



LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

Lorenzo CÓRDOVA VIANELLO *

I. PREMISA: LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

La evolución del Estado moderno en los últimos tres siglos se ha centrado en la construcción de una forma particular de organización política a la que comúnmente se le denomina “democracia constitucional” y que con el tiempo se ha convertido, con variaciones y diversos grados de intensidad, en la forma de gobierno prevaleciente. Se trata de un régimen caracterizado, a la vez, por la adopción del conjunto de reglas de procedimiento para la toma de las decisiones colectivas incluyentes que le son propias a las democracias en cuanto formas de gobierno, y por un conjunto de reglas, valores y principios que definen al “estado constitucional”. Dicho de otra manera, las democracias constitucionales son formas de gobierno democráticas en las que el ejercicio del poder político está regulado y limitado a partir de los postulados del constitucionalismo moderno.

La confluencia de ambas características (ser democrática y a la vez constitucional) en una forma de organización política determinada fue el resultado de una génesis histórica articulada tanto en el plano de las ideas políticas, como en el plano de las instituciones político-constitucionales, en la que la “lucha por la democracia” y la “lucha por el Estado constitucional”, ambas enderezadas en contra del absolutismo monárquico, coincidieron temporalmente y, aunque distintas en sus inicios, gradualmente se fueron entrelazando y conjugando de manera intensa y tendencialmente indisoluble.

Debe quedar claro el hecho de que la democracia como forma de gobierno no necesariamente supone la presencia de un Estado constitucional, ni un Estado constitucional implica, indefectiblemente, que el ejercicio del poder político se presente en forma democrática.

Así, podemos pensar, por un lado, en democracias en las que no se prevén límites al ejercicio del poder (como lo presupone un Estado constitucional), como es el caso del modelo democrático elaborado por Juan Jacobo Rousseau, en donde el pueblo, el titular del poder político, es soberano y, por definición, absoluto; y también, por otro lado, en Estados constitucionales en donde la forma de gobierno no necesariamente es democrática, como el Estado proto-liberal inglés del siglo XVII en donde la participación política estaba reservada sólo a una pequeña parte de la población —particularmente propietarios—, o bien en el modelo de la monarquía acotada que tanto John Locke, como Montesquieu, consideraban como la forma de gobierno más idónea.

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Una de las más importantes aportaciones del constitucionalismo norteamericano fue la de lograr conjugar el poderosísimo —conceptualmente hablando— y emblemático principio democrático de la soberanía popular con la idea de un gobierno sometido a la ley —y en primer lugar a la norma suprema: la constitución—, dividido para su ejercicio entre varios poderes que se equilibran y acotan entre sí y limitado en primera instancia por el reconocimiento de una serie de derechos individuales. Lo anterior fue logrado mediante la separación y distinción de dos momentos, uno originario del Estado, el acto constituyente en donde toda la majestad de la soberanía popular se despliega para instituir un gobierno con determinadas características que son decididas sin ningún tipo de límite por el propio pueblo, y un segundo momento, posterior a la constitución del Estado, en donde vemos, como consecuencia de la soberanía popular, a un conjunto de poderes públicos que actúan conforme a ciertas reglas y mediante una serie de controles y límites.

Sin embargo, aunque la experiencia constitucional de los Estados Unidos marcó la ruta, pervive el hecho de que las democracias constitucionales son regímenes políticos en los que está presente una tensión intrínseca entre los dos conceptos que la integran. Por un lado, el carácter democrático del sistema político y, por el otro, el carácter constitucional que recoge los postulados del constitucionalismo moderno.

II. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Que un Estado asuma una forma de gobierno democrática significa que existen una serie de pasos y reglas determinadas para la toma de las decisiones colectivas que se resumen los principios universales de procedimiento que Norberto Bobbio ha identificado como los elementos procesales distintivos de la democracia frente a las formas de gobierno autocráticas.⁴²⁹ Dichas reglas formales resumen una serie de condiciones objetivas y subjetivas que hacen de la democracia una forma de gobierno fundada en la inclusión de los destinatarios de las decisiones políticas en el proceso decisional del que éstas resultan. Según Bobbio esas reglas (llamadas por él “universales procedimentales”) se sintetizan en los siguientes postulados:

1. Todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad, sin distinción de raza, de religión, de condición económica y de sexo, deben gozar de derechos políticos; es decir, estamos ante una condición de *igualdad como inclusión* de los gobernados dentro del status de ciudadano y, por ende, del status del que depende la titularidad de los derechos políticos fundamentales.
2. El voto de cada ciudadano debe tener un peso igual al de los demás; esto es, una condición de *igualdad como equidad*, lo que supone la misma capacidad de incidir en la toma de las decisiones ya sea a través de una participación directa, ya sea a través de la elección de representantes.
3. Todos aquellos que disfrutan de los derechos políticos deben ser libres de votar según su propia opinión, que debe haberse formado a partir de una libre selección entre diversos grupos políticos organizados que concurren entre sí; ello implica una condición de *libertad subjetiva* entendida como autonomía individual, es decir, que la voluntad de cada individuo debe haberse formado libremente, sin interferencias, coacciones o impedimentos.
3. Los ciudadanos deben ser libres también en el sentido de que deben estar colocados en una situación en la que pueden escoger entre opciones diversas; lo que significa

⁴²⁹ Bobbio, Norberto, *Teoria generale della politica*, Turín, Einaudi, 1999, p. 380.

- una condición de *libertad objetiva* que se traduce en la existencia de alternativas políticas hacia las cuales inclinar su voluntad.
4. Tanto para las elecciones, como para las decisiones colectivas debe valer la regla de la mayoría numérica; lo que implica una *regla técnica* para decidir que permite que la voluntad de la mayoría prevalezca por encima de la(s) minoría(s) maximizando así la libertad al garantizar que el mayor número de gobernados se encuentre en esa situación.
 5. Y finalmente, ninguna decisión tomada por mayoría puede limitar los derechos de la mayoría, en primer lugar, el de poder convertirse en mayoría en paridad de condiciones.⁴³⁰ Esta última regla expresa una serie de condicionamientos a la decisión democrática que, sin importar el grado de consensos que alcance, debe ser acotada por una serie de derechos y contenidos normativos predeterminados que anulen la posibilidad de un ejercicio tiránico del poder por parte de la mayoría.⁴³¹

Las seis reglas procedimentales recogidas por Bobbio⁴³² expresan las dimensiones que son reconocidas y protegidas de los valores de igualdad y de libertad como pilares conceptuales del régimen democrático, tanto en el plano de la inclusión (igualdad) de los gobernados en los procedimientos de toma de las decisiones colectivas, como en el plano del modo (libre) en el que dicha inclusión ocurre.

Con ello, Bobbio retoma y desarrolla la idea de democracia que Hans Kelsen había formulado en el sentido de que los regímenes democráticos se distingúan por ser formas de gobierno en las que los destinatarios de las normas (de las decisiones colectivas) participan (es decir son incluidos) en los procedimientos de creación de dichas normas.⁴³³

En ese sentido, siguiendo las ideas de Kelsen y Bobbio, "...en cuanto tal, la democracia se diferencia de su forma de gobierno opuesta, la autocracia, por la libertad política (entendida como *autonomía*) que goza cada uno de los individuos que están sometidos a un gobierno, libertad que está determinada por su participación que en el procedimiento de toma de las decisiones".⁴³⁴ Una participación, hay que subrayar, que puede ocurrir de manera inmediata y directa en el momento de adopción de la decisión colectiva en cuanto tal —como ocurre en los casos en los que estemos ante formas de *democracia directa*—, o bien de manera mediada o indirecta, es decir, a través de representantes electos por los gobernados que actúan por ellos en el momento decisional —como sucede en las formas de *democracia representativa*—. De esta manera "...en la democracia los gobernados son libres (autónomos) en la medida en la que forman parte de la pirámide decisional del Estado y por lo tanto participan directamente o indirectamente en la formación de la voluntad colectiva. Por el contrario, la autocracia parte de la imposición de las decisiones por parte del titular del poder, excluyendo y, por lo tanto, colocando en una situación de no-libertad (heteronomía) a los gobernados".⁴³⁵

⁴³⁰ *Idem*. La categorización de cada una de los universales procedimentales de Bobbio, ha sido sugerida por Bovero, Michelangelo, "La democracia y sus condiciones", mimeo, 2010.

⁴³¹ La "omnipotencia de la mayoría" como uno de los riesgos intrínsecos de la lógica democrática y que desnaturalizaría a la misma democracia ya había sido advertida desde la primera mitad del siglo XVIII por Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 1967, p. 257.

⁴³² Vale la pena señalar que los universales procedimentales sugeridos por Bobbio engloban y sistematizan las que Robert Dahl, otro de los teóricos que formulan definiciones procedimentales de la democracia, define como instituciones de la *poliarquía* (cfr. Dahl, Robert, *La democracia y sus críticos*, 2a. ed., Barcelona, Ediciones Paidós, 1993, pp. 266 y 267).

⁴³³ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1988, p. 337.

⁴³⁴ Córdova Vianello, Lorenzo, "Repensar la gobernabilidad de las democracias", en Valadés, Diego (ed.), *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, México, UNAM, 2005, p. 102.

⁴³⁵ *Idem*.

La autonomía que caracteriza a las democracias, presupone que la voluntad de los gobernados (los sometidos a las decisiones colectivas) coincida en la mayor medida posible con los mandatos contenidos en las decisiones políticas que los vinculan. Para ello, como se mencionaba, la democracia parte de la inclusión de los gobernados en el procedimiento de toma de las decisiones públicas; en ello consiste el que se diga que las democracias se basan en la autodeterminación colectiva. Sin embargo, lo anterior no implica que para que la autonomía se preserve tenga que estar garantizada la coincidencia de la voluntad de cada uno de los gobernados y el mandato político que determina la decisión. Si así fuera cada vez que la voluntad individual dejara de coincidir con la decisión estaríamos frente a una situación no democrática o, dicho de otra forma, la democracia supondría la inevitable coincidencia de la voluntad de todos los miembros de una sociedad con los contenidos de la decisión gubernamental y dicha unanimidad es impensable en la realidad.⁴³⁶ Ante esa imposibilidad de hecho, la forma de gobierno democrática se basa en la adopción de la *regla de mayoría* como mecanismo para decidir. Dicha regla implica que las decisiones colectivas deberán reflejar el sentido y querer de la mayoría de los miembros del cuerpo político —por supuesto de ser posible de todos—, aunque la falta de coincidencia no es óbice para que la decisión valga para todos —incluso para quien su voluntad, lo que quiere, no es coincidente con lo que debe hacer—.⁴³⁷

El principio democrático implica, pues, que las decisiones democráticas son tales en la medida en la que resultan de un procedimiento incluyente en donde todos los ciudadanos tienen —directamente o a través de sus representantes— la posibilidad de incidir en el sentido de las decisiones colectivas y, con ello, intentar plasmar su voluntad en las normas emitidas por el poder y que los vinculan políticamente. De esta manera, gracias a esa participación inclusiva, se pretende que las decisiones reflejen la voluntad y el sentir de la mayoría de los gobernados con independencia del carácter vinculante (heterónomo) que distingue a las decisiones públicas. En ello radica el elemento distintivo de las democracias que según Bobbio consiste en que las decisiones colectivas sean adoptadas por el máximo de consenso y el mínimo de imposición por los destinatarios de las normas⁴³⁸ o, dicho de otra manera, la actuación del “mayor grado posible de libertad individuo, es decir, la mayor aproximación posible al ideal de autodeterminación compatible con la existencia de un orden social”.⁴³⁹

En síntesis, en las democracias, las decisiones colectivas son el resultado de un procedimiento en el que el órgano creador de las mismas (el órgano legislativo, en primerísima instancia) o bien coincide con el conjunto de los destinatarios de dichas decisiones (el conjunto de ciudadanos al que identificamos como “pueblo”), en caso de que estemos ante formas directas de democracia; o bien se integra por un conjunto de representantes de aquellos

⁴³⁶ Para Kelsen, “en la realidad social, el más alto grado de autodeterminación política, esto es, una situación en la que no es posible ningún conflicto entre el orden social y el individuo, difícilmente puede distinguirse de un estado de anarquía [...] Un orden social genuino es incompatible con el grado más alto de autodeterminación” (Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 339).

⁴³⁷ Hay que tener cuidado al establecer una asociación entre la regla de mayoría y el principio de libertad y no es algo que debemos dar por sentado, de la misma manera en la que tampoco es automática la vinculación entre regla de mayoría y democracia. En ese sentido cabría decir que la regla de mayoría es una condición necesaria pero no suficiente para la existencia de un régimen democrático, y por sí misma no dice nada sobre el grado de libertad política que existe en una sociedad determinada (véase en ese sentido, Córdova Vianello, Lorenzo, *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, México, Fondo de Cultura Económica, 2009, pp. 119 y ss. y, en particular, p. 121); en ese sentido, Bobbio sostiene, por ejemplo, que el principio de mayoría no es un procedimiento exclusivo de los régimes democráticos, al tratar de “una de las reglas fundamentales para la formación de una decisión colectiva y, por lo tanto, para la formación de las decisiones políticas que son siempre decisiones colectivas (aún cuando sean tomadas por una sola persona)” (Bobbio, Norberto, “La regola della maggioranza e i suoi limiti, en Dini, V. (ed.), *Soggetti e potere. Un dibattito su società civile e crisi della politica*, Nápoles, Bibliopolis, 1983, p. 11).

⁴³⁸ Cfr. Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 370 y ss.

⁴³⁹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 340.

que reflejan en su proporción las distintas voluntades relevantes que están presentes en la sociedad y actúan en nombre y representación de éstas, cuando estamos ante formas de democracia representativa. Así, a partir del principio de autodeterminación colectiva que distingue a la democracia como forma de gobierno, las decisiones colectivas responden directa o indirectamente, al menos hipotéticamente, al sentir político de la mayoría de los ciudadanos.

III. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL

La ecuación “democracia-constitucional” supone, como señalábamos, no sólo que un régimen político sea democrático –en el sentido antes apuntado–, sino también que el mismo sea un “Estado constitucional”. El Estado constitucional, elaboración conceptual del constitucionalismo moderno (que se distingue por ser el conjunto de teorías que sostienen la limitación del poder político por la existencia de derechos cuyos titulares son los individuos y por leyes constitucionales garantizadas por la separación de los poderes),⁴⁴⁰ supone, por su lado, la conjugación de una serie de técnicas de control del poder encaminadas a la regulación y, por ello, limitación del mismo para evitar abusos en su ejercicio. Para decirlo en palabras de Luigi Ferrajoli, “la construcción jurídica de la democracia constitucional es, ante todo, la construcción del sistema de sus garantías”.⁴⁴¹

El Estado constitucional se ha delineado a partir del respeto y actuación de seis principios básicos que se fueron consolidando a lo largo de tres siglos de evolución del constitucionalismo y que constituyen postulados concurrentes de limitación del poder. En ese sentido, la plena actuación del Estado constitucional se traduce en la presencia y traducción constitucional del conjunto de todos esos postulados. Estos principios son:

1. *El reconocimiento de derechos fundamentales.* Los derechos fundamentales desde su origen constituyen mecanismos de protección de sus titulares, los individuos –considerados más allá de cualquier elemento de distinción (como el género, la raza, la religión, la condición económica, la edad, o la nacionalidad)–, frente al poder –político en primera instancia, pero también frente a cualquier forma de poder en general, incluso privado–. La premisa básica del constitucionalismo, de John Locke en adelante, es que los derechos fundamentales constituyen una frontera infranqueable para el Estado, mismo que ha sido concebido, en cuanto poder político de la sociedad, para preservar la convivencia pacífica, procesar y resolver los conflictos que pueden presentarse entre los miembros de la comunidad, así como para garantizar el respeto y protección de los derechos de los que cada individuo es titular.⁴⁴²

En ese sentido, los derechos constituyen, para decirlo con Luigi Ferrajoli, la esfera de lo *no decible* y de lo *no decible que no*,⁴⁴³ es decir, un espacio sustancial que constituye un “coto vedado”⁴⁴⁴ que la decisión política no puede afectar, o bien un condicionante a la discrecionalidad de las decisiones políticas del Estado que está obligado a satisfacer ciertas expectativas garantizadas para los individuos y que están concretadas en derechos de los que aquellos son titulares.

⁴⁴⁰ Cfr. Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 194.

⁴⁴¹ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris: Teoria del diritto e dalla democrazia*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2007, t. II, p. 87.

⁴⁴² *Ibidem*, pp. 441 y ss. Véase en ese sentido, Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 85 y ss.

⁴⁴³ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2001, p. 51.

⁴⁴⁴ Para utilizar la célebre frase acuñada por Garzón Valdés, Ernesto, “Representación y Democracia”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 6, 1989, pp. 143-164 (en ese sentido, véase también Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993).

2. *La división de poderes como principio de organización del poder del Estado.* Tradicionalmente existen dos formas clásicas de limitación del poder político; por un lado, mediante el reconocimiento de ciertos derechos como una frontera material y, por otro lado, a través de la separación de las funciones del poder estatal, como una frontera formal del ejercicio de las potestades públicas.⁴⁴⁵ La idea de dividir el poder retoma las premisas de Locke y de Montesquieu de dividir el ejercicio del poder como una manera para que “el poder controle al poder”,⁴⁴⁶ es decir, de asumir que el mejor modo de organización del Estado es aquélla en donde las distintas funciones estatales son ejercidas por órganos diversos.⁴⁴⁷

Sobre el punto vale la pena recordar que la idea de división de poderes, que distingue entre sí a las funciones estatales legislativa, ejecutiva y judicial, se funda en el reconocimiento de dos principios, el *principio de legalidad* y el *principio de imparcialidad*. El primer principio, el de legalidad, basado en la distinción de las “funciones”, significa la dependencia de las funciones ejecutiva y judicial de la función legislativa; en ese sentido, “...salvo casos excepcionales, no pueden ser creadas normas generales sino a través de los órganos encargados de la función legislativa”.⁴⁴⁸ El segundo principio, el de imparcialidad, basado en la distinción de los “órganos”, significa la independencia del órgano judicial frente a las instancias legislativas y ejecutivas; así, este principio “...establece que las personas encomendadas de la función judicial debe ser diversas de las que cumplen las funciones legislativa y ejecutiva”.⁴⁴⁹

3. *El principio de legalidad.* La adopción de este principio presupone que es legítimo únicamente aquel poder que es ejercido de conformidad con las leyes establecidas y que encarna el ideal del “gobierno de las leyes” como contraposición al “gobierno de los hombres”. Este principio, entendido como límite a la actuación del poder público prevé que las autoridades sólo pueden hacer aquello que les esté expresamente facultado por las normas y que, en cuanto tal, el único poder reconocido como válido es aquel que funda su actuación en la premisa de la autorización por parte de una norma jurídica.

Bajo esta premisa, más que asumir al poder del Estado como el creador del derecho y a las normas jurídicas como una emanación del aquél o bien como el contenedor de la decisión política, el poder estatal es concebido como algo instituido y regulado en su actuación por las normas jurídicas y, en primera instancia por la Constitución.⁴⁵⁰ Al asumir que el poder únicamente es legítimo cuando está fundado en el derecho y regulado en su ejercicio por las normas jurídicas, y cuando ello no ocurre debe considerarse como abusivo, discrecional e inválido, se está haciendo del derecho un mecanismo de contención de la capacidad decisional del Estado que delimita de esta

⁴⁴⁵ Cfr. Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 223 y ss.

⁴⁴⁶ Este principio está desarrollado por Montesquieu en el célebre capítulo “De la Constitución de Inglaterra” del Libro XI de *Del espíritu de las leyes* (Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, 3a. ed., México, Ediciones Gernika, 2005, t. I, pp. 209 y ss.).

⁴⁴⁷ Cfr. Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.*, pp. 87 y ss. A propósito de la idea de separación de los poderes, Riccardo Guastini introduce una distinción importante de señalar: este autor sostiene que “en el contexto de la expresión <<separación de poderes>>, el vocablo poder condensa en sí dos significados [...] en un primer sentido, ‘poder’ se refiere a las funciones del Estado. <<Función>>, a su vez, denota una actividad, es decir una clase de actos [...] En un segundo sentido, <<poder>> se refiere a los órganos del Estado que ejercen diversas funciones”, y agrega: “la separación de poderes consiste, para decirlo de algún modo, en una doble separación” (Guastini, Riccardo, “Separazione dei poteri o divisione del potere”, *Teoria politica*, núm. 3, 1998, p. 25).

⁴⁴⁸ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 237.

⁴⁴⁹ *Idem*.

⁴⁵⁰ Para decirlo en términos de la célebre metáfora planteada por Bobbio en el sentido de que derecho y poder son dos caras de una misma moneda (Bobbio, Norberto, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pp. 91 y ss.).

manera la esfera de actuación lícita de las autoridades. La concreción del principio de legalidad se traduce en los hechos en la obligación que tiene todo poder público de tener que fundar (es decir, indicar el fundamento jurídico de su actuación) y motivar (esto es, justificar las razones que se pretenden con la decisión) todo acto.

4. *El principio de supremacía constitucional.* La concepción del sistema jurídico que asume el constitucionalismo supone la existencia de una jerarquía jurídica en donde la validez —o sea la existencia en términos jurídicos— de una norma depende de que haya sido producida conforme a los mecanismos de creación normativa pre establecidos por el propio ordenamiento,⁴⁵¹ por un lado, pero también que sus contenidos no contravengan a aquéllos de las normas jerárquicamente superiores.

La validez de las normas es pues de tipo *formal* (en la medida en la que una norma válida depende, para ser tal, de que haya sido producida por el poder autorizado para tal fin y que se hayan seguido los procedimientos predeterminados para ello), y de tipo *material*, que implica que los contenidos de una determinada norma deben ser congruentes con los principios, valores y disposiciones establecidos por las normas superiores de las que aquélla emana.

Concebido de esta manera, un ordenamiento jurídico resulta ser un conjunto de normas sistematizadas a partir de un ordenamiento jerárquico en el que las normas inferiores deben responder a las normas que le son superiores sin contravenir los contenidos de éstas. En la cima del ordenamiento, como norma positiva que cierra el sistema por lo alto, encontramos a la Constitución, que es la norma a la que las demás se remiten como fuente primigenia de validez y como punto de unidad del ordenamiento jurídico en su conjunto.⁴⁵²

5. *El principio de rigidez constitucional.* En términos generales, la idea de rigidez constitucional como principio del constitucionalismo moderno, debe ser entendida como la dificultad agravada que la norma constitucional tiene para poder ser reformada por los poderes constituidos.⁴⁵³ Tradicionalmente la idea de Constituciones rígidas se ha contrapuesto a la de Constituciones flexibles —diferencia inicialmente sugerida por James Bryce—⁴⁵⁴ a partir de si el procedimiento de reforma constitucional es más complicado en cuanto a sus requisitos respecto del de la legislación ordinaria, como ocurre en el primer caso, o bien si el mismo coincide con el requerido para el común de las leyes, en el segundo caso. Sin la pretensión de agotar el tema, baste señalar que la rigidez constitucional “no es, propiamente, una garantía, sino más bien un connotado estructural de la Constitución generado... por su colocación en el vértice de la jerarquía normativa como estatuto de la institución política instituida por el acto constituyente; de donde se desprende que las Constituciones son rígidas

⁴⁵¹ Esto es lo que coincide con la definición de “Constitución material” que Kelsen propone, entendida como el conjunto de normas que rigen el proceso legislativo, es decir, de creación de las normas, en un ordenamiento determinado (Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 303).

⁴⁵² Cfr. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 13, t. I, pp. 892 y 893; véase además, Guastini, Riccardo, “Giudizi di validità e scienza giuridica nell’ultimo Kelsen”, en Gianformaggio, Letizia, *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Turín, Giappichelli, 1991, p. 433. Para Kelsen la función de unidad y de validez originaria del sistema jurídico correspondía a la Norma Fundamental (*Grundnorm*), que debía ser presupuesta (y en cuanto tal no era una norma positiva, sino una norma hipotética) en virtud de la vigencia y observancia, en sus grandes líneas, de conjunto de normas que integran un determinado ordenamiento. Es decir, Kelsen reservaba ese carácter de unidad y de fuente primaria de validez de las normas a la *Grundnorm* y no a la constitución que derivaba de aquella (cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1983, p. 205). Sin embargo, el principio de supremacía constitucional adscribe esas mismas funciones a la norma positiva de mayor jerarquía, es decir, precisamente, a la constitución.

⁴⁵³ Cfr. Carbonell, Miguel, “Rigidez constitucional”, en ID., *Diccionario de Derecho Constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2005, pp. 540 y ss.

⁴⁵⁴ Cfr. Bryce, James, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

por definición, en el sentido de que una Constitución no rígida sino flexible, es decir, modificable mediante las formas ordinarias, no es realidad una Constitución, sino una ley ordinaria".⁴⁵⁵ Esa es la razón por la que podemos afirmar que "una Constitución que no es rígida, no merece ser considerada como tal".⁴⁵⁶

El principio de rigidez de la Constitución se convierte en razón de lo anterior en un límite para la actuación legislativa de las mayorías políticas ordinarias que no pueden intervenir la Constitución, modificándola, mediante los procedimientos de legislación comunes, sino que deben, en su caso, contar con mayorías calificadas para poder tocar los contenidos del texto constitucional. Ello supone que la Constitución puede modificarse, sin duda, pero bajo ciertas condiciones especiales que ponen a salvaguarda de las cambiantes mayorías políticas los principios y postulados que la misma contiene.

6. *El principio de control de constitucionalidad.* Como consecuencia de los principios de supremacía y de rigidez constitucional, el constitucionalismo ha convenido la necesidad de contar con algún mecanismo de garantía que permita preservarlos frente a la posibilidad de que los órganos constituidos emitan alguna norma sin seguir las reglas y postulados que para la creación de normas establece la Constitución o bien, incluso cumpliéndolos, incorporen en dichas normas decisiones que contravengan los contenidos de la Constitución. Esos mecanismos de garantía buscan proteger la supremacía constitucional determinando la eventual falta de congruencia de las normas inferiores y determinando su no aplicación cuando no su expulsión (vista la invalidez que se deriva de su contravención con los procedimientos o contenidos constitucionales) del ordenamiento jurídico.

Ese mecanismo de control de la congruencia del sistema normativo jurídico con los derechos, normas y principios reconocidos y establecidos por la Constitución es conocido como "control de constitucionalidad". Las bases primeras de dicho control fueron establecidas por el constitucionalismo estadounidense por la vía de la interpretación jurisdiccional en el célebre caso *Marbury vs. Madison*. La sentencia elaborada por el juez Marshall no deja lugar a dudas del sentido del control de las leyes conocido como *judicial review* cuando señala:

"O la Constitución es una ley superior o suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Legislativo le plazca.

Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.

(...)

Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez? O, en otras palabras, no siendo ley, ¿constituye una norma operativa como lo sería una ley válida?

(...)

⁴⁵⁵ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 13, t. II, p. 87.

⁴⁵⁶ De Vega, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 50.

Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley...⁴⁵⁷

Esa sentencia, un hito en la historia del constitucionalismo moderno, refleja la esencia del control de constitucionalidad como concreción del ideal del “gobierno de las leyes” al plantear que ninguno de los poderes del Estado está por encima de la ley, así como del principio de supremacía constitucional al concebir a dicha norma —la Constitución— como el parámetro de juicio y validez de las normas y actos que, como derivados de aquélla, deben ajustarse a lo que la misma instituye.

Si bien el planteamiento hecho en la sentencia mencionada constituye la base del control de constitucionalidad, un siglo más tarde se plantearía en Europa un modelo distinto de control de la congruencia de las normas y actos con la Constitución, que se distingue por atribuir esa facultad de vigilar la constitucionalidad no a cualquier juez (como lo planteó Marshall en *Marbury vs. Madison*, dando origen a lo que se denominaría “control difuso”), sino a una corte específica en ejercer esa función (un modelo que se identifica como “control concentrado” de constitucionalidad). Así:

Históricamente se han desarrollado dos tipos de control jurisdiccional sobre la legitimidad de las leyes: *a) el control difuso*, que se afirmó en los Estados Unidos y en otros ordenamientos americanos, y que consiste en la desaplicación en el caso sobre el que versa la decisión, pero no de la anulación de la norma inconstitucional, la cual mantiene su vigencia incluso después del reconocimiento de su ilegitimidad, salvo por el valor vinculante que en los hechos tiene el precedente, y que tiene mayor autoridad si fue emitido por las Cortes supremas; *b) el control concentrado*, que se afirmó en Italia y en muchos otros países europeos en la segunda postguerra, a partir del modelo kelseniano adoptado por la Constitución austriaca de 1920, y que consiste en la anulación de las normas inconstitucionales por parte de una Corte constitucional...⁴⁵⁸

En todo caso, con independencia del modelo adoptado, el principio de control de constitucionalidad constituye una premisa indispensable del desarrollo y concreción del Estado constitucional de derecho en la modernidad, siendo la principal salvaguarda de los principios de legalidad (o de constitucionalidad cuando se refiere al apego de las leyes y actos a la Constitución), de supremacía y de rigidez constitucional que concretan el postulado central del constitucionalismo moderno: la idea de la limitación y control del poder.⁴⁵⁹

IV. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

El problema del control de constitucionalidad antes planteado adquiere un tono distinto cuando el problema no es el de confrontar lo que establece una ley ordinaria y, por tanto, subordinada a la Constitución con lo que esta norma, jerárquicamente superior a todas las demás, determina, sino cuando lo que debe confrontarse con los contenidos constitucionales es una porción de la misma Constitución que ha sido reformada.

En este caso el problema ya no se plantea con verificar la congruencia de normas de distinta jerarquía y que naturalmente se resuelve con la prevalencia de la norma superior, la Constitución, sobre las que le son inferiores, sino de dos porciones normativas de una misma

⁴⁵⁷ “La sentencia *Marbury vs. Madison*, de 1803 (español)”, en Cienfuegos Salgado, David (comp.), *Marbury contra Madison. Una decisión histórica para la justicia constitucional*, México, Editora Laguna-El Colegio de Guerrero, A.C., 2005, pp. 200 y 201.

⁴⁵⁸ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 13, t. II, p. 93.

⁴⁵⁹ Cfr. Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 194.

norma, la más alta del sistema y que no puede, consecuentemente, contrastarse con una norma superior.

El tema del control de la constitucionalidad ha sido ampliamente debatido en tiempos recientes en el sentido de si no constituye una indebida superposición del poder de los jueces o de una Corte constitucional, según se trate de un modelo de control difuso o de control concentrado de constitucionalidad, por encima del poder democrático-representativo encarnado en el parlamento facultado para crear las leyes.⁴⁶⁰

El proceso de decisión democrática no supone, en sí, una falta de límites en su actuación. Como se ha señalado anteriormente, las reglas democráticas no suponen la inexistencia de ciertos límites en el poder político de decidir y, en ese sentido, éste tiene ciertas restricciones marcadas, en primera instancia, por los derechos fundamentales. Las democracias modernas, como hemos indicado, son por definición constitucionales y, en cuanto tales, limitadas. Asumir, pues, que el poder democrático de decisión no está delimitado en su actuación por una serie de derechos, de principios y de procedimientos reconocidos y establecidos por la Constitución, significaría asumir que dicho poder es soberano y, por ende, absoluto. El poder de los parlamentos, órganos que encarnan la representación política del pueblo en las democracias representativas, encuentra, como todos los poderes constituidos, un límite en su actuación en los postulados constitucionales. Desde ese punto de vista, el poder de la mayoría (o de las mayorías) democrática(s) es un poder regulado y controlado por su subordinación a la ley y, en primera instancia, a la Constitución.

Más allá de lo sostenido por quienes, ante la tensión intrínseca que supone la ecuación democracia-constitucional, o si se quiere poder democrático-poder limitado, queda clara la premisa de que la única manera de prevenir frente a poderes discrecionales es su subordinación a la norma constitucional. Sobre el punto no pretendo abundar adicionalmente; me interesa más bien centrar la atención sobre los dilemas que encarna el punto del control del poder a través del control de la constitucionalidad cuando hablamos no ya del Poder Legislativo ordinario sino del Poder Legislativo constitucional.

Insisto en la premisa de que el modelo democrático constitucional implica la legitimidad en términos teórico-constitucionales del control de constitucionalidad de los poderes democráticos. Pero en cuanto poder constituido, también el control de constitucionalidad debe ser racional y limitado. Dicho de otra manera, la tiranía de la mayoría es tan peligrosa para la democracia constitucional como un control tiránico de la constitucionalidad lo es para el constitucionalismo democrático.

En efecto, si bien el Poder Legislativo del parlamento no puede exceder ciertos límites *formales y sustanciales* marcados por la Constitución, y los mecanismos de control de constitucionalidad tienen la finalidad de verificar el respeto de esos límites a partir de un contraste de la ley producida por el parlamento con la Constitución, ello ocurre dentro del marco normativo fijado por la propia Constitución. En estos casos la actuación del poder de control de constitucionalidad (ya sea ejercido por parte de jueces en el modelo difuso, ya sea ejercido por una corte o tribunal constitucional en el modelo concentrado) opera con base en los límites *formales y sustanciales* también determinados por la Constitución.

Pero cuando lo que se pretende es el control de los actos legislativos de reforma constitucional, el eventual poder de control constitucional ya no verifica la congruencia de las normas inferiores con la norma constitucional, con lo que ésta constituye un asidero y, a la vez, un límite en la interpretación, sino que verifica la congruencia de dos normas situadas en un mismo nivel jerárquico (el más alto) por encima de las cuales no hay ninguna norma de

⁴⁶⁰ Uno de los exponentes más emblemáticos de la objeción al control de la constitucionalidad es Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005. Para una reconstrucción puntual del debate que se ha generado sobre este punto, véase, Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2006, pp. 181 y ss.; véase también, Ferreres, Víctor, *El control judicial de la constitucionalidad de la ley*, México, Fontamara, 2008, pp. 43 y ss.

referencia. Esto supone que el órgano de control ya no tiene parámetros normativos positivos de referencia en su función de control más que los que el mismo órgano decide fijarse a sí mismo a partir de principios, postulados y criterios interpretativos de carácter no positivo.

En ese sentido, al ubicarse en esa situación el poder de control de constitucionalidad (y consecuentemente de garantía frente a los abusos del poder político) se coloca en una situación en la que los límites al ejercicio de su poder (que también es un poder político)⁴⁶¹ son determinados por él mismo, lo que, de hecho, lo convierte en un poder discrecional.

Ante lo anterior resulta inevitable la pregunta de si ¿en el marco de un Estado constitucional es válido aceptar la existencia de un poder discrecional en la medida en la que los límites a su actuación no están establecidos en una norma, sino que ese mismo poder decide sobre ellos?

Por supuesto, lo anterior, no exime una pregunta similar, pero referida no ya al poder de control de la constitucionalidad, sino al poder de reforma de la Constitución. En efecto, si aceptamos que el poder de reforma a la Constitución no está sujeto a un control, entonces también este es un poder discrecional en la medida en la que los límites de su capacidad reformadora de la norma positiva suprema los determina él mismo.

El dilema, me parece, no puede resolverse sin contemplar; sin embargo, que el del legislador constitucional, si bien es un poder constituido, no es un poder ordinario. Así lo determina el principio de rigidez constitucional que, como señalamos, demanda un procedimiento legislativo agravado —generalmente traducido en mayorías calificadas, o bien en la concurrencia de varios órganos legislativos, o bien, incluso, en la participación del pueblo a través de referéndum para avalar los cambios a la Constitución— para poder intervenir y reformar el texto constitucional. En esa medida, se pretende la conformación de un consenso particularmente amplio que evoca el acuerdo originario constituyente mediante el cual se instituyó la propia Constitución.

Un par de problemas adicionales los representan, por un lado, el tema de los alcances y, por otra parte, el de los procedimientos de control. Incluso aceptando la procedencia y la pertinencia de que el control de constitucionalidad alcance los actos del poder de reforma constitucional, debe resolverse si dicho control se ejerce sólo en el plano formal, es decir, para verificar que los procedimientos agravados que supone la reforma constitucional en virtud del principio de rigidez se hayan cumplido, o si también incluye una verificación sustancial o material de la reforma constitucional, es decir, si los contenidos introducidos en la Constitución son válidos o no en relación con los principios, postulados y normas incluidas en la misma Constitución.

Por lo que hace al control formal de las reformas constitucionales podría aceptarse el sentido en la medida en la que el objetivo no es el de ponderar si la parte reformada de la Constitución es válida respecto de otra porción normativa o algún principio o algún postulado de la misma Constitución, sino simple y sencillamente si debe considerarse que las reformas pueden ser consideradas efectivamente parte de la norma fundamental o no, dependiendo de que el procedimiento de reforma haya cumplido con los requisitos procedimentales requeridos para modificar el texto constitucional. En ese sentido, la eventual determinación de inconstitucionalidad de la reforma sólo tendría el efecto de decir que lo que se pretendía formaba parte de la Constitución, en realidad no puede considerarse como tal. Dicho de otra manera, esta dimensión del control de constitucionalidad tendría como efecto determinar que la reforma nunca fue parte de la Constitución porque los requisitos formales para ello no se cumplieron.

Por otra parte, el control sustancial de las reformas constitucionales sí implica una supraordenación del órgano de control de constitucionalidad respecto de poder de reforma constitucional, porque en este caso se implica la capacidad para determinar si la voluntad expresada en la reforma es aceptable o respecto de sus contenidos. En este caso, se insiste,

⁴⁶¹ Cfr. Kelsen, Hans, "Chi dev'essere il custode della Costituzione?" en ID, *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981, p. 143.

estamos frente a un eventual control no de la legislación ordinaria respecto a si se ciñe a los límites materiales (contenidos) marcados por la norma suprema, sino en un plano en el que se verifica sin asideros de tipo jerárquico, si una parte de la Constitución contraviene a otra y si ello es válido o no; es decir, es el propio poder de control el que decide qué parte de la Constitución prevalece sobre la otra y, por lo tanto, cuál debe ser considerada inválida.

Este dilema, sin duda no sencillo, tendría sentido frente a la existencia de las así llamadas "cláusulas pétreas", es decir, preceptos considerados como inmodificables y por lo tanto sujetos no a rigidez constitucional, sino a inmovilidad constitucional. Una cláusula pétreas constituye un asidero para el juicio de constitucionalidad de alguna parte de la Constitución misma que se le contraponga. Pero queda claro que una cláusula pétreas supone una expresa declaración de la propia Constitución en cuanto tal y no una asunción que de la misma haga el órgano de control porque, se insiste, ese sería un acto discrecional que por principio es contradictorio con la idea misma de democracia constitucional.

Por otra parte, está el tema del procedimiento para ejercer el eventual control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, aceptando que el mismo sea procedente como mecanismo para determinar la validez (formal y/o sustancial) de éstas. En efecto, ese procedimiento no puede razonablemente tener efectos relativos porque ello supondría la existencia de dos órdenes constitucionales paralelos. Contra este argumento se ha sostenido que ahí en donde existen mecanismos de control de la constitucionalidad de leyes con efectos relativos, en la práctica, se presenta la coexistencia de dos órdenes legales diferentes, uno para quien(es) ha(n) obtenido la declaración de inconstitucionalidad de la norma (ley) y otro para quienes no formaron parte de ese procedimiento, tal como ocurre, en México, con el llamado "Amparo contra leyes". Es cierto, sin embargo, resulta irrefutable que los efectos y la trascendencia del punto es completamente distinta cuando hablamos del plano legal en donde los principios y disposiciones constitucionales rigen para todos con independencia de que no ocurra lo mismo con las leyes, y en el plano constitucional, en donde la existencia de facto de dos normas constitucionales no puede resolverse apelando a principios superiores por tratarse de la norma suprema del ordenamiento jurídico.

V. EL CASO MEXICANO

En México el problema apenas planteado presenta los siguientes dilemas, en caso de que se aceptara la validez y procedencia, por mi antes cuestionada, del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. En primer lugar el que sólo existen dos mecanismos de control de constitucionalidad de leyes: las *acciones de inconstitucionalidad* y el *juicio de amparo*, el primero está reservado a la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y tiene efectos generales en caso de determinarse la inconstitucionalidad, pero la misma requiere de una mayoría calificada de ocho votos de sus ministros (se trata de un número fijo y no de un porcentaje de los ministros presentes). Cabe mencionar que la legitimación procesal para interponer las acciones de inconstitucionalidad está reservada a ciertos órganos públicos o entes de interés público señalados expresamente en la fracción II del artículo 105 constitucional.

Por su parte, el juicio de amparo es competencia, en primera instancia de los Jueces de Distrito, y en segunda instancia de los Tribunales Colegiados de Circuito o de la Suprema Corte de Justicia en caso de atracción de la instancia. Los efectos del amparo son relativos, esto es, circunscritos al caso concreto y para determinar la inconstitucionalidad de la norma impugnada por esta vía basta la decisión del juez de Distrito o la mayoría de los integrantes de los órganos colegiados de revisión sea cual sea (Tribunales Colegiados de Circuito o la misma SCJN). La ventaja comparativa del amparo es que el mismo puede ser interpuesto por cualquier persona y no sólo por entes públicos.

A partir de lo anteriormente expuesto, parecería lógico que, de aceptarse la existencia de un mecanismo de control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales, éste debería ser la acción de inconstitucionalidad en virtud de los efectos generales que tendría la declaratoria de inconstitucionalidad. Aceptar que fuera el amparo una vía procedente para tales efectos supondría no sólo abrir la puerta al dilema de los dos órdenes constitucionales paralelos antes señalado, sino también colocar a los jueces de Distrito, que en primera instancia conocen de estos procedimientos de garantía, por encima del poder de reforma constitucional, es decir, la voluntad de un órgano unipersonal por encima de un órgano democrático que tiene que cumplir con un procedimiento agravado para actuar. Lo que, desde mi punto de vista, resulta inaceptable. Es evidente que en quienes sostienen la pertinencia de que procedan mecanismos de control de las reformas constitucionales, subyace un legítimo recelo contra el poder reformador basado en la desconfianza de los partidos y los políticos; pero aceptemos, al menos para el caso mexicano no existe —al menos no para mí— plena confianza en la integridad ni en las capacidades técnicas de los jueces de distrito que tenemos.

Pero en México tenemos un problema adicional, la Constitución no faculta expresamente al los órganos del Poder Judicial, ni a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en específico, a ejercer el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales de manera expresa como lo supondría el principio de legalidad que subyace al Estado constitucional moderno y que debe alcanzar a todos los poderes constituidos, incluyendo al poder de control de constitucionalidad. Ello implica que la determinación de ejercer ese control por parte de la SCJN constituiría una autoarrogación de una facultad que difícilmente puede sostenerse si se piensa que la discrecionalidad del poder —de cualquier poder— es contraria a la lógica del constitucionalismo.

Para terminar, quiero ilustrar los efectos que tendría en un caso concreto, el de los varios amparos que se han interpuesto en contra de la reforma constitucional en materia electoral de noviembre de 2007.⁴⁶² Los varios quejoso que han interpuesto los recursos de amparo han sostenido dos cosas: *a)* diversas violaciones al procedimiento de reforma constitucional, y *b)* que la prohibición constitucional para que partidos y particulares puedan comprar publicidad en radio y televisión durante tiempos electorales, establecida por la reforma impugnada, viola la libertad de expresión reconocida en el artículo 6o. de la misma carta magna.

El efecto de que la SCJN juzgara válidos cualquiera de esos alegatos en caso de conocer alguno de los recursos interpuestos por la vía de la revisión es, como señalábamos, que la reforma (en conjunto o respecto de la prohibición señalada), es válida para todos menos para los quejoso en virtud de la cláusula de relatividad de las sentencias que caracteriza al amparo. Sin embargo, el efecto demostración sería obvio. Los juzgadores que conocen el resto de los amparos interpuestos por los otros actores (entre los que se encuentra un grupo de quince intelectuales, diversos grupos empresariales, las principales televisoras y otros concesionarios de radio y televisión), seguramente seguirían el criterio y los argumentos de la Suprema Corte y concederían los respectivos recursos.

Pero de nuevo, sólo los sujetos amparados se verían exceptuados de las obligaciones y prohibiciones derivadas de la reforma. El resto de ciudadanos, concesionarios y permisionarios, partidos políticos, así como los muchos intelectuales que no nos amparamos estaríamos obligados por la reforma.

Pero más allá del tecnicismo, ¿qué pasaría ante ese escenario?: cuando el IFE remitiera a las televisoras amparadas los pautados con los promocionales de los partidos políticos para que se transmitieran en los tiempos del Estado, tal como lo prescribe la reforma impugnada, los mismos les serían devueltos por los concesionarios de radio y televisión amparados que no estarían obligados a cumplir con ello. Sin embargo, si alguno de los otros actores

⁴⁶² Sobre el punto véase Franco González Salas, Fernando, "La reforma ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en Córdova Vianello, Lorenzo y Pedro Salazar Ugarte (coords.), *Estudios sobre la reforma electoral 2007*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, pp. 95-119.

amparados (por ejemplo los quince intelectuales o alguno de los grupos empresariales que impugnaron, exitosamente en el supuesto, la reforma) podrían erogar cantidades millonarias para promocionar a los candidatos de su preferencia en las elecciones y los titulares de las concesiones amparados legítimamente podrían venderles publicidad para ello.

Más allá del ejemplo descrito en el caso concreto, creo que es importante discutir si debe existir algún medio de control judicial sobre el legislador constitucional. Lo que es grave es que sea la SCJN la que determine cuál es ese medio y cuáles son sus alcances. Se trata de una decisión que, desde mi punto de vista, no puede ser judicial sino que involucra, en todo caso, al órgano reformador de la Constitución.