paradoja muy elemental, que indica que un orden constitucional no puede estar construido en términos que escapen a la racionalidad de los agentes sociales que la van a aplicar. Si la norma escatima las opciones para que la conducta individual y colectiva se oriente conforme a previsiones normativas susceptibles de ser cumplidas, y en adición cancela las posibilidades de la coacción, el problema se sitúa fuera de la racionalidad normativa. En el ejemplo extremo de la norma de adaptación que mencioné, si el plebiscito unánime es incapaz de reformar esa norma, y con ese motivo la sociedad completa la viola, ¿qué consecuencia jurídica tendría esa violación? Ninguna. Y esta no es una respuesta sensata si lo que se quiere construir es un orden de relaciones que resguarde a las sociedades de los riesgos de la arbitrariedad y de la violencia.

Si se llegara a la conclusión de que todos los artículos de una Constitución son modificables excepto la norma de adaptación, querría decir que en una Constitución habría en realidad dos constituciones, o por lo menos dos niveles distintos de normas: la de adaptación, y todas las demás. La de adaptación no estaría sujeta a ninguna otra regla, por lo que vendría a ser una suerte de norma superior dentro del ordenamiento supremo. Esto sería absurdo porque la Constitución representa el ordenamiento situado en el vértice del sistema jurídico y dentro de una Constitución no cabe una nueva pirámide jerárquica. Pero aceptando la hipótesis de que así fuera, si hubiese una parte de la Constitución que no pudiese ser moldeada conforme a un procedimiento normativo, querría decir que esa norma estaría fuera del sistema jurídico, en cuyo caso su modificación también podría hacerse por procedimientos no jurídicos, o sea, de hecho. Esto también sería contradictorio, porque la norma no puede establecer como deber ser el no debe ser. Si una Constitución contuviera un precepto substraído al orden jurídico, vaciaría su sentido prescriptivo. Llegados a este extremo, la Constitución y el sistema que regula perderían su sentido desde una perspectiva jurídica y por consiguiente tampoco podría insistirse en la supremacía de la Constitución. Parafraseando a Iván Karamazov, podría decirse que *si la norma suprema no fuese norma jurídica, el soporte del deber ser se derrumbaría y a partir de eso todo estaría permitido*, porque no habría una base estable para regular las relaciones sociales y construir un orden jurídico.

Una norma de adaptación irreformable equivaldría a algo así como una regla de derecho que estableciera: “Esta es la última regla de derecho”. Si la norma de

adaptación constitucional fuera la única no adaptable de la Constitución, significaría que dentro de la Constitución habría reglas jurídicas y reglas no jurídicas, lo cual sería absurdo, porque la Constitución habría dejado de ser un sistema normativo y con motivo de su inmutabilidad sería sólo un hecho político. Cuando se afirma que la norma de adaptación no es adaptable, se traza una frontera donde termina el derecho y comienza la política, con lo que se rompe la fuerza normativa de la Constitución y se acepta la fuerza normativa de la política. Por esta vía se abre el camino de regreso a la arbitrariedad y a la aleatoriedad de las decisiones del poder.

Otro tema relativo a la norma de adaptación es que muy bien puede incluir la posibilidad de que todas las reformas, o un cierto tipo de reformas, sean sometidas a la aprobación mediante referendo. Esta modalidad tiene muchas ventajas, entre otras la de auspiciar un mejor conocimiento del texto constitucional, con lo cual se eleva la cultura jurídica de la sociedad. En contrapartida, los referendos también dan lugar a mayores tensiones entre las fuerzas políticas y hacen prescindible la necesidad de acuerdos entre ellas. Muchos temas sensibles son soslayados cuando las reformas están sujetas a aprobación plebiscitaria, porque los dirigentes políticos eluden llevar a un debate abierto, ante los electores, cuestiones que pueden generarles costos políticos elevados. Los referendos, por otra parte, exponen a la población a los efectos de la manipulación mediática, cuya orientación es predecible en función de la estructura de la propiedad y de los anunciantes mayoritarios de los medios de comunicación electrónica.

Las consultas abiertas a la población tienen muchas ventajas pero no pueden ser consideradas como un medio que asegure la asepsia ideológica, y quizá tampoco la ética, de los agentes que intervienen. Además, substraen a los órganos legiferantes y jurisdiccionales una parte de sus decisiones normativas, y las trasladan a los propietarios y a los patrocinadores de los medios de comunicación.

El límite de la reforma constitucional, por consiguiente, no está en la preceptiva constitucional sino el concepto mismo de Estado constitucional. Si por éste se entiende que el ejercicio del poder político debe ser legítimo, legal, razonable, eficaz, controlado y responsable, todo cambio en un sentido adverso a la organización y al funcionamiento conforme con esas características, será posible en lo formal, pero privará al Estado de su característica constitucional. Seguirá habiendo un Estado y un orden coactivo, pero no será el orden constitucional que, de manera convencional, reputamos como aceptable según el criterio dominante. Esto no quiere decir que ese criterio sea a su vez inmutable; quiere decir que en un momento y en un lugar determinados esa es la orientación

adoptada como válida. El estándar constitucional puede variar, como en efecto ha variado, porque la esencia de las instituciones es su relatividad, a menos que para valorarlas apliquemos un patrón de rigidez derivado de los dogmatismos absolutos, de matriz religiosa.

Guía de lecturas

Además de las obras que aparecen citadas de manera expresa en las notas del ensayo, a continuación se menciona los textos que pueden complementar el tema abordado.

— BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1991.

Es una de las obras jurídicas más relevantes del tratadista italiano. Está dividida en dos partes, la segunda de las cuales se dedica por completo a la formulación de una teoría del ordenamiento jurídico. Aun cuando toma numerosos conceptos de Kelsen, aporta un visión distinta que se basa en la conjugación de de una teoría de la norma y de una teoría del ordenamiento, como integrantes de un gran conjunto que permite hablar de una teoría del derecho.

— CELOTTO, Alfonso, *Teoría general del ordenamiento jurídico y la solución de antinomias*, México, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia, 2003.

Al formular una teoría general del ordenamiento jurídico, el autor examina los medios para solucionar, en el contexto de una estructura sistemática, las posibles antinomias que se presentan con motivo del desarrollo legislativo. Es una valiosa ayuda en especial para los juzgadores y en general para los intérpretes del derecho.

— FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, UNAM – Porrúa, 2005.

Presenta una parte conceptual referida a la defensa de la Constitución y una parte analítica, referida a las instituciones construidas para alcanzar ese objetivo. En este segundo aspecto, además de examinar con profundidad el ordenamiento mexicano, contiene un amplio estudio de derecho comparado.

— HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977.

Centra su interés en el entendimiento de la estructura del sistema jurídico desde una perspectiva positivista. Es una de las más poderosas contribuciones a

la teoría del derecho en el siglo XX. La traducción que se cita fue hecha por el jusfilósofo argentino Genaro R Carrió.

— JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Al advertir la relevancia de los procesos sociales en la estructura jurídica del Estado, el autor diferencia entre la reforma de la Constitución, como un proceso formal para modificar el contenido del texto, y la mutación constitucional, como un cambio que no altea la letra pero sí el desempeño de las instituciones.

— KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1979.

— _____, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979.

— _____, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995.

Son tres obras clave del autor. En ellas plantea, desde diferentes perspectivas, la conveniencia de examinar los procesos normativos como tales, sin interferencia de otras disciplinas ni de interpolaciones ideológicas. Por esta razón sostiene que la defensa de la Constitución también debe ser jurídica y no política, como sostenía Schmitt.

— LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Ariel, 1986.

Si bien el autor era alemán, la primera edición de su obra apareció en inglés con el título *Political power and the governmental process* (1957). Es reconocida como una teoría de la Constitución, y por tal razón ha sido traducida con ese título. Entre sus aportes teóricos sobresalen los relacionados con la estructura y el funcionamiento de los controles del poder.

— ROMANO, Santi, *L´Ordinamento giuridico*, Florencia, Sansoni, 1951.

Es el primer planteamiento teórico que desarrolla con amplitud el concepto de *ordenamiento jurídico*. Tuvo repercusión en las formulaciones posteriores, en particular en la doctrina jurídica continental europea.

— ROSS, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969.

En esta colección de ensayos se incluye el célebre trabajo del autor “Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional”, donde se examina la paradoja de las reglas constitucionales que regulan la reforma de la Constitución.

— SCHMITT, Carl, *Teoría de La Constitución*, Madrid, Alianza, 1982.

— _____, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1998.

El autor fue el primero en utilizar la expresión *teoría de la Constitución* (*Verfassungslehre*, 1927). Su obra ha sido considerada clásica en la materia. En la actualidad esta rama de la teoría del derecho es objeto de múltiples reflexiones. El autor subraya la relevancia de lo que denomina *decisiones políticas fundamentales*. En cuanto a la defensa de la Constitución, su posición marca el contrapunto de la tesis de Kelsen.

— TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura, 1976.

Ofrece un panorama de extraordinaria riqueza informativa y analítica acerca del desarrollo de las instituciones constitucionales estadounidenses. Es una obra del siglo XIX que sigue siendo fuente de interés para todos los interesados en estudiar los procesos del poder político y de las normas constitucionales.

— VEGA, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.

Es una monografía que se ha convertido en fuente de referencia cuando se analizan los límites de los llamados *poder constituyente* y *poder revisor de la Constitución*. Los especialistas consideran que es la más importante aportación sobre la materia, después del primer trabajo sobre el tema, debido a Jellinek, publicado en 1906.