

# LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN. TENSIÓN ENTRE APLICACIÓN Y REFORMA CONSTITUCIONAL

Carla HUERTA

SUMARIO: I. *El estado de la cuestión.* II. *Naturaleza de la Constitución.* III. *Estructura y función de la Constitución.* IV. *Reserva constitucional.* V. *La reforma constitucional.* VI. *Sobre la fuerza normativa.* VII. *Reflexiones finales.*

## I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

El tema a discutir es, una vez más, la procedencia de la reforma constitucional, problema siempre actual y que se discute cada vez que se pretende realizar modificaciones a la Constitución. El debate en torno a la necesidad y oportunidad de la reforma no solo es de orden político, sino también jurídico. La reflexión que se hace a continuación tiene por objeto discutir la banalización del procedimiento de reforma y de la propia Constitución, ya que la excesiva frecuencia con que se lleva a cabo no se justifica, ni por los temas que se incluyen ni por la idea que los gobernantes pueden tener de su propia trascendencia o de los efectos místicos que crean que las reformas pueden tener. Muchas de las reformas se basan en mi opinión, en una concepción errónea de la naturaleza y función de la Constitución.

Si bien es cierto que la Constitución es una norma de un tipo especial, sobre todo en su carácter de norma suprema del sistema jurídico, eso no la trasforma en un documento que opere al margen del sistema, pues su actualización depende de las mismas condicionantes que cualquier otra norma jurídica, requiere de un órgano y un procedimiento regulado para exigir su cumplimiento, así como para la imposición de una sanción en caso de la infracción de sus preceptos. En virtud de su función delimitadora de la creación de normas, sus disposiciones son las normas más generales y abstractas del orden jurídico, y así debe ser, pues esto hace posible su interpretación, esta flexibilidad de sentido refuerza su permanencia.

La doctrina se ha ocupado de analizar diversos problemas jurídicos relativos al cambio constitucional como son los límites y alcances de la reforma constitucional, la posibilidad de otorgar una nueva Constitución siguiendo el procedimiento establecido en la Constitución vigente, así como la viabilidad de aplicar dicho procedimiento para reformar el artículo que lo prescribe, entre otros. En esta ocasión, sin embargo, me ocuparé solo del impacto jurídico del uso abusivo de las facultades reformadoras de la Constitución.

La idea es analizar desde la perspectiva jurídica la conveniencia de reformar de manera continua la Constitución, tanto por lo que a los contenidos se refiere, es de manera continua decir, las materias que realmente necesitan ser reguladas en la norma suprema, como a su fuerza normativa, esto es, al necesario equilibrio entre su permanencia y la necesidad de adecuarla a las exigencias reales, a la tensión entre norma y realidad en términos de su función en un sistema jurídico.

El doctor Jorge Carpizo<sup>1</sup> al reflexionar sobre la necesidad de una nueva Constitución en México, señala que se pueden identificar tres corrientes de pensamiento principales: primero, la que sostiene que no es necesario continuar reformando la Constitución, segundo, la que afirma que existen razones para crear una nueva Constitución, y finalmente, la que considera que la Constitución necesita cambios para perfeccionarla.

Como ejemplo de las posturas que se encaminan en la tesis de que no es necesario continuar reformando la Constitución, menciona la postura que he presentado en diversos trabajos, que sostiene que al día de hoy la reforma constitucional se ha trivializado, por lo que es necesario superar la idea de que el desajuste funcional se soluciona mediante una reforma constitucional, pues lo que se tiene que hacer es obligar a la autoridad a cumplir con sus deberes constitucionales para lograr la eficacia de la Constitución. Asimismo, indica la postura de José Ramón Cossío quien hace una advertencia respecto de los cambios constitucionales que resulta oportuna, pues en su opinión el problema central no es la Constitución, sino su cumplimiento real que se deforma por factores extrajurídicos.

Como ejemplo de la tesis de la necesidad de crear una nueva Constitución el doctor Carpizo menciona la de Jaime Cárdenas, quien afirma que nuestra Constitución como obra de un grupo vencedor no refleja el consenso de todas las fuerzas políticas, esto aunado a que la Constitución no goza de legitimidad por los múltiples abusos a los que ha sido someti-

<sup>1</sup> “¿Se necesita una nueva Constitución en México? Algunas reflexiones y seis propuestas”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 24, enero-junio de 2011, pp. 141-167.

da y a su falta de normatividad ya que no regula el proceso de poder y no cuenta con la lealtad de todos los sectores del país, genera en opinión de Cárdenas que su articulado no produzca certeza, sino confusión.

La tesis de la necesidad de reformas y no de una nueva Constitución, se enfoca en el argumento de que la realidad constitucional de México ha cambiado, y que los avances democráticos son importantes y aún insuficientes. Carpizo menciona que Ignacio Burgoa defiende esta tesis con una propuesta de cambios constitucionales para el mejoramiento y adecuación en algunos preceptos esenciales a las exigencias que reclama la evolución, tanto social, económica, política, como cultural del pueblo mexicano.<sup>2</sup> También incluye a Héctor Fix-Zamudio como a favor de los cambios y reformas constitucionales, ya que toda norma fundamental debe transformarse para responder a los problemas sociales de la época, quien considera que la evolución de la Constitución mexicana aún no ha concluido, por lo que será necesario seguir perfeccionándola.

La postura del doctor Carpizo parece afiliarse a este último grupo, pues manifiesta que sí son necesarias las reformas de fondo a la Constitución aunque éstas deben proceder únicamente para resolver problemas extremadamente graves, respetando el procedimiento constitucional que sugiere se vincule al refrendo, pero sin olvidar que los problemas actuales no son resultado de las normas constitucionales, sino de su no aplicación.

A continuación se examinan algunos elementos necesarios para poder emitir una opinión sobre la reforma constitucional en términos de la fuerza normativa de la Constitución, pues si bien en todas las tesis mencionadas existen argumentos válidos, conviene revisar algunos conceptos e instituciones para adoptar una postura adecuada en relación con la calidad y función de la Constitución.

## II. NATURALEZA DE LA CONSTITUCIÓN

Si bien es cierto que la palabra “Constitución” es usada de manera constante y en general la gente tiene alguna idea de a qué se refiere, la determinación de su significado es relevante para esta discusión, por lo que aquí

<sup>2</sup> Aunque como lo menciona Ardant, la mayoría de las reformas en realidad no tienen por objeto su mejora o perfeccionamiento, ya que en realidad resultan de las circunstancias, de una mayoría que se beneficia del control provisional que tienen de los medios de reforma. Ardant, Philippe, “Qu'est qu'une «Bonne Constitution»”, *El significado actual de la Constitución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 38.

retomamos la cuestión sobre ¿qué es una Constitución? Pregunta persistente, y no obstante válida, a pesar de estar habituados a dicha norma. Identificar las propiedades relevantes del concepto de Constitución tiene por objeto entender su especial naturaleza, lo cual permite entender la relevancia y necesidad del procedimiento de reforma, así como de la medida en su utilización. La idea por lo tanto, no es dar una definición de Constitución, sino entender su naturaleza y función mediante la explicación de dicho concepto para lograr una mejor comprensión y objetivar de alguna manera la concepción que actualmente se tiene de ella, sobre todo por lo que representa y el valor que como norma fundamental se le atribuye.

Ferdinand Lasalle señalaba que la “esencia” de la Constitución es la suma de los factores reales de poder de un país, para él, son la fuerza activa y eficaz que informa las leyes e instituciones jurídicas de una sociedad. Entre estas fuerzas no solo considera el poder económico, sino también la conciencia colectiva y la cultura general del país. Cada una de éstas es un fragmento de la Constitución real y efectiva que se erige en derecho, transformándose así en factores jurídicos.<sup>3</sup> La relevancia de estos factores es incuestionable por ser decisivos para la estructura y funcionamiento de un Estado, así como para mantener vigente el sistema jurídico. Sobre todo en el momento inicial, al otorgar una Constitución, pues el modelo constitucional originario refleja los factores de poder que llevaron a su otorgamiento. No obstante, conforme transcurre el tiempo, la sociedad y el Estado cambian y la realidad se distancia de la norma constitucional. Esto se debe a que el derecho regula una sociedad específica en un determinado momento histórico y cultural, en consecuencia, las reformas a una Constitución deben reflejar los intereses de los factores reales de poder vigentes respetando las determinaciones originarias necesarias, de otra manera sería letra muerta, o una simple “hoja de papel” la Constitución escrita como dice Lasalle.<sup>4</sup>

En este sentido, Konrad Hesse<sup>5</sup> señalaba que la Constitución ha de entenderse en términos de su objeto pretendido y que la normatividad de la Constitución vigente es la de un orden histórico concreto y por lo tanto, individual y concreta. Por lo que en su opinión, “la Constitución es el or-

<sup>3</sup> En esta conferencia señala que aborda los problemas constitucionales desde la perspectiva científica por lo que no parte de supuesto alguno para aclarar el concepto de Constitución. Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, México, Ediciones Coyoacán, 2009, p. 52.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>5</sup> Hesse, Konrad, “Concepto y calidad de la Constitución”, en *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 3 y 4.

den jurídico fundamental de la comunidad”,<sup>6</sup> que contiene los principios rectores de acuerdo con los cuales se debe formar la unidad política. En consecuencia define la Constitución a partir de su finalidad y su función, siendo la primera garantizar la formación y mantenimiento de la unidad política.<sup>7</sup>

El reconocimiento de los factores reales de poder fortalece la permanencia de la Constitución cuando requiere adecuarse a la realidad, siempre y cuando no se reforme en demasía en detrimento de la seguridad jurídica. Pues si bien es cierto, que la dinámica es una propiedad relevante del derecho dado que es necesario adaptar la norma fundamental a la realidad, también lo es que es imprescindible encontrar un equilibrio entre norma y realidad, entre permanencia y cambio si las normas han de cumplir su función de guías de conducta y el derecho, ha de operar como herramienta de conformación social como sostiene Kelsen.<sup>8</sup>

El derecho positivo es una creación humana que responde a los requerimientos de las personas y las sociedades que lo implementan, por ende, no puede ser inmutable. Rousseau, afirmaba que “es contrario a la naturaleza del cuerpo político imponerse leyes que no pueda revocar; pero que no es ni contra la naturaleza ni contra la razón que no pueda revocar esas leyes sino con la misma solemnidad con la que las estableció”.<sup>9</sup> Por ello es que corresponde también a una asamblea representativa del pueblo la reforma constitucional, determinar la forma y la mayor o menor rigidez del procedimiento corresponde a la Constitución, o lo que es lo mismo, el pueblo al otorgarla.

Carl Schmitt propone, desde la perspectiva de la teoría de la Constitución, un análisis sistemático del concepto de “Constitución”, sobre todo porque el término puede ser usado en varios sentidos. Para superar este problema, aclara que el objetivo es explicar solo la “Constitución del Estado”, esto es, “de la unidad política de un pueblo”.<sup>10</sup> Define a la Constitución en sentido positivo, como la norma cuyo contenido es la determinación consciente de la concreta forma de ser de la unidad política,<sup>11</sup>

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>8</sup> Kelsen, Hans, “Law as a Specific Social Technique”, *University of Chicago Law Review*, vol. 9.

<sup>9</sup> Rousseau, Jean-Jacques, *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée*, Londres, 1782, p. 94, consultado el 13 de septiembre en <http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=njp.321010171960866;view=1up;seq=104>.

<sup>10</sup> Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 35.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 58.

y menciona que en el fondo de la regulación reside una decisión política del titular del poder constituyente, esto es, del pueblo. En este sentido positivo del concepto de Constitución se hace énfasis en dos notas centrales de la Constitución: su cualidad de norma jurídica y su intangibilidad, característica que provee vigencia permanente a la Constitución, aun en los casos en que se producen cambios de orden político en un Estado.<sup>12</sup> Considerar a la Constitución como norma implica principalmente reconocer que produce efectos jurídicos, y por lo mismo es necesario determinar su fuerza y eficacia normativas, las cuales derivan de su posición en el sistema jurídico, la cual no puede ser otra que la suprema, pues la Constitución como primera norma del sistema regula los procedimientos de creación, y de su conformidad con ella derivan cadenas de validez de producción normativa.

La Constitución es para Schmitt, elemento de cohesión y unidad de un Estado, y norma su organización y funcionamiento. Según este autor, la Constitución de un Estado se integra por dos elementos, el primero es la protección de la libertad individual frente al Estado, y el segundo, la forma de gobierno, el elemento político del que procede.<sup>13</sup> Señala que la libertad se deduce de dos principios, el de distribución, basado en la idea de que la libertad antecede al Estado por lo que el poder del Estado es limitado (principio de división de poderes), y el de organización, que pone en práctica el de distribución al distribuir en la Constitución las funciones mediante un sistema de competencias circunscritas.<sup>14</sup>

En virtud del cambio que el papel de la Constitución ha sufrido en la realidad sociopolítica, Loewenstein propone una clasificación de carácter ontológico que permite distinguir su naturaleza y cualidades esenciales, como expresión de la realidad de la idea, pues el objetivo no es analizar su “esencia o contenido”, sino buscar la concordancia de la Constitución con la realidad del proceso del poder.<sup>15</sup> Su propuesta refleja las relaciones entre la Constitución formal y la Constitución real, por lo que las clasifica como normativa, nominal y semántica. El concepto de Constitución normativa, esto es en su calidad de norma, parte de la tesis que la Constitución escrita es lo que los operadores jurídicos y los sujetos normativos hacen de ella, que una Constitución sea efectivamente “vivida” dice, de-

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 64 y ss.

<sup>13</sup> Schmitt se refiere a la Constitución moderna del Estado burgués de derecho como concepto ideal, por ser el tipo que predomina en su tiempo, *ibidem*, pp. 80 y 181.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p.183.

<sup>15</sup> Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Ariel, 1986, pp. 216 y 217.

pende de su realización. Por eso señala que para que una Constitución sea real y efectiva tiene que ser observada lealmente por todos los interesados e integrada en la sociedad estatal, y ésta en ella. Una Constitución es normativa cuando “sus normas dominan el proceso político, o a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la Constitución y se somete a ellas”.<sup>16</sup> En su opinión, la permanencia de una Constitución refleja esta relación, los cambios constantes a la Constitución son contrarios a su estabilidad y efectividad, por lo que considera que el carácter normativo, esto es vinculante, de la Constitución depende de la práctica.

Un aspecto a destacar es que la Constitución tiene un doble carácter, pues es límite jurídico del poder y origen del mismo como señala Rolando Tamayo,<sup>17</sup> y su función es establecer la estructura del sistema estatal y controles del poder político. La Constitución es para él un conjunto de normas que confieren facultades, establecidas por el acto constituyente del orden jurídico, o en otras palabras, “la Constitución funda competencias, creando así poder estatal conforme a derecho”.<sup>18</sup> Aunque, la Constitución es además la norma que organiza al Estado como sostiene Hermann Heller, para quien la Constitución “no se caracteriza por la forma escrita, sino por el hecho de que la estructura total del Estado deba ser regulada en un documento escrito único”<sup>19</sup> que racionaliza el poder mediante su limitación jurídica objetiva.

Para Loewenstein,<sup>20</sup> la finalidad de toda Constitución es limitar el poder, de modo que su nota distintiva es operar como dispositivo fundamental de control del proceso del poder, mediante un sistema de reglas fijas que limitan su ejercicio. Pero el derecho limita al poder para asegurar no solo la forma política, sino también la libertad. De modo que si la Constitución se explica de acuerdo con su finalidad y función, como sugiere Hesse, entonces se puede considerar como el ordenamiento jurídico que constituye y racionaliza el poder para asegurar la libertad individual.<sup>21</sup> Según Aragón, en realidad el único fin de la Constitución es la libertad, ya que la distribución de funciones es tan solo una forma de asegurarla.<sup>22</sup>

<sup>16</sup> Loewenstein, *ibidem*, p. 218.

<sup>17</sup> *Introducción al estudio de la Constitución*, 2da. ed. México, UNAM, 1986, p. 294.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>19</sup> Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 290.

<sup>20</sup> Loewenstein, *op. cit.*, p. 36.

<sup>21</sup> Hesse, *op. cit.*, p. 21

<sup>22</sup> Aragón, “La función legislativa de los parlamentos y sus problemas actuales. Consideraciones generales”, en *Perspectivas actuales del derecho*, México, ITAM, 1991, p. 21.

Desde el punto de vista formal, la Constitución es una norma jurídica, escrita y rígida, materialmente en cambio, su contenido mínimo son la división de poderes y los derechos fundamentales, estructura mediante la cual se organiza el poder para preservar la libertad. Que sea escrita es tan solo una propiedad de carácter formal que ofrece a la Constitución una cierta estabilidad y protección contra modificaciones, principalmente por el legislador ordinario dada su supralegalidad. La rigidez es otra cualidad formal que, sin embargo, no define a la Constitución aunque como bien menciona Schmitt, en el requisito de una reforma dificultada hay una cierta garantía de duración y estabilidad, esta garantía de durabilidad se le confiere por su calidad de norma fundamental, pero el procedimiento de reforma no define la esencia del objeto reformado.<sup>23</sup>

El concepto de Constitución de Kelsen no es desarrollado a partir de sus contenidos, sino de su jerarquía y función, de su naturaleza, la Constitución es un “deber ser”, esto es, una norma jurídica. En sentido material se conforma por las disposiciones que regulan la creación de tales normas, su función es designar los órganos encargados de la creación de normas generales, determinar el procedimiento correspondiente y especificar los contenidos debidos.<sup>24</sup> La Constitución es la norma que regula la producción de las normas jurídicas, de ella depende el principio mismo de creación, es la norma fundamental de la que desciende por grados el resto del orden jurídico.

Según el concepto jurídico de Constitución de Kelsen, el orden jurídico es un sistema escalonado en el que la norma superior establece los órganos, procedimientos y contenidos debidos en la creación de las normas inferiores.<sup>25</sup> De esta forma, la Constitución como última norma positiva del sistema se configura como criterio de validez formal y material del sistema. De su posición en el sistema jurídico deriva una propiedad determinante de la Constitución, su supremacía, por lo que como norma suprema es exigible jurídicamente y opera como parámetro de referencia último de todas las normas y actos jurídicos.

En síntesis, la cualidad de la Constitución es ser norma jurídica suprema del sistema jurídico cuya función es limitar el ejercicio del poder y garantizar la libertad mediante el establecimiento de controles, su vocación es la permanencia a pesar de la dinámica del derecho, por ello es

<sup>23</sup> Schmitt, *op. cit.*, pp. 52-54.

<sup>24</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y el estado*, trad. de Eduardo García Márquez, México, UNAM, 1988, pp. 146 y 147.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 186 y ss.

que debe establecer procedimientos para su cambio, ya que debe prever su propia modificación en virtud de su supralegalidad.

### III. ESTRUCTURA Y FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución es la norma jurídica de la que derivan o resultan cadenas de validez normativa, pues determina los parámetros de configuración del sistema jurídico que deben ser respetados. Su supremacía consiste en la subordinación del orden jurídico a la norma fundamental. La supremacía de la Constitución es la cualidad que le corresponde por el hecho de ser la base que sustenta el sistema jurídico de un Estado y a partir de la cual se desarrolla.

Para Manuel Aragón,<sup>26</sup> la supremacía es la cualidad política de toda Constitución, entendida como conjunto de reglas fundamentales, esenciales para la perpetuación de la forma política. Por lo que la Constitución, en su calidad de norma jurídica deriva su superioridad política de esta supremacía y de la supremacía legal, a la que llama supralegalidad y que en su opinión se convierte en la garantía jurídica de la supremacía.

La supralegalidad consiste en la subordinación y aplicación del orden jurídico a la Constitución en los términos que la misma lo prevé por el hecho de que cuenta con una fuente de producción distinta a la ley ordinaria. Aragón la considera la garantía jurídica de la supremacía en sentido jurídico y en su opinión, toda Constitución pretende transformar la supremacía en supralegalidad, puesto que la legitimidad o pretensión de legitimidad de la supremacía, solo puede operar a través de la supralegalidad. Asimismo señala que para garantizar la supralegalidad es necesario regular un procedimiento especial de modificación de la Constitución, aunque esto no quiere decir que la rigidez de la norma sea una condición de la supralegalidad.<sup>27</sup> No obstante, un procedimiento especial para reformar la Constitución hace posible realizar un control de las modificaciones a la misma con el objeto de preservar su fuerza normativa.

La supremacía en sentido formal se refiere a la forma de elaboración de la misma Constitución, entendida principalmente como regulación de los procesos de modificación de la norma constitucional por un órgano

<sup>26</sup> Aragón, Manuel, “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 50, marzo-abril de 1986, pp. 9-30.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 23.

constituyente. De esta forma se hace posible distinguir la norma fundamental de la ley ordinaria, por lo que en este sentido se puede decir que la forma de la norma determina su naturaleza constitucional. La supremacía formal implica que todas las disposiciones constitucionales son supremas, igualmente supremas, por lo que se puede sostener que en sentido formal todas las normas de la Constitución tienen el mismo rango y eficacia, a menos que la Constitución misma prevea alguna excepción expresa.

La supremacía de la Constitución, sin embargo, además de a su posición en el sistema jurídico, hace referencia a su eficacia y su fuerza derogatoria que indica la forma en que opera como norma jurídica, que es de manera directa. Esto significa por una parte, que los órganos competentes que deben aplicar el orden jurídico, tanto por cuestiones de administración como de justicia, están obligados a aplicar directamente las normas constitucionales, pues los derechos previstos en la Constitución son inmediatamente operativos, aun sin desarrollo legislativo. Esta eficacia directa de la Constitución deriva de su posición jerárquica como norma suprema del sistema, que se aplica también a las relaciones jurídicas según el principio de jerarquía normativa, porque se entiende que esta superioridad significa que la Constitución no es un mandato al legislador, sino una norma a aplicar. Por otra parte, significa además que en caso de conflicto con disposiciones secundarias del orden jurídico prevalece la Constitución.

De tal modo que la Constitución despliega su fuerza normativa como vinculación directa sobre todos los actores jurídicos, a efecto de hacer plenamente vinculante la Constitución en virtud de su carácter obligatorio. Esta manifestación de la fuerza normativa de la Constitución como eficacia directa, afirma su carácter de norma jurídica, así como su cualidad de fuente suprema del derecho. En consecuencia, su obligatoriedad no está condicionada a su desarrollo por otras fuentes.

Por lo que a la estructura de la Constitución en el marco de un Estado de derecho se refiere, se puede sostener que en la actualidad se integra por tres ejes: los derechos fundamentales, la distribución del poder y los medios de control de la constitucionalidad.<sup>28</sup> Los dos primeros son elementos de identificación formal de una Constitución a partir de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano (véase artículo 16).

<sup>28</sup> Sobre la estructura constitucional interna véase “Constitución y diseño institucional”, en Huerta, Carla, *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*, México, UNAM, 2009, pp. 58-61.

La necesidad de controlar jurídicamente las conductas reguladas por la Constitución se manifiesta como un elemento indispensable de la eficacia constitucional, que a su vez, refuerza su carácter obligatorio y sostiene la supremacía constitucional al subordinar la ley a la Constitución; además sirve como factor de equilibrio entre los otros dos ejes.

Una reforma constitucional ha de analizarse en el marco de los ejes que conforman la estructura constitucional, es decir, los derechos fundamentales, la división del poder y el control de la constitucionalidad, así como respecto de sus referentes, el modelo económico vigente, los procesos de participación en la toma de decisiones y el sistema de fuentes. Esto ha de realizarse tanto respecto de su contexto histórico como a su referente ideal, para confrontar la realidad con el modelo vigente en la Constitución.<sup>29</sup> Este último, es el que puede servir como parámetro de la explicación de las modificaciones a la Constitución en determinado momento histórico conforme a un cierto modelo ideal.

De conformidad con este esquema de análisis, en la estructura constitucional pueden operar simultáneamente uno o varios modelos determinados, identificables en el tiempo conforme a ciertos tipos ideales.<sup>30</sup> Aunque si bien, los modelos pueden ser considerados como tipos ideales en el sentido de Max Weber,<sup>31</sup> su creación responde más bien a ciertas expectativas históricas de conformación social, o a los factores reales de poder como mencionaba Lasalle,<sup>32</sup> pues pretenden satisfacer necesidades de orden político y social reales, el objeto es responder a una coyuntura histórica. Cabe señalar que los modelos no siempre surgen de manera integral de una elaboración consciente, ya que pueden ser el resultado de una serie de reformas constitucionales.

Los modelos se identifican por un conjunto específico de instituciones reconocibles como bloques en la Constitución que tienen conforme a un

<sup>29</sup> Por modelo se entiende una “construcción artificial que reproduce en forma simplificada, un fenómeno de la realidad social o un fenómeno imaginario con el fin de facilitar el estudio del fenómeno mismo o de un problema relacionado con éste”, o con el fin de, por ejemplo, “observar a qué resultados conduciría la aplicación de un principio determinado o de una regla de comportamiento determinado, o en sentido inverso, para estudiar qué normas de comportamiento se postularían en una situación dada”; Robilant, Enrico di, *Modelli nella filosofia del Diritto*, Il Mulino, 1968, pp. 80, 81, citado por Comanducci, P., *Razonamiento jurídico*, México, Fontamara, 1999, pp. 79 y 80.

<sup>30</sup> Este esquema se encuentra desarrollado en “Constitución y diseño institucional”, *op. cit.*, pp. 56-76.

<sup>31</sup> Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, capítulo I.

<sup>32</sup> Lasalle, *op. cit.*, *passim*.

cierto criterio, ya sea una razón o fin común, una finalidad o intención. El modelo cuenta con una serie de principios, valores o fines que funcionan como reglas de interpretación de las normas. En términos generales, los modelos se construyen según los intereses preponderantes en un momento histórico específico a partir de diversas instituciones. Estas “instituciones” se integran por una serie de derechos y obligaciones operativos como unidad, a los que subyace la idea de organización y de orden que tiende a lograr un objetivo.

Las instituciones se organizan conforme a un cierto criterio que debe responder a los objetivos pretendidos con las normas. El diseño institucional refiere a la organización de un conjunto de preceptos vinculados entre sí para imprimir o modificar la aplicabilidad de una (o varias) “institución(es)”, reformando algunos de los derechos u obligaciones que las integran conforme a un criterio dado.<sup>33</sup> En otras palabras, el diseño institucional sirve para modificar el modelo, o corregir su funcionamiento, es utilizado para su interpretación o redefinición mediante la determinación de los significados de las instituciones jurídicas.

Mediante el diseño institucional se establecen los lineamientos de operación e interpretación de las instituciones, y se determina cómo se relacionan para producir un significado o efecto pretendido. Estos diseños pueden identificarse como paquetes de reformas constitucionales que se verifican dentro de un lapso de tiempo relativamente corto y que tienen una idea de unidad, o bien, por medio del decreto promulgatorio de la reforma de diversos artículos constitucionales que se justifica conforme a un mismo valor u objetivo y que tienen una operatividad unitaria. En resumen, los diseños imprimen un significado específico a ciertas instituciones jurídicas con el fin de lograr un objetivo previsto. Las reformas aisladas sin embargo, no pueden ser consideradas como parte de un diseño institucional, aunque con el tiempo se adaptaran a un modelo específico de la Constitución o lo transformaran.

#### IV. RESERVA CONSTITUCIONAL

En este apartado se aborda la cuestión relativa a los contenidos constitucionales, es decir, a las materias que ameritan ser previstas en la norma suprema por su relevancia, a aquello que se debe considerar como materia

<sup>33</sup> Huerta, Carla, *op. cit*, p. 66.

constitucional. Sobre todo para que se reconsidera la práctica ya añeja de elevar a rango constitucional cualquier cuestión o materia a efectos de evitar que el legislador pueda disponer de ella, más que por su carácter fundamental. Para referirnos a este tipo de contenidos que por su naturaleza deben estar previstos en la Constitución, se usa el concepto de “reserva constitucional”.

En la doctrina se encuentra más desarrollado el concepto de “reserva de ley” que se refiere a aquellas materias que deben ser reguladas por la “ley”, entendida como acto normativo emitido por el Poder Legislativo, lo que a su vez impide su regulación por medio de reglamentos o de otro tipo de disposiciones que carezcan de ese rango y fuerza. La reserva de ley constituye un límite al Poder Ejecutivo, aunque en realidad no existe un acuerdo o una forma de determinar *a priori*, los contenidos que corresponde regular a cada tipo de normas que los deben desarrollar. No obstante puede hacerse una cierta distinción que permite hablar de tres tipos distintos de reserva: la constitucional, la de ley y una reserva reglamentaria.

El concepto de “reserva constitucional” es el más novedoso de los tres, y llama la atención su falta de discusión en la doctrina, sobre todo porque en la Constitución, en su carácter de fuente primaria, se deben prever los contenidos más relevantes, aquellos que se consideren como fundamentales a efectos de impedir su limitación o desarrollo. No obstante, se puede decir que la materia relativa a los ejes que integran la estructura constitucional, esto es, los derechos fundamentales, la división de poderes y el control de la constitucionalidad, son los contenidos constitucionales básicos. En otras palabras, es materia constitucional (*s.s.*): la organización del Estado y el gobierno, el control de la constitucionalidad y la delimitación de derechos y libertades fundamentales; cualquier limitación o excepción a estos preceptos constitucionales debe ser prevista en la propia Constitución. Una limitación regulada en una disposición jerárquicamente subordinada a la norma fundamental sería inconstitucional, pues contravendría sus contenidos.

El concepto de reserva de ley tiene su origen en el dualismo monárquico y la doctrina de la ley como expresión de la voluntad general. Hoy en día el fundamento de la actuación del Congreso es el principio democrático, y su representatividad opera como argumento a favor de la reserva de ley, ya que se asume que se encuentra legitimado para determinar la forma en que el pueblo decide obligarse. La reserva de ley implica que ciertas materias se encuentran “reservadas” a su desarrollo por el legisla-

dor, por lo que se encuentran excluidas de la potestad reglamentaria.<sup>34</sup> El desarrollo por ley de una disposición constitucional se hace conforme al principio de competencia expresa atribuida al Poder Legislativo, o bien, mediante un mandato al legislador.

Se puede decir que un mandato al legislador<sup>35</sup> constituye una obligación para el Poder Legislativo de regular la materia que la Constitución determina impidiendo su regulación directa por el Poder Ejecutivo. Esto ha de entenderse como una norma de competencia, y además como una reserva de ley expresa, aunque en realidad la reserva de ley solamente se puede considerar como tal, cuando en un sistema jurídico también existe la reserva reglamentaria, como un coto vedado al legislador para el desarrollo de determinados contenidos por el Ejecutivo,<sup>36</sup> o bien, en aquellos en que el poder Legislativo está facultado para delegar la función legislativa.<sup>37</sup> En este último caso, el acto del poder Ejecutivo tiene rango y fuerza de ley, es ley en sentido material, como excepción a la regla general en que la norma debe ser además formalmente legislativa. En realidad el mandato al legislador solamente establece una obligación de desarrollo conforme a la Constitución dentro de un plazo razonable, sin embargo, esto tampoco ha sido resuelto de manera clara en el sistema jurídico mexicano, ni siquiera por la jurisprudencia, y su incumplimiento se debe a la ausencia de sanción, así como a la falta de voluntad política para exigir responsabilidad a los legisladores.

<sup>34</sup> La Ley Federal de Procedimiento Administrativo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de agosto de 1994, prevé una reserva de ley expresa en relación con los procedimientos que la administración pública federal realiza, ya que el artículo 15 de la misma establece que ésta no puede exigir más formalidades que las expresamente previstas en ley, en virtud de lo cual limita la facultad reglamentaria.

<sup>35</sup> Constituyen normas de este tipo las disposiciones constitucionales que prevén su desarrollo por el legislador. De conformidad con la clasificación de Scheuner, los mandatos al legislador son normas que se configuran como órdenes para el desarrollo de un determinado precepto constitucional por parte del legislador, "Staatszielbestimmungen", en *Festschrift für Forsthoff*, München, hgg. von Schnur, 1972, pp. 325 y ss.

<sup>36</sup> La Constitución mexicana solo prevé algo similar como facultad extraordinaria en el artículo 29 al regular la posibilidad de suspender derechos y garantías por el Ejecutivo para hacer frente a una situación de emergencia, estos actos tendrían carácter materialmente legislativo, esto es, rango y fuerza de ley.

<sup>37</sup> El segundo párrafo del artículo 131 constitucional permite al Congreso facultar mediante ley al Ejecutivo para modificar las tarifas de importación y exportación que expida el Congreso, así como para restringir y prohibir importaciones, exportaciones y tránsito de productos, artículos y efectos de conformidad con las limitaciones que el propio artículo establece. Esta delegación de facultades constituye una excepción a la reserva de ley.

La reserva de ley genérica puede inferirse de la ausencia de una reserva reglamentaria,<sup>38</sup> en virtud de lo cual, todos los contenidos de la Constitución deben ser desarrollados por una ley aun cuando no se haya dispuesto expresamente la obligación de su desarrollo por el legislador; o bien, puede deducirse de la ausencia de reservas de ley concretas, en virtud de lo cual se entendería que la voluntad del Constituyente fue que todas las disposiciones constitucionales sean desarrolladas por ley. También se puede inferir una reserva de ley genérica por interpretación del sistema jurídico en la medida en que el legislador no se encuentra facultado para hacer una remisión al reglamento de la regulación de aquello que implique la limitación del ejercicio de derechos por los particulares, es decir, el establecimiento de obligaciones o la determinación de sanciones.<sup>39</sup>

La doctrina y la jurisprudencia<sup>40</sup> señalan que en función del principio de subordinación, los reglamentos dependen de las leyes, tanto para su

<sup>38</sup> En algún tiempo el cuarto párrafo del artículo 21 constitucional fue interpretado como una reserva reglamentaria, lo que daría lugar a la existencia de reglamentos autónomos, como si al referirse a reglamentos gubernativos y de policía se facultara al Ejecutivo para expedir reglamentos sin necesidad de que se expida una ley en la cual se funde su validez. No obstante, esto no es tan claro, pues la Constitución solo se refiere a la aplicación de las sanciones por las infracciones a dichos reglamentos como competencia de la autoridad administrativa, por lo que no parece atribuir una potestad normativa excluyente que fundamente sin lugar a dudas una limitación para el poder Legislativo.

<sup>39</sup> Cabe mencionar que para Manuel Aragón el postulado de derecho público relativo a una reserva de ley para regular la libertad y la propiedad ya no es vigente, en *op. cit.*, p. 40. No obstante, la jurisprudencia mexicana aun lo considera como limitación, pues establece que “la facultad reglamentaria se rige por dos principios: el de reserva de ley y el de subordinación jerárquica a la misma. El principio de reserva de ley que encuentra su justificación en la necesidad de preservar los bienes jurídicos de mayor valía de los gobernados (tradicionalmente libertad personal y propiedad), prohíbe que en el reglamento se aborden materias reservadas en exclusiva a las leyes del Congreso, como son las relativas a la definición de los tipos penales, las causas de expropiación y la determinación de los elementos de los tributos, mientras que el principio de subordinación jerárquica, exige que el reglamento esté precedido por una ley cuyas disposiciones desarrolle, complemente o pormenorice y en las que encuentre su justificación y medida”. FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. PRINCIPIOS QUE LA RIGEN, *Semáforo Judicial de la Federación y su Gaceta*, Jurisprudencia, Novena Época, 1a. Sala, t. XXVI, septiembre de 2007, p. 122, énfasis añadido.

<sup>40</sup> La jurisprudencia ha reconocido en múltiples fallos que “el artículo 89, fracción I, de la Constitución Federal establece la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo Federal, la que se refiere a la posibilidad... para expedir las previsiones reglamentarias necesarias para la ejecución de las leyes emanadas por el órgano legislativo. Estas disposiciones... son, por definición constitucional, normas subordinadas a las disposiciones legales que reglamentan y no son leyes, sino actos administrativos generales cuyos alcances se encuen-

existencia como en su contenido, dado que su función es desarrollar una ley, por lo cual no pueden establecer obligaciones que no se encuentren de antemano previstas en la ley. En otras palabras, en virtud del principio de legalidad, no deben regular conductas que no se previeran en la norma superior, no obstante se considera como regulación válida siempre y cuando no se trate de afectaciones a la esfera de la libertad individual, situaciones tales como conferir derechos o permisos. Por otra parte, la ley no puede regular al detalle todos los procedimientos de aplicación de las normas, es por ello que corresponde al Ejecutivo el desarrollo específico de la forma de aplicación de la ley.

En síntesis, de conformidad con la jurisprudencia la facultad reglamentaria:

Se encuentra sujeta a un principio fundamental: el principio de legalidad, del cual derivan, según los precedentes, dos principios subordinados: el de reserva de ley y el de subordinación jerárquica a la misma. El primero de ellos evita que el reglamento aborde novedosamente materias reservadas en forma exclusiva a las leyes emanadas del Congreso de la Unión o, dicho de otro modo, prohíbe a la ley la delegación del contenido de la materia que tiene por mandato constitucional regular. El segundo principio consiste en la exigencia de que el reglamento esté precedido de una ley, cuyas disposiciones desarrolle, complemente o detalle y en los que encuentre su justificación y medida.<sup>41</sup>

## V. LA REFORMA CONSTITUCIONAL

La dinámica es una característica distintiva del derecho que deriva de su función reguladora de conductas, pues el objeto del derecho es la conformación de la sociedad mediante las normas jurídicas. La existencia de un procedimiento de reforma, según Ignacio de Otto,<sup>42</sup> significa que la Constitución quiere regular su adaptación a la realidad cambiante y evitar que sus exigencias se realicen al margen del derecho vigente. En relación con la Constitución, es preciso distinguir dos momentos, el de su otorgamiento

tran acotados por la misma Ley". FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL. SUS PRINCIPIOS Y LIMITACIONES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, jurisprudencia, Novena Época, Pleno, t. XXX, agosto de 2009, p. 1067.

<sup>41</sup> *Idem*.

<sup>42</sup> De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional, sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, pp. 56 y ss.

y el de su modificación, ya sea mediante reformas o adiciones, sobre todo porque solo vamos a abordar el segundo.

La Constitución es una norma jurídica, por lo que su modificación se lleva a cabo de conformidad con las normas que regulan el procedimiento. Estas disposiciones constitucionales constituyen su condición de validez. La noción de Constitución descansa en el presupuesto de que es una norma que puede ser modificada conforme a sus propias normas que regulan el procedimiento y el órgano competente para ello, de tal modo que el poder reformador está previsto en la propia Constitución que a la vez lo delimita. Es la única norma del sistema jurídico que regula su propia dinámica y establece los límites a la misma.

En el fondo del tema de la reforma se encuentra el problema sobre la seguridad jurídica, fundamental en un Estado de derecho que se plantea en torno al establecimiento de límites a la reforma constitucional, ya sean expresos, esto es, aquellos previstos en la propia Constitución como prohibiciones por el poder constituyente originario, o límites implícitos, que según la doctrina son aquellos que a pesar de no existir mención constitucional se infieren del contexto constitucional o la cultura política de un pueblo según algunos autores.

La cuestión sobre el alcance de la facultad reformadora no puede ser respondida desde el punto de vista semántico exclusivamente, pues el término “reformar” impone una limitación, la permanencia de la norma, lo que impide la eliminación de un precepto constitucional, ya que para modificar algo su núcleo debe permanecer. La respuesta de la teoría del derecho es distinta, pues la derogación del precepto es posible en el ejercicio de esta función, es más, una reforma solo está limitada por las normas constitucionales que regulan el proceso.<sup>43</sup> La doctrina, así como la Constitución mexicana distinguen entre una reforma y una adición. La acción de reformar en sentido amplio, se entiende como la modificación del texto de los enunciados constitucionales vigentes, lo que incluye tanto agregar como suprimir parcial o totalmente el texto. La reforma tiene por efecto modificar el significado de un precepto constitucional. La adición se distingue por el hecho de que se limita a introducir un nuevo enunciado o algún elemento a un enunciado existente sin que se altere su significado. Las adiciones son reformas, la diferencia es de grado, pues al texto solo se agrega algo que no se encontraba previsto previamente.

<sup>43</sup> Sobre los límites y alcances de la reforma constitucional, véase Huerta, Carla, “La reforma de la Constitución”, *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 275-292.

Una pregunta persistente en relación con la reforma es la relativa a la facultad para sustituir totalmente la Constitución, aquí hay que distinguir el otorgamiento de una nueva Constitución, de su reforma completa. Aunque si bien en principio, la Constitución puede ser completamente transformada mediante el proceso de reforma, este cambio afectaría su fuerza normativa, aun cuando se lleve a cabo de manera paulatina. Cambios sustanciales afectarían su validez y eficacia, incluso su legitimidad al confundir las funciones y carácter del órgano constituyente con el del órgano reformador, el cual solo cuenta con facultades para modificar la Constitución, no para sustituirla.<sup>44</sup>

La función reformadora es por lo tanto, tan solo una potestad de adaptación de la Constitución a los cambios en la realidad que regula, que ha de conservar lo que deba permanecer y suprimir solo aquello que sea ineficaz, inútil u obsoleto. La reforma total de la Constitución es un desbordamiento de su naturaleza que se asimilaría a la función constituyente originaria, y por lo mismo, una extralimitación de facultades del órgano reformador. En este sentido Carl Schmitt señala que en una Constitución positiva el poder constituyente crea al poder reformador, como un poder distinto e independiente cuya única función es la de reformar la Constitución, su fin es por lo tanto, adecuar las disposiciones constitucionales a los cambios de la vida, pero no puede modificar la esencia de la Constitución, ni otorgar una nueva Constitución.<sup>45</sup>

Por lo que a la reforma total, por sustitución de la Constitución a través del procedimiento previsto en el artículo 135 constitucional se refiere, vale la pena mencionar que con fundamento en una interpretación sistemática con el artículo 136 constitucional que prevé su permanencia, parece incoherente que esto sea posible.<sup>46</sup> En este artículo se regula el supuesto relativo a la “inviolabilidad de la Constitución”, que constituye un

<sup>44</sup> Para Schmitt la función de reformar es extraordinaria, y toda competencia es limitada, por lo que no incluye la facultad de dar una nueva Constitución, *op. cit.*, pp. 157-158.

<sup>45</sup> Schmitt sostenía que existen decisiones políticas fundamentales que son exclusivas del poder constituyente por lo que se encuentran fuera del alcance del órgano reformador, en caso de ser modificadas se tendría que hablar de una sustitución de la Constitución por otra, más que de una reforma. *Ibidem*, p. 160.

<sup>46</sup> El artículo 136 de la Constitución mexicana en vigor, establece que: “Esta Constitución no perderá fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieran figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado con ésta”.

límite a la reforma que la protege en su totalidad, con ello se impide su supresión y se preserva su validez aun cuando dejara de ser aplicada temporalmente. La función de esta disposición es asegurar la continuidad del sistema jurídico, así como del Estado en los casos en que por alguna razón de orden político o un disturbio público de gran magnitud, la aplicación de una Constitución se viese suspendida. Este precepto permite que opere la ficción de suponer que la Constitución nunca perdió su vigencia a pesar de la ausencia de efectividad.<sup>47</sup> Esta previsión no impide sin embargo, que cualquiera de sus normas o todas ellas sean paulatinamente reformadas o adicionadas, transformando completamente a la Constitución. Cabe preguntarse sin embargo, si tras tantas reformas sucesivas se trata de la misma Constitución.

Pero la Constitución no solo regula sus procesos de cambio, sino también su permanencia mediante normas relativas a la inviolabilidad (permanencia absoluta de la Constitución) o cláusulas de intangibilidad (que se refieren a la permanencia de ciertas normas específicas de conformidad con lo previsto por la norma constitucional que las regula) que se encuentren previstas en la propia Constitución.<sup>48</sup> Ambos tipos de norma constituyen límites al proceso de reforma constitucional, y en principio son normas contrarias a la dinámica propia del derecho. Las primeras ponen fuera del alcance del órgano reformador la posibilidad de otorgar una nueva Constitución conforme a sus propias disposiciones, y las segundas sirven para limitar el alcance del poder reformador. La finalidad de este tipo de normas es reforzar la validez temporal de la Constitución en el primer caso, o de algunas de sus normas en el segundo. De tal forma que la Constitución que prevé una regla de inviolabilidad, afirma la decisión del constituyente de su permanencia y con ello su fuerza normativa.

La Constitución mexicana aunque se considera como rígida porque prevé un órgano complejo y un procedimiento agravado para reformarla, no contiene límites explícitos ni implícitos que se deduzcan de los preceptos contenidos en la Constitución misma. Los límites previstos por el constituyente a este proceso son exclusivamente de carácter formal, se encuentran en el artículo 135 constitucional, que establece una serie

<sup>47</sup> La Constitución mexicana en 1857 establecía de 1917 una cláusula de inviolabilidad similar que hizo posible el restablecimiento del sistema jurídico mexicano después del gobierno de Maximiliano de Habsburgo.

<sup>48</sup> Häberle denomina a las cláusulas de intangibilidad o pétreas, cláusulas de “eternidad”, que considera constituyen un límite, para el constituyente al regular los procesos de modificación de la Constitución. Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2001, pp. 141- 143.

de procedimientos (aprobación por las dos terceras partes de ambas Cámaras del Congreso de la Unión y por la mayoría de las legislaturas de los estados, el Congreso o la Comisión permanente computan los votos y declaran la reforma). Cabe señalar, que la norma misma que regula el procedimiento de reforma puede ser modificada por este mismo procedimiento, a menos que contenga una cláusula de intangibilidad, que no es el caso de la Constitución mexicana.

En consecuencia, una reforma constitucional solo podría ser considerada inconstitucional por vicios procedimentales si no cumple con las condiciones previstas en el artículo 135, pero en todo caso más que una declaración de inconstitucionalidad,<sup>49</sup> lo que procedería sería la nulidad de la reforma. No obstante, en México no es posible en el marco constitucional vigente hablar de inconstitucionalidad material ni formal de una reforma constitucional. La Suprema Corte ha establecido jurisprudencia que impide el control de reformas y adiciones a la Constitución aun cuando diversas tesis aisladas habían sostenido que cuando se impugna el proceso de reforma constitucional se controvieren los actos que integran el procedimiento legislativo que culmina con su reforma y que de esta forma se podría remediar el posible incumplimiento de las formalidades consagradas en el artículo 135. El argumento con el que rebaten dichas tesis es que las reformas constitucionales no son hechas por órganos ordinarios constituidos, sino en el extraordinario carácter de órgano reformador de la Constitución. Por otra parte, vale la pena mencionar que ningún órgano cuenta actualmente con facultades para controlar los actos de reforma constitucional.<sup>50</sup>

Además de mediante el procedimiento de reforma expresa, es posible modificar las normas constitucionales por vía de interpretación de determinado precepto por el órgano competente. Este procedimiento se conoce como “mutación constitucional”,<sup>51</sup> su efecto es cambiar la norma constitucional mediante la atribución de significado sin que se modifique el texto que enuncia la norma. El concepto de mutación constitucional procede de la dogmática jurídica alemana de finales del siglo XIX y principios del XX, y tiene por objeto constatar la falta de coincidencia

<sup>49</sup> En opinión de Schmitt son reformas inconstitucionales las que se verifican sin observar el procedimiento prescrito, *op. cit.*, p. 154.

<sup>50</sup> PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, jurisprudencia, Novena Época, Pleno, t. XVI, septiembre de 2002, p. 1136.

<sup>51</sup> Hesse, *op. cit.*, p. 24.

entre la realidad y la Constitución formal.<sup>52</sup> La mutación constitucional se produce cuando uno de los poderes constituidos da a un precepto constitucional una interpretación diferente a la originaria y no existen vías jurídicas para corregir esa nueva interpretación que termina por imponerse. Ésta es una función que en principio se encarga al órgano competente de asegurar la fuerza normativa de la Constitución vía control de la constitucionalidad.

La interpretación, sin embargo, puede producir una modificación, pero no adicionar nada nuevo, aunque se puede hablar de desarrollo de derechos fundamentales y su expansión por interpretación. En realidad solo se determina el significado de la expresión lingüística que no es clara o el sentido de la norma cuando no es evidente, pero no se puede agregar algo que no dice; en otras palabras, el límite a la interpretación es el propio texto de la norma. La mutación, por ende, se limita a aclarar, completar o adaptar el significado de un precepto constitucional. Las desventajas de esta opción de adecuación de la norma constitucional son su limitado impacto ya que solo alcanza a aquellos que invocan la jurisprudencia o les es aplicada en función de un proceso judicial, así como las que derivan de la interpretación jurídica misma. Cuando el enunciado normativo no permite mayor desarrollo, procede la reforma.

Discutir la mutación constitucional tiene por objeto plantear la conveniencia de reflexionar sobre la oportunidad de una reforma constitucional en los casos en que se puede hacer una interpretación que evite modificar el texto constitucional, sobre todo porque la reforma constitucional en México no tiene límites, a diferencia de la interpretación. Cabe mencionar que la tesis de la ilimitabilidad de las atribuciones del órgano reformador no contraviene el principio de seguridad jurídica, ni demerita el sistema de control de la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos, ya que la constitucionalidad y la seguridad jurídica son garantizadas por dicho órgano mediante la sujeción al procedimiento prescrito en la Constitución para su reforma.

La fuerza normativa de la Constitución se afirma, mediante la interpretación coherente de sus preceptos, así como la interpretación conforme de la ley por el órgano jurisdiccional. No obstante, hay que considerar la advertencia de Rousillon sobre el riesgo de la interpretación que puede llevar a una flexibilidad excesiva y a la incertidumbre cuando los “guardianes de la Constitución”, los jueces constitucionales, abusan de

<sup>52</sup> Sánchez Urrutia, “Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución”, *REDC*, núm. 58, 2000, p. 134.

sus facultades, pues el exceso de flexibilidad tiene por consecuencia hacer inestable la Constitución y difícil de conocer,<sup>53</sup> todo ello en detrimento de la seguridad jurídica.

La interpretación presenta una opción de adecuación del sistema jurídico a la realidad menos drástica que la reforma, e impide que el legislador se exceda en el ejercicio de sus facultades. Mediante la interpretación se puede hacer coherente el significado original del texto constitucional con los modelos que prevé, concordándolo a las circunstancias y necesidades vigentes en cada momento.

La reforma de una Constitución es un medio de su actualización de extraordinaria relevancia, por lo que no se debe llevar a cabo salvo cuando es necesaria, no puede fundarse en un requerimiento coyuntural ni obedecer a un capricho. Las razones que justifiquen una reforma constitucional han de responder a una necesidad incuestionable de la evolución de un pueblo y a la adecuación indispensable de sus normas a los cambios que una sociedad demanda.

## VI. SOBRE LA FUERZA NORMATIVA

La Constitución a pesar de su calidad de norma suprema de un sistema jurídico, de fuente de fuentes con eficacia directa, “debe permanecer incompleta e inacabada por ser la vida que pretende normar vida histórica y, en tanto que tal, sometida a cambios históricos” como señala Hesse.<sup>54</sup> Este carácter de marco abierto a la interpretación<sup>55</sup> deriva de la naturaleza dinámica del derecho que requiere su adecuación a la realidad que regula, así como de la vocación de permanencia de la Constitución. Pero el texto constitucional ha de ofrecer claridad y certeza, por lo que su indeterminación no puede ser permanente y la propia Constitución ha de prever formas para superarla.

La fuerza normativa de la Constitución se sustenta en su pretensión de vigencia, de adaptación a las circunstancias, “en su capacidad de operar

<sup>53</sup> Rousillon, Henry, “Rigidité et souplesse des constitutions modernes: réflexions sur un paradoxe à partir du cas français”, en *Perspectivas actuales del derecho*, México, ITAM, 1991, pp. 519 y 520.

<sup>54</sup> Hesse, *op. cit.*, p. 18.

<sup>55</sup> Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2000, p. 349.

en la realidad de la vida histórica de forma determinante y reguladora”.<sup>56</sup> Y aun cuando la dinámica de la Constitución es característica de su fuerza normativa y estabilidad, paradójicamente es condición de su eficacia que sea modificada en la menor medida posible. Esta fuerza normativa significa que la norma suprema de un sistema jurídico debe regular su modificación. Esto apunta a una tensión constante entre cambio y permanencia, que ha de resolverse mediante los procesos de interpretación y reforma. En consecuencia es necesario hacer énfasis en la necesidad de encontrar el equilibrio entre estas cualidades para no vulnerar la naturaleza dinámica de la Constitución, su voluntad de permanencia, ni tampoco forzar el significado de sus normas.

La Constitución es por su cualidad de norma fundamental suprema, un factor determinante del sistema jurídico, es el sistema de significaciones jurídicas del cual dependen los significados de todas las disposiciones jurídicas, es por ello que requiere de un cierto grado de estabilidad en sus contenidos a efectos de que puedan ser conocidos y comprendidos, pues en virtud de su posición en un sistema jurídico organizado jerárquicamente, sus significados determinan y transforman el resto del orden, transformándolos. Las normas de un sistema jurídico han de ser conformes a la Constitución por ser la norma fundamental, y como señala Lasalle, lo que es fundamental es necesario, tiene que ser así y no puede ser de otro modo. Es más, la Constitución, tiene una fuerza activa que hace que las demás leyes e instituciones jurídicas vigentes sean lo que son.<sup>57</sup>

La mutación es un proceso que fortalece la normatividad de la Constitución, ya que se fundamenta en la necesidad política de actualización y evolución del Estado, en la incorporación de la realidad. En otras palabras, es una forma de racionalizar, de estabilizar y de limitar el ejercicio del poder regulado en la Constitución. Cuando el texto constitucional ya no hace posible la mutación requerida para mantener la relación entre derecho y realidad constitucional en equilibrio es conveniente recurrir a la reforma constitucional, que confiere mayor claridad a la norma constitucional y certeza al sistema jurídico. Pues como bien dice Hesse, “donde la posibilidad lógica del texto de la norma termina o donde una determinada mutación constitucional aparecería en clara contradicción con el texto de la normas, concluyen las posibilidades de interpretación de la norma y, con ello, las posibilidades de una mutación constitucional”.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> Hesse, *op. cit.*, p. 26.

<sup>57</sup> Lasalle, *op. cit.*, p. 45.

<sup>58</sup> Hesse, “Límites de la mutación constitucional”, en *op. cit.*, pp. 101 y 102.

Junto con la dinámica y la necesidad de adecuación de la Constitución a la realidad que regula, ha de considerarse, sin embargo, su estabilidad; la relevancia de su permanencia, sobre todo en aras de la seguridad jurídica. La seguridad junto con la legalidad son elementos indispensables del Estado de derecho. Hart menciona que contar con reglas de conducta que se apliquen con seguridad por los propios particulares es una necesidad social de todos los sistemas.<sup>59</sup> La legalidad contribuye a la seguridad jurídica y a la certeza que se puede considerar como un elemento de ésta. El principio de legalidad implica sujeción de los actos de autoridad al orden jurídico, una esfera competencial delimitada, la obligación de fundar y motivar las decisiones de autoridad y la prohibición de la arbitrariedad.

La existencia de normas jurídicas generales creadas por un órgano legislativo central provee seguridad jurídica, que se traduce en que las decisiones de los tribunales son previsibles hasta cierto grado. Esta generalidad es para Kelsen expresión del Estado de derecho que se puede identificar con el principio de seguridad jurídica.<sup>60</sup> Para los sistemas jurídicos de tradición civilista la certeza es un valor de especial relevancia, y dado que su principal función es el control de la discrecionalidad de los jueces, la legislación debe ser completa, coherente y clara. Merryman considera que es un valor que compite con la flexibilidad del derecho, en los países del *common law*, tensión que en este sistema se alivia con la equidad que produce un mejor equilibrio entre ambos valores, pues funciona como herramienta de justicia del caso individual.<sup>61</sup>

La seguridad jurídica entendida como valor del Estado de derecho se manifiesta en exigencias objetivas respecto de la formulación adecuada de las normas del sistema jurídico, así como en relación con el cumplimiento del derecho por sus destinatarios y por los órganos de aplicación. De acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la seguridad jurídica “es la certeza que debe tener el gobernado de que su persona, su familia, sus posesiones o sus derechos serán respetados por la autoridad, pero si ésta debe producir una afectación en ellos, deberá ajustarse a los procedimientos previamente establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes secundarias”.<sup>62</sup> Para Pérez

<sup>59</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p. 162.

<sup>60</sup> Kelsen, *op. cit.*, p. 260.

<sup>61</sup> Merryman, J. H., *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. de Eduardo L. Suárez, México, FCE, 2003, pp. 98 y 99.

<sup>62</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las garantías de seguridad jurídica*, México, SCJN, 2003, p. 9

Luño, en cambio, la certeza deriva de la seguridad jurídica como una proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva, y considera a la certeza como un valor distinto a la seguridad jurídica.<sup>63</sup> La certeza es la posibilidad de saber de antemano qué conductas son obligatorias, prohibidas o permitidas y cuáles son las consecuencias de su realización u omisión.

En términos generales, la seguridad jurídica es considerada en el sistema jurídico como la garantía que promueve la justicia y la igualdad en libertad, sin paralizar el orden y procurando que éste responda a la realidad social de cada momento.<sup>64</sup> En otras palabras, para que se pueda hablar de seguridad jurídica en el derecho es preciso lograr un equilibrio entre las expectativas de justicia en términos del derecho positivo cognoscible y comprensible, y su necesidad de adaptación a la realidad.

En síntesis, rigidez y flexibilidad se encuentran en un tipo de relación dialéctica y paradójica como señala Rousillon, quien considera que en la realidad la rigidez de la Constitución se encuentra mejor asegurada frente al legislador que frente al ejecutivo,<sup>65</sup> por lo que es indispensable mantener esta relación en equilibrio. De ahí que según Hesse “la cuestión de la «rigidez» o «movilidad» de la Constitución no se plantea en forma de alternativa sino como un problema de coordinación «correcta» de dichos elementos”.<sup>66</sup> La fuerza normativa de la Constitución depende de este correcto equilibrio entre la rigidez que deriva de un proceso agravado de reforma y la mutación constitucional que surge de la práctica.

## VII. REFLEXIONES FINALES

Por lo expuesto anteriormente y a la luz de los procesos de dinámica constitucional conviene hacer una última reflexión en torno a la legitimidad de una Constitución en constante cambio, sobre todo en relación con los contenidos que parecen no ser propios de la Constitución. Pues si bien es cierto, que toda Constitución debe modificarse a lo largo del tiempo, estos procesos deben racionalizarse. Las razones que justifican su trasformación

<sup>63</sup> Pérez Luño, Antonio Enrique, “Seguridad jurídica”, en Garzón Valdés y Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 483.

<sup>64</sup> Ribo, Durán, *Diccionario de Derecho*, Barcelona, Bosch, 1991, p. 210.

<sup>65</sup> Rousillon, *op. cit.*, p. 517.

<sup>66</sup> Hesse, *op. cit.*, p. 23.

son por una parte, la evolución de la sociedad misma aparejada a la necesidad de resolver nuevos problemas, así como el hecho de que algunas situaciones pueden haber cambiado, y por la otra, la pretensión de superación del hombre, pues la Constitución en su calidad de obra humana es susceptible de perfeccionamiento, y por tanto, las nuevas generaciones pueden pretender mejorar la Constitución que recibieron de sus antepasados.<sup>67</sup>

No obstante, las normas jurídicas tienen una pretensión de permanencia indefinida, se emiten *pro futuro* a efecto de regular situaciones que se consideran relevantes; la Constitución se expide de la misma manera, incluso prevé su inviolabilidad. Para Lasalle, una Constitución escrita, es buena y duradera cuando corresponde “a la Constitución real, a la que tiene sus raíces en los factores reales de poder que rigen el país”.<sup>68</sup> Una Constitución que pretende ser eficaz debe adecuarse a la realidad que regula, pero además legitimarse mediante su exigibilidad, para ello ha de ser estable, manifestar una cierta permanencia. La constante modificación de una Constitución escrita, sin embargo, menoscaba su eficacia en detrimento de su validez. Una reforma a la Constitución se justifica cuando tiene por objeto fortalecer la esfera de la libertad individual y garantizar el ejercicio de derechos fundamentales frente al Estado, las reformas constantes generan incertidumbre en detrimento de la certeza sobre el ejercicio de derechos y libertades.

Hesse afirma que “... el efecto estabilizador y racionalizador de la ley fundamental se ve potenciado cuando ésta es escrita”,<sup>69</sup> aunque como bien señala Lasalle esto no es suficiente, pues la Constitución escrita es duradera solo si expresa fielmente a los factores de poder imperantes en la realidad social.<sup>70</sup> La norma fundamental escrita garantiza la libertad mediante la certeza jurídica y la limitación de la posibilidad de su interpretación. Sin embargo, la Constitución escrita solo regula las cuestiones más relevantes de manera general, no prevé todos los supuestos posibles, no es su función codificar, por ello debe dejar marcos abiertos para su adecuada aplicación conforme a los lineamientos que para tal efecto establece. Es más, no es prudente intentar incluir absolutamente todo en la Constitución, la regulación extensiva de derechos fundamentales los limita, por ejemplo.

<sup>67</sup> García Cuadrado, *Principios de derecho constitucional*, España, Eolas Ediciones, 2011, p. 379.

<sup>68</sup> Lasalle, *op. cit.*, p. 66.

<sup>69</sup> Hesse, *op. cit.*, p. 21.

<sup>70</sup> Lasalle, *op. cit.*, p. 75.

La reforma constitucional es un instrumento que debe ser utilizado excepcionalmente, pues la vocación de la Constitución es su permanencia. En este sentido Schmitt menciona que la facultad de reformar debe garantizar la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo, además de que la competencia para reformar la Constitución no es una función normal del Estado, sino extraordinaria, y no es ilimitada, pues en un Estado de derecho toda competencia es limitada.<sup>71</sup> De modo que antes de proceder a la reforma hay que considerar si es posible una modificación por interpretación que permita ajustar sus normas en la práctica, sobre todo porque la reforma siempre produce incertidumbre, y con ello, inseguridad jurídica y falta de certeza. En consecuencia, solo se deben introducir reformas urgentes y sustanciales cuando el cambio que se busca no se pueda producir de otra forma, vía de interpretación, ley o políticas públicas. Las reformas constitucionales lo que reflejan son cuestiones que derivan de problemas de poder, no de derecho como decía Lasalle,<sup>72</sup> y esto es cada vez más evidente.

Cuando la Constitución es una simple formalización de la situación de poder existente en beneficio de los detentadores del poder fáctico que disponen del aparato coercitivo del Estado, entonces según Loewenstein ésta es tan solo una Constitución en sentido semántico, pues no sirve para controlar el poder.<sup>73</sup> Esto se puede observar, por ejemplo, en las numerosas y excesivas reformas a la Constitución mexicana, las que mediante reformas parciales reflejan más que una necesidad fundamental un plan de gobierno para el presidente en turno, formas de fortalecer al poder Ejecutivo o simplemente una errónea concepción de la Constitución.

Es más, si se analiza la Constitución en su totalidad, esto es, considerando cada una de las reformas hechas, se puede observar una seria transformación de la Constitución, que se puede considerar como una auténtica transición jurídica. Los cambios en los contenidos de la Constitución, a través del procedimiento de reforma, de numerosos preceptos ha afectado no solo el diseño institucional, sino también el modelo, al grado de que no sabemos qué clase de modelo se encuentra vigente. Múltiples reformas sucesivas pueden acabar por desvirtuar el texto constitucional. La práctica de hacer constantes reformas por menores que parezcan, o de gran envergadura como se emprenden actualmente, tienen por efecto una transformación tal, que si bien formalmente no se puede hablar del

<sup>71</sup> Schmitt, *op. cit.*, pp. 138 y 139.

<sup>72</sup> Lasalle, *op. cit.*, p. 75.

<sup>73</sup> Loewenstein, *op. cit.*, pp. 218 y 219.

otorgamiento de una nueva Constitución, sí se puede sostener que estamos ante un nuevo sistema jurídico por el cambio en el balance de fuerzas y de los mecanismos para su control.

Carpizo menciona que el cambio en la Constitución resulta algo extremadamente serio, ya que ésta representa la síntesis política, social, económica y jurídica del país. Es por esto que señala que un cambio de Constitución ha de tener su origen en una evidente necesidad, que no tiene un tiempo específico o determinado. Tras hacer un balance de las diferentes posturas respecto de las reformas constitucionales Carpizo concluye que es importante no dejar de lado la prudencia de los cambios, pensar en reformar únicamente lo realmente necesario y no pensar que estos cambios darán solución a todos los problemas. Lo más grave quizás es, como dice, que desde 1998 hablar de reformas en México resulta natural y cotidiano, sin tomar en cuenta lo que representa.<sup>74</sup>

Lasalle consideraba que “una Constitución debe ser algo más sagrado todavía, más firme y más inmovilable que una ley ordinaria”,<sup>75</sup> pues no es una ley cualquiera sino la norma fundamental de un país. Es el fundamento de otras leyes, por lo que en su carácter fundamental actúa e irradia a través de las leyes ordinarias del país.<sup>76</sup> Ardent señala que las disposiciones constitucionales deben combinar estabilidad y flexibilidad para poder ser eficaz, de modo que una buena Constitución debe prever un proceso de reforma que provea un equilibrio justo entre la necesidad de permanencia del texto y la flexibilidad indispensable para su adaptación.<sup>77</sup> Su carácter normativo, que depende de un cierto grado de permanencia, permite considerar a la Constitución como independiente, al menos en cierta medida, de las fuerzas reales de poder.

En consecuencia, en relación con una Constitución escrita hay que justificar la legitimidad del cambio constitucional mediante el proceso de reforma cada vez que se produzca una nueva actuación del poder constituyente. A pesar de la rigidez de la Constitución mexicana, el procedimiento previsto es llevado a cabo constantemente demostrando que en realidad es fácil reformar el texto constitucional. Esta rigidez aunque no es equivalente a la inmutabilidad, ni siquiera es su objetivo, no logra su cometido de asegurar la permanencia y estabilidad de la Constitución. Las razones, sin embargo, no son jurídicas, sino políticas.

<sup>74</sup> Carpizo, *op. cit.*, p. 153.

<sup>75</sup> Lasalle, *op. cit.*, p. 43.

<sup>76</sup> *Idem*, p. 44.

<sup>77</sup> Ardent, *op. cit.*, pp. 39 y 44.

Tras las consideraciones hechas se plantea la pregunta sobre los medios posibles a los excesos mencionados y los riesgos que implican. Por una parte hay que considerar la justificación, pues todo cambio debe sustentarse en razones. En México se exige que para la expedición o reforma de disposiciones de carácter secundario se presente junto con el anteproyecto una manifestación de impacto regulatorio.<sup>78</sup> La reforma constitucional debería contar con un estudio semejante, exigible a quien presenta la iniciativa, en el cual se valore además del impacto económico y social, el normativo. Una simple exposición de motivos no basta para comprender el alcance de una reforma constitucional, es más, su función en el sistema jurídico no es orientar la decisión del órgano reformador, sino servir de guía en la interpretación y aplicación de la norma reformada.

Aragón señala que el constitucionalismo requiere además de garantías jurídicas de la aplicación de la Constitución de una cultura constitucional que se funde en la permanencia de la norma fundamental, la que a su vez depende de las garantías sociales, esto es, de la aceptación popular de la Constitución que la hace duradera. La educación constitucional, o bien, la cultura política democrática, es en su opinión condición necesaria para la consolidación del constitucionalismo.<sup>79</sup> Una Constitución duradera requiere de un derecho constitucional desarrollado, y su capacidad evolutiva se manifiesta a través de los actos de interpretación y de las reformas constitucionales, que son una garantía de su perduración. Sin embargo, advierte que a pesar de que la Constitución se ha convertido en paradigma, “una mala práctica puede acabar invalidándola”.<sup>80</sup> Esta cultura jurídica, aunada a una ética política, así como a una difusión extensa del conocimiento de la Constitución, haría posible fortalecer una cultura cívica de respeto a la norma fundamental, sobre todo por aquellos que pueden disponer de los medios de reforma constitucional.

Por otra parte, como dice Jaime Cárdenas, “la realización de la Constitución normativa depende de la concepción general que del derecho se tenga”,<sup>81</sup> que debe tener como punto de partida la idea de que la Constitución es directamente vinculante, es decir, que sus disposiciones tienen eficacia directa, por lo que su vigencia y validez no puede depender de

<sup>78</sup> En términos de lo previsto en los artículo 69 E y 69 H de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

<sup>79</sup> Aragón, *op. cit.*, p. 28.

<sup>80</sup> *Ibidem*, pp. 31, 32.

<sup>81</sup> Cárdenas, Jaime, “Hacia una nueva Constitución”, *El significado actual de la Constitución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 97.

actos secundarios de desarrollo. La convicción de que las disposiciones constitucionales reflejan de manera adecuada los intereses de la sociedad y consagran los auténticos fines y valores de un pueblo aseguran su permanencia. La doctrina alemana habla de un “sentimiento constitucional” basado en el respeto de sus preceptos, esta adhesión es condición de la continuidad de las determinaciones políticas de un Estado. Hesse señala que la fuerza normativa de la Constitución se halla condicionada por la voluntad constante de los implicados de realizar sus contenidos.<sup>82</sup>

Finalmente, se debe concluir que la posibilidad de resolver la tensión entre cambio y permanencia de la Constitución requiere de la realización de diversas acciones para lograr un adecuado balance entre los requerimientos de actualización y concretización de la norma fundamental. Por una parte, se encuentra la necesidad de hacer vigentes principios fundamentales del derecho, como son los de legalidad, seguridad jurídica y certeza sobre las normas vigentes y su significado, pues solo así es posible hablar de un Estado de derecho, y por la otra, la solución exige una conciencia de la relevancia de la Constitución como norma, el fortalecimiento de la cultura jurídica, así como el conocimiento y comprensión de la Constitución, junto con una ética política para que solo se produzcan las reformas indispensables y no se rompa con el sentido real de la Constitución, pues de otra forma se afectaría su fuerza normativa.

<sup>82</sup> Hesse, *op. cit.*, p. 26.