

CAPÍTULO PRIMERO

La Constitución y su reforma: algunas nociones básicas . .	21
I. Constitución y ordenamiento jurídico.	21
II. Rigidez constitucional	28
III. La reforma de la Constitución: temas y problemas . . .	34
IV. Constitución y globalización	41
V. El papel de la ciencia del derecho constitucional . . .	44

CAPÍTULO PRIMERO

LA CONSTITUCIÓN Y SU REFORMA: ALGUNAS NOCIONES BÁSICAS

I. CONSTITUCIÓN Y ORDENAMIENTO JURÍDICO

La Constitución es la norma básica que articula el ordenamiento jurídico. Los ordenamientos modernos son muy complejos y las fuentes que, dentro de ellos, pueden crear validamente normas jurídicas son múltiples.¹ Por ello, hoy la Constitución ya no es el centro que hace que el resto de las normas pasen por su tamiz para ser válidas, sino que se ha convertido simplemente en el marco de referencia dentro del cual pueden tener expresión las diversas opciones políticas y/o técnicas que tomen los legisladores u otros agentes dotados del poder de creación normativa. Como ha escrito Gustavo Zagrebelsky, se trata del nuevo modelo de Constituciones *abiertas*,² que son aquellas.

1 Zagrebelsky, Gustavo, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti*, Turín, UTET, 1993.

2 Sobre la noción de apertura constitucional y de “Constitución abierta” puede consultarse Lucas Verdú, Pablo, *La Constitución abierta y sus “enemigos”*, Madrid, UCM, 1993 y Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 4a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, capítulo VII.

Constituciones que permitan, dentro de los límites constitucionales, tanto la espontaneidad de la vida social como la competencia para asumir la dirección política, condiciones ambas para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática... ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir.³

¿Se debilita con ello la normatividad constitucional? Creo que no. Todo lo contrario. Que la Constitución no predetermine ni los resultados de la contienda política (tanto la que tiene lugar en los procesos electorales, como la que se desarrolla en los parlamentos o cámaras legislativas), ni los espacios y contenidos normativos que van a integrar el resto del ordenamiento jurídico, no quiere decir que la Constitución deje de ser el documento supremo del sistema y la condición de validez de todas las normas que lo integran. Significa, eso sí, que dentro de estados que se asumen a la vez como democráticos y pluralistas, la Constitución debe dejar un espacio a la *política constitucional*.

El Tribunal Constitucional Español lo ha dicho con las siguientes palabras: “la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy distinto signo” (sentencia 11/1981), de modo que “la Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad” (sentencia 174/1989), todo ello en uso de la “libertad de conformación” del propio Poder Legislativo (sentencia 37/1988).

La apertura constitucional tampoco significa dar marcha atrás al proceso de “constitucionalización” del ordenamiento jurídico que se observa en muchos países a partir de la Segunda Posgue-

3 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995, p. 14.

rra Mundial. Justamente, esos mismos estados son los que presentan mayores rasgos de pluralismo político y partidista (Italia quizá sea un caso extremo en este punto), y en los que encuentra mayores espacios constitucionales la política de cada día, la que se ejerce por el Poder Legislativo y por los partidos políticos, en sus respectivas sedes y campos de acción.

El modelo de Constitución contemporánea, con todo y su apertura, se significa por guardar una estrecha relación con el resto del ordenamiento jurídico y con los sujetos encargados de actuarlo. En eso consiste, en buena medida, la llamada “constitucionalización” del ordenamiento jurídico.⁴ De acuerdo con Riccardo Guastini, por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” podemos entender:

un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales.⁵

Dicha constitucionalización no es un proceso bipolar (verdadero o falso), sino que puede ir dándose conforme cada ordenamiento vaya reuniendo algunas características.⁶

Siguiendo al propio Guastini, las condiciones que son necesarias para poder decir que un determinado ordenamiento jurídico está “constitucionalizado”, son las siguientes:

4 La “constitucionalización del ordenamiento”, señala Louis Favoreau, es un fenómeno reciente, poco estudiado y a menudo fuente de confusión y malentendidos, *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2000, p. 37.

5 *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 153.

6 *Ibidem*, p. 154.

- A) *Una Constitución rígida*. El concepto de rigidez constitucional se estudia más adelante; en este momento, conviene simplemente apuntar que, como recuerda Guastini, la constitucionalización será más acentuada en aquellos ordenamientos en los que existan principios (tanto expresamente formulados como implícitos) que no puedan ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional.⁷ En otras palabras, a una Constitución más rígida corresponde un mayor efecto de “constitucionalización” de todo el ordenamiento.
- B) *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Dicha garantía permite hacer de la rigidez algo más que un simple postulado de buenas intenciones. La rigidez, para ser tal, debe poder imponerse frente a las leyes y al resto del ordenamiento jurídico. Los modelos para llevar a cabo el control de constitucionalidad son muy variados y pueden analizarse a la vista de su mayor o menor efectividad. Guastini distingue el modelo americano del modelo francés y del modelo continental europeo (Italia, España, Alemania, etcétera).⁸
- C) *La fuerza vinculante de la Constitución*. Este punto se concreta a través de la idea de que las normas constitucionales (*todas*, con independencia de su estructura y de su contenido) son plenamente aplicables y que obligan a sus destinatarios. Tradicionalmente, no se consideraban como vinculantes las normas programáticas (entre ellas, la doctrina tradicional solía ubicar las relativas a los derechos sociales) o los principios.⁹ El proceso de constitucionalización supone dotar de contenido normativo a todas las disposiciones contenidas en la carta fundamental; desde luego, su fuerza normativa dependerá en mucho de la forma en que estén redactadas, de los alcances interpretativos que les haya

⁷ *Ibidem*, p. 155.

⁸ *Ibidem*, pp. 155-157.

⁹ *Ibidem*, pp. 157 y 158.

dado la jurisdicción constitucional y de los ejercicios analíticos que hagan los teóricos, pero de lo que no debe quedar duda es que las normas constitucionales son, ante todo y sobre todo, normas jurídicas aplicables y vinculantes, y no simples programas de acción política o catálogos de recomendaciones a los poderes públicos.¹⁰

D) *La “sobreinterpretación” de la Constitución.* Dicha sobreinterpretación se produce cuando los intérpretes constitucionales (que son tanto los encargados de desempeñar la jurisdicción constitucional como los jueces ordinarios, los demás órganos del Estado y los juristas en general)¹¹ no se limitan a llevar a cabo una interpretación literal de la Constitución, sino que adoptan una interpretación extensiva, utilizando cuando sea posible el argumento *a simili*. A través de este tipo de interpretación, a la que se refiere también Guastini en otros de sus trabajos,¹² pueden extraerse del texto constitucional innumerables normas implícitas, idóneas para regular casi cualquier aspecto de la vida social y político, y por ende, idóneas también para condicionar de forma muy incisiva el contenido de una parte del ordenamiento jurídico.

Cuando la Constitución es sobreinterpretada (apunta Guastini) no quedan espacios vacíos de —o sea, libres del— derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada (quizás aún, minuciosamente regulada) por una u otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional.¹³

10 Sobre el mismo punto, con bibliografía complementaria, Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, cit., capítulo VI.

11 Sobre este punto véase el clásico trabajo de Peter Häberle, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”, en el libro del mismo autor, *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, IVAP, 1996.

12 Véase, por ejemplo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 4a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

13 *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 159 y 160.

E) *La aplicación directa de las normas constitucionales*. Esta quinta condición para la constitucionalización del ordenamiento jurídico tiene que ver con dos cuestiones: a) el entendimiento de que la Constitución rige también las relaciones entre particulares y no es un texto dirigido solamente a las autoridades u órganos públicos y b) que todos los jueces pueden aplicar la Constitución, incluso sus normas programáticas o normas de principio.¹⁴ Estos dos aspectos no se encontraban en el constitucionalismo clásico, pero han ido conquistándose de forma paulatina en los años recientes tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucionales.¹⁵ En México, sin embargo, ambos aspectos todavía no han sido analizados teóricamente ni desarrollados en las sentencias de nuestros jueces.

F) *La interpretación conforme de las leyes*. Guastini apunta que esta condición no tiene que ver con la interpretación de la Constitución, sino con la interpretación de la ley.¹⁶ La interpretación conforme se da cuando, al tener la posibilidad un juez de aplicar a un caso concreto la interpretación X1 de una ley o la interpretación X2, opta por la que sea más favorable para cumplir de mejor forma (de manera más completa) con algún mandato constitucional. Desde luego, la interpretación conforme también significa que, ante una interpretación de la ley que vulnera el texto constitucional u otra interpretación de la misma ley que no lo vulnera, el juez prefiere esta última.¹⁷

14 Obviamente, en aquellos países en los que exista un control “concentrado” de constitucionalidad de las leyes, los jueces ordinarios no podrán declarar la inconstitucionalidad de una ley, pero sí podrán utilizar a la Constitución de forma directa en aquellos casos en los que las leyes no tengan ninguna previsión o para llegar a la interpretación legal que mejor desarrolle los propios mandatos constitucionales.

15 *Ibidem*, pp. 160 y 161.

16 *Ibidem*, p. 160.

17 Jiménez Campo, Javier, “Interpretación conforme” e “Interpretación constitucional”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995.

G) *La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.* La última de las condiciones de constitucionalización del ordenamiento a las que se refiere Guastini consiste en una pluralidad de elementos entre los que pueden mencionarse los siguientes: *a)* que la Constitución prevea un sistema de solución de diferencias políticas entre órganos del Estado (incluso entre órganos de los diversos niveles de gobierno en los estados que sean federales o regionales), que permita a un órgano jurisdiccional resolverlos aplicando normas constitucionales;¹⁸ *b)* que los órganos jurisdiccionales encargados de la justicia constitucional no asuman actitudes de *self restraint* frente a lo que en alguna época se ha llamado las *political questions*, sino que todos los espacios del quehacer público del Estado sean reconducibles a parámetros de enjuiciamiento constitucional; *c)* que las normas constitucionales sean utilizadas por los principales actores políticos para argumentar y defender sus opciones políticas o de gobierno.¹⁹

A la luz de lo anterior puede verse que las relaciones entre la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico han ido evolucionando. Con seguridad, varios de los puntos mencionados darán lugar o lo están dando ya a problemas importantes dentro del Estado constitucional, pero desde luego que, con todos los matices que se quiera, se trata de avances de primer orden en la lógica en permanente construcción del Estado constitucional contemporáneo.

18 En México se trataría de los supuestos que sobre las “controversias constitucionales” enumera la fracción I del artículo 105 constitucional.

19 *Ibidem*, pp. 163 y 164.

II. RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

La rigidez de una Constitución se produce siempre que en un determinado texto constitucional existan procedimientos diferenciados para la aprobación de las leyes y para la aprobación de las reformas constitucionales.

Dicha diferenciación puede hacerse de varias maneras. Puede establecerse que sea el mismo órgano el que lleve a cabo ambos tipos de reformas, pero siguiendo un procedimiento distinto, normalmente más complejo, para el caso de las reformas constitucionales. En este sentido, pueden requerirse mayorías calificadas o supercalificadas para aprobar una reforma constitucional, o se puede necesitar de un procedimiento que implique un periodo más largo de tiempo; bajo sistemas parlamentarios puede incluso requerirse que cuando se propone una reforma constitucional se disuelva el Poder Legislativo y se convoque a elecciones de forma que sean los nuevos legisladores los que se encarguen de votar la iniciativa propuesta por la Legislatura precedente.

Otra posibilidad es que las reformas legales y las reformas constitucionales sean llevadas a cabo por órganos diferentes. Concretamente, el derecho comparado ofrece bastantes ejemplos de textos constitucionales que solamente pueden ser reformados por asambleas convocadas con ese único objeto, o bien por órganos que tienen una composición compleja: integrados, por ejemplo, tanto por el Poder Legislativo Federal como por los poderes legislativos locales, por mencionar un ejemplo que puede darse en un Estado organizado federalmente.

Las Constituciones rígidas suelen oponerse para efectos pedagógicos a las Constituciones flexibles. Son flexibles aquellas Constituciones que pueden ser modificadas siguiendo el mismo procedimiento que se sigue para la aprobación o modificación de las leyes.

En un sistema constitucional que cuente con una Constitución flexible, como ha señalado Riccardo Guastini, la Constitución y la ley tienen la misma fuerza, se encuentran ubicadas en un mis-

mo nivel jerárquico. En consecuencia, el principio que regula sus relaciones no es el de *lex superior derogat inferiori*, sino el de *lex posterior derogat priori*, la ley (la norma, mejor dicho) posterior en el tiempo deroga a la anterior. Esto significa, además, que si una ley contiene una disposición contraria a la Constitución, dicha ley se entiende no como una violación constitucional, sino como una modificación a lo dispuesto por el texto de la Constitución.²⁰

La distinción entre Constituciones flexibles y Constituciones rígidas fue elaborada originalmente por James Bryce en una obra clásica sobre el tema.²¹ En la actualidad dicha distinción ha perdido en buena medida su relevancia práctica, puesto que la enorme mayoría de los textos constitucionales contemporáneos son rígidos. Por ello, hoy en día se habla más de grados de rigidez, que de rigidez o flexibilidad *tout court*.²²

El grado de rigidez de cada texto constitucional concreto se encuentra en relación directa con la mayor o menor dificultad que dispone ese mismo texto para su propia reforma. Con un grado máximo de rigidez se encuentran las Constituciones que no permiten cambiar ninguna de sus disposiciones; en realidad, en esos casos, se habla de “Constituciones petrificadas”, más que de Constituciones rígidas. Hay otras Constituciones que no permiten la revisión de algunas de sus disposiciones, consagrando por tanto espacios intocables para la acción del poder reformador de la Constitución. En este último supuesto se encuentra, por ejemplo, la Constitución italiana de 1947, que no permite la revisión de la forma republicana del Estado italiano (artículo 139); también

20 Guastini, Riccardo, “La Constitución como límite a la legislación”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 235 y ss.

21 Bryce, James, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, CEC, 1988.

22 Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 50; Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, cit., p. 189.

es el caso de la Constitución alemana de 1949, que no permite la reforma de la división de la Federación en estados, el principio de cooperación de los estados en la potestad legislativa o los principios de sus artículos 1o. y 20 (artículo 79.3).²³ Hay otras Constituciones, en fin, que contienen un doble proceso de reforma: uno más complejo, normalmente reservado para las modificaciones que afecten a los derechos fundamentales y a los principios básicos de la organización estatal, y otro procedimiento que sirve para modificar las disposiciones no esenciales que se contienen en la Constitución: es el caso de la Constitución española de 1978 (artículos 167 y 168).²⁴

La rigidez constitucional no debe ser confundida con la supremacía constitucional. Como hemos dicho, rígida es una Constitución que no puede ser modificada a través del procedimiento que se sigue para la creación o modificación de una ley, mientras que supremo es un documento constitucional creado por el poder constituyente, mismo que desaparece después de haber expedido la Constitución. Puede haber Constituciones que sean supremas y no sean rígidas.

La supremacía y la rigidez constitucionales se distinguen también por su objetivo: la primera sirve para identificar a las normas constitucionales, mientras que la rigidez busca contribuir a la estabilidad de la Constitución, al hacer más difícil su modificación.²⁵

La rigidez y la supremacía coinciden, sin embargo, en sus efectos: tanto en virtud de una como de otra, todas las normas del ordenamiento deben adecuarse, formal y sustancialmente, a las disposiciones constitucionales. Si no lo hicieran así violarían tanto la supremacía como la rigidez constitucionales. Ambas ca-

23 Otro ejemplo se encuentra en el artículo 288 de la Constitución portuguesa de 1976.

24 Para un análisis de este aspecto de la Constitución española puede verse Vega, Pedro de, *El poder constituyente...*, cit., pp. 128 y ss.

25 Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 63.

racterísticas, por ende, sirven como parámetros de validez del resto de normas del ordenamiento.

Algunos autores distinguen entre una rigidez “débil” y una rigidez “fuerte”.²⁶ La primera se da en aquellas Constituciones que se limitan a precisar que su reforma debe hacerse o bien por un órgano especial distinto de los demás poderes constituidos, o bien por el Poder Legislativo ordinario pero a través de un procedimiento dificultado, de modo que las leyes no pueden contrariar la Constitución bajo la pena de ser ilegítimas, es decir, inválidas. La rigidez “fuerte”, por su parte, es una cualidad de aquellas Constituciones que, además de lo anterior, establecen también un control jurisdiccional de la legislación que se encarga de verificar, llegado el caso, si una norma legislativa o infralegislativa vulnera o contraría la norma constitucional y procede a anularla si así fuera.

La rigidez constitucional puede plantear algunos problemas para la teoría de la democracia, en la medida en que rompe con el principio de “equivalencia de las opciones”, como ha señalado Ignacio de Otto.²⁷ De acuerdo con ese principio, en una democracia todas las opciones deben tener las mismas posibilidades de realización, lo cual se asegura con el principio de la mayoría que garantiza el éxito para aquella opción que tenga más votos. Pues bien, el hecho de que para reformar la Constitución se requiera una mayoría calificada rompe con esa igualdad de oportunidades ya que, por poner un ejemplo, si una Constitución para ser reformada requiere el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de las cámaras legislativas, quiere decir que para impedir la reforma, esto es, para que triunfe la opción que propugna el mantenimiento del contenido vigente de la norma constitucional, se requiere solamente del voto del 34% de los legisladores.

²⁶ Guastini, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993, pp. 73 y 74.

²⁷ *Derecho constitucional*, cit., pp. 59 y 60.

Lo que sucede en estos casos es que el “principio de equivalencia de las opciones” ha sido sustituido en favor de la continuidad de la Constitución en su contenido actual, lo cual implica una limitación de la democracia en nombre de la misma democracia y en favor de valores —como la estabilidad constitucional y la continuidad normativa— que se consideran preferentes con respecto al principio mayoritario.

Quizá por esto es que desde un sector de la teoría crítica se apunta que la reforma constitucional, más que contribuir al cambio, lo que trata de hacer es garantizar el control del cambio, actuando de esa manera a favor del *status quo*.²⁸

La Constitución mexicana de 1917 puede ser calificada como una Constitución rígida en un doble sentido. Por una parte tiene un procedimiento de reforma, establecido en su artículo 135, diferente —más complicado— que el que se utiliza para la legislación ordinaria (tiene incluso un procedimiento super rígido, previsto en el artículo 73, fracción III). Por otro lado, el procedimiento de reforma es llevado a cabo por un órgano diferente al que se encarga de expedir y reformar las leyes; el poder reformador de la Constitución se integra no solamente por las dos cámaras del Congreso de la Unión, sino también por las legislaturas de los estados.

Sin embargo, la rigidez constitucional, a pesar de estar recogida expresamente en el texto de la carta magna, no ha sido una realidad en su funcionamiento práctico. Puede decirse, de hecho, que la Constitución ha sido reformada incluso con mayor facilidad que algunas de las leyes inferiores: prácticamente ninguna ley, si es que alguna, ha sufrido tantas reformas como el texto constitucional.

Para evitar las continuas reformas constitucionales un sector de la doctrina nacional ha propuesto una modificación del artículo 135 para prever un doble mecanismo de reforma. Uno sería el

28 Cabo, Carlos de, “Sobre la función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, cit., pp. 45 y ss.

conocido hasta este momento, pero con dos adiciones: la primera para fijar un plazo máximo en el que las legislaturas de los estados pueden pronunciarse sobre una iniciativa de reforma constitucional que les haya sido remitida por el Congreso de la Unión (transcurrido dicho plazo sin que se hayan manifestado, se entendería que están de acuerdo con la reforma); la segunda adición sería para establecer que 48 horas después de transcurrido el plazo señalado, el Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, deberían hacer una declaratoria pública informando si se ha aprobado o no la reforma y en caso positivo con qué quórum. El segundo tipo de procedimiento sería uno agravado que implicaría, entre otras cosas, la celebración de un referéndum para que fuera el cuerpo electoral el que tuviera la última palabra sobre la conveniencia o inconveniencia de aprobar una reforma constitucional.²⁹

La posible inclusión del referéndum podría significar una propuesta atendible, que incluso ha suscitado un cierto consenso por parte de la doctrina nacional. La idea de incluir un doble proceso de reforma, sin embargo, creo que puede crear más problemas de los que soluciona. Basta atender para comprobarlo a la experiencia suscitada en España a raíz de la reforma constitucional realizada en 1992 para adecuar el texto de la carta fundamental de 1978 a los requerimientos del Tratado de Maastrich.

En cualquier caso, lo que debe entenderse en el futuro es que la Constitución no es una ley cualquiera que puede ser modificada al gusto del presidente en turno, con independencia de la mayoría que tenga su partido en el Congreso de la Unión y en las legislaturas locales.³⁰ Si no existe un mínimo de estabilidad

29 Véase Madrazo, Jorge, “Artículo 135”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 16a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, t. V, pp. 144 y ss.

30 Como se señala más adelante, el difícil y tortuoso proceso de aprobación de la reforma constitucional indígena publicada el 14 de agosto de 2001 es muy sintomático de que algo está cambiando en México en materia de reformas constitucionales.

constitucional va a ser muy difícil lograr que la Constitución despliegue completamente su normatividad.

La rigidez no solamente debe estar prevista en el texto de la Constitución, sino también debe ser observada en la práctica política de un Estado. Los gobernantes deben aprender a ver los beneficios a largo plazo de la estabilidad constitucional frente a las ventajas inmediatas que pueda reportarles una reforma a la carta magna. Por desgracia, en la medida en que la Constitución de 1917 ha acumulado en su texto una serie de disposiciones de detalle que no tienen nada que hacer dentro de una carta fundamental y en virtud de que esas disposiciones son en buena medida reflejo de las preferencias de un tipo de régimen político que actualmente ya no existe, las reformas van a tener que seguir dándose en los próximos años. Algunas de ellas incluso en el corto plazo, como se explica en los capítulos que siguen.

III. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN: TEMAS Y PROBLEMAS

Aparte de lo que acaba de decirse en relación al tema de la rigidez constitucional, lo relativo a la reforma de la carta magna requiere, al menos en México, de una reflexión por separado. Han sido más de seiscientas las modificaciones que ha sufrido el texto de 1917 desde su entrada en vigor. Los efectos que ese incesante devenir de cambios ha producido sobre la normatividad constitucional, o más simplemente sobre la posibilidad misma de conocer y estudiar el texto constitucional, han sido impresionantes y devastadores.

Tales efectos son particularmente intensos por lo que hace a la teoría del derecho constitucional. En más de 84 años en que hemos estado regidos por una misma Constitución, no ha podido escribirse todavía el equivalente a los magníficos tratamientos teóricos que se han hecho en otros países.³¹ La razón de ese vacío

31 No tenemos en México un comentario constitucional del alcance que tienen en Italia el comentario dirigido primero por Giuseppe Branca y luego por

que nos expone Diego Valadés es demoledora para el entero sistema jurídico: “tenemos constitucionalistas pero no tenemos una Constitución estable, que pueda ser estudiada con detalle”.³²

En materia jurídica —afirma Valadés— nuestro país se singulariza por la volatilidad de las normas, especialmente por las de naturaleza constitucional. Lejos de plasmarlas en bronce o cantera, la Constitución y las leyes tienen que editarse en volúmenes de hojas sustituibles. No se trata de un asunto anecdótico; representa un problema de considerable magnitud.³³

La consecuencia de ello, además de la imposibilidad de contar con tratados de derecho constitucional mexicano, es que la Constitución ha pasado a ser un objeto conocido —si acaso— solo por los expertos, pero que se encuentra fuera del alcance real de aquellos que supuestamente son sus destinatarios: todos los habitantes de México.

Hasta hace poco la doctrina no tenía claro que los procedimientos de reforma constitucionales pudieran ser controlados por el Poder Judicial federal. Fue a raíz de un amparo promovido por Manuel Camacho Solís, luego de la reforma constitucional de agosto de 1996 que el tema fue objeto de estudio por el Pleno de la Suprema Corte. Al solucionar el “amparo Camacho” la Corte emitió, entre otros, los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales:

Alessandro Pizzorusso, publicado por la editorial Giuffrè; o en España el coordinado por Óscar Alzaga. Aunque sí tenemos un producto editorial que intenta aproximarseles y que tal vez representa la exégesis más profunda y rigurosa —sin desconocer sus límites, desde luego— que hay México del texto constitucional; me refiero a la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 16a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas 2002, 5 ts.

³² *Constitución y democracia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 3.

³³ *Ibidem*, p. 4.

REFORMA CONSTITUCIONAL, AMPARO CONTRA SU PROCESO DE CREACIÓN. EL INTERÉS JURÍDICO DERIVA DE LA AFECTACIÓN QUE PRODUCE, EN LA ESFERA DE DERECHOS DEL QUEJOSO, EL CONTENIDO DE LOS PRECEPTOS MODIFICADOS. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia ha determinado que cuando se impugna el proceso de reforma constitucional no es la carta magna, sino los actos que integran el procedimiento legislativo que culmina con su reforma, lo que se pone en tela de juicio, por lo que pueden ser considerados como autoridades responsables quienes intervienen en dicho proceso, por emanar éste de un órgano constituido, debiendo ajustar su actuar a las formas o esencias consagradas en los ordenamientos correspondientes, conducta que puede ser controvertida mediante el juicio de amparo, por violación al principio de legalidad. Asimismo, estableció que la circunstancia de que aun cuando el proceso de reforma hubiese sido elevado a la categoría de norma suprema, tal situación no podría desconocer la eficacia protectora del juicio de amparo como medio de control constitucional, puesto que de ser así no habría forma de remediar el posible incumplimiento de las formalidades consagradas en el artículo 135 de la carta magna ni, por ende, podría restablecerse a los agraviados en los derechos que estiman violados, con lo que se autorizaría la transgresión a derechos fundamentales sin oportunidad defensiva. En consecuencia, si bien es cierto que el contenido del dispositivo constitucional resulta inimpugnable a través de la demanda de garantías, siendo sólo atacable el proceso de reforma correspondiente, y el interés jurídico se identifica como la tutela que se regula bajo determinados preceptos legales, la cual autoriza al quejoso el ejercicio de los medios para lograr su defensa, así como la reparación del perjuicio que le irroga su desconocimiento o violación, debe concluirse que el interés jurídico para promover el juicio contra el proceso de reforma relativo debe derivar directamente de los efectos que produce la vigencia del nuevo precepto constitucional, pues son éstos los que producen un menoscabo en la esfera jurídica del gobernado. Amparo en revisión 1334/98. Manuel Camacho Solís, 9 de septiembre de 1999, once votos, ponente: Mariano Azuela Güitrón, secretario: Humberto Suárez Camacho, novena época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. X, septiembre de 1999, tesis P. LXII/99, p. 11.

REFORMA CONSTITUCIONAL, AMPARO CONTRA SU PROCESO DE CREACIÓN. PARA SU PROCEDENCIA NO SE REQUIERE DE LA EXPRESIÓN, EN EXCLUSIVA, DE VIOLACIONES RELACIONADAS CON EL ARTÍCULO 135 DE LA CONSTITUCIÓN. La improcedencia del juicio de garantías por ausencia de expresión de conceptos de violación se encuentra fundamentada en el artículo 73, fracción XVIII, en relación con el 116, fracción V, ambos de la Ley de Amparo, siendo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que este último dispositivo no exige formalidad alguna para plantear los argumentos de inconstitucionalidad en demandas de amparo indirecto, por ser suficiente para que el juez de distrito deba estudiarlos, que el quejoso exprese con claridad la causa de pedir, consistente en la lesión o agravio que estima le produce el acto, resolución o ley impugnada, y los motivos que lo originaron, aunque no guarden un apego estricto a la forma lógica del silogismo. En consecuencia, cuando se impugne en amparo el proceso de reforma constitucional, basta que el quejoso exponga las razones por las cuales considera que dicho acto es contrario a las garantías individuales, para estimar satisfecho el requisito de expresión de conceptos de violación, sin que le sea exigible que sólo señale transgresiones al artículo 135 de la Constitución, porque el contenido de dicho dispositivo sólo consagra el procedimiento para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la propia carta magna, mas en parte alguna del precepto se establece que en el ejercicio de los medios de control constitucional deban argumentarse únicamente violaciones que incidan directamente con el citado procedimiento. Amparo en revisión 1334/98. Manuel Camacho Solís, 9 de septiembre de 1999, once votos, ponente: Mariano Azuela Güitrón, secretario: Humberto Suárez Camacho, novena época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. X, septiembre de 1999, tesis P. LXVI/99, p. 12.

Un tema clásico dentro del estudio de las funciones y alcances de las reformas a la Constitución sigue abierto en México: ¿cuánta rigidez debe tener el texto constitucional?, en otras palabras, ¿qué tan difícil debe ser la modificación de la Constitución? Algunas propuestas en este punto ya se han expuesto en el apartado

anterior, referido, justamente, a la rigidez constitucional. Me detendré ahora en otro género de preocupaciones.

La reflexión sobre la dificultad que debe tener el proceso de reforma constitucional puede desprenderse de un hecho incontrovertible: el intenso cambio político y jurídico que ha vivido México en los últimos años.³⁴ Por lo que hace a la esfera puramente política, México está dejando atrás —con mayor lentitud de lo que parecen advertir algunos analistas, que luego de la alternancia en la Presidencia de la República se han apresurado a declarar el final de la “transición mexicana”— una época marcada por el predominio presidencialista y la presencia de partido hegemónico. Ese paso hace necesario modificar las reglas del juego político, los equilibrios institucionales, las formas de control del poder, etcétera.³⁵ De todo ello tratan, en buena medida, los capítulos segundo y tercero de este ensayo.

Una parte del problema consiste en que no es difícil reconocer la necesidad de que el texto constitucional tenga estabilidad. Pero, por otro lado, como se intenta demostrar en los capítulos que siguen, el texto actual sigue teniendo graves lagunas y regulaciones poco consistentes y efectivas en un contexto democrático. La salida podría ser la de llevar a cabo una reforma integral de la Constitución que incluyera, en su parte final, también una modificación al procedimiento de reforma. Es decir, llevar a cabo una modificación del artículo 135 constitucional, quizás en el sentido que ya se apuntaba en el apartado anterior.

Hay dos cuestiones, aparte de la mencionada acerca de la posibilidad de interponer un recurso de amparo en su contra, que han modificado de forma importante el papel, las posibilidades

34 Los alcances del cambio jurídico han sido examinados en López Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997; véase también Cossío, José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*, cit.

35 Cansino, César, *La transición mexicana 1977-2000*, México, CEPACOM, 2000.

y los alcances de la reforma constitucional en México en los años recientes. Son las siguientes:

- A) Un primer cambio que se ha producido en los últimos años —sobre todo desde 1997— tiene que ver con la posibilidad ya no jurídica sino *política* de aprobar reformas constitucionales. A partir de 1997 el presidente de la República —que tradicionalmente ha sido el impulsor de un número importante de reformas constitucionales— ya no cuenta con mayoría absoluta en ambas Cámaras del Congreso de la Unión. De hecho, a partir de las elecciones del 2 de julio de 2000, el Ejecutivo no tiene mayoría absoluta de su mismo partido en ninguna de las Cámaras.

Esto supone un cambio cualitativo en las discusiones y análisis de las reformas constitucionales en virtud de que ahora el presidente no puede movilizar a los miembros de su partido en las Cámaras para hacer aprobar los proyectos de reforma constitucional que sean de su interés.

Tanto en la legislatura LVII como en la LVIII han habido diversas iniciativas de reforma constitucional de la mayor importancia para la vida económica, política y social del país que no han sido aprobadas, o que lo han sido luego de que los legisladores les hicieran profundas modificaciones a los proyectos presentados por el presidente; tal es el caso de la llamada “reforma al sector eléctrico” o el de la denominada “reforma indígena”.

En el futuro inmediato se vislumbra cada vez más difícil el poder llevar a cabo reformas constitucionales. Es probable que en los próximos años asistamos a un menor ritmo de cambio del texto constitucional; disminución que tendrá que ver también con la dificultad de generar consensos entre las diversas fuerzas políticas que tienen representación en las Cámaras.

- B) Un segundo cambio importante que habría que mencionar para entender cabalmente el procedimiento de reforma

constitucional es el papel cada vez más relevante que han tomado las legislaturas locales. Tradicionalmente los debates sobre las reformas constitucionales se producían en el Congreso de la Unión y luego las legislaturas realizaban una especie de ratificación, que casi siempre se llevaba a cabo de forma automática y sin mayores problemas. Cuando era urgente, como en el caso de la nacionalización bancaria de 1982, las legislaturas locales aprobaban las reformas a la Constitución a toda velocidad, sin dificultad ni debate alguno.

A partir de la derrota del PRI en las elecciones presidenciales del 2 de julio de 2000, las legislaturas locales se han convertido también en escenarios de lucha entre los partidos políticos nacionales, y esa lucha ha tenido uno de sus momentos privilegiados en los procedimientos de reforma constitucional.

Lo anterior pudo apreciarse claramente en el complicado procedimiento de aprobación de la “reforma constitucional indígena” (finalmente publicada el 14 de agosto de 2001), que habiendo sido aprobada por ambas Cámaras del Congreso de la Unión, fue rechazada por más de diez legislaturas locales. El debate estrictamente local dentro de dicho procedimiento —muchas veces desligado del que se llevó a cabo en los órganos federales— tuvo una importante repercusión en los argumentos esgrimidos en las respectivas legislaturas de las entidades federativas. Las razones para la aprobación o rechazo de la iniciativa ya aprobada por las Cámaras federales fueron muy distintas y tuvieron que ver con lógicas y argumentaciones que hacían referencia, en no pocas ocasiones, a razones de política partidista local en relación con lo federal o directamente con problemas de índole local. Por primera vez vimos que ese tipo de razones emergieron en un debate sobre una reforma a la Constitución federal, lo cual nos lleva a pensar que las co-

sas en efecto están cambiando en materia de reformas constitucionales.

Los dos factores que acaban de explicarse —junto al tema del control de constitucionalidad que ya ha empezado a ejercerse a partir del “amparo Camacho”— con toda probabilidad van a contribuir a hacer más compleja y difícil la reforma a la carta magna: al menos las reformas “a cuenta gotas”, las reformas puntuales y desarticuladas que se han realizado en los últimos años. Quedaría pendiente, eso sí, la gran “reforma integral” de la Constitución a la que ya se ha hecho referencia.

IV. CONSTITUCIÓN Y GLOBALIZACIÓN

La ciencia del derecho constitucional no puede seguir operando sobre la (pre)suposición de que su único referente territorial es el “Estado-nación”.³⁶ La globalización, ese fenómeno complejo y muchas veces poco entendido, tiene un impacto indudable en las funciones que desarrolla el Estado constitucional. Una teoría del *cambio constitucional* que no se haga cargo de que la atmósfera natural del constitucionalismo (que es el Estado-nación) está atravesando por una etapa de cambio profundo, será una teoría necesariamente incompleta y miope. La globalización no tiene significados meramente mercantiles o comerciales; por el contrario, contiene implicaciones y consecuencias de primera magnitud para el derecho en general³⁷ y para el Estado constitucional en concreto: para la división de poderes, para la forma de ejercer el control de constitucionalidad, con respecto a la concepción y protección de los derechos fundamentales, sobre la dis-

36 Véanse las observaciones de Kymlicka, Will y Straehle, Christine, *Cosmopolitismo, Estado-nación y nacionalismo de las minorías*, trad. de Karla Pérez Portilla y Neus Torbisco, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

37 Faria, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001.

tribución territorial del poder, sobre los emergentes poderes privados carentes hasta ahora de regulación, etcétera.³⁸

No se trata, hasta donde alcanzo a ver, de crear un “constitucionalismo sin Estado”, como parece proponer Luigi Ferrajoli,³⁹ si no más bien de comprender que el Estado se enfrenta a nuevos retos y que, en esta etapa, le toca jugar un papel distinto al que ha tenido hasta ahora asignado (o autoasignado).⁴⁰ El Estado no desaparece pero la centralidad que ha venido ocupando en los últimos siglos se ve desplazada en favor de un movimiento en una doble dirección: el Estado se ve desplazado por instituciones supranacionales que se encargan de proteger los derechos que van más allá de las fronteras (los medioambientales, por ejemplo) o cuya tutela concierne no a un régimen político en lo particular, sino a dispositivos institucionales de carácter supranacional (la prevención o el castigo del genocidio, el *apartheid*, las segregaciones masivas, etcétera) pero también se ve rebasado por las administraciones locales, por las autoridades municipales, regionales o de barrio, que se encuentran cerca del ciudadano y adquieren un papel protagónico en el diagnóstico y solución de los problemas más inmediatos.

El Estado-nación se ve rebasado en ambas direcciones (hacia arriba y hacia abajo) y queda a cargo de los enlaces entre los nuevos niveles relevantes de gobierno. Una de esas direcciones parece dar cuenta del *proyecto cosmopolita*, que entiende que frente a la globalización de la economía y a la transnacionalización de los retos para el futuro (y el presente) de la humanidad, hay que responder con un pensamiento y una acción política que de la misma forma sea capaz de rebasar las fronteras y ponerse

38 Véase Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

39 Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, en prensa.

40 Sousa, Boaventura de, *Reinventar el Estado. Reinventar la democracia*, Madrid, Sequitur, 1999; Beck, Ulrich, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, Paidós, 1998.

frente a los nuevos poderes; por otro lado, el movimiento *hacia abajo* estaría en la línea de dar cobertura a los movimientos que reivindican la identidad, que entienden que hay que mantener vivas algunas tradiciones y que la mejor forma de convivencia es la que se rige por el autogobierno.

Por supuesto, se trata de un modelo en ciernes, que habrá que ser discutido y precisado, examinando caso por caso y no creando recetas generales que simplemente no pueden dar cuenta de una realidad compleja y abigarrada que es con la que tienen que operar nuestros contemporáneos estados-nación (no es lo mismo el precario Estado colombiano que el fuerte Estado francés, ni significa lo mismo tener de vecino inmediato a Estados Unidos que tenerlo a 15,000 kilómetros de la propia frontera).

Una propuesta muy seductora e inteligente es la que ha construido Luigi Ferrajoli sobre la posibilidad de avanzar hacia un constitucionalismo mundial (o global, como se prefiera).⁴¹

Frente a la globalización, el pensamiento jurídico

parece estar ante el desafío de encontrar alternativas para el agotamiento paradigmático de sus principales modelos teóricos y analíticos, pues tal es la intensidad del impacto producido por todas esas transformaciones en sus esquemas conceptuales, en sus presupuestos epistemológicos, en sus métodos y en sus procedimientos.⁴²

Desde luego, la globalización tiene impacto también en las teorías del *cambio constitucional*; así pues, en el contexto actual los ordenamientos constitucionales deben tener cláusulas de apertura hacia el derecho internacional o hacia el derecho de otros países; incluyendo entre ellas, por ejemplo, las reglas de recepción y ejecución de las sentencias de los tribunales internacionales.

41 Ferrajoli, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, en Carbonell y Vázquez (comps.), *Estado constitucional y globalización*, cit., pp. 313 y ss.

42 Faria, op. cit., p. 13.

V. EL PAPEL DE LA CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Antes de terminar este breve capítulo introductorio, conviene resaltar el papel de primer orden que le corresponde jugar a la ciencia jurídica. No se trata solamente de que, como ha mencionado también Ferrajoli, a la ciencia jurídica en general le corresponda en el paradigma del Estado constitucional un papel normativo y no solamente descriptivo,⁴³ sino sobre todo de que, al menos en México, los teóricos deben llevar a cabo una tarea reconstructiva de la mayor trascendencia.

No hace falta repetir ahora el papel legitimador que la doctrina constitucional tuvo bajo el régimen de la hegemonía priísta.⁴⁴ Conviene más bien enfocarse hacia las posibilidades operativas y generadoras de posturas críticas que, en la incipiente democracia mexicana del siglo XXI, puede tener una teoría constitucional progresista.

Dichas posibilidades pueden materializarse en diversas líneas de acción y de crítica al funcionamiento real del sistema democrático y constitucional mexicano.

En la medida en que la teoría *puede* tener ese papel relevante, le cabe también la responsabilidad de *ejercerlo* de manera coherente. La coherencia teórica, en los momentos que vive México, no pasa en absoluto por ese vicio de alguna parte de la doctrina que consiste en hacer *literatura de evasión*, olvidándose de los problemas reales para intentar conquistar las cumbres del pensamiento abstracto. En vez de denunciar desde la teoría los atropellos cotidianos a los derechos más esenciales de quienes habitamos en México o de denunciar la rampante corrupción que sigue persistiendo en las estructuras burocráticas del país, hay algunos académicos que prefieren hablar de temas que simplemente no

43 Ferrajoli, Luigi, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999; *ibidem*, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2000, pp. 21 y ss.

44 Para ello, Cossío, *Cambio social y cambio jurídico*, cit.

tienen aplicabilidad práctica en México. Esta actitud teórica genera una doble consecuencia: por una parte, permite ejercicios (auto)legitimadores del poder, que puede presumir de democrático en tanto que no es seriamente impugnado por quien podría hacerlo con todos los elementos del rigor académico; por otro lado, degrada a la propia academia al hacerla inútil para todo lo práctico e irrelevante a los ojos de quienes deberían ser sus usuarios naturales: los estudiantes en primer lugar y los operadores jurídicos prácticos en segundo.

No paso por alto el hecho de que la teoría debe ser justamente eso: teoría. Pero también es verdad que la teoría debe ponerse al servicio de realidades concretas. Hacer ciencia jurídica en México como si viviéramos en un mundo en perfecta armonía, en donde los poderes públicos hubieran respetado desde siempre las reglas del juego democrático y las garantías de los ciudadanos, es un ejercicio de acrobacia académica o de desvergüenza cívica, como se prefiera llamarlo.

Por fortuna, la doctrina mexicana se ha dado ya cuenta de las enormes posibilidades de actuación que tiene y, en los últimos años, se observa una creciente movilización teórica —desde el ámbito de la ciencia jurídica— para ir dándole forma al cambio democrático y empujar en consecuencia las reformas necesarias en muchos sectores del ordenamiento. La Constitución no es la excepción, de forma que en los tiempos recientes hemos asistido a un debate intenso acerca de su rediseño y de las posibilidades de innovación institucional que podría recoger.⁴⁵

En el futuro inmediato todo parece indicar que las discusiones teóricas sobre el texto constitucional se van a intensificar debido, en parte, a la inmovilidad misma de los principales actores políticos, que se encuentran entrampados en las tareas del día a día y no cuentan con la capacidad de planear el desarrollo institucional de México en el mediano plazo. Hay un campo abierto de

45 Parte de ese debate se encuentra en Varios autores, *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, 1999 (1a. reimpresión, 2000).

reflexión y discusión sobre casi todos los temas. Desde la forma de gobierno hasta las vías procesales de garantía para los derechos fundamentales, es tiempo de cuestionar varias cosas y de replantear algunas otras. No, desde luego, para prescindir de todo aquello que hasta ahora ha funcionado (o puede funcionar en el futuro) razonablemente bien, pero sí para ir mejorando muchos aspectos del constitucionalismo mexicano.