

# La Reforma Constitucional. Problemas en torno a la mutación constitucional.

Autor: Christian Yair Aldrete Acuña

---

Tesis doctoral UDC / 2023

Director/a: Javier Ruipérez Alamillo

Programa de doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano





**PROF. DR. JAVIER RUIPÉREZ ALAMILLO**, Catedrático de Derecho Constitucional y director de la tesis de D. CHRISTIAN YAIR ALDRETE ACULA, titulada *La Reforma Constitucional. Problemas en torno a la mutación constitucional*,

**AUTORIZA**

El depósito de dicha tesis doctoral, para su lectura, así como, por entender que cumple los requisitos, la solicitud de mención internacional.

A Coruña, a 07 de octubre de 2022.

Christian Yair Aldrete Acuña

Javier Ruipérez Alamillo

Agradecimientos:

A Eloisa, por su paciencia y comprensión en tantas tardes de lectura y noches de desvelo, por ser y estar. A Gabriel que, aún sin saberlo, ha sido motor para este trabajo. Y, a mis padres por todo su apoyo.

A mi amigo Manuel Cabanas Veiga, por todas aquellas, que, aunque tropezadas, geniales andanzas gallegas.

Y, a mis maestros expertos, Javier Ruipérez Alamillo y Víctor Alejandro Wong Meraz, que han sido luz y guía hacia el umbral de mi camino.

## RESUMEN

**RESUMEN:** En México, tanto el procedimiento de reforma constitucional, como la praxis jurisdiccional de mutación constitucional por vía de la interpretación, han significado la mecánica de cambio y adaptación de la Constitución a la realidad político-social. México se ha caracterizado por el uso cotidiano de la reforma para hacer frente a los vaivenes y demandas de su sociedad. Sin embargo, no menos cierto es que, bajo el nombre de “protector de la Constitución”, los más altos tribunales del país, haciendo uso de la interpretación constitucional, han dotado en no pocas ocasiones a la Norma Suprema de contenidos diversos e hiperextendidos, de aquellos otorgados por el Poder Constituyente de 1917.

El uso desmedido y la falta de voluntad constitucional, además del pretendido desconocimiento de límites a la actuación de los poderes constituidos, entre ellos el poder judicial, ha llevado a que los Tribunales, ante el supuesto amparo de practicar mutaciones a la Constitución con la emisión de sus sentencias, lleguen a violar el Código Jurídico-Político Fundamental, bajo la idea de que sus funciones de intérprete son ilimitadas. La falsa apreciación y entendimiento de su creación, función y límites, hace material una problemática que se encierra en la Teoría del Poder Constituyente.

**RESUMO:** En México, tanto o procedemento de reforma constitucional, como a praxis xurisdiccional de mutación constitucional por vía da interpretación, significaron a mecánica de cambio e adaptación da Constitución á realidade político-social. México caracterizouse polo uso cotidiano da reforma para facer fronte aos vaivéns e demandas da súa sociedade. Sen embargo, non menos certo é que, baixo o nome de “protector da Constitución”, os máis altos tribunais do país, facendo uso da interpretación constitucional, dotaron en non poucas ocasións á Norma Suprema de contidos diversos e hiperextendidos, de aqueles outorgados polo Poder Constituínte de 1917.

O uso desmedido e a falta de vontade constitucional, ademáis do pretendido descoñecemento de límites á actuación dos poderes constituidos, entre eles o poder xudicial, levaron a que os Tribunais, ante o suposto amparo de practicar mutacións á Constitución coa emisión das súas sentenzas, cheguen a violar o Código Xurídico-Político Fundamental, baixo a idea de que as súas funcións de intérprete son ilimitadas. A falsa apreciación e entendemento da súa creación, función e límites, fai material unha problemática que se pecha na Teoría do Poder Constituínte.

**ABSTRACT:** In Mexico, both the constitutional reform procedure and the jurisdictional praxis of constitutional mutation, through interpretation, have meant the mechanics of change and adaptation of the Constitution to the political-social reality. Mexico has been characterized by the daily use of the reform to deal with the ups and downs and demands of its society. However, no less true is that, under the name of "protector of the Constitution", the highest courts in the country, making use of

constitutional interpretation, have on many occasions endowed the Supreme Norm with diverse and hyper-extended contents, of those granted by the Constituent Power of 1917.

The excessive use and lack of constitutional will, in addition to the alleged lack of knowledge of limits to the action of the constituted powers, among them, the Judiciary, has led the Courts, faced with the alleged protection of carrying out mutations to the Constitution with the issuance of their sentences, come to violate the Fundamental Legal-Political Code, under the idea that their functions as interpreter are unlimited. The false appreciation and understanding of its creation, function and limits, materializes a problem that is contained in the Constituent Power Theory.

## INTRODUCCIÓN

El Estado moderno ha tenido como peculiaridad el ser motivo de lo que llamamos Constitución. Es ésta el modo y la forma en que una determinada sociedad, en un tiempo y un espacio determinados, ha decidido configurarse, marcando los lineamientos mínimos indispensables sobre los cuales habrá de funcionar en el presente y en futuro de sus generaciones. Esta decisión soberana circunda todo el aparato organización, tanto de la sociedad, como del régimen de gobierno y de su sistema político en general.

Al contemplarse así la Constitución, resulta más que coincidente que ésta ha sido llamada a ser la Norma Suprema del Estado, a partir de la cual este ente cobra vida y legitimidad, al igual que los poderes que en él interactúan. Así, es necesario pensar en que aquella decisión política creadora del ordenamiento supremo del Estado, se ha conformado a partir del denominado Poder Constituyente, único poder originario, ilimitado y creador de valores políticos.

De esta forma, se entiende que tanto el Estado, como su Constitución, son realidades sociales vivas, ya que su mundo de desarrollo no es otro que el de la persona en sociedad. De ello que, al igual que la vida social, se requiera percibirles siempre sobre las categorías de tiempo y espacio, en donde conceptos como estática y dinámica juegan un papel más que preponderante, puesto que de ellos depende su vitalidad y facticidad. En consecuencia, la única fórmula científicamente comprobable para lograrlo, ha sido inmiscuirles en el proceso dialéctico como toda creación de lo social.

En este proceso de dialéctica constitucional circundan, cuando menos, factores sociales, políticos, jurídicos y económicos, lo que hace pensar a la Norma Suprema, como un Código Jurídico-Político Fundamental que una determinada sociedad se ha dado para lograr su organización y convivencia social. No se trata sólo de su imagen como aparato jurídico-normativo, sino de la idea que en ella se enervan decisiones políticas y condicionamientos históricos que le dotan de esencia y vigencia.

Ante tal panorama, resulta coincidente afirmar que la Constitución, en cuanto binomio político-jurídico, ambos aspectos dependientes de lo social, se enfrenta de igual forma a la dualidad estática-dinámica, en otras palabras, entre la idea de normalidad y normatividad. Es decir, como

producto de procesos políticos en constante cambio y, necesarios de observar y determinar la forma en que habrán de congeniar y autoproducirse, a fin de evitar caer en la inoperancia constitucional al volverse letra muerta.

Al ser el Código Jurídico-Político Fundamental un recipiendario del tiempo y el espacio para hablar de la vitalidad y vigencia del Estado, como no puede ser de diversa forma, debe pensarse en los mecanismos de adecuación entre realidad social y realidad jurídico-política. Las formas y mecanismos de interrelación de estos factores, es el objeto de estudio de las Ciencias Constitucionales; punto de partida desde el que hemos optado para analizar las dos figuras que efectúan este proceso que simboliza cambio y adecuación, como lo son, la reforma constitucional y las mutaciones del mismo orden.

En las Constituciones modernas, éstas dos figuras han sido la base genérica para hablar de adecuación de realidades político-social y jurídica, en lo que se conoce como realidad constitucional. La primera de ellas, la reforma constitucional, concebida como un poder así contemplado por el Constituyente, cuya funcionalidad principal es servir como garantía de defensa de la Constitución, tildando la importancia de la rigidez constitucional y, con ello, preservando al Texto Constitucional como *Lex Superior* y fuente informadora y direccionadora del Derecho en general.

Las segundas, las mutaciones, concebidas como el mecanismo de modificación no formal del texto constitucional, llamado a operar en la realidad bajo el ánimo de no acudir a la reforma allá donde no sea políticamente necesaria, jurídicamente posible e históricamente inaplazable. Son una forma de cambio que bien puede decirse antecede a la necesidad de la reforma. Empero, lo que resulta de vital importancia ante la escenificación de estas dos figuras, no es tanto su función, como la forma en la que ésta se efectúa y el panorama sobre el alcance que las mismas puedan tener, situación que lleva a pensar en la existencia de límites en la aplicación de éstas.

Hoy en día resulta innegable acudir a la teoría del Poder Constituyente, cuando de Teoría Constitucional y Teoría del Estado se habla. De esta forma, se comprenden conceptos como soberanía, división de poderes e, incluso, derechos humanos. Empero, uno de los problemas que en la actualidad se han presentado en las democracias constitucionales, como es el caso del Estado mexicano, es el olvido de estos preceptos y el real significado y alcance que los mismos pueden tener, específicamente por cuanto hace a las ideas de Poder Constituyente y poderes constituidos.

A nuestro entender, éste es el verdadero problema que la realidad político-jurídica de nuestro país entraña, cuando se piensa que la reforma constitucional, en cuanto poder, tiene el mismo alcance que el Poder Constituyente, olvidando que se trata, a lo sumo, de un poder constituido con funciones extraordinarias, entendiéndole, por parte de los agentes políticos que en ella intervienen, como un Poder Constituyente Constituido, con el mismo peso y alcance que aquél que le ha dotado de existencia.

Esta situación se ve medularmente más agravada cuando de mutaciones constitucionales se habla. Ello es así, ya que en nuestro país ha sido recurrente que, bajo la idea de “Defensor de la Constitución”, tanto la legislatura como la judicatura, olviden que su función es limitada; la primera por cuanto hace al tema de la reforma y, la segunda, respecto a la mutación. Y es que, la confusión radica en que, estos poderes constituidos en no pocas ocasiones se pretenden arrojar facultades que le corresponden únicamente al Poder Constituyente, puesto que éste es el único que puede incidir en lo que se denomina núcleo estable e irreformable de la Constitución.

En México, ha sido habitual que el cambio constitucional se lleve a cabo a través de la técnica de la reforma constitucional, herramienta que de cierta forma ha servido en nuestra práctica jurídico-política. No obstante, con cada vez mayor habitualidad, la judicatura del Estado, ha puesto en marcha la técnica de la mutación constitucional, muchas de las veces superando los límites de ésta, incluso, llegando a momentos de falseamiento y violación constitucional.

Si bien es cierto que, todo Código Jurídico-Político Fundamental requiere adecuarse a la realidad político-social, igualmente cierto es que todo cambio debe preverse sobre la existencia de límites. Para el caso de México, la Constitución prevé la existencia de límites implícitos, mismos que representan su núcleo y esencia, dados en medida por la historicidad de la sociedad mexicana, lugar donde se deposita, la voluntad constitucional del Pueblo mexicano. Sobre ellos, ni siquiera el Poder de Reforma puede actuar, ya que son preceptos vedados para su limitación o desaparición por vía diversa a la de un nuevo Poder Constituyente.

Si entendemos que la reforma tiene límites, resulta coincidente afirmar que el ejercicio de mutación constitucional igualmente debe contemplar límites, que mínimamente habrán de ser aquellos predispuestos para el Poder de reforma, ya que en esencia la mutación no es un poder constituido, sino una herramienta de poderes constituidos para operar cambios no formales al Texto Constitucional.

A partir de esta postura, es que nos pretendemos analizar la realidad jurídico-política mexicana, respecto de la problemática que han generado las mutaciones constitucionales, precisamente cuando a éstas se les concibe como prácticas jurídicamente legales y políticamente legítimas, olvidándose de los límites que en ellas opera. Y es que, en nuestro país, ha sido recurrente que el Poder Judicial Federal, sobre la idea de ser el Defensor de la Constitución, olvide que su función es la de un Poder constituido y, por tanto, sus facultades y atribuciones son limitadas, llegando a querer efectuar facultades de Poder Constituyente, reinterpretando y haciendo decir a la Constitución, lo que ésta no ha establecido.

Si bien ha sido una práctica, en general de toda la judicatura, lo cierto es que tal actividad se ha observado con mayor ahínco desde la materia electoral, en donde el Tribunal respectivo ha hecho pasar, vía Derecho jurisprudencial, falseamientos y violaciones constitucionales, bajo el nombre de mutaciones por interpretación constitucional recaídas al núcleo estable e irreformable de la Constitución, olvidando, si acaso sea el término correcto, que su función es limitada.

Bajo este panorama, se apuesta por analizar el fundamento de lo que puede entenderse por Código Jurídico-Político Fundamental. Por discernir el fundamento y esencia de ese mandato nacido de la voz soberana de un Pueblo, ponderando la necesidad política de esa decisión, cual *deber ser*, que a la postre, una vez convertida en derecho positivo, habrá de presentarse como un *ser-deber/ser-querer ser*, ahora, una decisión jurídicamente política, cuya única forma de observancia y ponderación, es la de la Teoría del Poder Constituyente como único soberano del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

De esta forma, el Primer Capítulo se encuentra enfocado a analizar el concepto de Constitución como fuerza totalizadora de unidad política, que tiene en el centro de la discusión la estructura del modo y forma de Estado como acto de soberanía por parte de un Poder Constituyente. Una visión que conjetura en una misma estructura, la idea de un aparato normativo fundamental y su génesis política como elemento motivador de la decisión política fundamental. Es decir, un concepto, cuando menos, bicéfalo, conjuntando los elementos jurídico y político, que, en un sentido más amplio, habrá de comprenderse como la conjunción de diversidad de factores como el económico, el cultural, social, etc.

Para ello, se ha optado por generar cuatro apartados, en el primero se hablará sobre la estructura y nacimiento del Poder Constituyente, así como sus generalidades. En el segundo de los

apartados, abordamos la encrucijada que éste tiene al efectuar su obra, la Constitución, así como la transformación de la voz soberana hacia su perspectiva normativa. Como antesala en este capítulo, estudiamos el rizoma de la Constitución como unidad política totalizadora, adentrándonos a su percepción como forma de ejercicio político de la sociedad, en esencia, como decisión soberana. Por último, proponemos un estudio sobre la génesis material de la Constitución, como expresión normativa de la voz soberana y de la decisión política que determina el modo y la forma de un Estado.

De igual manera, lo que seguramente será la reflexión más controvertida dentro del presente escrito. Tratar de plasmar los contenidos que como *ser-deber/ser-ser* tenga que abarcar el Código Jurídico-Político Fundamental, no resulta para nada sencillo, máxime si lo que se pretende es marcar una postura en forma objetiva, sin que con ello se tenga que desconocer a una o más de las directrices que se han usado en las diversas teorías existentes.

Se trata la existencia de un Poder Constituyente como formador de una Constitución. No se pretende informar sobre las sedes en que este poder puede ser depositado, corremos de la ideología democrática desde donde éste se corresponde con la conformación política de soberanía popular como unidad que forma y moldea la totalidad del Estado y el Derecho.

El Segundo Capítulo está destinado al estudio de la Reforma Constitucional, desde el panorama de la supremacía y la rigidez de la norma fundante, delineando los límites ante los que se instaura esta herramienta de garantía. El motivo de esta conformación, es el arribar al centro de la investigación planteada, que tiene que ver con la figura jurídica de la mutación constitucional y la problemática que consigo carga a partir de los excesos en el ejercicio y control del poder, vía interpretación jurisdiccional.

En este capítulo postulamos la idea central de los límites al Poder de Reforma, mismos que serán la base para entender los límites a la mutación. Ello se aborda a partir de la diferencia entre Poder Constituyente y poderes constituidos, así como desde la precisión de los diversos límites a esta figura jurídica de defensa constitucional, lo que se escenifica a partir de la llamada Rigidez constitucional.

El Tercer Capítulo del trabajo, le destinamos al estudio y análisis del problema surgido en la concepción de Constitución y Ley constitucional, al que se enfrenta un Estado Federado como

es el caso de México, a partir del cual la noción de Constitución se encuentra dada tanto al ente estatal, así como, vía nomenclatura, a las entidades que conforman el Pacto Federal. La temática propuesta se centra a evidenciar concretamente, los límites de la reforma constitucional y la problemática que se avizora en un Estado Federal como en nuestro caso.

Para este apartado, hacemos uso en medida, de los postulados realizados desde la concepción constitucional de Carl Schmitt, siendo en gran margen el marco teórico que hemos preferido abarcar para el trato del tema capitular. No obstante, no se piense que se hace un análisis único desde la propuesta teórica de éste, ya que, al hablar desde democracia, resulta más que idóneo pasar sobre el tamiz de autores como Kelsen, Heller, Loewenstein, entre varios más. El tema propuesto lleva por centro unificador, la de unidad política y su comprensión constitucional.

Por último, el Capítulo Cuarto al que hemos intitulado “La problemática en la concepción de la mutación constitucional”, se estudiará a la mutación constitucional como una figura tendente a problematizar la realidad jurídica y política de nuestro país, ante la inobservancia de límites.

Su estudio lo hemos dividido en tres secciones. En la primera de ellas abordamos las nociones generales de las mutaciones constitucionales, precisando los límites que ésta debe tener dentro de una Democracia Constitucional y, concretamente, de aquellos que para México debiesen de operar.

En la segunda sección de nuestro capítulo, recogemos una singular discusión sobre la naturaleza de las mutaciones constitucionales, con la finalidad de reafirmar lo limitada de esta figura de cambio y adecuación de la realidad constitucional.

Por su parte, en la sección tercera, hacemos el análisis de la tipología de la mutación constitucional, desde el estudio de los postulados de dos teóricos fundamentales en la temática: en un primer momento denunciando las formas de aparición de las mutaciones dadas por Jellinek que en cierto grado se corresponden con lo sostenido por Laband; y, en un segundo momento, la tipología ofrecida por Hsü Dau-Lin, quien es considerado el máximo exponente de la temática.

A su vez, teniendo en consideración la propuesta de división realizada por Dau-Lin, subdividimos esta sección de estudio en cuatro formas de aparición de las mutaciones, dentro de las cuales, mediante el uso de método de estudio de caso, abordamos la forma en que cada particular

forma de mutación propuestas, han aparecido en la realidad jurídico-política mexicana y las consecuencias que ello ha podido acarrear.

Dentro del estudio propuesto, hacemos énfasis en las dos últimas formas de mutación dadas en la tipología de Dau-Lin, mismas que representan una forma de incongruencia constitucional y que, más que mutaciones, pueden verse como falseamientos, violaciones o quebrantos constitucionales, siendo éstas las formas de evidenciar la problemática que hemos dispuesto en la aparición de las mutaciones constitucionales y los límites constitucionales en su aplicación.

Como podemos advertir, la metodología empleada para el escrito que proponemos es cualitativa, mediante el uso de diversos métodos, entre los cuales resulta importante hacer notar, el uso del método de análisis jurisprudencial para el estudio de caso propuesto, específicamente en el Capítulo Cuarto. Por su parte, de igual manera se hace uso del método Constructivista e Histórico a lo largo de todo el escrito, puesto que se hace una recapitulación de diversas posturas teóricas sobre conceptos centrales del Derecho Constitucional.

Sobre los primeros tres capítulos se conforma el marco teórico general de nuestro texto, mismo que corre de la mano de los postulados teóricos de autores como Heller, Schmitt, Smend, Hesse, Loewenstein y, peculiarmente para el Derecho español y mexicano, de la mano de autores como Pedro de Vega, Javier Ruipérez, Jorge Carpizo y Alejandro Wong, respectivamente a cada lado del Atlántico. Con ello se pretende dar entrada, vía estudio de caso, al tema de la problemática de la mutación constitucional, ejercida sobre su diversa tipología. Si bien hemos optado por dar mayor relevancia al estudio de caso dentro de las mutaciones constitucionales producto de la interpretación constitucional, no omitimos dar algunos ejemplos de las diversas formas en que este fenómeno político-jurídico cobra vida en la realidad constitucional.

La trama sobre la que desenvolveremos la problemática a plantear implica postular la idea de desconocimiento de límites al actuar interpretativo de las decisiones políticas fundamentales sobre las que se cimienta la Constitución. Para este momento disponemos hacer un análisis de caso de la realidad jurisdiccional operante en el Estado mexicano. Así, como hemos dicho, la tipología a la que con mayor ahínco pretendemos dirigir nuestro escrito, es a la mutación constitucional que contraviene la Constitución en producto de la interpretación hecha por los Tribunales mexicanos.

Una de las fuentes de mayor injerencia por la que hemos optado para el desarrollo de este escrito, proviene de la materia electoral, a partir de la cual pretendemos realizar un estudio de algunas resoluciones que han impactado el orbe constitucional, en la resolución de conflictos electorales en el Estado mexicano, desde donde percibimos que las autoridades de nuestro país han abusado de la “interpretación constitucional”, al grado de hacer pasar por mutación claros falseamientos a la Constitución, cuando no, quebrantos a la misma, legalizando actuaciones con base en justificaciones políticas a nivel de judicatura.

Al final, lo que hemos tratado de hacer con este escrito, es poner de manifiesto lo ya explorado por catedráticos de la talla de De Vega, Carpizo, Lombardi, Ruipérez, Wong Meraz, entre algunos otros, —cuyos criterios claramente compartimos— quienes realmente conscientes de las Ciencias Constitucionales, han basado sus esfuerzos teórico-prácticos por analizar y denunciar las problemáticas que vuelven a la realidad jurídica, política y social, cuando se piensa que el estudio del Derecho Constitucional ha quedado agotado y superado por un Derecho, ahora, desde el positivismo jurídico-jurisprudencial. Cuando se piensa que lo único a discutir en la Ciencia jurídica es la ponderación de principios, es el ejercicio procesal del Derecho, omitiendo el rizoma sobre el cual habrán de operar, limitando el saber jurídico a la emisión de sentencias.

Por lo demás, ésta es la base sobre la que se presenta el texto por el que hemos apostado para la obtención del Grado de Doctor y que respetuosamente sometemos a la valoración, observaciones y críticas, que nuestro distinguido Tribunal tenga a bien realizarnos. Las mismas que de antemano agradecemos y ponderamos y que, sin duda, y en tanto en cuanto servirán para enriquecer la investigación, habrán de ser tomadas en cuenta con el mayor de los esmeros.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	I
NOTAS PRELIMINARES.....	XI
CAPÍTULO I. SOBRE EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN .....	1
1.1 PODER CONSTITUYENTE .....	1
1.2 EL PROBLEMA DEL PODER CONSTITUYENTE Y SU ENCRUCIJADA ANTE LA REALIZACIÓN DE SU OBRA, LA CONSTITUCIÓN.....	8
1.2.1 Anotaciones respecto al Poder Constituyente.....	14
1.3 LA CONSTITUCIÓN COMO UNIDAD POLÍTICA TOTALIZADORA .....	18
1.4 LA GÉNESIS DE UNA CONSTITUCIÓN.....	34
CAPÍTULO II. PODER DE REFORMA.....	39
2.1 UN PRIMER ACERCAMIENTO AL ENTENDIMIENTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL .....	39
2.1.1 Poder de Reforma: ¿constituyente o constituido?.....	53
2.1.2 La Rigidez constitucional como imperativo para la observación de la reforma constitucional	72
2.1.3 Límites al Poder de Reforma.....	84
2.1.3.1 Límites implícitos.....	98
CAPÍTULO III. PROBLEMAS EN TORNO AL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN Y LEY CONSTITUCIONAL.....	108
3.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	108
3.2 LA NOTORIA DIFERENCIA ENTRE CONSTITUCIÓN Y LEYES CONSTITUCIONALES. UNA APROXIMACIÓN AL ENTENDIMIENTO DEL PODER CONSTITUYENTE.....	112
3.3 NOTAS FINALES .....	124
CAPÍTULO IV. LA PROBLEMÁTICA EN LA CONCEPCIÓN DE LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL.....	127
4.1 MUTACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN .....	127
4.2 NATURALEZA DE LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL .....	134
4.3 TIPOLOGÍA DE LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES .....	145
4.3.1 La mutación constitucional en Jellinek.....	147
4.3.2 La mutación constitucional en Hsü Dau-Lin.....	157
4.3.2.1 Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal que no viola la Constitución.	164
4.3.2.2 Mutación de la Constitución mediante la imposibilidad de ejercer ciertos derechos o facultades estatuidos constitucionalmente.....	179
4.3.2.3 Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal contradictoria con la Constitución .....	191

4.3.2.3.1 <i>Estudio de caso sobre la llamada Ley Bonilla en México</i> .....	200
4.3.2.4 Mutación de la Constitución mediante la interpretación .....	214
4.3.2.4.1 <i>Decisiones políticas fundamentales y la labor jurisdiccional de los Tribunales     Electores en México. Estudio de caso: el Estado laico como principio político fundamental en     México</i> .....	221
CONCLUSIONES .....	242
FUENTES DE CONSULTA.....	246

## NOTAS PRELIMINARES

Desde el pensamiento político y jurídico de la Grecia antigua y hasta la actualidad, la noción de organización social ha sido uno de los tópicos de mayor discusión en cuanto a su fundamento y legitimidad. Aparejado a éste, el Derecho ha simbolizado el especial mecanismo sobre el cual se direcciona la actuación de las sociedades. No obstante, es con la superación del Medioevo cuando la concepción de Estado implica la figuración del Derecho como una actividad más estructurada y de mayor peso para la sociedad, al tipo de pacto jurídico encaminado a la protección de libertades dentro del entonces Estado burgués.

A partir de ello, la Revolución de estos tópicos se ha dado a pasos agigantados. Dos puntos históricos marcan un antes y un después de ello: Por una parte, la innovadora construcción democrática de Estados Unidos de Norte América, a partir de la Asamblea de Virginia del 1776, de quienes inevitable resulta negarles como creadores del Federalismo y el Presidencialismo, así como el tan afamado control de constitucionalidad y la doctrina de los *checks and balances*, ésta última que fuese la mejor de las traducciones del pensamiento anglo-francés de la separación de poderes.<sup>1</sup>

Por otra, la Revolución francesa de 1789 que da lugar a la construcción del constitucionalismo liberal, del tan afamado Estado burgués de Derecho, lugar donde se postulaban temas como la división de poderes y la protección de derechos fundamentales, así como el parteaguas de una notada forma democrática en la recreación del Estado. Si bien ya desde la Asamblea de Virginia de 1776 se ponían de manifiesto estos mismos puntos medulares, traídos del pensamiento inglés del *Bill of Rights* de 1689, del *Habeas Corpus* del 1679, de la *Petitions of Rights* de 1627 y de la *Magna Charta Libertatum*, a nuestro parecer es indiscutible que fue la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789<sup>2</sup> donde se avivan, con toda fuerza y vigor,

---

<sup>1</sup> Señalamos la unión anglo-francés, con el ánimo de no ahondar aquí sobre la discusión sobre la primicia del pensamiento de la división de poderes, entre Locke y Montesquieu.

<sup>2</sup> Artículo 16. Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.

estos principios (división de poderes y protección de derechos humanos) como el motor de aquél Código Jurídico-Político Fundamental como requisito *sine qua non* de su existencia.<sup>3</sup>

De esta manera ingresan al escenario jurídico político de las sociedades modernas, el principio democrático de soberanía popular, el principio político de Poder Constituyente y el principio jurídico de supremacía constitucional. De sobra está decirlo, la comunión de los mismos generó, para el caso de la Teoría Constitucional y de la propia Teoría General del Estado, retos de suma importancia que se vieron atemperados a partir de los pensamientos contractualistas de la mano de Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu y Constant.

La tradición teórica y filosófica europea fue la que mayor auge y desarrollo tuvo al respecto. Mientras en la América del Norte se consolidaba una concreta postura constitucionalista a partir de los ideales de los llamados Padres Fundadores, la realidad jurídico-política del otro lado del Atlántico no corría la misma suerte. Los abusos del poder producto de una mala praxis democrática —al menos para Francia—, daban cuenta en deterioro del modelo paradigmático que la Revolución

---

<sup>3</sup> Sobre la génesis y concordancia del nacimiento, por un lado, del *Bill of Rights* de Virginia y, por el otro, de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de Francia, existen dos posturas bien definidas que se dieron en una relación de contradicción entre Jellinek y Boutmy.

Para el primero de ellos, la Declaración francesa tiene su origen en el pensamiento americano del 1776, mismo que se vio amparado por el pensamiento inglés del siglo XVII, señalando que incluso su primer antecedente bien pudiera observarse en la *Charta Magna Libertatum* dada en el medioevo inglés por Juan I, para la segunda década del siglo XIII.

En contradicción con esta postura, Emile Boutmy sostendrá que la Declaración de los Derechos proviene del pensamiento de Rousseau, quien, sin darse cuenta desde su Contrato Social, marcaba la pauta inspiradora para gran parte de los numerales que integraron dicha Declaración.

Boutmy al responder a las afirmaciones hechas por Jellinek sobre la contradicción entre estos aparatos garantizadores de Derechos Humanos y el Contrato Social, afirmará que Rousseau postula tres elementos concretos en su obra que son: 1) La igualdad de derechos de todos los ciudadanos; 2) El hecho de que la ley debe basarse en la necesidad de mantener la isonomía entre ellos; y, 3) Que la ley sólo puede ser general, y que desde que se convierte en particular, no es sino un decreto. Estos tres puntos, dirá, son la esencia del contrato, ahora reproducidos en la Declaración francesa. Al respeto y a tipo de crítica sobre la Declaración de Virginia, con base en la motivación que tuvieron los Constituyentes de cada momento tanto en Norte América, como en Francia añadirá que:

“Todas las Declaraciones de los Estados Unidos han sido concebidas de manera que pudieran ser invocadas ante los tribunales. Los americanos tenían la idea fijada de que les servirían de base para más de un proceso ante la Corte Suprema de su Estado, y se preocuparon de preparar los argumentos jurídicos, los medios que el proceso podría exigir, y todo el contexto conlleva la señal de esa preocupación. Para los franceses, la Declaración no es sino una pieza de oratoria, los artículos se presentan vacíos, desarmados, o si acaso armados de su propia solemnidad, del impero de la verdad sobre los hombres. Ningún tribunal los invocará no podrá fundamentar en ellos los considerandos de un juicio. Los franceses escriben para enseñar al mundo; los americanos, buscando la ventaja y la comodidad de sus conciudadanos redactaron los artículos de sus declaraciones: existe, por tanto, una diferencia de tono y de intención muy notable entre un documento y otro.” Para una mejor apreciación de esta nutrida discusión véase: JELLINEK, G., BOUTMY, E., DOUMERGUE, E., y POSADA. A., *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Edición preparada Por Jesús González Amuchastegui, Editorial Nacional, Madrid, 1989.

les había dejado, retornando a las viejas raíces de absolutismo, ahora de la mano de la legitimación del constructo jurídico y de quienes debiesen ser los representantes de la causa social.<sup>4</sup>

En este punto, cabe observar lo ya descrito por Alexis de Tocqueville en su viaje a Norteamérica, en el cambio de paradigma democrático que observó respecto a la sociedad de aquel país, a diferencia de lo que se veía en Europa. Y es que, el asombro ante el mundo que veía era radical, la vida se conducía sobre una dualidad impensable cual comunión, por un lado, el apego religioso y, por el otro, la lucha por la libertad. Se vislumbraba un *ethos* democrático de la sociedad norteamericana, donde la voz soberana del Pueblo se hizo ley, adueñándose del gobierno y sus decisiones. Los principios generales sobre los que se basaban las modernas Constituciones, amparadas sobre un ejercicio de principios ético-sociales de repercusión político-jurídica, incomprendidos por los europeos del siglo *XVII*, se hallaban plenamente reconocidos y fijados en las leyes de Nueva Inglaterra: la intervención del pueblo en los asuntos públicos, el voto libre de impuestos, la responsabilidad de los agentes del poder, la libertad individual y el juicio por jurado, habían sido ya establecidos sin discusión y de hecho. Añadía de Tocqueville que desde este panorama constitucionalista, se dejaba en claro el carácter de la civilización angloamericana, bajo un doble cimiento, por un lado el genio religioso y, por el otro, el genio de la libertad. La religión ve en la libertad civil un noble ejercicio de las facultades del hombre; en el mundo político, un campo cedido por el Creador a los esfuerzos de la inteligencia. Libre y poderosa en su esfera, satisfecha del lugar a ella reservado, sabe que su imperio es tanto más sólido cuanto que sólo por sus propias fuerzas reina, y sin apoyo alguno domina sobre los corazones. Por su parte, la libertad ve en la religión la compañera de luchas y triunfos, la cuna de su infancia, la fuente divina de sus derechos. La considera como la salvaguardia de las costumbres, y a las costumbres como garantías de las leyes y prenda de su propia supervivencia.<sup>5</sup>

Es hasta el comienzo del siglo *XX* que aquellas ideas de Constitución y Democracia, daban frutos para la conformación de las organizaciones políticas, tanto en el mundo del pensamiento ideológico como en la praxis del mismo. Cerca de 2 siglos tuvieron que transcurrir para que se homogeneizara la idea de un sistema y régimen constitucional, donde el pueblo deja de tener un papel secundario, para volverse la fuerza y motor del engranaje estatal.

---

<sup>4</sup> Cfr. TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América I*, Edit. Alianza, Madrid, 2014, pp. 77-88 y ss.

<sup>5</sup> *Ibid.*

En general, la historicidad que envuelve la creación de lo que hoy conocemos como Estado Constitucional y Democrático de Derecho no ha sido para nada sencilla de comprender. La forja y lucha por implantar y conservar el régimen democrático ha sido larga y sometida a una constante reestructuración y perfeccionamiento. Diversas teorías sobre las que se puede encontrar la justificación y fin del Estado pueden dar buena cuenta de ello.

Dentro de la evolución de las teorías que dotan de sentido la existencia del Estado y sus componentes sociales, políticos y jurídicos, la comprensión del término Constitución ha sido el más importante en cuanto a su desarrollo. Determinar a qué se refieren la Ciencia Jurídica y la Ciencia Política cuando se habla de Constitución, trajo para el siglo XX la más fértil de las discusiones teóricas que la realidad nos ha podido brindar.

Si bien desde la Grecia antigua con el pensamiento aristotélico sobre las *nomoi* y las *psefismata* se puede encontrar un primer vestigio que guarda la relación jerárquica entre norma generadora y norma derivada,<sup>6</sup> no es hasta varios siglos después que el concepto de Constitución es valorado en términos de ley fundamental formadora de la voluntad política-social soberana. Autores como Lassalle, Laband, Jellinek, Kelsen, Schmitt, Smend, Heller, Loewenstein, entre muchos otros, fraguaron todo un bloque de pensamiento que permiten analizar y dotar de sentido a eso que en nuestros días conocemos como Ley Suprema.

Sin embargo, lejos de existir una coincidencia en los criterios conformadores de dicho concepto, las justificaciones y fines de cada corriente fueron diversos. Posturas sociológicas, normativistas y decisionistas, estuvieron siempre en pugna hasta llegar a conformaciones mucho más estructuradas que no sólo conformaban un pensamiento dialéctico de todas las anteriores, sino que dotaban de un método de estudio y generación al conocimiento constitucional, como lo fue el caso de la doctrina de Hermann Heller, quien pusiera sobre la mesa el especial problema que implica hablar de la creación de una Constitución y, por tanto, de un Estado a partir de las Ciencias Constitucionales.

---

<sup>6</sup> Para una mejor explicación sobre el modelo soloniano-aristotélico de los *nomoi* y los *psefismata*, véase: DE VEGA GARCÍA, Pedro, "La Reforma Constitucional como defensa de la Constitución y de la Democracia", en VALADÉS, Diego y CARBONELL, Miguel (Coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y Sistemas Jurídicos comparados*, T. II, UNAM, México, 2006, pp. 333-353.

Percepción ésta que no puede tomarse a la ligera como un mero componente más del cuerpo jurídico, ya que, si se tiene en cuenta lo denunciado por Heller al referir que la ley fundamental es un Código Jurídico-Político Fundamental, quien habla desde ella, está hablando de la conformación de la organización política y, consecuentemente, del Estado mismo. Pertinente es replantear la forma de seguir y estudiar a la norma fundamental, ya no sólo desde el derecho o la política, sino de las Ciencias Constitucionales,<sup>7</sup> como un sitio transdisciplinario cuyo enfoque sea concéntrico pero multifactorial.

Aquel elemento —Constitución— que formaba parte de una totalidad de estudio a partir de la Teoría del Estado, se volvió el centro del mismo. Con sobrada razón afirmaba el profesor De Vega que hablar de Teoría de la Constitución era hablar de Teoría del Estado.<sup>8</sup> Más que justificada esta aseveración si se pondera el fondo de discusión académica que los autores señalados reprodujeron con inigualable pulcritud desde sus respectivas trincheras.

Sin embargo, aun cuando ha pasado medio siglo de esas confrontas intelectuales de los maestros de la Ciencia del Estado y de la Ciencia Jurídica, el entendimiento del concepto Constitución, así como su origen, finalidad y funcionamiento hoy siguen siendo, en no pocas ocasiones, malinterpretados en su propia significación e importancia como norma suprema. Temas como Soberanía, Poder Constituyente, poderes constituidos, reforma constitucional, división de poderes, etc., se dejan sentir como el mayor peligro de las democracias actuales ante su latente deconstrucción.

---

<sup>7</sup> Término que los profesores Javier RUIPÉREZ ALAMILLO desde España y Wong Meraz desde México, ambos en su calidad de condiscípulos de Pedro De Vega, trayendo del olvido el viejo entendimiento del concepto de Derecho Político pugnado por Tierno Galván y su escuela seguida por Pedro De Vega, han decidido emplear en el estudio del Derecho Constitucional en su unión con toda la gama de factores que con él y en él interactúan.

“Si, como afirmó ya Jellinek, ha de corresponder también al constitucionalista, como jurista que es, la tarea de contribuir a la mejora de la situación jurídica reinante, y como quiera que su parcela de atención es la ordenación jurídica fundamental de la vida del Estado -convirtiéndose, así, el "Derecho Constitucional" en un verdadero "Derecho Político", evidente resulta que éste ha de pronunciarse sobre cuestiones políticas que se refieren tanto a la normativa vigente como a las distintas propuestas que las diversas fuerzas políticas formulen para su desarrollo, las cuales deberá juzgar no desde un punto de vista puramente ideológico, sino con criterios jurídico-públicos. Ahora bien, porque de lo que se trata es de opinar sobre el Estado, innecesario debiera ser el recordar que, para no caer en el más absoluto de los absurdos, el constitucionalista ha de conocer el Estado.” RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, “Principio democrático y federalismo. El poder constituyente como único soberano posible en el estado políticamente descentralizado”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 03, 1999, España, pp. 517-557.

<sup>8</sup> Cfr. DE VEGA GARCÍA, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.

## CAPÍTULO I. SOBRE EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

### 1.1 PODER CONSTITUYENTE

La construcción de una Constitución sirve siempre a los fines de la voluntad política de una sociedad. La decisión de la misma vira a la necesidad de organización materializada en la realidad de todos aquellos factores que interactúan en forma constante dentro de este seno. Lejos de ser esta formación un *pactum*, debe ser considerada como una decisión de la voluntad general.

Al hablar de voluntad general como motor y forma de la decisión del pueblo entra a colisión el término soberanía. No es novedad que para el pensamiento rousseauiano la soberanía es incompatible con la voz Constitución como Norma Fundamental que limite las libertades de la sociedad, ya que el poder ejercido por el Pueblo no puede estar condicionado por ningún tipo de poder o ley, pues de lo contrario se desnaturalizaría la esencia de poder soberano.

Si seguimos los pasos apuntalados por Jean Bodin, de quien pende indiscutiblemente la reorganización del concepto soberanía, tendríamos que decir que su ejercicio es ilimitado al tener la cualidad de ser “perpetuo”, situación que simboliza sin más, la no existencia de otro poder que lo condicione o mandate, del cual pueda ser derivado. En concreto, Bodin se expresa en el sentido de poder originario y, por tanto, absoluto.<sup>9</sup> Si se prefiere, un poder cualitativamente distinto a los demás, que para el caso habrán de ser no más que poderes constituidos, siempre subrogados a la decisión de aquel perpetuo y originario poder soberano.

Rousseau desde su *Contrato Social* explica que al ser la soberanía un ejercicio de la voluntad general, no puede nunca ser enajenada. El Pueblo soberano no puede estar representado más que por sí mismo: el poder puede transmitirse, pero no la voluntad.<sup>10</sup> En este autor es impensable que la Constitución pueda superponerse como voz soberana, ya que ésta le corresponde en todo momento y lugar al pueblo, siendo ésta inalienable e indivisible.

Para éste, no puede existir ninguna ley que vinculouse a guisa de obligatoriedad al Cuerpo Soberano, que era siempre un cuerpo colegiado. Si bien para la existencia del Estado aceptaba la

---

<sup>9</sup> Cfr. BODIN, Jean, *Los seis libros de la República*, Trad. Pedro Bravo Gala, Tecnos, Madrid, 1985, p. 47.

<sup>10</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Tomo I. Discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen y los fundamentos. De la desigualdad entre los hombres. El Contrato Social*, Gredos, Barcelona, 2005, p. 277.

formulación de una Constitución, ésta no podía tener un poder superior al del pueblo, por lo cual, éste podía decidir libremente sobre la vigencia o derogación de la ley, pudiendo eliminarla y cambiarla a su libre decisión.<sup>11</sup>

En términos prácticos, lo que disponía Rousseau es que una Ley no podía escapar de las manos del soberano, no podría pretenderse individualizar un límite externo capaz de vincular al pueblo soberano, ya que “no hay ni puede haber ninguna especie de ley fundamental obligatoria para el cuerpo del pueblo, ni aun el mismo contrato social.”<sup>12</sup> Al ser el pueblo la autoridad suprema, sería absurdo y contradictorio que éste se dé un poder superior, puesto que “obligarse a obedecer a un amo es entregarse en plena libertad.”<sup>13</sup>

Como lo pusiera de manifiesto el Maestro De Vega,<sup>14</sup> fue Rousseau quien al llevar hasta las últimas consecuencias la doctrina del pacto social, estableció con rigidez la presunta contradicción existente entre el principio político democrático de soberanía popular, con la teoría limitadora del poder, que fuese expuesta en gran medida tanto por Montesquieu como por Locke, y que a la postre sería el cimiento de la teoría de la supremacía constitucional.

Queda sobreentendido que buscar en Rousseau algún límite a la soberanía, si acaso a la Constitución como límite externo y garantía del cuerpo electoral, resulta prácticamente imposible. Para él sigue latente la idea de Hobbes<sup>15</sup> sobre la ley fundamental como aquella que obliga a

---

<sup>11</sup> El Estado no subsiste por las leyes, sino por el poder legislativo. La ley de ayer no obliga hoy, pero por el silencio se presume el consentimiento tácito, y el soberano tiene que confirmar continuamente las leyes que él no abroga, pudiendo hacerlo. Todo lo que una vez ha declarado querer lo sigue queriendo, a menos que lo revoque. *Ibidem*, p. 329.

<sup>12</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El Contrato Social*, Boek, México, Libro I, Capítulo VII, p. 28.

<sup>13</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El Contrato Social*, cit., Libro III, Cap. XVI, p. 102.

Doy aquí por sentado lo que creo haber demostrado, a saber: que no existe en el Estado ninguna ley fundamental que no pueda revocarse, incluso el mismo pacto social, pues si todos los ciudadanos se reuniesen para romperlo de común acuerdo, es indudable que el acto sería legítimo. Grotio cree que cada cual puede renunciar al Estado del cual es miembro y recobrar su libertad natural y sus bienes, saliendo del país.<sup>36</sup> Luego sería absurdo que todos los ciudadanos reunidos no pudiesen lo que puede separadamente cada uno de ellos. *Ibidem*, pp. 105-106.

<sup>14</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Reforma constitucional”, en RUBIO NÚÑEZ, Rafael, *Obras escogidas de Pedro De Vega García*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, p. 609.

<sup>15</sup> “Pues una ley fundamental en toda república es aquella sin la cual ésta fracasa y es radicalmente disuelta, como un edificio cuyos cimientos son destruidos. Y, por tanto, es una ley fundamental aquella en cuya virtud los súbditos están obligados a apoyar cualquier poder atribuido al soberano, sea éste un monarca o una asamblea, condición sin la cual no puede mantenerse la república. Tal como acontece con el poder de guerra y paz, enjuiciamiento, elección de funcionarios y con el de hacer el soberano todo cuanto considere necesario para el bien público. No fundamental es aquella ley cuya derogación no implica la disolución de la república, y tales son las leyes relativas a controversias entre súbdito y súbdito. HOBBS, Thomas, *El Leviatán*, Trad. Antonio Escotado, Editorial Nacional, Madrid, 1980, Capítulo XXVI, pp. 367-368. Un cambio en la palabra “República” por la de “Estado”, bastante discutible se encuentra en la edición de Fondo de Cultura Económica, México, 2014, pp. 236-237.

preservar la integridad del poder del soberano. Lo que no puede existir es una Constitución que se ocupe del legislador soberano. “Éste, en efecto, no es representado como un poder, sino como la voluntad originaria que consiente la existencia de los poderes positivamente institucionalizados.”<sup>16</sup>

En un sentido contrario a lo ilimitado de la soberanía como poder de decisión, es Constant quien advierte que ello sucumbiría ante caprichos de una sociedad al tenerse un poder tan grande e incontrolable, lo que sin duda sería algo malo y un rotundo error, pues sería un peso demasiado grande para la mano de los hombres. Al retrotraer el hecho de la Revolución que da paso a la soberanía popular, afirma que aquellos libertadores se equivocaron al dar un poder que ya era ilimitado y corría de la mano de unos cuantos, ahora hacia las manos de muchos, pero al final un mismo corrosivo poder, lo desplazaron en vez de destruirlo.

Cuando se establece que la soberanía popular es ilimitada, se crea y se introduce caprichosamente en la sociedad humana un grado de poder demasiado grande en sí mismo, y eso es malo, independientemente de quien lo posea. Confiése a uno solo, a varios, a muchos, seguirá siendo un mal. Se culpará a los depositarios de ese poder, y, según las circunstancias, se acusará sucesivamente a la monarquía, a la aristocracia, a la democracia, a los gobiernos mixtos, al sistema representativo. Será un error. Es a la cantidad de poder y no a quienes son sus depositarios a quien hay que acusar. Hay que actuar contra el arma y no contra el brazo que la sostiene. Hay pesos demasiado fuertes para la mano del hombre.

El error de quienes, obrando de buena fe por amor a la libertad, dieron a la soberanía popular un poder sin límites, viene de cómo se formaron sus ideas sobre la política. Vieron que a lo largo de la historia un pequeño número de hombres, o incluso uno solo, había disfrutado de un poder inmenso, causante de muchos males, pero su cólera se dirigió contra los detentadores de ese poder y no contra el poder en sí mismo. En lugar de destruirle, sólo pensaron en desplazarle.<sup>17</sup>

El peligro más grande advertido por Constant a este respecto, mismo que en su momento ya avizoraba el propio Aristóteles, es el reduccionismo a un régimen despótico, que en la traducción a Aristóteles sería un régimen demagógico,<sup>18</sup> en el cual por más dividido que se encuentre el poder, si la suma total de éste es ilimitada, los distintos poderes no tienen más que coaligarse y el despotismo será irremediable.<sup>19</sup> Cuando el poder soberano se considera ilimitado, la salvaguarda

---

<sup>16</sup> FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trotta, España, 2011, p. 85.

<sup>17</sup> CONSTANT, Benjamin, “Principios de política aplicables a todos los gobiernos”, en *Escritos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 9.

<sup>18</sup> Al definir las distintas clases de democracia dirá Aristóteles que en una de sus formas “el soberano es el pueblo y no la ley: esto tiene lugar cuando tienen la supremacía los decretos y no la ley. Y ocurre esto por causa de los demagogos. En las democracias de acuerdo con la ley no hay demagogos, sino que son los mejores ciudadanos los que tienen la preeminencia, pero donde las leyes no tienen la supremacía surgen los demagogos.” ARISTÓTELES, *La Política*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 175-177.

<sup>19</sup> “Ninguna autoridad de este mundo es ilimitada, ni la del pueblo ni la de los hombres que se llaman sus representantes, ni la de los reyes, sea cual sea su título para reinar, ni la de la ley, que, al no ser más que la expresión

de los derechos del individuo es una falacia, el régimen puede abruptamente cambiar de una democracia de la identidad, a una tiranía asamblearia.

Esto ya lo ponía de manifiesto el propio Voltaire al preguntarse qué clase de tiranía se prefería, si la de uno o la de varios, ante lo cual respondía que en caso de tener que elegir entre alguna de ellas, optaría por la tiranía de uno, pues “un déspota tiene siempre algunos buenos momentos; una asamblea de déspotas jamás.”<sup>20</sup> Al final dirá que de poco importa ser devorado por un león que por cien ratas.

Al final del discurso algo se aprendió tanto de Bodin en su República, como de Rousseau en su democracia directa, y fue la percepción del principio político democrático de soberanía popular. Sin embargo, el camino aún resultaba sinuoso al querer comprender a la Constitución como instrumento limitador y organizador de los poderes del Estado, lo que significaba alejarse de la teoría del pacto social roussoniana y, con ello, de la teoría de la democracia de la identidad.

Se apostaba ahora por una democracia de corte representativo como realidad que se autoargumentaba como evolución histórico-política en materia de control del poder. En palabras de Pedro De Vega, es esta “impresionante y obligada claudicación de la lógica de la razón del iusnaturalismo pactista ante la lógica de la historia, y que el propio Rousseau no puede por menos de reconocer, de donde partirá la construcción de la Teoría Constitucional.”<sup>21</sup>

De esta forma se da cuenta de la inexistencia de un pacto constitucional entre gobernante y gobernados. La expresión de esta voluntad se encamina a la instauración de un determinado gobierno, posicionándolo como un esquema de mandato donde el pueblo, como poder soberano, determina que será la representatividad el mejor mecanismo para el desarrollo político-social de la

---

de la voluntad del pueblo o del príncipe, según la forma de gobierno, debe circunscribirse a los mismos límites que la autoridad.” CONSTANT, “Principios de política aplicables a todos los gobiernos”, *op. cit.*, pp. 14-15.

<sup>20</sup> Si un tirano me hace una injusticia, puedo desarmarlo por su amante, por su confesor o por su paje; pero una compañía de graves tiranos es inaccesible a todas las seducciones. Cuando no es injusta, por lo menos es dura, y nunca derrama gracias.

Si sólo tengo un déspota puedo tranquilamente colocarme contra la pared cuando lo veo pasar, para posternarme o para golpear el suelo con mi frente, según la costumbre del país; pero si hay una compañía de cien déspotas, me exponga a repetir esta ceremonia cien veces por día, lo que a la larga es molesto cuando no se tienen las corvas ágiles. Si tengo una finca en la vecindad de uno de nuestros señores, me aplastan; si litigo contra un pariente de los parientes de uno de nuestros señores, me arruino. ¿Qué hacer? Me temo que en este Mundo estemos reducidos a ser yunque o martillo. ¡Qué suerte el que escape a esta alternativa! VOLTAIRE, *Tomo I. Obras completas. Cartas filosóficas. Diccionario filosófico. Memorias*, Gredos, España, 2014, p. 290.

<sup>21</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Reforma constitucional”, *op. cit.*, p. 610.

Comunidad.<sup>22</sup> En este momento de quiebre y reconstrucción, entra a la escena el principio político de Poder Constituyente, en un esfuerzo por tratar de conciliar la aparente dicotomía existente entre Democracia y Constitución.

Con inmejorable precisión lo definía Thomas Paine en *The Right of Man*, al afirmar que “una Constitución es algo que precede al gobierno y el gobierno es únicamente una creación de la Constitución. La Constitución de un país no es un acto de su gobierno, sino del pueblo que constituye un gobierno.”<sup>23</sup> De ahí nace el espíritu soberano del Poder Constituyente como voz del Pueblo soberano, instaurando la imagen de la Constitución como norma suprema querida por un Pueblo en su función de soberano, que ordena, mandata y limita los poderes constituidos.

De igual forma, bajo el pensamiento de Nación abordado por Sieyès,<sup>24</sup> entendiendo a ésta como el Estado materializado por la Constitución dada por el Pueblo soberano, podríamos decir que la Constitución representa ese cuerpo asociado que vive bajo una ley común, creadora de su gobierno y limitadora del mismo. Ni gobierno ni nación podrían existir sin la decisión política del soberano encarnada en la idea de un Poder Constituyente, así lo defendería el propio Sieyès:

Es imposible crear un cuerpo para un fin sin darle una organización, formas y leyes apropiadas para llenar aquellas funciones a las cuales se le ha querido destinar. Eso es lo que se llama la Constitución de este cuerpo. Es evidente que no puede existir sin ella. Lo es también que todo gobierno comisionado debe tener su constitución, y lo que es verdad para el gobierno en general lo es también para todas las partes que le componen. Así, el cuerpo de representantes, a quien es confiado el poder legislativo o el ejercicio de la voluntad común, no existe más que con la manera de ser que la nación ha querido darle. Él no es nada sin formas constitutivas. No se obra ni se dirige no se manda más que mediante ellas.<sup>25</sup>

Como ya se adelantaba, tanto la trama Norteamericana, como la derivada de la Revolución francesa, marcaron el hito histórico del llamado Poder Constituyente, llevando los conceptos de mandato y ordenación al campo de la Constitución. Con acertada razón exponía Sieyès en su obra *¿Qué es el Tercer Estado?*, que el Poder Constituyente sólo puede residir en la Nación, que, bajo

---

<sup>22</sup> Hablamos inminentemente de una Constitución Democrática escrita. No es nuestra intención adentrarnos en el estudio de las diversas formas en que puede presentarse la Constitución de un Estado. Vinculamos aquella cita de Lassalle previamente abordada, de que en esencia todo Estado tiene y ha tenido siempre una Constitución. Sin embargo, para lo que nos interesa como fundamento del presente texto, es considerar a las Constituciones escritas, materialmente constituidas.

<sup>23</sup> Citado por: STONER, James R., *Common Law and Liberal Theory: Coke, Hobbes, and the Origins of American Constitutionalism*, Lawrence, Kansas, 1992, pp. 197 y ss.

<sup>24</sup> SIEYÈS, Emmanuel-Joseph, *¿Qué es el Tercer Estado?*, 3 era. Ed., trad. José Rico Godoy, UNAM, México, 1989, p. 61.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 108.

la más consciente traducción de nuestro autor, afirmaremos que sólo puede residir en el Pueblo, y sólo a partir de la creación de éste que es la Constitución, entran a la vida jurídica material los poderes constituidos sobre quienes recaerá el mandato de la representatividad, incluyendo entre ellos, a la norma de Reforma.

Es ese Poder Constituyente sinergia inmediata de la voz soberanía como concepción de índole política, que sólo más tarde habrá de condensarse en una relación jurídica por vía de la Norma Fundamental.<sup>26</sup> No cabe duda, que es la doctrina constitucionalista nacida entre Inglaterra y Francia de la mano de Rousseau, Locke, Montesquieu, Sieyès y Benjamin Constant, donde se vivifica la idea de la soberanía como originaria del pueblo.

A partir de esta aserción, la Constitución como obra del Poder Constituyente es en sí misma significación de la soberanía, garantía de la libertad de un Pueblo.<sup>27</sup> Así la soberanía se vuelve igualmente, un concepto histórico y no una categoría abstracta, pues es a la vez nota esencial de un Estado.<sup>28</sup> Creación del devenir histórico de las sociedades como hecho social de la realidad y, por tanto, un *ser* como cualidad de potestad con carácter supremo de poder que no admite la existencia de alguno otro por encima de él.<sup>29</sup>

Sobre este contexto, una primera característica sobre la que se erige una Constitución, es que ésta no es una obra jurídica en el sentido que no constituye un derecho, por lo cual no puede reconocérsele como legal para su vitalidad. Por el contrario, al ser conformación de voluntad y decisión políticas, ésta sólo puede ser legítima pues en ella se reconoce el principio de soberanía popular, como voluntad general. Con mejor claridad lo explica De Vega al afirmar que la Constitución es, ante todo, la forma a través de la cual se organizan los poderes del Estado, de tal forma que sólo cabrá hablar de Constitución en sentido moderno cuando es el propio pueblo quien la establece y la sanciona. “La relación dialéctica entre democracia y constitucionalismo, concebida de este modo, hace que, en el lenguaje político del presente, si no se puede hablar de Constitución

---

<sup>26</sup> Cfr. JELLINEK, Georg, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007, p. 401.

<sup>27</sup> CONSTANT, *Escritos políticos*, op. cit., p. 3.

<sup>28</sup> Cfr. JELLINEK, Georg, *Teoría del Estado*, op. cit. p. 432.

<sup>29</sup> Así, por ejemplo, Carré de Malberg en expresión a la soberanía del Estado refiere que: Tomada en su acepción precisa, la palabra soberanía designa, no ya una potestad, sino una cualidad, cierta forma de ser, cierto grado de potestad. La soberanía es el carácter supremo de un poder; supremo, en el sentido de que dicho poder no admite a ningún otro ni por encima de él, ni en concurrencia con él. CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, 2 da. Ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 81.

donde el principio de soberanía popular no se reconoce y explícita, tampoco se puede hablar de democracia donde las garantías constitucionales no funcionan y no son operativas.”<sup>30</sup>

Por tanto, hablar de Poder Constituyente como unidad política del Pueblo es hablar de soberanía. Se deja tras de sí la idea de este poder como perteneciente al Estado de Derecho, si bien lo que ha de conformarse con la creación de la Constitución es precisamente un Estado de Derecho, éste se verá subrogado a la voluntad general. La soberanía deja de residir en el Estado y pasa a las manos de la sociedad, al Pueblo en concreto. De tal manera la Constitución deja de ser jurídica y se convierte en decisión política.

Si el Pueblo como unidad política es el sujeto soberano que mediante su *potestas* ejerce un poder absoluto, por tanto, éste se ve reflejado, indiscutiblemente, en la creación del Poder Constituyente. Si de alguna manera tratásemos de homologar el pensamiento rousseauiano del principio democrático de soberanía popular como ese poder originario y perpetuo, tendríamos que decir que es ahora esa voluntad general, voluntad soberana, por vía de la democracia representativa, una voluntad constitucional.

No se niega con ello el principio democrático y el papel del Pueblo como poder soberano originario y absoluto, tampoco se trata de soslayarlo a partir del principio jurídico de *Lex Superior* por parte de la Constitución. Por el contrario, en la edificación democrática del Estado, este principio evoluciona y se racionaliza mediante la autolimitación a partir del Principio político de Poder Constituyente, como representante inmediato del poder originario, cuya función será la de dotar a la organización política de una Constitución que materialice en el mundo de lo real las decisiones político-sociales del soberano.

Es la efigie de Poder Constituyente lo que homogeneiza la realidad política, jurídica y social de la comunidad, ya que se reconoce al Pueblo como único titular de la soberanía del Estado.<sup>31</sup> Por tanto, al asignarle a éste la facultad de dictar y aprobar la Constitución se logra la unión entre principio democrático y principio jurídico, entre soberanía popular y Constitución como *lex*

---

<sup>30</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “Constitución y Democracia”, en RUBIO NÚÑEZ, Rafael, *Obras escogidas de Pedro De Vega García*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, p. 215

<sup>31</sup> Desde la interpretación althusiano-rousseauiana, el Pueblo es el único titular del ejercicio de la soberanía en el Estado; la titularidad de la soberanía sigue perteneciendo a todos y cada uno de los ciudadanos. Los ciudadanos ceden a ese nuevo sujeto político, superior y englobador de todos ellos, y en el que, de una u otra suerte, se disuelven, el ejercicio de la soberanía, que actuarán investidos del Poder Constituyente.

*superior* del Estado. Este es el fruto más grande provocado en el cambio de Estado de Derecho burgués, al Estado Constitucional, Democrático y Social de Derecho, lugar en donde los textos constitucionales son elevados a una categoría de origen y vinculación obligatoria, en palabras del profesor Ruipérez:

La Constitución, en definitiva, pasaba a ser entendida de un modo muy diverso a cómo lo había sido en el marco del Estado Constitucional liberal. En efecto, frente a la comprensión, según la común opinión, como un mero documento político que consagra principios y valores, y cuya fuerza jurídica, obligatoria y vinculante, dependía de que sus mandatos fueran desarrollados por el Legislador ordinario, que es, aunque con alguna matización que luego haremos, como se entendían el Estado burgués de derecho en el Estado Constitucional democrático y social, por el contrario, los textos constitucionales serán definitivamente elevados a la condición de norma jurídica suprema en el Estado. Comprensión ésta a la que contribuyeron, y en forma decisiva, las construcciones teóricas de los autores del positivismo jurídico formalista, y posteriormente jurisprudencial. Éstos, bien conocido es, se dedicaron realmente a difundir por doquier este nuevo entendimiento de los códigos constitucionales, resaltando, sobre todo, su dimensión normativa al proclamar de manera solemne a las constituciones como auténticas normas jurídicas que, como tales, habrían de ser aplicadas por jueces y tribunales.<sup>32</sup>

## **1.2 EL PROBLEMA DEL PODER CONSTITUYENTE Y SU ENCRUCIJADA ANTE LA REALIZACIÓN DE SU OBRA, LA CONSTITUCIÓN**

Con algo de acierto podemos decir que la creación del Poder Constituyente se corresponde inmediatamente con la contención y limitación del poder. Las circunstancias históricas que encerraron el concepto de soberanía bien pueden dar testimonio de ello. La historia de la Teoría constitucional, diría Loewenstein, ha sido la búsqueda por parte del hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo por lograr una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad.<sup>33</sup>

El intento de mayor fructificación ante ello, fue inclinarse hacia una democracia representativa con la cual se hiciera una distinción y organización de los diversos poderes que

---

<sup>32</sup> RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, “La constitución y su estudio. Un episodio en la forja del derecho constitucional europeo: método jurídico y régimen político en la llamada teoría constitucional de Weimar”, en LEÓN BASTOS, Carolina y WONG MERAZ, Víctor Alejandro, *Teoría de la Constitución. Estudios jurídicos en homenaje al Doctor Jorge Carpizo en Madrid*, Porrúa, México, 2010, p. 701; Sobre esta problemática, *Cfr.*, también, RUIPEREZ ALAMILLO, Javier, “Constitución y Derecho Constitucional. Supuestos políticos y jurídicos en la aparición y consolidación del Estado Constitucional”, en la obra colectiva *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional (Libro homenaje al Profesor Gumersido Trujillo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 360 y ss.

<sup>33</sup> LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 2018, p. 150.

integran el Estado. La *volonté générale* roussoniana cambiaba de significado, ahora esa voluntad se postraba no en el gobernante sino en la unidad política por vía de la Constitución.

El centro de la discusión pasa a ser la división del poder como evitación del dominio. Cuando el poder estatal está distribuido, el dominio está limitado y esta distribución y limitación se vuelven control.<sup>34</sup> Por tanto, el gobernante no es soberano, no tiene la cualidad de la *potestas* ni la salvaguarda de la *legibus solutus* pues el poder que ejerce no es absoluto ni perpetuo, por el contrario, su propia configuración, competencias y facultades son constituidas por un poder mayor que se postra ante él como voz de mando, como el poder que los crea y sin el cual simplemente dejarían de existir.

De esta ecuación, la Constitución aparece como una doble variable, por un lado, crea y ordena las instituciones del Estado y, por el otro, es un mecanismo de límite y control del poder. Indirectamente, en ella se consagran tanto el principio político de Poder Constituyente, así como el principio jurídico de supremacía constitucional. Si se observa con cierto detalle, a la par que se configura una Teoría constitucional, se crea también una Teoría de la democracia representativa. En palabras de De Vega “porque se renuncia previamente a la democracia de la identidad como posibilidad histórica, es por lo que se hace posible plantear una teoría de la limitación del poder y, en definitiva, una Teoría de la Constitución como ley suprema, en el marco de la democracia representativa.”<sup>35</sup>

La democracia representativa implicará la distinción entre representantes y representados, de aquí radica la importancia plena de la Constitución como origen, ordenación y distribución del poder, ya que, conforme al principio democrático, se requiere de un mecanismo de suprema autoridad que frene a la autoridad del gobernante que obrará a nombre y mandato del soberano.

Sin embargo, aun con lo dicho, el problema de la soberanía sigue teniendo un serio inconveniente, ahora de la mano de aquello que en apariencia habría de ser la homologación entre límite y potestad, que es el Poder Constituyente. Es la noción misma de éste, el generador propio de la problemática de la soberanía en el Estado Constitucional.

---

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> DE VEGA GARCÍA, “La Reforma constitucional”, *op. cit.* p. 610.

Expliquemos en mejor medida esto, al ser el Pueblo el único titular del ejercicio de la soberanía, en cuyo sitio se deposita la facultad de dictar y aprobar la Constitución que ha de regir en el Estado, se considera a ésta como norma fundamental, como expresión inmediata de la voz soberana, por tanto, como dijera Constant, se vuelve garantía de la libertad y del poder del pueblo.

Sin embargo, este Poder Constituyente carece de los mecanismos de conservación entre perpetuidad y absolutismo, ya que sólo es un momento decisorio, no perpetuo, no inagotable, no perdurable en el tiempo. Ya lo adelantaba el propio Schmitt al escribir que la Constitución es obra de un acto de Poder Constituyente, pero éste no es una normación cualquiera, sino un único momento de decisión de la totalidad de la unidad política en la consideración de su particular forma de existencia. Este acto y momento constituyen la forma y fondo de la unidad política. “La unidad de la Constitución, sin embargo, no reside en ella misma, sino en la unidad política, cuya particular forma de existencia se fija mediante el acto constituyente.”<sup>36</sup>

En la medida en que el Poder Constituyente realiza su obra y ésta es aprobada por el cuerpo soberano, éste desaparece y, con él, el dogma de la soberanía popular. Una vez aprobada la Constitución, el pueblo deja de ser poder absoluto de decisión para pasar a un igual entre gobernantes y gobernados. Ante ello, el único axioma defendible y que pueda dar continuidad a la lógica del propio Poder Constituyente y de la soberanía popular, es el de la supremacía constitucional. “Frente a la soberanía política del pueblo, lo que surge es una auténtica soberanía, como dirían, por ejemplo, Kelsen o Krabbe, de la Constitución y del Derecho.”<sup>37</sup>

Es pertinente detenernos un momento a analizar algunos puntos relacionados con estas afirmaciones, ya que no es en el campo doctrinario donde se gesta el problema del Poder Constituyente, sino en la praxis del Estado Constitucional. Por tanto, es necesario dejar claro cuál es la naturaleza de este poder y qué es lo que pasa en prospectiva al haber culminado su obra.

Primeramente, no puede haber lugar a dudas que la naturaleza del Poder Constituyente lo es el principio democrático de soberanía popular. Al ser una continuidad y ejecución de éste, resulta obligado afirmarlo como un poder absoluto y total. Lo que realmente se hace con la creación de un Poder Constituyente, es trasladar la teoría de la soberanía popular a ese momento totalizador.

---

<sup>36</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Edit. Alianza, Madrid, 2017, p. 58.

<sup>37</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Reforma constitucional”, *op. cit.*, p. 611.

Señala De Vega,<sup>38</sup> que esta traslación se corresponde con la teorización de Bodin sobre lo perpetuo y absoluto del poder, es decir, que corresponde a éste las facultades de *supra lege* y *legibus solutus*.

Éste es concebido como un poder ilimitado en sus decisiones, no hay ningún poder por sobre de él, ni aparejado al mismo, es *res facti, non juris*. El Poder Constituyente todo lo puede y en consecuencia sólo él puede auto-limitarse, pues previo a él no existe ninguna forma que lo condicione. De una similar manera Sieyès<sup>39</sup> lo refiere como: “La nación se forma sólo por derecho natural. El gobierno, por el contrario, no puede pertenecer más que al derecho positivo. La Nación es todo lo que puede ser por el solo hecho de existir. No depende de su voluntad el atribuirse más derechos de los que tiene.”<sup>40</sup>

Si acaso, así se quiere ver, el único e inmediato límite que puede tener el Poder Constituyente, que no lo es jurídico, sino político, es la propia unidad de voluntad política, es un auto-límite en sí mismo; Dirá, así, Lassalle que sólo responderá a los factores reales de poder. La condición de democracia representativa y la postura de soberanía popular, al ser su cimiento, es su propio verdugo. Si se prefiere, son mecanismos de racionalización más que de límite. En palabras de Schmitt se dirá con justa razón que:

En el Poder constituyente descansan todas las facultades y competencias constituidas y acomodadas a la Constitución. Pero él mismo no puede constituirse nunca con arreglo a la Constitución. El pueblo, la Nación, sigue siendo el basamento de todo el acontecer político, la fuente de toda la fuerza, que se manifiesta en formas siempre nuevas, que siempre saca de sí nuevas formas y organizaciones, no subordinado nunca, sin embargo, su existencia política a una formulación definitiva.<sup>41</sup>

El segundo de los puntos que debe valorarse, es la respuesta a cómo se garantiza la libertad del pueblo cuando el Poder Constituyente haya logrado su cometido que es dar al Estado su Constitución. Una vez dada luz a su obra éste desaparece<sup>42</sup> y, consigo, el dogma de la soberanía

---

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> Es Sieyès quien formula la teoría del *pouvoir constituant* de la Nación. Quien por vez primera hace la distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos.

<sup>40</sup> SIEYÈS, Emmanuel-Joseph, *¿Qué es el Tercer Estado?*, *op. cit.*, p. 110.

<sup>41</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 128.

<sup>42</sup> Ruipérez Alamillo anota, a decir de la desaparición del Poder Constituyente y la generación de la Constitución como *lex superior* que:

Es menester recordar que como, entre otros, han puesto de manifiesto Carl Schmitt y, mucho más recientemente, Pedro De Vega, parte el Estado Constitucional del principio de que, una vez que el Código Jurídico-Político Fundamental ha sido aprobado y ha entrado en vigor, el Poder Constituyente, como depositario legítimo del ejercicio de la soberanía del pueblo, ha de desaparecer de la escena política para entrar en una fase de letargo, de la que tan sólo saldrá cuando en la comunidad política de que se trate se haga necesario el darse una nueva Constitución. De esta suerte, nos encontramos con que la aprobación, y entrada en vigor, del Texto Constitucional implica la entrada en escena de unos

popular, cuál es el mecanismo limitar del poder del gobernante. Esta interrogante ha sido ya contestada desde la historia del Estado Constitucional, tanto americano como francés. Ambas lógicas coinciden en precisar que una vez aprobada la Constitución, y desaparecido del campo de la realidad el Poder Constituyente, la fuerza y autoridad que en éste se deposita, la cede sin mayor límite a su propia obra.

De esta forma, todos los poderes que de ella emanen, serán siempre poderes constituidos y, por consiguiente, poderes limitados y controlados. La Constitución pasa a ser Ley de leyes como Norma Fundamental, *Lex Superior*. Al ser ese Código Jurídico-Político Fundamental expresión del ejercicio de la soberanía por parte del poder Constituyente y, por tanto, como obra del pueblo soberano, éste “puede imponer su voluntad a todos, incluso a aquéllos que no están de acuerdo con la decisión de la mayoría, el Texto Constitucional se erige en aquella *Lex Superior* que se define por ser una norma de obligado cumplimiento, y cuyos mandatos se imponen tanto a los gobernantes como a los gobernados.”<sup>43</sup>

En tal sentido, se da una separación tajante entre el Poder Constituyente y los poderes constituidos. En cita a la experiencia Norteamericana, Pedro De Vega defiende que con esta separación “ni el Poder constituyente puede proyectarse más allá de sus funciones, asumiendo competencias propias de los poderes constituidos, ni los poderes constituidos pueden, por su parte, *usurpar* las atribuciones que únicamente corresponden al Poder Constituyente.”<sup>44</sup>

---

nuevos sujetos: los poderes constituidos. Éstos, como elemento central y basilar de su propio concepto, se definen por no ser poderes soberanos, y que, en la medida en que han sido creados y ordenados por la Constitución, a la que, por lo demás, deben todas sus facultades, han de limitar su actuación a lo establecido por la Ley Constitucional, contra la que nunca podrán ir. Circunstancia ésta que sí, desde un punto de vista jurídico-político, permite afirmar, por ejemplo, a un Martin Kriele o a un Carl Friedrich que lo auténticamente definidor del Estado Constitucional es el que, en su seno, y siempre en condiciones de normalidad, no hay soberano, autoriza, asimismo, y en vía de principio, a dar la razón a Paine, Krabbe y Kelsen cuando, desde una perspectiva estrictamente jurídica, y pese a las diferencias que puedan existir en sus planteamientos, proclaman, todos ellos, que la única soberanía posible en el Estado es la de la Constitución, sobre todo si se entiende que con este aserto lo que se pretende es indicar que, en el Estado Constitucional actuante, el pueblo soberano mantiene de forma indirecta su presencia la vida de aquél a través de un Código Constitucional que es obra suya. RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, “Principio democrático y federalismo. El poder constituyente como único soberano posible en el estado políticamente descentralizado”, *op. cit.*, pp. 720-721.

<sup>43</sup> RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, “Principio democrático y federalismo...”, *op. cit.*, p. 696

<sup>44</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Reforma constitucional”, *op. cit.*, p. 616.

Las *cursivas* son añadidas, en atención a los problemas que la Reforma Constitucional y la falsa idea de defensores de la Constitución traen consigo. Ejemplo de ello son las mutaciones constitucionales que pueden llegar ser falseamientos, incluso, quebrantos constitucionales.

Para Schmitt<sup>45</sup> que, bajo esta descripción, es el Pueblo como soberano quien toma libremente en sus manos, con plenitud de conciencia, su propio destino, adoptando una libre decisión sobre el modo y forma de su existencia política. Es el pueblo el sujeto del Poder Constituyente, y es la Constitución la transformación de la soberanía popular, en soberanía constitucional.

Es el principio de *Lex Superior* el que logra unificar y dar vida material a la voluntad política, dotándole de fuerza vinculante capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la existencia política. A través de este axioma, las decisiones de la voluntad política consagran la obligatoriedad de validez y legitimación de la Norma Fundamental.

Al ser el Poder Constituyente expresión de la voluntad política soberana, es decir, un ser político concreto, cualquiera de sus actos —que lo es la propia Constitución— se vuelve un acto de imperio.<sup>46</sup> La tensión existente entre constitucionalismo y democracia vuelve a atemperarse de la mano del principio de supremacía constitucional, no por percepción de la Constitución como norma jurídica, sino como decisión de la voluntad política.<sup>47</sup>

La voluntad del pueblo de darse una Constitución puede sólo demostrarse mediante el hecho, y no mediante la observación de un procedimiento normativamente regulado. Y claro está que tampoco puede ser enjuiciado a base de leyes constitucionales anteriores o en vigor hasta el momento. ... La voluntad constituyente del pueblo es inmediata. Es anterior y superior a todo procedimiento de legislación constitucional. Ninguna ley constitucional, ni tampoco una Constitución, puede señalar un poder constituyente y prescribir la forma de su actividad. La ulterior ejecución y formulación de la decisión política adoptada inmediatamente por el pueblo requiere alguna organización, un procedimiento, para el cual ha desarrollado la práctica de la moderna Democracia ciertas prácticas y costumbres.<sup>48</sup>

Ello es así, pues, como, desde el concepto sociológico de Constitución, que en términos de García-Pelayo<sup>49</sup> es la proyección del sociologismo en el campo constitucional, en donde emergen tanto una concepción científica, como una actitud mental, que de manera más o menos intensas y extensas relativizan la Política, el Derecho y la Cultura, dijera Lassalle la Constitución escrita es correspondencia inmediata de los factores reales de poder que rigen en un país y, por tanto, los

---

<sup>45</sup> Cfr. SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 126.

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp. 124-125.

<sup>47</sup> Al respecto el propio Pedro De Vega, lo refiere como la naturaleza del Poder Constituyente, al afirmar que éste en cuanto poder prejurídico, como *res facti, non juris*, no sólo es ilimitado en los contenidos de su voluntad, sino en las propias formas de su ejercicio. “La Reforma constitucional”, op. cit., p. 614.

<sup>48</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, op. cit., pp. 132-133.

<sup>49</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel, “Constitución y Derecho constitucional. (Evolución y crisis de ambos conceptos)”, en *Revista de estudios políticos*, n.º 37-38 (1948), p. 73.

problemas nacidos del constitucionalismo no son, primeramente, problemas de derecho, sino de poder. “Las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores reales de poder imperantes en la realidad social.”<sup>50</sup>

Sólo a partir de estas consideraciones podemos llegar a la conclusión que la soberanía popular reside, ahora en una forma indirecta, a través de la propia Constitución como obra suya, como culminación de su decisión, ya que es ésta la formación que lleva a la práctica la voluntad constituyente, ya no como un poder ilimitado, sino como consagración de un poder limitador. Como lo precisara Heller,<sup>51</sup> la Constitución no como producto, sino como productor de un determinado orden y unificación de la normalidad normada.

### ***1.2.1 Anotaciones respecto al Poder Constituyente***

Al tener en consideración lo hasta aquí descrito y retomando el camino de Schmitt en la construcción de su *Teoría de la Constitución* cuando expresa, en atención al Poder Constituyente, que “una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un *ser* político, acerca del modo y forma del propio ser. La palabra voluntad denuncia en contraste con toda dependencia respecto de una justicia normativa o abstracta lo esencialmente existencial de este fundamento de validez”,<sup>52</sup> podemos resaltar las siguientes ideas:

- 1) El Poder Constituyente es voluntad política, al ser el seno de la propia decisión soberana;
- 2) El Poder Constituyente escenifica el modo y la forma de la voluntad política soberana;
- 3) La validez de las normas se crea con base en la esencia del Poder Constituyente como unidad totalizadora del momento decisionista de la unidad política en la consideración de su particular forma de existencia;
- 4) La Constitución es también Ley constitucional.

---

<sup>50</sup> LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 119.

<sup>51</sup> HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, Trad. Luis Tobio, FCE, México, 2017, p 317.

Se adelanta que, de esta obra se hará uso de dos versiones de FCE, una de 1983 y la otra la que ahora se cita, del año 2017.

<sup>52</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 124.

Entre estas ideas, la cuarta es la de mayor ambigüedad en cuanto a la concepción de Constitución y ley constitucional. Exclusivamente a ella es a la que habremos de verter un breve comentario, pues de las tres anteriores ya mucho hemos hablado y juzgamos en buena medida haber llegado a un consenso ideológico de ello.

Pues bien, en nuestra perspectiva cuando Schmitt usa los términos “Constitución” y “ley constitucional” no habla de la misma cosa, pero sí que puede llegar a confundir. Tenemos que adentrarnos en el contexto para dirimir la sutil diferencia con que les emplea. Al referirse a la “ley constitucional” hace alarde a las regulaciones legal-constitucional como formaciones normativas en segundo plano, no en el entendido de obra del Poder Constituyente originario, no como voluntad política, sino como un derivado del mandato constitucional a cargo de un poder constituido, que por acción legislativa ha establecido en el texto fundamental la expresión material escrita de la voluntad política como decisión fundamental.

Por su parte, cuando habla de Constitución, lo hace en el entendido de decisión política fundamental originaria, misma que determina el modo y la forma de la existencia de la voluntad política. Expresa la idea un mandato que en la materialidad dota de validez al ordenamiento legal-constitucional y legal-ordinario. De su contenido se fija la correcta praxis de la voluntad constituyente. Por tanto, no se trata de una significación de ley como formulación técnico-jurídica, sino como fundamento supremo del caudal jurídico-político de un Estado, al ser decisión y voluntad del pueblo como soberano.

En una trama totalmente distinta a la planteada hasta ahora, hemos decidido hacer algunas anotaciones que, a nuestro juicio, postulan el mayor desliz ocasionado en la *Teoría de la Constitución* por nuestro autor. Cabe decirlo, ello en poco tendrá que hacer detrimento en el intento por reivindicarlo como uno de los mejores constitucionalistas de la época de Weimar, alejado de esa ideación de sus escritos fascistas.

La parte a la que hacemos alusión, es el comentario realizado por Schmitt respecto a la permanencia del Poder Constituyente una vez que ha fecundado y traído a la luz su obra, la Constitución.<sup>53</sup> Por un lado, afirma que una vez realizado materialmente la labor el Poder

---

<sup>53</sup> Para el caso de los comentarios vertidos, *Vid. SCHMITT, Teoría de la Constitución, op. cit., p. 125.*

Así como una disposición orgánica no agota el poder organizador que contiene autoridad y poder de organización, así tampoco puede la emisión de una Constitución agotar, absorber y consumir el Poder constituyente. Una vez ejercitado,

Constituyente, no por ello se encuentra acabado y desaparece, sino que permanece al lado y por encima de la Constitución. Es decir, que sigue subsistiendo como voluntad política soberana durante la vida de la Ley Fundamental.

Señala igualmente Schmitt que todo conflicto constitucional que afecte a las bases de la decisión política de conjunto, puede ser decidido, tan sólo, mediante la voluntad del Poder Constituyente. Como una tercera idea, alude a que todo Poder Constituyente es unitario e indivisible, no es un poder más, coordinado con otros distintos poderes. Es la base de los demás poderes y, por lo tanto, establece las divisiones de poderes. Como cuarto y último punto destacable, comenta que la decisión política implicada en la Constitución no puede reobrar contra su sujeto, ni destruir su existencia política.

Hasta este punto el error en el que cae Schmitt, es anotar únicamente en qué es el propio Poder Constituyente, olvidando la razón sobre en quién recae o de quién depende. Este desvío de Schmitt puede evocar la existencia de Nación como un todo que no precisamente habrá de significar pueblo como sujeto soberano. Este es el error que a nuestro parecer no ha querido aceptar y que pudiera llevarlo a sus viejos escritos del poder ilimitado.

En principio, porque al afirmar que el Poder Constituyente no desaparece con la creación de su obra, sino que permanece al lado y por encima de la misma Constitución, lo que plasma y justifica, es la vitalidad y vigencia de la voluntad política ilimitada. Lo que no ha querido observar es que, si la voluntad política entra al mundo de lo real, a partir de la forma del derecho escrito como Constitución, ello reviste la imagen de la propia voluntad política al ser al mismo tiempo unitaria y totalizadora.

Entiéndase que es el deseo y voluntad de unificación política lo que es unitario e indivisible. Si se da por correcto que el Poder Constituyente sea un poder permanente a la par e, incluso, por sobre la Constitución, se tendrá que admitir la existencia de una doble voluntad política, una encarnada en el texto constitucional y otra en ese poder permanente que puede llevar, como en

---

no por ello se encuentra acabado y desaparecido el Poder Constituyente. La decisión política implicada en la Constitución no puede reobrar contra su sujeto, ni destruir su existencia política. Al lado y por encima de la Constitución, sigue subsistiendo esa voluntad. Todo auténtico conflicto constitucional que afecte a las bases mismas de la decisión política de conjunto, puede ser decidido, tan sólo, mediante la voluntad del Poder constituyente mismo. También las lagunas de la Constitución a diferencia de las oscuridades y discrepancias de opinión de las leyes constitucionales en particular pueden llenarse, tan sólo, mediante un acto del Poder constituyente; todo caso imprevisto, cuya decisión afecte a la decisión política fundamental, es decidido por él.

Bodin, a la totalidad del poder al ser perpetuo y absoluto. Con ello se niega el carácter de fuerza y autoridad vinculante de la Ley Constitucional, pues sobre ella sí existe un poder superior y originario que en cualquier momento puede destruirla. Se cae con ello en un símil de soberanía roussoniana.

Por su parte, el carácter de fuerza y/o autoridad sería un sin sentido, ya que la Constitución al no poseerles, sería una ley ordinaria más, fácilmente yuxtapuesta por quien sigue teniendo el carácter de soberano. Constitución y poderes constituidos tendrían la misma capacidad de freno y contrapeso recíprocos. La organización y ordenación como norma fundamental, simplemente no existirían. Estaríamos frente a la negación de una idea de supremacía constitucional.

Ello es así, ya que al ser la Constitución formal en sentido positivo la que direcciona, delinea y da vida a los poderes constituidos, bastará que éstos persuadan al Constituyente, para que en ejercicio de su poder ilimitado converja en la modificación. Sería una especie de poder sobre el poder o, peor aún, un poder sobre la voluntad política creadora, lo que desnaturalizaría en sí mismo el principio democrático de soberanía popular.

Si quien ostenta esa fuerza o autoridad, es el remanente formal, no material, representado por el Poder Constituyente permanente, la Constitución material carecería de sentido, pues éste tendría en todo momento la *potestas* absoluta de reconstruir o, mejor dicho, de estructurar otra Constitución. Obviamente, goza en todo momento de la *legibus solutus*, si acaso la imagen de un nuevo príncipe.

Las anotaciones hechas por Schmitt se agravan aún más cuando precisa que, el Poder Constituyente no sólo no desaparece, sino que se sitúa “por encima” de la Constitución. Aquí lo que se enmarca como riesgo es el capricho constitucional que llevaría a la Constitución al papel de una mera ley constitucional de segundo grado. No es pues, la Ley Constitucional la real materialización de la decisión política como voluntad, ya que ésta se ve sujeta a un poder diverso y superior. El sentido de Constitución como tal queda así obsoleto y sin sentido.

Una segunda crítica a estos pasajes radica en que sobre ellos se niega la propia concepción de Constitución como Ley Constitucional, como Ley de Leyes, ya que su validez y vigencia la hace recaer en la revisión del Poder Constituyente. Allá donde se dé la existencia de una ley inconstitucional, se hace parecer que la propia Constitución no tiene mecanismos para su

autorregulación y autovigilancia, por tanto, no es una ley vinculante a las instituciones que ella ha creado, ni a la sociedad ya que la voluntad política sigue vigilada por el Poder Constituyente.

Por último, la afirmación que la Constitución no puede reobrar contra su sujeto, que es el Poder Constituyente, es cierto y congruente, lo que no lo es, es que estando éste al lado y por encima de la Norma Fundamental, de su propia creación y vigencia, éste sí que puede desconocerla a capricho de quién ostente en su momento la decisión soberana, lugar en que entran al juego los agentes políticos existentes en el Estado. El soberano como Poder Constituyente corre el riesgo de pasar a manos de una oligarquía partidista, que, por mayoría en un poder constituido, atenten contra la fuerza que les creó.

### 1.3 LA CONSTITUCIÓN COMO UNIDAD POLÍTICA TOTALIZADORA

La obra en la que Carl Schmitt explota su astucia e inteligencia como constitucionalista y, por la cual habría de citársele, es sin duda su *Teoría de la Constitución*.<sup>54</sup> En este libro nuestro autor comienza con la generalidad de la palabra “Constitución”, al referir indistintamente que toda persona u objeto se encuentra en Constitución<sup>55</sup> y todo lo imaginable puede tener una, significación que por genérica no pierde su valor para el estudio de la Ciencia Jurídica y la Ciencia Política.

Para el caso que nos interesa, esta palabra va encaminada a demarcar el ejercicio de construcción de un Estado, por tanto, Constitución de un Estado. Este primer punto es testigo de la necesidad de pensar a ésta como organización de determinados factores que habrán de producir, en el mejor escenario, una mecánica de actuación en la realidad mediante la ordenación general de relaciones sociales y políticas en un instrumento de corte jurídico.

Tres factores indispensables e imprescindibles para la conformación de una organización estatal como unidad política de un pueblo.<sup>56</sup> Este es el punto de partida para comprender en sede de pensamiento schmittiano, que al hablar de Constitución se está hablando al mismo tiempo de *status* de unidad y ordenación, de creación de un Estado en cuanto a su existencia democrática, en

---

<sup>54</sup> La versión que se usará es: SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Edit. Alianza, Madrid, 2017.

<sup>55</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo, “Tener y estar en Constitución”, en *Revista de Derecho Político*, n.º 75-76 (2009), pp. 275-285.

<sup>56</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 35.

donde coincidentemente podrá decirse que éste no es más que la unidad política que se ha querido establecer. Así, Estado y Constitución llegan a ser una misma idea.

De esta premisa son apenas observables dos de los elementos que marcan el inicio de la Ley Fundamental y de un Estado, que son *unidad y ordenación*, de las relaciones sociales y políticas de un cierto conglomerado. Sin embargo, para lograr la homogeneización de éstos es necesaria la existencia de un sistema cerrado de disposiciones normativas por medio del cual se materialice la voluntad política de los sujetos intervinientes.

No se confunda, en este momento, Constitución con enramado netamente normativo. Lo que pretende la primera es dinamizar la forma en que la organización social se llevará a cabo, manifestando el modo y forma de la existencia política. Es decir, una autodeterminación política generadora de la totalidad del ordenamiento jurídico. Al tener en cuenta esta afirmación, se pasa a un estadio diverso de contemplación de la Constitución como base funcional de un Estado, a una percepción sobre la que se materializa la idea de ella como Estado.

Así entendido nuestro concepto, se llega a sostener que sin Constitución, el Estado simplemente cesaría, dejaría de vivir, ya que no existiría ni unidad, ni ordenación. Como lo señalara Schmitt en justa cita al pensamiento de la Grecia antigua de la mano de Aristóteles e Isócrates,<sup>57</sup> ésta es el alma, su vida concreta y su existencia individual, ya que ella es la unidad absoluta del todo social, político y jurídico de la organización, como expresión soberana de dominio y articulación del Estado.

Es pertinente detenernos un poco para explicar este punto. A partir de la sintaxis con la que se afirman los párrafos previos, podría exhibirse una falsa contradicción de Schmitt al hablar de Estado y Constitución como una misma idea de *status* en unidad y ordenación, ya que cuando el autor refiere el entendimiento del Poder Constituyente en su historicidad, afirma, para el caso de la Independencia de los Estados Unidos de América, que la creación de su Constitución coincide con la fundación de un nuevo Estado como formación política; Cosa diversa que se suscita con el

---

<sup>57</sup> Este sentido tiene con frecuencia la palabra «constitución» en los filósofos griegos. Según Aristóteles, el Estado es una ordenación de la vida común naturalmente dada de los hombres de una ciudad o de un territorio. La ordenación afectará al dominio en el Estado y a su articulación; por su virtud, hay en él un dominio, pero a aquélla le compete la finalidad viva de esta ordenación, contenida en la particularidad real de la concreta formación política. Si se suprime esta Constitución, cesa el Estado; si se funda una Constitución nueva, surge un nuevo Estado. Isócrates llama a la Constitución alma de la polis. *Ibidem*, p. 36.

cambio de decisión política fundamental originada en la Revolución francesa de 1789, en donde con el acto soberano del Poder Constituyente se crea una Constitución, pero no así un nuevo Estado.<sup>58</sup>

Al respecto, bien podríamos afirmar una tercera concepción de esto, un tanto alejada del panorama schmittiano, ya que si consideramos la doctrina del iusnaturalismo democrático, encontraremos que el contrato social sirvió tanto, para Norte América en la conformación de un nuevo Estado, como en la Francia revolucionaria para la re-fundación de su Estado. En este segundo caso el contenido del contrato social se traduce en el deseo de permanecer siendo el mismo Cuerpo Político, pero, regido por un conjunto de principios y valores distintos a los que operaban en el momento político anterior.<sup>59</sup>

Consideramos que el punto de inflexión radica en la conformación del Poder Constituyente, concretamente en el sector en que éste descansa o, si se prefiere, de quien depende el ejercicio constituyente como acto de soberanía que es el pueblo. Lo que sucede en el caso norteamericano no tiene mayor problemática, pues en tal caso Constitución simboliza creación de un Estado. Pero para la coyuntura francesa no es tan sencillo comprender la función constitucional como no creadora de un Estado.

A nuestra consideración, lo que en Schmitt no se dice es que la creación de un nuevo Estado no depende del dominio sobre la forma del gobierno, ya que una sociedad puede, con gracia, optar por una diversa forma de gobierno, en tal modo se daría una nueva Constitución, pero no un nuevo Estado. Sin embargo, cuando el cambio radica en la decisión de quién actuará como soberano — que no implica una mera conclusión de cambio de gobierno, sino de legitimación político-social— es decir, quién tiene la facultad de ordenación y unidad, el pueblo o el príncipe, es donde se presenta la fundación de un nuevo Estado.

Por tanto, si bien la *ratio* de la Constitución como totalidad absoluta de la organización social es entendida por Schmitt como el requisito *sine qua non* del Estado, no necesariamente el llamado a un Poder Constituyente nuevo, cuya finalidad será dar a la sociedad una Constitución,

---

<sup>58</sup> El Estado francés existía de antes, y seguía existiendo. Aquí se trataba tan solo de que los hombres mismos fijaban, por virtud de una decisión consciente, el modo el modo y forma de su propia existencia política. *Cfr. Ibidem*, p. 126.

<sup>59</sup> No obstante, el Estado, que es una manifestación estructural concreta de la Comunidad Política, existía antes del constitucionalismo moderno, en cuanto que forma política general. De donde se deduce que el Estado Constitucional es una manifestación estructural concreta de la forma política general Estado.

implica la conformación de un nuevo Estado, como sí la erección de una nueva forma de gobierno. Sobre estos pasos se percibe una particularidad más de la construcción de una Constitución, o del significado de ésta, ahora como dominio sobre la forma.

Es pertinente enfatizar esta comprensión de Constitución como dominio, que no lleva a considerar como se pudiera descifrar, un dominio hacia la sociedad en términos de autoritarismo o de Imperio de Estado de Derecho ilimitado. Interpretamos aquí a Schmitt como un dominio sobre el perfil de gobierno, como si de una forma de formas se hablara.

Ya habría de adelantar esta faceta el propio autor al referir en el prólogo a su obra, que el Estado Constitucional es una correspondencia innegable de la producción histórica de una sociedad y no como una creación puramente del presente, aunque sí supeditada a las necesidades intrínsecas del momento en que el Poder Constituyente opere sobre la fuerza vinculante de la unidad política. Al respecto afirma que:

El Estado liberal-burgués aparece en la historia asumiendo el doble papel de heredero y de adversario de la monarquía absoluta. Es adversario por cuanto que comporta, frente a ella, el principio político opuesto: la democracia; pero es al mismo tiempo, heredero, porque se propone establecer la democracia *dentro del ámbito del Estado nacional*, que la monarquía absoluta había formado, y al que había dotado de características intrínsecas, esenciales, marcadas a perpetuidad con el sello de la forma política generatriz.<sup>60</sup>

Esta particular forma de comprender la palabra Constitución, es a la que Hermann Heller con suma elocuencia refiere su mayor crítica al decisionismo schmittiano desde un entendimiento teórico del método. Para este autor la Constitución de un Estado sólo puede significar organización cuando ésta es resultado material de la actividad humana consciente, referida a la estructura de una situación política real renovable constantemente mediante actos de voluntad humana.<sup>61</sup>

A partir de esta visión de lo real como acto de voluntad humano, entran en juego dos conceptos indispensables para el pensamiento helleriano, que son el de normatividad y normalidad. A través de ellos, en su encuentro dialéctico que representaría el juego entre lo político y lo jurídico, lo normado y lo no normado, lo jurídico y lo extrajurídico, afirma que la Constitución normada por el derecho conscientemente establecido y asegurado es la Constitución organizada. “Una Constitución política sólo puede concebirse como un ser al que dan forma las normas.”<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, op. cit. pp. 16-17.

<sup>61</sup> Cfr. HELLER, Hermann, *Teoría del Estado* (2017), op. cit., p. 317.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p.318.

Es observable que en esta composición, el sentido de lo real y el papel del sujeto social, se posicionan como el centro de la discusión, de ahí el carácter dialéctico de la organización. Solo mediante la normativización de la normalidad, la organización estatal penetra en la vida del sujeto social, configurando un ser en la Constitución del Estado. Normalidad y normatividad se refuerzan mutuamente, por un lado lo normal fáctico adquiere fuerza normativa y, a la vez, la norma reviste una fuerza normalizadora como voluntad consciente de sujeción.

La función obtenida de ello, es que “sólo mediante el elemento normativo se normaliza una situación de dominación actual y plenamente imprevisible convirtiéndose en una situación de dominación continua y previsible, es decir, en una Constitución que dura más allá del momento presente.”<sup>63</sup> Existe una clara prelación de la norma social sobre la jurídica que se denomina Constitución no normada, pero derivado de su carácter dialéctico, ésta, la norma social, requiere un reforzamiento que vincule su respeto, lográndolo solo a partir de la norma constitucional.

Con este panorama Heller explica que la concepción de Schmitt de un derecho de situación basado al decisionismo político, implica una incomprensión total de la importancia jurídica y política del elemento normativo de la Constitución. Continuidad y realidad de la Constitución como norma jurídica, se postulan como los elementos que, a decir de Heller, se niegan en Schmitt, señalando al respecto que:

La afirmación de C. Schmitt de que la Constitución no puede ser concebida como normación, sino que tiene que ser considerada como “decisión” sobre la especie y forma de la unidad política proviene de su radical incomprensión del elemento normativo de la Constitución del Estado. Naturalmente que en la base de toda normación, no sólo de la Constitución sino de cualquier ley existe una decisión más o menos política del que crea la norma.<sup>64</sup>

Sin embargo, a la crítica realizada por Heller se tendría que rebatir un punto medular en el pensamiento de Schmitt, y no es que se pretenda justificarle, simplemente hemos pretendido reivindicar ideológicamente su *Teoría de la Constitución*. Cuando Schmitt habla de una negación por el orden normativo como centro y función de la Constitución, optando por la terminología de *decisión* política fundamental, lo hace en primera instancia, como una percepción que permitiría evidenciar un inexacto concepto de Constitución, ya que ello puede llevar a la relatividad de la misma.

---

<sup>63</sup> HELLER, Hermann, *Teoría del Estado* (2017), *op. cit.*, p. 323.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 336.

Explicuemos de mejor forma esta problemática. Al tratar de conceptualizar lo que ha de ser una Constitución, Schmitt señala que sólo puede valorarse como real, cuando ésta es establecida desde una visión absoluta, como una concreta forma de ser de la unidad política existente. No niega, por tanto, la calidad de lo real como ciencia de la materia; lo que realiza, es advertir que, si esta unidad política es concebida como un sistema cerrado de normas, no se llega a la realidad, sino a lo ideal a lo netamente pensado.<sup>65</sup>

El riesgo que se corre con ello, es que ese conjunto de normas sea igualmente una noción que puede dividirse en tantas aristas se considere pertinentes, ya no por un Poder Constituyente, sino por poderes constituidos que en actividad legislativa de cambio constitucional, lleven al texto fundamental porciones de la realidad política, de decisiones ordinarias y sea consideradas como fundamentales. A esta transformación le denomina ley constitucional.

Pensar en la normativización de cualquier tipo de normalidad tendente a posicionarse a la par de la Constitución como una ley constitucional, implica considerarles como una misma totalidad de la unidad política. Así, cada ley constitucional puede aparecer como Constitución. Aquí es cuando Schmitt niega el carácter normativo, pero inclinado a la relativización de la Constitución señalando que:

La relativización del concepto de Constitución consiste en que en el lugar de fijarse el concepto unitario de Constitución como un todo, se fija sólo el de *ley constitucional concreta*, pero el *concepto de ley constitucional* se fija según *características* externas y accesorias, llamadas *formales*.

Constitución, en sentido relativo, significa, pues, la ley constitucional en particular. Toda distinción objetiva y de contenido se pierde a consecuencia de la disolución de la Constitución única en una pluralidad de leyes constitucionales distintas, formalmente iguales. ... Ya no se preguntará por qué una prescripción legal-constitucional necesita «fundamental».<sup>66</sup>

No pretendemos, por el momento, ahondar en la explicación de esta temática, ya que lo abordaremos en forma pormenorizada en el apartado IV cuando hablemos del problema de la Ley constitucional y la actuación del Poder Constituyente. Téngase por anotado, que la interpretación que hacemos de la presunta negación de la normatividad como elemento inobservable en Schmitt resulta inadecuado, ya que para éste, la Constitución sólo podrá surgir a la realidad material, de la mano de su concreta apariencia normada con carácter escrito.

---

<sup>65</sup> Cfr. SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, op. cit., pp. 36 y 45-55.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 45.

Por su parte, igualmente falso es que niegue u omita lo real y el cambio en la Constitución. En su tercera significación, la concibe como principio del devenir dinámico de la unidad política, lo que permite su continua renovación en cuanto a su forma y erección. Resulta innegable la dialéctica concentrada en esta afirmación, pues al ser la Constitución producto del pasaje histórico de la unidad política, ésta se consolida sobre la base de su constante perfeccionamiento.

Así, el Estado-Constitución no es algo estático o en reposo, cual si de inmutabilidad normativa se hablara, sino que se sitúa como algo en devenir constante. Ello es así, derivado de los diversos contrastes conforme a los cuales se integra la unidad política, pues los muchos intereses políticos contrapuestos, opiniones y tendencias en juego, son parte integradora de la unidad política.

Es integradora en la medida en que la existencia del Estado se debe a la decisión de los sujetos sociales de auto-determinarse y auto-integrarse, para su propio desarrollo. Este proceso de integración<sup>67</sup> representa el núcleo sustancial de la dinámica del Estado y, por tanto, de la Constitución. Sólo a partir de estos procesos de integración, el individuo se vuelve sujeto social en armonización con la imagen de voluntad comunitaria, por medio de la cual se puede renovar y desarrollar en su sustancia espiritual.

Esta teoría de la integración es retomada por Schmitt de la ideología del derecho como ciencia del espíritu de Rudolf Smend, en cuanto que para éste “lo característico de los procesos integradores de una comunidad determinada reside en que dichos procesos son generalmente procesos que producen, actualizan, renuevan o desarrollan la sustancia espiritual de la comunidad, que es precisamente lo que constituye su contenido objetivo. En la vida política son por tanto, fundamentalmente procesos de conformación de la voluntad comunitaria.”<sup>68</sup> En todo caso, la óptica de la Constitución como concepto dinámico se posiciona en la esfera del *ser* y del *existir*. Por esa condición no puede hablarse que ésta se convierta, sin más, en una simple regla o norma bajo la cual se pretenda subsumir.

Si tratamos de homologar las directrices marcadas tanto por Schmitt como por Heller, en el entendimiento de dinamismo, tenemos primeramente que señalar, que para ambos existe una

---

<sup>67</sup> SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, Trad. José M. Beneyto Pérez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 63.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 80.

primer aproximación y coincidencia, en el sentido que si bien se trata de procesos de integración, estos son referidos no a una sustancia espiritual, sino a condiciones de la realidad en tanto actividades humanas.

Igualmente, debemos admitir que el pensamiento helleriano al basarse en una construcción metodológica de estudio de la Ciencia del Estado como auxiliar de la Ciencia Jurídica, se encamina a la consolidación de una verdadera Teoría Unificadora de la Constitución de corte funcionalista, donde la constante discusión dialéctica enfrasca la totalidad de los fenómenos jurídicos, políticos y sociales, en una actividad humana dotada de sentido.

¿Pero, cuál es la significación de “sentido” que debe contener la Constitución? Pues bien, para comprender esta temática se tendrá que analizar la construcción teórica del pensamiento de este autor. Como es evidente, el lenguaje utilizado en el discurso de su Teoría del Estado, se encuentra cimentado sobre la filosofía de Hegel en cuanto a su perspectiva dialéctica por medio de la cual compagina lo real de la normalidad, con el objeto de la normatividad.

No obstante ello, pudiéramos atrevernos a señalar que al dotar de sentido sus elementos constructivos como actividad humana y llevarlos al campo del criticismo teórico — Teoría crítica que reside esencialmente en el pensamiento de Hegel, Marx y Freud— por medio de lo cual se pretende conceptualizar teóricamente la totalidad de las condiciones sociales y la necesidad de su constante cambio, haciendo de la teoría una forma, se deja entrever un claroscuro resplandor de influencia sociológica enfocada a la funcionalidad de la ordenación de las relaciones sociales, lo que hace necesario pensar en una influencia de la Escuela de Frankfurt.<sup>69</sup>

Solo al tener en mente esta idea, puede comprenderse la inteligencia de postular a la Constitución como una totalidad de factores y condiciones sociales que se encuentran en constante cambio, pero siempre dependientes del sujeto social como motor de esas condiciones. Por vez

---

<sup>69</sup> Aquélla generada y sustentada por el pensamiento de sociólogos y filósofos del calce de Horkheimer, Adorno, Marcuse, Pollock, Neumann, Fromm, entre otros tantos. Para el caso véase: HORKHEIMER, M., “Teoría tradicional y teoría crítica”, en *Teoría Crítica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1974; HORKHEIMER, M. y ADORNO, Th. *Dialéctica del Iluminismo*, Buenos Aires, Sudamericana, 1969; ADORNO, Theodor, *Dialéctica negativa*, Madrid, Taurus, 1992; MARCUSE, Herbert, *Eros y civilización*, México, Joaquín Mortiz, 1965 y, *El hombre unidimensional*, México, Joaquín Mortiz, 1968; POLLOCK, Friedrich, “Capitalismo di stato: possibilità e limiti”, en POLLOCK, Friedrich, *Teoria e prassi dell'economia di piano. Antologia degli scritti 1928-1941*, De Donato, Italia, 1973; POLLOCK, Friedrich, “Il nazionalsocialismo è un ordine nuovo?”, en MARRAMAO, Giacomo (Comp.), en *Tecnologia e potere nelle società post-liberali*, Liguori, Nápoles, 1981; NEUMANN, Franz, *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983; NEUMANN, Franz, *El estado democrático y el Estado autoritario*, Paidós, Buenos Aires, 1968.

primera se posiciona en el estudio de la Teoría constitucional, un pensamiento de este tipo que deja de lado el individualismo de sectores, ya jurídicos, ya políticos, como fundamento primigenio de la Constitución.

Al superponer el elemento cambio en la generación de la palabra Constitución, aparece la idea de factores de integración operantes en la realidad social. Ambos autores en comentario — Schmitt y Heller— son coincidentes en acuñar el contenido de estos factores como fondo de la ley fundamental, a partir de lo manifestado por Lassalle al señalar que el núcleo de las Constituciones radica en los factores reales de poder, mismos que siempre se entienden en cambio y gradualidad.

Con acierto escribe Lassalle<sup>70</sup> que en todo país obra una fuerza activa e informadora que influye en todo el aparato normativo que se levante sobre un Estado, obligándolo a ser lo que es y como es, sin permitirle ser de otro modo. Esta fuerza vinculante, activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad, son los factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad, son el núcleo de una Constitución.

He ahí, pues, señores, lo que es, en esencia, la Constitución de un país: la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país.

¿Pero qué relación guarda esto con lo que vulgarmente se llama Constitución, es decir, con la Constitución jurídica? No es difícil, señores, comprender la relación que ambos conceptos guardan entre sí.

Se cogen factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se ha erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atenté contra ellos atenta contra la ley, y es castigado.<sup>71</sup>

Este pensamiento es a partir del cual Heller se plantea la realidad social como ordenada y formada tendente a reproducirse como Estado en su existencia concreta, a través de una Constitución real. Haciendo de esta forma alarde a lo señalado por Lassalle respecto a que en todo país tiene una Constitución, real y efectiva, pues no se concibe país alguno en que no imperen determinados factores reales de poder, cualesquiera que ellos sean.<sup>72</sup>

Esto es lo que corresponde a lo dinámico de la ley fundamental, ya que esas relaciones de poder que condicionan la formación normativa y la actividad institucional dentro de un Estado,

---

<sup>70</sup> Los factores de poder que rigen en el seno de cada sociedad son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no pueden ser, en sustancia, más que tal y como son. LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, op. cit., p. 84.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 99.

están siempre en permanente cambio, lo que refuerza la unidad y ordenación de la voluntad organizativa de la sociedad proyectada dentro de un Estado. Así, toda organización humana perdura en cuanto constantemente renace.<sup>73</sup>

Entender la Constitución como unidad y organización de la voluntad política a partir de la interacción de las relaciones de poder de los distintos integrantes de la comunidad, implica situar esas decisiones políticas fundamentales como una parte estática que da cohesión y sustento al propio Estado. No obstante, a la vez sólo puede hablarse de Constitución al afirmarla como proceso integrador dinámico, pero con carácter relativamente estático, de ahí que se enaltezca la Constitución de un Estado como forma de actividad, como producto, y no como proceso o actividad.<sup>74</sup>

En esta mecánica integradora o de homogeneización en términos de Heller, la Constitución reviste la forma de una ley de leyes como norma fundante, a partir de la cual todo el desplegado normativo de un Estado habrá de condicionarse a la voluntad política que le dio origen, al ser la normación total de la vida del propio Estado. Constitución en sentido de una unidad cerrada, no de un sistema cerrado que evocaría lo referido como leyes constitucionales.

En este sentido la Constitución se instituye como ejercicio de soberanía. Aquí radica la confronta a la crítica que Heller hacía a Schmitt, pues para el segundo de los referidos, concebir así a la Constitución, implica un cambio de Estado-Constitución, a Constitución-Estado, ya que el Estado es un *deber-ser* normativo, mientras que la Constitución se vuelve un *ser*, ya que sólo una cosa con existencia concreta, y no una simple norma válida, puede ser soberana.<sup>75</sup>

La calidad de *ser* es obtenida de la voluntad política del Pueblo, ésta se materializa como acto de soberanía a partir del ejercicio del Poder Constituyente. La palabra voluntad personifica la magnitud del *ser* como origen del *deber-ser*. La fuerza y autoridad de esa voluntad radica en el *ser*. Por esa razón, la Constitución no puede ser concebida como una mera norma positiva, puesto que esa voluntad conduce al Derecho natural del principio democrático de soberanía.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> HELLER, Hermann, *Teoría del Estado* (2017), *op. cit.*, p. 317.

<sup>74</sup> *Idem.*

<sup>75</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 40.

<sup>76</sup> Dirá Schmitt en su análisis sobre el Poder Constituyente, que éste no está vinculado a formas jurídicas y procedimientos; cuando actúa dentro de esta propiedad inalienable. «Está siempre en estado de naturaleza». *Ibidem*, p. 128.

Si bien una norma, en este caso la Constitución, vale porque está positivamente ordenada conforme a determinado método, ésta existe siempre por virtud de la voluntad política como unidad y ordenación. Es la verdadera realidad ordenadora de conformación jurídica. El concepto de ordenación jurídica explicado a través del tamiz de la voluntad política, es desarrollado por Schmitt mediante dos contenidos completamente diferenciados: 1) La norma en Derecho; y, 2) La voluntad política como elemento real de ordenación concreta.<sup>77</sup> Así, la unidad y ordenación reside en la existencia política del Estado, y no en leyes, reglas ni ninguna clase de normatividades, tan solo en la Constitución como ley de leyes, como *norma fundamental*.<sup>78</sup>

Queda claro que cuando se insta a un Schmitt como distante de la idea de norma fundamental que hemos venido tratando, ponderando un decisionismo político por sobre cualquier otra conformación social, se está valorando su teología política, no así su pensamiento en *Teoría de la Constitución*. Desde su obra *Teólogo de la Política*,<sup>79</sup> es fácilmente criticable y, por el contrario, de todo lo referido hasta este punto, estaríamos a favor de dichas críticas.

Cuando Schmitt señala que todo orden deriva de una decisión y que también el orden jurídico, al igual que cualquier otro, se basa en una decisión y no en una norma,<sup>80</sup> no está contemplando la esencia y finalidad de una Constitución, sino que trata de justificar, conforme al tiempo y espacio en que lo escribe, un régimen de gobierno específico, donde el concepto de soberanía poco tiene que ver con una razón democrática.

Por lo contrario, evoca como fundamento de su decir lo referido por Bodin respecto a la problemática de la soberanía y el caso de necesidad y urgencia de toma de decisiones, incluso tendencialmente, inclinando su postura a la imagen del príncipe en su coyuntura de promesa para con el pueblo. El concepto soberanía tiene aquí una implicación simbólica de relación con los conceptos: “poder” y “dominio”.

---

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>78</sup> Quien dice que la Constitución vale como *norma fundamental* (no como voluntad positiva) afirma con ello que es capaz de portar, en virtud de ciertas cualidades de *contenido*, lógicas, morales u otras, un sistema cerrado de preceptos jurídicos. *Ibidem*, pp. 42-43.

<sup>79</sup> SCHMITT, Carl, *Teólogo de la Política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001. Ver también la edición Trad. Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez, Trotta, Madrid, 2009.

<sup>80</sup> *Ibidem*, pp. 25-26.

Bodin refiere que la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república.<sup>81</sup> No obstante tal significación no es necesariamente una visión democrática, sino más bien un régimen monárquico, un principado. Por tanto, República se entiende como un “recto gobierno de varias familias, y de lo que les es común”,<sup>82</sup> así el poder depende de la característica de perpetuidad de la persona sobre quien descansa.

El dominio del que se habla, reside en el poder y mando que el soberano tiene por sobre toda la organización social, incluso, sobre la propia edificación jurídica que pueda tenerse en la República. Este dominio se ejercita a través de la decisión de mando del soberano,<sup>83</sup> mismo que en ningún momento se puede afirmar como sometido,<sup>84</sup> si acaso en un compromiso de pacto normativo, donde su propia voluntad se dirige a la promesa realizada a sus súbditos, pero incluso aquí, esta sujeción es frágil y limitada a los casos de necesidad y urgencia.

El poder vinculante de la ley rige como sujeción de mandato para el pueblo y, siempre, como voluntad del soberano, pues éste no está sujeto a sus leyes, ni a las leyes de sus predecesores, sino a sus convenciones justas y razonables y en cuya observancia los súbditos en general o en particular, están interesados.<sup>85</sup> La ley es la expresión de mandato por medio de la cual se ejerce el poder.

Si se siguen estos pasos en la edificación de un concepto de soberanía,<sup>86</sup> resulta fácil comprender cómo Schmitt llega a la conclusión que soberano es quien decide sobre el estado de excepción,<sup>87</sup> enuncia esta cavilación como la más justa respecto al límite del término soberanía. Aquí, norma se presenta como derecho de situación, se pondera al Estado como decisión política

---

<sup>81</sup> BODIN, Jean, *Los seis libros de la República*, op. cit., p. 47.

<sup>82</sup> *Idem*.

<sup>83</sup> En el soberano, especialmente, se reúnen de nuevo todos estos elementos y aspectos: el soberano es, a la vez, legislador supremo, juez supremo, y comandante en jefe supremo, la última fuente de la legalidad y el último fundamento de la legitimidad. SCHMITT, *Teólogo de la Política*, op. cit., p. 261.

<sup>84</sup> Si el príncipe soberano estuviese sometido a los estados, no sería ni príncipe ni soberano, y la república no sería ni reino ni monarquía, sino pura aristocracia de varios señores con poder igual, en la que la mayor parte mandaría a la menor, en general, y a cada uno en particular. *Ibidem*, p. 57.

<sup>85</sup> SCHMITT, *Teólogo de la Política*, op. cit., p. 54.

<sup>86</sup> Si bien no es nuestro objetivo discutir aquí el tema de la soberanía, resulta necesario abordar al Schmitt alejado de su Teoría de la Constitución, con la finalidad de no incurrir nosotros mismos, en un falseamiento teórico, ya que hemos postulado a este Schmitt, como su propia contradicción con sus diversos textos, lugar en el que se reivindica, ahora de la mano de la democracia.

<sup>87</sup> SCHMITT, Carl, *Teología política*, op. cit., p. 23.

de la voluntad organizadora por sobre la construcción normativa del mismo, existe pues, una indudable superioridad del Estado sobre la vigencia de la norma jurídica.

La decisión se libera de toda obligación normativa y se vuelve absoluta en el sentido literal de la palabra. En el caso de excepción, el Estado suspende el derecho en virtud de un derecho de autoconservación, según suele decirse. Los dos elementos del concepto orden jurídico se enfrentan y demuestran su autonomía conceptual. Del mismo modo que en el caso normal es posible reducir el momento independiente de la decisión al mínimo, en el caso de excepción la norma se destruye.<sup>88</sup>

De esta manera, se observa un monopolio de la coacción que de la mano de la norma, se convierte en un monopolio sobre la decisión. A nuestro entender y, siguiendo el pensamiento helleriano, ésta si sería una total *aberratio* donde la idea de decisión desconoce la propia organización social, mediando sólo el interés personal del soberano, desconociendo de igual forma la razón del derecho, pues a partir de la decisión puede crear situaciones de derecho nuevas, una paradoja de derecho sin derecho. Decisión política es mutación en Derecho.

No sólo el Derecho es un Derecho de situación, sino que cualquier decisión del soberano implicará en forma inmediata una situación necesaria de decisión. La perspectiva de límite al Derecho no tiene sentido ya, pues al no existir límite en la decisión del soberano por ser un poder supremo, el Derecho pasa a ser una forma que rige sobre la idea jurídica de necesidad a la circunstancia concreta. El Derecho se vuelve decisión jurídica.<sup>89</sup>

Algo de suma importancia habrá de destacarse en este punto. El recorrido realizado de Schmitt por dos de sus más importantes obras, implica una terminante contradicción en su pensamiento. El primero que es criticable por sus nociones de Soberanía, soberano, ordenación jurídica y decisionismo. Y, un segundo, en su obra *Teoría de la Constitución*, donde se aleja de esos ideales que detonan en un totalitarismo, cambiando de ruta hacia un modelo democrático en el que la Constitución como norma fundante, goza de un sitial especial como formación de la voluntad política unitaria y organizacionalmente.

Como con suma precisión lo dejara claro Gómez Orfanel, en esta faceta constitucionalista se observa un Schmitt cuyo decisionismo es, sobre todo, un tipo de pensamiento jurídico. Un

---

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 27. En su edición española ya citada, se utiliza el término aniquilación, al momento de referir el resultado de la ley ante la excepción. *Vid op. cit.*, p. 18.

<sup>89</sup> Señala Schmitt que: "Cada decisión jurídica concreta contiene un elemento de indiferencia con respecto, al contenido porque la conclusión jurídica no emana en su totalidad de sus premisas y el hecho de ser necesaria la decisión se conserva como elemento determinante autónomo." *Ibidem*, p. 39.

escenario que fluye a partir de la unión entre derecho y política, desmarcándose de la política liberal y de la epistemología normativa, en lo que se conoce como una “*Politique du droit*, no porque subordine el derecho a la política, sino porque sitúa en el principio de todo derecho un elemento que no es una norma, sino más bien la condición para emanar normas.”<sup>90</sup>

Temas como Constitución-Estado, Poder Constituyente, soberanía popular, justicia y voluntad, circundan el encuadre de su teoría que desconocen a ese viejo Schmitt tildado de fascista en su discurso al servicio del poder. El remanente teórico de esos preceptos como el de poder, dominio y mando, corresponden ahora a la Constitución como virtud de la voluntad política existencial de aquel soberano que la ha dado a partir de un acto constituyente.

Ese Poder Constituyente, cuyo engendrador es el Pueblo en cuanto voluntad política, contiene dentro de sí, la voluntad de ordenación normativa como motor de modo y forma de organización. La decisión, por un único momento, abarca la totalidad de los factores que mueven a la unidad política. Ese Poder Constituyente, es el ente capaz de obrar, donde se deposita la voluntad de dar una Constitución. La Constitución es tal, en cuanto existe por virtud de la magnitud política residida en la decisión política del titular del Poder Constituyente, que es el pueblo soberano.

Al cabo de toda esta disertación, aún permea cierto remanente que abordar respecto a la Constitución como decisión de unidad política y decisionismo como potestad absoluta del soberano. Como lo hemos adelantado, no es nuestro objetivo escudriñar en toda la formulación teórica de nuestro autor, sin embargo, sí hemos tratado de reivindicar el camino de éste conforme a su *Teoría de la Constitución*, a fin de llegar a la posibilidad de rectificar la razón.

De tal forma, debemos detenernos a pensar, al menos por un momento, si existe diferencia entre decisión y decisionismo. Pudiera parecer al trato de los textos, que ambas palabras son usadas para materializar una misma cosa o una igual situación para referir una resolución, comprendida

---

<sup>90</sup> GÓMEZ ORFANEL, Germán, “Carl Schmitt en los noventa”, en *Revista de Libros*, segunda época, n° 19-20, julio-agosto, 1998. Disponible en: <https://www.revistadelibros.com/articulos/carl-schmitt-en-los-noventa> [Consultado en julio de 2020].

De igual forma, véase: TAJADURA TEJADA, Javier, “La renaissance de Carl Schmitt”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, UNED, España. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/4263263.pdf>

en la conceptualización de las palabras Constitución y Estado. No obstante, el contexto sobre el cual son usadas dista mucho de simbolizar y significar lo mismo.

Explicemos mejor esta afirmación. En Teología Política la palabra decisión conjura la idea de determinación política en caso de un Estado de emergencia, en el que la voz de mando la contiene el soberano —príncipe— como único sujeto depositario del poder, por medio del cual se crea y se direcciona el Derecho. En esta instancia la Constitución nada tiene de norma fundamental, lo realmente importante es la personificación e integración del soberano, como una totalidad de las condiciones sociales, políticas y jurídicas del Estado.

El soberano es, a la vez, legislador supremo, juez supremo, y comandante en jefe supremo, la última fuente de la legalidad y el último fundamento de la legitimidad.<sup>91</sup> A este poder ilimitado, para el cual a la Constitución se le niega como actividad normada de la normalidad social y desprendida de toda fuerza y poder vinculante, es a lo que en Schmitt se tiene como su teoría decisionista de la totalidad en la voluntad política. Acertada razón tendría Heller en tal modo al reprochar ello, pues a la Constitución se le estaría quitando toda función normativa con base en un determinismo que puede ser radical.<sup>92</sup>

Por su parte, en un sentido totalmente ajeno a esta nomenclatura, se presenta un Schmitt de una *Teoría de la Constitución* que concibe un concepto de Constitución como unidad y organización totalizadora de la voluntad política, donde la materialización de las decisiones políticas de una sociedad sólo puede homogeneizarse y tener la función de norma suprema, mediante el sistema cerrado de disposiciones normativas que direccionen y gestionen la totalidad del aparato jurídico de un Estado.

Se entiende a la Constitución como ley de leyes que representa las decisiones políticas fundamentales de corte democrático, que han sido adoptadas por el Pueblo como sujeto soberano en virtud de su existencia política. La Constitución se vuelve una decisión política fundamental que escenifica el plan normativo de una sociedad, con lo que es válido aducir que, así vislumbrada la norma fundamental, la decisión se vuelve normalidad tendente a fortificarse vía normatividad, con lo que se asegura la continuidad del texto normativo.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> GÓMEZ ORFANEL, German, “Carl Schmitt en los noventa”, *op. cit.*, p. 261.

<sup>92</sup> *Vid.*, HELLER, Hermann, *Teoría del Estado* (2017), *op. cit.*, pp. 335-336.

<sup>93</sup> Así compaginable con la idea de Constitución para Hermann Heller.

No se trata de un determinismo radical en el que se hace óbice de la Constitución, pudiendo yuxtaponerla a una decisión política tomada por el soberano en cualquier momento que así lo desee por capricho de intereses particulares. El Pueblo como titular del poder soberano se autorregula por medio de una Constitución, que para su cambio y permanencia requiere de determinados límites de normalidad normados e incrustados en su propio texto.

Seguir con la idea malintencionada de tildar en todo texto a Schmitt como teórico del fascismo, es negar la calidad de jurista, politólogo y constitucionalista que se representa en su *Teoría de la Constitución*. Si bien es más que claro el decisionismo que externa este autor en sus textos de determinado régimen de gobierno, no tiene el mismo trato y estructura en este texto en mención. Esta idea ya la dejaba en claro desde los años 90's el profesor Gómez Orfanel,<sup>94</sup> al apuntar que Schmitt es un autor polifacético, que en su legado literario se ocupa de cuestiones de Teoría del Estado, de pensamiento político, lo mismo que de derecho público y teología, incluso, incursiones en crítica literaria.

Rectificar y reivindicar el camino de un Schmitt alejado de sus escritos sobre Estado de excepción y percepción del “enemigo”, observando su acertada arquitectura de conceptos como el de Constitución, Soberanía, Derecho y Ley constitucional, implica interpretar adecuadamente el uso y sentido que de la palabra decisión se tiene. Las circunstancias temporo-espaciales sobre las que se genera su *Teoría de la Constitución*, muestran, claramente, el pico más alto de la reflexión schmittiana.

Sólo a partir de la eliminación de este sesgo de malinterpretación, puede entenderse una comunión entre la ideología helleriana y la de Schmitt, respecto a la imagen de la Constitución como unidad política totalizadora, expresión de la *volonté générale* totalizadora y llena de sentido. Es el espíritu de la Constitución,<sup>95</sup> la voluntad general del pueblo soberano.

Al ser la Constitución unidad y ordenación política de una sociedad, que expresa su voluntad general en forma real y materializada, se llega a concebir acertadamente la noción de soberanía como voluntad de poder unitario e indivisible. La norma fundamental da vida material

---

<sup>94</sup> GÓMEZ ORFANEL, German, “Carl Schmitt en los noventa”, en *Revista de Libros*, segunda época, n° 19-20, julio-agosto, 1998, España. Disponible en:

<https://www.revistadelibros.com/articulos/carl-schmitt-en-los-noventa>

<sup>95</sup> En este sentido: HELLER, Hermann, *La Soberanía. Contribución a la teoría del Derecho estatal y del Derecho internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 2005, p. 167.

al Estado Constitucional, donde ésta no vale por ser un texto jurídico, sino por la decisión política de una sociedad que ha homogeneizado la totalidad de sus factores sociales, jurídicos, políticos, económicos, etc. Como lo señalara Heller esta unidad política como voluntad general se vuelve universal y suprema dentro del orden de poder.<sup>96</sup>

Después de todo lo hasta aquí referido, queda a discusión, si acaso para incitar el debate, si la visión de presunto antagonismo entre Heller y Schmitt, entre sociologismo y politicismo, entre unidad ordenada de acción y decisión política, entre voluntad unitaria totalizadora y unidad política, siguen existiendo. Ambas posturas están tildadas de un cierto sentido de comunión, que concluye en una Constitución como expresión de la voluntad soberana del pueblo.

#### 1.4 LA GÉNESIS DE UNA CONSTITUCIÓN

El principio de ordenación que impera dentro de la unidad política sobre el cual se expresa la voluntad general, es el límite autogenerado por la sociedad, que llamamos Constitución. Así lo entendía el propio Jellinek al afirmar que “toda asociación permanente necesita de un principio de ordenación conforme al cual se constituye y desarrolla su voluntad. Este principio de ordenación será el que limite la situación de sus miembros dentro de la asociación y en relación con ella.”<sup>97</sup>

De tal premisa, por lo que hace al Estado moderno, es coincidente afirmar que todo Estado es tal en cuanto dotado de una Constitución. Ya lo referíamos en su momento en cita a Schmitt, en cierta medida la constitución de una Constitución significa igualmente constitución de un Estado. Sin ella, simplemente se desnaturalizaría la totalidad de factores intervinientes en su conformación, sin la homogeneidad, o integración en términos de Smend,<sup>98</sup> el Estado volvería a ser un ente amorfo.

La Constitución se vuelve *ser-deber-ser* ante el Estado. No sólo se trata, como lo afirmara Kelsen,<sup>99</sup> la expresión que caracteriza el fundamento jurídico positivo del Derecho. Por el contrario,

---

<sup>96</sup> La soberanía es la cualidad de la independencia absoluta de una unidad de voluntad frente a cualquiera otra voluntad decisoria universal efectiva. Este concepto, en su aspecto positivo, significa que la unidad de voluntad a la que corresponde la soberanía es la unidad decisoria universal suprema dentro del orden de poder de que se trate. *Ibidem*, p. 197.

<sup>97</sup> JELLINEK, Georg, *Teoría del Estado*, *op. cit.*, p. 457.

<sup>98</sup> SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 106.

<sup>99</sup> KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, Trad. Luis Legaz Lacambra, 10ª ed., Editora Nacional, España, 1979, p. 6.

es una actividad humana política consciente y, por ello, perteneciente al mundo de lo real, integrada por los factores que direccionan la producción del derecho positivo vigente dentro de un Estado. Es un orden social normativo vinculante por ser expresión de la voluntad general como decisión.<sup>100</sup>

En palabras de Loewenstein la Constitución es control del poder político.<sup>101</sup> Fuente que informa el *deber ser* del derecho y la sociedad. Es pues, la totalidad de la estructura social de la comunidad, lugar donde convergen las convicciones y pretensiones políticas de la pluralidad de la sociedad, y no un mero marco legal, expresión que Aristóteles denominara *politeia*.<sup>102</sup>

Resulta interesante observar la forma en que Loewenstein, claramente basado a una conformación política de la norma fundamental, aborda la relación existente entre gobernante y gobernados, señalando que esas convicciones y formas de conducta de la sociedad son principios que informan la mecánica de conducción entre éstos.<sup>103</sup> Mientras en la idea que veníamos manejando desde Lassalle, tanto Schmitt como Heller marcaban una clara coincidencia en establecer el núcleo de la ley fundamental a partir de los factores reales de poder que informan y direccionan el caudal jurídico-político de la ley; para Loewenstein, aun cuando no con el mismo vocablo, el papel de la Constitución se centra en fungir como la autolimitación del poder, especialmente del político, recaído en las instituciones que llevarán a cabo la representatividad de la sociedad que les ha dado nacimiento.

Para éste, tres son los incentivos fundamentales que dominan la vida del hombre en sociedad y que rigen la totalidad de sus relaciones humanas, entre ellas la decisión de conformación

---

<sup>100</sup> Cfr. HELLER, Hermann, *La Soberanía...*, op. cit., p. 130.

<sup>101</sup> LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 149.

<sup>102</sup> Dirá Aristóteles que allá donde la masa gobierna en vista del interés común, el régimen recibe el nombre común a todas las demás formas de gobierno (entre ellas la monarquía y la aristocracia) de república, de *politeia*.

“Su naturaleza resulta más clara una vez definidas la oligarquía y la democracia, pues la república es, en términos generales, una mezcla de oligarquía y democracia: las que se inclinan a la democracia suelen llamarse repúblicas, y las que tienden más bien a la oligarquía, aristocracias, porque la educación y la nobleza suelen acompañar de preferencia a los más ricos. Además, los ricos parecen tener aquello cuya carencia hace que los delincuentes delinca; pero eso los llamamos selectos y distinguidos; y lo mismo que la aristocracia concede la supremacía a los mejores ciudadanos, también se dice que las oligarquías están constituidas principalmente por los selectos.” ARISTÓTELES, *Política*, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 182.

<sup>103</sup> En desgracia por la traducción del texto, se hace uso de las voces “detentadores” y “destinatarios”. Debemos de advertir que la construcción teórica de Loewenstein se basa a la idea de un Estado Democrático y Constitucional, por lo cual el término detentador no resulta ser el más afortunado, pues éste evoca la adquisición del poder a injusto título, cosa que un Estado como el referido sería impensable. Por ello, preferimos no hacer uso de los mismos, pues se estima que mucho perjudica a la doctrina de la Democracia constitucional y, en específico de la postura de este autor.

de un Estado y su autodeterminación por medio de una Constitución. Estos tres incentivos son: el amor, la fe y el poder. Al respecto señala que:

Sabemos que el poder de la fe mueve montañas, y que el poder del amor es el vencedor en todas las batallas; pero no es menos propio del hombre el amor al poder y la fe en el poder. La historia muestra cómo el amor y la fe han contribuido a la felicidad del hombre, y cómo el poder a su miseria. Sin embargo, hay algo en común en estas tres fuerzas: el hombre puede sentir las y experimentarlas, así como apreciar su efecto sobre sí mismo y su medio ambiente; pero a lo que no llega es a conocer su interna realidad.<sup>104</sup>

Es evidente que para este autor, el término “poder” aparece en las relaciones humanas como el factor de mayor peso, cuya importancia trasciende al campo sociopolítico. Será el control de éste la función principal que una Constitución pueda tener, en el entendido que de no hacerlo se pondría en riesgo la libertad y decisión política de la sociedad mediante su entero control. El campo de lo político, como en Maquiavelo, lo refiere como el más hostil sobre el que se sitúa la lucha por el poder.<sup>105</sup>

En un sentido ontológico, refiere que el *telos* de la Ley Fundamental no es otra cosa que la creación de instituciones que sirvan de freno, límite y control del poder político. Ante ello dota de una doble significación a la voz Constitución.<sup>106</sup> Por un lado, como ideología liberal al ser el aparato constitutivo de un Estado que impide el control social absoluto de los destinatarios del poder, es decir, de los gobernados. Por el otro, como estandarte y voz soberana mediante la asignación de una legítima participación en el proceso de delimitación y ejercicio del poder, a partir de la función constructiva del Poder Constituyente.

En términos concretos, la Constitución es un orden fundamental de la sociedad estatal. Es Ley Fundamental del Estado y fuerza activa que se postra como estándar de creación normativa e institucional, expresión de unidad política como voluntad general necesaria. Integración de factores reales de poder que rigen en una sociedad determinada y vinculación ético-social entre gobernantes y gobernados.

Con base en el pensamiento de Lassalle, es una construcción de fragmentos de toda índole, si bien es una decisión política, también es conciencia colectiva y cultura general de la sociedad, es pasaje político de su devenir histórico, en suma, es el producto de la integración de todos los

---

<sup>104</sup> LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 23.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 151 y ss.

factores sociales, políticos, jurídicos, económicos, etc., que interactúan en la sociedad. Como puntualmente lo enunciara Heller la Constitución no es en primer término proceso, sino producto, no actividad sino forma de actividad.<sup>107</sup>

A partir de este entendimiento puede percibirse a la Constitución en su doble aspecto, como *ser* y como *deber-ser*, ya que no sólo abarca, como en principio señalara Jellinek,<sup>108</sup> los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, la fijación de su círculo de acción y la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado;<sup>109</sup> Sino también la realidad no normada, los fundamentos de las relaciones constantes de voluntad.<sup>110</sup>

La Constitución del Estado jurídicamente normada es también expresión de las relaciones de poder. Realidad político-social y formación normativa interactúan en una dialéctica constante de conformación de un *ser-deber-ser*. Así, acto y sentido, realidad y significación son unidad renovada, siempre en constante cambio.<sup>111</sup> Realidad social y norma jurídica convergen desde un punto de vista político-histórico. Unión que Heller explica de mejor manera al precisar que:

Las normas sociales sirven, por una vinculación intersubjetiva de voluntades, al mantenimiento de una determinada conducta social. En cuanto normas constitucionales, tienen la función de procurar vigencia a una normalidad a la que se reconoce valor positivamente, o sea a la conducta que realiza la Constitución, no obstante el cambio de los tiempos y de las personas. La unidad y ordenación de la Constitución del Estado sólo adquiere realidad por una cooperación de actividades que, tanto histórica como sistemáticamente y tanto en la sucesión temporal como en la coexistencia espacial, ha de mostrar una continuidad en la que haya un ajuste perfecto. La Constitución jurídica representa el plan normativo de esta cooperación continuada. La dogmática jurídica del derecho constitucional existe para servir al fin de una continuidad histórica y sistemática de la Constitución real, hacia este fin ha de orientarse su método.<sup>112</sup>

---

<sup>107</sup> HELLER, Hermann, *Teoría del Estado* (2017), *op. cit.*, p. 317.

<sup>108</sup> No puede negarse que Jellinek con cierto ojo clínico, comprendió que los textos con carácter constitucional no podían ser solo un cúmulo de letras tendentes a afirmar principios y valores como documentos de gobierno que afirmasen la vida política de la comunidad, sino que, para su vinculación a tipo de coerción, estaban investidos y, así era necesario en sociedad, de una dimensión jurídica. Las Constituciones tienen preceptos jurídicos, afirmaba el profesor alemán.

“Las Constituciones contienen preceptos jurídicos y todo el Derecho es reformado y completado sea mediante la ley, sea a través del Derecho consuetudinario, o bien, según unos afirman y otros rechazan, mediante el Derecho de los juristas.” JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2018, p. 9.

<sup>109</sup> JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, *op. cit.*, p. 457.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 582.

<sup>111</sup> HELLER, Hermann, *Teoría del Estado* (2017), *op. cit.*, p. 330.

<sup>112</sup> *Ibidem*, pp. 334-335.

Con cada intento de separar lo jurídico de lo político, se confirma cada vez más la necesaria unión de ambos. La Constitución real como expresión de la voluntad política de una sociedad en la que se integran las relaciones sociales de poder, es a la vez, *status* político total y contenido normativo jurídico destacado de esa realidad, es estructura social y estructura normativa de sentido. De esta forma, entendemos por constitución de la Constitución el andamiaje que logra conjuntar los diversos factores reales que condicionan la organización política. Por decirlo de alguna otra manera, son estos factores la esencia, el alma, del ordenamiento constitucional.

## CAPÍTULO II. PODER DE REFORMA

### 2.1 UN PRIMER ACERCAMIENTO AL ENTENDIMIENTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

El pretender tratar el tema de la Reforma Constitucional y su, digámoslo de alguna forma, válvula de escape en la racionalidad del cambio, como lo es la Mutación, entre ellas la producida a través del uso de la interpretación constitucional, resulta para nada sencillo y simple. Estos temas, ameritan no sólo la comprensión de su significado, sino la unificación y entendimiento de conceptos como Constitución, normalidad, normatividad, decisión como forma política y adecuación e integración como formas del Derecho.

Hablar de la Reforma implica indirectamente someternos al campo de la Teoría del Estado, pero no desde cualquier particular forma de percepción, sino desde la idea de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Se requiere tener en mente la configuración estatal desde el control y la racionalización; es hablar de valor constitucional, de control del poder, de principios políticos que dan identidad, fuerza y sentido a la decisión social, de separación de poderes, de voluntad constitucional, de estática y dinámica constitucional; se tiene que pensar también en voces como las devenidas del principio político-democrático de soberanía popular y, en consecuencia, del principio político de Poder Constituyente, así como del principio jurídico de supremacía constitucional.

En términos muy generales, es hablar de Teoría del Estado y Derecho Constitucional y, por su método, de las Ciencias Constitucionales. Como puede advertirse, es complejo el panorama para abordar este tema, lo que nos hace anotar que el escrito que se presenta no lleva por finalidad ahondar en los temas descritos, aun cuando indirectamente nos sea necesario retrotraernos a los mismos.

Pues bien, en principio debe definirse qué es o cómo debe entenderse a la reforma constitucional; si seguimos la idea propuesta por el profesor De Vega, tendremos que afirmar que ésta es una técnica jurídica que solo tiene cabida en el marco de la Democracia Constitucional,<sup>113</sup> y justamente como le refiere, ello trae como consecuencia limitar su nacimiento, a través del

---

<sup>113</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Reforma Constitucional”, *op. cit.*, pp. 601 y 602.

principio democrático de soberanía popular, es decir, de decisión totalizadora para la conformación de un Estado en un tiempo y un espacio determinado.

Idea que trae al escenario político, reconocer a esta llamada técnica jurídica como un aparato de control del poder y racionalización jurídico-política del ordenamiento constitucional y de la vida democrática de una sociedad. Es por tanto, una asignatura aún en construcción y entendimiento como verdadera problemática constitucional.

Lo anterior, ya que tendencias como producción interpretativa y mutaciones a través de criterios judiciales, cuando la función jurisdiccional se ve cooptada por una creciente polarización política, acentúan la necesidad de comprender y limitar el campo de acción del cambio jurídico, ante el inminente peligro que conduce abiertamente a la alteración del texto constitucional, cuando no a su negación o quebranto. O bien, cuando en la labor jurisdiccional, se pretende flexibilizar tanto el orden normativo, que cualquier cosa es posible y re-edificable, aún a pesar de pasar por alto la razón constitucional.

Por ejemplo, a partir de este fenómeno de intromisión desproporcionada de intereses ajenos a la función jurisdiccional, resulta más que necesario comprender que la Reforma constitucional es una institución jurídica —que, por supuesto, lo es, y, además, se define por ser el primer instrumento de defensa jurídica de la Constitución—<sup>114</sup> política, en donde se conjunta el control del poder y la racionalización del Derecho. No por nada, ésta es concebida como el aparato que sirve de salvaguarda a la vigencia normativa y a la fuerza vinculante de la Constitución y, con ello, del propio Estado.

En un segundo punto de apreciación, como lo advierte De Vega, la reforma debe ser preceptuada como el primero y más importante procedimiento de defensa de la Constitución y no un medio para su alteración<sup>115</sup>. A través de ésta, se forja el camino de adecuación a la vigencia constitucional, situándola en el espectro entre estática y dinámica, creándole así como una realidad

---

<sup>114</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano” en *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, 12, 2ª ed., IJ-UNAM, México, 1998, pp. 25 y 47-54.

<sup>115</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Reforma Constitucional”, *op. cit.*, pp. 601 y 602; Véase también: DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Reforma Constitucional como defensa de la Constitución y de la democracia”, *op. cit.*

constitucional<sup>116</sup> perdurable en tiempo y espacio. Como mejor lo explicase Heller, es el momento de perdurabilidad por medio del cual se normativiza la normalidad.<sup>117</sup>

Es la forma en que la propia Constitución, en prospectiva, ha marcado la mecánica de su adaptabilidad al dinamismo social, a las exigencias y necesidades de cada tiempo en que tiene vigor. A través de la reforma, se evita que la norma fundante se reduzca a letra muerta, es el medio para su *continuum in vita* y, para perpetuar el sentimiento de vinculación con el cuerpo político.

Este mecanismo de cambio involucra un determinado tipo de Constitución. Si se precisa que la reforma consiste en re-vitalizar al ordenamiento constitucional, esto sólo tiene importancia dentro de Constituciones rígidas, en donde éstas se distinguen claramente del ordenamiento jurídico ordinario por su especial forma de cambio, que de sobra está decirlo, será mucho más complicado o, mejor dicho agravado, que el operante para aquellos; y, en atención a que ésta goza de un rango superior a cualquier otra norma, es decir, se trata de una *norma normarum*.

Como puede observarse, son tres formas bien diferenciadas de comprender lo que es la reforma constitucional y, en donde cada una de ellas, envuelve una particularidad y ejercicio de axiomas jurídico-políticos. En su primera apreciación, como técnica, se valora la presencia indiscutible del principio democrático de soberanía popular, en donde será decisión del cuerpo electoral hacer latente un cambio significativo en la Constitución, derivado de necesidades sociales y políticas y posibilidades jurídicas de realizarle.

En un segundo momento, desde su visión como primer procedimiento de defensa de la Constitución,<sup>118</sup> se aprecia la idea del principio político de Poder Constituyente, puesto que la institución de la reforma opera como un mecanismo garantizador del ordenamiento constitucional, en el sentido de no permitir cambios que dañen su núcleo estable e irreformable, anteponiendo límites que conduzcan a su alteración.

---

<sup>116</sup> Así por ejemplo en: HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2012; HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, *op. cit.*; SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, *op. cit.*; DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Reforma constitucional”, *op. cit.*

<sup>117</sup> HELLER, Hermann, *Teoría del Estado* (2017), *op. cit.*, pp. 334-335.

<sup>118</sup> Para el caso en concreto véase: FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, 2ª ED., Porrúa, México, 2011.

Por último, visto desde la clasificación de Constituciones rígidas, se precisa la idea del principio jurídico de supremacía constitucional, que conlleva a determinar que la reforma es fuente del Derecho, únicamente operable allá donde su creadora tiene el carácter de *lex superior*, comprendiendo la idea de Poder Constituyente y poderes constituidos. En tal sentido, debe precisarse que la reforma es un poder constituido y, en consecuencia, limitado al designio de quien le da vida por medio del Derecho. Así, se comprende la naturaleza jurídico-política de esta institución.

El fin último que se busca con la reforma, no es más que la estabilidad Constitucional, su perdurabilidad y adaptación al tiempo y espacio en que rige. La inestabilidad, es enemiga de la propia norma fundante y, en consecuencia, de la fuerza normativa que ésta debe preservar como adhesión al cuerpo electoral, lo que le dota de legitimidad activa en el paso del tiempo.

Comprendida la norma suprema como un aparato normativo rígido, su procedimiento de cambio implica una garantía, que como precisara Hamilton en el *Federalista* “protege por igual contra esa facilidad extrema que haría a la Constitución demasiado variable y contra esa exagerada dificultad que perpetuaría sus defectos manifiestos. Además, capacita al gobierno general y al de los Estados para iniciar la enmienda de los errores, a medida que los descubra la experiencia de uno y otro sector.”<sup>119</sup>

De esta forma, se entiende, como lo hiciera Jellinek en su apreciación sociológica del Derecho, que los textos constitucionales no pueden describirse desde una sola palabra, sino que su entendimiento depende de su caudal histórico, que deriva de una multitud de causas, muchas veces imprevisibles.<sup>120</sup> Idea que desde la doctrina mexicana y, claramente influenciado en medida por Hermann Heller, retomara Jorge Carpizo al manifestar que la Constitución, como deber-ser, es una perpetua adecuación entre norma y realidad,<sup>121</sup> donde uno de sus factores clave, es visualizarle desde su entidad histórica y no simplemente desde su conformación legal. A esto es a lo que se

---

<sup>119</sup> HAMILTON, MADISON y JAY, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1957, pp. 187 y 188.

<sup>120</sup> Cfr. JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, op. cit., p. 7.

<sup>121</sup> Cfr. CARPIZO, Jorge, *Estudios constitucionales*, 8a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, p. 43.

refiere al señalar que “el entendimiento de la historia constitucional es uno de los elementos más importantes para comprender los alcances jurídico-políticos de la ley suprema.”<sup>122</sup>

Así, al seguir la alegoría de Heráclito, si la vida en sociedad es como el agua de un río que nunca es la misma en idéntico sitio, dirá Carpizo, de esa misma forma debe pensarse en la evolución de la Constitución, “habrá de modificarse para regular jurídicamente las nuevas situaciones, para proteger con la mayor eficacia los derechos humanos y para continuar el siempre inacabado proceso de perfeccionar el sistema democrático dentro de la realidad del país y sin descuidar las peculiaridades de su evolución política.”<sup>123</sup>

Esta evolución de la que se habla, es la representación y funcionalidad de la reforma constitucional. Ante la dinámica social y política, se requiere que la norma que sustenta la conformación del Estado, avance y se vitalice, configurando nuevas formas de afrontar la realidad social, con lo cual logre su supervivencia como norma auto-evolutiva.<sup>124</sup>

No obstante, debe advertirse que si bien, la reforma representa una concatenación de la realidad jurídica-política-social, en lo que el profesor Ruipérez denomina como realidad constitucional,<sup>125</sup> el tema no puede ni debe tomarse a la ligera como el primer mecanismo del cambio. Debe recordarse, como lo hace el profesor Alejandro Wong, en cita a Carpizo, que acudir a ésta sólo puede hacerse allá donde sea políticamente necesaria, jurídicamente posible e históricamente inaplazable<sup>126</sup> de lo contrario se corre el riesgo no sólo de falsear el texto constitucional y la necesidad política del cambio, sino que se puede llegar al quebranto de la Constitución, en una idea, pero ahora de cambio de Constitución.

---

<sup>122</sup> CARPIZO, Jorge, “La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, núm. 131, IJ-UNAM, México, 2011, p. 544.

<sup>123</sup> CARPIZO, Jorge, “La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad”, *op. cit.*, p. 544.

<sup>124</sup> En palabras de Tajadura Tejada, “... la sumisión de la Constitución a la obra corrosiva del tiempo determina que la reforma constitucional se configure como una necesidad inexcusable. En última instancia, en ella se juega su propia supervivencia.” TAJADURA TEJADA, Javier, *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un Estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*, Marcial Pons-Fundación Manuel Giménez Abad, Madrid, 2018, p. 17.

<sup>125</sup> Cfr. Ruipérez Alamillo, Javier, “Estudio Preliminar: Estática y dinámica constitucionales en la España de 1978. Especial referencia a la problemática de los límites a los cambios constitucionales”, en ROURA, Santiago y TAJADURA TEJADA, Javier (Dir.), *La reforma constitucional*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005; “Reforma constitucional y fuerza normativa de la constitución”, en PENDÁS, Benigno (Dir.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas III*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pp. 1857-1875; *Reforma versus Revolución. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución sobre los límites materiales a la revisión constitucional*, Porrúa, México, 2014.

<sup>126</sup> Cfr. WONG MERAZ, Víctor Alejandro, *Constitución mexicana. Reforma y Mutación*, Porrúa, México, 2010.

Como podemos observar hasta el momento, para el análisis de la problemática constitucional de adaptabilidad y cambio, resulta necesario abocarnos al estudio de la reforma constitucional, pero bajo la comprensión que a ésta debe llegarse como *ultima ratio* de acción político-jurídica. El acudir habitualmente a ella, implica el tildar de flexible a una Constitución, poniendo entre dicho la supremacía del texto constitucional, desconociendo este principio jurídico que amalgama y da equilibrio al Estado Constitucional.

Como lo anotara el profesor De Vega, el Estado Constitucional se encuentra cimentado sobre dos pilares fundamentales: 1) el Principio político democrático de soberanía popular; y, 2) el Principio jurídico de supremacía constitucional. “Conforme al principio político democrático se entiende que corresponde al pueblo, en cuanto titular de la soberanía, el ejercicio indiscutible del Poder Constituyente. Según el principio de supremacía, se considera que la Constitución es *Lex Superior*, que obliga por igual a gobernantes y gobernados.”<sup>127</sup>

Si bien ello es cierto, resulta un poco problemático comprender cómo es que estos dos principios, que de inicio parecieran contrapuestos, pueden comulgar y unificarse para surtir sus efectos con toda fuerza y vigor dentro de la llamada Democracia Constitucional. Por un lado, se aprecia la existencia de la voz soberana como dadora y fundadora del Estado, por sobre la cual no existe poder de mando; Por otro, radicalmente contrapuesto, se establece la existencia de la Constitución como ley suprema, sin que sobre ella aparezca ningún ente con facultades *legibus solutus*, ni siquiera, el cuerpo electoral del que precisa el principio político-democrático de soberanía popular.

A decir de De Vega, este hito resulta más que necesario para poder hablar de la reforma constitucional, puesto que al entender la naturaleza de la misma, sobre la existencia del Principio Político de decisión encarnado en el Poder Constituyente, se puede comprender que estos dos principios, presuntamente en pugna, logren su unificación perfecta cual piezas de rompecabezas.

No obstante, cabe hacer la aclaración que, si bien el profesor español logra comprender el fenómeno de la Reforma sobre este tamiz, lo cierto es que al seguir sus pasos, sin comprender los justos límites de su traducción, que claramente se comprende con los postulados rousseauianos, bien se podría llegar a yerros incomprensidos, ya que el problema circunda entre la doctrina del

---

<sup>127</sup> DE VEGA CARGÍA, “La Reforma constitucional”, *op. cit.*, p. 609.

pacto social y la separación entre la doctrina del principio político democrático y la teoría limitadora del poder.

Como no es ajeno para nadie, el pensamiento de Rousseau, sobre el principio democrático de soberanía popular, se hace depender de un entendimiento democrático de corte directo, en el que “los todos”<sup>128</sup> conforman la decisión soberana para la construcción de un determinado Estado.<sup>129</sup> En términos más concretos, para el pensador del contrato social, en virtud de que el Pueblo es soberano, la soberanía es inalienable y, en consecuencia, ante la única autoridad que puede someterse es ante sí mismo, ya que sólo el Pueblo puede y debe ejercer el poder en forma directa o inmediata.

Comprender así a la democracia, trae consigo dos grandes problemas: 1) Implica concebir al contrato social a partir de la democracia de la identidad, en la que el “todos” es valorable en supremacía con cualquier ordenamiento normativo, ya que en todo momento, el Pueblo en su totalidad, es agente activo e interventor de la norma, incluso en excesos como podría ser el *legibus solutus*; y, 2). Que al ser el Pueblo en forma continua el sujeto soberano, una teoría de la limitación del poder, prácticamente es inexistente.

Lógicamente, al llevar esta traducción a la Teoría de la Constitución, ésta prácticamente resulta imposible, con la salvedad de recurrir a una adecuación constitucional en la que este aparato fundante de naturaleza jurídico-política, actúa a un segundo nivel, no gozando de supremacía. En consecuencia, sin reconocérsele fuerza normativa en la identidad de la sociedad.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> Cuando Rousseau habla de los “todos”, no quiere decir con ello unanimidad. No es que todos los votos de los ciudadanos sean iguales, sino la posibilidad de que todos los ciudadanos, sin exclusión alguna, puedan participar en el proceso de toma de la decisión política fundamental.

<sup>129</sup> Puede observarse incluso ya desde Rousseau cuando en su Contrato Social manifestara que las razones por las que una verdadera democracia nunca podrá existir en su dimensión ideal, se debe a que para ello se requeriría la existencia de un Estado muy pequeño dentro del cual sea fácilmente reconocible un ciudadano respecto del otro y en el que el pueblo mismo sea fácil de congregar. *Vid.* ROUSSEAU, Jean-Jacques, El Contrato Social, Libro III, Cap. IV, De la democracia.

<sup>130</sup> Dirá Pedro De Vega, cuando el concepto de Constitución se hace equiparable al contrato social, y se entiende que la firma del pacto social, por cuya mediación surge la *societas civilis sive politica*, es el mismo acto constitucional, nada tiene de extraño que las condiciones establecidas para modificar el contrato sean las exigidas para cambiar la Constitución. Esta es la postura, por ejemplo, mantenida por Rousseau en sus *Considérations sur le gouvernement de la Pologne* donde, en el capítulo IX, afirma: «Conforme al derecho natural de las sociedades, la unanimidad es requerida para la formación del cuerpo político y de las leyes fundamentales vinculadas a él... Ahora bien, la unanimidad exigida para su establecimiento, debe ser la misma requerida para su abrogación». En idéntico sentido, de Vattel (cuyo pensamiento sería, con el de Rousseau, sin duda alguna, el más influyente en las élites ilustradas del siglo xviii), al identificar la noción de contrato con la de *loi fondamentale*, entendería que, de igual manera que el pacto social requiere la unanimidad para su modificación, la *loi fondamentale* la exige también. En los comentarios al *Jus*

Una idea del contrato social que se aleja tangencialmente del pretendido ideal democrático imperante en la modernidad, empatando en mejor medida sobre los pensamientos contractualista que evocan las contradicciones nacientes a la luz de tesis iusnaturalistas observables en la construcción del Estado absolutista con Hobbes y su correspondiente crítica del pensamiento liberal en Locke, mismos que encuentran su válvula de escape, justamente, sobre los fundamentos del gobierno del “todos”, como panorama democrático de Rousseau. Situación apartada claramente de la forma de concebir una democracia representativa.

Esta última forma de aparición democrática, se aparta de la imagen de soberanía ilimitada en cuanto a decisión constante y depositaria del poder y control, haciéndose apreciar ahora como una forma de sociedad donde las relaciones dejan de ser inmutables y, por tanto, concretas; convirtiéndose en relaciones dinámicas sometidas a las constantes exigencias sociales sobre estándares de justicia, igualdad, legalidad y legitimidad, que en su conjunto constituyen el aparato organizacional del mismo, donde se conjunta lo abstracto, tanto del aparato legal, como del enfoque institucional del Estado de Derecho,<sup>131</sup> con ello, la necesidad de pensar en una adecuada Teoría de la Constitución, donde se cimienta aquel poder perpetuo del soberano y de donde se desprende la fuerza normativa imperante en la sociedad.

Entra en juego el llamado Estado de Derecho, pero limitado por un ordenamiento Constitucional, mismo que fijará controles en la forma y modo del desempeño institucional y del ejercicio del poder. De alguna forma, se da una separación de la sociedad de “los todos” como ente de control y límite, depositando tal facultad en un ordenamiento normativa que determinará el modo y la forma del Estado, es decir, una ley suprema que será el símbolo y el significado de la voz soberana, no existiendo ningún poder por encima de ella. Así lo informa De Vega al señalar que:

Para hacer viable la idea de Constitución como instrumento limitador y organizador de los poderes del Estado, se requería, por lo tanto, partir de unas premisas contrarias a las que llevaba como conclusión inexorable la doctrina del pacto Social. Frente a la democracia de la identidad, como exigencia del racionalismo contractualista, se coloca entonces la democracia representativa, como imperativo impuesto por la realidad y por la historia. Y es de esta impresionante y obligada claudicación de la lógica de la razón del iusnaturalismo pactista ante la lógica de la historia, y que

---

*naturae* de su maestro, Wolff, lo especificaría con claridad: «*Populus ipse cum rege quacumque in republica leges fundamentales mutare non potest sine consensu unanimi totius nationis*». DE VEGA CARGÍA, Pedro “La Reforma constitucional”, *op. cit.*, p. 624.

<sup>131</sup> Idea igualmente abordada en: CHERESKY, Isidro, *El nuevo rostro de la democracia*, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 2015, p. 15.

el propio Rousseau no puede por menos de reconocer, de donde partirá la construcción de la Teoría Constitucional.<sup>132</sup>

De tal forma, aquella postura rousseauiana de *volonté générale*, se convierte en voluntad Constitucional, por vía de la democracia representativa. La democracia antecede al constitucionalismo, pero éste le dota de seguridad jurídica, materializando la decisión soberana de la sociedad, encarnada y vuelta a la vida por vía del Poder Constituyente, quien será el encargado de determinar el alcance de la propia norma suprema, donde se enmarcarán las competencias y atribuciones del gobernante y los depositarios del poder como voluntad política.

Así, es la Constitución el marco sobre el que se erige el control del poder, en atención a ser ley suprema y, a la vez, “el mecanismo de organización de competencias y atribuciones de los diferentes órganos estatales”.<sup>133</sup> Bajo tal interpretación, se podrá comprender la unificación del principio político-democrático de soberanía popular, con el principio de supremacía constitucional.<sup>134</sup>

Ya no más un pretendido antagonismo en la contraposición con una democracia directa o de la identidad. Si la Constitución como *Lex Superior* limita al Pueblo, no podría comprenderse su existencia en sede rousseauiana, ya que el pueblo como soberano, no tiene límites. Sólo a partir del cambio de postura a una teoría de la democracia representativa y su configuración a partir de la norma fundante como expresión de la voz soberana, puede entenderse realmente el objetivo de una Constitución y, con ello, como corolario natural, la problemática que consigo trae el forjar una constitución en tiempo y espacio determinado, lo que trae al juego a la institución de la Reforma, como parte de la construcción histórica de quien le da vida y le concibe como su salvaguarda.

Como lo apuntara nuestro multicitado profesor Pedro De Vega, “porque se renuncia previamente a la democracia de la identidad como posibilidad histórica, es por lo que se hace posible plantear una teoría de la limitación del poder y, en definitiva, una Teoría de la Constitución como ley suprema, en el marco de la democracia representativa”.<sup>135</sup>

---

<sup>132</sup> DE VEGA CARGÍA, “La Reforma constitucional”, *op. cit.*, p. 610.

<sup>133</sup> DE VEGA CARGÍA, “La Reforma constitucional”, *op. cit.*, p. 610.

<sup>134</sup> “El poder constituyente de las revoluciones puede ser representado como el punto en el que las dos distintas y opuestas tradiciones, la de la soberanía y la de la constitución, tienden a confluir, a relacionarse.” Así en: FIORAVANTI, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, *op. cit.*, p. 104.

<sup>135</sup> DE VEGA CARGÍA, Pedro, “La Reforma constitucional”, *op. cit.*, p. 610.

Así, limitación del poder y democracia, se compaginan a la voz genealógica del llamado Poder Constituyente, lugar donde lo político y lo jurídico, encuentran comunión, no obstante, lugar donde florece la siguiente problemática, la nacida de la decisión política del soberano como dador de una Constitución, forjadora de límites y a partir del caudal jurídico imperante en una sociedad.

En este momento, el del Poder Constituyente, se dota al pueblo como titular de la soberanía, al cual se le otorga la facultad de dictar y aprobar su propia norma fundante, con lo cual el principio democrático queda salvaguardado en la decisión; misma que se desvanecerá a la conclusión de su encomienda, que es la propia Constitución, momento en el que el dogma de la soberanía desaparece, si acaso, quedando aletargado, dejando tras de sí, ese poder ilimitado y soberano, ahora amparado y representado por el orden normativo.

Mediante este trabajo, el del Poder Constituyente, se patenta y concretiza el control del poder, un *imperium* de la norma, con el cual se obliga por igual a gobernantes y gobernados, en donde “el único axioma efectivo y verdaderamente operante del Estado Constitucional, no puede ser otro que el de la supremacía constitucional.”<sup>136</sup> El papel de la decisión política se materializa ahora a partir del efecto jurídico por ella producido. La voluntad política, se vuelve ahora una voluntad constitucional, en un continuo entre lo político y lo jurídico.

Debe aclararse que, de lo que se trata no es de la negación del principio democrático o su soslayo por parte de la supremacía constitucional; por el contrario, en la edificación democrática de un Estado, el Poder Democrático evoluciona y se racionaliza a partir de la supremacía constitucional, pues es la Constitución la obra del pueblo como soberano, el lugar en donde se deposita la decisión conformadora de su voluntad.

“Frente a la soberanía política del pueblo, lo que surge realmente es una auténtica soberanía, como dirían, por ejemplo, Kelsen o Krabbe, de la Constitución y del Derecho”.<sup>137</sup> De esta forma, es comprensible el pensamiento de Hesse,<sup>138</sup> al referir que una Constitución vigente, no es otra cosa que un orden histórico-concreto, en consecuencia, su objeto está llamado a tratar, no sólo la

---

<sup>136</sup> DE VEGA CARGÍA, “La Reforma constitucional”, *op. cit.*, p. 611.

<sup>137</sup> *Ibid.*

<sup>138</sup> *Cfr.* HESSE, Konrad, “Concepto y cualidad de la Constitución”, en *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo/ Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 33.

vida que surge a través de ella, si no su representación, que es la vida “histórico-concreta”, así, la voluntad soberana encarnada en una “Constitución actual, individual y concreta.”

De esta forma, se entiende que el principio democrático de soberanía popular no es menospreciado por el orden normativo y por el principio de supremacía constitucional, sino que es, a partir de éstos, del Derecho claramente racionalizado por la Constitución, que la voz soberana se mantiene en el tiempo en forma dialéctica, retomándose con toda fuerza y vigor a través de la Reforma.

Se trata de un producto de unidad material, más que apariencia formal, en donde valores y principios políticos fundamentales, evolución democrática hacia su percepción representativa, marcajes de Estado social de derecho, e incorporaciones propias de la sociedad en la que se enerva, quedan unidos por obra de la decisión del constituyente, haciendo de la Constitución un orden fundamental del Estado,<sup>139</sup> con motivo de un proceso de integración;<sup>140</sup> como un plan estructural básico, orientado a determinados principios de sentido para la conformación jurídica de una Comunidad.<sup>141</sup>

El cometido de ésta y su función, como lo refirieran los seguidores de la teoría de la integración, son enaltecer el concepto de unidad política<sup>142</sup> para el Estado, en la comprensión de la realidad de la vida histórico-concreta de la sociedad. Pensamiento nada alejado al pronunciado por Heller respecto de la normalidad y la normatividad, a partir de una Constitución como situación política existencial, como forma y ordenación concreta. “La Constitución real del Estado [escribirá Heller] conoce ciertamente una normalidad sin normatividad pero no, al contrario, una validez normativa sin normalidad. Pues todo derecho vigente es una realidad conforme a la regla.”<sup>143</sup>

Esta llamada unidad política en el Estado, no es otra cosa que la unificación entre Estado y poder estatal, donde el aparato normativo precisa las reglas del juego en forma limitada y

---

<sup>139</sup> KÄGI, Werner, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 99 y ss.

<sup>140</sup> SMEND, Rudolf, “Constitución y Derecho Constitucional”, *op. cit.*, p. 65.

<sup>141</sup> La Constitución fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política y se deben asumir las tareas del Estado. Contiene los procedimientos para resolver los conflictos en el interior de la Comunidad. Regula la organización y el procedimiento de formación de la unidad política y la actuación estatal. Crea las bases y determina los principios del orden jurídico en su conjunto. HESSE, Konrad, “Concepto y cualidad de la Constitución”, *op. cit.*, pp.43-44.

<sup>142</sup> Concepto que, aunque no desde la Teoría integracionista, defendiera Carl Schmitt como el motor fundamental del ordenamiento constitucional. Así en: SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*

<sup>143</sup> HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, Trad. Luis Tobio, FCE, México, 1983, p. 271.

racionalizada. En este punto, los diversos espacios sobre los que se ejerce el poder, fluctúan entre sí, haciendo valedera una realidad concreta en una unidad de actuación, es decir, en un espiral entre sociedad y política. Así, la convivencia humana sólo es posible en el Estado y a través del Estado.<sup>144</sup>

En otras palabras, es la voz viviente de la decisión soberana enmarcada a través de la Constitución, lo que le dota de validez y fuerza normativa vinculante, no en atención solamente del derecho, sino de la unidad funcional y de actuación de lo político. Como dijera el profesor Ruipérez, la fuerza normativa de ella no depende tanto del hecho de que la misma sea la expresión normativa de la voluntad soberana del Pueblo actuando como *Pouvoir Constituant*, o del contenido formal de los preceptos constitucionales, sino del uso que de estos últimos hagan los operadores políticos y jurídicos del Estado.<sup>145</sup> De tal forma, se entiende, como Heller lo explicara, que una Constitución es un texto político y legal, un texto que se debe normalizar constantemente, adoptando y haciendo valer elementos constitucionales no normados, incluso, en mayor medida, aquellos elementos que aunque normados, no son jurídicos, sino políticos y sobre los cuales se asienta la vigencia de ésta.

La Constitución normada jurídicamente no consiste nunca de modo exclusivo en preceptos jurídicos autorizados por el Estado sino que, para su validez, precisa siempre ser complementada por los elementos constitucionales no normados y por aquellos otros normados pero no jurídicos. El contenido y modo de validez de una norma no se determina nunca solamente por su letra, ni tampoco por los propósitos y cualidades del que la dicta, sino, además y sobre todo, por las cualidades de aquellos a quienes la norma se dirige y que la observan.<sup>146</sup>

A partir de esta conjetura, se observa que las voces democracia, constitucionalismo y Estado de Derecho, conciben al poder como el elemento central que ha servido como piedra angular de soporte y unión en sus respectivas interacciones. Elemento que incluso ha superado la función originaria sobre la que se adoptó, incluso llegando a ser un requisito *sine qua non* del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Para muestra de ello basta con recordar que la existencia del Estado, el Derecho y la democracia no son más que ocasiones en las formas del poder, algunas veces desde la tribuna con la voz viva pronunciada en busca del consenso, otras en la organización política de la sociedad y otras más en las formas de conducción de lo social respecto a lo idóneamente deseable, bajo un

---

<sup>144</sup> HESSE, Konrad, “Concepto y cualidad de la Constitución”, *op. cit.*, p. 37.

<sup>145</sup> RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, *En torno a la Reforma Constitucional y la Fuerza Normativa de la Constitución. Consideraciones sobre la vigencia del texto de 27 de diciembre de 1978 en su 40 aniversario*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2018, p. 40.

<sup>146</sup> HELLER, Hermann, *Teoría del Estado* (1983), *op. cit.*, p. 274.

marco normativo imperante, decisión política. Como no puede ser de otra forma, a través de la valoración historiográfica de una sociedad, cual fotocopia de su dinamismo y evolución.

La idea del poder presupone la concepción unitaria de éste, más para su conservación, adecuado manejo y desarrollo se requiere pensar en su forma de control. Al igual que sucediese con el Derecho cuyo limitante lo es el Estado de Derecho y éste a su vez encuentra su límite concreto en su racionalización por medio de la ley fundamental, el poder requiere de control. La propia Constitución<sup>147</sup> ha sido el mecanismo democrático que sirve de barrera de contención a la práctica del poder, forjando el sistema de frenos y contrapesos en las atribuciones y funciones de orden jurídico-político que desarrollan los sujetos sobre quienes recae la práctica del poder, lo que en términos concretos se ha denominado división del poder.

La mecánica contemplada en esta separación como balance y equilibrio ha dejado de lado la idea de si el poder es necesario o no, pues en toda relación social inexorablemente resulta ser un elemento configurador; lo realmente importante en este punto es la interrogante de si ¿es posible el control del poder?, entendiendo a éste desde la imagen del Estado. En forma concreta de aquel tipo de Estado que se ha venido desarrollando desde los ideales liberales, un Estado Constitucional democrático y social de derecho.

Aunque resultaría fácil decir que es posible el control del poder desde su racionalización constitucional y su comprensión democrática. La realidad parece virar en sentido contrario, baste con observar el juego político de las élites partidistas, los excesos en la aplicación de la violencia legitimada que pertenece al Estado, el desapego constitucional de quienes ejercen el mandato representativo, la violencia política, incluso ahora, los excesos y falsas interpretaciones de aquellos que se han proclamado defensores de la Constitución, en donde desde la judicatura falsean el entendimiento constitucional y el alcance de ésta en cooptación de intereses políticos.

Esta situación, nos lleva a replantear la facticidad del control del poder y ahora dirigir la mirada a la necesidad de controlar ya no el poder, sino el exceso desde él. Como lo mencionara Diego Valadés “separar los poderes o controlar el poder es una necesidad para la subsistencia de

---

<sup>147</sup> Para el tema en extenso, un recorrido histórico sobre el término Constitución puede encontrarse en: FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, op. cit.

la libertad. Tanto mayor sea la órbita de influencia del poder, tanto más restringida será la de las libertades individual y colectiva, y viceversa”.<sup>148</sup>

De esta forma, desde la óptica del control del poder, se comprende una dimensión diversa de la soberanía, desde donde la Constitución forja no sólo la esencia del Estado, sino con ello, la forma en que el poder ha de ser ejercido, a partir del Poder Constituyente, como poder originario, que de alguna forma reestructurando a *sensu contrario* con el pensamiento de Bodino,<sup>149</sup> podría decirse que se trata de un poder perpetuo y, en consecuencia, irrevocable, al no provenir de un poder diferente y superior.

Así, el supuesto antagonismo entre principio democrático y principio político se desvanece en un primer momento a través de la voz Poder Constituyente, ya que se entiende que la soberanía popular se mantiene presente indirectamente en la vida del Estado, a través del texto constitucional, por ser justamente obra suya. Sin embargo, la problemática constitucional se presentará en un segundo momento ante la exigencia y requerimiento de la realidad histórica-concreta, donde se habrá de precisar la modificación de la legalidad fundamental.<sup>150</sup>

El dinamismo necesario en la visión de la Constitución, puede llegar a ser un arma de doble filo, ya sea como vía para su continuo en la realidad; o bien, sea la representación de su declive producto de los convulsos de la vida en comunidad política. A partir de esta particularidad de los textos constitucionales es que Tajadura Tejada les señala como “normas de crisis”, que son “alumbradas siempre en medio de turbulencias políticas, económicas y sociales, cuando se producen los colapsos de un régimen político, situaciones revolucionarias, o conflictos de extraordinaria gravedad.”<sup>151</sup>

Dando por cierta tal aseveración, naturalmente tendremos que referir que, sólo a través del cambio en la Constitución, puede llegarse a la pacificación jurídico-política temporal de los Textos Constitucionales y el Cuerpo Político. Al prever y adoptar el foque de crisis social, la Constitución se auto-protege, previendo y organizando sus propios procesos de transformación, con la creación de un poder de revisión, de un poder actuante *ex post* al nacimiento normativo y que simboliza, el

---

<sup>148</sup> VALADÉS, Diego, El control del poder, UNAM-EDIAR, Argentina, 2005, p. 2.

<sup>149</sup> Cfr. BODINO, J. *I sei libri dello Stato*, ed. De M. Isnardi Parente y D. Quaglioni, Torino, 1964-1977.

<sup>150</sup> Cfr. DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Reforma constitucional”, *op. cit.*, p. 611.

<sup>151</sup> TAJADURA TEJADA, Javier, *La reforma constitucional: procedimientos y límites...*, *op. cit.*, p. 15.

regreso del poder soberano que había quedado aletargado, más con una particularidad concreta, que éste vuelve pero condicionado por los límites que él mismo se ha impuesto, es decir, los frenos y contrapesos constitucionalmente normativizados.

Ver aisladamente tal teorema resulta ciertamente complejo, empero cuando a través de la óptica de la reforma constitucional es apreciado, cualquier duda o contradicción se disuelve, puesto que aquel Poder Constituyente que ha desaparecido con su obra, se deposita, aunque limitadamente, a través de la institución de la Reforma Constitucional que sirve de vitalidad y protección al poder democrático, como una realidad política, social y jurídica viviente, como forma de adecuación temporal de esta realidad al ordenamiento jurídico, dando continuidad, vigencia y conectividad con la sociedad ante la que actúa.

Bajo nuestra perspectiva, el control del poder sólo puede darse a través del soberano encarnado en el Constituyente, mismo que es un poder ilimitado en cuanto voluntad política de decisión. El producto que esta decisión se obtiene, la Constitución, desde el enfoque del poder, no es ilimitada. Claro está que la soberanía por ella representada, ha sido dada al espacio jurídico por un poder superior, que es el ahora, Cuerpo Electoral; pero el aparato normativo aparece dado por el poder de lo político, de la unidad, que a la postre en cuanto realidad jurídica se convierte en una decisión jurídica suprema que ordena y controla, disponiendo modo y forma en la realidad actuante.

### ***2.1.1 Poder de Reforma: ¿constituyente o constituido?***

En momentos en los que, desde el espacio de lo político se dejan escuchar voces tendentes a cuestionar la idoneidad o inidoneidad de un Texto Constitucional, como es el caso del Estado mexicano,<sup>152</sup> surge la necesidad de repensar si lo que se busca es renovar como cambio en la

---

<sup>152</sup> Para el Estado mexicano, al menos desde el año 2000, se han dejado escuchar voces en *pro* de la necesidad de cambiar de Constitución, incluso, una de las propuestas del actual mandatario mexicano, Andrés Manuel López Obrador, era llegar a la generación de lo que denominó una Nueva Constitución Moral.

Ante ello tiene relevancia la teoría propugnada por el Doctor Carpizo, a comentario realizado por nuestro Maestro el profesor Ruipérez Alamillo, al cuestionarle si en México era necesario cambiar de Constitución, a lo que aquél respondió que ello podría acontecer sólo allá donde los principios y valores generados por el Constituyente del 1917 han dejado de existir en el actual Cuerpo Político mexicano, cosa que para él no había ocurrido. En su momento, si así aconteciera, esos principios y valores que determinaron la aprobación de ese Texto Constitucional concreto y determinado, al hallarse irreconciliables rotundamente con la realidad jurídico-política real, sólo podrían cambiarse llamando a la creación de un nuevo Poder Constituyente soberano.

Constitución o, si por el contrario, lo que se requiere es un cambio de Constitución. Ante la historia democrática, tal altavoz resuena peligrosa ya que el control del poder y los medios para ello se cuestionan como algo superado.

Como solución, allá donde no existe otra forma de controlar el movimiento social y la necesidad política del cambio, el llamado poder de reforma surge como tema esencial en el equilibrio y control del poder,<sup>153</sup> un mecanismo para su restauración y legitimación ante tiempo. El procedimiento de reforma se encarga de la adaptación al cambio histórico, volviéndose así la vida propia del Estado Constitucional,<sup>154</sup> haciendo nacer en sus entrañas un poder especial entre el Poder Constituyente y el Poder Constituido ordinario, entendiendo éste como un poder tripartido ejercitado desde un Poder Ejecutivo, uno Legislativo y uno Judicial, de la misma fuerza e identidad, más con atribuciones y facultades diferentes para el adecuado control del poder estatal, que como acertadamente explicara el profesor De Vega, es la doctrina francesa quien le da el nombre de *Pouvoir Constituant institué*.<sup>155</sup>

La reforma, y no obstante ser el primer mecanismo para la defensa jurídica de la Constitución, lejos de ser un mero instrumento jurídico, se inserta en el campo de lo político, a través del cual se da validez y vigencia al aparato normativo estatal. Así, debe entenderse que se trata de una figura que topa con la realidad política de manera habitual. Como lo observara Laporta, las normas de reforma y sus problemáticas “no pueden ser resueltos permaneciendo dentro del recinto legal, porque son problemas cuya solución nos ‘expulsa’ irremisiblemente del derecho hacia los hechos sociales, hacia las pugnas de la vida política y social.”<sup>156</sup>

Tal Poder de Reforma, como prefiere denominarle nuestro multicitado profesor ibérico Pedro De Vega, nace con la peculiaridad de ser dado a través del Poder Constituyente con la materialización de su obra, que, como ya adelantábamos desde el primer capítulo de este texto, una vez aprobada la Constitución, el Poder Constituyente desaparece, cediendo su lugar a su creación, es decir, a la norma fundante depositaria de la voluntad soberana. De tal forma, todos los poderes

---

Narrativa abordada en: RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, *Reforma VS Revolución. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución. Sobre los límites materiales a la Revisión Constitucional*, Porrúa-IMDPC, México, p. XXIV.

<sup>153</sup> Cfr. WONG MERAZ, Víctor Alejandro, *Constitución mexicana. Reforma y Mutación*, op. cit., pp. 74-75 y ss.

<sup>154</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Reforma constitucional”, op. cit., pp. 611-612.

<sup>155</sup> Poder Constituyente constituido. *Idem*.

<sup>156</sup> LAPORTA, Francisco Javier, “Norma básica, Constitución y decisión por mayoría”, en *Revista de las Cortes Generales*, 1, 1984, p. 42.

del Estado, entre ellos la Reforma, pasan a ser poderes constituidos, limitados, como no puede ser de diversa forma, por su creadora.

Como vemos, la naturaleza de la Reforma viene dada por los máximos principios del Derecho Constitucional, consistentes en la soberanía popular y el principio de supremacía constitucional, al seguir el vendaval por ellos producido. En tal entendido, la separación entre el Poder Constituyente y los poderes constituidos queda marcada a partir de dos teoremas bien diferenciados: 1) Ni el Poder Constituyente puede hacer más allá de su función y objetivo que es conjuntar la decisión de unidad política en una Constitución; y, 2) Los poderes constituidos no pueden, por su parte, usurpar funciones del Poder Constituyente.

La naturaleza de los poderes constituidos viene dada por la Constitución, mientras que el Poder Constituyente se justifica por sí mismo. Como bien lo dijera Sieyès en su obra *Qu'est-ce que le Tiers état?*, los poderes constituidos sólo pueden pertenecer al Derecho Positivo, a diferencia de la Nación que como Poder Constituyente se forma por el Derecho Natural.<sup>157</sup> De tal forma que “el Poder Constituyente, en cuanto poder prejurídico, como *res facti, non juris*, no sólo es ilimitado en los contenidos de su voluntad, sino en las propias formas de su ejercicio.”<sup>158</sup> Ya lo adelantaba el propio Sieyès desde el 1789 que:

Una Constitución supone ante todo un Poder Constituyente. Los poderes comprendidos en el establecimiento público están todos sometidos a leyes, reglas, formas, que ellos no son dueños de cambiar...

Así como no han podido constituirse por sí mismos, tampoco pueden cambiar su Constitución: del mismo modo, los unos nada pueden sobre la Constitución de los otros. El Poder Constituyente lo puede todo en esta materia. De ninguna manera está sometido de antemano a una Constitución dada. La nación, que ejerce entonces el más grande, el más importante de sus poderes, debe hallarse en esta función, libre de toda sujeción, y de toda otra forma que aquella que le plazca adoptar...<sup>159</sup>

Pensemos aquí de la siguiente forma, en virtud de que el Pueblo (soberano) sabedor que en su totalidad es incapaz de autogobernarse, en atención a la pluralidad de sujetos actuantes, decide, vía pacto de sociedad, limitar su poder y separarlo en diversos órganos para su adecuado ejercicio, mandando para tal caso la dirección y buen gobierno de la organización política. Serán estos últimos, a través de sus respectivas atribuciones y desde sus estrados como administradores del

---

<sup>157</sup> SIEYÈS, Emmanuel-Joseph, *¿Qué es el Tercer Estado?*, op. cit., p. 110.

<sup>158</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Reforma constitucional”, p. 614.

<sup>159</sup> Citado en: SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Los derechos del hombre en la Revolución francesa*, México, UNAM, 1956, p. 21.

Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), en quienes se ha de delegar legítimamente y, a la postre legalmente mediante la materialización de la voluntad, el poder de decisión y seguimiento a la voluntad popular.

Así, el Cuerpo Político sabedor del poder que delega y transfiriere mediante su voluntad en un texto inmerso entre lo político y lo jurídico —la Constitución—, limita y protege su decisión política fundamental. Instituye mecanismos y métodos que sirven de defensa, incluso, bajo la expectativa de defraudación contra de aquellos a los que ha designado el ejercicio del poder Estatal, es decir, de aquellos poderes a los que les ha dado vida. De esta forma, el problema del Poder Constituyente se vuelve la praxis del Estado Constitucional, forjar barreras de contención ante el abuso del poder jurídico-político otorgado.

No obstante, lo anterior y bajo nuestro posicionamiento a lo ilimitado del Poder Constituyente, que justamente le diferencia de los constituidos por no tener un superior jerárquico, debemos detenernos a pensar lo siguiente. Si se aborda la génesis del Poder Constituyente, no podemos negar de ninguna forma, que éste sí que tiene obediencia, no a un poder supremo, ya que éste es en sí mismo, la materialización del poder supremo devenido del cuerpo político, pero, sí que debe límites por rizoma generacional, a partir de dos factores bien diferenciados: 1) la percepción del concepto de soberanía; y, 2) en consecuencia del punto anterior, el estandarte de democracia representativa.

No se confunda el que el Poder Constituyente tenga un poder superior por encima de él, simplemente, se trata de preceptos sobre los cuales tiene sentido hablar de Poder Constituyente. Donde no se prevean estos dos factores, lejos se está de considerar que la Constitución es la materialización de la voluntad y decisión soberana.<sup>160</sup>

En otras palabras, el único obstáculo de este poder que origina el modo y forma de un Estado, es el recrearse dentro de una Democracia Constitucional. Esta premisa nos lleva a concluir que, el límite concreto del Derecho positivo vigente dentro del Estado, que será dado a través de la fórmula constitucional de creación normativa, habrá de templarse a la condición de perpetuar los

---

<sup>160</sup> Al respecto, dirá Sánchez Viamonte que el poder constituyente es “la soberanía originaria extraordinaria, suprema y directa en cuyo ejercicio la sociedad política se identifica con el Estado, para darle nacimiento y personalidad y para crearle sus órganos de expresión necesaria y continua.” SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *El constitucionalismo*, Argentina S.R.L., Buenos Aires, 1957, p. 487.

alcances, miras y límites impuestos por la propia Democracia Constitucional, vista no sólo como institución ideal, sino como proceso histórico determinado, como proceso de normas jurídicas traducidas en decisiones políticas fundamentales de una comunidad, nombrando a esta actividad, como la paradoja fundacional de todo Texto Constitucional.<sup>161</sup>

El hecho de que surgen cuando histórica y políticamente es necesario, es decir, siempre en el contexto de una crisis profunda, a pesar de que esas circunstancias sean las menos adecuadas para afrontar, con la debida tranquilidad y sosiego, los grandes problemas a los que toda Constitución debe dar respuesta y que se sintetizan en garantizar jurídicamente la libertad y los derechos de los ciudadanos organizando el Estado conforme al principio de división de poderes.<sup>162</sup>

Si bien se comparte esta idea, el adjetivo crisis, aun cuando no desfavorecido, percibimos puede suscitar algún ruido extraño a la dinámica constitucional. Creemos que lo que entra en crisis es la administración constitucional del Estado, no así el texto fundante, puesto que en democracias constitucionales, resulta vital que el Constituyente dé origen, también, al mecanismo de salvaguarda de la vigencia de su obra, mismo que se insta a través de la Reforma Constitucional.

En este aparato, se configuran problemas tendentes a la normatividad general aplicable al Estado, el de la supremacía constitucional, el de la soberanía del Ordenamiento, en términos concretos, se deposita la problemática tendente a la producción y reproducción constitucional o, como lo denominase de Cabo Martín,<sup>163</sup> la continuidad jurídica del Estado y del Ordenamiento Jurídico.

Así, al visualizar las problemáticas nacidas a partir de los textos constitucionales, resulta inexorable el no pensar en la reforma de la Constitución. El peligro indiscutible de ésta, es lo corrosivo del factor tiempo y del apego a las necesidades sociales y políticas de los ciudadanos a los que sirve. Dejar de lado el cambio normativo, no sólo traería como consecuencia lo ineficaz de la ley fundante, sino que evidenciaría el yugo que ésta tiene para con las nuevas sociedades para las que está llamada a regir. Actuando, hasta cierto punto, como una imposición, más que como una voluntad.

En efecto, no puede obviarse que el Poder Constituyente de un día, pueda y deba condicionar a la voluntad soberana del mañana. En esta mecánica, debe entenderse que la

---

<sup>161</sup> TAJADURA TEJADA, Javier, *La reforma constitucional: procedimientos y límites...*, op. cit., pp. 15-16.

<sup>162</sup> *Idem.*

<sup>163</sup> CABO MARTÍN, Carlos de, *La Reforma Constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003, p. 14.

Constitución no puede, ni debe, ser perpetua, ser eterna. Por el contrario, debe preservar un sentido de comunión con las sociedades venideras, de pertenencia y de vinculación voluntaria. Pensar en las palabras que Jefferson pronunciara, en las misivas enviadas a Madison, en las que se preguntaba si ¿Es legítimo el gobierno de los muertos sobre el de los vivos?, qué tan catastrófico e irracional que la decisión de los muertos pueda, a través de una Constitución, imponer su voluntad contra los vivos.<sup>164</sup>

Si bien todo lo anterior tiene sentido y relevancia, a partir de sobre poner el poder soberano, lo cierto es que, el poder de reforma, al ser un poder otorgado, es tangencialmente diferente al constituyente. No puede decirse que éste, al ser la continuidad del ejercicio soberano, pueda, al igual que su creador, ser ilimitado. Pensarle ilimitado y viviente a discrecionalidad, conlleva a problemas aún más severos, pues en tal caso el exceso puede llevar de un cambio en la Constitución, a un cambio de Constitución.

Pero no sólo eso, implicaría el crear un poder supremo diferente al del texto constitucional, que irremediamente recaería a partir del poder legislativo, al ser éste el encargado de la dinámica de generación de las normas y al ser, en democracia, el representante del cuerpo electoral. Sería retrotraernos a la crítica que proferíamos en Schmitt, al referir éste, la existencia de ese poder que se encontraba a lado y, en ocasiones, por encima de la Constitución.

O qué decir, incluso, a la crítica hecha por Laboulaye<sup>165</sup> a Sieyès, en el peligro sobre confundir a poderes constituidos en verdaderos soberanos, al decidir sobre el estandarte de Nación. Se pretendería hacer recaer facultades de Poder Constituyente, en el poder constituido de la legislatura, en una pretendida ficción soberana del Parlamento.

Pensar así, nos conduciría a una falsa interpretación del cambio constitucional, entre manifestaciones legítimas e ilegítimas, entendiendo por las primeras, como lo hace el profesor Ruipérez —siguiendo los pasos de Lucas Verdú<sup>166</sup> y, por obvias razones, de Tierno Galván—, a manifestaciones como la revisión, la mutación constitucional y la apertura de un nuevo proceso

---

<sup>164</sup> Cfr. JEFFERSON, Thomas, *Autobiografía y otros escritos*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 517-521

<sup>165</sup> “Sieyès lo que hizo fue confundirlo todo, embrollarlo todo y, a la postre, perderlo todo”. LABOULAYE, Édouard, “Du Pouvoir Constituant” (1871), en LABOULAYE, Édouard, *Questions constitutionnelles*, París, 1872, p. 381.

<sup>166</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo, “Teoría jurídica de los cambios de la Constitución” y, “La Constitución como orden jurídico fundamental del Estado”, en LUCAS VERDÚ, Pablo, *Curso de Derecho Político*. Vol. II, *La crisis de la Teoría del Estado en la actualidad. Federalismo y Estado Federal. La Teoría de la Constitución en el marco del Derecho Político*, 2.ª ed. rev., Madrid, 1977.

constituyente revolucionario. Pasando radicalmente a aquellas manifestaciones ilegítimas como el fraude constitucional, el falseamiento constitucional y la destrucción de la Constitución, ésta última, como la más pura significación schmittiana del término.<sup>167</sup>

Al respecto Pedro De Vega dirá que:

... a la tentación del Poder Constituyente de desempeñar funciones legislativas ordinarias, hay que añadir el peligro y la tentación contraria del poder constituido a desempeñar competencias constituyentes. Cuando el poder soberano se escinde del pueblo, aunque teóricamente se reconozca que una vez aprobada la Constitución la actividad constituyente desaparece, en la práctica, las Asambleas mostrarán una proclividad notoria para, apelando a su condición de representantes de la soberanía del pueblo en el momento constituyente, considerarse con derecho siempre a ejercer competencias soberanas.<sup>168</sup>

Relevante es destacar, como lo hizo en su momento el pensador austriaco Hans Kelsen, que la existencia de una verdadera Constitución, sólo puede existir cuando ésta se reproduce como la expresión normativa de la voluntad del Pueblo.<sup>169</sup> Debemos aclararse que, tal entendimiento sólo puede entenderse, al tener presente a la Constitución desde su concepto moderno, técnico y actual como Código Jurídico–Político Fundamental,<sup>170</sup> y no como un mero documento o instrumento de gobierno, por el que se procede a organizar los poderes de la Comunidad Política.<sup>171</sup>

<sup>167</sup> RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, *Reforma versus Revolución...*, op. cit., en nota aclaratoria p. XX.

<sup>168</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Reforma constitucional”, op. cit., p. 617.

<sup>169</sup> Cfr. KELSEN, Hans, *Il problema della sovranità e la Teoria del Diritto Internazionale. Contributo per una doctrina pura del Diritto* (1927), Giuffrè, Milán, 1989, pp. IV-V.

<sup>170</sup> Cfr. SCHNEIDER, H.-P., “Constitución y método. Interpretación constitucional desde el punto de vista teórico”, en *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 59-60; LOMBARDI, G., *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milán, 1967; Zagrebelsky, Gustavo, *La Giustizia Costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1977; DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Constitución y la Democracia”, pp. 66-73; “Supuestos políticos y criterios jurídicos en la defensa de la Constitución: algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español”, pp. 396-409; La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente, op. cit., pp. 15-24; GARCÍA-PELAYO, Manuel, “Constitución y Derecho Constitucional (Evolución y crisis de ambos conceptos)”, op. cit., pp. 53-122; OLLERO, C., “El Derecho Político como Ciencia Política”, en *Revista de la Universidad de Madrid*, n.º 7 (1953), pp. 347 y ss; MORODO, R., “Constitución, legalidad, legitimidad”, *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca*, n.º 26 (1963), pp. 55 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La Constitución como norma jurídica”, en PREDIERI, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (Dirs.), *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, 2.ª ed., Cívitas, Madrid, 1981, pp. 98 y 102; RUBIO LLORENTE, F., “La Constitución como fuente del Derecho”, en la obra colectiva *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Madrid, IEF, 1979, vol. I, pp. 59-60; CASCAJO CASTRO, J. L., “El Consejo Constitucional francés”, en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, vol. I, Madrid, 1981, p. 650.

<sup>171</sup> Cfr. JELLINEK, George, *Teoría General del Estado*, Edit. Albatros, Buenos Aires, 1981, p. 381; MCILWAIN, Charles Howard, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991; WORMUTH, Francis, *The Origins of the Modern Constitution*, Harper and Brothers, New York, 1949; POCOCK, J. G. A., *La Ancient Constitution y el Derecho feudal*, Tecnos, Madrid, 2011; Jennings, I., *El régimen político de la Gran Bretaña*, Madrid, 1961; HINTZE, Otto, *Historia de las formas políticas*, Madrid, 1968; Brunner, O., *Terra e Potere. Strutture pre-statali e pre-moderna nella Storia costituzionale dell’Austria medievale*, Milán, 1983.

Es decir, que una verdadera Constitución, sólo puede venir dada a través del ejercicio, como actividad, de un Poder Constituyente. En estos términos, encuentra sentido la distinción realizada por Loewenstein, entre constitucionalismo y Democracia Constitucional,<sup>172</sup> que en la interpretación del profesor Ruipérez:

Distinción ésta que, en último extremo, descansa en la idea en que la Democracia Constitucional hará su entrada en la Historia tan sólo cuando el dogma político de la soberanía del Pueblo, como contenido nuclear y central del propio concepto de Constitución normativa, adquirió auténtica realidad, entidad y eficacia, y, con ello, se hacía también real y efectiva, –corrigiendo, de esta suerte, y en la medida en que, de uno u otro modo, se materializaba el concepto aristotélico de “Politeia” o “Democracia legal”, el que, p. ej., McIlwain consideraba el mayor defecto del llamado “constitucionalismo antiguo”–, la posibilidad de limitar jurídicamente la actividad no sólo de los gobernados, sino también la de los gobernantes.<sup>173</sup>

Y, es que esta distinción marcada por Loewenstein, deja al descubierto, como lo hemos advertido, que no todo Estado por tener un ordenamiento constitucional, en cuanto que documento de gobierno, se inclina por la precepción del principio político de soberanía popular. Siguiendo a nuestro autor, se observa que entiende que el constitucionalismo se basa en el principio de distribución del poder, en donde, “varios e independientes detentadores [en rigor ostentadores]<sup>174</sup> del poder u órganos estatales participan en la formación de la voluntad estatal.”<sup>175</sup> Si bien, estas actividades o atribuciones que se les han asignados, son tendentes a controlarse, esto se da a través de otros entes depositarios del poder.

En otras palabras, de lo que se trata es de una técnica de distribución del poder, a través del cual pueda controlarse, existiendo un “círculo abierto del poder”, en el cual la pluralidad ideológica que interactúa en el Estado, compite abierta y libremente por hacerse con y por el poder. A decir del jurista alemán, la fórmula del constitucionalismo, caracteriza a las sociedades estatales basadas en la libertad y la igualdad, funcionando como un Estado de Derecho.

A diferencia de esta peculiar forma de observar el juego constitucional y la aparición del Estado de Derecho, la Democracia Constitucional se cimienta, indiscutiblemente en una

---

<sup>172</sup> LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel Derecho, España, 2018, pp. 89 y ss.

<sup>173</sup> Del original mecanografiado que manejo por cortesía del autor: RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, “Constitución y Poder Constituyente”, en VALADÉS, Diego y ASTUDILLO, Cesar (Coords.), *Tratado de Derecho Constitucional. I. Teoría de la Constitución*; de próxima publicación.

<sup>174</sup> En el texto en cita, la palabra es “detentadores”, no obstante, consideramos que se trata de un yerro en la traducción castellana, puesto que el término detentar implica un injusto título de adquisición del poder. Con lo cual, optamos por el uso, en adelante, de la palabra ostentadores o poseedores.

<sup>175</sup> LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 51.

configuración triangular del poder, entendiendo que éste, el poder, emana del Pueblo y tanto el Gobierno, como el Parlamento, “deben estar de acuerdo con la voluntad del pueblo y que elecciones libres y honestas forman un círculo abierto dentro del cual competirán las ideologías y las fuerzas sociales que las promueven.”<sup>176</sup> Así, la conformación del proceso del poder para Loewenstein, se situará entre: decisión política fundamental, ejecución de la decisión y control político,<sup>177</sup> éste último, para nuestros días, a partir de una doble vertiente: por un lado, el control político operado desde el parlamento hacia los actos del ejecutivo; y, a la vez, por parte del poder judicial, sobre las decisiones políticas adoptadas por el legislativo, pero sólo en cuanto poder constituido secundario.

Para entender esta afirmación, tenemos que referirnos a la existencia de los poderes constituidos y su alcance o posicionamiento jerárquico con base en la naturaleza y función dados por la Constitución. En principio, debemos reiterar, como no podría ser de diversa forma, que los poderes constituidos son limitados y, en consecuencia, son controlados desde el texto fundante, cayendo así en la fórmula ofrecida por Montesquieu, en donde el poder detiene al poder, con la finalidad de lograr la libertad, impidiendo la monopolización de las fuerzas del poder.<sup>178</sup>

Como afirmara Carpizo, se da la existencia de dos tipos de poderes constituidos: primarios y secundarios. Dentro de los de primer orden encontraremos al poder de revisión o, si se prefiere, a la reforma constitucional, y al Tribunal Constitucional. Y, los secundarios, se proyectarán a través de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y los órganos constitucionales autónomos.<sup>179</sup>

En tal entendimiento, resulta dable afirmar que la Reforma, es un poder constituido jerárquicamente superior a los poderes constituidos secundarios, gozando, por tanto, de competencias extraordinarias dadas por el Constituyente. En ésta se depositan competencias no sólo de validez y vigencia normativa, sino también de decisión sobre la estructura, integración y funciones de los segundos. Es esta competencia, lo que realmente le da superioridad en cuanto a aquellos. Esta afirmación es igualmente propuesta por Carpizo, incluso, al referir que tal

---

<sup>176</sup> LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 91.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 92 y ss.

<sup>178</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, "De l'esprit des lois", *Oeuvres Complètes*, París, Gallimard, 1949, T. II, pp. 396 y 397.

<sup>179</sup> Cfr. CARPIZO, Jorge, "El tribunal constitucional y el control de la reforma constitucional", en *Boletín mexicano de Derecho Constitucional comparado*, n.º 125, mayo-agosto 2009, IJ-UNAM, México, p. 71. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2955/7.pdf>

superioridad se observa en la creación de poderes constituidos secundarios, como lo son los órganos constitucionales autónomos.

En contra sentido, tal premisa se sustenta en el hecho de que los secundarios no pueden, por no tener competencia, crear a los primarios o intervenir alterándoles. Cosa diversa, es que éstos, los secundarios, puedan, en determinado momento, ser parte integrante o medio a través del cual, logren los primarios, ejercer su función constitucional. Ante ello, Carpizo adelantará, hablando de la reforma constitucional, que los secundarios “no poseen ninguna facultad respecto al órgano revisor de la Constitución. ... aunque el poder revisor se integre por órganos o poderes secundarios, su naturaleza y funciones son diversas de aquéllos. Además, cierto es que los órganos secundarios intervienen en diversos aspectos de los primarios. Este es un asunto de los controles y de los pesos y contrapesos que deben existir entre todos los órganos del poder...”<sup>180</sup>

Bajo este argumento, es entendible precisar que, si la reforma es un poder constituido, pero que a la vez se encuentra jerárquicamente por encima de los poderes constituidos secundarios, los límites que a este primario le son impuestos por el Constituyente, igualmente deberán ser observados por los secundarios, además de lo que a ellos les sean establecidos. Esto responde a una lógica sobre control del poder desde los ya referidos *checks and balances*, que en última instancia se expresan en la máxima enunciada por Lord Acton cuando afirmaba que el poder corrompe y el poder absoluto, corrompe absolutamente.

En este punto, cobra importancia la diferencia hecha por Schmitt, en cuanto al Poder Constituyente y el poder ejercido a través de órganos legal-constitucional creado. El teórico de la época de Weimar, es conciso en establecer que el Poder Constituyente al ejercitarse a través de la decisión política fundamental encarnada en la voluntad del Pueblo, no puede confundirse con el dispositivo legal-constitucional para las reformas o revisiones de leyes constitucionales.<sup>181</sup>

Aún y cuando a nuestro parecer, en forma desafortunada Schmitt, a la postre en su *Teoría de la Constitución*, igualmente referirá una potestad vital *in tempore* del Poder Constituyente, al grado de precisar que éste siempre tiene “la posibilidad de seguir existiendo, y se encuentra al mismo tiempo y por encima de toda Constitución, derivada de él, y de toda determinación legal-

---

<sup>180</sup> CARPIZO, Jorge, “El tribunal constitucional y el control de la reforma constitucional”, *op. cit.*, p. 72.

<sup>181</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 143 y ss.

constitucional, válida en el marco de esta Constitución”,<sup>182</sup> lo verdaderamente importante bajo nuestra apreciación, es que a partir de esta premisa, resulta ineludible afirmar la naturaleza del poder de revisión, que como ya se dijo, no es otra que el de ser un poder constituido, diverso entre todas sus formas y funciones a su creador, así como a la figura del poder legislativo ordinario.

Sin embargo, ante estas palabras, cobra relevante calado lo precisado en México, desde la Suprema Corte de Justicia de la Nación,<sup>183</sup> donde, al parecer, si acaso sea justificándole, se adopta el posicionamiento schmittiano al que hacemos referencia, pues para este custodio constitucional, el poder de revisión, es considerado como un Poder Constituyente permanente.

La problemática de tal dicción, no se corresponde solamente con un mero juego de palabras, ni con presuntas justificaciones de enaltecer el principio democrático de soberanía popular. Se debe, en gran medida —a nuestro entender—, en la incomprensión del concepto Constitución como Código Jurídico-Político Fundamental.

Para nuestra SCJN,<sup>184</sup> la Constitución es un texto netamente jurídico en virtud del principio de supremacía normativa, por lo cual ésta debe ponderarse por sobre cualquier otro contenido que de ella emane, como si de un conjunto de reglas se tratase.<sup>185</sup> Ello se evidencia específicamente dentro de la resolución del Amparo en revisión 186/2008, en el que se promueve una acción de inconstitucionalidad contra de una Reforma Constitucional.

En el proyecto de resolución anunciado, el entonces Ministro Ponente Cossio Díaz, siguiendo — a nuestra consideración, y dicho sea con todos los respetos, no en la mejor de las formas e interpretaciones posibles— a Pedro De Vega, señala que la reforma es un poder ilimitado que “se ejerce, de acuerdo con su propia naturaleza, **como fuerza externa al sistema**; siempre y en todo momento podrá reformar la Constitución existente o la de establecer una nueva, pero su

---

<sup>182</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 143 y ss. En este mismo lugar, Schmitt escribirá que “El poder constituyente dirá, no es susceptible de traspaso, enajenación, absorción o consunción.”

<sup>183</sup> En adelante, máximo tribunal del país o SCJN.

<sup>184</sup> Al menos así, dentro del proyecto de resolución dictado por el entonces Ministro José Ramón Cossio Díaz, en el Amparo en Revisión 186/2008. Consultable en:

[https://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Ministros2/AGOM\\_Ejecutoria\\_186-2008.pdf](https://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Ministros2/AGOM_Ejecutoria_186-2008.pdf)

<sup>185</sup> “La Constitución es el ordenamiento jurídico superior que da cohesión, unidad y firmamento al sistema jurídico. Como tal, es y sólo puede ser una, para todos, igualmente rectora. Máxime que, en nuestro régimen, ésta no sólo se concreta a recoger principios y valores de nuestra democracia, sino que se trata de una Constitución con un amplio contenido de normas tipo reglas. No se puede pues, tener normas de esta envergadura jerárquica y luego considerarlas aplicables a unos y no aplicables a otros.” *Ibidem*, p. 57.

actuación no podrá explicarse en términos jurídicos, sino por las vías de hecho, esto es, mediante un proceso revolucionario.”<sup>186</sup>

Si bien es cierto que acierta en que la revisión constitucional implica una vía de hecho, en lo que se refiere a la necesidad de cambio, problema circundante entre la estática y la dinámica constitucional, bajo nuestro criterio, se yerra al decir que la reforma es una fuerza externa al sistema —constitucional—. Situación que a la postre le hará argumentar que la Reforma, al ser una facultad extraordinaria, como una **“competencia de competencias”**<sup>187</sup> “es perfectamente compatible con la idea de un Poder Constituyente que permanece con toda su fuerza junto con el primero. Esa fuerza, sin embargo, es externa al sistema constitucional y su posible actuación no puede ser explicada en términos jurídicos, sino de otro tipo.”<sup>188</sup>

Aunado a esto, el precedente de amparo citado, resulta verdaderamente rico para su análisis, ya que, dentro de la formulación argumentativa e interpretativa del mismo, se da cuenta con apreciaciones históricas de dos resoluciones de la SCJN, en la que, aparentemente de contradice la apreciación del poder de revisión, por cuanto hace a la posibilidad de poder ser impugnado y revisado por un Tribunal Constitucional. Por un lado, el amparo en revisión 1334/98,<sup>189</sup> del nueve

---

<sup>186</sup> El énfasis es nuestro.

<sup>187</sup> Amparo en Revisión 186/2008, p. 36.

<sup>188</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>189</sup> 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 inimpugnabile 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. Tesis P. LXII/99, emitida por el Tribunal Pleno, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo X, septiembre de 1999, página 11. Amparo en revisión 1334/98. Manuel Camacho Solís. 9 de septiembre de 1999. Once votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Humberto Suárez Camacho.

de septiembre de mil novecientos noventa y nueve; y, la Controversia Constitucional 82/2001,<sup>190</sup> del seis de septiembre de dos mil dos.

En el primero de los precedentes, se admite que cuando se impugna un proceso de reforma constitucional, el fondo valorable no es el Texto Constitucional, sino el procedimiento legislativo que lleva a la producción de la reforma. En el segundo de ellos, el relativo a la Controversia Constitucional 82/2001, por el contrario, se determina, como sí que estamos de acuerdo, que la reforma no está sometida a control de constitucionalidad por un Tribunal, en virtud de que la esencia del procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución, implica en sí mismo, un procedimiento de control constitucional, precisamente, a partir de su naturaleza y forma de realización.<sup>191</sup>

Lo anterior, ya que si bien es el poder legislativo quien lleva a cabo el ejercicio de revisión constitucional, éste actúa no como poder constituido secundario, sino con funciones extraordinarias de carácter “exclusivamente constitucional”.<sup>192</sup> En palabras de Cossio Díaz, se dirá que este precedente “sostuvo que la función del Poder Reformador de la Constitución es soberana y que, obviamente, no puede estar sujeta a ningún tipo de control externo, “porque en la conformación compleja del órgano y en la atribución constitucional de su función, se encuentra su propia garantía”.<sup>193</sup>

En la valoración de estos dos precedentes, nuestro máximo tribunal, en una especie de “apología constitucional”, señala a la reforma como un poder constituyente permanente, pero a la

---

<sup>190</sup> “PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL. De acuerdo con el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución no es susceptible de control jurisdiccional, ya que lo encuentra en sí mismo; esto es, la función que realizan el Congreso de la Unión, al acordar las modificaciones, las Legislaturas Estatales al aprobarlas, y aquél o la Comisión Permanente al realizar el cómputo de votos de las Legislaturas Locales y, en su caso, la declaración de haber sido aprobadas las reformas constitucionales, no lo hacen en su carácter aislado de órganos ordinarios constituidos, sino en el extraordinario de Órgano Reformador de la Constitución, realizando una función de carácter exclusivamente constitucional, no equiparable a la de ninguno de los órdenes jurídicos parciales, constituyendo de esta manera una función soberana, no sujeta a ningún tipo de control externo, porque en la conformación compleja del órgano y en la atribución constitucional de su función, se encuentra su propia garantía. Jurisprudencia P./J. 39/2002, emitida por el Tribunal Pleno, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XVI, septiembre de 2002, página 1136. Controversia constitucional 82/2001. Ayuntamiento de San Pedro Quiatón, Estado de Oaxaca. 6 de septiembre de 2002. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón y Juan N. Silva Meza. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretarios: Pedro Alberto Nava Malagón y Eva Laura García Velasco.

<sup>191</sup> *Cfr.* Amparo en Revisión 186/2008, pp. 32-33.

<sup>192</sup> *Idem.*

<sup>193</sup> *Idem.*

vez, igualmente dirá que a ésta no se le puede identificar como el Poder Constituyente, a su entendimiento, porque de lo contrario “queda en entredicho el principio jurídico de supremacía constitucional, dando prevalencia al principio político de soberanía popular.”<sup>194</sup>

Si bien acierta en explicar que, la reforma es un poder constituido y, por tanto, éste no puede extraerse de la órbita en que la Constitución sitúa su esfera de competencia, ya que por ella se encuentra regulado y ordenado; el propio Tribunal, en su juego errado de palabras, cae en contradicción al afirmar que, con base en el principio de *lex superior*, la reforma es perfectamente compatible con la idea de un Poder Constituyente.

Peor, aun dicho lo anterior, termina por expresar que, “si el Poder Reformador es un poder limitado y sujeto necesariamente a las normas de competencia establecidas en el texto constitucional, entonces es jurídica y constitucionalmente posible admitir que un Estado Constitucional debe prever medios de control sobre aquéllos actos reformativos que se aparten de las reglas constitucionales. Es decir, cabe la posibilidad de ejercer medios de control constitucional en contra de la posible violación a las normas del procedimiento reformativo.”

Si pensamos como lo hace la SCJN —en forma desafortunada para nosotros— que la Reforma es un Poder Constituyente Permanente, caeríamos en una clara contradicción no sólo lexicológica, sino de fondo, ya que le estaríamos negando a un constituyente su calidad de poder ilimitado o, en contrasentido, dotándole a un constituido de poderes ilimitados.

Por otro lado, debe decirse que no es sólo la SCJN quien ha sostenido, en México, el criterio consistente en que el poder de revisión sea un constituyente permanente, para el caso, resulta indispensable observar, por ejemplo, al profesor Tena Ramírez lúcido jurista mexicano, quien con mayor fuerza respaldará tal visión. A su entender, al hablar de la Reforma no se piensa en el Legislativo ordinario, sino en el poder constituido al que le está encomendada la función de adecuación constitucional a la realidad social, añadirá entonces que “... ese órgano tiene que participar en alguna forma de la función soberana, desde el momento en que puede afectar la obra que es expresión de la soberanía. Su función es, pues, función Constituyente. Y como, por otra parte, se trata de un órgano que sobrevive al autor de la Constitución, cuya vida se extinguió con

---

<sup>194</sup> Amparo en Revisión 186/2008, pp. 34-35.

su tarea, consideramos que merece por todo ello, el nombre de Poder Constituyente Permanente”.<sup>195</sup>

El pensamiento de permanencia no resulta para nada simple y sencillo. Encuentra, a nuestro juicio, repercusiones graves para la Teoría de la Constitución y del Estado, máxime al pensar, como Tena Ramírez, que la reforma se traduce en una transferencia total o parcial de las facultades del constituyente —entiéndase aquí de lo ilimitado de éste—, negando con ello, la importancia del mandato constitucional y, en consecuencia, de la diferencia entre ésta y los poderes constituidos.

Cuando el poder creador, autor de la Constitución, funda un órgano capaz de alterar la Constitución, le transmite, total o parcialmente, sus propias facultades constituyentes. Nada importa que ese órgano sea creación del Constituyente; no por ello es un poder constituido, pues carece de facultades de gobernar y sólo las tiene para alterar la Constitución, que es fuente de facultades para los poderes gobernantes. Ese poder revisor, es, pues, continuación del Constituyente que lo creó.

Basta para que subsista la diferencia entre los poderes constituyente y constituido, con que el primero resida en un órgano especial, distinto al legislativo ordinario. Si es el Congreso por sí mismo quien puede reformar la Constitución, entonces ésta no es rígida, no hay supremacía de ella sobre las leyes ordinarias y no estamos en la hipótesis en la que nos hemos colocado. Según nuestro artículo 135, el órgano especial que puede alterar la Constitución está integrado por el Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados; de la asociación de esos poderes constituidos resulta el órgano constituyente. Separados entre sí el Congreso y cada una de las legislaturas, no pueden por sí solos tocar la Constitución, sino solo gobernar; por eso son poderes constituidos. Pero unidos entre sí, componiendo un solo órgano, ya no pueden gobernar, sino solamente alterar la Constitución; por eso el órgano, resultante de la asociación es poder constituyente y por eso nuestra Constitución es rígida y superior a las leyes ordinarias.<sup>196</sup>

Esta afirmación, como ya lo hemos referido al tocar los postulados schmittianos, es jurídicamente incorrecta y políticamente inapropiada por muy diversas razones. Y es que, al considerar como poderes similares, al Constituyente y al poder de reforma, prácticamente les homologamos en tiempo y espacio, con ello se niega *per se*, no sólo la rigidez de la que puede gozar el texto fundante, sino su propia supremacía. En todo momento, lo que se estaría ponderando, como principio generador del Estado, es el principio político-democrático de soberanía, soslayando el de *lex superior*.

---

<sup>195</sup> TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 16ta ed., Porrúa, México, 1978, p. 54.

Para el caso chileno, el profesor Humberto Nogueira Alcalá, igualmente le confiere una denominación peculiar a la reforma constitucional, al referirla como “Poder constituyente instituido”, más con sus matices en cuando poder limitado. Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Poder constituyente, reforma de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad” en *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 36, 2017, IJ-UNAM, México, pp. 327-349.

<sup>196</sup> TENA RAMÍREZ, Felipe, “Competencia del poder revisor de la Constitución”, en FLORES MENDOZA, Imer Benjamín (Ed.), *Doctrina Constitucional Mexicana*, Senado de la República-Secretaría de Cultura-INEHRM-UNAM-IJ, 2016, pp. 516-517.

Se volvería, sin más, al pensamiento rousseauiano de prevalencia de una democracia de la identidad, en la que el único decisor es la sociedad y sobre de ella no puede existir ley que le racionalice. En un segundo momento, se estaría polarizando la Teoría de la Constitución, en cuanto a su ente creador, ya que no habría necesidad de hablar de Reforma y sus límites, ni de Poder Constituyente, ya que se estaría hablando de un mismo e idéntico poder que puede actuar como fundante y como adaptador de la Constitución.

Como lo pusiera de manifiesto Burdeau,<sup>197</sup> la consecuencia inmediata de encerrar al Poder Constituyente, voluntariamente, en la propia normativa constitucional, no bastaría para considerarle como un poder constituido. Ello, en razón de que, aun cuando actuara éste, como un poder de autolimitación del texto normativo, el mismo gozaría de absoluta libertad, siendo soberano en cuanto a su objeto y el contenido de su voluntad. Así, un poder que resguarda sus facultades soberanas, aún en texto normativo, seguirá siendo un Poder Constituyente y, por tanto, ilimitado. Terminará diciendo De Vega, la condición del poder constituido en la forma y en el procedimiento no dependería, en definitiva, de la Constitución, sino de su propia voluntad.<sup>198</sup>

Esto es así, puesto que siendo el poder de revisión un poder ilimitado, al ser la reencarnación del Poder Constituyente, lo que se pone en marcha, no es una actividad jurídica, sino política, un acto constituyente. No se está haciendo una reforma propiamente dicha, sino una nueva Constitución, ya que ésta es la funcionalidad del constituyente. Esto es de suma importancia, en una visión radical, se estaría diciendo que la reforma constitucional no es, ni forma parte (aunque si materialmente) operativa del Texto Constitucional. Sería pues, un poder meta-constitucional, significando así una ampliación del Constituyente. En este punto, aunque una cita larga de De Vega, conviene dejar constancia de ella:

Lo que equivale a indicar que las reformas constitucionales no serían explicables, en ningún caso, como resultado de la supremacía de la Constitución, capaz por sí misma de legalizar el cambio y controlar sus propios procesos de transformación, sino como producto de la voluntad autónoma y libre del Poder Constituyente.

Llevando el razonamiento hasta sus últimas consecuencias, todo esto quiere decir que, cuando la revisión se concibe como obra de un poder soberano en el objeto, aunque se presente como constituido y limitado en el procedimiento, la propia institución de la reforma constitucional, en cuanto expresión de la continuidad jurídica del ordenamiento, deja de tener sentido.

---

<sup>197</sup> BURDEAU, Georges, *Traité de Science Politique*, París, 1969, t. IV, p. 209. Citado por DE VEGA GARCÍA, Pedro, "La Reforma constitucional", *op. cit.*, p. 657.

<sup>198</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, "La Reforma constitucional", *op. cit.*, p. 657.

Por no depender —dirá Burckhardt— el cumplimiento de las normas del procedimiento de criterios lógico-normativos de la propia Constitución, sino de la voluntad del Poder Constituyente, cualquier operación de reforma no puede ni debe ser interpretada en términos jurídicos como un acto de un poder constituido. La reforma constitucional aparece de este modo como producto puro del Poder Constituyente, explicable como hecho, pero al margen de ningún tipo de catalogación jurídica.<sup>199</sup>

Ahora bien, por cuanto hace a la naturaleza del poder de reforma y del Constituyente, equipararles lleva a una grave conclusión, y es que, al equipararse estos dos, bien podría decirse que el Constituyente opera como poder constituido, normado en cuanto a su voluntad por sí mismo. Con ello, se desconocería, en cierta medida, el principio de soberanía dentro de una democracia representativa, ya que, como no resulta ajeno a nadie, el ejercicio constituyente ya no se llevaría a cabo por el Pueblo, sino por los órganos constituidos secundarios, específicamente, representada en la función legislativa, lugar donde efectivamente se asumirían las atribuciones de la revisión constitucional. A esto es a lo que se refiere el Maestro Pedro De Vega cuando dice que la función constituyente se vuelve así, función constituida.<sup>200</sup>

Es entonces cuando las facultades absolutas e ilimitadas, que conforme al principio democrático, corresponden por definición a la soberanía popular, pasan automáticamente a los órganos representativos constituidos. Con lo cual, bien se puede decir, parodiando una frase afortunada de Berliá, «que los elegidos dejan de ser los representantes de la nación soberana, para convertirse en los representantes soberanos de la nación». De esta forma, la subsunción del Poder Constituyente en el ámbito de la normativa constitucional, para lo único que terminará sirviendo será, no como pretendía Frochot en su célebre discurso, «para garantizar la Constitución contra las ambiciones de sus representantes o delegados», sino para sustraer al pueblo el ejercicio real de su soberanía y asegurar, constitucional y legalmente frente al mismo, el poder ilimitado de sus mandatarios.<sup>201</sup>

Por cuanto hace a una teoría de separación de poderes y de control del poder, prácticamente se vería apabullada por la decisión de la voluntad popular vía constituyente permanente. Lo que llevaría a pensar, no en un instrumento para la adecuación constitucional y su vigencia, sino en el peligroso término de la alteración constitucional, cuando no, en el falseamiento o quebranto de la Constitución. El alcance que Tena Ramírez<sup>202</sup> le proporciona al poder de revisión, no es simple ponderación y revitalización del principio de soberanía popular. Pensar así, implicará restar fuerza

---

<sup>199</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Reforma constitucional”, *op. cit.*, p. 657.

<sup>200</sup> *Ibid.*

<sup>201</sup> *Ibidem*, p. 658.

<sup>202</sup> “... el Congreso Federal es Poder Constituido; cada una de las legislaturas de los Estado también lo es. Pero eso acontece cuando actúan por separado, en ejercicio de sus funciones normales; una vez que se asocian, en los términos de los artículos 135,<sup>202</sup> componen un órgano nuevo, que ya no tiene actividades de Poder Constituido (es decir, de gobernante), sino únicamente de Poder Constituyente”. TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, p. 46.

normativa a la Constitución, cuando no, negársela, en virtud de que se institucionaliza un poder soberano ilimitado dentro de la propia Constitución.<sup>203</sup>

Ante este vendaval de comentarios, surge como luz de guía, los postulados del profesor De Vega, para quien, conforme a las más elementales exigencias del Estado Constitucional, no admite, para la reforma, otra configuración posible que la de entenderle como un poder constituido y limitado. Sólo bajo esta comprensión, la temática de los límites a la revisión constitucional, deja de ser una mera cuestión de derecho positivo para convertirse en uno de los centros de referencia en los que la racionalidad del ordenamiento constitucional democrático se pone a prueba consigo misma.<sup>204</sup>

De Cabo Martín<sup>205</sup> dirá que la diferencia concreta entre el Poder Constituyente y el Poder de Revisión —en cuanto poder constituido—, es que: el primero, es un poder originario, exterior y anterior al Derecho, que no se apoya en ningún otro poder, ya que es inicial e inaugural, es decir, fundador en el sentido que supone una ruptura jurídico-política anterior a él y, por tal, su fundamento se encuentra en la legitimidad democrática.

El segundo, es un poder creado, perteneciente al positivismo, a lo jurídico de la Constitución, su fundamento es legal. Se considera un poder simétricamente contrario al Constituyente, ya que, al no ser originario, no puede decirse incondicionado, puesto que su forma y modo se encuentra dado por la propia Constitución. Se trata de un poder juridizado.<sup>206</sup> Así, bajo el pensamiento de Cabo Martín, se podrá decir que en el Orden constitucional, en la Constitución,

---

<sup>203</sup> Dirá de Cabo Martín, mientras el Poder constituye es un poder original, incondicionado, sin límites, soberano y, por tanto, prejurídico, exterior y anterior al Derecho y su fundamento se encuentra en la legitimidad, no en la legalidad. Por su parte, los poderes constituidos no son poderes original ni incondicionado, y su fundamento sí es la legalidad dada por el Poder Constituyente. CABO MARTÍN, Carlos de, *La Reforma Constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, op. cit., pp. 31-32 y ss.

<sup>204</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Reforma constitucional”, op. cit., p. 657.

“La explicación [de que el poder reformador es limitado] es muy simple, y se basa en un viejo argumento empleado ya por Vattel en su *Derecho de Gentes*. Si el título y la autoridad del poder de reforma descansa en la Constitución, ¿podría ese poder destruir aquellos supuestos constitucionales que constituyen su propio fundamento y razón de ser? Nada tiene de particular, por lo tanto, que mientras el poder constituyente se presenta como un poder, por definición, absoluto e ilimitado, la doctrina más consciente entienda que el poder de reforma es, en esencia, en cuanto poder constituido, un poder limitado. Sus posibilidades materiales de actuación terminan donde la modificación constitucional implique la destrucción de su legitimidad como poder de revisión.” *Ibidem*, p. 660.

<sup>205</sup> CABO MARTÍN, Carlos de, *La Reforma Constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, op. cit., pp. 31-32.

<sup>206</sup> *Ibid.*

no hay soberano; el soberano se queda <<fuera>>, porque <<dentro>> de la Constitución y desde el momento en el que aparece, todo poder es un poder jurisdiccional y en consecuencia limitado.<sup>207</sup>

Por último, bajo la idea de un revisor del revisor, sería nugatorio el intento por crear un Tribunal Constitucional, ya que, bajo el entendimiento que el poder de revisión se equipara, en su conformación, con el soberano, no podría, ningún poder constituido, atentar con la decisión emanada de éste. En consecuencia, la reforma se entendería como ilimitada, puesto que de lo que se trata, es de una continuidad de la voz soberana, en el decreto de la forma y modo del Estado y su regulación.

En sí misma esta idea en que el poder de revisión pueda y deba estar sujeto a revisión por otro poder, no necesariamente es compartida por nosotros. Ya en su momento se daba tal preocupación en Cappelletti, cuando replicaba que la piedra de toque de un sistema de gobierno democrático, se da a través de los *checks and balances*, con la idea en que los poderes creados jamás pueden ser ilimitados. Pensamiento que apela a la vieja pregunta de Juvenal de quién vigilará a los vigilantes.<sup>208</sup>

Para el caso mexicano, prácticamente esta suposición resulta irrisoria, ya que sobre el procedimiento de reforma, el propio constituyente ha determinado no generarle algún revisor. En sentido estricto, no existe en nuestro país, un Tribunal Constitucional con carácter jerárquico de constituido primario. Lo que se da, es una división de poderes en generación de competencias sobre la competencia, radicada en una Suprema Corte de Justicia de la Nación como titular del poder judicial, pero entendido como un constituido secundario. Es decir, jerárquicamente inferior al poder de la reforma.

La diferencia entre un aparato jurisdiccional ordinario y un Tribunal constitucional, es explicada por Favoreu al precisar que éste último, el Tribunal, es “una jurisdicción creada para

---

<sup>207</sup> CABO MARTÍN, Carlos de, *La Reforma Constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, op. cit., pp. 32-33.

En contra de esta percepción, siguiendo aparentemente los pasos de Amorth, Villacorta Michelena afirma que la esencia del poder constituyente no consiste en que los poderes constituidos broten de él, como una fuente primigenia. Los poderes constituidos preexisten al poder constituyente, sin necesidad de su intervención, en la medida que resultan imprescindibles para la consistencia del Estado. VILLACORTA MICHELENA, Alberto, *Los límites de la Reforma Constitucional*, Perú, 2003, p. 91.

<sup>208</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press-Oxford University Press, Gran Bretaña, 1989, nota 4, p. 113.

conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos.”<sup>209</sup>

Es decir, que no se trata de un poder público ordinario, sino de un instrumento de jurisdicción, cuya función es la interpretación de la ley fundamental como último revisor de la misma. No es creada para la resolución de controversias, sino para la precisión de los alcances de la Constitución. Tribunal que goza de jerarquía superior respecto a los órganos constituidos secundarios y debe tener asegurada su independencia para que realmente defienda a la Constitución.<sup>210</sup>

Hasta este punto hemos de dejar lo referente a la diferencia entre Poder Constituyente y Reforma constitucional, ésta como poder constituido. Hemos dejado apenas una pincelada, en el último punto, sobre la idea la temática respecto al revisor del revisor; sin embargo, no ahondaremos sobre ello, ya que no resulta ser parte fundamental de nuestro trabajo, además que sería para nada sencillo explicar si puede o no existir un superior entre los superiores de primer orden.<sup>211</sup>

### ***2.1.2 La Rigidez constitucional como imperativo para la observación de la reforma constitucional***

Como puede observarse, resulta inevitable pensar a la Reforma, desde la perspectiva de integración de los tres principios fundamentales del Estado Constitucional y Democrático de Derecho: 1) Principio liberal de separación de poderes; 2) Principio político-democrático de soberanía popular; y, 3) Principio jurídico de supremacía constitucional. Mismos que sólo pueden ser comprendidos, a partir del entendimiento de una Constitución como Código Jurídico-Político Fundamental, y no como un mero aparato normativo del Estado.

A partir de aquí, como lo expusiera Hauriou, queda entendido que la diferencia entre la creación de una Constitución y su modificación, estriba en que la primera es un acto que se ejerce fuera de la Constitución; mientras que la segunda, es un acto que deviene del mandato de la Constitución, cuya funcionalidad es la continuidad y rigidez de la superlegalidad constitucional.<sup>212</sup>

---

<sup>209</sup> FAVOREU, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 13.

<sup>210</sup> Cfr. CARPIZO, Jorge, “El tribunal constitucional y el control de la reforma constitucional”, *op. cit.*, p. 737

<sup>211</sup> Para un amplio análisis sobre este tema, en México, Cfr. *Ibid.*

<sup>212</sup> Cfr. HAURIOU, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Comares, Granada, 2013, p. 354.

Superlegalidad constitucional, que es entendida no sólo como el contenido propio de la Constitución escrita, sino, como la integración de los principios fundamentales que le dan origen. En otras palabras, se trata de la unión entre principios del Estado, y la voluntad política como fuerza motora, apreciable a partir de los principios políticos que le dan identidad y vinculación, mismos que han generado la voluntad democrática encarnada en el Poder Constituyente.

Una de las ventajas del vocablo superlegalidad constitucional, que hemos adoptado, consiste en que nos permite libertarnos del concepto de Constitución escrita, en lo que tiene de excesivamente rígido. Sería un error creer que la superlegalidad constitucional no se refiere más que a lo que consta en la Constitución; comprende también todos los principios fundamentales del régimen, es decir, los principios individualistas –que son la base del Estado- los principios políticos –que son la base del gobierno-. Estos principios integran una especie de legitimidad constitucional, colocada por encima de la Constitución escrita.<sup>213</sup>

Este concepto que nos proporciona Hauriou, encuentra vital relevancia en la función de la Constitución, vista como *norma normarum*, desde un doble punto de vista. En primer lugar, derivado de la superlegalidad que implica la función normativa del texto fundante, siendo fuente del derecho ordinario que ha de regir en la vida del Estado y la sociedad. Y, en segundo lugar, porque conjuntamente con lo jurídico del texto fundante, se concibe la identidad de la Constitución, lo que Lucas Verdú denominara, la fórmula política de la Constitución, es decir, su expresión ideológica, jurídicamente organizada, en una estructura social.<sup>214</sup>

Esta fórmula, constituye el sistema de ideas que inspiran el ordenamiento constitucional, cual si se tratase, como en Burdeau, de postulados que sirven de base a todas las soluciones que el régimen político confronta<sup>215</sup> en un determinado tiempo y espacio. Es la filosofía de la Constitución.<sup>216</sup> Entender así a una Constitución, nos lleva a comprender lo referido por Hesse, al

---

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 358.

<sup>214</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo, “El Título I del Anteproyecto Constitucional. La fórmula política de la Constitución”, *Estudios sobre el Proyecto de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, p. 11; “Títulos preliminar y primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 2 (1979), pp. 9-38; *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 49-56 y ss; *Prontuario de Derecho Constitucional*, Comares, Granada, 1996, pp. 173 y ss; CANOSA USERA, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 249 y ss.

<sup>215</sup> Cfr. BURDEAU, Georges, *Methode de la science politique*, Dalloz, París, 1959, p. 395.

<sup>216</sup> GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica 2. La Constitución guatemalteca de 1985, UNAM, México, 1992, p. 12.

señalar que “el desarrollo óptimo de la fuerza normativa de la Constitución no es solamente una cuestión de contenido sino no menos una cuestión de *praxis constitucional*”.<sup>217</sup>

De esta forma, la superlegalidad constitucional, para estar completamente organizada, ha de reunir las dos condiciones siguientes:

- I. La organización de una operación constituyente, con un Poder Constituyente que esté por encima de los poderes gubernamentales ordinarios –los cuales ocupan el rango de poderes constituidos–, y con un procedimiento especial de revisión, que da a la Constitución un carácter rígido.
- II. La organización de un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes ordinarias.<sup>218</sup>

Bajo esta rúbrica, dos corolarios bien definidos quedan para su abordaje. El primero, a decir de la Reforma, la necesidad que ésta cuente con un procedimiento mayormente agravado para su operatividad, que el destinado para la normativa ordinaria, lo que trae a colisión, la temática de la rigidez constitucional. Y, como segundo punto, el de la interpretación constitucional, como medio de control de constitucionalidad, mismo que abordaremos más tarde dentro del tópico de la mutación constitucional, bajo el método de estudio de caso.

Así, el primero de los postulados indispensables para pensar en la superlegalidad de Hauriou, el concerniente a la rigidez del texto fundante, conlleva, en primer término a empatarse sobre la idea de supremacía constitucional y, en un segundo momento, con la idea de Constituciones escritas, pues sólo en éstas puede hablarse de supremacía normativa.<sup>219</sup>

---

<sup>217</sup> HESSE, Konrad, “La fuerza normativa de la Constitución”, en *Escritos de Derecho Constitucional, op. cit.*, pp. 84-85 y ss.

<sup>218</sup> HAURIU, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional, op. cit.* pp. 340-341 y ss.

<sup>219</sup> Si bien defendemos esta postura, habrá que advertirse que, si bien la rigidez sólo puede apreciarse sobre la idea de Constituciones escritas, ello no implica *per se* una rotunda correspondencia entre rigidez-Constitución escrita y flexibilidad-Constitución no escrita, ya que también dentro de las Constituciones escritas puede apreciarse la flexibilidad, situación que sí que tiene que ver, en forma inmediata, con el tema de la reforma constitucional y su apreciación como poder constituido de orden primario.

Al respecto, Lucas Verdú afirmará que no existe “Constitución escrita flexible, sino sólo rígidas... Habrá, pues, mayor o menor grado de rigidez, pero, siempre algo de ella.” *Cfr.* LUCAS VERDÚ, Pablo, “La Constitución como orden jurídico fundamental del Estado”, *op. cit.*, p. 506.

“... aunque no hay que magnificar la flexibilidad constitucional dado que la dicotomía flexibilidad-rigidez constitucionales no es absoluta ya que en las Constituciones flexibles, insistamos, encontramos elementos rígidos y en las Constituciones rígidas aspectos flexibles.” *Cfr.* LUCAS VERDÚ, Pablo, *La Constitución abierta y sus enemigos*, Universidad Complutense de Madrid y Ediciones Beramar S. A., Madrid, 1993, p. 14.

La génesis de este apotegma, como verdad de perrogrullo, adquiere relevancia en América. Las discusiones que le dieron origen corren de la pugna entre los movimientos revolucionarios independentistas: por un lado, con la ponderación del centro de decisión desde el poder legislativo como representación popular desde sus vertientes como: 1) ente limitado con base en las propuestas teóricas de Coke<sup>220</sup> y Harrington<sup>221</sup>, incluso Locke; y 2) como ente ilimitado, *legibus solutus*, como en la doctrina de Hobbes y Blackstone<sup>222</sup>; por otra parte, desde temáticas iusnaturalistas y contractualistas<sup>223</sup>; y, por último, desde la separación de poderes de Montesquieu.

En términos generales, aun sobre las diversas teorías, lo que se persigue es la fundamentación de la supremacía constitucional a partir de la concepción de Poder Constituyente. Incluso, hablando de Coke y Harrington, dejan de lado el régimen jurídico inglés y se basan al esquema jurídico del *Common law* imperante en América del norte. Como precisara De Vega, en realidad el pensamiento iusnaturalista y contractualista de un Vattel, un Locke, un Burlamaqui, incluido también a Montesquieu, lo que persiguen no es, en forma inmediata, la idea de Constitución como *Lex Superior*, sino la conformación de unidad política.<sup>224</sup>

Es de la comunión del principio democrático de soberanía popular y la idea de limitación del poder del gobernante, como poder constituido, donde nace la idea de realidad constitucional y, con ella, de Constitución como norma de normas. Justamente, este es el mayor mérito norteamericano, el haber postulado a la Constitución como ejercicio del poder soberano, como voluntad política jurídicamente operante.

Es a partir de que, en una democracia representativa, el poder soberano ejercido a través de un Poder Constituyente, impregna en un texto su voluntad, que éste se vuelve expresión de la voluntad permanente del mismo, misma razón por la cual, ningún poder constituido puede desempeñar atribuciones soberanas. Y es que, no existe otra forma de legitimar democráticamente

---

<sup>220</sup> En este sentido, por ejemplo: BRADLEY, A. W. y EWING, K. D., *Constitutional & Administrative Law*, Pearson, London, 2011.

<sup>221</sup> Cfr. HARRINGTON, James, *The Commonwealth of Oceana y A System of Politics*, ed. de POCOCK J. G. A., Cambridge, 1992.

<sup>222</sup> Cfr. BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, Book I, cap. II; *Introduction, Section the Third «Of the Laws of England»*.

<sup>223</sup> Véase para tal efecto a los autores en cita dentro de sus obras a decir: Thomas Hobbes en *El Leviatán* o en *The Elements of Law, Natural and Politics* (1640), en su versión en castellano: *Elementos de Derecho Natural y Político*, Alianza, España, 2005; Rousseau en *El contrato social*; y John Locke en *Segundo tratado el gobierno civil*.

<sup>224</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Reforma constitucional”, *op. cit.*, p. 618.

el principio político de soberanía popular, que no sea la fórmula de supremacía constitucional. Dirá De Vega, sólo de esta forma, la soberanía política, se vuelve soberanía jurídica.<sup>225</sup>

Y, es que, sólo concebida la norma suprema como Código Constitucional, se puede pensar que ésta goza de una especificidad respecto de las normas ordinarias, en virtud de su fuerza y su especial régimen jurídico de adaptabilidad y vigencia. Sin embargo, esta hipótesis, sólo se puede materializar, allá donde de Constituciones rígidas se habla, no así, en el caso de Constituciones flexibles,<sup>226</sup> ya que, solamente en las Constituciones rígidas, es donde se goza de un régimen jurídico especial, ya que el procedimiento de reforma de la Constitución, el distinto del procedimiento de formación legislativa.<sup>227</sup>

De tal forma que, si de rigidez constitucional se habla, como sostuviera Guastini deben distinguirse cuatro tipos de constituciones:

- 1) Constituciones que expresamente excluyen su modificación o reforma;
- 2) Constituciones que no disponen nada en torno a su modificación o reforma;
- 3) Constituciones que prevén un procedimiento de reforma constitucional más complejo que el procedimiento legislativo ordinario (un procedimiento agravado, como se suele decir); y,
- 4) Constituciones que expresamente consienten la reforma constitucional a través de el procedimiento legislativo ordinario.<sup>228</sup>

Es a través, del tercer tipo de constituciones, como hemos dicho, en donde la norma puede definirse como ley suprema. Al considerar esto cierto, se debe adelantar que para el caso, la propia Constitución prevé la forma en que debe sancionarse, es decir, establecer los mecanismos a partir de los cuales, ésta pueda cambiar y adecuarse a la realidad política viviente, ya que es ésta, una condición necesaria para preservar el principio político de soberanía.

---

<sup>225</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Reforma constitucional”, *op. cit.*, p. 618.

<sup>226</sup> Para una profunda discusión y análisis sobre la flexibilidad y la rigidez en las Constituciones véase: BRYCE, James, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

<sup>227</sup> Cfr. GUASTINI, Riccardo, “Rigidez constitucional y límites a la Reforma en el ordenamiento italiano”, en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho Universidad Iberoamericana*, N° 30, 2000, IIJ-UNAM, México, p. 175.

<sup>228</sup> GUASTINI, Riccardo, “Rigidez constitucional y límites a la Reforma en el ordenamiento italiano”, *op. cit.*, pp. 175-176.

Cabe precisar que, al menos en occidente, en nuestros días, todas las Constituciones escritas son rígidas, ya que contienen un procedimiento específico para su reforma.

Al menos un corolario bien identificado sale a flote y, es que, dentro de las llamadas Constituciones rígidas, el poder de revisión está impedido de ejercitarse a través de un poder constituido, particularmente, aquel a quien ordinariamente le está conferida la facultad de creación de leyes, es decir, al Parlamento. Para la modificación del texto fundamental, se precisa un procedimiento agravado de cambio, lo que invoca un poder diferente a la mera potestad legislativa.

Esta distinción, para el constitucionalismo Norte Americano, resulta de vital importancia en la conformación y adaptabilidad de la norma suprema, ya que la propuesta americana de su texto fundante, se dio, a diferencia de Europa (Francia concretamente), ante la necesidad de limitar—en términos de equilibrio— el poder del parlamento, que al creerse ilimitado, se volvía un nuevo monarca desde la pluralidad.

Confluyendo los esquemas, democrático-constituyente dado a partir de la Revolución americana del siglo XVIII, con la matriz tradicional inglesa, se genera la idea de un gobierno limitado, emergiendo con ello una constitución democrática como centro del control del poder, dando vida a poderes intrínsecamente limitados,<sup>229</sup> en virtud de no ser éstos poderes originarios, sino derivados del Poder Constituyente, que les había previsto en el texto constitucional, con competencias específicas, “de manera que los considera legítimamente operantes sólo en un determinado ámbito previamente definido, y además los dispone de manera que puedan y deban frenarse recíprocamente, utilizando la técnica de los contrapesos que la tradición inglesa todavía ponía a su disposición.”<sup>230</sup>

La mayor disposición doctrinaria al respecto, la encontramos claramente de la mano del *Federalist*, en donde Hamilton, Madison y Jay, disponen sus ideales en la máxima federal, consistente en la generación de un régimen constitucional fuerte instaurado a partir de la idea de poder constituyente, creando las mejores instituciones para que cualquier persona pueda ejercerlas, sin que ello implique un desborde del poder. En forma peculiar, uno de los logros teóricos de importancia vital, es el pensamiento de Hamilton respecto a la diferencia entre el régimen democrático y el régimen republicano, que al final, habrá de ser el contexto mismo del *Federalist*, la creación de una constitución republicana, más que estrictamente democrática.

---

<sup>229</sup> Cfr. FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, op. cit., p. 106.

<sup>230</sup> *Ibidem*, pp. 103-107.

Si acaso pueda decirse, una Constitución democrática por cuanto hace a su operatividad, en sentido de ser una Constitución equilibrada, que se correspondía con la teoría de los *checks and balances*, al instituir no una concreta separación de poderes, sino un equilibrio entre ellos, siempre sobre la idea de gobierno limitado. Así lo explica Hamilton al sostener que:

*The genius of republican liberty seems to demand on one side, no only that all power should be derived from the people, but that those intrusted with it should be derived from the people, but that those intrusted with it should be kept in dependence on the people, by a short duration of their appointments; and that even during this short period the trust should be placed not in a few, but a number of hands. Stability, on the contrary, requires that the hands in which power is lodged should continue for a length of time the same. A frequent change of men will result from a frequent return of elections; and a frequent change of measures from a frequent change of men; whilst energy in government requires not only a certain duration of power, but the execution of it by a single hand.*<sup>231</sup>

De esta forma, la intención de Madison, compartida de igual forma por Hamilton y Jay, es evitar que el poder legislativo, como poder constituido, confunda y quiera confundirse con un poder originario, donde los representantes del Pueblo terminen por hacer pasar su voluntad, como voluntad con que se genera la ley fundante. Dejando patente, que esa ley es superior a cualquier acto del legislativo, así como a cualquier otro poder constituido.

A partir de esta interpretación, nace el principal componente de la Constitución Americana, como ley suprema, ahora, encarnada sobre la base facultativa que se les da a los jueces constitucionales, de poder revisar y anular los actos del poder legislativo, lo que se conoce como

---

<sup>231</sup> El genio de la libertad republicana parece exigir, por un lado, no sólo que todo el poder debiese derivar del pueblo, sino que aquellos a los que se les ha confiado se deriven del pueblo, pero que aquellos a los que se les ha instaurado se mantengan en dependencia del pueblo, por la corta duración de sus cargos; y que incluso durante este breve período, la confianza debe depositarse no en unos pocos, sino en varias manos. La estabilidad, por el contrario, requiere que las manos en las que se deposita el poder continúen durante un tiempo igual. Un cambio frecuente de hombres resultará de un regreso frecuente de elecciones; y un cambio frecuente de medidas de un cambio frecuente de hombres; mientras que la energía en el gobierno requiere no solo una cierta duración del poder, sino la ejecución del mismo por una sola mano. HAMILTON A., MADISON J. y JAY J., *The Federalist*, 4ta ed., ed. de Benjamin Fletcher Wright, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1974, p. 268.

Continuará diciendo que:

*The first question that offers itself is, whether the general form and aspect of the government be strictly republican? It is evident that no other form would be reconcilable with the genius of the people of America; with the fundamental principles of the Revolution; or with that honorable determination which animates every votary of freedom, to rest all our political experiments on the capacity of mankind for self-government. If the plan of the convention, therefore, be found to depart from the republican character, its advocates must abandon it as no longer defensible.*

*If we resort for a criterion to the different principles on which different forms of governments are established, we may define a republic to be, or at least may bestow that name on, a government which derives all its powers directly or indirectly from a great body of the people, and is administered by persons holding their offices during pleasure, for a limited period, or during good behavior. Ibidem, pp. 280-281 y ss.*

*judicial review*, a partir de la idea de control de constitucionalidad.<sup>232</sup> Una visión que lejos de ponderar al poder judicial sobre el legislativo, lo que se aprecia es un poder constituido como instrumento de defensa de la Constitución, lo que sí mismo, afirma la supremacía de la Constitución, es decir, una supremacía del poder originario del pueblo, sobre *el poder derivado del legislador*.<sup>233</sup>

Esta idea, desde el otro lado del Atlántico sobre reflexiones de la Revolución francesa, sería retomada por el pensamiento inglés de Thomas Paine, al escribir que “una Constitución es una cosa que antecede a un gobierno y un gobierno es sólo la creación de una Constitución. La Constitución de un país no es un acto de su gobierno, sino del pueblo que constituye su gobierno... Una Constitución no es producto de un gobierno, sino del pueblo que constituye un gobierno; y un el gobierno sin Constitución, es poder sin derecho.”<sup>234</sup>

Sobre este argumento, Paine y Jefferson<sup>235</sup> dejaría en evidencia la necesidad de la apertura constitucional a su cambio y adaptabilidad generacional, que sitúa a la Constitución como *Lex superior*, bajo el entendimiento que el texto fundante es supremo, en virtud de que es voluntad soberana del pueblo, pero a la vez, ésta no puede impedir que ese mismo pueblo, en generaciones posteriores, revise continuamente la idoneidad a sus propias necesidades.

En otras palabras, generaron el axioma referente a que “el Poder Constituyente de un día no puede condicionar al Poder Constituyente del futuro”, axioma al cual responderán las palabras de Paine al sostener “que sólo los vivos tienen derechos en este mundo. Aquello que en determinada

---

<sup>232</sup> “*This Constitution and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof, and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land, and the judges in every State shall be bound thereby, any thing in the constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding.*” *Ibidem*, p. 322.

En castellano, usamos la versión: Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista*, México, FCE, México, 1957.

Para una mayor explicación sobre estas páginas de Hamilton en *The Federalist*, véase: STONER, James, *Common Law and Liberal Theory. Coke, Hobbes and the Origins of the American Constitutionalism*, Lawrence, Kan., 1992.

<sup>233</sup> Cfr. FIORAVANTI, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, op. cit. p. 109.

<sup>234</sup> *A constitution is a thing antecedent to a government, and a government is only the creature of a constitution. The constitution of a country is not the act of its government, but of the people constituting its government.*

...

*A constitution is not the act of a government, but of a people constituting a government; and government without a constitution, is power without a right.*

PAINE, Thomas, “Rights on Man I-II” (1791-1792), en *Íd. Rights of Man, Common Sense and Other Political Writings*, Oxford, 1995. Igualmente, consultable en

<http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/thomas-paine-the-rights-of-man/text.php>

<sup>235</sup> JEFFERSON, Thomas, “Summary View of the Right of British America” (1774), en *The Papers of Thomas Jefferson I*, ed. de J. Boyd, Princeton-New York, 1950-1992.

época puede considerarse acertado y parecer conveniente, puede en otra resultar inconveniente y erróneo. En tales casos, ¿quién ha de decidir?, ¿los vivos o los muertos?”,<sup>236</sup> pensamiento que se replicara en la Constitución francesa de 1793,<sup>237</sup> donde desde su artículo 28 enunciara “que una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras”.

Crítica que a decir de Jefferson y de Paine, se omitió por parte de Hamilton en *El Federalista*, pero que, a nuestro entender, sí que fue explicada en forma excepcional, dentro de sus disertaciones relativas al defensor de la Constitución, que situaba a partir de las cortes judiciales, ello al sustentar que:

*The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents.*<sup>238</sup>

Lo que en última instancia se aborda con estos comentarios, no es más que la afirmación que, una Constitución para ser norma suprema, debe gozar de rigidez para su transformación, marcando tajantemente una diferencia entre ley constitucional y ley ordinaria. Acaso sea esto, el nacimiento de la Jurisdicción Constitucional, explicación que llevada al denominado “Control de Constitucionalidad”, dejara latente el Juez Marshall en su famosa sentencia del caso *Marbury versus Madison*, de 1803, sobre el aforismo *Lex Superior derogat legi inferiori*.

<sup>236</sup> PAINE, Thomas, “Rights on Man I-II” (1791-1792). Cita en DE VEGA GARCÍA, Pedro, “Mundialización y Derecho Constitucional”, en RUBIO NÚÑEZ, Rafael (Ed.), *Obras escogidas de Pedro de Vega García*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, p. 307.

<sup>237</sup> “28° Un pueblo siempre tiene el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. No puede una generación sujetar á sus leyes á las generaciones futuras.” Texto consultable en: [https://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdigi/const\\_mex/const\\_fra.pdf](https://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdigi/const_mex/const_fra.pdf)

<sup>238</sup> HAMILTON A., MADISON J. y JAY J, *The Federalist*, op. cit., p. 492.

La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son. En la versión de FCE, p. 332.

Esta diferencia entre grados normativos,<sup>239</sup> en donde se da la existencia de un ordenamiento normativo supremo que origina, condiciona y limita al ordenamiento normativo ordinario, marca a la par, la distinción entre rigidez y flexibilidad. En efecto, será la explicación del caso *Marbury versus Madison*—para el constitucionalismo moderno—, desde donde se fijará el hito más importante para hablar de supremacía constitucional como tema central de una Teoría General de la Constitución. No se trata en ella, de una defensa de derechos fundamentales, sino de la defensa misma de la Constitución.

Así, la *verfassungsänderung* a través de la rigidez constitucional, se vuelve un elemento constitutivo del concepto mismo de Constitución formal, como un presupuesto integrante de la garantía constitucional, superando la comprensión de este texto, como un mero instrumento de gobierno. Es pues, la rigidez, lo que vuelve a la voluntad popular una Constitución formal.

Al establecerse un procedimiento más agravado para reformar la Constitución, de aquél que se deba seguir para modificar las leyes ordinarias, se opera formalmente la separación entre Ley Constitucional<sup>240</sup> y ley ordinaria. Es, pues, a través del procedimiento de reforma como la Constitución se transforma y se consagra como *Lex Superior* y, en consecuencia, la rigidez se vuelve un elemento indispensable para hablar de interpretación normativa, que como lo hemos dicho, se convalida a partir del latinismo vinculante a la jurisdicción constitucional que ya adelantara el juez Marshall.<sup>241</sup>

---

<sup>239</sup> Así lo entiende Guastini, cuando escribe que “parece más oportuno tratar la rigidez constitucional como una cualidad graduable: una constitución puede ser más o menos rígida, más o menos flexible. Naturalmente, no disponemos de una precisa unidad de medida para medir el grado de rigidez de una constitución. Sin embargo, se puede convenir el grado de rigidez de las diversas constituciones depende del grado de complejidad del procedimiento de reforma constitucional: en suma, del grado de dificultad de la reforma. GUASTINI, Ricardo, “Rigidez constitucional y límites a la Reforma en el ordenamiento italiano”, *op. cit.* p. 178.

<sup>240</sup> Este término es equivalente a Constitución, y no a la fuente del Derecho que con tal nombre existe en el Derecho alemán e italiano, que, aunque integrante del Derecho Constitucional formal, pero sin ser una reforma constitucional pese a ser aprobada con el mismo procedimiento, es obra de los poderes constituidos ejerciendo la función constituyente como actividad reglada y limitada.

<sup>241</sup> Como afirmara y, que, como advirtiera De Vega, ello significa que “las únicas leyes válidas contrarias a la Constitución, y posteriores a ella, solo pueden ser las que, por atenerse a los procedimientos de reforma, se presenten como revisiones constitucionales. Lo que significa, además, que la gran institución de garantía del constitucionalismo moderno (la Justicia constitucional) solo adquiere sentido sobre la premisa de la rigidez. En un sistema constitucional flexible, un Tribunal Constitucional representaría un cómico esperpento.” DE VEGA GARCÍA, Pedro, “Estatutos de Autonomía y la Reforma constitucional”, en RUBIO NÚÑEZ, Rafael, *Obras escogidas de Pedro De Vega García*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, pp. 716-717.

De ello, dos cualidades de la rigidez bien pueden observarse, por un lado el que ésta es un elemento para asegurar, desde lo político,<sup>242</sup> la finalidad de la Constitución y su perdurabilidad, vía adaptabilidad a la realidad social. Y, por otro, desde el punto de vista jurídico,<sup>243</sup> es un elemento que permite consagrar este texto, como norma suprema. Así lo entiende Vedel, al explicar que “se presenta generalmente a la rigidez constitucional como una consecuencia de la supremacía de la Constitución. Desde el punto de vista político, es exacto: es porque se requiere asegurar la supremacía de la Constitución por lo que se le da el carácter rígido. Pero jurídicamente, es tan sólo porque la Constitución es rígida por lo que se puede hablar de supremacía, puesto que, si ella no es rígida, no se distingue desde el punto de vista formal de las Leyes ordinarias.”<sup>244</sup>

Al visualizar así a la rigidez y su importancia ante el tema de la reforma constitucional, se puede comprender el factor pertenencia que Heller denunciara como problemática de la Teoría del Estado, cuando insistía en que el verdadero problema de ésta, es concebir a su objeto de estudio, al Estado, como un devenir, como un producto histórico, necesariamente cambiante y, consecuentemente, como una forma no cerrada. “Por una parte, sólo existe el Estado si hay hombres que, en determinada situación y mediante sus actos reales de voluntad, operan para que llegue a ser. Pero, por otra parte, todos esos actos presentan un enlace y ordenación especiales, mediante los que se ordena su pluralidad en la unidad característica del todo activo que es el Estado. Si esta estructura tiene una cierta permanencia, la Teoría del Estado habrá encontrado ya su objeto...”<sup>245</sup>

---

<sup>242</sup> Rigidez material, en cuanto a su sentido amplio, que invoca a pensar en su cambio y adaptabilidad a las fuerzas político-sociales de la realidad, que como lo expresara Miceli, “*sono appunto questi convencimento che assicurano la stabilita di un contituzione o di alcune parti assar meglio che non tutti gli altri provvedimenti di carattere formale, pioche essi hanno le loro radici nella coscienza della coletivita, cioe in quele forze psichiche dale quali, in ultima analsi deriva al diritto la sua efficacia a la sua forza imperativa*”.

Son estas convicciones las que aseguran la estabilidad de una Constitución o de alguna de sus partes, que son mejores que todas las demás disposiciones formales, ya que tienen sus raíces en la conciencia de la colectividad, es decir, en aquellas fuerzas psíquicas de las que, en última instancia, deriva al derecho su eficacia y su fuerza imperativa.

Cfr. MICELI, Vincenzo, *Principii fondamentali di diritto costituzionale generale*, 2da. Ed., Società Editrice, Milano, 1913, pp. 164-165.

<sup>243</sup> Rigidez jurídico-formal, o si se quiere, la Reforma constitucional, que implica su natural resistencia jurídica ante las presiones de la realidad político-social por un lado y, la disposición de ser un texto que se encuentre por encima del aparato normativo ordinario, respecto del cual ésta es su fuente de creación. Condición natural de todo texto jurídico, ya que “*una Costituzione veramente flessibile non sarebe juridici*.” *Ibidem*, p. 163.

<sup>244</sup> Cfr. VEDEL, George, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Recueil Sirey, París, 1949, p. 117.

Al respecto sostendrá el Maestro de Vega que “la técnica de la reforma es quien invierte el criterio clásico de interpretación de las normas. Las fórmulas contenidas en los aforismos: *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, se verán sustituidas por esta otra: *Lex Superior derogat legi inferiori*. DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La reforma constitucional”, *op. cit.* p. 630.

<sup>245</sup> HELLER, Hermann, *Teoría del Estado* (1983), *op. cit.*, p. 68.

En conclusión, de lo que se trata es de evidenciar, como lo defiende el profesor Ruipérez, que los Códigos Constitucionales son auténticas Constituciones, no sólo en el sentido de ser normas jurídicas, sino por ser normas jurídicas que gozan de una posición indiscutible de *lex superior* del ordenamiento jurídico estatal, lo que les dota de eficacia jurídica al tipo de validez normativa. Es decir, se trata de que la Constitución goce de una auténtica autonomía ante las demás disciplinas de las Ciencias Jurídicas, un lugar desde donde la fuerza jurídica obligatoria y vinculante de sus preceptos, sea el eje motor del ordenamiento normativo ordinario.<sup>246</sup>

Y, es justamente este punto, el de la fuerza jurídica obligatoria, es el sitio desde donde se precisa la existencia de límites al poder de revisión constitucional. Si bien, como se ha advertido, siguiendo los pasos de Paine, que una Constitución no puede entenderse como una ley eterna, ello no implica que ésta sea un texto perpetuo, volviendo con ello, a lo ya dicho sobre la sociedad del futuro. Situación que no resulta para nada novedoso.

Desde el ya citado caso *Marbury versus Madison*, el juez Marshall se preguntaba ¿Si el poder legislativo cambiase una norma constitucional, el principio constitucional debería ceder ante el acto legislativo? La respuesta obtenida fue contundente, habrá de preferirse el texto constitucional, sólo así se puede tener fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico, dando como solución la aplicabilidad de la *judicial review*, no sólo como facultad de un Tribunal de inaplicar leyes contrarias a la Constitución, sino la de declarar como inválidas reformas dentro de la propia Constitución.

O es la Constitución una ley superior, suprema, inalterable en forma ordinaria, o bien se halla al mismo nivel que la legislación ordinaria y, como una ley cualquiera, puede ser modificada cuando el cuerpo legislativo lo desee. Si la primera alternativa es válida, entonces una ley del cuerpo legislativo contraria a la Constitución no será legal; si es válida la segunda alternativa, entonces las Constituciones escritas son absurdas tentativas que el pueblo efectuaría para limitar un poder que por su propia naturaleza sería ilimitable.<sup>247</sup>

A partir de aquí, el tema relevante a tratar, no sólo es el del poder constituyente y el poder de revisión, sino el de los límites de este último, en atención a la confronta entre inmutabilidad y cambio. El marco rector de ello será, la necesidad de adaptación a la realidad, la evolución de lo

---

<sup>246</sup> RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, *En torno a la reforma constitucional y la fuerza normativa de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 44-45.

<sup>247</sup> Citado por DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La reforma constitucional”, *op. cit.* p. 619.

social y el resultado del factor tiempo, que, de no hacerse, nos enfrentaríamos ante el envejecimiento de la norma y con ello en su pérdida de fuerza normativa vinculante.

### **2.1.3 Límites al Poder de Reforma**

Desde el 1789 en su *Exposition raisonnée* ante el Comité de Constitución de la Asamblea Nacional, sostendría Sieyès que “los poderes comprendidos en el establecimiento público se hallan todos sometidos a las leyes, reglas y formas que no son dueños de alterar. Y así como no pudieron constituirse a sí mismos, tampoco pueden cambiar su Constitución.”<sup>248</sup> La razón fundamental de ello, es que el pueblo, dentro de un Estado social, que lleva por estandarte la forma representativa de la democracia, no debe delegar más poderes que lo que éste no puede ejercer por sí mismo, es decir, no puede facultar poderes constituyentes a poderes constituidos.<sup>249</sup>

Y es que, al entender que una Constitución es un producto de la totalidad de los factores que interactúan en una sociedad, puede identificarse, que ésta, aun cuando pertenece y es a un tiempo y un espacio concretos, igualmente se genera en forma prospectiva, ya que en ella se resguarda su propia vigencia mediante el mecanismo de la Reforma. No se trata de concebirla como un texto inmutable, ya que ella misma aspira a prevalecer en el presente y en el futuro.

Este deseo de continuidad, sólo puede darse previendo y articulando continuamente la realidad social, política y económica, al texto jurídico. Es una norma autoajutable, actualizando así el tiempo y espacio en que va operando. De esta forma, dirá Tajadura, el factor tiempo se vuelve la condición para lograr validez y vigencia de la norma fundante, operable para la continuidad de su legitimación, en el aparato de la Reforma. Así el poder constituido de la revisión, se vuelve la piedra de toque del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.<sup>250</sup>

Una Constitución será tanto más legítima cuando la fuerza y autoridad del poder constituyente en que descansa su decisión, es reconocida. Y, será válida, porque la unidad política de esa Constitución existe en el modo y forma de la existencia estatal. Ésta no necesita justificarse

---

<sup>248</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La reforma constitucional”, *op. cit.*, p. 626.

<sup>249</sup> Así en: SIEYÈS, Emmanuel-Joseph, “Opinión de Sieyès sobre varios artículos de los títulos IV y V del proyecto de constitución”, en David Pantoja Morán (Comp.), *Escritos políticos de Sieyès*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pp. 242-243.

<sup>250</sup> Cfr. TAJADURA TEJADA, Javier, *La reforma constitucional: procedimientos y límites*, *op. cit.* p. 15 y ss.

en una norma ético-jurídica, ya que su sentido se corresponde con su generación política y su representación jurídica. De tal forma, para que esa legitimación y fuerza, al tipo de autoridad, sea permanentemente vinculante para la sociedad, se requiere que la norma suprema, se adapte, bajo el estándar marcado por ella misma, a la realidad viviente.

En términos de Hesse, la Reforma es un continuo para la vigencia y formación de la unidad política, en virtud de la Constitución es un orden fundamental de la comunidad que contiene los procedimientos para resolver los conflictos en el interior de ésta. Los conflictos preservan la rigidez, del estancamiento en formas superadas, por lo tanto, son la fuerza motriz sin la cual el cambio histórico no se produciría. “La ausencia y la represión de los mismos, puede conducir al inmovilismo que supone la estabilización de los existente, así como la incapacidad para adaptarse a las circunstancias cambiantes y a producir nuevas formas: llega entonces un día en que la ruptura con lo existente se hace entonces inevitable, y la conmoción tanto más profunda.”<sup>251</sup>

Ante este posicionamiento y la obligada necesidad de activar procesos de transformación de la Norma Fundamental, a fin de que ésta pueda postergar su vigencia normativa con toda fuerza vinculante, el problema se centra en determinar las bases sobre las que el cambio y adaptación a la realidad deba darse, siempre buscando un continuo de la realidad político-social, ahora como realidad constitucional.

Como hemos visto, siguiendo el pensamiento de Jorge Carpizo y de Pedro De Vega, desde uno y otro lado del Atlántico, se entiende que la reforma constitucional, como poder constituido de primer orden, es la herramienta constitucional que ha sido creada para llevar a cabo la permanencia de la normativa fundamental, siempre respetando los fundamentos esenciales de la Constitución —principios político democráticos— así como su disciplina normativa,<sup>252</sup> es decir, el procedimiento precisado para ello. En otras palabras, sobre las limitantes que el propio Constituyente ha fijado para practicar su adaptabilidad.

El primer punto a determinar es que, a diferencia del constituyente que es un poder legítimo, la reforma, al ser un poder constituido, se circunscribe, en un primer momento a ser un instrumento

---

<sup>251</sup> Cfr. HESSE, Konrad, “Concepto y cualidad de la Constitución”, *op. cit.*, p. 38.

<sup>252</sup> DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado*, Espasa Calpe, Madrid, 1983, p. 136.

que obedece a la legalidad, es decir, como sostiene de Cabo Martín,<sup>253</sup> a ser un poder juridizado, en donde lo legítimo, será no el poder de reforma, sino el resultado de ésta, al incorporarse materialmente a la Constitución como parte integrante a ella, desde donde adquirirá por extensión, la protección y reconocimiento constitucional como norma suprema; luego entonces, éste será el momento políticamente adecuado para reconocerle, al producto de la reforma, como parte de la legitimidad devenida de la voluntad del cuerpo político.

De esta forma, la diferencia entre ambos poderes queda claramente establecida. No se trata de un poder creador, sino, simplemente, a nivel jurídico, de un poder dotado de facultades para modificar el texto constitucional, allá donde sea políticamente necesario y jurídicamente posible. De esto, que la primera limitante que este poder tiene para el ejercicio de sus atribuciones, es el respeto del orden político-normativo imperante en la Constitución.<sup>254</sup> En términos muy concretos, como lo advirtiera Marbury en su obra *The Limitations upon the amending power*, el poder de reforma, que tiene la competencia para modificar la Constitución, para lo que no la posee es para destruirla —*the power to amend the Constitution was not intended to include the power to destroy it*—.<sup>255</sup>

Y en efecto, el poder revisor de la Constitución, para su posibilidad material de actuación debe considerar la existencia de límites, sólo de esta forma —dirá De Vega—la estructura de la organización constitucional democrática mantiene su coherencia. Así las posibilidades materiales de actuación de la reforma, terminan donde la modificación constitucional implique la destrucción de su legitimidad como poder de revisión.<sup>256</sup>

La razón fundamental de ello, como con atino manifestaba Loewenstein,<sup>257</sup> al ser la Constitución un producto de la voluntad humana, ésta resulta a todas luces perfectible, como es el caso de toda obra humana, ya que no solamente es en sí incompleta. El tema en sede de texto fundante, seguirá diciendo, resulta de mayor complejidad, puesto que en fin último lo que encierra

---

<sup>253</sup> CABO MARTÍN, Carlos de, *La Reforma Constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, op. cit., p. 32.

<sup>254</sup> CABANAS VEIGA, Manuel, “La reforma constitucional del 2011 y la Teoría del Poder Constituyente”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 18, 2014, España.

<sup>255</sup> MARBURY, William L., “The Limitations upon the amending power”, en *Harvard Law Review*, 1919, Vol. 33, No. 2, p. 225. Texto consultable en: <https://www.jstor.org/stable/pdf/1327162.pdf>

<sup>256</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Reforma constitucional”, op. cit., p. 660.

<sup>257</sup> LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, op. cit, pp. 149-150 y ss.

una Constitución, es un compromiso entre fuerzas sociales y grupos pluralistas que participan en su conformación.

En tal sentido, una vez modificada, como resulta normal en la constante pugna de fuerzas, para la situación de equilibrio en ese momento será necesaria la modificación del texto constitucional. No obstante advertirá, como lo hemos precisado, que una Constitución es tanto mejor cuanto con más facilidad pueden efectuarse los cambios en la estructura social, sin modificar la mecánica del proceso político. “Las reformas constitucionales son absolutamente imprescindibles como adaptaciones de la dinámica constitucional a las condiciones sociales en constante cambio; pero cada una de ellas es una intervención, una operación, en un organismo viviente, y debe ser solamente efectuada con gran cuidado y extrema reserva.”<sup>258</sup>

A nuestro entender, éste es uno de los grandes conflictos con los que se enfrenta la revisión constitucional, ya que, por un lado se requiere el cambio para adecuar la realidad jurídica, con la realidad política de la sociedad, se precisa de un avance y una evolución en las forma de percepción del Derecho; pero por otra parte, tales modificaciones deben darse con la mayor de las precauciones posibles, ya que puede llegar a ponerse en peligro el texto constitucional, ya que no todas las partes que integran la constitución, en cuanto normas jurídicas, pueden verse como iguales.

Por paradójico que parezca, dentro de los textos fundamentales, existirán preceptos con mayor peso que otros, por decirlo de alguna forma, existe una ponderación de superlegalidad de principios —los más de ellos político-históricos— que se encuentran por encima de otras disposiciones normativas, mejor conocidos desde Schmitt, como decisiones fundamentales de orden jurídico,<sup>259</sup> que como ya hemos aventajado, implican la forma concreta adoptada por la unidad política.<sup>260</sup>

Al respecto, el pensador de la época de Weimar insistirá en que la distinción entre una Constitución y una ley constitucional, entre ellas, las decisiones adoptadas en su modificación

---

<sup>258</sup> LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, op. cit, p. 199.

<sup>259</sup> Carpizo les traduce como Principios jurídico-políticos fundamentales. Véase, por ejemplo: CARPIZO, Jorge, “Los principios jurídico-políticos fundamentales en la Constitución Mexicana”, en IBARRA PALAFOX, Francisco Alberto y SALAZAR UGARTE, Pedro (Coords.), *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, T.1: Estudios históricos*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Instituto Belisario Domínguez-Senado de la República, México, 2017, p. 61.; CARPIZO, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, 9ª ed., Porrúa, México, 1995.

<sup>260</sup> Cfr. SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, op. cit. p. 60-62.

(reforma), solo es posible, en razón de que la esencia de la Constitución no radica en una ley o una norma. “En el fondo de toda norma —constitucional— reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del pueblo en la democracia y del monarca en la monarquía auténtica.”<sup>261</sup>

Las decisiones políticas fundamentales, son disposiciones adoptadas por el Pueblo en virtud de su existencia como unidad política. Actúan como motor y fundamento de la estructura del Estado dada por la Constitución. Son más que leyes y normas, son el alma y sustancia de la voluntad política en cuando voz soberana, forman el núcleo estable e irreformable de la vida del Estado a través del aparato constitucional.

En cuanto núcleo de la Constitución, cabe decir, como lo explica Schmitt, son el marco, el límite y la directriz de toda norma-legal. Son decisiones que direccionan el ejercicio de los poderes constituidos, dentro de éstos, el de la reforma constitucional, forjando el primer y último impulso de estos y su concreto límite. “Que la Constitución pueda ser reformada no quiere decir que las decisiones políticas fundamentales que integran la sustancia de la Constitución, puedan ser sustraídas y suprimidas por otras cualesquiera por el Parlamento.”<sup>262</sup>

En última instancia, no queda más que afirmar que, el tema central es la voluntad política como fuerza vinculante del texto constitucional, a través de la cual se logra y preserva la legitimidad de una Constitución. Es esto, el fundamento de la decisión política. Sólo se puede hablar de legitimidad de una Constitución, cuando en ella se acepta la idea de su generación a partir de razones histórico-democráticas, en la que se prevalecen los diversos elementos sociales, políticos, jurídicos y económicos, que dan identidad al texto fundamental.

Lo que es histórico es la decisión política, el derecho no lo es. El Derecho, como lo explicara de Cabo, carece de historia, pero es un producto histórico. En principio, carece de ella ya que no tiene un proceso autónomo de creación y desarrollo, pero a la vez, es un producto histórico, en razón de que surge y se desarrolla sólo en tiempos determinados, en tiempos de crisis.<sup>263</sup> Algo similar, de esto último, podrá decirse de la Reforma por cuanto hace al factor tiempo, ya que ésta

---

<sup>261</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, op. cit. p. 60-62.

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>263</sup> Cfr. CABO MARTÍN, Carlos de, *La Reforma Constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, op. cit. p. 21.

actúa como un dispositivo de depuración, cuando el tiempo constitucional recobra su normalidad histórica, creando desajustes y hasta omisiones, para lo cual, como necesidad dialéctica, habrá de aparecer la revisión constitucional para actuar como antítesis necesaria para la vigencia y la validez de la norma fundante.

Vista a la reforma como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado, se podrá sostener que el Poder Constituyente que, como poder absoluto, soberano y total, puede realizar la Revolución, lo que, sin embargo, por paradójico que parezca, no puede llevar a cabo es la reforma. En contra sentido, la reforma lo único que puede hacer, es llevar a cabo la continuidad jurídico-política del Estado, pero no puede cambiar o modificar, de ninguna de sus formas, las decisiones políticas fundamentales dadas por el Constituyente, de lo contrario, lo que realmente estaría haciendo, sería cambiar de Constitución, como ejercicio revolucionario.

Así, la reforma aparece como garantía de constitucionalidad de la propia Constitución. Si de alguna forma pudiera decirse, actúa como una barrera de contención de la realidad Constitucional aletargada. Por su parte, vista la revisión constitucional como institución garante, su función se constriñe en fungir como defensora de la Constitución, contra de la propia Constitución. No contra de su función o proyección soberana, sino contra del factor tiempo ante el cual se ha visto expuesta irremediamente. Le protege de quedar como letra muerta. Es un proceso de vivificación de la voluntad constitucional.<sup>264</sup>

En tal contexto, la reforma constitucional debe interpretarse como su primer y más significativa defensa, no así como un instrumento de deterioro y quebranto. Al ser una antítesis entre el pasado y el futuro constitucional, que funge como puerta de entrada y salida de la normalidad, como válvula de escape y equilibrio, su principal función en el aspecto más radical, implica el ser la barrera de contención social, jurídica, política y económica del Estado, la democracia y la sociedad, ante la pretensión revolucionaria de apertura a un nuevo proceso constituyente.<sup>265</sup>

---

<sup>264</sup> TAJADURA TEJADA, Javier, *La reforma constitucional: procedimiento y límites*, op. cit., p.15.

<sup>265</sup> Si bien la Constitución históricamente es parte de crisis profundas, el peligro de su creación y de la entrada en marcha de la función constituyente, puede significar el más atroz de los actos de una sociedad o el mejor acierto, éste último, siempre que lo que sea perseguible, sea el régimen democrático. No puede olvidarse que es el momento político de la sociedad, el lugar del pleno decisionismo, ilimitado y son control. Es el escenario perfecto de para los vicios y las pasiones; o el campo fértil para el ejercicio de las virtudes.

Se entiende pues, que la limitación de y en la reforma, será siempre la decisión de la unidad política, comprendida ésta como unión entre historia y normalidad. Y es que, como enseñara Hesse, sólo en tanto se cumple con la tarea de formar y preservar la unidad política, el Estado se erige como una realidad existente, en una especie de sinergia entre actividad y actuación. Estado entendido como unidad que debe ser constantemente creada, representada y consolidada, y como actividad y actuación de los poderes sobre esta base constituidos.<sup>266</sup>

A partir de este punto, se entiende que los límites dados por la unidad política a través de su decisión política, se configuran, a diferencia del resto de la normatividad constitucional, como un orden normativo de contenido político-social, en consecuencia legítimo. Son tanto criterios de rectitud, como experiencias históricas que han probado lo que no es recto, en otras palabras, son los fundamentos del orden de la Comunidad política. Principios rectores que forman la unidad política, que responden a la historicidad de la sociedad que les crea y los pone en marcha. Serán estos principios —como asiente Höllerbach—, el plan estructural básico, orientados a determinados principios de sentido apra la conformación jurídica de una Constitución.<sup>267</sup>

Al ser, como se dice, fundamentos de la comunidad política, éstos principios no pueden ni deben, quedar inmiscuidos en la lucha constante entre los grupos, tendencias o facciones parlamentarias, que se encuentran encargadas de conformar la operatividad del poder de reforma, ya que en sí mismo, son decisiones de voluntad soberana, no operables para ser modificadas o cambiadas por otra diversa. En otras palabras, como percepción de núcleo estable e irreformable, estos principios aparecen como algo ya decidido, estabilizado y distendido.

La razón fundamental para concebir una diferencia total o, si se prefiere, grados normativos dentro de la Constitución, se debe, como precisa Hesse, a la necesidad de evitar que a una Constitución se le deja de ver como algo estrictamente vinculante. Dirá, cuando el juez y con el mismo derecho el político o cualquier otro, creen poder imponerse a la Constitución escrita. Advertirá de igual forma, por cuanto hace a la interpretación constitucional, que ella puede llegar a abrir el camino por el que la Constitución pueda ser dejada de lado, con la simple justificación

---

<sup>266</sup> HESSE, Konrad, “Concepto y cualidad de la Constitución”, *op. cit.*, p. 40.

<sup>267</sup> Cita en *ibidem*, p. 44 y ss.

de invocar cualquier interés aparentemente más alto, pero cuya superioridad es claramente cuestionable.<sup>268</sup>

Esta idea de superioridad normativa no resulta para nada novedosa, ya desde la Grecia Antigua, Aristóteles dejaba ver la necesidad de hablar de los *nomoi*, como un mecanismo para aliviar la tensión existente entre democracia y libertad. El filósofo de la polis ateniense argumentará desde su obra *La Política*, que toda vez que la democracia se funda en la igualdad y, en atención a que la libertad forma parte integradora de la democracia; la libertad y la democracia terminan siendo expresiones equivalentes.

Bajo el parámetro de la democracia y la ley, claramente inclinado a preferir la idea de democracia legal, señalará que “en las democracias de acuerdo con la ley no hay demagogos, sino que son los mejores ciudadanos los que tienen la preeminencia, pero donde las leyes no tienen la supremacía surgen los demagogos.”<sup>269</sup> A partir de esta contradicción en las formas de la democracia, Aristóteles se preguntará cómo es que se puede llegar a garantizar que el pueblo que crea la ley, pueda a su vez respetarse, al ser este mismo quien las otorga y quien puede derogarlas.

Ente ello, recurrirá a la diferencia, ya establecida por Solón, entre *nomoi* y *psefismata*, postulando a los primeros como la ley y a los segundos como los decretos dados por el pueblo. En donde, desde la democracia de la ley, los *nomoi* gozan de superioridad, respecto de los decretos. Ya que, cuando se piensa que el pueblo es el soberano en todo tiempo y lugar y no la Constitución, los decretos tendrán supremacía sobre la ley. Esta tajante diferencia, la hará patente en el Libro 2 de la política, cuando, desde la crítica a su maestro Platón, declara que éste equipara, en su obra sobre las leyes, los *psefismata* con los *nomoi*, a su decir, olvidando que estos últimos afectan verdaderamente a la estructura de la Politeia.

Siguiendo a De Vega, esto puede interpretarse como que “las leyes (*nomoi*) que Aristóteles sitúa siempre por encima de la voluntad popular y que, por consiguiente, el pueblo no puede cambiar a través de los decretos (*psefismata*), eran las reglas que se fueron conformando a lo largo de la historia como elementos estructuradores de la propia lógica de la *politeia* entendida como constitución de la organización democrática ateniense.”<sup>270</sup>

---

<sup>268</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>269</sup> ARISTÓTELES, *La Política*, *op. cit.*, p. 175 y ss.

<sup>270</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Reforma Constitucional”, *op. cit.*, p. 688.

En este sentido, la conveniencia o no de la ley, dependerá siempre de la fuerza con que pretenda vérselo. Al hablar de *nomoi*, tendrá que entenderse como las reglas configuradoras de la *politeia* y, en tal sentido, deberá preverse su inmutabilidad. Ante ello, resulta clarificador traer a colación uno de los fragmentos de su obra, dentro del cual precisa el inconveniente del cambio o modificación de la ley:

... algunas leyes, y en determinadas ocasiones, deben ser susceptibles de cambios, pero desde otro punto de vista esto parecerá requerir mucha precaución. Cuando la mejora sea pequeña y en cambio pueda ser funesto que los hombres se acostumbren a cambiar fácilmente las leyes, es evidente que deberán pasarse por alto algunos fallos de los legisladores y de los gobernantes, pues el cambio no será tan útil como dañino el introducir la costumbre de desobedecer a los gobernantes. La comparación con las artes es también errónea; no es lo mismo introducir cambios en un arte que en una ley, ya que la ley no tiene otra fuerza para hacerse obedecer que el uso, y éste no se produce sino mediante el transcurso de mucho tiempo, de modo que el cambiar fácilmente de las leyes existentes a otras nuevas debilita la fuerza de la ley.<sup>271</sup>

Como puede advertirse, el peligro inminente al que se enfrenta la Constitución, es a su pérdida de vigencia cuando a ésta se le considera como igual ante todos sus preceptos, confundiendo lo que en Aristóteles son los *nomoi*, o bien, para los modernos desde Schmitt, principios político fundamentales; con los decretos o *psefismata*, como normas que aunque constitucionales por contener voluntad soberana, no son de la misma entidad que aquellos que conforman el núcleo estable e irreformable.

Como lo hemos referido, quien con mayor claridad deja en evidencia esta diferencia, será el jurista francés Hauriou, englobando a los *nomoi*, sobre su concepto de superlegalidad. Principios que son inmutables y no podrán ser objeto de la reforma constitucional, al ser un límite impuesto por el constituyente. Lo que a la postre habrá de conocerse como cláusulas de intangibilidad. Hasta este punto, hemos precisado la existencia de límites al poder de revisión, quedando como corolario, precisar sus tipos y modos de apreciación.

En principio de cuentas, tendremos que afirmar que la cuestión de los límites a la reforma, no es una cuestión de derecho positivo, sino de fuerza normativa de la Constitución. Cabría afirmar que la problemática de los límites no sólo no desaparece y no se agota porque en la normativa concreta sobre la reforma no se reconozca su existencia, sino que es cuando se niegan de forma

---

<sup>271</sup> ARISTÓTELES, *La Política*, op. cit., pp. 50-51.

expresa los límites a la reforma, cuando dicha problemática comienza a adquirir su verdadera dimensión teórica y su auténtica significación política.

Para ello, en principio, resulta conveniente retrotraernos a Carpizo, cuando habla sobre los principios jurídico-políticos fundamentales en la Constitución Mexicana, aquella, vigente desde 1917, cuando afirma que estos principios no son un asunto simplemente teórico o académico, sino que habrá que buscarles e identificarles en cada Constitución en específico, máxime en situaciones en las que los textos supremos, no les expresan como cláusulas pétreas o de intangibilidad; ante lo cual, lo más sensato es acudir, para su apreciación, a la evolución política de la nación y su Estado,<sup>272</sup> ya que son éstos, “la idea rectora y la base del orden jurídico, son los que lo marcan y circunscriben, son su propio cimiento y esencia, son las columnas jurídico-políticas que lo singularizan y sustentan todas las otras normas constitucionales y legales.”<sup>273</sup>

Como lo ha dejado claro De Vega, en la concepción de Poder Constituyente y Constitución, median dos principios fundamentales, el de soberanía popular y el de Ley Superior. Todo ordenamiento que prohíbe los límites a la reforma, niega, por tanto, el principio de *Lex Superior*, pues niega a la vez la rigidez, evadiendo y cambiando el texto a capricho. En sentido inversamente proporcional, se debe apuntar que en atención a la rigidez, ésta no debe ser tan extrema que impida, por la propia complejidad del procedimiento, que la reforma se efectúe cuando las necesidades políticas así lo requieran. La reforma constitucional es siempre políticamente conveniente cuando resulta jurídicamente necesaria.<sup>274</sup> Como sostuvo De Vega en cita a Frochot, sea acaso la reforma una de las más hermosas manifestaciones de su fuerza y de su independencia.<sup>275</sup>

Informado esto, debemos pasar al estudio de las diversas apreciaciones de límites a la revisión constitucional. Aunque debe adelantarse que, existe pluralidad de tipologías, desde aquellas que refieren límites autónomos y heterónomos, formales y sustantivos, expresos y no expresos, absolutos y relativos, implícitos y explícitos, etc. Para el trato que hemos de dar a este

---

<sup>272</sup> En concreto, señalará el profesor Carpizo que “Los principios jurídico-políticos fundamentales son parte del constitucionalismo, porque la idea de principio fundamental está estrechamente ligada con la idea de poder constituyente, democracia y la noción moderna de Constitución.” CARPIZO, Jorge, “Los principios jurídico-políticos fundamentales en la Constitución Mexicana”, en IBARRA PALAFOX, Francisco Alberto y SALAZAR UGARTE, Pedro (Coords.), *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, T.1: Estudios históricos*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Instituto Belisario Domínguez-Senado de la República, México, 2017, p. 61.

<sup>273</sup> *Idem*.

<sup>274</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Constitución y la Democracia”, *op. cit.*, pp. 222 y ss.

<sup>275</sup> DE VEGA, GARCÍA, Pedro, “La Reforma Constitucional”, *op. cit.*, p. 627.

texto, nos abocaremos a analizar apenas algunas tipologías referidas. Así, desde lo teórico, se comprenden los siguientes tipos genéricos de límites a la revisión constitucional:

- 1) Límites expresos o textuales, también conocidos como cláusulas de intangibilidad o cláusulas pétreas. En este caso, hablamos de límites expresamente establecidos en el texto constitucional por vía del Poder Constituyente. Preceptos que están impedidos de ser modificados, cambiados o interpretados, en virtud de, como ya se dijo, ser parte integrante de la esencia constitucional de una sociedad; y,
- 2) Límites no expresos o no textuales, igualmente conocidos como límites implícitos, cuya existencia sólo puede ser deducida indirectamente, como explicaba Carpizo, a través de la evolución político-social que da nacimiento a la Constitución. No obstante, en esta apreciación, se distinguen dos subtipos de límites no textuales, que son:
  - a. Límites implícitos, deducibles del texto constitucional mediante técnicas interpretativas.
  - b. Límites lógicos, mismos que a diferencia de los implícitos cuya configuración es de corte interpretativa, estos son inferidos y deducidos a partir del concepto de Constitución y su repercusión inmediata para la sociedad que la da, por tanto, serán principios propios de la Constitución en el marco de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Dicho en otras palabras, son límites que devienen de los presupuestos fundamentales en que descansa la propia Constitución.

Respecto de este tipo de límites, los lógicos, conveniente es precisar que éstos, al ser parte integrante de la estructura de las Constituciones, no son límites peculiares, sino que son una especie genérica de obstáculo a la revisión, propia de cualquier Constitución.<sup>276</sup> Dentro de estos podemos encontrar, como ejemplo, la norma sobre la reforma, desde donde se habla de irreformabilidad del proceso y modos de la reforma constitucional, es decir, que el procedimiento de la reforma, no puede operar contra la propia reforma, en tal sentido, ésta, goza de irreformabilidad como límite lógico del lenguaje constitucional. En otras palabras, la norma sobre la reforma aparece, desde el

---

<sup>276</sup> Cfr. GUASTINI, Riccardo, “Rigidez constitucional y límites a la Reforma en el ordenamiento italiano”, *op. cit.*, p. 189-190.

punto de vista lógico, como una norma constitucional. Si no de una jerarquía lógica, se trata de una jerarquía material, misma operación apreciable a nivel de bloque de constitucionalidad.<sup>277</sup>

Otro ejemplo de estos límites, se incrustan en los derechos humanos, en donde lo único permitido, es su interpretación extensiva, más no restrictiva, por lo cual, el procedimiento de reforma no opera para cambiar o modificar y, en virtud de que vía jurisdiccional se realiza el mayor trabajo interpretativo, éstos sólo podrán ser entendidos como cambio, allá donde se pondere su crecimiento exponencial, más no en disminución de su protección, nunca en su violación.

Resulta indispensable hablar en este momento, de lo propugnado desde México, por el entonces Diputado Constituyente de 1856, José María del Castillo Velasco, quien desde la corriente *limitacionista* de la reforma, expresará que éste, el procedimiento de revisión, debe entenderse como una facultad de cambio, adición o modificación del texto constitucional, siempre limitado por su condición de poder constituido.

El principal límite que Castillo Velasco profiere a la reforma, lo hace descansar sobre la idea de derechos naturales del hombre y de la sociedad, mismos que son reconocidos por el pueblo en su Constitución, los que habrán de determinar —por hacer uso de la doctrina schmittiana— el modo y forma del Estado, es decir, la base de las instituciones políticas de éste. En atención a ello, estos derechos deben entenderse como intocables, no sólo para el Estado, sino, incluso, para el pueblo mismo. Su propuesta era la siguiente:

Pero las adicciones y reformas no podrán nunca ser para limitar o destruir los derechos del hombre ni los derechos de la sociedad, ni la soberanía del pueblo y las consecuencias de ella. Y nunca podrán ser de esta manera, porque esos derechos y la soberanía del pueblo son naturales, proceden de la naturaleza del hombre, son condiciones indispensables de su vida y de su desarrollo; porque la libertad y el derecho no son concesiones de la ley ni del gobernante, sino verdades eternas e inmutables que el gobernante y la ley deben respetar siempre, proclamar siempre y siempre también defender y asegurar.<sup>278</sup>

Al respecto de esta cita, Mario de la Cueva realiza un análisis interesante, por cuanto hace a la proyección de esta idea de Velasco sobre los límites a la reforma. Y es que, para De la Cueva, este posicionamiento implica un adelantamiento generacional del pensamiento constitucional del siglo XX, ya que, a su decir, ésta bien podría ser la antesala del pensamiento de maestros como:

---

<sup>277</sup> Cfr. *Ibid.*

<sup>278</sup> DEL CASTILLO VELASCO, José María, *Apuntamientos de derecho constitucional mexicano*, imprenta del Gobierno, 2ª ed., México, 1871, pp. 263 y ss. Texto disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9336>

Hauriou en su superlegalidad constitucional y Schmitt con sus decisiones políticas fundamentales, pues los postulados de los profesores de Toulouse y Berlín, respectivamente, se compaginan desde la idea de Velasco en cuanto a derechos del hombre y de la sociedad, que pueden ser comprendidos como derechos preconstitucionales,<sup>279</sup> que actúan como limitaciones a la acción del poder reformador.<sup>280</sup>

Como último paréntesis de hasta lo aquí dicho, podemos observar una traducción similar, analizable desde el pensamiento de Emilio Rabasa, al afirmar que a través del procedimiento reformador contenido en artículo 117 de la constitución mexicana de 1857 (ahora 135 en la Constitución de 1917), sí que podía efectuar adiciones y reformas al texto constitucional, pero lo que no era operable desde el sentido común, era la *destrucción constitucional de la Constitución*.<sup>281</sup> Pensamiento que se replicaría, incluso en contra sentido a su propia teoría, en la voz de Tena Ramírez<sup>282</sup> cuando afirmó que el poder reformador no puede tocar “aquellos principios que la conciencia histórica del país y de la época considera esenciales para que exista una Constitución.”<sup>283</sup>

---

<sup>279</sup> Sobre el concepto de “normas preconstitucionales”, vale la pena traer al discurso, lo referido por Requejo Pagés, quien dedica un extenso trato a ellas, sobre el denominado “mito del poder constituyente”. En su obra, Requejo señala que:

Una norma preconstitucional aplicable por decisión constituyente no puede ser causa de la validez de las normas postconstitucionales. Pero su integración en el Ordenamiento que no es más que una pluralidad de sistemas que se articulan internamente como un conjunto de formas ordenadas alrededor de los criterios de la jerarquía y, en su caso, de la competencia ha de llevarse a cabo mediante su localización en un sistema y su posterior ubicación en alguno de los estadios en los que se estructura ese sistema; esto es, ha de integrarse con una forma (que nominalmente será la que ostentaba en el sistema de procedencia) y, sobre todo, con un determinado rango. Sólo en esos términos se hace posible la integración.

...

Los límites —preconstitucionales, dirá— que en su momento condicionaron al poder constituyente originario limitan, al constituyente constituido. Esos límites, según se ha visto, se cifran en la imposibilidad de afectar en su validez a todas las normas ya integradas en el Ordenamiento, pues la existencia de las mismas no ha de derivar de la Constitución revisada, sino de cada uno de los poderes constitutivos cuya articulación resulta el conjunto del Ordenamiento, y aquella sólo será causa de la validez de las que en el futuro se elaboren en el sistema normativo constitucional.

Quiere esto decir que el poder de reforma, aun constituido por el que aquí llamo constituyente originario, está, en realidad, condicionado por otros poderes constituyentes, de manera que las decisiones adoptadas por éstos en el pasado respecto de la integración de normas externas perviven, en sus efectos, más allá de las sucesivas Constituciones nacionales. REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, *Las Normas preconstitucionales. Y el mito del Poder Constituyente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 73-110-11.

<sup>280</sup> Cfr. DE LA CUEVA, Mario, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 163.

<sup>281</sup> Cfr. RABASA, Emilio, *La Constitución y la Dictadura. Estudio sobre la organización política de México*, Tipografía de *Revista de Revistas*, México, 1912, pp. 316 y ss., concretamente p. 320. Texto consultable en: <https://sas-space.sas.ac.uk/6971/1656/A00794.pdf>

<sup>282</sup> Como hemos visto, se inclinó sobre la idea de un Poder Constituyente Permanente, depositado en la revisión constitucional.

<sup>283</sup> Cfr. TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, op. cit., p. 65.

Interpretaciones estas, las de Velasco y Rabasa, que incluso pudiera afirmarse, van más allá en el tiempo, incluso de la ya citada sentencia del juez Marshall, en donde se avizora la “idea primigenia” de control de constitucionalidad, puesto que, al menos desde Velasco, se gestaba ya una premisa de supremacía constitucional a partir de los principios fundamentales de la Constitución, ya que toda vez que se insertan como límites a la potestad de reforma, cuantimás a la función de los poderes constituidos secundarios, dentro de ellos a la judicatura.

Por lo demás, en forma especial, cabe traer a colación, como último ejemplo de estos límites lógicos, lo analizado por Guastini, cuando ejemplifica que otro límite de este tipo son los principios supremos del ordenamiento que, en su conjunto, constituyen la llamada Constitucional material,<sup>284</sup> aquellos que Carpizo refiriera como principios jurídico-político fundamentales. Baste con añadir aquí, que será sobre esta tipología desde donde pretendemos correlacionar el tema de la mutación constitucional y su problemática a partir del cambio sobre el sentido de preceptos constitucionales sin la alteración del texto supremo.

Es a partir de esta primera tipología, desde donde se pueden desprender algunas otras, como el caso de límites absolutos y relativos:

- 3) Límites absolutos, que se relacionan con los límites expesos, al ser una decisión de la voluntad constituyente, obtenidos por deducción implícita del sistema constitucional. La peculiaridad de éstos, como su nombre lo indica, implica la nulidad de su superación por parte de la reforma.
- 4) Límites relativos, que a diferencia de los que anteceden, estos sí encuentran puntos de inflexión sobre los cuales puede operar gradualmente la norma de reforma, a través de procedimientos especiales de aplicabilidad de la revisión.

La inconveniencia de esta última forma de percepción de límites, trae a colación, como ya lo hemos aventajado, la idea de la revisión constitucional como un poder constituyente constituido o permanente, puesto que, al considerársele como ente aparejado al constituyente “originario”, cualquier límite que se le imponga, será siempre uno relativo, puesto que en esencia se entiende como un poder ilimitado. A nuestro entender, esta tipología no es con la que compaginamos mayormente, puesto que en la distinción entre constituyente y constituido, no cabe hablar de límites

---

<sup>284</sup> GUASTINI, Riccardo, “Rigidez constitucional y límites a la Reforma en el ordenamiento italiano”, *op. cit.*, p. 189-190.

temporales, ni relativos, ya que el cambio constitucional llamado a hacer por la revisión, no es un cambio de Constitución, sino en la Constitución y sólo en partes no vedadas.

- 5) Límites autónomos, que como para el caso de los explícitos, vienen dados en el propio ordenamiento constitucional. Y,
- 6) Límites heterónomos, que llevan por peculiaridad provenir de aparatos externos a la Constitución, en mayor medida, a partir del derecho natural, como es el caso de los derechos humanos, mismos que pueden ser adheridos al texto constitucional, en cuanto a alcance de *lex superior*, por vía del convencionalismo internacional. Respecto de éstos, dirá Mortati, cualquier límite heterónimo puede ser reconducible al ordenamiento jurídico estatal desde donde, sin mayor dificultad, se puede prescindir de él.<sup>285</sup>

Pues bien, pero lo que a nuestros fines interesa, como hemos aventajado, es hablar sobre los límites implícitos de una Constitución, claramente circunscrita a un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Cosa que trataremos de abordar a continuación.

### 2.1.3.1 Límites implícitos

Al entender la Constitución real como consenso constitucional, creador de sus propios procesos de renovación de legitimidad estatal, por vía de la voluntad constitucional, se entiende que la fuerza normativa de ella no se basa exclusivamente en su adaptación inteligente a las circunstancias sociales y políticas, sino que jurídicamente es capaz de convertirse en fuerza actuante cuando se sitúa en la disposición individual del presente, lo que le consagra como fuerza normativa vinculante.

Como sostuvo Hesse, esa fuerza nace cuando las tareas dispuestas en una Constitución, se ejecutan materialmente. “Se vuelve fuerza actuante cuando dicha tarea es asumida, cuando se está dispuesto a hacer determinar la conducta propia por el orden regulado por la Constitución, cuando se está decidido a imponer ese orden frente a cualquier cuestionamiento o ataque en base a circunstanciales consideraciones de utilidad, cuando, por tanto, en la conciencia general y concretamente en la conciencia de los responsables de la vida constitucional se haya viva no

---

<sup>285</sup> MORTATI, Costantino, “Costituzione dello Stato”, en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, vol. XI. 1962, p. 205 y ss.

solamente la voluntad de poder, sino sobre todo, la voluntad de Constitución”.<sup>286</sup> Así, como en todo momento lo pronunciara Ruipérez Alamillo, se trata de querer cumplir y hacer querer cumplir la voluntad constitucional, lo mismo por parte de la sociedad, como de las instituciones estatales.<sup>287</sup>

Podemos interpretar, como no sería erróneo, que esa fuerza actuante, esa fuerza vinculante, viene dada por el conjunto de principios y valores que, sino todos, sí la mayoría de la cuerpo político, establecen como criterios vertebradores, fundadores y organizadores de la comunidad política tanto en el momento de su fundación, o refundación, como en la vida futura del mismo, siendo así, un vínculo indisoluble entre la materialidad de la Constitución y la voluntad del soberano en el momento del Poder Constituyente. ¿Su finalidad? La identidad entre el conjunto de estos principios y valores, con la sociedad en que actúan,<sup>288</sup> identidad que mejor explicara el profesor Ruipérez al afirmar que:

Principios y valores estos que si en el momento fundacional, y en tanto en cuanto hacen que los ciudadanos se identifiquen con el propio texto constitucional, son los que determinan el que el Código Jurídico-Político Fundamental pueda presentarse, en cuanto que expresión normativa de la voluntad soberana del pueblo actuando como constituyente en cuanto que poder absoluto, soberano e ilimitado en el contenido, material y formal, de su voluntad, como una norma jurídica obligatoria y vinculante para gobernantes y gobernados, son también los que, en último extremo, determinarán la vigencia real de la propia Constitución, en el sentido de que, como nos enseñan, por ejemplo, Heller y De Vega, esta podrá tan solo desplegar todas sus potencialidades jurídicas y políticas cuando se produzca la identidad entre el conjunto de principios y valores que posibilitaron su aprobación con aquellos principios y valores que efectivamente siguen operando en la sociedad de que se trate. Esto es, y por decirlo con la expresión empleada por el último, únicamente podrá entenderse que la Ley constitucional se encuentra vigente y que, por ello mismo, resulta obligatoria y vinculante mientras se mantenga el mismo *Pouvoir Constituant*, o, si se prefiere, la misma Constitución material, que aprobó el texto constitucional de que se trate.<sup>289</sup>

De esto y claramente siguiendo a Hesse,<sup>290</sup> no queda más que advertir que son tres las raíces sobre las que se gesta la “voluntad constitucional”: 1) La conciencia de las necesidades sociales y el valor específico de un orden objetivo y normativo inviolable para el Estado y su sociedad. Dichas necesidades provienen del proceso histórico de evolución de la comunidad política. Historia de sus

---

<sup>286</sup> HESSE, Konrad, “La fuerza normativa de la Constitución”, *op. cit.*, p. 84.

<sup>287</sup> Cfr. RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, *En torno a la Reforma constitucional y la fuerza normativa de la constitución*, *op. cit.*, p. 95.

<sup>288</sup> Cfr. RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, “Entrevistas. Javier Ruipérez Alamillo”, en PALOMINO MANCHEGO, José F. (coord.), *El preámbulo constitucional dialogado*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2018, p. 152.

<sup>289</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>290</sup> “La fuerza que yace en la naturaleza de las cosas, que le lleva a actuar y orientar su actividad y ser además ella misma fuerza actuante, en eso consiste la naturaleza y la eficacia de la fuerza normativa de la Constitución.” HESSE, Konrad, “La fuerza normativa de la Constitución”, *op. cit.*, p. 85.

transformaciones tanto jurídicas como históricas, mismas que se han corroborado en la realidad, haciendo efectiva la libertad ante el poder ejercido despóticamente por el gobernante en turno. 2) Se trata de la convicción de que la Constitución y el orden jurídico-político establecido por ella, son más un hecho fáctico en un tiempo y espacio. Es comprender que la Constitución es una decisión legitimada y legitimante, con necesidad de adaptación *in tempore*, con visión de permanencia. Y, 3) A nuestro juicio, la más importante como límite, siempre, naturalmente, en condiciones de normalidad, a la actuación estatal al amalgamar con las dos anteriores, la conciencia de que este orden es producto de la voluntad humana, de donde adquiere su vigencia y superioridad.

Al considerar, como lo enseñó Heller,<sup>291</sup> que la Constitución es un acto de voluntad humana, en virtud de que la voluntad humana unificada, sea por la vía del contrato o por la acción del poder, puede transformar las normas jurídicas fundamentales en derecho positivo, se percibe que la condición esencial de la fuerza normativa de una Constitución, se cimienta sobre la bases de incorporación en su texto, de las circunstancias sociales, políticas, económicas y, dirá Hesse, espirituales de la época en que se gesta, lo que implica dotarle de pertenencia ante la consciencia general de la comunidad.<sup>292</sup>

Observamos, entonces, que no sólo los derechos humanos son valores constitucionales, sino que también existen, desde lo político, principios vitales para el orden constitucional, valores que prevén los fines del Estado, como decisiones fundamentales, como es el caso de la democracia, la separación de poderes o el Estado de Derecho. Si de alguna forma pudiéramos acotarles, tendríamos que decir que, esos principios fundamentales, esos valores constitucionales, están apoyados, en primer lugar, en la forma organizativa del Estado.<sup>293</sup>

Así pues, estas decisiones políticas fundamentales, que son dadas como normas preconstitucionales, muchas veces no incorporadas al Texto Constitucional, son los llamados límites implícitos, mismos que en la interpretación jurisdiccional, deben ser concebidos como un núcleo estable e irreformable en la Constitución. Son, los supuestos ideológicos y valorativos en

---

<sup>291</sup> Cfr. HELLER, Hermann, *La Soberanía. Contribución a la teoría del Derecho estatal y del Derecho internacional*, 2ª ed., FCE, México, 1995, p. 131.

<sup>292</sup> HESSE, Konrad, "La fuerza normativa de la Constitución", *op. cit.*, pp.85-86.

<sup>293</sup> Cfr. GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan, "La Constitución y su Reforma", con motivo del libro de DE VEGA GARCÍA, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, en *Revista española de Derecho Constitucional*, Año 6, n.º 17, 1986, España, p. 362.

que descansa el régimen político que con la Constitución se pretende establecer, son voluntad y decisión, son fuerza normativa vinculante.

El hecho de que estas decisiones no se encuentren explícitamente previstas en el aparato normativo constitucional, como cláusulas de intangibilidad concretas para límite a la revisión constitucional, no implica que puedan o deban dejar de observarse como límites a ésta y, máxime, como un límite reproducido con la misma magnitud y mayor obligatoriedad, a los poderes constituidos, específicamente, al poder judicial, en el ejercicio de su función interpretativa devenido de la jurisdicción. Lo que en otros términos sería tratar de hacer pasar por mutación constitucional, vía interpretación, lo que en realidad es un falseamiento, cuando no, una violación de la Constitución.

Ahora bien, dentro de los límites implícitos, debemos distinguir cuando menos dos tipos: los formales y los materiales.

1) Por los primeros, los formales, se entienden los provenientes del principio de supremacía constitucional y de rigidez de la misma y que tienen que ver con las llamadas, normas sobre la norma de reforma. Si de alguna forma pudiéramos acotar esto, tendríamos que decir, que se refieren a los límites sobre el ejercicio del poder de revisión, en sí mismo. Es decir, la incapacidad del éste, de poder reformar su propio procedimiento.

De alguna manera, se trata de límites que actúan fuera del normal desarrollo de una norma jurídica. Se abocan a ser límites de corte político, sobre la decisión del constituyente y, cuya funcionalidad y operatividad, va inclinada a normar un poder constituido de ejecución extraordinaria, como lo es el poder de reforma. Como afirmara de Cabo Martín, se trata de normas sobre producción en materia constitucional, que son normas jurídicamente no vinculantes, puesto que su virtualidad jurídica se agota en la limitación o regulación de los actos de los órganos encargados de la Reforma.<sup>294</sup>

La peculiaridad de este tipo de límites, es que éstos no son constituidos, no forman parte de poderes creados por el Constituyente, sino que se trata de normas netamente constitucionales, de decisiones constituyentes sobre el modo y forma del Estado, en tal consideración, son decisiones

---

<sup>294</sup> CABO MARTÍN, Carlos de, *La Reforma Constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, op. cit., p. 29.

que operan por encima de cualquier poder constituido, incluso, el de la propia reforma como poder primario. Situación que trae como consecuencia que, sólo cuando se dé la ocasión de un nuevo Poder Constituyente, podrá operar el cambio a estos límites. La razón argumentativa es sencilla, pues como lo reprodujera el profesor De Vega, el poder de revisión, al encontrar su competencia en la Constitución, lo que no puede hacer es modificar su propia creación. “Representaría un enorme contrasentido y un descomunal despropósito, política y jurídicamente inadmisibles, que el poder de reforma, que basa su competencia en la propia Constitución y que, como ya expusimos, es un poder limitado, tuviera la capacidad, a través de la modificación de las normas que regulan el procedimiento de reforma, de convertir una Constitución rígida en una flexible.”<sup>295</sup>

Y, es que, la creación de los poderes constituidos, tampoco implica verles como normas procesales jurídicamente vinculantes, sino como determinaciones o, si se prefiere sobre la terminología empleada por de Cabo Martín, directrices de operatividad.<sup>296</sup> Luego entonces, las disposiciones sobre la reforma y su procedimiento, que no son más que el ancla para hablar de rigidez constitucional, por lógica constitucional, se entiende que van más allá del propio poder de revisión, teniendo superioridad sobre él.

Se trata pues, de determinaciones, no de contenido jurídico, sino de contenido determinante de procedimientos de cambio y modificación. Así, podrá decirse, se trata de reglas de competencia y no sólo de procedimiento, entendiendo por este segundo, el objeto o ámbito posible de la reforma, de los sujetos u órgano sobre los que actúa la reforma, lo que no es otra cosa que, la ya explicada diferencia entre Poder Constituyente y poderes constituidos, en este caso, el de revisión constitucional.

En estos términos, para comprender la limitante a la revisión, tendrá que atenderse a la comprensión de competencia sobre la competencia, donde cada competencia regulada en una norma está determinada por la existencia de una autoridad superior en la que encuentra su fuente de validez. Hablando de la reforma, su validez competencial, viene dada indiscutiblemente por el constituyente, razón más que clara para acentuar la limitante implícita formal.

---

<sup>295</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La reforma constitucional”, *op. cit.*, p. 675.

<sup>296</sup> CABO MARTÍN, Carlos de, *La Reforma Constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, *op. cit.*, p. 29.

El tema central de la competencia sobre la competencia, viene a ser no más, que el relativo al de la validez de la norma y, en consecuencia, el de la legitimidad normativa. Como ya harlo se ha mencionado, sólo la Constitución, como norma suprema, goza de legitimación propia del poder soberano como ato de poder constituyente, mismo que ha de engendrar su producto —la Constitución—, a partir del cual, se ha de otorgar el aparato normativo que regirá en un determinado Estado, haciendo de ese producto, un caudal jurídico normativo investido de legalidad.

De tal guisa, la norma sobre la producción de la reforma, como regla de competencia ante el procedimiento de la reforma, se encuentra establecida en una norma superior, que es la Constitución, de la cual adquiere su validez y vigencia. Es la Constitución, quien establece los modos de creación y abrogación del resto de las normas del ordenamiento, más no en sentido contrario. Es decir, en términos de Merkl, la reforma es una norma específica de derogación, una *Derogationsnorm*. En consecuencia, porque las normas de reforma constituyen la *Derogationsnorm* de los demás preceptos constitucionales, y porque en la jerarquía normativa no es hacedero encontrar una norma superior que, a su vez, sirviera de fundamento para derogar los preceptos en que se regula el procedimiento de reforma, la lógica jurídica impone que las normas de procedimiento sean consideradas inmodificables e intangibles.<sup>297</sup>

Por otro lado y, retomando el rizoma de este tipo de límites implícitos, debe puntualizarse, que bajo la idea de principio de *lex superior*, cuya misión no es otra que la de hacer efectivo y real en la historia el gobierno de las leyes, el principio de rigidez constitucional, se vuelve un límite

---

<sup>297</sup> Exposición brillantemente abordada por De Vega, sobre lo expuesto por Merkl y Ross.

Respecto a este segundo añadiré:

A las mismas conclusiones, y con un razonamiento en cierta forma similar llegará Alf Ross, para quien, desde una óptica típicamente normativista, la fundamentación y explicación de todas las competencias y atribuciones de las distintas autoridades del Estado, habrá de realizarse sobre las propias normas de Derecho escrito. Conforme a la concepción gradualista del Derecho, no se puede olvidar, sin embargo, que cada competencia regulada en una norma está determinada por la existencia de una autoridad superior en la que encuentra su fuente de validez. Esta autoridad superior recibirá a su vez su competencia de una autoridad más elevada. Con lo cual, procediendo de abajo a arriba, se llegará —por un mecanismo inductivo que hasta cierto punto invierte el método kelseniano— a la competencia de la competencia, que no puede obtener su fundamento en una autoridad más alta y que se expresa, obviamente, en la Constitución.

Sucede, no obstante, que las competencias ordenadas y reguladas dentro de la Constitución dependen del poder de reforma que, jurídicamente, y sin violentar el ordenamiento, puede en cualquier momento modificarlas. Lo que significa que la verdadera competencia de la competencia, donde se centra realmente, es en las normas de procedimiento de la reforma constitucional, cuya autoridad es la única que no puede ser deducida jurídicamente y, por lo tanto, tiene que ser *presupuesta*.

DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La reforma constitucional”, *op. cit.*, p. 676.

implícito formal, al poder de reforma constitucional, por cuanto a su procedimiento. “En virtud de la regla de la lógica según la cual una proposición no puede referirse a sí misma, las normas de procedimiento de reforma, que no obtienen su validez de una norma superior, y, por consiguiente, no pueden ser modificadas por una autoridad más elevada, tampoco podrían reformarse por la autoridad que las mismas confieren al poder de reforma.”<sup>298</sup>

Lo que se pone en juego, ante inobservancia de los límites implícitos formales a la reforma, no es una mera violación o un falseamiento constitucional, sino un real quebranto a la Constitución, ya que lo que se está destruyendo es el concepto de Constitución como *Lex Superior*, situación que con mayor pulcritud habrá de observarse para el caso de falsas mutaciones constitucionales.

2) Por su parte, los límites implícitos materiales,<sup>299</sup> en abordaje lógico de los principios sobre los que se cimienta el Estado Constitucional y Democrático de Derecho, se postran sobre los hombros del principio político-democrático de soberanía popular. En tal sentido, los límites que desde éste se imponen, necesariamente se requieren sean abstraídos desde la lógica de la legitimidad, como necesario correlato de los valores materiales y los supuestos políticos en que se inspira y se vertebra el moderno Estado Constitucional.

Como hemos ya hartamente abordado, se trata de límites de identidad social históricamente dados. Son el contenido que nutren el concepto mismo de Constitución, no aceptarles y comprenderles, implica poco más que vaciar y desconocerle toda significación político-histórica a ésta, identificándole así como un mero aparato normativo sin vinculación alguna. Dirá Schmitt, será retrotraer a la Constitución, como una norma vacía, como una ley en blanco, que en todo caso, podría suplantarse por las decisiones de la reforma constitucional. “La competencia para reformar las leyes constitucionales es una competencia incluida en el marco de la Constitución, fundada en la misma, y no sobrepasándola. No envuelve la facultad de dar una nueva Constitución, y mediante una referencia a esta facultad no puede alcanzarse ningún concepto utilizable de Constitución, sea <<formal>> u otro. Se necesita, pues, otra definición de Constitución, distinta de ésta, <<formal>>.”<sup>300</sup>

---

<sup>298</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La reforma constitucional”, *op. cit.*, p. 677.

<sup>299</sup> Con diferente nomenclatura, por ejemplo, en Vanossi, límites extrajurídicos ideológicos por cuanto hace a los valores constitucionales y, estructurales en cuanto a los que conforman la infraestructura de una sociedad determinada. *Cfr.* VANOSSO, Jorge Reinaldo, *Teoría Constitucional*, T. I, Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 176-187.

<sup>300</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 54-55.

Justamente, Schmitt al hablar sobre la Constitución como decisión —Constitución de Weimar—, advertirá que en toda normación residen *decisiones políticas del titular del poder constituyente*,<sup>301</sup> determinaciones que no son leyes constitucionales, sino que son más que leyes y normaciones. Son decisiones políticas concretas que denuncian la forma política de ser del pueblo y, que forman el supuesto básico para todas las ulteriores formaciones normativas, incluso, para las propias leyes constitucionales. Añadirá además, que éstas extinguen la sustancia de la Constitución, en razón de que todo lo que el gobierno tiene de legalidad y normatividad, vale solamente sobre la base de estas decisiones, decisiones existenciales totalitarias del pueblo, en el momento constituyente.<sup>302</sup>

Bajo nuestra perspectiva, esta conjetura igualmente es postulada por Mortati,<sup>303</sup> cuando, hablando del Estado, considera que éste no tiene otra realidad que le sujete más que la jurídica, en cuanto se establece como punto de referencia de las actividades destinadas a ser incluidas en el sistema en el que se sustancia. Ello es así, en virtud de que la Constitución es el criterio supremo a través del cual se opera tal referencia, pero con la peculiaridad de entender a ésta desde el sujeto del que emana, del que adquiere legitimación y validez, al cual se le debe atribuir un carácter no puramente hipotético sino positivo, un contenido no meramente formal sino incluso sustancial.

Ello implica visualizar que la concepción política no sólo contiene las precisiones de los modos de entender las categorías en las que se suele distinguir el interés público, sino también uno o más valores supremos, que sirven como criterios para la graduación de los diversos intereses y para la disciplina de las relaciones a interferir de estos. De tal conjetura comentará Mortati que en el campo de las relaciones no reguladas por normas rígidas, para cuya disciplina es necesario hacer referencia a valoraciones sometidas a la iniciativa del sujeto agente, adquiere importancia la cualidad de los sujetos y el *idem sentire de republica* se transforma en presupuesto de la concesión de los poderes que implican tales valoraciones. Esto no es otra cosa que la confirmación de la diversidad del procedimiento de aplicación de los principios políticos que, implicando deducciones de carácter no exclusivamente lógicas en sentido formal o diversas de la lógica que preside la

---

<sup>301</sup> Del Pueblo en la democracia y del monarca en la monarquía. SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 60.

<sup>302</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 60-61.

<sup>303</sup> Cfr. MORTATI, Costantino, *La Constitución en Sentido Material*, trad. Almudena Bergareche Gros, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 34.

actividad de interpretación de normas determinadas en su contenido, exige en quién debe realizar tales deducciones capacidades correspondientes a la misión.<sup>304</sup>

Sólo así, ante este tipo de límites, se comprende que la reforma no es una facultad o competencia normal del Estado, como lo podría ser la actividad formativa de nuevo Derecho, la de actuación del Derecho preexistente, la resolución de conflictos o la realización de actos administrativos. Se trata de una facultad extraordinaria legal-constitucional limitada. En el marco legal-constitucional, ninguna competencia, ni siquiera, una competencia de competencias puede ser ilimitada, por la sencilla razón de que ésta no es soberana.

En tal temática, adicionará Schmitt que los órganos competentes para acordar una ley de reforma de la Constitución no se convierten en titular o sujeto del Poder Constituyente. El ejemplo claro que el profesor alemán postula en miras de límites implícitos, es que una Constitución basada en el Poder Constituyente del Pueblo no puede ser transformada en una Constitución de principio monárquico en vías de una reforma o revisión de las leyes constitucionales. Lo mismo que en sentido inverso, no sería una reforma, la que transformare un estado basado en el principio monárquico, en uno de corte democrático. En este caso, no se puede hablar de una Reforma Constitucional, sino de la destrucción de la Constitución.

Como podemos observar, la importancia de los límites implícitos materiales, conlleva a posicionarse sobre una muy delgada línea entre la legitimidad del proceso de revisión constitucional y su quebranto, como última instancia. Pero de igual forma, cuando no se llega hasta la última consecuencia que es el quebranto, ello no quiere decir que todo lo demás sea legítimo y permitido a la revisión. Habrá que distinguir, de igual manera, entre reforma y supresión constitucional.

A decir de ésta, la supresión, Schmitt advierte que “tampoco quedando intacto el poder constituyente puede establecerse, mediante la reforma, en lugar de la decisión política fundamental en que la Constitución consiste, otra decisión política contraria a la primigenia.”<sup>305</sup> Lo que la reforma no puede hacer, es suprimir una decisión fundamental, ya que éstas son decisiones propias del Poder Constituyente perteneciente al Pueblo, no así a las competencias de las instancias

---

<sup>304</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>305</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 159-160.

autorizadas para la revisión. Lo que se obtendría con ello, no sería una reforma, sino un cambio de Constitución, por vía de la supresión de decisiones políticas fundamentales.

La importancia de esto, es que, para el caso del quebranto constitucional, lo que realmente sucede no es un cambio del total de la Constitución, incluso, no es necesario para que se configure, que se reforme la formación legal-constitucional del Estado, sino que basta con adoptar una determinación concreta en un caso particular. Schmitt habla de medidas que desvía el contenido de la Constitución. La finalidad del quebranto se percibe no desde el espacio propio de la reforma, sino en la consecuencia de ésta, desde donde el cambio se pretende válido en el supuesto de que el texto constitucional no ha sido alterado en su decisión.

Tales medidas no son instadas como normas o leyes en sentido jurídico-político, su repercusión busca postularles como decisiones soberanas, es por ello que, las decisiones políticas esenciales, deben situarse fuera del alcance de cualquier poder constituido, ya sea primario o secundario. Son preceptos vetados para su modificación o “reinterpretación”.<sup>306</sup> Su sentido es el que históricamente les ha dado vida y no complacen en ser reinventados respecto de un asunto en particular. Podrán en su momento, permitirse valoraciones progresivas *in extenso* de éstas, más no en sentido limitado.

El peor de los escenarios posibles y, desde el que, con mayor posibilidad se puede llegar al quebranto o a la suplantación, curiosamente no es el de la reforma, sino el de la mutación constitucional, por vía de la interpretación, desde donde en la jurisdicción se pretende dar un sentido contrario o limitado de las decisiones políticas fundamentales. Situación que no sólo trae a colación un ejercicio de quebranto, sino de desconocimiento de la Constitución, puesto que un poder constituido secundario, no sólo no reconoce jerarquía sobre los constituidos primarios, sino también, sobre el constituyente. En estos casos, lo que se practica no es un cambio o alteración en el texto constitucional, en forma material no se modifica la letra de la Constitución, se cambia su sentido e interpretación.

---

<sup>306</sup> Así, pero hablando de los límites por el intérprete supremo en: CANOSA USERA, Raúl, “CONFERENCIA MAGISTRAL. Problemas de la interpretación constitucional en la democracia contemporánea”, en VALADÉS, Diego y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo (Coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, T. I., IJ-UNAM, México, 2001, pp. 2-27.

## CAPÍTULO III. PROBLEMAS EN TORNO AL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN Y LEY CONSTITUCIONAL

### 3.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Una de las temáticas más debatibles dentro de las Ciencias Constitucionales es el entendimiento del concepto de Constitución.<sup>307</sup> Para nadie resulta ajeno, ni difícil, comprender que la Ley Fundante de un Estado como expresión del principio democrático de soberanía popular, deberá pasar en todo tiempo y lugar, siempre que así lo demande la propia sociedad, como la Norma Suprema de la organización política, como unidad material<sup>308</sup>, como integración estatal<sup>309</sup>, al fin como proceso de elaboración consciente, organizado y planificado.<sup>310</sup>

Sobre ella se enervan los sentimientos de pacto constitucional y democracia como modelo racionalizador del Estado de Derecho, precisamente sobre la idea de una Constitución, normativamente hablando, como aquel Código Político-Jurídico que tanto denunciara Heller en su *Teoría del Estado* y que se reforzara con su obra sobre *La Soberanía*.

La imagen de un sistema federal como es, por ejemplo, el caso del Estado mexicano,<sup>311</sup> pone de relieve una grieta que penetra en lo profundo del núcleo de esa *lex superior*, al entender que el régimen federado de Estado, implica la co-existencia en comunión de una diversidad de entidades con autonomía e independencia de organización política, y una edificación concéntrica

---

<sup>307</sup> Véase por ejemplo: DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, Trad. Claudia Herrera, UNAM, México, 2004; DE VERGOTTINI, Giuseppe, “Costituzione”, en BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N. (eds.): *Dizionario di politica*, UTET, Turín, 1976; ZAGREBELSKY, Gustavo y MARCENÓ, Valeria, *Giustizia costituzionale I, Storia, principi, interpretazioni*, Il Mulino, Italia, 1988; ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il sistema costituzionale delle fonti del Diritto*, Turín, 1984; BURDEAU, Georges, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Trad. Ramón Falcón Tello, Editora Nacional, Madrid, 1981; BORDEAU, Georges, *Traité de science politique IV. Le statut du pouvoir dans l'état*, Librairie générale du droit et de jurisprudence, París, 1983; GUASTINI, Ricardo, “Sobre el concepto de Constitución”, en *Cuestiones constitucionales, Revista mexicana de Derecho constitucional*, núm. 1, 1999, IIJ-UNAM, México; FIORAVANTI, MAURIZIO, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trotta, España, 2011; HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio jurídico europeo/Centro de estudios políticos y constitucionales, España, 2012; SALAZAR UGARTE, Pedro, “Sobre el concepto de Constitución”, en FABRA ZAMORA, Jorge Luis y SPECTOR, Ezequiel (coords.), *Enciclopedia de filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3, UNAM, México, 2015.

<sup>308</sup> HESSE, Konrad, “Concepto y cualidad de la Constitución”, *op. cit.*, p. 34.

<sup>309</sup> SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 63.

<sup>310</sup> Cfr. HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, *op. cit.*, *passim*.

<sup>311</sup> SERNA DE LA GARZA, José María, *El sistema federal mexicano: trayectoria y características*, Secretaría de Gobernación, Secretaría de Cultura, INEHRM y IIJ-UNAM, México, 2016, pp. 41 y ss.

de Federación.<sup>312</sup> Es decir, por un lado, existe el Estado mexicano como ente unificado para el Derecho Internacional,<sup>313</sup> pero por el otro, es en sí mismo una construcción plural de varios sujetos estatales, todos anclados sobre un pacto constitucional genérico.

Ello quiere decir, que en inicio sólo se puede dar en la realidad jurídica y política del país, una Constitución investida con las características de norma fundante. No obstante, el Poder Constituyente ha dejado abierta la posibilidad para que cada Estado Local<sup>314</sup> pueda erigirse sobre la base de su propia norma creadora, misma que controlará en forma autónoma e independiente por lo que hace a su régimen interno, su propia ingeniería organizacional de corte político y jurídico, con la única limitante de respetar en todo momento el mandato de aquella Constitución, que debe decirse, es la que les ha dado la posibilidad de realizarlo<sup>315</sup>; permítasenos la expresión, es a quien le deben la gracia de poder tener autonomía e independencia respecto a su régimen interior.<sup>316</sup>

Pues bien, aun con ello, la doctrina mexicana, incluso las decisiones jurisdiccionales del más alto tribunal nacional, han dado por sentado que en la conformación del país —México—, se da la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos constitucionales con la misma categoría, no sólo respecto a su nomenclatura, si no al proceso de su formación que es mediante el actuar de un Poder Constituyente. Al caso resumido que, para nuestro Estado conviven en plenitud, claro bajo este entendimiento, 33 Constituciones de las cuales 1 de ellas es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (En adelante CPEUM ) y 32 normas fundantes de la misma cantidad de entidades federativas mediante las cuales se integra éste.

A primera vista, ello no simboliza realmente una problemática a atender o un punto de inflexión respecto al entendimiento del Derecho Constitucional. Empero, cuando en la vida

---

<sup>312</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>313</sup> Para la Comunidad Internacional, y en la medida en que es sólo la República de México la que tiene reconocida la personalidad jurídica internacional, el único Estado es la República de México, no así las Entidades Federativas que la conforman.

<sup>314</sup> CABANAS VEIGA, Manuel, “Treviño: Entre la reserva estatutaria y la ley orgánica”, *Revista de derecho político*, N° 93, 2015, España, pp. 241-283.

<sup>315</sup> CARPIZO, Jorge, *Estudios constitucionales*, LGEM/UNAM, México, 1983, pp. 115-117.

<sup>316</sup> Al respecto, cabe especificar el contenido del primer párrafo del Artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que refiere:

El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados y la Ciudad de México, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de cada Estado y de la Ciudad de México, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

cotidiana de los Estados, los agentes políticos que controlan oligárquicamente vía “democracia” representativa, el caudal de su política interna actuando sin límite y comprensión del significado de “Constitución”, la percepción del principio de supremacía constitucional y de soberanía popular, se ponen en juego, ante un pretendido estadio de legalidad y legitimidad dado por el pacto federal, al grado de llegar a lo que en términos de Ciencia Constitucional anunciara Schmitt, como un quebranto a la Constitución.<sup>317</sup> Ya no necesariamente desde la trama de la reforma constitucional o la mutación de mismo orden, sino sobre la labor de los poderes constituidos locales, que ni siquiera los federales llegan a realizar.

En términos concretos, el poder que pretenden ejercer los poderes constituidos de corte local —ejecutivo, legislativo y judicial—, llegan a rayar en la mezquindad de desarrollarse sobre un territorio con visualización —errónea<sup>318</sup>— de total independencia respecto al resto del pacto federal, incluyendo, claro está, de la propia Federación, queriendo asemejar y, en no pocas ocasiones, superponer la idea de Constitución Local, por encima de la Constitución Federal, olvidando que ha sido ésta la que les ha permitido su entrada a la realidad jurídica y política en la nación, sin la cual obviamente, ni entidad, ni organización, ni carácter autonómico tendrían.<sup>319</sup>

Es este el *quid* de aquella diferenciación que Schmitt postulara con los términos de Constitución y leyes constitucionales.<sup>320</sup> Sin lugar a dudas, temas como Poder Constituyente, Soberanía y Supremacía Constitucional, se ponen sobre la mesa de discusión como un tema inacabado, como una problemática latente en el mundo de una Teoría del Estado y de la Ciencia Jurídica.<sup>321</sup>

---

<sup>317</sup> Sobre el tema de la oligarquía, véase: OSTROGORSKI, Moisés, *La démocratie et les partis politiques*, Edit. Calmann-Levy, París, 1902; *La democracia y los partidos políticos*, Edit. Trotta, España, 2008.

<sup>318</sup> CABANAS VEIGA, Manuel, “Porto de Sanabria y Pradorramisquedo: Análisis jurídico-procedimental de sus reivindicaciones secesionistas”, *Revista "Cuadernos Manuel Giménez Abad"*, N°. 19, 2020, España, pp. 68-86.

<sup>319</sup> Véase: RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, “Algunas cuestiones sobre el régimen constitucional de los estatutos de autonomía naturaleza jurídica y peculiaridades de la norma institucional básica de las comunidades autónomas. Especial consideración a su carácter consensual”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 5, 2001, España, pp. 777-820; “Sobre la naturaleza del Estado de las Autonomías”, en *Revista de estudios políticos*, N° 81, 1993, España, pp. 73-102.

<sup>320</sup> Habrá de precisarse que la interpretación que en este texto se hace de la voz “leyes constitucionales”, la enfocamos a la comprensión deseada para las Constituciones locales, y no así como la mayoría de la doctrina mexicana lo ha referido, a un entendimiento entre derecho federal y derecho local, es decir, entre leyes orgánicas o derivadas del precepto constitucional y que se postran al margen de un ordenamiento local, en el ejercicio de una supremacía normativa. Por ejemplo, véase: CARPIZO, Jorge, *Estudios constitucionales*, UNAM, México, 1980; DE LA CUEVA, Mario, *Apuntes de derecho constitucional*, México, 1965.

<sup>321</sup> PÉREZ ROYO, Javier, *La reforma constitucional inviable*, Catarata, España, 2015.

Si bien no fue C. Schmitt con su *Teoría de la Constitución* quien por vez primera centra la atención de las Ciencias Constitucionales al trabajo de diferenciar entre Constitución y ley constitucional, sí es éste quien realiza el más arduo de los estudios en cuanto a postular la existencia de un concepto positivo —concepto que refiere a la Constitución como decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política— y uno relativo de Constitución —concepto que enmarca una multiplicidad de ordenamientos, concibiendo a la Constitución como una pluralidad de leyes particulares—, precisamente sobre la idea de conjuntar en un mismo Estado un ordenamiento fundante y decisiones legislativas que, no teniendo el carácter de norma suprema, por el hecho de insertarse en la Constitución por obra de un Poder Constituyente, pretendidamente investido de constituyente permanente, adquieren la misma fuerza vinculante<sup>322</sup> y el rigor, para ser consideradas al nivel de aquella; al nivel de *lex superior*.

Entre algunas otras ideas, se tiene por finalidad evidenciar el conflicto existente en la homologación-interpretación de las leyes constitucionales como poseedoras, igualmente, de la fuerza y vigor vinculante de las que en principio sólo goza la Constitución, entendida como norma fundante. En esencia, la discusión propuesta se encamina a delimitar al Código Jurídico-Político Fundamental como producto de la voz soberana, de aquella unidad y organización donde se encuentra la decisión política, es decir, de donde emana el titular del Poder Constituyente, único lugar donde éste puede existir y actuar en plenitud, como en ningún otro lugar podría serlo, en forma ilimitada, con una sola encomienda, la creación de la *lex superior* en un sentido absoluto, a fin de que su culminación se vea como expresión de la voz soberana de un pueblo, que crea, unifica y organiza al Estado y sus instituciones.

La discusión que se propone para análisis, gira en torno a una de las problemáticas más distintivas de los modelos constitucionales que rigen en las democracias representativas, específicamente de aquellas que se ejercitan a partir del modelo presidencialista de gobierno, como lo es el caso mexicano, que es la inadecuada comprensión del sentido que enviste el concepto de Constitución y su derivado como ley constitucional. Situación que trae aparejado la tarea de diferenciación entre Poder constituyente y poderes constituidos.

Se pretende caminar sobre la errada percepción de la existencia de un Poder Constituyente permanente o inacabado con facultades plenas propias de su naturaleza y función, interpretación

---

<sup>322</sup> HESSE, Konrad, “Concepto y cualidad de la Constitución”, *op. cit.*, p. 37.

que trae a colisión el que poderes constituidos crean tener facultades de Poder Constituyente y viceversa. Una inadecuada comprensión que lejos de consolidar la idea de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, lo deteriora desde su propia génesis.

Para tales efectos hemos optado por seguir los postulados de Carl Schmitt en un intento de reivindicación de su *Teoría de la Constitución*, alejada de la indiscriminada crítica que se ha hecho de este autor al tildarlo de totalitarista al servicio de su historia. No nos cabe la menor de las dudas, que muchos de sus textos fueron conducidos sobre mediatización de su vivencia temporo-espacial fácilmente criticable, sin embargo, en esta obra que se enuncia, se postula como uno de los pensadores más respetables y de estudio obligado para todo aquel que pretenda abordar a la Constitución y al Estado, como temas de estudio y análisis.

### **3.2 LA NOTORIA DIFERENCIA ENTRE CONSTITUCIÓN Y LEYES CONSTITUCIONALES. UNA APROXIMACIÓN AL ENTENDIMIENTO DEL PODER CONSTITUYENTE**

Con ojo clínico Jellinek<sup>323</sup> comprendió que los textos con carácter constitucional no podían ser solo un cúmulo de letras tendentes a afirmar principios y valores como documentos de gobierno que afirmasen la vida política de la comunidad, sino que para su vinculación a tipo de coerción, estaban investidos y, así era necesario en sociedad, de una dimensión jurídica. Las Constituciones tienen preceptos jurídicos, aclaraba el profesor alemán.

Y en esencia ello es cierto, basta con recordar que una Constitución es una totalidad de la normalidad normada como indicara Heller<sup>324</sup>, representada por un conjunto de normas sociales que sirven de vinculación intersubjetiva en atención a la voluntad política de su creador, el Poder Constituyente. Un texto fundante que tiene la función de procurar vigencia a una normalidad a la que se reconoce valor positivamente.

En palabras de Loewenstein<sup>325</sup>, la Constitución es control del poder político. Fuente que informa el *deber ser* del Derecho y la sociedad. Es pues, la totalidad de la estructura social de la comunidad, lugar donde convergen las convicciones y pretensiones políticas de la pluralidad de la

---

<sup>323</sup> JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 8-9 y ss.

<sup>324</sup> HELLER, Hermann, *Teoría del Estado* (2017), *op. cit.*, pp. 334-335.

<sup>325</sup> LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 149.

sociedad, y no un mero marco legal, expresión que Aristóteles denominara *politeia*.<sup>326</sup> A este contexto bien vale la pena retrotraer la idea de Lassalle, en donde para éste la Constitución escrita es correspondencia inmediata de los factores reales de poder que rigen en un país y, por tanto, los problemas nacidos del constitucionalismo no son, primeramente, problemas de derecho, sino de poder. “Las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores reales de poder imperantes en la realidad social.”<sup>327</sup>

Heller denunciaba ya desde su *Teoría del Estado*, que una Constitución o el estudio de las Ciencias Constitucionales<sup>328</sup> debe verse no sólo como Schmitt lo pugnase en una interpretación política de decisión, o como en su momento Kelsen la afirmara como un mero mecanismo jurídico de direccionamiento, sino como una conjugación de factores reales de poder, decisiones políticas, necesidad jurídica y condicionantes económicas, todos esos elementos en una constante dialéctica que permita reencontrar el pasaje histórico-político de una sociedad y, la siempre necesaria,

---

<sup>326</sup> Dirá Aristóteles que allá donde la masa gobierna en vista del interés común, el régimen recibe el nombre común a todas las demás formas de gobierno (entre ellas la monarquía y la aristocracia) de república, de *politeia*.

“Su naturaleza resulta más clara una vez definidas la oligarquía y la democracia, pues la república es, en términos generales, una mezcla de oligarquía y democracia: las que se inclinan a la democracia suelen llamarse repúblicas, y las que tienden más bien a la oligarquía, aristocracias, porque la educación y la nobleza suelen acompañar de preferencia a los más ricos. Además, los ricos parecen tener aquello cuya carencia hace que los delincuentes delincan; pero eso los llamamos selectos y distinguidos; y lo mismo que la aristocracia concede la supremacía a los mejores ciudadanos, también se dice que las oligarquías están constituidas principalmente por los selectos.” ARISTÓTELES, *La Política*, *op. cit.*, p. 182.

<sup>327</sup> LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, *op. cit.*, p. 119.

<sup>328</sup> Término que el profesor Javier Ruipérez Alamillo, al traer del olvido el viejo entendimiento del concepto de Derecho Político pugnado por Tierno Galván y su escuela seguida por Pedro De Vega, ha decidido emplear en el estudio del Derecho Constitucional en su unión con toda la gama de factores que con él y en él interactúa.

“Si, como afirmó ya Jellinek, ha de corresponder también al constitucionalista, como jurista que es, la tarea de contribuir a la mejora de la situación jurídica reinante, y como quiera que su parcela de atención es la ordenación jurídica fundamental de la vida del Estado -convirtiéndose, así, el "Derecho Constitucional" en un verdadero "Derecho Político", evidente resulta que éste ha de pronunciarse sobre cuestiones políticas que se refieren tanto a la normativa vigente como a las distintas propuestas que las diversas fuerzas políticas formulen para su desarrollo, las cuales deberá juzgar no desde un punto de vista puramente ideológico, sino con criterios jurídico-públicos. Ahora bien, porque de lo que se trata es de opinar sobre el Estado, innecesario debiera ser el recordar que, para no caer en el más absoluto de los absurdos, el constitucionalista ha de conocer el Estado.” RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, “Principio democrático y federalismo...”, *op. cit.*, pp. 517-557.

De igual forma, es sumamente ilustrador lo pronunciado por el profesor español Gómez Orfanel, quien comienza su escrito “Noción del Derecho Constitucional”, postulando la premisa de que tal concepto de Derecho Político, parece nacer, como expresión, en España en 1814, a partir de la traducción de la obra *El Contrato Social*, concepto que tendría mayor relevancia ya para el 1821, cuando aparece “con una denominación en línea muy moderna, las “Lecciones de Derecho Público Constitucional” de Ramón de Salas, que podríamos asociar con el artículo 368 de la Constitución de Cádiz, que establecía “el deber de explicar la Constitución en todas las Universidades y establecimientos literarios...”. El plan de estudios de 1821 preveía asimismo la dotación en la Universidad Central de una Cátedra de Derecho Político y Público de Europa”. GÓMEZ ORFANEL, Germán, “Noción del Derecho Constitucional”, en *Revista Estado & Direito*, n° 3, I semestre, 1984, p. 14.

continuidad en la realidad viviente de ese Código Jurídico-Político Fundamental como Norma Fundamental.

Pareciera que la historia de las sociedades modernas se vuelve a repetir en un espiral infinito, donde el Estado y el Derecho se ponen a prueba con una especial fuerza y vigor recalcando la mayor de sus características que implica ser realidades vivas y, por tanto, realidades cambiantes. Una conformación de factores sociales, políticos, jurídicos y económicos, siempre dinámicos ante las exigencias y necesidades sociales.

El Derecho Constitucional, al ser un aparato de la realidad social “viva”<sup>329</sup> desde el campo de lo jurídico-político, no se puede ver ajeno a estos cambios. No obstante, en algunos momentos esa realidad es forzada e inclinada a la valoración de intereses particulares. El control del poder, como lo dijera Loewenstein<sup>330</sup> resulta ser el camino principal para el constante problema de las Constituciones. Al no tener un centro de creación, el poder se vuelve un peligro, una pasión del hombre como lo refiriera de Maquiavelo al hablar sobre lo bueno y lo malo:

Dice una antigua sentencia que los hombres suelen lamentarse del mal y hastiarse del bien, y que ambas pasiones producen los mismos efectos. Porque los hombres, cuando no combaten por necesidad, lo hacen por ambición, la cual es tan poderosa en los corazones humanos, que nunca los abandona, por altos que hayan llegado. La causa es que la naturaleza ha constituido al hombre de tal manera que puede desearlo todo, pero no puede conseguirlo todo, de modo que, siendo siempre mayor el deseo que la capacidad de conseguir, resulta en descontento de lo que posee y la insatisfacción. De aquí se originan los cambios de la fortuna, porque deseando, por un lado, los hombres tener más y temiendo por otro, perder lo que tienen, se llega a la enemistad y a la guerra que causará la ruina de una provincia y la exaltación de otra.<sup>331</sup>

Estas pasiones se corresponden directamente con la satisfacción personal, aún a costa de otros hombres, incluso, de instituciones. El peligro más grande de ello radica en el afán de dominio, cuya pasión hace no sólo de los hombres, sino de sus instituciones, meros medios para conseguir y satisfacer sus inclinaciones, sus designios.<sup>332</sup> Cuando esos afanes rayan en excesos ponen en riesgo la completa construcción no sólo del Estado, sino de la valía y fuerza normativa de la entidad constitucional. Constitución, Poder constituyente, principio político-democrático de soberanía

---

<sup>329</sup> Cfr. WONG MERAZ, Víctor Alejandro, *Constitución mexicana. Reforma y Mutación*, op. cit., pp. CV-XVI.

<sup>330</sup> LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, op. cit., pp. 149 y ss.

<sup>331</sup> MAQUIAVELO, Nicolas de, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, 3 era. Ed., Alianza, Madrid, 2015, p. 142.

<sup>332</sup> En este sentido Kant señalará que: Las pasiones diríjense propiamente solo a hombres y sólo por ellos pueden ser satisfechas. Estas pasiones son el *afán de honores*, el *afán de dominio*, el *afán de poseer*. KANT, Immanuel, *Antropología*, trad. José Gaos, 2 da. Ed., Alianza, Madrid, 2015, pp. 242-247.

popular y principio jurídico de *lex superior*, pueden verse tergiversados y mal entendidos, muchas de las veces en abusos de sus concepciones.

Esto lo ha puesto ya de manifiesto el propio Schmitt al hablar sobre el equívoco y azar en el que un régimen democrático constitucional puede caer por vía de los agentes políticos, cuando en ejercicio de sus facultades pretenden actuar como poderes constituyentes de origen político y, no así, como poderes legales constituidos al mandato de la Constitución. Cuando mediante ejercicio legislativo se instauran leyes constitucionales, queriendo homologarlas con la misma valía y legitimidad que el texto originario y fundante.

El profesor alemán C. Schmitt, en su magna obra *Teoría de la Constitución*, que por lo demás es el texto de mayor valía en cuanto que se aleja rotundamente de sus escritos fascistas, analiza una serie bien diferenciada de conceptos sobre los que puede ser entendida una Constitución. Al menos tres son las posturas de mayor calado en sus explicaciones: concepto absoluto; concepto relativo; y, concepto positivo.

Para la temática planteada en el presente, el enfoque que nos interesa rescatar es el del concepto relativo de Constitución, pues sobre él es donde se centra, no sólo la determinación de Schmitt para negar el trabajo constitucional como ley, sino también una de las problemáticas de mayor trascendencia que es la función del Poder Constituyente y la visión del principio democrático de soberanía popular.

Es pertinente detenernos un poco para explicar el fondo de esto. En nuestra perspectiva cuando Schmitt usa los términos “Ley constitucional” y “ley constitucional” no habla de la misma cosa, pero sí de una que puede llegar a confundirse. Tenemos que adentrarnos en el contexto sobre el cual es que maneja dichas voces, para dirimir la sutil diferencia con que les emplea. No se trata sólo del énfasis de la palabra *ley*, el hilo sobre el narra el posicionamiento de una Constitución como *ley*, lleva por finalidad describirla como la formación que lleva a la práctica la voluntad constituyente, la decisión política surgida de un ser político.<sup>333</sup>

Por el contrario, cuando éste se refiere a la “ley constitucional” como derivado de la voluntad constituyente, hace alarde a las regulaciones legal-constitucional como formaciones normativas en segundo plano, no en el entendido de obra del Poder Constituyente originario, no

---

<sup>333</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, op. cit., pp. 124-125 y ss.

como voluntad política, sino como un producto del mandato constitucional a cargo de un poder constituido, que por acción legislativa ha establecido en el texto fundamental la expresión material escrita de la voluntad política como decisión fundamental. Es decir, un ordenamiento cuyo fundamento de su validez, se obtiene a partir de la Constitución.<sup>334</sup>

Por su parte, cuando habla de “Ley constitucional”, lo hace en el entendido de decisión política fundamental originaria, misma que determina el modo y la forma de la existencia de la voluntad política. Expresa la idea un mandato que en la materialidad dota de validez al ordenamiento legal-constitucional y legal-ordinario. De su contenido se fija la correcta praxis de la voluntad constituyente. Por tanto, no se trata de una significación de ley como formulación técnico-jurídica, sino como fundamento supremo del caudal jurídico-político de un Estado, al ser decisión y voluntad del pueblo como soberano.

Si, por lo contrario, se llega al equívoco de asemejar leyes constitucionales de orden subnacional,<sup>335</sup> al nivel de *Ley Constitucional*, se corre el riesgo de causar un deterioro inminente a la fuerza vinculante de la Constitución. El problema se individualiza allá donde, por ejemplo, se habla de la unificación de un Estado mediando un régimen federal, donde cada parte proporcional de éste tiene cierta libertad de actuación y conducción mediante la instauración de sus propias, llámesele, Constituciones regionales o Estatutos provinciales.<sup>336</sup>

Cuando se entiende, como con gran precisión lo expone C. Schmitt<sup>337</sup> que el Pueblo es, en democracia, sujeto del Poder Constituyente y que toda Constitución se basa, incluso para su elemento de Estado de Derecho, en la decisión política concreta dotado de capacidad política para determinar el modo y forma de su propia existencia, así como que es el Pueblo quien mediante voluntad general hace nacer la Constitución como expresión de su voz, convirtiéndola para su

---

<sup>334</sup> *Ibid.*

<sup>335</sup> SERNA DE LA GARZA, José María, *El sistema federal mexicano: trayectoria y características*, op. cit., pp. 127 y ss.

<sup>336</sup> Véase por ejemplo: SALVADOR MARTÍNEZ, María, “Los límites a la apertura del sistema autonómico en el informe sobre la reforma de la constitución”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, número 18, pp. 487-499, UNED, pp. 487-499; QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás de la, “El Estado Autonómico y la reforma del artículo 135 de la Constitución”, en VI Foro de la Autonomía, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Barcelona, pp. 1-35; VIDAL BELTRÁN, José María y GARCÍA HERRERA, Miguel (Coords), *El Estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, Vol. I, COLEX, Madrid; CABANAS VEIGA, Manuel, “Las Diputaciones Provinciales gallegas en la recesión económica actual y la crisis del principio de autonomía local”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 18, 2014, España, pp. 107-148.

<sup>337</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, op. cit., pp. 126-126.

garantía en la Norma Fundamental; es indispensable formularnos un par de interrogantes: ¿Cabe hablar de acto de soberanía en la creación particular de cada Constitución regional? Si nuestra respuesta es afirmativa, tendríamos que preguntarnos si ¿Existe más de un Poder Constituyente? Y, si de igual manera es afirmativa la respuesta, tenemos que cuestionarnos si ¿Cada Poder Constituyente es ilimitado y originario? Y, si realmente, ¿Existe una norma fundamental?

A simple vista se podría afirmar, con meridiana contundencia, que sólo puede existir un solo Poder Constituyente soberano, que como afirma el profesor De Vega es ilimitado en su determinación al crear el aparato normativo llamado Constitución, en consecuencia, tendremos que afirmar que las Constituciones o Estatutos regionales, no podrían ser actos de soberanía, ya que la manifestación de voluntad general ha sido pronunciada en el Código Jurídico-Político Fundamental elevado a carácter de *lex superior*.

De cierta manera ello es cierto, el principio democrático de soberanía popular se ha visto potencializado al forjar la Ley Fundamental como unidad cerrada y, por tanto, con el semblante de ley de leyes, a partir del cual todo el aparato normativo que pueda regir en un Estado determinado, tendrá siempre que adecuarse al mandato establecido en ella. “Todas las otras leyes y normas tienen que poder ser referidas a esa *una* norma. Bajo tal significación de la palabra, el Estado se convierte en una ordenación jurídica que descansa en la Constitución como norma fundamental; es decir, en una unidad de normas jurídicas.”<sup>338</sup>

Para explicar en mejor medida esto, se debe tener en cuenta que, al ser la Constitución obra del Poder Constituyente soberano, el término voluntad unitaria debe comprenderse como el ejercicio de una verdadera unidad ordenadora, cuyo origen se corresponde con un *deber-ser*, y una vez que esa unidad cobra vida en la realidad existente ha de virar a una contemplación de *ser-deber-ser*. Solo al afirmar esta voluntad ordenadora como norma fundamental puede hablarse de una supremacía constitucional en el sentido de sistema cerrado de preceptos jurídico-políticos.

Considerar que las leyes constitucionales, aun cuando en esencia hayan sido creadas mediante el procedimiento de un Poder Constituyente, no por ello, éste en su labor es ilimitado, pues tendrá que ceñirse a lo previamente dispuesto en la *Ley Constitucional*. Si por el contrario, dijésemos que las Constituciones regionales gozan de la misma calidad y supremacía que la

---

<sup>338</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 40.

Constitución Federal, se tendría que dar por sentado que las mismas, al ser una serie de prescripciones jurídico-políticas particularizadas a un sector de la sociedad, serían a la vez una voluntad unitaria ordenadora. La propia unidad se vería fragmentada, no existiría ni material, ni formalmente. La fuerza vinculante como autoridad simplemente pasaría a desnaturalizarse de la mano de cada porción de esa “unidad”.<sup>339</sup>

Al seguir a C. Schmitt, debe tenerse en cuenta que la unidad y ordenación reside en la existencia política totalizadora, no así en las diversas leyes que puedan brindar autonomía a las porciones territoriales que conforman la Federación. Lo que estaría en juego, de considerar lo contrario, es la propia decisión política soberana. Ni unidad, ni ordenación podrían coexistir ante la presumible voluntad soberana de cada entidad federativa.

Lo que quiere decirse en este punto, no es que cada porción integrante de la Federación no sea autónoma, pues una de las facultades otorgadas en un pacto federal a nivel constitucional, implica el reconocimiento de la libertad de éstas, sin embargo, no una libertad ilimitada. Si bien cada cual goza de autonomía para poder establecer la mecánica de su gobierno interno, ciertamente las formas y modos de ello, deben llevarse a cabo, siempre, conforme al mandato soberano de la Constitución Federal.

Irrisorio sería pensar que el Poder Constituyente que da origen a esas particulares Constituciones pueda ser ilimitado. Si bien puede parecer que con ello se representa un ejercicio de soberanía, ni formal, ni materialmente lo es, pues en esencia no es soberano. El poder soberano es único e indivisible y se ha visto depositado en la Norma Fundamental, de la cual, como ya se ha repetido, es la dirigente del caudal normativo que se pretenda instaurar en la totalidad de un Estado.

Conveniente es, pues, para evitar contradicciones, reconocer a las Constituciones locales o regionales, no sobre el nombre preciso de Constitución, sino sobre el de leyes constitucionales, prescripciones legales-constitucionales, que si bien tienen una calidad de supremacía, ésta está limitada sólo al territorio-parte del Estado, para el que se realizan. Sí es una ordenación interna,

---

<sup>339</sup> Para mayor ejemplificación respecto al tema de las dificultades para una Teoría de la Constitución en Estados Federados y Confederados en: RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, *Entre el federalismo y el confederalismo. Dificultades y problemas para la formulación de una teoría constitucional del Estado de las Autonomías*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2010; WILLIAMS, Robert F. y TARR, G. Alan G., “Subnational Constitutional Space: A View from the States, Provinces, Regions, Länder, and Cantons”, en TARR, G. Alan, WILLIAMS, Robert F., y MARKO, Josef (eds.), *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights*, Westport, London.

más no una unidad de voluntad política totalizadora. Si por el contrario negásemos esto, caeríamos en el relativismo constitucional ya denunciado por C. Schmitt, donde hablar de Constitución implicaría referirnos a una simple serie de leyes constitucionales, un concepto de unidad política vacía.

La Constitución se transforma ahora en una serie de distintas leyes constitucionales positivas. Si, a pesar de eso, todavía se sigue hablando de norma fundamental, ley fundamental, etc., es por efecto de la inercia de fórmulas tradicionales que hace tiempo están vacías. Igualmente imperioso y perturbador es seguir hablando de «la» Constitución. En realidad, se hace referencia a una mayoría o pluralidad asistemática de prescripciones legal-constitucionales. El concepto de Constitución se ha relativizado hasta convertirse en un concepto de *ley constitucional en concreto*.<sup>340</sup>

Resulta de especial importancia ser cautelosos con lo que hasta ahora se ha dicho. No sólo el Poder Constituyente se somete a presión y problemática cuando se habla de Constitución y ley constitucional en un Estado Federal. El papel del soberano de igual manera se somete a tensiones infranqueables. Si tomamos por cierto, como lo es, lo pugnado por Heller<sup>341</sup> al señalar que sólo puede existir un centro del poder de decisión, como unidad decisoria efectiva, todo en cuanto exista dentro de un Estado tendrá que ser obra única y exclusiva de ese poder y, en consecuencia, guiarse sobre el mandato que éste determine.

En tal contexto, igualmente acertado es afirmar que todo el constructo jurídico normativo coexistente dentro de un Estado —para nuestro caso al hablar de Federación— sólo puede poseer validez y legitimación como existencia social de la realidad, en cuanto forma parte integrante de la comunidad jurídico-política que implica el Código Fundamental. Es interesante traer a colisión lo establecido por Heller en cuanto a la distinción entre norma jurídica fundamental y normas jurídicas positivas. Si bien este autor no se refiere precisamente a leyes constitucionales sobre la voz de normas jurídicas positivas, sí que podríamos establecer, bajo nuestra percepción, un símil a lo que en Schmitt significa Constitución y ley constitucional. Al respecto nos señala que:

La relación del derecho a una comunidad concreta es de gran importancia; de ella se deduce, ante todo, la distinción entre normas jurídicas fundamentales y normas jurídicas positivas; sólo a estas últimas damos el nombre de derecho. El derecho positivo es siempre una parte de la realidad

---

<sup>340</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 44.

<sup>341</sup> A esta tendencia obscurantista debe oponerse firmemente la tesis de que en todo orden de poder, incluida la democracia, debe existir un titular del poder, una unidad decisoria efectiva: el mínimo de determinación de los mandamientos, esto es, la fijación de su médula, de aquel aspecto esencial que debe subsistir y actuar eficazmente en todo momento, es obra única y exclusiva del titular del poder; es por ello que la existencia del poder está condicionada por el hecho de que sus órganos, en la ejecución concreta del mandamiento, tienen, como límite normal, la individualización del mismo efectuada por el titular del poder. HELLER, Hermann, *La Soberanía...* (1995), *op. cit.*, p. 117.

histórico-espiritual y de ahí que posea en su comunidad, tiempo y espacio determinados, validez empírica; pero solamente él y nunca otra pretendida manera de ser del derecho, posee dicha validez.<sup>342</sup>

A partir de esta diferenciación entre norma jurídica fundamental y norma jurídica positiva, puede concebirse un mejor panorama que rescate de la tensión al término soberanía. Cuando se evoca la voz norma jurídica fundamental no puede caber lugar a dudas de que lo que se está diciendo es Constitución, mientras que cuando se habla de norma jurídica positiva (aun cuando fundamental para el gobierno interno de la entidad local), lo que se está invocando es la voz de una ley constitucional.

En este marcaje, el problema de la soberanía en el Estado Federal o Estado Políticamente Descentralizado<sup>343</sup> resulta de inminente preocupación, en cuanto a la esencia del propio Estado Constitucional. La tarea correspondiente a poder aseverar que la soberanía radica elementalmente en la Constitución Federal y, por tanto, en el Estado Federal, no así en sus localidades, puede llevarnos a varios inconvenientes.

No por nada, el profesor español Ruipérez Alamillo ha denunciado que este tema resulta por demás espinoso en la esencia del Estado Constitucional, donde lo que se tendrá que someter a debate es si la formación Federal es compaginable con éste.<sup>344</sup> Es decir, si la Teoría Constitucional de la Federación es consubstancial a la Teoría del Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Si como hemos venido realizándolo, comulgamos con el pensamiento de Hermann Heller, tanto en su obra *Teoría del Estado*, como en la referente a la Soberanía, tendremos que decir que, en efecto, el único soberano existente es la Federación y, por tanto, la única forma en la que éste puede operar es en el propio Poder Constituyente de la Constitución Federal.

Acertada conclusión es establecer que, por que el Estado Federal es consubstancial al moderno Estado Constitucional, el único soberano posible es el Poder Constituyente, ya que es éste el que elabora, aprueba, establece y sanciona el propio texto Federal como una decisión política fundamental. Como lo hemos ya postulado, lo que se aprecia en las Constituciones regionales, no es un acto propio de soberanía, no materialmente, sino un acto de libertad de autonomía. Como mejor lo sintetizara nuestro profesor Ruipérez “la organización política central y las organizaciones

---

<sup>342</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>343</sup> RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, “Principio democrático y federalismo...”, *op. cit.*, p. 539.

<sup>344</sup> *Ibidem*, pp. 521-522.

políticas regionales se caracterizan, entonces, por ser titulares no de la soberanía, sino de la autonomía.”<sup>345</sup>

Esta misma conclusión ya la adelantaba en su momento, -y sería, de una u otra suerte, compartida por Kelsen- Jellinek, aunque tendencial al Estado Unitario, más para lo que interesa es pertinente rescatar su entendimiento de Estados soberanos y no-soberanos, ante lo cual el Estado Federal es “un Estado soberano formado por una variedad de Estados. Su poder nace de la unidad estatista de los Estados miembro.”<sup>346</sup> Por tanto, cuando se habla de Constitución Federal se está hablando de igual manera, de un acto de soberanía sobre la cual la comunidad total del mismo, ha decidido unirse en tal régimen territorial, por lo que sólo son soberanos en conjunto, y sólo en lo individual son autónomos, ya que no existe una cosoberanía como sí lo afirmara Jellinek.<sup>347</sup>

De tal suerte que, como dijera el maestro Carpizo<sup>348</sup>, la Constitución es un todo jurídico y político que marca los alcances y límites tanto de la federación y de las entidades federativas, “otorgándole a la primera validez normativa espacial sobre todo el territorio y a las segundas una vigencia limitada a ciertas partes de ese territorio”<sup>349</sup>. Lo que no es más que la positivización de una distribución de competencias en el texto Constitucional, que no puede observarse como competencia sobre la competencia, ya que ello encarnaría la negación de la propia Constitución que crea el régimen Federal.

Competencia ha de significar autonomía, más no soberanía.<sup>350</sup> Estos términos en sí mismos son incompatibles en un orden político federado, ya que de lo que se trata es de la coexistencia de autonomías en un orden común, autonomías constitucionales, en lo que Kelsen<sup>351</sup> denominase reparto de competencias. Como lo precisa Ruipérez en cita a Carl Fiedrich:

---

<sup>345</sup> *Ibidem*, p. 546.

<sup>346</sup> JELLINEK, Georg, *Teoría del Estado*, *op. cit.*, p. 662.

<sup>347</sup> *Ibidem*, p. 663.

<sup>348</sup> CARPIZO, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, 9ª ed., Porrúa, México, 1995, p. 226.

<sup>349</sup> *Ibid.*

<sup>350</sup> Así lo ha razonado el Tribunal Constitucional español, por ejemplo, en la STC 4/1981, de 2 de febrero, Fundamento Jurídico 3º, cuando afirma que, las Comunidades Autónomas tendrán un poder limitado, y bajo ningún concepto pueden ser considerados como entes soberanos.

<sup>351</sup> Debe aclararse que Kelsen considera al Estado Federal como un Estado centralizado, de tal forma expone que: “La unidad jurídica, es decir, la extensión de asuntos respecto de los cuales rigen en el Estado federal normas unitarias sobre todo el territorio, es mucho mayor que en la confederación. Es un hecho característico del Estado federal que todo el Derecho civil, penal y procesal, o gran parte del mismo, y amplios dominios del Derecho administrativo, son Derecho común, mientras que la confederación posee una esfera de competencias propia relativamente pequeña.

... podemos hablar apropiadamente de federalismo tan sólo si un conjunto de comunidades políticas coexisten e interaccionan como entidades autónomas, unidas en un orden común y, por supuesto, cada cual con su propia autonomía. Semejante federalismo resulta incompatible con el concepto tradicional de soberanía. No cabe descubrir soberano alguno en el sistema federal [ya operante]: autonomía y soberanía se excluyen mutuamente en un orden político. (...). El único modo teóricamente claro y admisible de plantear el asunto es admitir que, en vez de ser dirigido por un poder soberano, un sistema constitucional descansa sobre el poder constituyente.<sup>352</sup>

En conclusión, lo que se somete a discusión es sólo las competencias de autonomía que tanto la Federación como los Estados miembro tendrán. No son titulares de la soberanía, sino sólo de derechos de autonomía, cuya garantía de vitalidad y vigencia se encuentra amparada por la Constitución Federal, como una decisión política fundamental que elevada a carácter jurídico se vuelve un principio fundamental inmutable mientras así lo quiera el Pueblo soberano en su totalidad, único hacedor y reformador, en su caso, de las decisiones de su voluntad, que como lo expresara Carpizo en comentario a Schmitt, son el fundamento y núcleo de una Constitución.<sup>353</sup>

Como corolario de todo lo aquí discutido, no puede haber mayor duda que, como lo señalara el maestro Ruipérez en cita a Friedrich, en el Estado Políticamente Descentralizado, mejor conocido como Estado Federal, “el único soberano posible es el Poder Constituyente, el cual, tan pronto como la Constitución entra en funcionamiento desaparece de la escena política ordinaria”<sup>354</sup>. Coincidiendo, por lo demás, con el profesor español, entender lo contrario nos llevaría a negar, cuando no a aniquilar, el pacto social.

A este momento del discurso creemos conveniente retrotraernos a las interrogantes que fueron planteadas con anterioridad. Podemos afirmar con cierta puntualidad, que la respuesta a si ¿Cabe hablar de acto de soberanía en la creación particular de cada Constitución regional? es un “no”. Como quedó claro, en un Estado Constitucional cuya forma de organización territorial y gubernamental se base a la idea de un Estado políticamente descentralizado, sólo es posible hablar

---

También es característico para el Estado federal el hecho de que en su territorio hay unidad monetaria, económica y comercial o, por lo menos, existe una fuerte tendencia en este sentido.

La repartición de competencias puede realizarse enumerándose taxativamente en la constitución las competencias reservadas a la unión, es decir, al orden central, entendiéndose que todas las demás corresponden a los miembros, o a la inversa; pero también es posible que la competencia de la unión se halle delimitada en una cláusula general, de modo que la unión debe cuidar de los intereses comunes a todos los miembros, para lo cual precisa decidir en todo caso cuáles son los negocios a que todos interesan. Generalmente, la constitución federal (en la que la competencia de los órganos centrales tiene una extensión considerable) se sirve del primer método, mientras que la constitución de las federaciones utiliza más bien el segundo” KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, 5ta ed., Ediciones Coyoacán, México 2015, p. 272.

<sup>352</sup> RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, “Principio democrático y federalismo...”, *op. cit.*, p. 539.

<sup>353</sup> CARPIZO, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917. Longevidad casi centenaria*, *op. cit.*, p. 226.

<sup>354</sup> RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, “Principio democrático y federalismo...”, *op. cit.*, p. 557.

de soberanía a nivel de la Constitución Federal, toda vez que ésta es expresión inmediata del pueblo soberano como obra del Poder Constituyente.

Las llamadas Constituciones regionales no son, por tanto, un acto de soberanía sino de autonomía territorial. El Poder Constituyente que les da origen no es ilimitado, si se permite la expresión, sería la escenificación de un Poder Constituyente constituido, cuya base se encuentra en la permisión jurídico-política dotada por la Constitución Federal,<sup>355</sup> mediante el reparto de competencias.

Al dar por sentado esto, se tiene que tildar de innecesarias las demás preguntas planteadas, no obstante, es prudente pronunciarnos en un intento por reafirmar y esclarecer el sinuoso y entorpecido camino construido al respecto. Pues bien, lo adelantamos ya en el párrafo previo, en efecto, no cabe la posibilidad de que exista más de un Poder Constituyente dentro de un Estado, aun cuando éste sea federado, ya que aquellos poderes que vía derecho de autonomía dan a sus respectivos territorios una determinada forma de organización política, no son, ni pueden ser ilimitados, constituyentes, serán siempre constituidos; Sus facultades y atribuciones son claramente diferentes a las dotadas al Poder Constituyente encarnado en la decisión política del principio democrático de soberanía popular.

Al ser el Poder Constituyente que da origen a la Constitución Federal el único portador de la soberanía popular como unidad y organización de la voluntad política totalizadora, éste es el único poder ilimitado como fuerza ordenadora.<sup>356</sup> Por el contrario, todo en cuanto sea planteado por éste tendrá la característica de ser un poder constituido, más no constituyente. En tales términos referimos que aquel poder que sirve para llevar a la vida jurídica, por medio de leyes constitucionales la autonomía territorial de un Estado miembro de la federación, en realidad no es un poder soberano, sino un poder de derecho de autonomía, un poder constituyente constituido, cuya obra, en el mejor de los casos, será una ley constitucional, un aparato legal-constitucional, no una Constitución en el sentido de unidad y organización multicitado.

---

<sup>355</sup> CABANAS VEIGA, Manuel, *El federalismo social: un análisis comparativo sobre la eficacia del Estado social en los diferentes territorios en los que se inserta*, VLex, 2019, México, pp. 56-123.

<sup>356</sup> MORTATI, Costantino, "Appunti sul problema della fonte del potere Costituente", en *Raccolta di scritti*, Vol. I., Giufrè, Milán, 1972, p. 358.

### 3.3 NOTAS FINALES

Como se ha podido advertir, el fondo del escrito que se presenta, no es otro que el postular la existencia de una única voz soberana contenida en lo que llamamos Constitución, alejada de cualquier otro intento de normativización aislada y condicionada a un pacto, para el caso mexicano, a un pacto federal. Sólo una norma fundante producto de un Poder Constituyente ilimitado en su función, puede y debe ser nombrada Constitución. Lo que de ella se desprenda, jurídica y políticamente hablando, para organizar un determinado territorio, será, a lo sumo, una ley constitucional, cuyo creador será siempre, un poder constituido, limitado, condicionado y direccionado en todo su actuar.

Sólo el Poder Constituyente es ilimitado, originario y creador de valores políticos,<sup>357</sup> por su parte, los poderes constituidos por inercia del soberano no pueden serlo, pues detrás de ellos y *ex ante* existe un poder que los limita, direcciona y faculta en sus decisiones. Digamos que es una especie de instrumentalización de la organización estatal, cuyo núcleo de mando está contenido en la Constitución Federal, de ella depende lo que pueden ser y sus formas las leyes constitucionales regionales.

La Constitución se diferencia de la ley constitucional (Constitución regional) al ser Norma Suprema y Fundante, a la vez que es una codificación jurídico-política reguladora del procedimiento de formación de la voluntad estatal.<sup>358</sup> Ésta es por su contenido y alcance, siempre más elevada y abarca más que cualquier ley particular,<sup>359</sup> incluso aquella que designe el ejercicio del derecho de autonomías, ya que es la competencia sobre las competencias.

La característica primordial de aquel Código Jurídico-Político Fundamental, es que detrás de él no existe ningún poder que le domine y/o direcciona, pues en él se contemplan las formas y modos de la existencia política de la voluntad general. Es creador, mediante decisión política

---

<sup>357</sup> “es fijación, es absolutización de valores políticos, es puro deber ser, es comienzo *ex novo*, es elisión del pasado y reducción de todo futuro al presente, es inicialmente aceleración histórica inesperada y sucesivamente detención del movimiento, es expresión de un solo proyecto político, individualizado e incondicionado y por ello soberano, es predeterminación de los problemas y planificación de soluciones”. *Cfr.* ZAGREBELSKY, Gustavo, *Historia y Constitución*, Trotta, España, 2005, p. 35.

<sup>358</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 49

<sup>359</sup> “Al relativizar la Constitución en ley constitucional y hacer formal la ley constitucional, se renuncia por completo a la significación objetiva de Constitución. «La nota jurídica esencial de las leyes constitucionales estriba exclusivamente en su fuerza legal aumentada». Duración y estabilidad de la Constitución se reducen a que las formalidades de un artículo constitucional sobre reforma de la Constitución han de resultar obstaculizadoras” *Ibidem*, p. 53.

fundamental, de las leyes constitucionales de los Estados miembros, ahora como decisión jurídica fundamental, a través de su forma política descentralizada.

El Estado Políticamente Descentralizado es un presupuesto que subyace al concepto de Estado Constitucional, a partir del cual se entiende que, en un Estado Federal el único soberano posible es el Poder Constituyente. Corolario obligado, pensar a las leyes constitucionales regionales como actos de autonomía y no de soberanía.

Sólo puede existir una Constitución como *lex superior*, único lugar en donde el soberano se expresa como tal a partir del Poder Constituyente. Los Estado miembros al Estado políticamente descentralizado tendrán como mecanismo formador de su particular forma de gobierno y organización institucional, en el mejor de los casos, una ley constitucional siempre limitada y obediente a la Constitución que ha garantizado su propia existencia y demarcado su competencia.

Por último, aun cuando no es la intención del presente hacer alarde a ello, debe precisarse que la mecánica en que la Constitución asegura el ser reconocida como Norma Suprema y Fundamental, como expresión de la voz soberana en el tiempo y espacio de la realidad viviente, se debe al denominado procedimiento de revisión constitucional, es decir, su procedimiento de reforma, característica que se diferencia del resto de leyes constitucionales por su rigurosa condición de cambio, mismo mayormente dificultado que para éstas, con ello no sólo se postra como *lex superior* sino que garantiza al pueblo soberano la duración y estabilidad de su decisión política, con lo que se acentúa como fuerza vinculante de la sociedad, el Estado y sus instituciones.

La vitalidad y vigencia de una Constitución se debe siempre a su dialéctica entre los factores reales de poder que la forman, donde necesariamente debe imperar un procedimiento de reforma que actúe como propia regulación constitucional de la Constitución, cuya medida habrá de ser, únicamente, el devenir político-social del pueblo.

Por último, debe destacarse un punto medular en la diferencia entre Constitución y Ley constitucional. Como lo hemos abordado en el capítulo precedente, la Reforma Constitucional es un poder constituido primario, mismo que se entiende limitado al ser obra del Poder Constituyente. En contra del poder de revisión, al menos en México, no existe la posibilidad de intentar recurrir su producto por vía de la inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ello en atención a que, al ser un poder constituido primario, está por encima de los poderes constituidos

secundarios, para el caso en concreto, por encima del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo y, obviamente, del Poder Judicial.

Empero, en tratándose de Leyes Constitucionales, al no ser producto inmediato de un Poder Constituyente, sino de una derivación de competencia sobre el pacto federal, las reformas que de éstas se realicen sí que son materia de revisión constitucional por vía de las llamadas Acciones de Inconstitucionalidad, consagradas en el artículo 105, fracción II de la Carta Magna que a la letra establece:

Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

De lo transcrito podemos observar un punto aún más interesante y, es que la propia norma suprema prevé la posibilidad de que un poder constituido secundario como lo es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conozca y resuelva las acciones de inconstitucionalidad en donde se pongan en evidencia contradicciones entre normas de carácter general y la Constitución. Así, la propia Constitución y el poder judicial, han determinado que ante reformas de Leyes constitucionales, opera la interposición de acciones de inconstitucionalidad. En tal sentido, cabe referir que éstas, las mal llamadas Constituciones locales, son tomadas tanto por la Constitución, como por el máximo tribunal de la nación, con una calidad diferenciada en cuanto a su alcance y jerarquía, al grado de contemplarles como normas de carácter general, no así como constituciones propiamente dichas.

Un ejemplo de este tipo circunstancias lo abordaremos *infra*, cuando se trate el tema de las mutaciones constitucionales, específicamente en un estudio de caso que hemos optado por establecerlo a la luz de lo que Hsü Dau-Lin denominara relaciones incorrectas entre la Constitución escrita y la situación constitucional real, es decir, entre normas y realidad constitucional,<sup>360</sup> postradas como incongruencias en donde la realidad, en este caso de las leyes constitucionales, contradicen a la Constitución, provocando con ello una inconstitucionalidad.

---

<sup>360</sup> DAU-LIN, Hsü, *Mutación de la Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998, p. 31.

## CAPÍTULO IV. LA PROBLEMÁTICA EN LA CONCEPCIÓN DE LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

### 4.1 MUTACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Como hemos ya indicado, la Reforma es el método que la misma Constitución establece para adecuarse a la realidad. Es Jellinek de los primeros en analizar las transformaciones a la Norma Fundamental, al estudiar la historia de las instituciones políticas; define a la reforma constitucional como “la modificación de los textos constitucionales producidas por acciones voluntarias e intencionadas”.<sup>361</sup>

Entendemos que Jellinek se basa en un voluntarismo; no obstante, consideramos que su definición, en un primer momento pareciera limitada, sin embargo, propone el concepto de reforma constitucional de este modo para posteriormente referirse a la mutación constitucional; desde nuestra óptica, este ejercicio fue intencional. Siguiendo ese mismo método, nos referiremos a la mutación constitucional y sus límites; explicaremos los límites a la reforma constitucional para subsecuentemente estudiar la Mutación, en virtud de que la segunda tiene como referencia a la primera.

Por su parte, Carl Schmitt define la reforma constitucional como la “Reforma del texto de las leyes constitucionales vigentes, hasta el momento; aquí corresponde también la supresión de prescripciones legal-constitucional aislados”<sup>362</sup>. Complementa su definición estableciendo que la palabra constitucional (revisión) resulta ser inexacta, porque no se trata de reforma de la Constitución misma, sino tan sólo revisión de las determinaciones legal-constitucionales, en virtud de que la Reforma Constitucional no es, pues, destrucción de la Constitución, en virtud de que en ella se encuentran los principios fundamentales de un país y estos no pueden ser suprimidos, por una ley ordinaria, ni por una ley de reforma de la propia Constitución, sino solamente por un nuevo acto del Poder Constituyente del pueblo alemán.

El autor alemán realiza una distinción entre los preceptos constitucionales, puesto que existe una jerarquía entre ellos, hay preceptos que pueden modificarse a través de la reforma constitucional (preceptos legal-constitucionales), y existen otros que se caracterizan por plasmar

---

<sup>361</sup> JELLINEK, Georg, *Reforma y Mutación de la Constitución*, op. cit., p. 9.

<sup>362</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 153.

una decisión política fundamental (principios jurídicos políticos fundamentales). La única forma de transformación de estos últimos preceptos es por el Poder Constituyente del Pueblo. Porque no es admisible suponer que un poder constituido como es de la reforma constitucional, esté facultado para suplantar la voluntad del Pueblo como titular del Poder Constituyente.

Karl Loewenstein acentúa un doble significado a la reforma constitucional, uno formal y uno material. En el sentido material define a la reforma como la denominación de la técnica por medio de la cual se modifica el texto, tal como existe en el momento de realizar el cambio de la Constitución. Su definición, en sentido material, es el resultado del procedimiento de enmienda constitucional, esto es, el objeto al que dicho procedimiento se refiere o se ha referido.<sup>363</sup> Aquí el autor realiza una distinción entre norma de reforma y la reforma misma.

En su libro, hace referencia a otra técnica de reforma, la denominada reforma tácita, sin embargo, de esta técnica de modificación constitucional, no somos partidarios por su difícil entendimiento y reconocimiento, que origina normalmente confusión. En lo que respecta al procedimiento de reforma constitucional, sí coincidimos con Loewenstein, ya que ésta debe ser tratada con máximo cuidado y reserva, así como consensuadas por los partidos políticos;<sup>364</sup> de lo contrario, cuando estas reformas son impuestas, se daña el propio sentimiento constitucional.

Como hemos dicho, la reforma de la Constitución se encuentra limitada por ciertos principios o valores fundamentales, que el poder constituido jamás podrá tocar, puesto que estaría atentando contra la esencia de la misma norma suprema, porque en ella se consagra la voluntad del Poder Constituyente y, si se cambiara esa voluntad, se estaría cambiando de Constitución, no necesariamente por vía de la sustitución, sino del falseamiento y/o fraude de ella.

Estos límites implícitos que se encuentran en la Constitución Mexicana de 1917, se dividen en formales y materiales, estos últimos se dividen en concepto de Constitución, que abarca tanto los derechos fundamentales y división de poderes, así como el contenido político del Texto

---

<sup>363</sup> LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, op. cit. p. 165.

<sup>364</sup> Vid., CABANAS VEIGA, Manuel, “La raíz de la corrupción política en España”, *Nueva revista de política, cultura y arte*, N° Extra 5, 2020, México, pp. 63-78.

Constitucional que se encuentran plasmados en el artículo 40, que establece que “es voluntad del Pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal...”<sup>365</sup>

Una vez dejado en claro esto, conviene ya adentrarse en el tema predispuesto para este apartado, que es el de la mutación constitucional, como mecanismo de cambio y adaptabilidad a la realidad político-social, lo que hemos optado por llamar, adaptación de la realidad constitucional.

Así, la mutación, al igual que la reforma constitucional, obedece a requerimientos políticos y a urgencias históricas, donde se trata de producir el acoplamiento entre la normativa jurídica y la siempre cambiante realidad política. Como decíamos, fue Jellinek el primero en ocuparse del tema sobre el cambio en la Constitución, ello devenido de la creación conceptual sobre cambio hecho por Laband, a quien sin duda, se le debe el término “*Verfassungswandlung*”.<sup>366</sup> En la conceptualización de ésta, Jellinek refería que a diferencia de la Reforma, en donde el cambio se debe a acciones voluntarias e intencionadas, la mutación de la Constitución es “la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente y que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación”.<sup>367</sup>

Como se observa, dos diferencias tangenciales se advierten de esta posición. En un primer momento, en que la mutación no se trata de una modificación del Texto Constitucional. En este caso, la Norma Suprema, formalmente queda intocable, pues no se afecta su texto. Se podría decir que, la voluntad soberana materializada en el texto supremo, no se ve perturbada en lo más mínimo. No obstante, esta premisa, *per se*, como trataremos de evidenciar, no resulta necesariamente correcta. Por el contrario, ante este tipo de cambios, que pueden no ser necesariamente adaptaciones, se puede llegar en forma mucho más rápida que por otra vía, a la violación de la Constitución, ya sea mediante su falseamiento o su transgresión, peculiarmente, a través de la mutación ejercida por la judicatura.

En un segundo punto, la diferencia se acentúa en la percepción de intencionalidad. Mientras que, para la revisión, Jellinek determina comprenderla como acciones intencionadas, en tratándose de la mutación no es así, en virtud de que la intencionalidad, a nuestro parecer, la hace depender

---

<sup>365</sup> No obstante, no podemos dejar de mencionar que, en la historia de nuestro país, en la Constitución de 1824, se establecía como cláusula pétrea la religión, ya que en su artículo 3 afirmaba lo siguiente “la religión de la nación mexicana es y será perpetuamente la católica, apostólica y romana”.

<sup>366</sup> DAU-LIN, Hsü, *Mutación de la Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1998, p. 29.

<sup>367</sup> JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, *op. cit.*, p. 9.

de las fuerzas sociales y políticas implicadas en el cambio, es decir, en la necesidad de adaptabilidad de la realidad constitucional. En la reforma, se tiene intención clara de cambiar el texto de la Constitución; en la mutación, la intención va enfocada al cambio de sentido o alcance de la norma constitucional que se somete a interpretación y, ésta, se dará para un caso en particular, ya desde el escenario legislativo al emitir una norma ordinaria o, bien, desde el estadio de la interpretación judicial.

Como hemos adelantado, estas dos instituciones, aún con diferencias contundentes, son sumamente coincidentes en cuanto a su finalidad y sistematización, al punto de ser interdependientes en el proceso de normar la normalidad, adaptando el texto constitucional. Esta aseveración es coincidente con el pensamiento, si acaso sea, del más lúcido de los discípulos del maestro de la integración política y, quien, con sin igual cautela y profundidad, analizara el tema de la mutación constitucional, siendo el primero en concebirla como una facultad constitucional, y, por lo tanto, limitada, nos referimos claramente a Hsü Dau-Lin.

La obra de Dau-Lin, denominada *Die Verfassungswandlung*, es dedicada a su maestro Smend. En tal texto, a la postre de subrayar la interrelación teórica de la Constitución y la práctica constitucional, deja en evidencia cómo se puede llegar a perder el contenido material-valorativo de una Constitución, allá donde, la praxis continua y, aparentemente ilimitada de la mutación, hacen decir a la Constitución, lo que ésta no ha llamado a decir, por la voz soberana.

En este sentido, Hsü Dau-Lin afirma que es claro que la mutación constitucional y la revisión o reforma constitucional son términos, en cierta manera, complementarios y, a la vez, excluyentes, en virtud de que en la medida en que un ordenamiento constitucional se ve sometido a reformas continuas, la mutación no aparece; a la inversa, en la medida en que no se recurre a la reforma, inevitablemente aparece la mutación constitucional.<sup>368</sup>

Debe adelantarse, al igual que en su momento reprodujéramos para la Reforma, que las mutaciones constitucionales sólo tienen relevancia en las Constituciones escritas, no así en las no escritas como el caso de la Constitución británica. De igual forma, se aprecia que la problemática entre Derecho y Política —realidades—, igualmente fluctúa en la generación del cambio vía mutación, ya que, el fundamento último de ésta, la mutación, es la naturaleza del Estado como

---

<sup>368</sup> DAU-LIN, Hsü, *Mutación de la Constitución*, op. cit., p. 30.

realidad vital, dinámica. La naturaleza vital del Estado condiciona la posibilidad y la necesidad de transformarse éste y sus instituciones y también su Constitución.

Si esto es así, la realidad del Estado no puede ser estática, siempre se encontrará en constante cambio, en constante contradicción en no pocas ocasiones con la realidad jurídica imperante; y, éste, es el momento natural de la mutación. Como hemos advertido, la reforma habría de ser concebida como la *ultima ratio* de la adaptabilidad y cambio, si *ex ante* se puede realizar el cambio, sin la alteración necesaria del texto constitucional, ello es más que preferente, puesto que el poder de revisión debe entenderse como excepcional ante la inadmisibilidad de otro mecanismo de cambio. Como lo precisara Lucas Verdú, en el estudio introductorio a la obra de Dau-Lin: la abundancia de normas dentro de los textos constitucionales implican que “una reforma constitucional sea innecesaria si puede resolverse la dificultad mediante la mutación constitucional.”<sup>369</sup>

La percepción del término vitalidad estatal, resulta imprescindible al abordar el tema de la mutación, ya que a través de éste, se entenderá la necesidad de mutar el significado de la norma suprema. Y, es que, cuando se cuestionan las necesidades vitales del Estado, en atención a la validez que la norma pueda tener en un continuo hecho social determinado, la norma tendrá sólo un valor secundario, si acaso, se podrá hablar de vigencia normativa, pero no necesariamente de validez constitucional. Las necesidades sociales y políticas de una comunidad determinada, direccionarán el cumplimiento constitucional, el sentimiento de ésta, más no necesariamente su articulado.

Dirá Lucas Verdú “si la singularidad valorativa del derecho constitucional se deduce como algo necesario para la realidad constitucional, es algo permitido por la intencionalidad de la Constitución, entonces la mutación constitucional no es quebrantamiento de la Constitución, ni simple regla convencional como sostuvo Hastchek, sino derecho. Es Derecho aunque no concuerde con el texto legal; es derecho aunque no pueda comprenderse y entenderse mediante los conceptos y construcciones jurídicas formales”.<sup>370</sup> Es Derecho, en tanto y en cuanto, la necesidad viviente, esa vitalidad que conduce y avanza en el mundo de lo externo, en la realidad física, se vuelve

---

<sup>369</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo, “Una aportación ejemplar a la teoría de las mutaciones constitucionales: La obra de Hsü Dau-Lin”, en DAU-LIN, Hsü, *Mutación de la Constitución, op. cit.*, p. 10.

<sup>370</sup> *Ibidem*, p. 11.

realidad política. Condición necesaria e indispensable, para ser abarcada por el cambio y la evolución.

La fundamentación de la inconsistencia, de la posible inconveniencia con el Texto Constitucional, como no podría ser de diversa forma, se debe a las necesidades políticas contenidas en las exigencias y expresiones de vitalidad del Estado, entendiendo por éste a su Comunidad Política. De cierta forma, estas necesidades vitales se vuelven, por el principio de soberanía popular y de supremacía constitucional, un fundamento jurídico, aún contra de la legalidad derivada del texto constitucional. No obstante, debe dejarse claro que, como para el caso de la revisión, estas exigencias y expresiones no pueden estar por encima “del todo constitucional”, existen límites, que no son mera formalidad o legalidad, sino legitimidad misma.

No toda percepción, aparente, de contradicción entre Texto Constitucional y realidad constitucional, pueden ser valoradas como superadas a través de la mutación de la Constitución. Si bien ésta, implica una relación incorrecta entre Constitución y realidad, ello no puede implicar necesariamente, que en cualquier caso y ante cualquier precepto constitucional, puede apelarse a la mutación como mecanismo de cambio.

Ante ello, resulta más que necesario traer a colación el significado del concepto “mutación constitucional”. Para Dau-Lin, alejándose del positivismo de Jellinek y Laband y, acotando sus ideas sobre la singularidad valorativa de la normatividad constitucional, expresará que las mutaciones son el resultado de “la incongruencia que existe entre las normas constitucionales por un lado y la realidad constitucional por el otro.”<sup>371</sup> Tal incongruencia se da cuando la realidad para la cual fue emanada la norma constitucional, ya no coinciden con ésta, originando una tensión entre Constitución escrita y situación constitucional real.<sup>372</sup>

La importancia de las mutaciones constitucionales se encuentra en que a la vez que respetan la letra, y aun el espíritu de la Constitución, se logra integrar al texto constitucional la realidad política cambiante. Así, el ordenamiento político constitucional no se quebranta, se abrevia su modificación y, con ello, se resuelven más eficaz y rápidamente las exigencias político-sociales del momento.<sup>373</sup>

---

<sup>371</sup> DAU-LIN, Hsü, *Mutación de la Constitución*, op. cit., p. 29.

<sup>372</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>373</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, Tecnos, España, 1984, p. 145.

Es Herman Heller quien establece que no pueden analizarse por separado lo dinámico y lo estático, ni la normalidad y la normatividad, el ser y el deber ser.<sup>374</sup> La normatividad y la existencia (normalidad) no son para el Estado cosas opuestas, sino condiciones recíprocas<sup>375</sup>. La normatividad no se establece por sí sola, debido a que para su efectividad se requiere que exista necesidad de la misma. De acuerdo con este autor, las normas jurídicas exigen una normatividad consciente, se busca el deber ser, porque la normalidad requiere ser reforzada por la normatividad.

Para Heller, la Constitución normada no consiste nunca de modo exclusivo en preceptos jurídicos autorizados por el Estado, sino que, para su validez, precisa siempre ser completada por elementos extra jurídicos, como la aceptación por parte de aquellos a quienes la norma se dirige y la observan. Este autor asienta que los preceptos pueden sufrir una evolución gradual y, no obstante, permanecer inmutable el texto del precepto constitucional, a pesar de que su sentido experimenta una completa revolución.

Tal cambio de significado del precepto jurídico se realiza gracias a los principios jurídicos cambiantes, que vienen a ser la puerta por la cual la realidad penetra a diario en la normatividad. Así se hace posible el permanente acoplamiento de la normatividad respecto a la normalidad, y puede, en esta forma, concebirse a la Constitución total del Estado como forma cuya existencia se desarrolla.

La Constitución normada jurídicamente es completada por normas no jurídicas, pero éstas, a la vez, se pueden encontrar en oposición a ellas, y esta normalidad se puede revelar más fuerte que la normatividad, lo que constituiría una mutación constitucional. Hablamos de realidades jurídico-políticas, que incluso pueden venir de sectores ajenos, propiamente, al derecho, apreciables en la actuación de agentes políticos, tribunales, representantes políticos estatales, incluso, ejecutivos locales, en el ejercicio de sus funciones, tanto constitucionales, como de las contenidas en sus respectivas Leyes constitucionales locales.

El orden normativo de un Estado por total que sea, nunca podrá absorber toda la realidad social y eliminar su fuerza productora de Derecho. Es justamente en este aspecto en el cual la reforma constitucional y la mutación constitucional tienen muchas veces el mismo contenido, y

---

<sup>374</sup> HELLER, Herman, *Teoría del Estado* (1983), *op. cit.*, p. 269.

<sup>375</sup> *Ibidem*, p. 212

sólo pueden ser diferenciadas por el carácter estatal de creación y aseguramiento que acompaña a la reforma constitucional.

La estructura constitucional, debe ser englobante o integradora donde concurren y aparezcan inter-compenetradas la facticidad y la normatividad. El hecho del reconocimiento de la realidad constitucional, como una realidad englobante y superior, supone la asimilación y la justificación dentro de ella de las mutaciones constitucionales.

#### 4.2 NATURALEZA DE LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

En términos muy concretos, podemos referir que la naturaleza de la mutación constitucional, esencialmente viene dado desde lo político.<sup>376</sup> Desde lo que hemos reconocido como necesidades vitales de la comunidad política. Ello se entiende, desde lo sostenido por el profesor Wong Meraz, cuando afirma que tanto el Estado, como el Derecho Constitucional son realidades sociales vivas, en virtud de que ambos, implican verse sometidas ante la categoría de fenómenos de convivencia, de fenómenos sociales, en tanto tales, son fenómenos dinámicos.<sup>377</sup>

Las mutaciones constitucionales, no son una categoría explícita o única de lo jurídico. Si bien el ámbito jurisdiccional es donde, con mayor ahínco se pueden observar y, desde donde mayor importancia llegan a tener, éstas bien pueden presentarse a nivel legislativo y ejecutivo, incluso, fuera de los poderes estrictamente del Estado, cayendo en praxis de agentes políticos estatales y sus respectivos poderes constituidos locales.

Como con acierto señalara Mortati, las mutaciones constitucionales hallaron luz con la diferencia acentuada por los alemanes de los siglos XIX y XX, cuando estos se plantearon la distinción entre Constitución material y Constitución formal.<sup>378</sup> Una discusión inacabada entre lo político y lo jurídico, desde donde se establecía —en la escuela alemana de Derecho Público, iniciada por von Gerber y von Gierke— que metodológicamente se debía separar lo político y lo jurídico. Paradigmáticamente, como hemos dicho, los primeros en analizar tal concepto, fueron

---

<sup>376</sup> "... se puede concluir que el fin político, en cuanto incorporado en una institución estatal, no sólo no pertenece a un estadio prejurídico, sino que, formando la esencia misma de la Constitución fundamental, se convierte en la primera fuente del derecho del Estado." MORTATI, Costantino, *La Constitución en sentido material*, op. cit., p. 122.

<sup>377</sup> WONG MERAZ, Víctor Alejandro, *Constitución mexicana. Reforma y Mutación*, op. cit., p. 139.

<sup>378</sup> MORTATI, Costantino, *La Constitución en Sentido Material*, op. cit., p. 122.

Laband y Jellinek, ante la diferencia entre reforma constitucional y mutación de la Constitución, mismos que fueron notables pensadores salidos de esta misma escuela alemana. En consecuencia, no podrá negarse que las apreciaciones sobre la mutación, se dieron desde una vertiente netamente normativista y, que como resulta lógico pensar por la temporalidad, se hablaba de la Constitución de Weimar.

El punto central fue observar a la Constitución, claramente la del Reich, como un ente normativo. “Las Constituciones son leyes, las cuales proporcionan a la continuidad del derecho una especial firmeza y estabilidad, que ningún aspecto de la legislación ordinaria puede ofrecer y, en este sentido, son la codificación de lo más fundamental del derecho estatal.”<sup>379</sup>

Para el primero de ellos, Laband, la mutación es una problemática nacida en el contraste entre Constitución y su transformación fuera de mecanismos formales como lo es la reforma, que puede presentarse aún a pesar de la ley. Su función, es dar continuidad y estabilidad al Derecho, en cuanto codificación de lo más fundamental del Estado.<sup>380</sup> Se entiende así, que para el profesor alemán, aun cuando la Constitución es un aparato netamente jurídico en sentido estricto, el Estado y sus agentes, pueden transformarla sin necesidad de modificar, formalmente, su texto, dejando a salvo la decisión primigenia en la letra, pero valorando la necesidad de una visualización diferente en su sentido aplicativo y valorativo, lo que implica dotar de fuerza normativa al texto constitucional, acentuando como decisión y voluntad. Así lo expresaría textualmente al añadir que:

... observa que cuando uno se procura un conocimiento preciso y definido de la Constitución se encuentra por un lado, que contiene disposiciones numerosas de significado subordinado y pasajero, de escaso interés para la mayoría de la población, y que por el otro, la esencia real del derecho del Estado plasmada en la Constitución puede experimentar una modificación radical y significativa sin que el texto constitucional vea alterada su expresión escrita.<sup>381</sup>

Por su parte, en Jellinek la mutación nace dada a partir de la rigidez constitucional, en aquellos casos en donde ésta, constituye una garantía insuficiente para asegurar la fuerza normativa de la Constitución.<sup>382</sup> Como lo adelantábamos, la diferencia para nuestro autor, entre la mutación y la reforma, es el término intencionalidad que se deja observar en la revisión constitucional.

---

<sup>379</sup> LABAND, Paul: «Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung», publicado en el *Jahrbuch der Gehe-Stiftung zu Dresden*, 1895, pp. 149-186; citado por SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria, “Mutación Constitucional y Fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 2020, p. 108.

<sup>380</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>381</sup> WONG MERAZ, Víctor Alejandro, *Constitución mexicana. Reforma y Mutación*, op. cit., p. 145.

<sup>382</sup> *Ibid.*

Aunado a ello, precisará que, toda vez que no se trata de acciones intencionadas, la Constitución puede ser reformada ajustándose o no a Derecho. La Constitución se «reforma» según el mecanismo descrito en la misma para su modificación. Pero también considera como reforma constitucional el cambio o supresión de la Constitución por vía revolucionaria o su modificación consuetudinaria.

En contraposición, la mutación es un cambio operado por actos sin intención de cambiar el texto constitucional. Así hace referencia a la mutación constitucional a través de la práctica parlamentaria, por la administración y por la jurisdicción; a la necesidad política como factor de la transformación de la Constitución; a la mutación constitucional resultante de la práctica convencional; a la mutación de la Constitución por desuso de las facultades estatales y al problema de las mutaciones constitucionales consecuencia de las lagunas de la Constitución y su integración. En este contexto, hace referencia, de forma desigual, a los cambios producidos por las costumbres, por actos normativos.<sup>383</sup>

En su momento, dirá que “lo que parece en un tiempo inconstitucional emerge más tarde conforme a la Constitución y así la Constitución sufre, mediante el cambio de su interpretación, una mutación. No sólo el legislador puede provocar semejantes mutaciones, también pueden producirse de modo efectivo mediante la practica parlamentaria, la administrativa o gubernamental y la de los tribunales.”<sup>384</sup> De tal forma, se trata de un ejercicio de interpretación de la norma constitucional, desde donde, subrepticamente, poco a poco, la Constitución, adquiere y se ve investida de un significado totalmente distinto al que tenía en el sistema jurídico ordinario.

Jellinek, establece que no existen límites a la mutación constitucional ya que es imposible trazarlos. Las mutaciones constitucionales, son, en esencia, el resultado de una actuación de fuerzas elementales difícilmente explicables. El único criterio que cuenta es el de su imposición de hecho, con el resuelto de que sobre la juridicidad o antijuricidad de una determinada modificación lo que decide es su éxito o fracaso: el *fait accompli*, el hecho consumado.<sup>385</sup> En tal sentido, la mutación

---

<sup>383</sup> SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria, “Mutación Constitucional y Fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto”, *op. cit.*, p. 111.

<sup>384</sup> JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>385</sup> *Ibidem*, p. 35.

se corresponde en Jellinek como un factor de necesidad política, más que de injerencia jurídica, dirá entonces que:

Las usurpaciones y las revoluciones provocan en todas partes situaciones en las que el Derecho y el hecho, aunque tienen que distinguirse estrictamente, se transforman el uno en el otro. El *fait accompli* —el hecho consumado— es un fenómeno histórico con fuerza constituyente, frente al cual toda oposición de las teorías legitimistas es, en principio impotente.

No solo en los momentos cruciales de la historia de los Estados, también durante el curso de la vida normal de los mismos, esa *necessitas* puede surgir de manera sorprendente y transmutar la organización estatal contra la letra de la Constitución. Cabe estudiar este notable fenómeno con total claridad cuando se crean *ex novo* las Constituciones, porque no hay previsión humana capaz de determinar la formación real de nuevas instituciones que no han sido experimentadas. Muy a menudo la institución planeada sufrirá, en semejantes casos, sin cambio alguno de los textos legales afectados una transmutación posiblemente muy profunda, a causa de circunstancias previstas o imprevistas, y tal vez enseguida o al poco tiempo.<sup>386</sup>

Como no es de sorprender, el posicionamiento de Jellinek se ve investido, entre otras cosas, por su formación sociológica e histórica sobre el derecho y la política, que contrariando los postulados de la escuela de von Gerber y von Gierke, precisa el estudio metodológico del Derecho, desde un enfoque de la fuerza normativa de lo fáctico, que se colma sobre el aforismo *ex facto oritur ius*, afirmación que como precisara Lucas Verdú en el estudio preliminar hecho a la obra sobre mutación y reforma de Jellinek, resulta ser a todas luces positivista, edulcorada —dirá el maestro español— merced a la tesis sobre el *mínimum* ético y a las consideraciones sobre la justificación y finalidad del Estado.<sup>387</sup>

En nuestra percepción, aun cuando no compartimos lo ilimitado de la mutación, sí que compartimos el estudio metodológico hecho por el maestro de Heidelberg, en el sentido de compartir el hecho de que la norma, el Derecho, no son más que significaciones de acciones humanas, de lo político. La significación normativa estriba en la propiedad de nuestra naturaleza que reproduce, más fácilmente, lo que ha sido ya fisiológica y psicológicamente realizado que lo que le es nuevo. La evolución del Derecho y de la normalidad, los orígenes del Derecho y de la comprensión de la existencia del orden jurídico son posibles mediante la consideración de la fuerza normativa de los hechos, porque lo real tiene en general una tendencia psicológica a transformarse en obligatorio.<sup>388</sup>

---

<sup>386</sup> JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, op. cit., pp. 35-36.

<sup>387</sup> Cfr. LUCAS VERDÚ, Pablo, “Estudio Preliminar”, en JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, op. cit., p. LXIV.

<sup>388</sup> *Ibidem*, p. LXV.

A nuestro entender, el Derecho no es más que un medio de control social, nunca autónomo en su génesis y siempre respondiente a caprichos del decisionismo. Si bien, se complace en ser un cúmulo de normas y principios que dan fondo e identidad a la forma en que una determinada sociedad habrá de desarrollarse y conducirse, éste tiene por cualidad el no ser inmutable. Se hace depender de categorías como “tiempo y espacio”, lo que le da vitalidad es cierto, pero también se encuentra condicionado siempre a necesidades sociales y políticas, éstas últimas las de mayor calado, pues le sujetan, le oprimen y le controlan.

De lo anterior, bien se pueden apreciar, cuando menos, dos factores circundantes sin los cuales el Derecho no encontraría razón: 1) es un producto de la sociedad, su estructura responde a algo creado y no a un creador de condiciones; 2) como justo corolario de lo anterior, el Derecho se presenta como el resultado de una decisión (consenso o no). Antes de él, ya ha existido alguien que le ha forjado, que lo ha moldeado, que ha decidido ex ante, lo que ha de ser Derecho y lo que no ha de serlo.

Ahora bien, en el lienzo “contrario”, identificamos que la Política lejos de ser una simple práctica social, es una condición humana, es un requisito *sine qua non* de lo que llamamos sociedad, es, por decirlo de alguna forma, la amalgama del sujeto social. No es una invención o una herramienta, sino la forma en que el individuo se vuelve sujeto de lo social. Es organización, es decisión, es la meta-materialización de una sociedad cualquiera que sea su forma de vida. Sociedad y política se vuelven un binomio inseparable y es a partir de aquí donde se crea, se controla y se direcciona, lo demás son meros beneficiarios, herramientas o mecanismos para hacerlo.

No obstante, en la conjetura entre sociedad y política, adherido a la segunda se gesta un concepto más, a partir del cual las categorías o factores en sociedad comienzan su juego de control, que es el concepto de lo político. Aquí, éste no significa necesariamente organización, sino como lo dijera el Maquiavelo de Joly, significa dominio, significa poder: “... Todos los hombres aspiran al dominio y ninguno renunciaría a la opresión si pudiera ejercerla”.<sup>389</sup> Traducción que ha llevado a apreciar a la Política como el arte de ejercer el poder, razón más que válida para atestiguar la génesis de éste y la forma en que se ejerce, con independencia de quién o qué, momentáneamente, pueda ostentarlo.

---

<sup>389</sup> JOLY, Maurice, *Diálogos en el infierno entre Maquiavelo y Montesquieu*, Muchnik Editores-Colofón, México, 2016, p. XIX.

Al respecto, Jellinek dirá que la política, en tal entendido, es la ciencia del Estado, su fuerza motora, el hecho vuelto realidad y condición del Estado; es su ciencia aplicada que estudia cómo el Estado puede alcanzar determinados fines, y qué considera los fenómenos de la vida del Estado desde el punto de vista teleológico, que es como un punto de referencia, un criterio, para juzgar los hechos y las relaciones.<sup>390</sup> “La política en cuanto a ciencia práctica es a su vez un arte, y está, por tanto, esencialmente orientada hacia el futuro; en tanto la doctrina del Estado, en cuanto doctrina del ser, se ocupa del pasado y de lo actual; mas también pueden las investigaciones políticas extenderse al pasado y a lo actual y sacar de ellos enseñanzas para el porvenir. Cuando así lo hace, cuando se dirige a lo actual, la política toma el carácter de una doctrina crítica y juzga de lo dado según los resultados que ha alcanzado ella en sus razonamientos teleológicos, siendo éste el criterio de que se sirve para decidir qué se debe transformar y qué conservar.”<sup>391</sup>

Si de algo podemos estar seguros, es que entre política y Derecho hay una comunión poco usual, es el lugar en donde se concatenan dos polos de una misma realidad, por un lado, toda actividad social es perfilada por la política y, a la vez, ésta es sellada, cooptada y controlada-garantizada por la fórmula jurídica. Aun cuando existe un aparente antagonismo, lo cierto es que entre Política y Derecho no puede darse un sentido polémico, ya que entre ambas siempre debe existir consonancia, salvo que lo pretendido sea imposición o decisionismo. El actuar político, está acotado, por su propia voluntad, a un límite normativo, pero a su vez, comportando auto-límites a la aplicación normativa, que se corresponde con la voluntad político-social.

Empero, algo hay que precisar al respecto y, es que, aun cuando lo que pueda primar es lo político, ciertamente, en cuanto estructura objetiva, ésta queda acotada, contextualmente al cuerpo jurídico. Nada, idealmente, puede y/o debe, quedar al margen de la estructura jurídica que informa y disciplina el actuar social, con la única salvedad de la legitimación con que el cuerpo normativo, pueda ser alterado, modificado o reestructurado, a través del designio de la fuerza vinculante de lo político, de lo fáctico dirá Jellinek.

En esta ambivalencia entre lo político y lo jurídico, entre el cambio y la necesidad de éste, debe observarse en forma equitativa; por un lado, que la acción política no puede por simple

---

<sup>390</sup> JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pp. 62-63.

<sup>391</sup> *Ibidem*, pp. 63-64.

capricho violentar o hacer violar los principios que fundamentan lo jurídico.<sup>392</sup> Para ello, el texto fundante ha precisado los medios y las formas, institucionales para realizarlo, todo lo que fuera de ello se realice, en contravención, será netamente acción política que se encuentra fuera del contexto jurídico, al punto de rayar o verle situado en la ilegalidad. Por esta vía, también se puede llevar al falseamiento de la Constitución.

Por su parte, a través del Derecho no puede desvincularse la voluntad y decisión constituyente, aun cuando se busquen y/o generen mecanismos de cambio o transformación, no se puede atentar contra el núcleo estable e irreformable del texto constitucional, nunca menos amparado en mera legalidad. Metodológicamente, las cuestiones de carácter político, sólo pueden ser tratadas, manejadas y discutidas dentro del mismo orden que les da razón y sentido. Sólo mediante la práctica de lo político, de lo vinculante meta-jurídicamente hablando, puede llegar a criterios políticos. En todo caso, se precisará de normas puramente políticas, no jurídicas.

Así lo entendería Jellinek, puesto que para éste lo dado expresa una significación normativa de las cosas humanas, percepción que se identifica con el análisis histórico del cual le dota a la concepción de Estado, en su visión dinámica. En otras palabras, se entenderá como en él, que todo derecho debe contener la posibilidad de ser realizable, por la necesidad de ser real. Lo que no puede llegar a alcanzar la realidad, jamás debe ser objeto de la investigación jurídica.

Sin embargo, aún con todo lo dicho y, con que en esencia se comparte el pensamiento de Jellinek, se debe precisar que el profesor alemán, bajo nuestro entendimiento, yerra al apreciar a las mutaciones constitucionales como una actividad sin límites. Su pensamiento resulta entendible, desde su tesis de que el Estado es un producto de las relaciones de poder que habitan en la sociedad. A nuestro favor, a partir justamente de este posicionamiento de factores de poder, es que la mutación debe ser la primera forma de cambio y adaptación constitucional, a la cual se le debe comprender limitada, acotada a la posibilidad real de lo social.

Para nuestro autor, las acciones «voluntarias e intencionadas» que dan lugar a la reforma pueden situarse, incluso, al margen del Derecho. En tal sentido, resulta lógico que para éste, la mutación sea igualmente practicable fuera del Derecho como algo ilimitado. Lo que de inicio resulta totalmente contradictorio de concebir. Esto es así, ya que como hemos dicho, en principio

---

<sup>392</sup> Cfr. MARTÍNEZ PINEDA, Ángel, *Política y Derecho*, Porrúa, México, 2001, p. 4.

la reforma constitucional es una herramienta dada a través de la decisión del Poder Constituyente, es decir, es una herramienta cuyo juego es netamente jurídico. En tal sentido, ésta es totalmente contraria a la revolución, ya que lo que ésta busca, la revolución, es de carácter puramente político en el sentido de ir contra el derecho previamente establecido.

De alguna buena forma, se tendrá que decir que, la revolución, es la institución más antijurídica posible dentro de una sociedad.<sup>393</sup> La reforma, siendo una herramienta jurídica, puede hacer todo menos ir contra el propio sentido que le ha dado razón de vida. El término revolución implica liberación, constriñe la idea de refundación, de nueva Constitución, lo que, bajo una muy básica lógica, implicará afirmar que ésta se insta en contra del Derecho previamente establecido, es decir, su génesis se crea a partir de la ilegalidad, si se quiere, legitimada por quienes luchan por un cambio. Ante esto, resulta pertinente traer a estas líneas, a quien a nuestro parecer es la maestra sobre la concepción de la revolución, claramente hablamos de Hanna Arendt, quien afirma que:

... en tanto que el fin de la revolución es el establecimiento de la libertad, el experto en política sabrá, al menos, evitar el escollo en que tropiezan los historiadores, quienes tienden a acentuar la etapa inicial y violenta de la rebelión y la liberación, la insurrección contra la tiranía, en detrimento de la segunda etapa, más tranquila, de la revolución y la constitución, debido a que en la primera parecen estar contenidos todos los aspectos dramáticos de su historia y quizá, también, debido a que el tumulto de la liberación ha significado muchas veces la derrota de la revolución. Tal tentación, en la que incurre el historiador debido a que es sobre todo un narrador, va unida a la teoría, mucha más perjudicial, según la cual las constituciones y la fiebre constitucionalista, lejos de ser expresión del verdadero espíritu revolucionario del país, en realidad se debieron a las fuerzas reaccionarias y significaron la derrota de la revolución o su paralización, de tal forma que –en buena lógica- la Constitución de los Estados Unidos, la culminación de este proceso revolucionario, es concebida como el resultado real de la contrarrevolución. El error fundamental de esta teoría es que no distingue entre liberación y libertad; no hay nada más inútil que la rebelión y la liberación, cuando no van seguidas de la constitución de la libertad recién conquistada. En efecto, “ni la moral, ni la riqueza, ni la disciplina de los ejércitos, ni el conjunto de todas estas cosas, se logrará sin una Constitución” (John Adams).

Aun cuando resistamos la tentación de identificar la revolución con la lucha por la liberación, en vez de identificarla con la fundación de la libertad, aún tenemos por delante otra dificultad, más grave para nosotros; consiste en que las nuevas constituciones revolucionarias tienen muy poco, en su forma y en su contenido, de nuevas y, menos aún, de revolucionarias. La idea de gobierno constitucional no es, desde luego, en ningún sentido revolucionaria en su contenido o en su origen; no significa otra cosa que un gobierno limitado por el Derecho y la salvaguardia de las libertades civiles mediante garantías constitucionales, según las enumeraban las diversas declaraciones de derechos que fueron incorporados en las nuevas constituciones y que se consideran a menudo como

---

<sup>393</sup> Para un mayor entendimiento sobre el tema, no puede dejarse de observar el texto del profesor Ruipérez Alamillo, en donde explica la diferencia de estas dos figuras, desde la concepción de la Teoría del Estado, en lo que ha sido motivo de su tesis principal, la Democracia Constitucional y las Ciencias Constitucionales: RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, *Reforma VS Revolución. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución. Sobre los límites materiales a la Revisión Constitucional*, Porrúa-IMDPC, México, 2014.

su parte más importante; no fueron concebidos para instituir los nuevos poderes revolucionarios del pueblo, sino, por el contrario, se creyeron necesarios para limitar el poder del gobierno, incluso en los cuerpos políticos de nueva fundación.<sup>394</sup>

Para Arendt, sólo cabe el término revolución cuando contra de una tiranía se enfrenta. Más incluso, ella prevé que el nuevo modo y forma del estado liberado, se apegará al constructo jurídico que la sociedad decida. Bajo nuestro entendimiento, ésta es la explicación más clara, desde donde el pensamiento ilimitado de la reforma y las mutaciones en Jellinek, no puede considerarse como correctamente apreciable. No obstante ello, no puede negarse que la comprensión que de las mutaciones constitucionales aportó el profesor alemán, amplió y sistematizó la argumentación sobre ellas.

Esto es así puesto que, en un primer momento, situó la naturaleza y origen de las mutaciones, desde una perspectiva política inmersa dentro del Derecho Constitucional. Sitial desde el cual éstas se producen y tienen vital importancia. Ésta habría de ser la metodología necesaria para estudiarles, desde la problemática kelseniana entre el ser y el deber ser, lo que implica compartir la idea de configuración fenomenológica del Derecho y la dinámica constitucional.

En un segundo apartado, se observa que desde el uso histórico y la necesidad fáctica, Jellinek condiciona el estudio de las mutaciones a una metodología dialéctica, tomando como rizoma de comprensión, la existencia de lo político y lo jurídico, como hechos sociales, bifurcados en la dinámica constitucional, desde un flanco político material y, otro, jurídico formal, éste último representado por el texto constitucional, pero a la vez, visto desde su conformación de voluntad y decisión.

Como afirmara Lucas Verdú, en virtud de que la Constitución es la autoconciencia de un pueblo del Estado y de la sociedad en una época de cambios frecuentes, es que la doctrina de las mutaciones constitucionales, es la reflexión, teórica y práctica, de estos cambios de conciencia. “Estos se producen cuando la normatividad constitucional se modifica por la realidad político-social que no afecta a sus formas textuales pero transmuta su contenido.”<sup>395</sup>

Lo que en palabras de Smend, significara la concepción del Estado desde las ciencias del espíritu, en el entendido de que todo formalismo jurídico precisa de una elaboración metodológica

---

<sup>394</sup> ARENDT, Hannah, *Sobre la Revolución*, Alianza, España, 2004, pp. 190-191.

<sup>395</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo, “Estudio preliminar”, *op. cit.*, p. CX.

previa de los contenidos materiales, que no pueden ser de otra forma que sociológicos y teleológicos, mismos que le dan sustento y materialidad. Se trata así de una teoría del Estado y, en consecuencia de la Constitución, de su reforma y sus mutaciones, que posee además una justificación propia, en cuanto ciencia del espíritu que abarca el ámbito cultural y espiritual de la dinámica estatal.<sup>396</sup> De esta forma, para el maestro de la integración, el derecho constitucional y sus instituciones, son únicamente una positivización de las posibilidades y funciones propias del mundo del espíritu, y, por tanto, no se entiende sin aquéllas; y a la inversa, éstas no son realizadas de forma plena y permanente sin su positivización jurídica.<sup>397</sup>

Como hemos podido observar y, si seguimos a Smend, la positivización jurídica igualmente puede llevarse, ya por vía de la reforma, así como de la mutación, específicamente de aquella practicada desde la judicatura, a través de sentencias, jurisprudencias y/o precedentes, transmutando el contenido del Derecho sin necesidad de formalmente alterar los contenidos escritos de los textos normativos. A este punto, algo puede quedar en claro, y es que como lo denunciara Jellinek, las mutaciones, al estudiarles desde una metodología dialéctica, conllevan a afirmar que el Derecho es un producto de diversidad de factores, incluso y en mayor medida, de momentos políticos claves en una sociedad. Éste sería un tercer punto para destacar de la sociología del derecho proyectada por Jellinek, que más tarde habría de ser contrapuesta con el positivismo más puro de Laband y perfeccionado por Kelsen. Una distinción clara entre Derecho Político y Derecho Constitucional.

Como lo venimos sugiriendo, no podemos avizorar una forma y naturaleza diversa para hablar de mutaciones constitucionales, que no sea la de corte sociológica, misma que se encarta a partir de una apreciación de lo político. Como ya mencionamos, una conjunción más que necesaria entre lo jurídico y lo político, más condicionado en su totalidad, por la necesidad social, más allá de la generación jurídica del problema. Lo jurídico vendrá a materia materializar la función de la mutación, más siempre ésta dependerá de la dinámica social, de la naturaleza política de las necesidades de cambio.

Al respecto de esta dicotomía, que vuelve a traer como corolario la discusión entre lo jurídico y lo político, es conveniente precisar que, no negamos la injerencia y la necesidad de ver

---

<sup>396</sup> Cfr. SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, op. cit., p. 48.

<sup>397</sup> *Ibidem*, p. 66.

a las mutaciones como un producto jurídico, muy por el contrario, así lo percibimos, resulta más que necesario contemplarles en el juego de lo jurídico, ya que a partir de ello, se obtiene una realidad viva, un Estado vivo.

A esta presunta pugna sobre la naturaleza, vuelve Hsü Dau-Lin, al afirmar que Laband al igual que Jellinek, perciben a las mutaciones desde su única naturaleza que es la necesidad política, pero les critica al señalar que ello lo único que deja entre dicho es la negación de éstas desde su utilitariedad jurídica, situación que nos lleva a razonar que la postura del este autor, se decanta claramente por una naturaleza mayormente jurídica, ya que no niega la genealogía de las mismas.

El punto de partida según nuestra lectura de Dau-Lin, es que, al hablar e inclinarse, como resulta lógico, por un mayor trato de las mutaciones constitucionales realizadas vía interpretación constitucional, éstas las postula con especial fuerza a partir de las decisiones jurisdiccionales. Tan es así que precisa en referir que la interpretación de la Constitución no se reserva, exclusivamente, a los tribunales, no obstante, el mayor significado que éstas puedan tener, para todo el sistema jurídico, se da a partir del ámbito judicial.<sup>398</sup>

Una nota importante a destacar en el pensamiento del profesor oriental, es que su concentrado discursivo se hace siguiendo, esencialmente, una constante crítica a Hildesheimer, de quien analiza el postulado de que las mutaciones sean de orden político y no jurídico. Respecto de este autor dirá Dau-Lin, que el mismo se inclina por advertir que “las modificaciones en el sistema de las Constituciones escritas producidas por la llamada mutación constitucional, no se ajustan al derecho más bien simplemente se efectúan en el mundo del acontecer político, en contradicción con la situación jurídica anterior.”<sup>399</sup>

Ante esta afirmación, contestará el relato del maestro de la mutación constitucional, que ésta no bastan con realizarse con simpleza suplantación en el mundo de lo fáctico, ya que para funcionalidad, se requiere que éstas se vuelvan al mundo jurídico con fuerza obligatoria, es decir, que revistan un carácter jurídico.<sup>400</sup> Así, tal argumento lo funda, aunque habrá que decir un poco radical, a partir del positivismo de Kelsen,<sup>401</sup> de quien retoma que la “la falta de aplicación de una

---

<sup>398</sup> Cfr. DAU-LIN, Hsü, *Mutación de la Constitución*, op. cit., p. 92.

<sup>399</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>400</sup> DAU-LIN, Hsü, *Mutación de la Constitución*, op. cit., pp. 147-148.

<sup>401</sup> En cita a Kelsen, desde su *Teoría del Estado* citará que éste refiere: “El hecho denominado mutación constitucional mediante la manipulación de las normas constitucionales modificándolas poco a poco e imperceptiblemente, al

proposición jurídica que existe formalmente, o la aplicación de una formalmente no existente por los órganos estatales constituye un fallo real del ordenamiento jurídico, que no se puede construir jurídicamente, porque todas las construcciones jurídicas descansan en el funcionamiento real del ordenamiento jurídico, este funcionamiento es su presupuesto y nunca deben explicar el fracaso real del aparato jurídico.”<sup>402</sup>

Empero, aún con ello nuestro autor terminará diciendo que el problema central de la mutación es el de ser un problema sobre la proposición jurídica normativa, en su fracaso real ante la situación fáctica viviente. Lo que consigo trae una doble postura, como es que así mismo entendemos nosotros la naturaleza de este tipo de cambios. Por un lado, no puede dejar de verse que las mutaciones, al ser una realidad viviente, se encuentran incrustada para su cierta valoración, a partir del ámbito jurídico, es este el sitio sobre el cual se observan y gracias al cual se les denomina como tales, sin embargo, no puede negarse que la génesis de éstas se da desde lo fáctico, desde un fin político. Este punto lo retomará concretamente, al explicar específicamente que las mutaciones tienen una doble naturaleza, misma que depende de la doble naturaleza, como lo enseña Heller, de la Constitución, desde la visualización de ser un Código jurídico y político fundamental.

Este modo de enfocar el problema de la mutación constitucional, que desposee a la cuestión de cualquier importancia jurídica al considerarlo simplemente como un fenómeno puramente fáctico, tal como lo hemos visto hasta ahora, significa, en realidad, un intento de solucionar el problema mediante una no-solución. Por supuesto el punto de partida de las doctrinas reproducidas aquí no es el mismo: la teoría francesa se basa, sobre todo, en una concepción jurídica general, la teoría positivista como la normológica son infructuosas por su limitación metódica. Ahora bien, el resultado alcanzado por tales teorías es completamente irrelevante para nuestro análisis. Si admitimos que las normas jurídicas y la realidad jurídica se encuentran en una continua relación directa y que la jurisprudencia positiva no debe ser pura filosofía jurídica ni pura sociología, y hay que investigar y comprender ante todo, la relación viva entre ambas, entonces no es posible adherirse a esta construcción por muy consecuente que sea en su deducción y por muy cómoda que sea para resolver tan difícil problema.<sup>403</sup>

### 4.3 TIPOLOGÍA DE LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES

La secuencia que al momento hemos postulado, corre de la mano del profesor alemán Jellinek, no obstante, a partir de aquí, además de recordar la clasificación y concepto que de las mutaciones

---

interpretar las palabras inalteradas del texto constitucional en su sentido diferente al original, o mediante una práctica contraria al texto y cualquier posible sentido de la Constitución, no es un fenómeno específico de las normas constitucionales, sino algo que se puede observar en todos los sectores jurídicos.” *Ibidem*, p. 148.

<sup>402</sup> *Idem*.

<sup>403</sup> DAU-LIN, Hsü, *Mutación de la Constitución*, op. cit., p. 154.

contempló en su metodología dialéctica, nos habremos de inclinar al estudio de la tipología brindada por Hsü Dau-Lin quien, como aventajamos, es el que con mayor claridad explicó el tema propuesto.

El primer teorema que habrá de posicionar, es que las mutaciones constitucionales, encuentran vital importancia, como lo dejara ver Heller, desde el análisis entre lo dinámico y lo estático del derecho, configurado a través de la normalidad y la normatividad del ser y el deber ser.<sup>404</sup> De esta forma, podemos identificar que este tipo de cambios encuentran peculiar importancia, desde la idea de que los mismos representan un cambio sin alteración formal del texto sobre el que actúan. Respetan la letra de la Constitución y, con ello, formalmente podría decirse su espíritu; pero, por otra parte, logran integrar al Texto Constitucional, la realidad política cambiante. Como lo afirmara Wong Meraz de esta forma “el ordenamiento político constitucional no se quebranta, se abrevia su modificación y con ello se resuelven más eficaz y rápidamente las exigencias político-sociales del momento.”<sup>405</sup>

Esta postura implica considerar que la normatividad y la normalidad, son para el Estado dos cosas que se amalgaman la una con la otra, no se trata de posiciones antagónicas, sino recíprocas. La norma no se autogenera, depende y, de ello su efectividad y validez, del contexto fáctico. Las normas jurídicas exigen una normatividad consciente, se busca el deber ser, porque la normalidad requiere ser reforzada por la normatividad.<sup>406</sup>

Y es que, resulta evidente que las normas jurídicas responden de forma inmediata, por ordenaciones no jurídicas de carácter natural, social y normativo, por las situaciones económicas de intereses, por reglas convencionales, la religión y la moral y asimismo por los órganos de otras organizaciones distintas del Estado.<sup>407</sup> En concreto, se tendrá que dar por cierto, que el significado del precepto jurídico se adquiere a partir de la normalidad a la cual está llamada a regular. En consecuencia, tal precepto jurídico estará condicionado siempre por el cambio, siendo ésta la puerta por la cual la realidad penetra en la normatividad. Así, bajo pensamiento helleriano afirmará Wong Meraz que “el orden normativo de un Estado, por total que sea, nunca podrá absorber toda la realidad social y eliminar su fuerza productora de derecho. Es justamente en este aspecto en el cual

---

<sup>404</sup> HELLER, Hermann, *Teoría del Estado* (1983), *op. cit.*, p. 269.

<sup>405</sup> WONG MERAZ, Víctor Alejandro, *Constitución mexicana. Reforma y Mutación*, *op. cit.*, p. 140.

<sup>406</sup> HELLER, Hermann, *Teoría del Estado* (1983), *op. cit.*, p. 269.

<sup>407</sup> HELLER, Hermann, *Teoría del Estado* (1983), *op. cit.*, p. 205.

la reforma constitucional y la mutación constitucional tienen muchas veces el mismo contenido, y solo pueden ser diferenciadas por el carácter estatal de creación y aseguramiento que acompaña a la reforma constitucional.<sup>408</sup>

Teniendo esto en mente, procederemos en un primer momento al análisis de la mutación constitucional desde el pensamiento de Jellinek. Posteriormente, como hemos ya recalcado, seguiremos la tipología marcada por Dau-Lin, siendo ésta a partir de la cual dirigiremos algunas ejemplificaciones al tipo de análisis de caso.

#### *4.3.1 La mutación constitucional en Jellinek*

Como se dijo, fue Jellinek el primero en proponer metódicamente un concepto para la mutación constitucional, mismo que sirvió de parteaguas para la agrupación fenomenológica de las transformaciones no formales de la Constitución. Como ya se decía, concretamente la mutación para el maestro alemán, era el cambio no intencional apreciable allá donde se dejara indemne el texto fundante. La transformación era de corte material, pero no así formal. Se trata en Jellinek, de cambios sin intervención de la consciencia, Percepción que se debe, sin lugar a duda, por la influencia del estudio psicológico acompañado de la sociología del derecho sobre la que éste pensaba.

Los factores intención y voluntad consciente resultan sumamente criticables, pues al parecer, se deja entre ver una subjetivación del concepto y la utilidad de la mutación, ya sea a capricho social, político y/o jurídico. Situación que, en el campo puramente jurídico, podría bien ser el camino para la arbitrariedad jurídica desde la interpretación. Nada más cercano a una flexibilidad ilimitada de la interpretación y, con ello, la puerta de entrada para el falseamiento o quebranto normativo constitucional, a lo menos, a la suspensión de la Constitución.

Esto resulta de vital importancia en su entendimiento, ya que, de seguir el pensamiento de Jellinek, ello nos llevará a analizar la inexistencia de límites y la homologación entre poderes constituidos y constituyente, al grado de afirmar que la Constitución puede ser modificada, tanto como una ley ordinaria. Así lo denunciaría nuestro autor, puesto que para éste la estabilidad del

---

<sup>408</sup> WONG MERAZ, Víctor Alejandro, *Constitución mexicana. Reforma y Mutación*, op. cit., p. 141.

documento constitucional, no es mayor que la de la ley ordinaria.<sup>409</sup> “El lado irracional de la realidad significa la discordancia entre norma y vida que se vuelve contra la misma norma”.<sup>410</sup>

El maestro de Heidelberg se pronuncia respecto a afirmar que los límites de la Constitución, como los de la ley, son siempre inciertos y no hay ninguna garantía de que leyes que pretenden basarse en la Constitución no la contravengan a pesar de todo, produciendo así un cambio en la Constitución, aun cuando éste no se haya querido. Incluso lo lleva al extremo de la no representación, que aún cuando no querido el cambio le aceptan por ser eventual a la necesidad, si bien no se quería explícitamente, se acepta. Tal referencia, le justifica sobre la idea de lo oscuro o ambiguo de los preceptos constitucionales, en donde, a su decir, sólo los legisladores pueden dotar de certeza y luz a aquellos, dotándoles de sentido preciso a través de las leyes. O bien, en un segundo plano, sobre la función de los jueces, que igualmente podrían concretar los dispositivos normativos constitucionales, al tomar conciencia clara del contenido de las leyes a aplicar.

Respecto de la judicatura, advertirá que, así como la aplicación jurisprudencial de los textos legales vigentes está sujeta a las necesidades y opiniones variables de los hombres, lo mismo ocurre con los legisladores al interpretar con leyes ordinarias la Constitución.<sup>411</sup> Cuando menos, dos corolarios de suma importancia se pueden advertir de estas palabras. En un primer momento, como ya se ha dicho, la falta de límites y la confusión entre las funciones constituyentes y de poderes constituidos, respecto de sus productos inmediatos, es decir, entre la Constitución por parte del constituyente y las leyes ordinarias a partir de los constituidos.

El pensamiento de Jellinek se inclina en una perspectiva, poco compartida en este punto por nosotros, puesto que la interpretación para fines de la mutación, la hace depender de una ley ordinaria como igual o jerárquicamente superior a la propia Constitución, con lo cual afirmará que lo que parece en un tiempo inconstitucional emerge más tarde conforme a la Constitución y así la Constitución sufre, mediante el cambio de su interpretación, una mutación. Situación que a nuestro parecer implica una yuxtaposición de la fuerza normativa de la Constitución, por cuanto hace al

---

<sup>409</sup> Esta fue una concepción medular de los autores de la monarquía constitucional alemana, entre los que los integrantes de la Escuela Alemana de Derecho Público ocupaban un lugar destacado, la de que, entre la Constitución, concebida como una ley reforzada, pero no suprema, y la Ley no existía jerarquía. De donde Laband dedujo que cualquier norma jurídica posterior a la Constitución, y que hubiera respetado el principio de legalidad (los trámites procedimentales establecidos para ello) en su aprobación podría válida, lícita y legítimamente violar la Constitución.

<sup>410</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo, “Estudio preliminar”, *op. cit.*, p. CXIV.

<sup>411</sup> Cfr. JELLINEK, Georg, *Reforma y Mutación de la Constitución*, *op. cit.*, p. 20.

principio de supremacía. A nuestro entender, el tamiz interpretativo siempre habrá de correr sobre el peso de la Constitución como único aparato totalmente vinculante. La ley ordinaria y, con ello, la interpretación parlamentaria al momento de su creación deberá siempre hacer prevalente el texto constitucional, pues éste funge como el primer y máximo límite a la interpretación. Y no así como Jellinek lo previera al afirmar que “si bien las Constituciones carecen de protección en algunos puntos frente a su mutación a través de los reglamentos parlamentarios, tales mutaciones completan, a menudo, la función normal de los textos constitucionales.”<sup>412</sup>

En un segundo plano, se aprecia que el maestro que apela por lo sociológico en el Derecho, parte de la idea, para el caso del poder judicial, de que su interpretación se ve sujeta a las necesidades y opiniones variables de los hombres, lo cual denota un claro ejercicio de percepción flexible del Derecho, reiterando así la subordinación del Texto Constitucional a cualquier voz de la sociedad, no precisando la importancia que pudiera tener ésta. Ante el más mínimo resoplido de inconformidad, la Constitución podría ceder, interpretativamente en la resolución de un conflicto judicial, a éste. Añadirá Jellinek que “la interpretación sea firme y despierta, sino interpretáis, entonces subsiste lo que está debajo. Estas palabras poéticas se convierten en máxima suprema para la mutación de la Constitución mediante la interpretación judicial.”<sup>413</sup>

Una forma de percepción del cambio y la interpretación, desde una vertiente fenomenológica del Derecho y del Texto Constitucional, puesto que añadirá en referencia al constitucionalismo norte americano, que al ser éstos los creadores de los llamados *implied powers*, éstos se esconden dentro del Texto Constitucional, en él duermen siendo desconocidos hasta su descubrimiento por parte de la legislación y se vuelven a la vida gracias al trabajo de los jueces.<sup>414</sup>

No obstante, algo queda claro y con ello comulgamos rotundamente como lo dejásemos ver en el subcapítulo que antecede; y, es que para Jellinek las mutaciones se deben en esencia al factor político, a las necesidades sociales. Los conceptos de *fait accompli* y las *necessitas*, forjan en él, su teoría de fuentes del Derecho devenidas de los acontecimientos históricos, que desde fuera del propio Derecho, le crean, le ordenan y fundamentan, específicamente aquello derivado de los hechos consumados.

---

<sup>412</sup> JELLINEK, Georg, *Reforma y Mutación de la Constitución*, op. cit., p. 24.

<sup>413</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>414</sup> JELLINEK, Georg, *Reforma y Mutación de la Constitución*, op. cit., p. 33.

Debemos advertir que en esencia coincidimos con tal aseveración, más no con la percepción ilimitada de los *fait accompli*, ello en atención a que para él, éstos suponen fenómenos históricos que actúan como fuerza constituyente, ante los cuales toda oposición de teorías legitimistas son impotentes. Si bien es cierto que los hechos o fenómenos históricos que puedan darse a lo largo de la vida de una Constitución, implican factores políticos que activan la necesidad del Estado de virar a su autogeneración en Derecho, ello no implica que éstos formen parte de una fuerza constituyente. Es cierto que, atendiendo a su relevancia e impacto político en la sociedad, éstos puedan adherirse, con toda fuerza y vigor al texto constitucional, adquiriendo con ello fuerza vinculante y supremacía, más no serán actos constituyentes, sino actos derivados de ley constitucional por vía de la reforma.

Por su parte, si estos fenómenos o hechos sociales, están encarnados en el Constituyente, al momento de generar el núcleo estable e irreformable de una Constitución, éstos sí que supondrán ser, en todo tiempo y lugar de vigencia de la norma constitucional, cimientos y fuente de generación del Derecho, de obligada observancia tanto de Leyes Constitucionales, como de legislaciones ordinarias. Serán el primero y más importante límite a la reforma y a la mutación, cualquiera que sea su forma de presentación en ésta última. Pero, serán entendidos como parte de la superlegalidad, de aquellos preceptos preconstitucionales que, como parte histórica de una Comunidad Política, se han dado en un tiempo y espacio determinado, ahora conformando la base política de la decisión que da vida a una Constitución.

Con lo que sí que estamos de acuerdo, es que aquellas mutaciones que aparecen en la vida y realidad política, las más de las veces empujadas por necesidades de protección de derechos humanos generados a partir de la dinámica político-social de una determinada Comunidad Política, que pueden surgir con tanta fuerza y demanda que lleguen a transmutar la organización estatal contra la misma letra de la ley, incluso, podría decirse que en contravención del Texto Constitucional.

Uno de los ejemplos de mayor visibilidad por cuanto hace a México, se dio indiscutiblemente con la reforma del año 2011, la llamada reforma sobre Derechos Humanos,<sup>415</sup> que si bien, en sentido estricto no se da a partir de una mutación como decisión jurisdiccional a

---

<sup>415</sup> Cfr. WONG MERAZ, Víctor Alejandro y “Los derechos sociales como límite de la reforma constitucional, un análisis desde su concepto y la teoría de la Constitución”, *Derechos humanos: Realidades y desafíos*, 2016, México, pp. 181-217; y CABANAS VEIGA, Manuel, “La protección de los derechos sociales a nivel internacional”, *Derechos humanos desde la interdisciplinariedad en ciencias sociales y humanidades*, 2020, España, pp. 65-80.

partir del ámbito local, ésta trajo consigo la entrada en marcha de la revisión constitucional. El precedente de esta fuerza de cambio, sitúa, incluso, un marco generador de la mutación que trascendió al ámbito nacional y que, a la postre, ocasionó la revisión constitucional, modificando el texto del entonces artículo 1° constitucional, no necesariamente por contextos netamente sociales, sino de corte jurisdiccional, que si bien, su rizoma se encontró en una exigencia social, ésta fue ventilada no políticamente, sino judicialmente, por un órgano internacional que fue la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tal cambio constitucional se originó a partir de acontecimientos de detención y desaparición forzada, realizados por parte de elementos de la milicia mexicana desde el año de 1974, en contra del señor Rosendo Radilla Pacheco, esto en el Estado de Guerrero, México. Caso emblemático para el país puesto que, a partir de la petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el 2001 y su subsecuente solicitud por parte de ésta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>416</sup> en 2008, la Corte IDH decidió encontrar responsable al Estado mexicano por violaciones a los derechos de libertad personal, integridad personal, reconocimiento de la personalidad jurídica y a la vida, todos ellos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>417</sup>

Si bien, en términos concretos, no se efectuó una mutación interna por parte de la judicatura nacional, el impacto transnacional que éste acontecimiento trajo consigo, ocasionó un cambio textual de la Constitución. Algo así como una reforma abanderada por una mutación constitucional internacional, en un apego entre legislaciones locales y normativa internacional, de obligatoria observancia constitucional, a través del llamado bloque de convencionalidad y constitucionalidad.

No es nuestra intención en este momento hablar de la mecánica de dicho bloque y las repercusiones que éste puede traer para la teoría de la reforma y las mutaciones constitucionales. Lo único que habremos de destacar simplemente, es la ocasión de que éstas últimas son producto justamente de una demanda social y política. Si bien el caso de la Corte IDH implicó un cambio textual de la Constitución Mexicana, ello se dio como mecanismo de mutación interna a través de

---

<sup>416</sup> En adelante, se utilizarán las siguientes abreviaciones: Para la Comisión: CIDH; y, para la Corte: Corte IDH.

<sup>417</sup> Caso Radilla Pacheco VS Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

una acción judicial, que dio lugar al debate legislativo en práctica del poder de reforma como una necesidad política y una posibilidad jurídica.

Esto es así, ya que como habíamos adelantado, puede darse el momento en que una reforma y/o una mutación actúen en contra, incluso, del Texto Constitucional, cosa que resultó observable con la reforma del año 2011. Anterior a la revisión, el texto del entonces artículo 1º, refería que: En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo **gozará de las garantías que otorga** esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

El cambio sufrido se hizo consistir en una protección amplificada de los Derechos Humanos, bajo contextos de respeto y reconocimiento. Así, el actual texto del citado artículo, contempla que: En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas **gozarán de los derechos humanos reconocidos** en esta Constitución y en los **tratados internacionales**<sup>418</sup> de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.<sup>419</sup>

Aquí, algo con lo cual debe tenerse mucha cautela, es el uso del concepto “ir en contra del texto constitucional”, ya que no pretendemos referirnos a una contraposición *in malam partem*, sino por lo contrario. Se trató de una contraposición que benefició parte del núcleo estable e irreformable de la Constitución, como son los Derechos Humanos. En tal contexto, tendremos que volver a repetir, que aun cuando se haya hartado referido que existen límites a la reforma y a la mutación, como lo son los principios políticos y jurídicos fundamentales, ello no quiere decir que no puedan tocarse, cuando ello resulta necesario para su evolución *in bonam partem*, siempre

---

<sup>418</sup> El énfasis, en ambos casos, es nuestro.

<sup>419</sup> Por cuanto hace al remanente histórico del Caso Radilla Pacheco, en el artículo primero constitucional se adiciono lo referente al bloque de convencionalidad como sistema interpretativo de la norma jurídica, y la obligatoriedad de su observancia por parte de toda autoridad estatal; ello en los siguientes términos:

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

cuidando los límites de no caer ante el falseamiento, el quebranto o el inadecuado uso de la sustitución, todos ellos referidos a la Constitución.

Más ahora bien, regresando a la clasificación que para el pensador alemán representa la figura de la mutación, debe decirse que éste diferencia entre: 1) Mutaciones que se dan a partir de la práctica parlamentaria, por la administración y por la jurisdicción; 2) Mutaciones mediante práctica constitucional; y 3) Mutaciones por desuso de facultades estatales.

Las primeras de ellas, las hace consistir en momentos de inexistencia de garantías específicas de las leyes constitucionales, que implicarían su inquebrantabilidad, con lo cual, la Constitución se pondría al nivel de una ley ordinaria. De ellas ya hemos hablado, allá donde Jellinek refiere lo ilimitado de la mutación y la reforma, al citar que los límites son inciertos, con lo cual no existen garantías a la Constitución. A ellas, las refiere como algo legítimo, como algo efectivo, al punto de situarles como una permisión ante la desviación de la Constitución.<sup>420</sup>

De cierta forma, a esta mecánica de cambio le justifica bajo la idea de lagunas Constitucionales colmadas mediante preceptos legislativos, puesto que a través de estos se interpreta la Constitución y, por tanto, se puede transformarle. En su momento dirá que, las Constituciones realmente carecen de protección en algunos puntos frente a la mutación.<sup>421</sup> En un punto parecido a la rigidez, sobre la idea de reglamentos parlamentarios, toca el ejemplo de cuando las Cámaras deciden sobre la necesidad de modificar la Constitución, a través de sus reglamentos y, si el Gobierno acepta la opinión de las Cámaras, el órgano jurisdiccional se ve impedido para examinar la constitucionalidad material de las leyes, anunciando además, que en tal caso, no existe medio alguno para proteger a la Constitución contra una mutación legal debida a una interpretación ilegítima.<sup>422</sup>

En cierta forma Jellinek acepta que no necesariamente este tipo de mutaciones son constitucionalmente válidas, ni siquiera les considera legales. El punto a criticar, es que éste acepta que puedan darse tales mutaciones aun contra de la Constitución, máxime a partir de una ley ordinaria. Este punto no sólo implica ir contra el principio de rigidez constitucional, sino el caer en

---

<sup>420</sup> Caso en el que la práctica parlamentaria decide en sí misma sobre la constitucionalidad de sus decisiones y no se ve objetada en el ejercicio de un acto de gobierno, ante lo cual es válida la desviación de la Constitución vía mutación, a partir de su praxis. *Cfr. JELLINEK, Georg, Reforma y Mutación de la Constitución, op. cit., p. 21.*

<sup>421</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>422</sup> JELLINEK, Georg, *Reforma y Mutación de la Constitución, op. cit., p. 25.*

totales transgresiones constitucionales, al soslayar el principio de supremacía constitucional, no sólo obviando límites a los poderes constituidos y las mecánicas de adaptabilidad de la *lex superior*, sino al permitir que mediante leyes ordinarias se haga un cambio contra *voluntas* del soberano.

Ahora bien, por cuanto hace a las mutaciones mediante práctica constitucional, Jellinek aborda el tema de competencias de poderes constituidos, afirmando que cuando a una competencia política se le adjudica un contenido determinado e inquebrantable, el poder habrá de transformarse en un deber; sin embargo, una vez dado contenido vinculante al poder constitucionalmente creado, ello no implica que este se quebrante.<sup>423</sup> El ejemplo del que parte para explicar estas mutaciones, corren de a partir de las competencias que se ejercen a partir de las competencias previamente dadas constitucionalmente.

Competencia sobre la competencia, que ya en un momento previo hemos analizado en lo que hemos referido como autonomía en la decisión del ejercicio de las competencias generadas a partir de las ya concedidas. Así, dirá que el monarca puede, por mandato constitucional, elegir libremente a los ministros de entre los que la mayoría parlamentaria le ha propuesto. No obstante, éstos, los ministros, pueden o bien presentar libremente su dimisión o ser sujetos a voto de censura. Para nuestro autor, ello precisa el análisis político de una mutación constitucional.

A este ejercicio competencial le hace valer a partir del convencionalismo constitucional (estrictamente en el caso de Inglaterra). Esas reglas convencionales conforman, en su conjunto, una ética política, cuyos mandatos son y tienen que ser rigurosamente seguidos. Reglas o normas que se refieren al ejercicio del poder por los órganos supremos del Estado, desde donde se atribuyen a sus competencias políticas un contenido determinado y, sobre las que pueden presentarse cambios, sin que estas mismas sean violadas de algún modo en su estado formal.<sup>424</sup>

La ejemplificación se ciñe a preceptuar, de alguna forma, una especie de usos y costumbre, como lo dice, de convenciones ético-políticas, en las que no existe una normación expresa en la que deba ejercitarse una acción determinada. En el caso de Inglaterra en el que el monarca puede elegir libremente a su gabinete, la práctica denunciada por Jellinek, es que éste elige normalmente al líder de la mayoría parlamentaria como su primer ministro. Si bien ello pudiera hacer aparecer, en algún grado una condicionante al mandato constitucional de libertad, lo cierto es que la práctica

---

<sup>423</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>424</sup> JELLINEK, Georg, *Reforma y Mutación de la Constitución*, op. cit., p. 44-45.

política ejercida en la designación de puntos de mando, responde a práctica convencional sobre el ejercicio del poder.

En términos concretos, en este momento sí que puede hablarse de una mutación constitucional que, en grado alguno atenta contra la decisión de la Constitución. Responde a una forma convencional y no a un pretendido falseamiento o fraude a la norma suprema. Tenderemos que decir que no se trata de la generación de un nuevo derecho o de un cambio contra sentido constitucional. Pero tampoco podemos hablar de que se trate de una norma jurídica. Es más una decisión con convenio ético-político. Es una decisión que se aleja del campo jurídico, aunque su repercusión actúe en derecho.

Incluso, en una comprensión formalista de este acto, sí que podría decirse que tal actividad repercute en una norma jurídica, ya que el monarca, con independencia de lo antes dicho, decide libremente adherirse a la designación del primer ministro, aun cuando sea éste el postulado por mayoría parlamentaria. En esencia no existiría normativa vinculante alguna que precisara el no optar por tal designación, ya que apartarse de esta conveniencia, no implicaría una violación normativa alguna. “Son Derecho en cuanto contienen normas reconocidas y garantizadas para el ejercicio del poder estatal, aunque en la mayoría de los casos no tienen carácter vinculante sino flexible, porque se adaptan siempre a las relaciones políticas que cambian continuamente.”<sup>425</sup>

A *contrario sensu*, en estos casos en los que a competencias se les asignan un sentido político vinculante como el referido, una inadmisión de llamarle mutación sería el caso desde donde actuando en contra del convencionalismo, por su parte la mayoría parlamentaria tratase, bajo ley, de obligar al monarca a que designase como primer ministro a quien ellos postularan para el caso. No sólo sería una de-configuración de lo político en el derecho, sino que se pretendería hacer valer una superioridad legal, por sobre el texto constitucional, con lo cual, lo que se presentaría sería un quebranto a la Constitución.

A nuestro entender, la diferencia entre estas dos hipótesis se explica con facilidad al observar que aquí la mutación actúa sobre un derecho dispositivo, no sobre una decisión jurídico-político fundamental. En tal caso, el cambio sin alteración del texto constitucional, imbrica una

---

<sup>425</sup> *Ibidem*, pp. 45-46.

decisión política de un poder constituido, donde su repercusión actuará sobre su función, no así, sobre la decisión soberana.

Por su parte, la tercera clase de mutación establecida por Jellinek, es la referida a mutaciones por desuso de facultades estatales. En este caso, no existe propiamente una contravención a la Constitución, sino, un óbice de utilitariedad de un determinado precepto. Ello puede deberse a la innecesaridad de ejercer una determinada competencia, ya sea porque la misma haya sido dada en un contexto que en la realidad política ahora se vuelve ajeno, o bien, porque se ha ejercido tal competencia de una forma distinta, no prohibida o no contemplada en el texto normativo.

No obstante, algo debe precisarse, y es que el hecho de que una determinada competencia deje de ejercitarse, ello no le vuelve obsoleta y necesaria de eliminar. Ante ello anunciará el profesor alemán que el derecho supremo del Estado según su esencia es imprescriptible. Lo que se discutiría en el campo de lo jurídico podría llevar a contrasentidos constitucionales, puesto que la valoración de anularles o considerarles obsoletas y motivo de cambio vía reforma, es el ejercer una valoración sobre la relevancia jurídica de tales competencias, lo que sí que implicaría el someter a tela de juicio la decisión política del constituyente. La mutación o cambio que pudiera darse sin alteración del texto constitucional, encuentra su sentido limitado en su imposibilidad de eliminarle del juego jurídico. Así lo expresará Jellinek al afirmar que:

... de ninguna manera puede concluirse que por el desuso de una competencia del poder estatal, las correspondientes prescripciones constitucionales y legales resulten obsoletas. En este sentido se puede decir que el Derecho supremo del Estado según su esencia es imprescriptible. Por eso, una de las investigaciones más difíciles consiste en determinar, en el caso particular, en qué medida un poder nunca ejercido de hecho tiene relevancia jurídica o no. Es decir, si es válido, si es capaz de cumplir, en algún caso, su propósito normativo para la vida estatal.<sup>426</sup>

Como podemos observar, con salvedad de la primera clasificación analizada, nuestro autor trata de dejar en claro que, los cambios políticamente realizados en la realidad social, son, en la mejor manera posible, alteraciones del sentido del texto constitucional que no implican su contradicción, sino que se deben a la necesidad fáctica de la sociedad de virar a nuevas formas del quehacer político de las instituciones del Estado.

---

<sup>426</sup> JELLINEK, Georg, *Reforma y Mutación de la Constitución*, op. cit., p. 58.

Caso particular, como lo hemos enunciado, es el de la primera de sus propuestas de mutación, desde donde exagera la idea de configuración ilimitada de los cambios, que incluso pueden ir en contra del sentido de la Constitución. Al respecto hemos ya referido nuestro pensamiento, al considerar errónea la apuesta teórica de Jellinek, puesto que bajo nuestro entender, la mutación siempre es limitada y debe obedecer al tiempo y espacio determinado, así como a los alcances que la Constitución le pueda ofrecer, marcando una clara barrera a la flexibilización del Derecho.

Por su parte y con la finalidad de no hacer olvido de alguna tipología tratada por nuestro autor, debe precisarse que éste hace alarde, de alguna forma sin nomenclatura, a un tipo de mutación que en su obra enuncia como “la necesidad política como factor transformador de la Constitución”. No obstante, a nuestro parecer, esto es una vertiente de la naturaleza de las mutaciones, más que una tipología de ellas. En todo caso, hemos establecido la total coincidencia con su postura con aquella que refiere al rizoma de la mutación de la mano de la necesidad política.

#### *4.2.2 La mutación constitucional en Hsü Dau-Lin*

Ahora bien, una vez hecho un breve pasaje por la obra metodológica de Jellinek, toca el turno de situarnos en la tipología brindada por, quien como hemos referido, es el autor a quien se le reconoce el trato de mayor profundidad hecho a las mutaciones constitucionales, nos referimos al chino Hsü Dau-Lin, discípulo directo de Smend y, si acaso sea, el mejor de entre sus seguidores intelectuales.

El primer punto a denotar sobre el pensamiento de este autor, es que para él las mutaciones deben ser contempladas como realidades sobre el problema de la validez del Derecho Constitucional. Solo a partir de este panorama se da especificidad a la Constitución y al Derecho de ella, sobre cualquier otro sector del ordenamiento jurídico. Así, la problemática de las mutaciones no es otra que la de la historicidad de la Constitución y su adaptabilidad al contexto de la actualidad sobre la cual rige, lo que conlleva a pensar una Constitución como derecho real vivo.<sup>427</sup>

Si bien coincidimos con ello, debemos aventajar que a nuestro entender Dau-Lin parte de una concepción del cambio, sobre el cual pondera el concepto de mutación como el género para la adaptabilidad, ya sea desde el ámbito netamente jurídico o bien desde la corriente política. Ello es

---

<sup>427</sup> Palabras introductorias de su obra. DAU-LIN, Hsü, *Mutación de la Constitución*, op. cit., p. 25.

así puesto que nuestro autor percibe a la institución de la Reforma constitucional, como una especie —jurídica— de mutación, al concebirle desde el panorama de ser “praxis constitucional”. Este último punto, como lo hemos ya enunciado *supra*, no es de nuestra coincidencia, ya que para nosotros el género del cambio, por ser voluntad y designio constitucional, opera a partir del poder de revisión, pues ha sido éste el mecanismo jurídico-político creado por el constituyente, para que su obra pueda regir en el presente y proyectarse con toda fuerza y vigor, hacia el futuro.

En sentido escrito, la mutación no es la generalidad del cambio, no desde el panorama netamente jurídico. Éstas actúan en el campo de lo social, de lo político, se encarnan y manifiestan, preferiblemente, *ex ante* a poner en marcha el procedimiento de la reforma. Si bien es cierto que, lo ideal es que éstas aparezcan con antelación a la revisión, siendo el primer mecanismo de actualización de la percepción constitucional, ello no implica que sean el mecanismo de cambio, jurídicamente hablando, predispuesto para la conveniencia constitucional en su adaptabilidad.

Esta condición resulta importante de valorizar y es más que visible desde nuestro lado del Atlántico. Por un lado, tenemos la postura norte americana, para quienes la mutación ha sido el principal medio de cambio e interpretación social de la Constitución, en el entendido de hacer latente el principio de rigidez de su Texto Constitucional, ante lo cual la reforma prácticamente opera como algo excepcional, literalmente como la *ultima ratio* de cambio.<sup>428</sup> Por otro lado, se tiene el posicionamiento mexicano, para quienes tanto la mutación, como la reforma, han sido mecanismos casi paralelos para la práctica de adecuación constitucional, muchas veces sumamente criticable, el que se acuda ante la menor provocación social a la praxis de revisión constitucional.

Con estas palabras no se trata de restar valor a las mutaciones, que como ya se dijo, su importancia estriba en que son hechos y derecho vivo para un Estado. Lo que se pretende es situarles en un espacio concreto en referencia a poderes jurídico-políticamente constituidos a través del mandato soberano que vive en la Constitución. La justificación de ello resulta simple, a partir de esto se entiende la función, alcance y límites de la mutación constitucional.

---

<sup>428</sup> Así por ejemplo en: LA PERGOLA, Antonio, “La técnica constitucional de la autonomía: aspectos de Derecho Comparado”, en GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan, *et al* (Comps.), *Autonomía y partidos políticos*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 43.

Al respecto, Pérez Royo afirmará que “la Reforma de la Constitución en cuanto que instrumento de adaptación del texto normativo a la realidad pierde gran parte de su significado. El desarrollo de la Constitución no se hará por vía de reforma como por vía de interpretación”. PÉREZ ROYO, Javier, “La reforma de la Constitución”, en *Revista de Derecho Político*, N° 22, 1986, España, p. 16.

Un segundo punto a destacar en la apreciación sobre el tema, es que para el nuestro autor las mutaciones son la relación incorrecta entre Constitución y situación constitucional real. En principio esto nos parecería lógico, al advertir que éstas nacen cuando la realidad viviente se contrapone con lo contemplado en el ordenamiento fundante. No obstante, el considerarles como una relación incorrecta puede llegar a equívocos en la comprensión de éstas, situándoles en como un fenómeno negativo en la producción constitucional. Debes dejar claro que las mutaciones constitucionales no son dañinas para la Constitución, muy por el contrario son mecanismos necesarios para la vida de ésta. Lo incorrecto de ellas deriva de sus excesos y formas de práctica.

Para entender esto Hsü Dau-Lin proporciona una tipología de las mismas en 4 sectores bien definidos, sobre la idea de incongruencia entre norma y realidad, desde donde la validez del derecho creado a partir de ellas puede resultar inválido. Empero, de las cuatro formas por él apreciadas, dos de ellas les contempla como formas realmente incorrectas al tipo de advertencia, puesto que su uso y aparición pueden llevar a falseamientos o quebrantos de la Constitución.

La escena que condiciona su clasificación es sencilla: relación entre norma y realidad. En un primer saque, cuando entre realidad y norma o entre norma y realidad existe una sinergia, se da una congruencia abarcando lo social-político y lo jurídico es una armonización de la realidad constitucional. A ello le prescribe como el momento de la validez del derecho. Cuando la realidad sigue a la norma se da una validez del derecho constitucional. Por decirlo de alguna forma, es el momento en que la validez y la vigencia, como dimensiones de una teoría del derecho, se funden en concordia. Se podrá decir que es el momento de la existencia propia de la norma, en este caso, de la mutación constitucional.

En tal sentido, se trata de entender que el punto medular del Derecho es su validez<sup>429</sup>, lo que implica postularle como algo coincidente, tanto formal como sustancialmente. Formal, por cuanto hace a respetar los límites jurídicamente impuestos para su producción y, sustancialmente, sobre la idea de respeto irrestricto a principios jurídico-político fundamentales de la Constitución,

---

<sup>429</sup> Sobre una mayor explicación en cuanto a la validez y vigencia de la norma véase: HART, H.L.A., El concepto del Derecho, Trad., Genaro R. Carrió, 2ª ed., Edit. Nacional, México, 1980; BOBBIO, N., *Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri* [1954], ahora en Teoría General de la Política, Edit. Trotta, España, 2009; FERRAJOLI, Luigi; Principia Iuris, Teoría del derecho y la democracia. I. Teoría del Derecho, Trotta, España, 2011; SUMMERS, Robert S., *La Naturaleza Formal del Derecho*, Fontamara, México, 2001.

es decir, logrando conformidad y coherencia con el texto constitucional y con la fuerza vinculante del mismo, el tamiz de la legitimación del Derecho, ahora por vía de la legalidad.<sup>430</sup>

El segundo de los supuestos, norma y realidad, es el escenario de la garantía de la Constitución. En virtud de lo cambiante de la realidad, lo que impera es una normatividad de la normalidad, una dialéctica entre la estática jurídico-constitucional y la dinámica político-social. El anclaje, por predilección constituyente, es el de la reforma constitucional. El cambio al que se ve sometida la realidad es de tal identidad, que resulta necesario alterar el texto constitucional, para virar a nuevas circunstancias fácticas de imperiosa necesidad en su contemplación y protección.

Por lo contrario, cuando en algún momento de la realidad constitucional, la relación entre norma y realidad se ve contradicha, es que se genera la incongruencia motivo de la mutación. Es el momento de tensión entre realidades, el espacio en que llega a existir lo incorrecto en la relación. Este factor de alejamiento entre norma y realidad, es la puerta de entrada para la mutación, no como algo incorrecto, como aseveraba Dau-Lin, sino como el área de oportunidad para engranar de nueva cuenta la realidad constitucional.

Es el espacio, dirá Smend, indispensable para la recreación del Estado, es el lugar de la integración, puesto que con ellas el ordenamiento normativo se mantiene en constante flujo, lo cual le permite al Estado ser algo real, siempre en la medida en que se reproduce continuamente.<sup>431</sup> Punto medular para este autor, ya que su pensamiento lo centra justamente a partir del cambio, en lo que él denomina la integración estatal, situándole como la clave de la realidad del Estado, como el núcleo sustancial de su dinámica. Para éste, “el Estado existe únicamente a causa de, y en la medida en que se halla inmerso es este proceso de autointegración que se desarrolla a partir del individuo y en el propio individuo.”<sup>432</sup>

Si pudiéramos, bajo el riesgo de tergiversar todo, en términos de Hegel,<sup>433</sup> sobre su negación dialéctica o determinada, podríamos decir que así como en ocasiones la realidad puede negar la

---

<sup>430</sup> Bajo una concepción positivista, de cierta forma apartada de nuestro pensamiento que es el concebido a partir de la conformación entre normalidad y normatividad de Heller, Hart referirá que “no puede hacerse depender la validez del Derecho del valor de determinadas normas o principios morales, aunque reconoce que esta separación entre lo que es y lo que debería ser, válida en el ámbito de las normas particulares, no debería serlo en el ámbito del ordenamiento jurídico en su conjunto.” Cita en: FUERTES-PLANAS ALEIX, C., “Validez, obligatoriedad y eficacia del derecho en H. L. A. Hart”, en *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época. Vol. 8. 2007 (131-186), p. 133.

<sup>431</sup> SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, op. cit, p. 57.

<sup>432</sup> *Ibidem*, pp. 62-66.

<sup>433</sup> HEGEL, G. W. F., *Fenomenología del Espíritu*, Trad. Wenceslao Roces, FCE, México, 1996.

validez momentánea del Texto Constitucional o viceversa, la mutación constitucional nace como el acto contrafáctico a la negación de la realidad que pone en tensión a la norma y a la realidad misma, actuando como una negación de la relación incorrecta, produciendo una salida fáctica a ella, de alguna forma, una válvula de escape ante esta situación.<sup>434</sup> Así, en la determinabilidad<sup>435</sup> de la contradicción, como una parte de sí misma, se auto-libera con su confrontación, en tal sentido, se llega a la adaptabilidad liberando la pugna y revitalizando la vigencia normativa y, con ello, la fuerza de voluntad constitucional.

No obstante, la práctica realizada sobre la mutación no siempre ocurre de la mejor manera. Existen momentos en que la mutación deja de ser tal y se convierte en una contradicción directa con la Constitución, en este caso, sí se habla de una relación incorrecta representada por la mutación, en vez de ser la salida a tensión entre realidades. Este exceso en la percepción y generación del cambio constitucional es lo que se denomina falseamiento, quebranto o sustitución constitucional. Práctica contraria a toda lógica coherente con la validez del Derecho. Las más de las veces, tales cambios, que ya no mutaciones, se realizan, ya desde la interpretación constitucional, o desde prácticas netamente anticonstitucionales en una entera contradicción entre la realidad y lo establecido por la norma.

Es importante recordar que, siendo la Norma Fundante un texto que no se basa a regular supuestos concretos, lo que en ella se plasma es una voluntad totalizadora, más nunca total. Es decir, que no se trata de una obra perfecta, sino perfectible. Esto se entiende desde lo manifestado por Smend con su concepto de integración, a partir del cual la Constitución y, por ende, el Estado, se encuentran en constante cambio del cual depende su vida política, ante lo cual debe tener en cuenta los distintos impulsos y de motivaciones sociales de la dinámica política, integrándolos progresivamente.<sup>436</sup>

Entendido esto, el mecanismo de las mutaciones constitucionales bien puede percibirse como el motor de vida política del Estado y su integración en la totalidad de los aspectos sociales

---

<sup>434</sup> “La negación es momento esencial de lo universal y ella o la mediación son, por tanto, en lo universal, *diferencia universal*. Dicha diferencia se expresa en la *ley* como la imagen *constante* del fenómeno inestable.” *Ibidem*, p. 92.

<sup>435</sup> “El uno es el *momento de la negación*, en cuanto se relaciona consigo mismo de un modo simple y excluye a otro y aquello que determina a la *cosiedad* como cosa. En la cualidad, la negación es, como *determinabilidad*, inmediatamente una con la inmediatez del ser, la que por esta unidad con la negación, es universalidad; pero, como *uno*, se libera de esta unidad con lo contrario y es en y para sí misma.” *Ibidem*, p. 73.

<sup>436</sup> SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 133.

y políticos nacientes por su propia dinámica. Resulta más que inevitable el que en la vida jurídico-política de la Carta Magna, existan momentos de posible contradicción, no por ser un texto limitador, sino por ser un instrumento tendente a la perfección. Como no puede ser de otra forma, la norma, las más de las veces, se ve superada por la realidad y éste es el momento de su cambio.

El sitio perfecto para la comunión entre Constitución real y Constitución legal. La Constitución presenta la situación de equilibrio temporal entre las fuerzas sociales que buscan una mutua acomodación de sus intereses.<sup>437</sup> Esto es de vital importancia para nuestro tema, ya que la concepción de temporalidad, marca la diferencia entre una Constitución viva y una norma utópica, puesto que como el propio autor advirtiera, a decir de las mutaciones, si buscásemos una Constitución ideal, tendríamos que dar por sentado que ésta sería el ordenamiento normativo conformador del proceso político según el cual todos los desarrollos futuros de la comunidad, pudiesen ser previstos, sin que haya necesidad alguna de su modificación.

Para Loewenstein “es necesario tener en cuenta que esa identidad ideal no puede ser nunca alcanzada. Una constitución ideal no ha existido jamás, y jamás existirá. No es tan sólo el hecho de que una constitución no pueda adaptarse nunca plenamente a las tensiones internas, en constante cambio, de las fuerzas políticas y de los intereses pluralistas, sino que no existe ningún tipo ideal de constitución que pueda encajar por igual en todos los Estados.”<sup>438</sup> Siguiendo sus palabras, esto vuelve al Código Jurídico-Político Fundamental en un organismo vivo en constante transformación, ya que es la representación de la vida misma de la Comunidad Política a la cual está llamada a reglamentar. Así como el tiempo y el espacio no pueden mantenerse estáticos en la reproducción social, del mismo modo, la norma suprema está condicionada al cambio permanente provisto por la dinámica de aquella.

Una Constitución jamás será idéntica consigo misma, si es que ésta se quiere viva y no como letra muerta. Para mantener su vigencia, ésta necesita de transformaciones desde sus diversos sectores sobre los que opera, así lo mismo en sus relaciones políticas, como en las sociales y/o económicas, incluso, mediante transformaciones en la realidad de la configuración del poder político. A partir de ellas, la Norma Fundamental se adecua a las nuevas realidades del proceso político de la comunidad. Esto es la mutación de la Constitución sin alteración de su texto. Dirá

---

<sup>437</sup> LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, op. cit. p. 163.

<sup>438</sup> LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 164.

Loewenstein es un tipo de Derecho Constitucional no escrito reflejado en la conducta de los órganos estatales.<sup>439</sup>

Así pues, partiendo de las dos categorías en donde norma y realidad son compaginables, Dau-Lin realiza su tipología circunscribiendo a la mutación desde la incongruencia entre factor norma y factor realidad, ofreciéndonos 4 clases de mutación, donde dos de ellas son completamente válidas, mientras que las dos restantes, las denomina categóricamente como incorrectas en cuanto a la relación de norma y realidad. Esto lo expone en un cuadro comparativo que adelante nos permitimos transcribir:

<b>Relación entre norma y realidad:</b> el derecho constitucional y su validez <sup>440</sup>					
Congruencia entre norma y realidad: validez del derecho constitucional			Incongruencia entre norma y realidad: Mutación de la Constitución		
La realidad sigue a la norma: validez normal del derecho constitucional	La norma sigue a la realidad: reforma de la Constitución	Realidad sin norma: práctica que formalmente no viola a la Constitución	Norma sin realidad: imposibilidad de ejercer derechos o facultades <sup>441</sup> estatuidos por las normas	Norma con realidad: relación incorrecta entre ambas	
				La realidad contradice a la norma: práctica anticonstitucional <sup>442</sup>	La realidad tergiversa a la norma, la reinterpreta: la mutación interpretadora

Para los fines propuestos en este trabajo, aun cuando no resulta para nadie ajeno que fuese Laband y, a la postre, Jellinek, quienes realizaran por vez primera una clasificación de las mutaciones, habremos de partir de la concepción de Dau-Lin por ser éste último quien en mejor

<sup>439</sup> *Ibidem*, pp.165-166.

<sup>440</sup> Cuadro transcrito de: DAU-LIN, Hsü, *Mutación de la Constitución*, op. cit., p. 31.

<sup>441</sup> Aun cuando en el cuadro original Dau-Lin sólo la imposibilidad de ejercer derechos, consideramos necesario el anotar que también hacía alarde a facultades. Aunado a ello, los ejemplos que habremos de abordar, se encuentran enfocados a ello.

<sup>442</sup> Sobre una mejor precisión, tomaremos el término anticonstitucional como enfocado a decir, inconstitucional.

forma logra abarcar las diferentes aristas de los primeramente citados. Así, los cuatro tipos de mutaciones a los que éste hace referencia son:

1. Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal que es contraria a la Constitución.
2. Mutación de la Constitución mediante la imposibilidad de ejercer ciertos derechos estatuidos constitucionalmente.
3. Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal contradictoria con la Constitución.
4. Mutación de la Constitución mediante la interpretación.

Previo a referirnos a cada una de estas modalidades de mutación, debemos dejar en claro que por cuanto hace a las dos primeras, lo cierto es que en sentido estricto, aun cuando actúan como mecanismo de condicionamiento normativo vía presión social, no necesariamente se contraviene el texto constitucional o, bien, se pone en riesgo la percepción de ésta, se trata de momentos que bien pudieran decirse, no existe una real tensión entre la realidad constitucional y la realidad político-social, si acaso, podrá advertirse una contradicción entre norma ordinaria y realidad, más no necesariamente una tensión constreñida al texto fundante.

#### 4.3.2.1 Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal que no viola la Constitución

La condición característica de este tipo de mutación se da desde dos panoramas bien definidos: 1) en el incumplimiento o ignorancia de un determinado artículo constitucional; y, 2) la inexistencia temporal de la regulación en sede constitucional, sobre la cual se realice una mutación. Este tipo de mutaciones mediante prácticas estatales, como se indican no contradice en sentido estricto la Constitución, ya que en este momento no se da una tensión concreta entre el texto de la Carta Magna y la realidad político-social.

La contradicción se da entre la realidad político-social y la ingeniería constitucional contemplada en un determinado tiempo y espacio, dirá Dau-Lin, no se da tensión entre lo existente

y lo prescrito, sino entre el deber ser y el deber-ser,<sup>443</sup> ante la imposibilidad de reglamentar la totalidad de variantes existentes en una sociedad al paso del tiempo.

Importante de destacar es el hecho aislado de que para nuestro autor, este tipo de mutaciones pueden ignorar un artículo concreto de la Constitución, lo que de inicio nos llevaría a pensar no en una mutación, sino en una suspensión del texto supremo, poniendo preceptos legal-constitucionales fuera de vigor. En este punto, Schmitt reconoce que la suspensión de la Constitución se da cuando una o varias prescripciones legal-constitucionales son provisionalmente puestas fuera de vigor. Ante ella precisa de distinguir entre dos tipos de suspensión constitucional, una que resulta inconstitucional y otra que, siguiendo procedimientos legales, pondera como constitucional.

- Suspensión inconstitucional de la Constitución: las prescripciones legal-constitucionales son puestas fuera de vigor sin que esta suspensión se encuentre prevista en una regulación legal-constitucional, o con desprecio de un procedimiento acaso previsto para realizarla.
- Suspensión constitucional de la Constitución: las prescripciones constitucionales son provisionalmente puestas fuera de vigor con observancia de las prescripciones legal-constitucionales prevista para una tal suspensión.<sup>444</sup>

Piénsese por ejemplo en el caso de una declaración de estado de alarma,<sup>445</sup> en el que derivado de situaciones de emergencia un determinado artículo constitucional, como puede ser el que prevea y garantice la libertad de tránsito, puede verse disminuido en su observancia o, bien, ignorado, suspendiendo su vigor, más no su validez. Se estaría dando un momento de mutación por una concepción de la realidad social.

Debemos aceptar que esta ejemplificación puede llegar a ser más gravosa en nuestra explicación que en la real intensidad dada por Dau-Lin, ya que bien puede llegar a decirse que no se está hablando, en nuestro caso, de una mutación, ni siquiera de una suspensión, sino de un

---

<sup>443</sup> DAU-LIN, Hsü, *Mutación de la Constitución*, op. cit., p. 32.

<sup>444</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 155.

<sup>445</sup> Un estudio interesante respecto a la excepcionalidad en la restricción de derechos fundamentales, derivado de emergencias como lo fue para México la pandemia del Covid-19, puede encontrarse en: TENA RAMÍREZ, Felipe, “Las facultades extraordinarias en el Derecho mexicano. Suspensión de garantías y legislación de emergencia”, en *Concepto general del estado de sitio. Las facultades extraordinarias en el Derecho mexicano*, México, IJ UNAM, 2006; CABANAS VEIGA, Manuel, “El derecho de excepcionalidad mexicano ante una crisis sanitaria en perspectiva federal”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, número 281, 2021, México, pp. 647-671; “El derecho de excepcionalidad español ante futuras pandemias”, *La constitución en tiempos de pandemia*, 2021, España, pp. 35-62; “El Estado Social español ante las crisis sanitarias”, *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización*, 2020, España, pp. 925-962.

quebranto. Para el caso mexicano, como ocurrió con la pandemia sanitaria de los años en que vivimos, se practicó una especie de suspensión constitucional del libre tránsito, en virtud de la salud pública, no obstante, para nuestra Carta Magna, la figura de la suspensión sí que está prevista en el artículo 29 del texto supremo, más éste no se encuentra enfocado a la suspensión por un motivo de salud pública, sino que su *telos* nace de la “identidad” bélica que el Estado contemplaba para el año de 1917.

No obstante, como lo explicara Cabanas Veiga para el caso de México, ante lo atípico de una situación de la realidad social, se acudió por “excepcionalidad” al mecanismo de un diverso artículo como lo fue el 73 fracción XVI y no así por el del 29, que implicaba la suspensión constitucional de garantías. Ante esto debe tenerse cuidado del vocablo empleado, ya que caer en yerro de identificar un estado de excepcionalidad, con el de un Estado de Excepción, es abismal.

El primero de ellos, estado o derecho de excepcionalidad, dirá el autor español se refiere a toda “normativa, constitucional o legal, que regula el otorgamiento de las facultades extraordinarias.”<sup>446</sup> Por su parte, entenderá, como en Schmitt, que Estado de excepción se refiere a una situación de anormalidad constitucional en la que se desconoce la validez y vigencia del texto fundante.

Y, solo por no omitir el comentario en cuanto a Schmitt, éste identificará un momento que, aun cuando forzado en nuestra explicación, resulta más que conveniente traer a colación y es el de quebranto constitucional, para el cual, igualmente identificará dos forma de realización de éste, uno que, como para el caso de la suspensión resulta inconstitucional, mientras que el otro, igualmente, siguiendo los procedimientos legales, no tergiversa, bajo su concepción, el texto constitucional.

El quebranto de la Constitución se produce al violar<sup>447</sup> una prescripción legal-constitucional, en uno o varios escenarios específicos, pero con la condicionante de que se dé como última instancia, es decir, en momentos excepcionales bajo el supuesto de que las prescripciones quebrantadas siguen inalterables en los demás, en tal caso, tales preceptos normativos no se ven ni

---

<sup>446</sup> *Ibidem*, pp. 650-651.

<sup>447</sup> Se utiliza el término violar en el sentido de inobservancia de un precepto constitucional por motivos extraordinarios, y que, sin embargo, aquél mantiene su plena vigencia para los demás supuestos.

suprimidas en forma permanente, ni acotadas a un tiempo, que sería el de la suspensión, por cuanto hace a su vigor.

- Quebrantamiento inconstitucional de la Constitución: violación a título excepcional de una prescripción legal-constitucional sin atender al procedimiento previsto para las reformas constitucionales.
- Quebrantamiento constitucional de la Constitución: violación a título excepcional de una prescripción legal-constitucional para uno o varios casos concretos, cuando, o bien es permitido dicho quebrantamiento excepcional por una ley constitucional, o bien se observa para ello el procedimiento prescrito para las reformas de la Constitución.<sup>448</sup>

No obstante, algo debemos dejar en claro, esta tipología referida al quebranto, podrá ser mejor explicada en sus alcances, bajo nuestra apreciación, en las mutaciones del cuarto grado, aquellas referenciadas al uso de la interpretación constitucional en sede jurisdiccional, misma que pretenderemos explicar mediante casos en concreto. Al momento bástenos con los comentarios vertidos.

Así pues, regresando al tema que nos ocupa, una cosa igualmente resulta destacable pero ahora desde lo pugnado por Hesse, y es que, para este autor al realizar una recapitulación del tema de la mutación, aborda el tópico referente a la contradicción entre Constitución y realidad constitucional, comentario que a nuestro entender resulta más necesario traer a este campo, y con el cual lógicamente coincidimos.

Para el autor de la fuerza normativa de la Constitución, ver una mutación constitucional en la contradicción entre la situación constitucional y la ley constitucional o, con terminología actual, entre Constitución y realidad Constitucional sencillamente no es admisible por el hecho de que se está argumentando a diferentes niveles; lo que cambia no es el contenido de la norma constitucional, en cuya determinación colabora su texto, sino otra cosa. Por tanto, el concepto debiera quedar limitado a modificaciones del contenido de normas constitucionales que no ven modificado su texto.<sup>449</sup>

En nuestro entender, este comentario bien podría configurarse contra la idea de Hsü Dau-Lin, cuando decanta a la mutación como una relación incorrecta entre la Constitución y la realidad

---

<sup>448</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 154.

<sup>449</sup> HESSE, Konrad, "Límites de la Mutación Constitucional", en *Escritos de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 100.

Constitucional. Percepción que resulta idónea en la explicación de mutaciones mediante una práctica estatal que no viola la Constitución. Ya que en sentido estricto, Hesse estaría dando por sentado que existen al menos dos formas de contemplar la Constitución, una clara diferencia entre lo que es Constitución como totalidad y norma constitucional como ordenanza en lo particular, es decir, como parte integrante de aquella totalidad. No se da pues, con este tipo de prácticas, aun cuando sea una mutación, una tensión con la Constitución, sino y, acaso, con un precepto de ella, con una parte que no lo es el todo, no contraviniendo, no ignorando, sino simplemente inobservando por su inaplicabilidad al caso en concreto.

Así, es conveniente pensar como lo hacía el profesor De Vega, para quien “si las cuestiones jurídicas tienen su propia lógica y su propio tratamiento, al que por supuesto no se debe renunciar, el marco en que se sitúan esas cuestiones es siempre un marco político y social, al que necesariamente también hay que apelar, siempre y cuando no se quiera desvitalizar al máximo la propia teoría jurídica.”<sup>450</sup> De esta forma, se entiende que este tipo de prácticas no entran en conflicto con la ley fundamental. Es imperioso recordar que en principio así como las mutaciones no son necesariamente malas siempre bajo el respeto de límites, igualmente el constitucionalismo como “tipo ideal” weberiano, implica siempre una reconstrucción a partir de cambios y enriquecimientos históricos. Es sobre este mundo de principios políticos y de normas jurídicas sobre el que, con sus logros y sus limitaciones, se ha forjado la doctrina del Derecho público moderno y con él del constitucionalismo.<sup>451</sup>

La prevalencia de la realidad política sobre la realidad jurídica no supone ni una violación ni una ruptura del orden constitucional (*Verfassungsdurchbrechung*), a lo sumo se tratará de una situación divergente con la prevista constitucionalmente. Así, las mutaciones procedentes de prácticas políticas pueden resultar tolerables en el sistema constitucional en la medida en que no perturben las relaciones entre la normalidad y la normatividad constitucionales; en donde la

---

<sup>450</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “Tendencias y problemas del constitucionalismo español actual” en RUBIO NÚÑEZ, Rafael, *Obras escogidas de Pedro de Vega García, op. cit.*, p. 198; En similar sentido, pero hablando sobre la idea del “tipo ideal” de constitucionalismo, Cfr. DE VEGA GARCÍA, Pedro, “Supuestos históricos. Bases sociales y principios políticos en el Derecho Constitucional, democrático”, en *Anuario Jurídico, IX 1982, Memoria del II Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IIJ-UNAM, México, 1982, pp. 715-716.

<sup>451</sup> Cfr. DE VEGA GARCÍA, Pedro, “Supuestos históricos. Bases sociales y principios políticos en el Derecho Constitucional, democrático”, en *Anuario Jurídico, IX 1982, Memoria del II Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IIJ-UNAM, México, 1982, p. 716.

aparente confrontación entre normatividad y facticidad, entre realidad jurídica y realidad política pueda mantenerse estable, sin que la imposición de lo fáctico por sobre la legalidad no estalle.<sup>452</sup>

Por otro lado, este tipo de mutaciones trae al escenario constitucional la idea de lagunas,<sup>453</sup> allá donde en el Ordenamiento supremo no contiene, *in tempore* aun una pronunciación respecto al caso en concreto, no se ha dado una regulación de éste. Ante la aparición de circunstancias novedosas, se puede llegar a pensar que las mutaciones configuran una generación del Derecho de corte ilegal, puesto que no se realiza el proceso legislativo que está llamado a realizar un determinado aparato normativo. Si la creación normativa se produce a partir de la mutación, ello implicaría una forma diversa de generación legislativa, pero sin texto propiamente dicho, y peor aún, sin sustento constitucional.

Sobre el tema, Jellinek es el primero en advertir que las lagunas se circunscriben al ámbito de operatividad del Estado y su inmediata relación con el Derecho, ya que éste es un fenómeno social e histórico capaz de ordenar el Derecho, pero no de crearlo. Ello es así, en virtud de que al ser el Estado un acontecimiento histórico, resulta imposible que el mismo pueda prever y adelantar las situaciones sociales, políticas y/o económicas que se verán reflejadas en el futuro, a lo más, podrían preverse, imperfectamente, algún caudal de prospectiva, más no una realidad fáctica futura. En tal situación, es imposible que el Derecho que ya sido ordenado por el Estado, pueda y quiera operar de igual manera en un espacio y tiempo diferente al cual ha sido llamado a operar. Sobre esta sintonía, resulta más que lógico afirmar como lo hace el profesor alemán, que toda Constitución tiene lagunas que solo se manifiestan a través del factor tiempo, mismas que no pueden colmarse mediante los medios convencionales de la interpretación y de la analogía, ya que tales situaciones obedecen a fines fácticos y no netamente jurídicos.<sup>454</sup>

Resulta evidente que para Jellinek algunas mutaciones constitucionales se producen a partir de la necesidad de colmar lagunas allá donde la situación particular induce al reconocimiento del

---

<sup>452</sup> DE VEGA GACRÍA, Pedro, “Estatutos de Autonomía y la Reforma Constitucional”, en RUBIO NÚÑEZ, Rafael, *Obras escogidas de Pedro de Vega García*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, p. 712.

<sup>453</sup> “Vista históricamente, la teoría de las lagunas debe su existencia a la *polémica*. Porque fueron BRINZ y BERGBOHM quienes primero denegaron su existencia, BRINZ en el derecho positivo, BERGBOHM en el sistema jurídico: la polémica de ambos apunta contra el derecho natural.” DAU-LIN, Hsü, *Mutación de la Constitución*, *op. cit.*, p. 50.

<sup>454</sup> JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, *op. cit.*, p. 64.

Derecho consuetudinario. Con ello, dirá el profesor Wong Meraz, se expresa con toda evidencia una superación, desde la praxis de los contenidos materiales, del texto formal de la Constitución.<sup>455</sup>

Idea distinta se aprecia en Schmitt para quien, toda vez que una Constitución se apoya en una decisión política surgida de un *ser* político, acerca del modo y forma del propio *ser*, en ésta no se aprecian normas cuya justicia sea el fundamento de su validez. De tal forma y al ser su formación una práctica de la voluntad constituyente, es a través de esta voluntad como poder, que lo esencialmente existencial en ella, es su propio fundamento de validez. De tal suerte que, se insertan otras varias normas en la Constitución, esto tiene sólo una significación técnico-jurídica: la defensa contra una reforma por medio del procedimiento especial.<sup>456</sup> En consecuencia, las lagunas de la Constitución, al aparecer como normas sobre la validez de la ley constitucional, sólo pueden colmarse a través de un acto del Poder Constituyente,<sup>457</sup> saliendo fuera de lo jurídicamente posible y volviéndose tema de lo político.

Por su parte, Smend opta por precisar que siendo la Constitución una integración constante de procesos, en donde lo que materialmente se observa es una totalidad del Estado, siempre en constante autogeneración, la elasticidad y su enorme capacidad autotransformadora y supletoria de sí misma niegan la existencia de lagunas constitucionales.

A partir de esta idea, correspondiendo su argumento a través de la idea de integración, Dau-Lin concretará en referir que sí que existen las lagunas, pero éstas no pertenecen a la Constitución como Derecho, sino a la tecnificación desprendida de valores, es decir a la ley. Esta conjetura la realiza siguiendo los postulados de Zitelman al afirmar que no sólo existe la diferencia entre Derecho real y Derecho formalizado, sino que debe distinguirse entre normas legales según su diversa naturaleza. A partir de ello, diferencia entre normas legales auténticas que se corresponden con aquellas que versan sobre cuestiones culturales sociales, preexistentes y legalmente sancionadas y que, en sus palabras, gozan de una conciencia jurídica, de un sentimiento en derecho.<sup>458</sup>

---

<sup>455</sup> WONG MERAZ, Víctor Alejandro, *Constitución mexicana. Reforma y Mutación*, op. cit., p. 151.

<sup>456</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 125.

<sup>457</sup> *Idem*.

<sup>458</sup> DAU-LIN, Hsü, *Mutación de la Constitución*, op. cit., pp. 52-53.

Por su parte, existen normas legales técnicas, para las cuales no interesan los valores de la sociedad, sino que están llamadas a ordenar determinados procesos sirviendo únicamente para la realización de la legislación y el control del orden social. Se encuentran desprovistas de conciencia jurídica y su validez pende de un proceso legislativo, no así del sentimiento jurídico en la ambivalencia entre lo bueno y lo malo.<sup>459</sup>

A través de esta distinción, se comprende, como en su maestro, que la Constitución es la poseedora y proveedora de esa conciencia jurídica al ser la norma auténtica en donde se depositan los valores culturales de una sociedad y que nunca estatuye, exhaustivamente, la plena valoración humana, razón por la cual se distingue de la ley, ya que es en sí la frontera del derecho (conciencia jurídica).<sup>460</sup> En tal virtud, afirmará que el Derecho no tiene lagunas, son las leyes quienes las poseen, ya que la conciencia jurídica carece de lagunas, pues siempre responde a cada caso y decisión.<sup>461</sup>

Al hacer tal distinción entre Constitución y ley, en la frontera de la conciencia jurídica, queda evidenciado que no existen lagunas constitucionales, sino decisiones o acciones no deseadas por la propia Constitución, ya que de lo contrario ello constituiría lagunas conscientes.<sup>462</sup> Como lo destacara Wong Meraz, en el momento en que se reconoce la intencionalidad de la Constitución hacia la totalidad, como principio vital de Estado, es posible desde el ordenamiento constitucional, encontrar una respuesta ante la ausencia o falta de una norma expresa para una relación jurídica concreta.<sup>463</sup>

Así, desde el Derecho mexicano podemos observar un par de ejemplos sobre este tipo de prácticas que, históricamente se han presentado. En un primer momento abordaremos *grosso modo*, la consistente en la práctica política llevada a cabo por el Ejecutivo federal ante su informe de

---

<sup>459</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>460</sup> “Cuando surge un problema de lagunas, es decir donde no hay para un caso concreto una decisión satisfactoria — donde la ley no da una respuesta real, aparece una laguna— aquí, a mi juicio, es muy distinto qué tipo de normas jurídicas se cuestionan. Si se trata del campo de las normas legales auténticas —los hechos concretos piden una aprobación o un rechazo por la norma legal— entonces una decisión es de todas maneras posible. Porque aquí se requiere una validación por la conciencia jurídica y puede encontrarse siempre, incluso cuando las normaciones concretas no ofrecen por ahora ninguna respuesta. Porque las normas jurídicas auténticas no son otra cosa que expresiones —desde luego de cierto modo articuladas, es decir, establecidas estatalmente— de la conciencia jurídica preexistente a cada legislación, esta es la portadora real de cada valoración humana, tanto individual como social.”  
*Idem*.

<sup>461</sup> DAU-LIN, Hsü, *Mutación de la Constitución*, op. cit., p. 53.

<sup>462</sup> WONG MERAZ, Víctor Alejandro, *Constitución Mexicana. Reforma y Mutación*, op. cit., p. 152.

<sup>463</sup> *Ibid.*

labores, donde a partir del año 2006, en virtud de un “choque” de fuerzas políticas, el Legislativo federal detonó una interpretación taxativa del entonces artículo 69 constitucional. En un segundo momento, hablaremos en breve término sobre las coloquialmente llamadas “mañaneras”. Esto es, de la actividad político-informativa desarrollada por el actual Presidente de la República mexicana, desde el inicio de su mandato constitucional.

*a) Informe de labores del Ejecutivo Federal.*

De tal guisa, una de las prácticas políticas que, sin cambiar el texto de la Constitución, fueron desarrolladas en una especie de mutación constitucional, deriva de la obligación del Presidente de la República mexicana, que con base en el artículo 69 de la ley suprema mandataba que:

A la apertura de Sesiones Ordinarias del Primer Período del Congreso asistirá el Presidente de la República y presentará un informe por escrito, en el que manifieste el estado general que guarda la administración pública del país. En la apertura de las sesiones extraordinarias del Congreso de la Unión, o de una sola de sus Cámaras, el Presidente de la Comisión Permanente, informará acerca de los motivos o razones que originaron la convocatoria.

El artículo en mención, instauró una obligación de rendición de cuentas ante los representantes del Pueblo mexicano, en donde se entendía que el Ejecutivo del Estado habría de informar sobre las prácticas, desarrollo, proyección, etc., de su gobierno ante la Cámara de Diputados. Como no puede entenderse de diversa forma, ello implicaba un acto de responsabilidad política que, incluso, bajo parámetros de omisión, bien pudieran considerarse como arbitrariedades del mandatario federal, lo que como consecuencia traería la posibilidad de accionar el mecanismo para fincar responsabilidad política por vía del juicio político, contenido éste dentro del artículo 110 de la Constitución mexicana.

Esta práctica de celebración del informe presidencial sobre el estado que guarda la Administración Pública federal, se volvió el escenario predilecto de los mandatarios para generar una especie de “día del Presidente”, puesto que la figura central en esa precisa fecha y, en sede Legislativa, era el Presidente de la República, que, haciendo uso tradicional de lo dispuesto en su momento por los artículos 67 y 68<sup>464</sup> de la Constitución de 1824, éste, desde el sitial de la tribuna

---

<sup>464</sup> Artículo 67. EL congreso general se reunirá todos los años el día 1° de Enero en el lugar que se designará por una ley. En el reglamento interior del mismo se prescribirán las operaciones previas a la apertura de sus sesiones, y las formalidades que han de observar en su instalación.

legislativa pronunciaba a lo menos un discurso sobre su “obligación constitucional”, cuando no, una proyección personal y partidaria sobre el “buen ejercicio” gubernamental que se estaba llevando a cabo. En otros términos su participación se basaba en pronunciar un mensaje político al Pueblo mexicano, por decirlo de alguna forma técnica, una promoción de su persona y su Gobierno, más que un ejercicio de rendición de cuentas. En términos concretos, era el momento de imposición del Presidente ante los representantes del pueblo.<sup>465</sup>

Peor aún, como lo denunciara Wong Meraz ésta era una de las más importantes manifestaciones del Presidencialismo mexicano, ya que para el desarrollo de tal actividad, todos los sectores de la sociedad mexicana, incluidos el factor mediático a partir de la concesión de radio y televisión, rendían pleitesía al titular del Poder Ejecutivo.<sup>466</sup> Las pruebas de ello resultaban contundentes, ya que para tal actividad, tanto Diputados como Senadores conformaban comisiones para acompañar al Presidente en su trayecto de la residencia oficial en Los Pinos, hasta el Congreso de la Unión y, finalmente, a Palacio Nacional.<sup>467</sup>

Sin embargo, con la alternancia del poder para el año de 2000, ante la notoria efervescencia política vivida en el país, en donde después de 70 años se dejaba ver un cambio en la decisión política y el control del poder encabezado por el entonces candidato electo del Partido Acción Nacional, se suscitó un acontecimiento que marcó un antes y un después en la praxis política del país, ya que en la fecha en que el Presidente Vicente Fox acudía al Congreso de la Unión a la celebración de su Informe de Gobierno, los legisladores de oposición del entonces Frente Amplio Progresista conformados por los partidos de la Revolución Democrática, del Trabajo y Convergencia, dieron un vuelco copernicano a la interpretación del artículo 69 Constitucional, haciendo valer la taxatividad del mismo e impidiendo que el Ejecutivo Federal subiera a la tribuna de la Cámara de Diputados e hiciera uso de la voz.

La justificación de ello fue recurrir a una interpretación gramatical del articulado constitucional, en el sentido de precisar que el Jefe del Ejecutivo, ante la apertura de sesiones ordinarias del primer periodo del Congreso, sólo tenía que asistir a ellas y presentar por escrito su

---

Artículo 68. A ésta asistirá el presidente de la federación, quien pronunciará un discurso análogo a este acto tan importante; y el que presida al congreso contestará en términos generales.

<sup>465</sup> El primero acto de informe presidencial transmitido por televisión abierta mexicana, fue el Informe Presidencial de Miguel Alemán Valdés, ello para el año 1950.

<sup>466</sup> Cfr. WONG MERAZ, Víctor Alejandro, *La Constitución mexicana. Reforma y Mutación*, op. cit., pp. 152 y ss.

<sup>467</sup> WONG MERAZ, Víctor Alejandro, *La Constitución mexicana. Reforma y Mutación*, op. cit., pp. 152 y ss.

informe de rendición de cuentas, más no así, el de subir a la Tribuna y proferir algún tipo de discurso o mensaje de cualquier índole.

Esta *praxis* política desarrollada en nuestro país era una evidente mutación constitucional del primer orden predispuesto por Hsü Dau-Lin, ya que en esencia con ella no se alteraba el texto constitucional, simplemente la realidad política realizada era alterna al texto constitucional. Procedimientos políticos que sí que dieron fruto a nivel de reformas constitucionales, desde el texto original de 1917 como a continuación se evidencia:<sup>468</sup>

<b>Texto original 1917.</b>	<b>Reforma de 1923.</b>	<b>Reforma de 1986.</b>	<b>Reforma de 2008.</b>
Artículo 69. A la apertura de sesiones del Congreso, sean ordinarias o extraordinarias, asistirá el presidente de la República y presentará un informe por escrito; en el primer caso, sobre el estado general que guarde la administración pública del país; y en el segundo, para exponer al Congreso o a la Cámara que se trate, las razones que hicieron necesaria su convocación, y el asunto o asuntos que ameriten una resolución perentoria.	Artículo 69. A la apertura de sesiones ordinarias del Congreso asistirá el presidente de la República y presentará un informe por escrito en el que manifieste sobre el estado general que guarde la administración pública del país. En la apertura de las sesiones extraordinarias del Congreso de la Unión o de una sola de las cámaras, el presidente de la Comisión Permanente informará acerca de los motivos o razones que originaron la convocatoria.	Artículo 69. A la apertura de sesiones ordinarias del primer periodo del Congreso asistirá el presidente de la República y presentará un informe por escrito; en el que manifieste sobre el estado general que guarde la administración pública del país.	En la apertura de Sesiones Ordinarias del Primer Periodo de cada año de ejercicio del Congreso, el Presidente de la República presentará un informe por escrito, en el que manifieste el estado general que guarda la administración pública del país. En la apertura de las sesiones extraordinarias del Congreso de la Unión, o de una sola de sus cámaras, el Presidente de la Comisión Permanente informará acerca de los motivos o razones que originaron la convocatoria.

Si bien, como se dijo, los momentos históricos del país dieron motivo a diferentes reformas a este artículo desde 1917, lo cierto es que la parte preponderante de la práctica política, aquella basada en los conceptos “asistir” y “presentar”, no había tenido modificación, sino hasta el año de 2008, con la ya referida oposición de diversos diputados, a que el Jefe del Estado subiera a rendir su informe. El tema no era para nada ajena a los agentes políticos del país, tan es así que para el año 2002, se dio una Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se reforma el artículo 69 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, propuesta por el entonces Diputado Jorge

<sup>468</sup> Información obtenida de la iniciativa de reforma presentada en el año 2018 por el grupo parlamentario PRD (Partido de la Revolución Democrática). Consultable en: [http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2018/09/asun\\_3741710\\_20180927\\_1538404892.pdf](http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2018/09/asun_3741710_20180927_1538404892.pdf)

Carlos Ramírez Marín del Partido Revolucionario Institucional, que fuese publicada en la Gaceta Parlamentaria del 25 de abril de 2002, en la cual se proponía el siguiente texto:

Artículo 69: A la apertura de sesiones ordinarias del primer periodo del Congreso asistirá el Presidente de la República. El primero de diciembre de cada año, o a más tardar el 15 de noviembre del año a que se refiere el artículo 83 de esta Constitución, el Presidente de la República **asistirá** a la sesión que debe celebrar el Congreso de la Unión y **presentará** un informe por escrito, en el que manifieste el estado general que guardan el gobierno y la administración pública del país. **En dicha ocasión, el titular del Ejecutivo Federal deberá dirigir un mensaje a la nación respecto del propio informe**, escuchar los posicionamientos de las diferentes fracciones partidistas, y responderá las preguntas que éstas le formulen, en los términos establecidos por la Ley. En la apertura de las sesiones extraordinarias del Congreso de la Unión, o de una sola de sus cámaras, el presidente de la Comisión Permanente informará acerca de los motivos o razones que originaron la convocatoria.

Si acaso, un intento por legitimar la práctica del “día del Presidente”, constitucionalizando la facultad del Ejecutivo Federal de subir a la tribuna legislativa y hacer uso de la voz con un mensaje político, presuntamente con tintes de rendición de cuentas. La consecuencia inmediata resulta más que lógica de visibilizar y, es que, esta constante práctica, ocasionó un claro desequilibrio del poder, centrando las luces y el ejercicio del Estado, en manos del Presidente de la república, incluso, en clara apariencia de menoscabo de oposición de los integrantes del Poder Legislativo.

Pero volviendo al tema de la mutación, es interesante virar a la explicación que en extenso realiza el profesor Wong Meraz,<sup>469</sup> quien siguiendo los pasos de Dau-Lin, precisa en establecer que esta práctica denotaba una incongruencia existente entre la Constitución y la realidad, lo que a la postre obligó a realizar una modificación al Texto Constitucional mediante el procedimiento de revisión, ello para el 15 de agosto del 2008, eliminando así la palabra “asistirá”. Sin embargo, bajo nuestra percepción y, abusando de la confianza que tenemos para con nuestro mentor, siguiendo sobre nuestro entender diferenciador de que, este tipo de mutación no represente una incongruencias o una relación incorrecta entre realidades constitucional y político-social, consideramos que la reforma a este numeral de la Constitución en nada abona realmente, respecto de una práctica que pueda llevarse o de la que se suscitó hasta antes del año 2006, ya que el término asistir, no condiciona el hecho de que el Ejecutivo Federal en su quehacer político, pueda intentar y llevar a cabo el uso de la voz en sede legislativa.

---

<sup>469</sup> WONG MERAZ, Víctor Alejandro, *La Constitución mexicana. Reforma y Mutación*, op. cit., pp. 152 y ss.

A mayor abundamiento, si en la actualidad ello volviera a generarse, en ningún momento se estaría contradiciendo la Constitución, ya que no hay una prohibición expresa con la misma fuerza taxativa que en su momento sirvió para negar la tribuna al entonces mandatario federal Vicente Fox Quezada, que impidiese el desarrollo de tal práctica. Queda claro que tal fenómeno del año 2006 sentó un precedente que forjó las bases de la propia mutación constitucional creando una nueva práctica no reglamentada. Sin embargo, piénsese sobre una interpretación extensiva del propio artículo 69 constitucional, en donde realmente no existe un mandato limitativo o una prohibición para el Jefe de Estado de hacer uso de la voz en la entrega de su informe por escrito, ello bien pudiera entenderse como mutable en su ejecución, por hacer alarde a un juego de palabras, la negación de esta mutación por vía de la reforma constitucional de 2008, generaría una nueva mutación.

*b) Mañaneras.*

Por su parte, un tanto un cuanto más cercano a nuestros días, en México se ha dado una práctica que, sin realizar un cambio formal en la Constitución, se presenta como una mutación de ella, incluso al punto de llegar a ser cuestionada como faltante a la legislación secundaria en materia electoral. El caso son las llamadas “mañaneras” que día a día el Presidente de la República, desde el 03 de diciembre de 2018, ha venido profiriendo mediante una mecánica periodística que es televisada y proyectada en forma abierta al pueblo mexicano.

Se trata de conferencias de prensa matutinas realizadas desde Palacio Nacional, que llevan como finalidad el realizar una forma diversa de gobernanza, bajo el estandarte de rendición de cuentas e información puntual sobre el gobierno desarrollado por Andrés Manuel López Obrador. Una peculiar forma de gobernar con base en un modelo de comunicación estratégico antes inusitado. Esta actividad revira una importante práctica política desplegada por el Ejecutivo Federal, ya que en ella, sólo después de sus reuniones matutinas con su comité de seguridad llevada a cabo en punto de las 6:00 horas, una hora después comienza su conferencia de prensa en la que desahoga todos los puntos de su agenda pública presidencial.

La celebración de estas conferencias generó el descontento de los agentes políticos de oposición, al punto de precisar que tal práctica es una violación a la legislación electoral, concretamente por cuanto hace a propaganda electoral en periodo prohibido, promoción personalizada, uso indebido de recursos públicos, actos anticipados de campaña y adquisición de

tiempos en radio y televisión, violaciones que igualmente trataron de evidenciar a nivel constitucional, presuntamente en contradicción con prescripciones contenidas en los artículos 41, fracción III, apartado C, y el artículo 134 en sus párrafos séptimo y octavo, ambos de articulados de la Constitución Federal. De esta forma los textos de estos numerales rezan lo siguiente:

**Artículo 41, fracción III, Apartado C.**

En la propaganda política o electoral que difundan los partidos y candidatos deberán abstenerse de expresiones que calumnien a las personas.

Durante el tiempo que comprendan las campañas electorales federales y locales y hasta la conclusión de la respectiva jornada comicial, deberá suspenderse la difusión en los medios de comunicación social de toda propaganda gubernamental, tanto de los poderes federales, como de las entidades federativas, así como de los Municipios, de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México y cualquier otro ente público. Las únicas excepciones a lo anterior serán las campañas de información de las autoridades electorales, las relativas a servicios educativos y de salud, o las necesarias para la protección civil en casos de emergencia.

**Artículo 134, párrafos séptimo y octavo.**

Los servidores públicos de la Federación, las entidades federativas, los Municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, tienen en todo tiempo la obligación de aplicar con imparcialidad los recursos públicos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos.

La propaganda, bajo cualquier modalidad de comunicación social, que difundan como tales, los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público.

Cabe resaltar que ambos artículos contienen reglamentaciones de corte electoral, el primero enfocados a prohibiciones sobre propaganda electoral y el segundo en referencia a uso de recursos públicos, con una pequeña diferencia: en el primer caso se precisa una prohibición temporal, acotado a la temporalidad en que las campañas y jornada electorales tienen vigencia, donde igualmente existen las salvedades de que puedan pronunciarse y publicitarse campañas de información de las autoridades electorales, las de servicios educativos y de salud o las necesarias para la protección civil en casos de emergencia. Por cuanto hace al texto del artículo 134, en él se contiene mandato sobre el uso correcto de recursos públicos y los fines institucionales que caracterizan a la propaganda gubernamental, siendo normatividades que carecen de temporalidad específica, es decir, que las mismas deben ser observables en forma permanente.

Si bien la mecánica de las “mañaneras”<sup>470</sup> empleada por el Ejecutivo Federal a través de su modelo de comunicación y gobernanza, puede ser tildada de propaganda gubernamental, ésta ha sido el camino para informar sobre la actividad del gobierno desde el año 2018, como un modelo de comunicación gubernamental, más que de propaganda, que en todo caso, sería una especie del modelo de comunicación. Bien podría hablarse de la inexistencia de sinónimos entre ellas, más bien de género y especie.

Y es que la práctica política de información llevada a cabo, reviste más una mecánica de ejercicio periodístico, en la cual el Presidente elige temas específicos de la agenda pública presidencial y se somete a los cuestionamientos de periodistas. Dicha actividad no se corresponde con la finalidad prohibitiva de los artículos en mención, ya que el fin de estos es evitar que los entes públicos puedan influir en las preferencias electorales de los ciudadanos. Así lo ha advertido la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, al afirmar que “la propaganda gubernamental es un ejercicio de información cuya naturaleza deriva de la intención intrínseca y/o manifiesta de informar logros de gobierno, temas coyunturales de ejercicio gubernamental, datos o estadísticas de actividades o programas gubernamentales y, en general, información relevante respecto del actuar de un gobierno en activo con el fin de generar una imagen positiva de este ante la ciudadanía y el electorado.”<sup>471</sup>

En tal sentido, a nuestra consideración, la finalidad de este tipo de actividades desarrolladas por el Jefe de Estado, se posiciona apenas ligeramente por encima de la permisón constitucional o de su inobservancia, no implicando una contradicción entre la realidad jurídico-política y la realidad constitucional. Se trata de una actividad que se sitúa en el margen no reglamentado por la Constitución, con lo cual se representa una mutación constitucional. Se entiende así, como en Hesse, que cuando en un ámbito surgen hechos nuevos, no previstos, o bien cuando hechos conocidos, como consecuencia de su inserción en el curso general de un proceso evolutivo, se muestran como un nuevo significado o en una nueva relación, caso concreto de las mutaciones.<sup>472</sup>

---

<sup>470</sup> Sobre el tema, pero en sede jurisdiccional, desde el año 2019 se presentaron diversas quejas y medios de impugnación que se pronunciaron respecto de las mañaneras y sus posibles violaciones a la normativa constitucional y legal. Para su consulta: los expedientes SUP-REP-3/2021 y SUP-REP-20/2021; y, en un segundo bloque: los expedientes SUP-REP-139/2019 y acumulados; SUP-REP-179/2020 y acumulados; SUP-REP-185/2020; SUP-REP-69/2021.

<sup>471</sup> SUP-REP-0139-2019.

<sup>472</sup> Cfr. HESSE, Konrad, “Límites de la Mutación Constitucional”, *op. cit.*, p. 96.

#### 4.3.2.2 Mutación de la Constitución mediante la imposibilidad de ejercer ciertos derechos o facultades estatuidos constitucionalmente

Como lo advirtiera Hesse, las mutaciones constitucionales son esencialmente el resultado de una actuación de fuerzas elementales difícilmente explicables e irresistibles, desde donde su coacción por vía del Derecho resulta un esfuerzo inútil, además de que puede representar un error ante los excesos.<sup>473</sup> Derivado de su propia naturaleza, el único camino que éstas tienen es el de la imposición, de hecho, pero cuidando los límites, en el entendido de que tales hechos no rayen en lo antijurídico. En tal contexto, es inevitable decir que la necesidad política es motor fundamental y relevante de las mutaciones constitucionales.

El fundamento último de la mutación constitucional radica en la naturaleza del Estado como realidad vital comentará Dau-Lin<sup>474</sup> y, por tal motivo, la Constitución no podría quedarse tras del Estado, aislada e inmutable, ya que ésta es la esencia misma de la totalidad del Estado, es su alma y motor. Por esta razón, las mutaciones no requieren de mayor fundamentación teórica que la proporcionada por el continuo avance de la vida del Estado y su sociedad. Llegaríamos a aceptar que, las mutaciones no son más que algo impuesto por el Estado en cuanto realidad vital de la Constitución, recordando que las normas constitucionales son incompletas frente a las exigencias vitales del Estado y, en un segundo momento, por la flexibilidad que las normas constitucionales pueden aportar para el cambio y significación.

El tópico central de ellas vira sobre la realidad vital del Estado y la necesidad del Derecho por corresponderles en su normación, así lo explicará Dau-Lin al afirmar que la Constitución tiene que contar para su perfección con el fundamento que impele su vida y con la plenitud de motivaciones sociales, para realmente transformarse en vida política. No puede abarcar, por completo, las funciones vitales del Estado que ella misma regula porque también surge, como en toda vida política, de la totalidad de la personalidad individual que coopera, en cada momento, con la totalidad suprapersonal del Estado.<sup>475</sup>

---

<sup>473</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>474</sup> DAU-LIN, Hsü, *Mutación de la Constitución*, *op. cit.*, p. 161.

<sup>475</sup> “Entonces, mientras las instituciones normativizadas se completan e incrementan en el contexto del sentido propuesto que corresponde totalmente al sentido de la Constitución, el Estado vive plenamente dentro de modo de existencia propuesto por su Constitución y esto no plantea problema alguno al derecho constitucional, ni a cualquier otro campo jurídico. Caso distinto, sucede cuando tales perfeccionamientos y extensiones de las instituciones

Al tener en mente tal necesidad, toca el turno ahora de precisar alguna explicación y ejemplo de aquellas mutaciones producto de la imposibilidad del ejercicio de ciertas normas, específicamente, de derechos constitucionales de imposibilidad material en su realización, de aquellas que como Jellinek atribuyera al desuso de las competencias y atribuciones constitucionales.

Como para el caso de las antes referidas, este tipo de cambios no necesariamente contradicen o entran en controversia con el Texto Constitucional. Muy por el contrario a aquellas, en éstas lo que se presenta es una imposibilidad material de llevar a cabo en la realidad político-social, alguna determinada competencia signada en el Código Constitucional, ya sea porque no existe materialmente la ley reglamentaria que pueda llevarla a la vida jurídica —más allá de la competencia constitucional de poder— o bien porque la dinámica social ha dejado en inutilidad la misma, es decir, porque el derecho que atribuyen los artículos constitucionales a ciertos sujetos se pierde ante la imposibilidad de ejercerlos, de modo que esos preceptos constitucionales ya no son vinculantes con la realidad, han dejado de pertenecer a ésta.<sup>476</sup>

En este tipo de mutaciones, el tema central radica en la validez y vigencia de la norma. Bien podría decirse que la mutación constitucional se vuelve a la vida, allá donde se ha desprovisto de validez una determinada norma constitucional o, cuando menos, cuando aquel precepto ha dejado de tener vigencia jurídica. En el primero de los casos encontraríamos una especial contradicción, ya que la validez del Derecho de un Estado, depende indiscutiblemente del contenido de su Constitución. No podría decirse pues, que un precepto constitucional de un Estado ha perdido validez, puesto que en esencia el hecho de pertenecer al texto constitucional le reviste la vigencia al tipo de legitimidad.

La validez de las normas constitutivas del orden del Estado es una validez tempoespacial, en el sentido de que dichas normas tienen como contenido determinados acontecimientos,

---

sobrepasan el contexto del sentido que les fue dado, cuando no se desarrollan completamente conforme al sistema incorporado por la Constitución, entonces estamos ante mutaciones constitucionales regulares, que ciertamente no infringen formalmente, en absoluto, el texto de la Constitución. Desde luego, esta no-plenitud de la Constitución frecuentemente suscita ocasiones para las mutaciones constitucionales: puesto que es evidente, que una desviación del sistema establecido en la Constitución se produce mucho más fácilmente si ese sistema se apoya solamente de manera ideal en el contexto del sentido; donde las normas jurídicas firmes y escritas establecen de manera inequívoca partes individuales de este sistema.” *Ibidem*, p. 163.

<sup>476</sup> DAU-LIN, Hsü, *Mutación de la Constitución*, *op. cit.*, p. 36.

encuadrados espacial y temporalmente,<sup>477</sup> de tal guisa que la validez del sistema normativo secundario como sistema que constituye el orden jurídico estatal, sólo puede depender del orden constitucional.

En este sentido, de lo que pudiera hablarse sería de una pérdida de vigencia material de un precepto constitucional, incluso de la vigencia formal en virtud de que, como refiriera Kelsen, las normas jurídicas permanecen en vigor en tanto que no es suprimida por otra norma de contenido contrario. Sólo a partir de esta contradicción de cambio, podría sí hablarse de una pérdida de validez normativa constitucional, siempre amparada sobre los mecanismos para su cambio y alteración. Así lo entendería el profesor austriaco al sostener que la sustitución de una norma antigua por una nueva, da paso a la modificación que equivale a la terminación de la validez de una norma y al comienzo de la validez de otra distinta referida al mismo objeto. En ese momento la duración de la validez sólo puede ser limitada por determinación jurídica positiva, debiendo rechazarse como Derecho natural todo intento de derivar la cuestión en torno a la duración de la validez de una norma jurídica, de la naturaleza de las cosas.<sup>478</sup>

Ahora bien, si desde el panorama de comunión entre Constitución real y Constitución jurídica abordamos el tema, sí que sería coincidente el afirmar la pérdida de vigencia normativa del precepto constitucional, ya que el condicionamiento político-social de la Constitución real, habría de imperar por sobre la Constitución jurídica. Y es que, resulta indiscutible que el poder de la realidad política siempre ha sido mayor que el de cualquier norma jurídica, entre ellas, el del contenido en la Constitución en cuanto norma.

Así, si las normas de la Constitución no son sino la expresión de relaciones de hecho en continuo cambio, la ciencia de la constitución jurídica, —entiéndase aquí el estudio del Derecho Constitucional como mecanismo de las Ciencias Constitucionales— tiene que volverse una disciplina jurídica sin Derecho a la que no le queda en último término otra tarea que la de constatar y comentar ininterrumpidamente los hechos producidos por la realidad política.<sup>479</sup> En otras palabras, la necesidad de la norma de seguir a la normalidad, es decir, la necesidad de que la norma ceda ante la facticidad, para con ello perpetuar su vigencia y validez.

---

<sup>477</sup> KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, op. cit., p. 180.

<sup>478</sup> KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, op. cit., p. 195.

<sup>479</sup> *Ibidem*, pp. 78-79.

Empero, en contra afirmación de ello aclarará Hesse que, no podemos obviar que ambas — Constitución real y Constitución jurídica— se hallan en una situación dialéctica de coordinación correlativa. Se condicionan mutuamente, sin ser simplemente dependientes la una de la otra. Si bien en el continuo de la vitalidad del Estado la Constitución real obtiene mayor peso en su estructura, ello sólo es relativo y ajustado al tiempo y espacio concreto. Su pretensión de vigencia es un factor en el campo de fuerzas de cuya operatividad surge la realidad estatal. En la medida en que consigue realizar esta pretensión de vigencia la Constitución jurídica alcanza fuerza normativa.<sup>480</sup>

Negar o restar importancia a la Constitución jurídica, sería tanto como negar al propio Derecho Constitucional, ya que al unísono se estaría negando el valor del Derecho Político como Ciencia Jurídica. Igualmente, se le desprendería la calidad de supremacía, puesto que se le despojaría de fuerza normativa vinculante.<sup>481</sup>

Es este el momento de la constante pugna entre Kelsen y Schmitt, en donde con base en el primero de los mencionados, lo netamente jurídico bajo un reduccionismo positivista trata de imperar por sobre lo fáctico, así afirmará Kelsen que al tratarse de normas jurídicas éstas implican un *deber ser* impuesto ante el *ser*, ya que los actos constitutivos del hecho de la legislación son actos de producción de normas, de instauración de normas, es decir, su sentido subjetivo es un *deber ser*.<sup>482</sup>

Por su parte, en Schmitt el todo se reducirá al ámbito de la decisión política como voluntad, tendencialmente comprensible a la idea de un *ser* sobre el *deber ser*, éste último compelido en el texto constitucional. Conjetura que ya hemos analizado en el apartado de Poder Constituyente, en donde el profesor alemán opta por situar el poder constituyente como depositario de la decisión, como un ente aletargado que se posiciona a lado y/o por encima de la Constitución vigente.<sup>483</sup>

La amalgama entre estos dos autores la da Heller<sup>484</sup> en su dialéctica entre normalidad y normatividad, igualmente ya comentado a lo largo de este texto y, que de igual forma fuera reproducido por Hesse al afirmar que la pírrica separación entre realidad y norma, entre *ser* y *deber*

---

<sup>480</sup> HESSE, Konrad, “La fuerza normativa de la Constitución”, *op. cit.*, p. 82.

<sup>481</sup> HESSE, Konrad, “La fuerza normativa de la Constitución”, *op. cit.*, p. 79.

<sup>482</sup> KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, *op. cit.*, p. 235.

<sup>483</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 125.

<sup>484</sup> HELLER, Hermann, *Teoría del Estado* (1983), *op. cit.*, p. 271.

*ser*, no sólo no es estéril, sino que no puede llevar a la tesis de la exclusividad de la fuerza determinante de las relaciones fácticas, sometiendo la realidad constitucional a una norma vacía de realidad o una realidad vacía de normatividad.<sup>485</sup> Así se entenderá que la Constitución concebida únicamente como norma carece de existencia propia, puesto que su vigencia no puede entenderse desvinculada de las condiciones históricas de su realización, ya que es interdependiente de ella.

La pretensión de vigencia de una norma constitucional no es igual a sus condiciones de realización, sino es un subproducto de esas mismas condiciones. La vigencia de la norma está totalmente vinculada a la realidad, puesto que de ella retoma su validez y, en consecuencia, su fuerza normativa. Bajo este panorama se entiende que la Constitución real no es sólo expresión de un *ser*, sino seguimiento y apego a un *deber ser*, al tiempo que la Constitución jurídica no sólo es norma, sino un reflejo de las condiciones reales del motivo de su vigencia. Ambas percepciones son condición y condicionante que conforman la realidad política, jurídica y social del Estado. No cabe reducirles a lo puramente normativo o a lo estrictamente fáctico. En los caracteres de dependencia de la realidad y de la normatividad de la Constitución sólo cabe diferenciarlos, no por el contrario separarlos uno de otro o identificarlos el uno con el otro.<sup>486</sup>

Como acertadamente señalara Mortati,<sup>487</sup> la Constitución no es sólo norma sobre la producción sino también norma de producción y de ella deriva directamente un vínculo tanto para el órgano que la emite como para los demás sujetos, dos momentos de un mismo producto. La norma constitucional vista como mero ordenamiento jurídico es inexistente si no se le vislumbra a la luz de la realidad, sólo así valorada, adquiere vigencia. La Constitución no es capaz de engendrar nada que no se halle en la disposición individual del presente.<sup>488</sup>

Las mutaciones constitucionales que operan mediante la imposibilidad de ejercer ciertos derechos estatuidos constitucionalmente, se enfocan en este parteaguas de vigencia y validez constitucional, en donde la fuerza normativa encuentra una peculiar forma de apreciación, al grado de poder decirse, a través de una falta o pérdida de ella, ante la particular realidad y vigencia normativa ordinaria. Así, una norma constitucional, exclusivamente desde lo jurídico, es privada de validez social al carecer de sustento o existencia material, ya sea por la evolución histórica o el

---

<sup>485</sup> HESSE, Konrad, “La fuerza normativa de la Constitución”, *op. cit.*, pp. 80-81 y ss.

<sup>486</sup> HESSE, Konrad, “La fuerza normativa de la Constitución”, *op. cit.*, p. 81.

<sup>487</sup> MORTATI, Costantino, *La Constitución en sentido material*, *op. cit.*, p. 220.

<sup>488</sup> HESSE, Konrad, “La fuerza normativa de la Constitución”, *op. cit.*, p. 84.

cambio de paradigma normativo-social, eliminando en tal sentido su existencia material y conservando sólo la formalidad en el texto, condición que aun cuando parte de la ley suprema, no podría sustentar su fundamentación.

La proposición jurídica desprendida de vigencia material se vuelve obsoleta ante la imposibilidad de su aplicación, idea esta que de aplicarse le tornaría ilegítima por su validez e ilegal en cuanto a su vigencia. Aun cuando radical, podríamos aseverar que se trata de una norma que ha quedado como letra muerta en el ordenamiento constitucional, ya que ha operado una condición *contrario sensu* a la validez entre el ser y el deber-ser, ya que en el primero aquel derecho instituido ya perdido fuerza normativa. En este caso, sí que podemos admitir la existencia de una mutación en cuanto que la norma jurídica ha perdido validez, ya que el efecto real de la norma deja de tener un carácter jurídico vinculante, que produce una incongruencia entre la norma constitucional y la realidad, ya sea por desuso o por la imposibilidad del ejercicio de competencias y atribuciones.

Ejemplo de este tipo de mutación se dio en México con la pena de muerte, que habiendo funcionado como precepto constitucional, en atención a la protección de Derechos Humanos y, en mayor medida, por tratamiento de Política Criminal en cuanto a la humanización de penas, este medio punitivo dejó de actualizarse en la realidad. Y es que el artículo 22 de la Constitución Federal, previo a la reforma del año 2005, si bien contenía una luz humanizante del uso de la pena, al prohibir punibilidades al tipo de marcas, azotes, mutilaciones, tormentos, etc., seguía conservando en su párrafo cuarto, a tipo de *numerus clausus*, el uso de la pena de muerte para el caso de traición a la patria, parricidio, homicidio mediando agravantes, plagio, piratería, reos de fuero militar, entre otros.

Constitución 1917	Reforma de 2005
<p>Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.</p> <p>No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona.</p> <p>No se considerará confiscación la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono. ...</p> <p>Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo</p>	<p>Artículo 22.- Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.</p>

podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiaro, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar	
--	--

El artículo 22 de la Constitución, previo a su reforma de 2005, contenía una posibilidad de aplicación a determinados delitos la pena de muerte. Como hemos dicho, la reforma se debió a un cambio de pensamiento sobre los fines de la pena, dentro de su búsqueda de un Derecho Penal Democrático, en el que el principio de humanización de sanciones limitara en lo máximo, la posible afectación a Derechos Humanos dentro de ellos, el derecho a la vida, aun cuando de delincuentes se hablara.<sup>489</sup>

Y es que, en la historicidad del *ius puniendi*, México transitó, como en la mayoría de los países de habla hispana, cuando no de todos los forjados a través de la escuela del derecho romano-germánico, por la evolución de los fines de la pena como consecuencia jurídica del delito. Dentro de este pasaje dos tipos de teoría tuvieron especial énfasis: 1) las llamadas teorías retributivas o absolutistas; y, 2) las teorías relativas o preventivas del delito, mismas que se correspondían con los pensamientos filosóficos tanto de Hegel<sup>490</sup> desde su negación de la negación, como del imperativo categórico de Kant<sup>491</sup>.

<sup>489</sup> Recordando que en muchas ocasiones dentro del fenómeno delictivo existe una doble victimización: 1. La primera de ellas, la correlativa en forma directa de la producción de un hecho jurídicamente relevante y el sujeto sobre el que recae la lesión o la puesta en peligro de un determinado Bien Jurídico; y, 2. La relativa al trato y ejercicio de la pena que el sujeto delincente cumple derivado de una sentencia. Para el tema véase: QUINTERO, María Eloísa, *Sistema de derechos humanos y sistema penal. Víctima, reparación del daño y trata transnacional*, INACIPE, México, 2014.

<sup>490</sup> La vulneración del Derecho como tal es, ciertamente, una existencia positiva, exterior, que es en sí nula. La manifestación de su nulidad es el anulamiento de la existencia de aquella vulneración; es la realidad del Derecho como su necesidad que se concilia consigo misma mediante la negación de su vulneración.

La vulneración, solamente en la existencia externa o en la posesión, es un mal y un daño a cualquier género de propiedad o de bienes; la negación de la vulneración, en tanto es perjuicio, constituye la satisfacción civil como resarcimiento, en cuanto esto puede tener lugar, en general.

Empero, la vulneración con la cual es afectada la voluntad que es en sí (es decir, respecto a la voluntad de aquel que viola, así como a la del vulnerado y de los demás), no tiene existencia positiva en esa voluntad, que como tal es en sí, como tampoco en el simple producto. Por sí, esta voluntad que es en sí (Derecho, Ley en sí), es, más bien, lo exteriormente no existente y, a este respecto, inviolable. La vulneración, para la voluntad particular del ofendido y de los demás, es sólo algo negativo. La existencia positiva de la vulneración es sólo en cuanto voluntad individual del delincente. La vulneración de esta voluntad en cuanto existente es la anulación del delito, que de otro modo sería válido; es el restablecimiento del Derecho. HEGEL, G. W. F., *Filosofía del Derecho*, Introducción de Carl Marx, Claridad, Buenos Aires, 1968, pp. 106-107. Así también en: *Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*, Biblioteca Nueva, España, 2020, pp. 168-169.

<sup>491</sup> La pena judicial (*poena forensis*), distinta de la natural (*poena naturalis*), por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos

Toda vez que este no es el momento de explicar a generalidad este tema, nos limitaremos a resumir, aún bajo una simplificación excesiva esta clasificación propuesta. Para las primeras de ellas, es decir, para las teorías retributivas, la pena se traducía en la retribución que el Estado hace, ante la presencia de un delito (intimidación penal, amenaza penal). Son aquellas que sostienen que la pena halla su justificación en sí misma, sin que pueda ser considerada como un medio para fines ulteriores. "Absoluta" porque en ésta teoría el sentido de la pena es independiente de su efecto social.

Esta teoría se debe en especial atribución al pensamiento tanto de Kant como de Hegel, que para el primero de los mencionados, la pena "debe ser" aun cuando el Estado y la sociedad ya no existan, se debe castigar aun cuando con ello perezca la sociedad.<sup>492</sup> Por su parte, Hegel concibe al delito como la negación del derecho, y a la pena, como la negación de la negación, como anulación del delito, como restablecimiento del derecho, y vigencia de la Norma, lo que a la postre se denunciaría desde Jakobs como un Derecho Penal del Enemigo.<sup>493</sup>

Por otro lado, se encuentran las teorías que rivalizan con las absolutas y que se apegan más al carácter preventivo del delito. De este punto parten las teorías preventivas que se dividen tanto en generales como en especiales, mismas divisiones que a su vez tienen una subdivisión que se da en positivas y negativas. Estas parten de la idea de que la pena es un instrumento necesario para la subsistencia de la sociedad. De alguna forma, se trata con ellas de virar al futuro<sup>494</sup> y no al pasado como lo hacen las teorías retributivas, para las cuales lo único que interesa es el castigo. De esta forma, el nombre de "teorías relativas" con que suelen designarse las posiciones preventivistas obedece a que las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales.<sup>495</sup>

---

del derecho real (*Sachenrecht*); frente a esto le protege su personalidad innata, aunque pueda ciertamente ser condenado a perder la personalidad civil. Antes de que se piense en sacar de esta pena algún provecho para él mismo o para sus conciudadanos tiene que haber sido juzgado digno de castigo. La ley penal es un imperativo categórico y ¡ay de aquél que se arrastra por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad para encontrar algo que lo exonere del castigo. O incluso solamente de un grado del mismo, por la ventaja que promete, siguiendo la divisa farisaica «es mejor que un hombre muera a que perezca todo el pueblo»! Porque si perece la justicia, carece ya de valor que vivan hombres sobre la tierra. KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, España, 2008, pp.165-166 y ss.

<sup>492</sup> KANT, *La metafísica de las costumbres*, op. cit., pp.165-166 y ss.

<sup>493</sup> Para mayor claridad véase: CANCIO MELIÁ, Manuel, JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, España, 2003.

<sup>494</sup> Ver sobre las teorías preventivas: ANTÓN ONECA, J., *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Discurso leído en la apertura del curso académico de 1944 a 1945, Salamanca, 1944.

<sup>495</sup> MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 2da. Ed., B. de F., Buenos Aires, 2003, p. 53.

Pero volviendo a nuestro ejemplo, debemos afirmar que, apelando a una visión preventiva del delito, a partir de las agencias de criminalización, el Estado mexicano adopta una política criminal de prevención y de humanización de sanciones. Si bien en 2005 se reforma el artículo 22 de la Constitución que consideraba el uso de la pena de muerte, lo cierto es que, desde el año de 1975, todos los estados de la República habían abolido el uso de la pena de muerte, no existiendo este mecanismo punitivo dentro de ninguna ley sustantiva penal, sólo se quedaba el remanente del párrafo cuarto de aquel artículo 22 constitucional y el de la legislación marcial dentro de sus entonces artículos 203, 206, 208 y 210.<sup>496</sup>

En tal sentido, se puede advertir que, al menos desde 1975 y hasta el 2005, México vivió una mutación constitucional con motivo de un ejercicio de imposible materialización, ya que si bien la norma suprema contemplaba en ejercicio punitivo la pena de muerte, materialmente no existía ninguna ley Federal o Local, que contemplara este mecanismo como punibilidad ante la comisión de algún hecho jurídicamente relevante.

Ahora bien, ante el creciente fenómeno delictivo y el aumento de casos deplorables de delincuencia organizada y el constante crecimiento de delitos violentos en nuestro país, voces a partir de agentes políticos se han dejado escuchar en *pro* de legislar y legalizar el uso de la pena de muertes. Es el caso del Partido Verde Ecologista, quien, en múltiples campañas electorales, ha formado parte de su plataforma electoral, el promocionar que desde la legislatura apoyaran el regreso de este tipo de pena. No obstante esto sería un pensar irrisorio, en principio por la reforma constitucional del año 2011, la conocida como reforma de Derechos Humanos, desde donde se pondera una interpretación *pro persona* de las leyes locales y el actuar institucional; y, en segundo motivo, en virtud del conocido control de convencionalidad, a razón de lo precisado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mejor conocido como Pacto San José de Costa Rica, en donde se prohíbe el restablecimiento de la pena de muerte dentro de su numeral 4.3.

En este caso, la mutación constitucional sí que puede representar una situación de contradicción con la realidad, que incluso puede llegar a postular un debilitamiento de la fuerza normativa de la Constitución, entendida sólo desde su perspectiva jurídica. Este es el claro ejemplo

---

<sup>496</sup> La última ejecución civil se llevó a cabo en 1937 y la militar en 1961. RHI SAUSI GARAVITO, María José y BECERRIL HERNÁNDEZ, Carlos de Jesús, “Amparo y pena de muerte en México, 1869-1910”, en *Revista Historia y Justicia*, 2014, Chile, p. 3.

de la pertinente explicación dada por Heller sobre el que una Constitución debe concebirse como un Código Jurídico-Político Fundamental, puesto que a partir de la normalidad que implica lo político, puede entenderse que la ley suprema pueda entrar en desuso y, a práctica dialéctica, volver sobre sus pasos de fuerza normativa vinculante.

No se piense en este momento en un quebranto o desuso de la Constitución con motivo de su inoperancia, sino a un momento de cambio necesario del texto normativo. Una mutación que contraviene el texto normativo, pero bajo una justificación racional de protección de Derechos Humanos. Recordemos, como fuera pronunciado desde 1978 en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que en una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución. Ésta es la más lúcida explicación que hace de la Constitución ante esta mutación, una latente fuerza normativa, un ser/deber-ser/querer-ser.<sup>497</sup>

A través de este cambio, la fuerza normativa adquiere mayor relevancia, no sólo desde lo político-social, sino desde la convicción constitucional de defensa de Derechos Humanos, un avance, desde la Constitución, en la reconstrucción democrática del Estado. A mayor abundamiento, esto refleja una práctica democrática de valía importante, ya que aun cuando en la ley suprema se contenía, al tipo de letra muerta, la referencia a la pena de muerte, lo cierto es que en el ejercicio del Derecho ya ninguna normatividad sustantiva penal contenía pronunciamientos al respecto, por ende, desde lo adjetivo penal era imposible que un juzgador apelara por la imposición de una punibilidad de tal tipo.

En un sentido un tanto diverso, otra mutación constitucional producida por la imposibilidad de ejercer derechos constitucionales, se aprecia en la facultad concedida al Secretario de Estado contenida en el artículo 92 del Código Fundamental<sup>498</sup> que a la letra dice: Todos los reglamentos,

---

<sup>497</sup> Pero las normas sociales mantienen necesaria relación con la esfera del ser en cuanto sólo tiene validez, es decir, reciben existencia y se mantienen, en virtud de una orden dictada por una voluntad y de una observancia voluntaria, o sea que su deber ser tiene siempre como supuesto y como objetivo un querer real. HELLER, *Teoría del Estado*, 1983, *op. cit.*, p. 202.

<sup>498</sup> Este artículo constitucional fue reformado en el año 2007. Sin embargo, el motivo de la mutación no ha cambiado, lo que le fue desprovisto al numeral 92, es que con antelación a la reforma éste establecía que: “Todos los Reglamentos, Decretos, Acuerdos y Ordenes del Presidente deberán estar firmados por el Secretario de Estado o Jefe de Departamento Administrativo a que el asunto corresponda, y sin este requisito no serán obedecidos.” El *quid* de la reforma se basó a la desaparición de la figura de Jefe de Departamento Administrativo, situación que para los fines de nuestra explicación no reviste mayor importancia, ya que el sentido de la mutación sigue siendo el mismo.

decretos, acuerdos y órdenes del Presidente deberán estar firmados por el Secretario de Estado a que el asunto corresponda, y sin este requisito no serán obedecidos.

La facultad descrita es conocida en la doctrina constitucional como el refrendo ministerial, que representa una de las facultades de mayor envergadura para un Secretario de Estado de cada rama en particular, ya que en teoría tienen la posibilidad de vetar un mandato, orden o decreto expedido por el titular del Poder Ejecutivo. Prácticamente, la Constitución prevé una barrera de contención ante la práctica libre de ordenanza del Jefe de Estado, postulando como requisito *sine qua non* la aprobación, por vía de consentimiento desde su firma, del Secretario de Estado que en cada materia opere según el proyecto del ejecutivo.

Empero, en este caso, la imposibilidad de ejercer este derecho se instaura no en una dificultad material o un obstáculo para su realización, sino más bien en un inconveniente de corte político ante su ejecución. Ello es así, ya que tenemos que poner atención al artículo 89, fracción II, de la Constitución, puesto que el artículo 92 es recipiendario de las facultades dispuestas en aquel. De alguna manera, la lectura del numeral 92 tiene que interpretarse a la luz del diverso 89, puesto que en éste se consagran las facultades y obligaciones que tiene el Presidente de la república, dentro de ellas la contenida en su fracción II que establece:

II. Nombrar y remover libremente a los Secretarios de Estado, remover a los embajadores, cónsules generales y empleados superiores de Hacienda, y nombrar y remover libremente a los demás empleados de la Unión, cuyo nombramiento o remoción no esté determinado de otro modo en la Constitución o en las leyes;

La repercusión de lo contenido en el artículo 92 es más que lógica, de ahí su impedimento material para ejercer el derecho constitucional que éste postula. Y es que, analizando conjuntamente ambos preceptos, bien podemos afirmar que el refrendo viene condicionado por la facultad de nombramiento del Jefe de Estado. En un deber-ser, queda claro que tal facultad resulta pertinente ante un adecuado ejercicio político de la administración pública, en donde el reparto de responsabilidades realmente se lleve a cabo, no obstante en la realidad jurídico-política del país, ciertamente es que no muy a menudo se podrá observar que un Secretario de Estado pueda contradecir el mandato del Presidente de la República.

La concepción es sencilla, un Secretario de Estado no se opondría a la instrucción de quien le ha designado y de quien depende en la realidad constitucional su nombramiento y remoción, de lo contrario su lugar sería simplemente prescindible, produciendo así la destitución del empleo,

cargo o comisión ya que es una facultad exclusiva del Ejecutivo. Lo que realmente representa el artículo 92 constitucional es un acto netamente formal de la cancillería del Estado, como una tradición que evita el ver un decisionismo puro como acto de ejercicio del poder, de alguna forma, una mecánica de justificación e idoneidad en la toma de decisiones.<sup>499</sup>

Esta afirmación es mejor explicada por Jorge Carpizo en cuanto al presidencialismo mexicano, ya que dirá el profesor mexicano que la figura del refrendo pasó al Derecho Constitucional mexicano sin mayor antecedente que lo que se podría haber visto en las monarquías asiáticas en la autenticación del sello del monarca o en la Francia del 1791 en donde se anunciaba que el rey no gobernaba solo, sino que lo hacía de la mano de sus ministros,<sup>500</sup> incluso, en la España de 1812 reproducida en la Constitución de Cádiz, desde donde el refrendo actuaba como una herramienta para limitar el poder del monarca. Situación esta última que, siguiendo el pensamiento de Gabino Fraga bien pudo haber sido el hito para que el Constituyente de Querétaro del 1917 llevara a la práctica la figura del refrendo, en el sentido de que los Secretarios de Estado, ocupan una función primordial ante la “irresponsabilidad del Presidente”, y que la responsabilidad del ejercicio de las facultades del poder ejecutivo recaen en los Secretarios de Estado.<sup>501</sup>

En un sentido menos tendencioso a evidenciar el tema de responsabilidades políticas, como lo hace Fraga ante el incumpliendo de la firma a la decisión del Ejecutivo, una prudente e ilustre interpretación sobre éste la hace Tena Ramírez que siguiendo a Cáseres Crosa,<sup>502</sup> comentará que el refrendo presupone un acto concomitante en la decisión, orden o decreto del Presidente, a la cual los Secretarios de Estado se suman para completarlo o perfeccionarlo. Una apreciación de la simultánea concurrencia de dos voluntades coincidentes, a veces de distinto rango, cuyas determinaciones se manifiestan en la efectiva realización de un acto participado o complejo, que se expresan mediante el elemento formal de la aposición de la firma y la contrafirma de las personas que en él caso intervienen.<sup>503</sup>

Empero, el tratadista en comento igualmente identificará, como no podría ser de distinta forma, que la función del refrendo, al menos una de ellas, que es la de autenticación del acto del

---

<sup>499</sup> Cfr. CARPIZO, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, Siglo XXI, México, 2004, p. 33.

<sup>500</sup> MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio, “El ejecutivo y su gabinete”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. II, núm. 6, UNAM, México, 1952, pp. 59-62. Citado por CARPIZO, *El presidencialismo mexicano*, op. cit., p. 33.

<sup>501</sup> FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Porrúa, México, p. 178

<sup>502</sup> CÁCERES CROSA, Gonzalo, *El refrendo ministerial*, Madrid, 1934.

<sup>503</sup> TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, op. cit. pp. 251-252.

Ejecutivo, no imbrica un obstáculo insuperable en atención a las facultades de remoción contenidas en el texto del artículo 89 constitucional. Así, en palabras de Carpizo el que un Secretario de Estado se opusiera al designio presidencial, tratando de limitar, en el mejor de los casos, la práctica errónea de una decisión política, traería como resultado una repercusión de corte político, que en todo caso y, sería lo más probable, sería el suicidio político para tal sujeto, por lo tanto, el refrendo no es más que una función formal de carácter certificativo,<sup>504</sup> que se convierte en una mutación de segundo grado de la tipología propuesta por Hsü Dau-Lin, ya que contiene una imposibilidad de ejercer derechos y/o facultades estatuidos constitucionalmente, puesto que en la realidad política mexicana, prácticamente es imposible el uso de este instrumento de gobierno, ante el Presidencialismo riguroso que se tiene en la nación.

#### 4.3.2.3 Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal contradictoria con la Constitución

Toca el turno de pronunciarnos sobre el tipo de mutaciones que, conforme al pensamiento de Dau-Lin, representan la total incongruencia entre norma y realidad, un desvalor constitucional producto de la realidad —institucional— que se vuelve una práctica inconstitucional. Con ello, el tema central es la fuerza normativa de la Constitución, misma que se ve mermada en un ejercicio de falseamiento y/o quebranto de la norma suprema, allá donde la realidad política impone fuerza externa y coercitiva sobre la Constitución.

Este tipo de mutación que contradice abiertamente la perspectiva constitucional, puede darse a través de muy distintas formas: ya sea mediante el ejercicio de una legislación ordinaria, a través de reglamentos de los órganos estatales superiores o bien de su práctica efectiva.<sup>505</sup> Aquí se da una contradicción inequívoca, ya que el contenido de éstas contradice la Ley Suprema, ello lleva a que el Texto Constitucional no se vea alterado, sino que es con motivo de la práctica desde donde se produce, en la realidad constitucional, la tensión entre el *ser* y el *deber-ser*. Se opera así una reforma Constitucional, aun cuando su texto ha sido inalterado, una reforma encubierta.<sup>506</sup> Las

---

<sup>504</sup> CARPIZO, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, op. cit., pp.35-36.

<sup>505</sup> DAU-LIN, Hsü, *Mutación de la Constitución*, op. cit., p. 41.

<sup>506</sup> Situación que puede homologarse con lo sucedido en España con la creación de la llamada LOAPA, mediante la cual se pretendía eliminar el juego del principio dispositivo, tanto en lo referente a la creación de las Comunidades Autónomas, como en cuanto a la determinación del reparto competencial. En tal caso, actuando como un verdadero

normas afectadas por la reforma material de la Constitución ahora ya no coinciden con la realidad constitucional.<sup>507</sup>

A nuestro entender, tanto las modificaciones legales, como las reglamentarias que en Dau-Lin representan formas de mutación de la Constitución, no son propiamente mutaciones, sino violaciones directas a la norma suprema. La explicación de ello es relativamente simple, un ordenamiento de menor grado, creado a lo sumo por un poder constituido de segundo grado, no puede controvertir la Constitución. No sólo porque no goza del carácter jerárquico suficiente, sino porque la validez y vigencia de tales normas, está dada y comunicada en atención y respeto al Código Jurídico-Político Fundamental. Entenderlo de diversa forma, no sólo implicaría el desconocer la supremacía constitucional del ordenamiento, sino, la tergiversación de funciones entre poderes constituidos y poder constituyente. La traducción es simple, no se tiene voluntad constitucional y el producto de ello es un claro quebranto y violación constitucional.

Uno de los casos más frecuentes sobre los que se da este tipo de mutaciones es en la legislación ordinaria que trata de normar un caso general y, con ello, se produce una alteración irreconciliable con la realidad constitucional. De esta forma, la legislación ordinaria transforma el contenido material y formal del precepto constitucional. En el Estado mexicano esto ha sido una práctica recurrente no sólo con la legislación ordinaria, incluso ha transitado a sitiales superiores, en las mal llamadas Constituciones locales, que, como hemos advertido en el capítulo tercero, lo adecuado es denominarles, a lo más, leyes constitucionales, ya que éstas no gozan de haber sido creadas por un Poder Constituyente, sino que su facticidad se debe a la Ley Suprema, desde donde se otorgan competencias para ello, es decir, de ésta adquieren su fuerza y vigor.

La creación de éstas se debe a un poder constituido extraordinario, cuya existencia, incluso en los supuestos en los que las colectividades-miembro existían antes de la creación del Estado Políticamente Descentralizado, ha dependido de la voluntad e imperio del Poder Constituyente, por así denominarlo, federal. Es decir, que su vitalidad viene concedida por un poder superior a las Entidades Federativas.<sup>508</sup>

---

defensor de la Constitución, el Tribunal Constitucional español ha dado marcha atrás a través de la resolución STC/76/1983, haciendo valer su papel de custodio de la voz soberana del Poder Constituyente.

<sup>507</sup> DAU-LIN, Hsü, *Mutación de la Constitución*, op. cit., p. 41.

<sup>508</sup> Nombre que se le brinda, en México, a los centros autónomos de decisión política democrática y legítima. Es la forma de organización territorial del Estado mexicano. En la actualidad, conformado por 32 Entidades Federativas o

Al recordar el ejemplo que postulamos para las mutaciones de segundo grado, con el tema de la pena de muerte, nace a la realidad constitucional mexicana y caso paradigmático de falseamiento constitucional en lo que bien se puede argüir, una falaz interpretación de competencias estatales en cuanto a la legislación de orden punitivo. Y es que, algo curioso se ha dado en algunas Entidades Federativas en el Estado Mexicano, puesto que si bien, formalmente, desde el año 2005 la pena de muerte quedó abrogada del ordenamiento constitucional, el fenómeno delictivo y el afán por “correr” desmesuradamente a una protección irrestricta de Derechos Humanos en México, como ya lo referimos a partir de la reforma de 2011, produjo una serie de reformas constitucionales y de ordenamientos punitivos locales, que dio paso a controversias que ponían en evidencia la práctica de penas homólogas a la de muerte.

Y es que, por ejemplo, entidades federativas como Chihuahua, Puebla, Estado de México, Veracruz, etc., contienen dentro de sus Códigos Penales locales la posibilidad de imposición de penas vitalicias para tipos penales como homicidio, feminicidio, secuestro, violación, entre otros. La pugna que esto ha ocasionado es observar a la pena vitalicia, como una forma homologa a la pena de muerte, puesto que para el sistema punitivo los bienes jurídicos de mayor valía son la vida y la libertad, íntimamente relacionados. En consecuencia, ante la imposición de la pena vitalicia, lo que se puede observar es una forma diversa de pena de muerte, cambiando el fusilamiento, la horca o cualquier medio para privación de vida, por una vida en reclusión ante el despojo de la libertad del delincuente.

Este tema ha traído al debate, al menos académico, la idea de que ante determinados hechos jurídicamente relevantes el legislador local ha apelado por el uso de un Derecho Penal de Autor, condición que nos sitúa ante el panorama de un Derecho Penal del Enemigo,<sup>509</sup> como en la no tan afortunada atribución teórica que se le realiza a Günther Jakobs al considerarle como su precursor y fiel defensor. Esta práctica punitiva lleva por esencia considerar que el derecho es efectivo en tanto se pueda aniquilar a quien no le es funcional al sistema. Así, el fin de la pena, como en Hegel, es representada como una negación del delincuente, a la vez que éste ha negado con su actuar la

---

Estados. No obstante, como ya lo hemos aclarado en la nota número 312, sólo la República mexicana en su totalidad, es quien tiene reconocida la personalidad jurídica para fines de Derecho Internacional, no así dichas Entidades Federativas.

<sup>509</sup> JAKOBS, Günther, “¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que Protege?, Contradicción de Bienes Jurídicos y Protección de la vigencia de la Norma”, en *El Pensamiento Filosófico y Jurídico-Penal de Günther Jakobs*, Flores Editores, México, 2007.

ley, de esta forma, afirmará Jakobs, la pena tiene como función el restablecimiento de la vigencia normativa y con ello, la reparación funcional de la confianza en la sociedad sobre el Derecho.

Nos permitimos explicar en mejor medida esto. Jakobs crea su teoría de imputación objetiva del delito<sup>510</sup> bajo el estandarte de protección de expectativas normativas derivadas del buen desempeño de los roles sociales designados, con lo cual se pretende resguardar la vigencia de la norma de control social, que ya en sede de Derecho Penal es utilizada en función de imposición de sanciones que fungen como contraposición de la defraudación a estas expectativas normativas y que, con ello, se vuelva a la vigencia de la norma perpetrada.

El profesor alemán parte de una integración metodológica de corte sociológico que llevará a la praxis en su modelo funcionalista del Derecho Penal,<sup>511</sup> que desde su teoría de la imputación objetiva se reproduce a partir del pensamientos filosóficos, tanto de Hegel,<sup>512</sup> como de Kant.<sup>513</sup> En cuanto al primero de los citados, retoma la forma de imputación y el ejercicio de la pena, sobre la máxima de negación de la negación de expectativas normativas. Mientras que del pensamiento Kantiano retoma (no en su totalidad), conceptos mismos como el de dignidad, persona y hasta el pensamiento del imperativo categórico.

De esta forma, el papel de la pena dentro del funcionalismo de Jakobs está basado a ser entendido como mecanismo contrafáctico de intervención contra las expectativas normativas<sup>514</sup> que han sido violadas, manteniendo con ello la vigencia de la norma aun cuando han sido defraudadas por una persona en lo individual y, que aun cuando pertenece a la sociedad, ha corrompido su rol y por ello tiene que afrontar la consecuencia en sentido causal de su conducta,

---

<sup>510</sup> Para mayor claridad véase: JAKOBS, Günther, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Trad. Cancio Meliá, Edit. Civitas, España, 1996; *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, Trad. Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1995; *La Imputación Penal de la Acción y de la Omisión*. Trad. Javier Sánchez-Vera, Edit. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1996.

<sup>511</sup> JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional*, Trad. Cancio Meliá y Feijóo Sánchez, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1996; *Derecho Penal*, P.G., Fundamentos y Teoría de la Imputación, 2ª ed., Edit. Marcial Pons, España, 1997.

<sup>512</sup> HEGEL, G. W. F., *Filosofía del Derecho*, op. cit. passim.

<sup>513</sup> Para mayor reseña ver, KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, op. cit. passim. Concepto de Imperativo Categórico tomado desde la base de la ética deontológica, bajo la pretensión de mandamiento autónomo de toda religión e ideología y a la vez autosuficiente, capaz de regir el comportamiento humano en todas sus manifestaciones.

<sup>514</sup> MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, "Funcionalismo y Normativismo Penal. Una Introducción a la obra de Günther Jakobs, En: *El Pensamiento Filosófico y Jurídico-Penal de Günther Jakobs*, Flores Editores, México, 2007, p. 70.

siendo el Derecho Penal el encargado mediante el uso de la pena de actuar como confronte de ésta a fin de asegurar la normal vida en sociedad y la vigencia normativa.

Para el caso es importante referir la existencia de dos tipos de expectativas en relación con los mecanismos de que dispone el sistema social: 1) Se puede tratar de expectativas cognitivas o de expectativas normativas. Las primeras son aquellas, ante cuya frustración, cabe la alternativa de que sean modificables y adaptadas a la realidad. Son expectativas dispuestas a aprender de la realidad frustrante; 2) Las segundas son las que no se modifican en caso de no coincidir con la realidad.<sup>515</sup>

De estas afirmaciones podemos concretar la existencia de reglas de la naturaleza y reglas derivadas de la sociedad. Ambas concepciones susceptibles de defraudación por parte del individuo. Dentro de las primeras mejor conocidas como expectativas de la naturaleza, la defraudación se ve ejemplificada como una mejora del material cognitivo asimilable al conocimiento empírico y, especialmente, denominadas como expectativas cognitivas. Una vez que éstas han cobrado su vigencia son abandonadas por el aprendizaje que han desprendido mediante el fenómeno de defraudación.

Por su parte, dentro de la frontera del mundo social, las expectativas son diversas, estas ya no forjan un aprendizaje con su defraudación. En éstas, derivado de la vinculación personal mediante normas, se basan a las expectativas de que sus conductas se encuadrarán dentro de la permisibilidad de la norma que se traduce en la libertad del sujeto de obrar. En estas expectativas denominadas normativas, el proceso de defraudación no es abandonado como en las cognitivas, ya que en éstas no se lleva a cabo el aprendizaje, sino que la expectativa se mantiene dentro de la sociedad comunicando una conducta errónea del infractor de la norma.<sup>516</sup>

Con esta concepción de Jakobs, se deja de lado la visión de la sociedad como entidad conformada por individuos que en su conjunto pactan su soberanía y la forma en que han de ser regidos –donde éstos establecen los mecanismos a establecer para su normal desarrollo– dotando al Estado de la facultad de ejercitar el poder en beneficio del Pueblo que lo ha constituido y, en contraposición, se instaura un modelo de sociedad concebida como un sistema de comunicación de

---

<sup>515</sup> MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, “Funcionalismo y Normativismo...”, *op. cit.*, p. 70.

<sup>516</sup> JAKOBS, Günther, “¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que Protege?”, *op. cit.* p. 3.

reglas que “garantizan” su desarrollo armónico, actualizándose su transgresión cuando el sujeto sale fuera de la esfera de su rol social o deja de hacer lo que éste le implica, corrompiendo con ello la expectativa social y defraudando a la norma y a la misma sociedad en que se desenvuelve.<sup>517</sup> Ante ello, la función del Derecho Penal consistirá en contradecir a su vez, la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho Penal confirma, por tanto, la identidad de la sociedad.<sup>518</sup>

De esta forma se explica el pensamiento del enemigo para la norma, para el *ius puniendi*, en virtud de que para este planteamiento la norma está llamada a proteger expectativas normativas derivadas de una teoría sistemática de la comunicación y no de valores ético-sociales como lo son los bienes jurídicos. Para este modelo el delito deja de contemplarse como un mero suceso exterior de valoración ontológica y se establece como una expresión de sentido que trata de comunicar algo, una forma de comunicación que el delincuente encuentra para defraudar la norma jurídica.

Es decir, con su conducta, el delincuente habla de una determinada manera expresando un sentido concreto, sentido que implica una comunicación de ir contra de la expectativa normativa o, en términos idealísticos (los cuales son propios de estas tendencias sociales de la comunicación), comunica que el sentido de la norma no le compete, realizando una comunicación alterna en la que se opone al sentido de la norma.<sup>519</sup>

Como puede observarse, el pensamiento punitivo de Jakobs se instaura dentro de un modelo que ha sido denominado Sociológico-Normativo. En él, se pretende realizar una diferencia entre el mundo de lo natural y el mundo de lo normativo, como una corriente punitiva nacida en el seno del pensamiento kantiano, estructura funcionalista que dará sustento a la percepción del Derecho Penal del Enemigo, en virtud del sistema de comunicación sobre el que es entendido el fenómeno delictivo. Esto es así, puesto que si una determinada persona ha decidido libremente apartarse de su rol social, provocando una falta a la expectativa normativa que de éste se tenía y, con ello, ha traído al mundo de lo social una afectación o ha creado un riesgo jurídicamente relevante, éste ha

---

<sup>517</sup> DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Derecho Penal, P.G., Conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social*, Porrúa, México, 2008, p. 138.

<sup>518</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal, P.G., T. I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Traducción de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, et al, Edit. Civitas, España, 1997, p. 15.

<sup>519</sup> POLAINO ORTS, Miguel, *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho Penal. Expectativas Normativas, Intervención Delictiva, Derecho Penal del Enemigo*, Flores editores, México, 2015, p. 46.

de ser entendido como un sujeto al cual no le interesa vivir en el mundo de lo social-normativo, inclinándose más al mundo de lo natural, una percepción de comunicación ante la norma.

La diferencia entre el mundo naturalístico y el mundo en sociedad, es la puerta de entrada del pensamiento jakobsino en cuanto que la Dogmática jurídico-penal no debe llevar como finalidad el estudio de seres humanos y consideraciones ontológicas, sino que debe referirse en forma permanente a las personas intervinientes en el Derecho, como sujetos de derecho y sujetos con derechos. La idea perseguida por Jakobs se sitúa en un sistema funcional dentro de un determinado modelo de sociedad. Una percepción materialista de la sociedad en la que se da una conjunción entre hombre creador de la ley y no al contrario como ley creadora del comportamiento humano. El fin que ha de perseguir el derecho, concretamente el derecho penal y la pena, es el de protección de la identidad de la sociedad que lo ha creado.<sup>520</sup>

Bajo este orden de ideas, el Derecho Penal lleva como función el garantizar la identidad normativa y la constitución de la sociedad. En palabras del mismo Jakobs, “la contribución del Derecho Penal consiste en contradecir por su parte la contradicción de las normas que determinan la identidad de la sociedad”.<sup>521</sup> Es pertinente mencionar que esta tendencia al fenómeno social del cual se vale Jakobs para realizar esta conformación del Derecho Penal, lleva como trasfondo los ideales de Niklas Luhmann en tanto a su concepción de sociedad y su confronta con el individuo, consideraciones que llevan al jurista alemán a conformar un criterio generalizado que se desprende del ámbito de ser humano, para situarse dentro del esquema de individuo en sociedad, de persona.

Bajo esta tesitura, la idea de persona nacida dentro de sociedad se deslinda del supuesto de individuo concebido como ente que se desenvuelve en Derecho bajo subjetividades,<sup>522</sup> precisamente concepciones filosóficas devenidas del pensamiento de Luhmann, quien realiza una diferencia entre sistema social y ambiente. Para esta teoría de sistemas, la sociedad sólo puede

---

<sup>520</sup> Para un análisis más detallado sobre esta parte del Funcionalismo, véase: CANCIO MELIÁ, PEÑARANDA RAMOS, *et al*, *Un Nuevo Sistema del Derecho Penal: consideraciones sobre la teoría de la Imputación de Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999.

<sup>521</sup> JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional*, Trad. Cancio Meliá y Feijóo Sánchez, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1996, p. 11.

<sup>522</sup> MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, “Funcionalismo y Normativismo...”, *op. cit.*, p. 66.

existir cuando los individuos son capaces de obrar de forma coordinada, haciendo referencia con ello a un proceso de comunicación a lo cual le ofertan de un determinado sentido.<sup>523</sup>

En consecuencia, la idea de un Derecho Penal Funcionalista no representa una mera asociación de individuos, sino que presupone la existencia de una comunicación entre individuos dotados de determinado sentido, por tal razón ha de ser el comportamiento jurídicamente relevante, un proceso mismo de comunicación, siendo ésta la única operación social posible y, por ende, aplicable al Derecho Penal como sistema social de funciones.<sup>524</sup>

Siendo pues una sociedad concretamente fundada bajo estándares de conjunción y coordinación, resulta familiar el que cada sujeto perteneciente a ésta se desenvuelva de determinada forma, cumplimentando un cierto rol específico dependiente de su entorno de libertad en el cual ha decidido formarse y del cual ha de responder en cuanto a su cabal cumplimiento, que permita a los demás sujetos llevar a cabo su propio rol, confiando en la no defraudación del mismo. A este supuesto se le ha denominado “relación de las expectativas de expectativas”,<sup>525</sup> que implican una configuración de la norma como regidoras de expectativas de conducta, dentro de las cuales ha de verse inmiscuido el fin de la pena, como instrumento contrafáctico de expectativas normativas que devuelvan la vigencia a la norma defraudada.

Bajo este entendido, como hemos adelantado, la práctica legislativa operante en diversas Entidades Federativas, ha llegado a interpretarse en el sentido de expectativa de expectativas sobre la idea de punibilidades que rayan mezquinamente en una reinterpretación de la pena de muerte. Si consideramos que la libertad, como bien jurídico, puede llegar a tener la misma entidad de fuerza social que la vida, la pena de muerte y la pena vitalicia, implican lesiones directas e irreparables, por lógica, de los bienes jurídicos de mayor valía para cualquier ordenamiento normativo que se diga estar acorde a un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

---

<sup>523</sup> Sobre el tema del idealismo sociológico del proceso de comunicación, QUINTERO, María Eloísa, “Acción Social, Comunicación e Injusto Penal, en *Comunicación e Injusto Penal*, Ara Editores, Perú, 2010.

<sup>524</sup> MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, “Funcionalismo y Normativismo...”, *op. cit.*, p. 67.

<sup>525</sup> Entiéndase por expectativa, la norma en sentido jurídico-penal como una expectativa que incluye su manifestación en caso de que sea frustrada. Por tanto, la garantía de estas expectativas y su estabilización contrafáctica corresponde al sistema jurídico, por ende, al Derecho penal. Éste debe proteger aquellas comunicaciones con sentido que son básicas para el mantenimiento de la constitución social. Debe proteger la norma en cuanto expectativa contrafáctica estabilizable. *Ibidem*, p. 70.

A partir de aquí el fenómeno de la prisión vitalicia adquiere un peculiar sentido negativo dentro de las Democracias Constitucionales, puesto que se evidencia una clara contradicción con principios constitucionales como el de legalidad penal, si acaso sea éste la piedra de toco que informa todo el sistema jurídico procesal del país, sin soslayar claramente lesiones obvias a derechos fundamentales, como son la vida y la libertad. Este fenómeno acrecienta su importancia a la luz de la Reforma Constitucional recaída al artículo 18 constitucional para el año 2008, a través de la cual se crea el “nuevo” sistema de enjuiciamiento penal mexicano, transitando del llamado sistema inquisitivo o tradicional, al sistema procesal acusatorio de corte oral.

Previo a la reforma en mención, el párrafo segundo del artículo 18 establecía que los Gobiernos de la Federación y de los Estados **organizarían sus sistemas penales**, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente, así como que las mujeres cumplirían sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto. Posterior a la reforma el texto de este párrafo segundo cambió radicalmente, en lo que se conoció como el olvido del fin de la pena para el Estado mexicano y la incorporación del fin del sistema penitenciario.

Lo anterior, en razón de que el actual texto del citado artículo, en cuanto a lo que interesa, advierte que **el sistema penitenciario** se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley.

Así pues, visto el contexto de la prisión vitalicia en consonancia con el fin del sistema penitenciario, se aprecia un entendimiento muy particular inclinado al olvido de la persona delincuente y el fin social que la pena pudiera tener en sociedad, virando únicamente a la existencia de delitos y el fin que el sistema penitenciario de reclusión habrá de tener. Se pondera así la idea de que detrás de todo delito existe un delincuente, olvidando que detrás de todo delincuente existe un ser humano. A nuestro entender, bajo este panorama, la práctica legislativa que opera a la sombra de la pena de muerte, que es la prisión vitalicia, implica una mutación que sí que contraviene la Constitución. No se trata de una mutación como en el primer grado, sino una de tercero, allá donde la realidad jurídica de segundo orden contradice la ley suprema.

Incluso, en tratándose del nuevo texto del artículo 18 constitucional, resulta claro que los fines contemplados en la Constitución, simplemente resultan irrisorios y de imposible materialización por configuración legislativa de la prisión vitalicia, ya que, se deja sin efectos la “finalidad” del sistema penitenciario, que es la reinserción social del sujeto delincente y la procuración social de que éste no vuelva a delinquir. Prácticamente, se le despoja de su carácter de ser social de por vida, sin dar posibilidades a su reforma y reingreso a la sociedad.

#### *4.3.2.3.1 Estudio de caso sobre la llamada Ley Bonilla en México*

En este apartado se abordará, mediante estudio de caso, un acto judicial nacido dentro del Estado mexicano en el que se somete a discusión jurisdiccional de corte Federal, la legalidad con que actuó un poder constituido regional, que haciendo uso de sus facultades legislativas, incrementó vía reforma constitucional la temporalidad del ejercicio en la representatividad del ejecutivo regional electo, lo que trajo consigo un impacto en la propia legitimación de su ordenamiento local, específicamente dentro de su cuerpo normativo de orden constitutivo, es decir, de su Constitución Política Local, actuación que claramente se colocó a sí misma en un escenario de extrapolación de funciones de poder constituido.

En términos generales, en el Estado de Baja California para el año 2019, se celebraron elecciones para elegir, entre otros, a quien ocuparía el cargo de ejecutivo de dicha entidad federativa. En inicio y conforme al designio de la Constitución Federal, el periodo por el cual habría de elegirse, al entonces, próximo gobernador de dicha entidad federativa, correría del 2019-2021, con la finalidad de que los regímenes gubernamentales de las autonomías, así como sus respectivas elecciones, pudieran celebrarse en forma concurrente con al menos una elección federal, ello en atención a lo establecido por el inciso n) de la fracción IV del artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>526</sup>

Es el caso que, una vez desarrollado el proceso comicial respectivo, y toda vez que no fueron fructíferos una cantidad importante de medios de impugnación que pretendían ampliar la temporalidad para el ejercicio de representatividad, es que desde la legislatura de dicho Estado, vía

---

<sup>526</sup> Como podrá observarse en el documento base de análisis, la convocatoria que refirió el inicio del proceso electoral para el Estado de Baja California, fue motivo de un caudal amplio de impugnaciones al pretender que el periodo de 2 años (2019-2021) para el que se llamó al voto de la sociedad, se amplificara de 2019 a 2024.

procedimiento de reforma constitucional local, se emitió un Decreto por el que se reformó el artículo octavo transitorio de la Constitución Política de dicha entidad y se estableció que la Gubernatura electa en el proceso electoral 2018-2019 iniciaría funciones el primero de noviembre de dos mil diecinueve para concluir el treinta y uno de octubre de dos mil veinticuatro.

A partir de este caso que contempla la valoración, *prima facie*, de violaciones a principios político-electorales, productos de un procedimiento de reforma constitucional de nivel local, proponemos un estudio y análisis dialéctico entre teoría y praxis constitucional. Por una parte y, en sede teórica, se plantea dejar presente las vicisitudes que enfrenta la norma suprema como concepto político-social de orden fundamental, cuando en un Estado Federal como el caso mexicano, se acepta legislativa y judicialmente la existencia de más de una Constitución fundante y, en consecuencia, la coexistencia, igualmente, de múltiples Poderes Constituyentes, el primero de ellos en un ámbito federal y, los subsecuentes, respecto a autonomías locales.

Se hace evidente lo desafortunado de tal percepción y lo inadmisibles de ello, pues principios como el de soberanía popular y el de supremacía constitucional se ponen en juego, al percibir ya no sólo una homologación en el nombre de los aparatos normativos, sino en el alcance y poder que pretenden ejercer los poderes constituidos, tanto de la federación, como de las entidades que la conforman. Debiese, por el contrario, acudir al pensamiento de Friedrich,<sup>527</sup> para quien el único soberano que existe en el Estado Federal es el Poder Constituyente.

Así lo admitiría Schmitt al afirmar que la aprobación de una Constitución federal es la manifestación de un auténtico “pacto constitucional”, en donde, al menos, dos partes existen y subsisten, conformando una sola unidad política. Así, un pacto constitucional es, normalmente, un pacto federal. En éste “todos los miembros de la Federación reciben un nuevo *status* político, de modo que coexisten, una junto a otra, la unidad política de la Federación como tal y la existencia política de sus miembros”.<sup>528</sup> De tal forma que sus entidades parte, actúan ante la representación general de la Federación. Ante ello —como afirmara el profesor Rupérez—<sup>529</sup> no cabe duda de que la única forma posible de afirmar que son los Estados quienes establecen y sancionan el pacto

---

<sup>527</sup> Cfr. FRIEDRICH, Carl J., *Tendances du fédéralisme en théorie et en pratique*, Institut belge de science politique, Bruselas, 1971, pp. 27 y ss.

<sup>528</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, pp. 107-108.

<sup>529</sup> RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, “Sobre la naturaleza del Estado de las Autonomías”, *op. cit.*, pp. 83-84.

federal, es la de ponderar la noción de Poder Constituyente, a tribuyendo sólo a éste la titularidad de la soberanía.

*Notas en torno a la llamada Ley Bonilla.*<sup>530</sup>

Véase acaso los cimientos sobre los que se alza el Estado Constitucional y Democrático de Derecho, escenificados sobre sus tres principios fundamentales que obran sobre los caracteres de Política, Democracia y Derecho. El principio político organizacional de Poder Constituyente, el principio democrático de Soberanía popular, y el principio jurídico de Supremacía Constitucional.<sup>531</sup>

Al tenor de estos parámetros —demarcando que no puede, so pretexto de caer en quebrantos constitucionales, igualar, aun cuando sólo sea por nomenclatura a la Constitución como acto del Poder Constituyente, con las leyes constitucionales, por no ser éstas una creación formal y material de un verdadero Poder Constituyente, pues como lo precisara Zagrebelsky estas segundas no son más que leyes que prolongan la Constitución—,<sup>532</sup> como motivo de especificación de estas vicisitudes constitucionales nos abocaremos a realizar un breve análisis de una de las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación —Máximo Tribunal Constitucional del Estado mexicano. En adelante SCJN, Corte, Tribunal—, dictada en una Acción de Inconstitucionalidad<sup>533</sup> motivada por un Decreto emitido por la Legislatura del Estado de Baja California, una de las 32 Entidades Federativas que componen el país.

Previo a realizar los comentarios del referido fallo, resulta más que necesario explicar, *grosso modo*, la motivación que dio origen a la entrada en marcha de este medio de control de constitucionalidad y convencionalidad —Acción de Inconstitucionalidad—. No es nuestra intención detenernos a explicitar el régimen electoral de nuestro país, ya que por alcance y extensión del presente no podría realizarse.

---

<sup>530</sup> RESOLUCIÓN DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 112/2019 Y SUS ACUMULADOS 113/2019, 114/2019, 115/2019, 119/2019 Y 120/2019.

<sup>531</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La reforma constitucional”, *op. cit.*, 609.

<sup>532</sup> Así lo entiende Zagrebelsky, por ejemplo, tratándose de la reforma, al precisar que éstas son “Leyes no de revisión, sino de actuación, de prolongación, podría decirse, de la Constitución”, que, si bien se integran al Derecho Constitucional formal, tendrá que entenderse que éstas gozan de una relación jerárquica inferior al Código Jurídico-Político Fundamental, ya que su creador no es un poder soberano, sino uno jurídicamente limitado, tanto desde el punto de vista forma, como material. ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il sistema costituzionale delle fonti del Diritto*, Turín, 1984.

<sup>533</sup> El Documento que ocuparemos para el análisis, puede ser consultable para su verificación en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=264388>

Damos por sentado que al referir a México como un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, debe entenderse que, como señala el artículo 40 de su norma fundante, la voluntad política organizacional de su Pueblo se ha enfocado a constituirse sobre las bases de una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos, más teniendo en consideración que justo éste último elemento amplificador del principio democrático de soberanía, se podrá ejercitar sólo en lo concerniente al régimen interior de esas entidades, teniendo en consideración que todos se encuentran unidos mediante un pacto federal.<sup>534</sup> En consecuencia, obligados a conducirse sobre los límites impuestos por la Constitución Federal, que ha sido, sobrado paso, la manifestación de la voz soberana de la totalidad del pueblo mexicano, como único acto realmente soberano de la nación.

La propuesta de estudio que se presenta, implica proyectar la visión que el alto Tribunal mexicano tiene, y que nos parece una idea errónea, respecto a la forma de concebir el concepto de Código Jurídico-Político Fundamental y de su respectivo creador. Ello, derivado de que la propia argumentación de la SCJN, se avoca a reseñar la existencia de diversas Constituciones y, por tanto, la coexistencia en un mismo espacio y lugar determinado, de diversos poderes constituyentes.

Sin mayor abundamiento, debemos realizar un par de advertencias y acotaciones sobre la forma en que abordaremos nuestro pronunciamiento y la justificación que pretendemos para ello. Hemos optado por observar, al menos desde dos tamicos, el mismo objeto estudio, es decir, por un lado, comentar en un sentido de afirmación lo referido en la sentencia; y, por otro lado, verter comentarios en un afán de contravención al fallo. De igual forma, no se reproduce la totalidad del texto en estudio, sino sólo aquellas fracciones que en mayor medida han motivado el pensar en esta dinámica.

Como ya se ha adelantado, el problema planteado en esta Acción de Inconstitucionalidad, nace a partir del Decreto por el que se reforma el artículo octavo transitorio de la Constitución Política de Baja California, en el que se estableció que la Gubernatura electa en el proceso electoral 2018-2019, no se correspondería con la motivada vía proceso comicial, es decir, por la que el cuerpo electoral había decidido el día de la jornada electoral, sino que por decisión legislativa, ésta se desarrollaría del año 2019 al 2024.

---

<sup>534</sup> SERNA DE LA GARZA, José María, *El sistema federal mexicano: trayectoria y características*, op. cit., p. 128.

Pues bien, el primero de los apartados que causa perspicacia, se da desde la foja 1<sup>535</sup> donde en la transcripción, en el apartado de “Resultando”, la SCJN refiere que las partes han solicitado “la invalidez del artículo octavo transitorio del Decreto 112, emitido por el Poder Constituyente del Estado de Baja California, publicado en el Periódico Oficial de dicha entidad el diecisiete de octubre de dos mil diecinueve.”

Al respecto, es visible que el judicial federal da por sentado y, afirma más adelante, que en México no sólo existe un Poder Constituyente, sino que, al menos conforme a las Constituciones Estatales, habrá 33 Poderes Constituyentes; peor aún, da por cierto la permanencia de estos poderes constituyentes, negando así la desaparición de los mismos al momento de entrar en vigor su producto, que es su fin último. A nuestro criterio, no sólo se da un desconocimiento de los alcances del principio de soberanía, sino que pretendidamente se dice que existen, igualmente, diversidad de soberanías dentro de un mismo país. Sin duda alguna, la temática no adquiere validez a nivel procesal, pero sí en la solidificación de una adecuada teoría constitucional y que es el motor fundamental de la forma de Estado.

Por su parte, ya más entrado en argumento, la sentencia refiere en su punto Séptimo,<sup>536</sup> apartado II<sup>537</sup> que:

En primer lugar, cabe señalar que es infundado el argumento de los partidos políticos Acción Nacional, Movimiento Ciudadano y de Baja California en el cual sostienen que la dispensa de trámites no procede en el supuesto de reformas a la Constitución local, pues de la revisión de los artículos 34 y 112 de ese cuerpo normativo se advierte que el procedimiento de reformas a ese ordenamiento se sigue en los mismos términos que el procedimiento para la creación y reforma de las leyes, con las modalidades señaladas expresamente en la Constitución.<sup>538</sup>

A título personal, creemos que justo esta porción de la sentencia, implica un peligro más que inminente para el constitucionalismo mexicano, ya que si damos por entendido, como así se lee, que la SCJN pasa por alto la institución de la “Reforma constitucional”<sup>539</sup> como límite

---

<sup>535</sup> Con el término foja, no referimos al Fundamento Jurídico de la sentencia, es decir, al número de la hoja donde se encuentra la parte a la que se hace referencia.

<sup>536</sup> SÉPTIMO. Estudio preferente de las violaciones al proceso legislativo.

<sup>537</sup> II: Violación al procedimiento legislativo del decreto impugnado.

<sup>538</sup> Foja 149.

<sup>539</sup> Véase, por ejemplo: LUCAS VERDÚ, Pablo, “Reflexiones sobre el significado actual de la Constitución”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, 1958; DE VEGA GARCÍA, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, op. cit.; CANOSA USERA, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, op. cit.; BURGOA, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 8a. ed., Porrúa, México, 199; DÍAZ RICCI, Sergio, *Teoría de la reforma constitucional*, UNAM, México, 2004; CALZADA CONDE,

inmediato a la actuación de los poderes constituidos, no realizando mayor referencia a que en la “Constitución” de Baja California el procedimiento de revisión (reforma), seguirá el mismo procedimiento que el realizado para la creación y reforma de las leyes ordinarias, claramente se está pasando por alto el *principio de rigidez constitucional*<sup>540</sup>, en una clara violación a éste.

No sólo se permite la existencia de diversas “normas fundantes”, sino que éstas mismas al parecer son consideradas como normas flexibles,<sup>541</sup> al grado que, en su proceso de cambio y adaptación, de aquello a lo que Heller denominara proceso de normativización de la normalidad, las mismas pierden toda fuerza y vigor vinculante,<sup>542</sup> ya que no implican en sí, un principio de norma suprema, de aparato jurídico-político obligatorio y vinculante para la normatividad secundaria.<sup>543</sup>

Ello es así puesto que como lo denunciara el profesor Heller, las Constituciones:

En cuanto normas constitucionales, tienen la función de procurar la vigencia a una normalidad a la que se reconoce valor positivamente, o sea a la conducta que realiza la Constitución, no obstante el cambio de los tiempos y de las personas. La unidad y ordenación de la Constitución del Estado sólo adquiere realidad por una cooperación de actividades que, tanto histórica como sistemáticamente y tanto en la sucesión temporal como en la coexistencia espacial, han de mostrar una continuidad en la que haya un ajuste perfecto. La Constitución jurídica representa el plan normativo de esa cooperación, continuada. La dogmática jurídica del derecho constitucional existe para servir al fin

---

Rogelia, *La reforma constitucional y las mutaciones en el ordenamiento constitucional*, Tesis Doctoral (inérita), Universidad de Salamanca, España, 1987; CARPIZO, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, op. cit.

<sup>540</sup> Claro está, que este comentario lo referimos sin tener en consideración que, en efecto, se señala la percepción de los artículos 34 y 112 de la Constitución de Baja California. Sin embargo, nos atrevemos a decirlo así, ya que la pretendida rigidez y diferencia que al procedimiento de reforma se amplía en esta entidad federativa, se limita a señalar —dentro del párrafo segundo de aquel artículo 112—, que “Si transcurriere un mes después de que se compruebe que ha sido recibido el proyecto de que se trata, sin que los Ayuntamientos remitieran al Congreso el resultado de la votación, se entenderá que aceptan la adición o reforma.” Nótese pues, que lo agravado del proceso de revisión constitucional, se hace dependiente del simple paso de tiempo, sin que exista, realmente, un mecanismo de agravamiento a la función legislativa, cuya finalidad será la de realizar cambios a la norma superior del Estado.

<sup>541</sup> Dirá Bryce, se trata de Constituciones inestables, que carecen de garantías de solidez y permanencia. Están en un estado de flujo perpetuo, como el río de Heráclito, en el que ningún hombre puede hundir los pies dos veces.

“... parece natural dar por Seguro que las constituciones flexibles (las llamadas no escritas) aprobadas por la autoridad legislative ordinaria y susceptibles de ser alteradas por la misma, al no estar contenidas en ningún instrumento especialmente inviolable, serán de hecho objeto de cambios frecuentes y extensos, y además, tan fácilmente burladas en la práctica, que no podrán garantizar suficientemente el orden público ni proteger los derechos privados.” BRYCE, James, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, op. cit., pp. 23-24 y ss.

<sup>542</sup> Cfr. RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, *En torno a la reforma constitucional y la fuerza normativa de la Constitución*, op. cit., pp. 78-79 y ss.

<sup>543</sup> Habrá de decirse que, esta aseveración se postula en el entendido de la propia narración de la SCJN, que, si bien refiere que el procedimiento de reforma tendrá que cuidar lo establecido por los numerales 34 y 112 de la Constitución Local, mismos que contienen “diferenciaciones”, al procedimiento legislativo ordinario, la interpretación del Tribunal Constitucional hace parecer que el procedimiento legislativo ordinario y el de reforma, se llevarán de la misma forma.

una continuidad histórica y sistemática de la Constitución real, hacia este fin ha de orientarse su método.<sup>544</sup>

Resulta evidente, que al considerar a la norma fundante del Estado de Baja California, respecto a su procedimiento de reforma, como una cláusula de flexibilidad material, más que de rigidez, en sí mismo se está negando la calidad de Constitución y, a lo sumo, se tendría que decir, que de lo que se habla es de la percepción de una ley constitucional de origen subordinado. Pero bien, no es nuestra intención tratar aquí el problema de la rigidez constitucional y mucho menos de la Reforma Constitucional, ya que, por razones de extensión, nos sería más que imposible realizar un trabajo medianamente aceptable; por lo que, baste con estas pequeñas líneas, como proceso de estudio del tema propuesto.

Por último, respecto al mencionado punto Séptimo del fallo, cabe volver a precisar la consideración que para los fines del presente nos da el mayor de los contenidos, y es que al cabo del estudio de este punto, el multicitado Tribunal constitucional, retorna sobre lo dicho al precisar que “[...] Lo anterior porque el decreto fue emitido por el Poder Reformador del Estado, quien tiene facultades para reformar la Constitución local [...]”<sup>545</sup>

Insistimos en lo dicho, el mayor de los problemas para el estudio de las Ciencias Constitucionales, es el asemejar la idea de ley constitucional con la de Constitución, poniendo de manifiesto en forma equívoca, que en un mismo Estado en donde la soberanía popular de la totalidad de su sociedad, de su nación, han dado vida a un Poder Constituyente con la finalidad de otorgarse un documento fundador, coexisten en igualdad de identidad y de poder, más de una soberanía, más de un Poder Constituyente ilimitado y más de un Poder Reformador Constitucional.<sup>546</sup>

---

<sup>544</sup> HELLER, Hermann, *Teoría del Estado* (2017), *op. cit.*, pp. 334-335.

<sup>545</sup> Foja 167.

<sup>546</sup> En este punto, consideramos más que oportuno traer a escena, sólo como moción, que la doctrina mexicana, en no pocas ocasiones, se ha pronunciado respecto a la existencia de un Poder Constituyente Permanente, materializado a partir del procedimiento de revisión, específicamente a partir de lo dispuesto por Felipe Tena Ramírez, para quien la función de la reforma constitucional, al ser encargada a un órgano especial y diverso a los poderes constituidos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), que es conformado a partir del Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados, implica que ese “órgano tiene que participar en alguna forma de la función soberana, desde el momento en que puede afectar la obra que es expresión de la soberanía. Su función es, pues, función Constituyente. Y como, por otra parte, se trata de un órgano que sobrevive al autor de la Constitución, cuya vida se extinguió con su tarea, consideramos que merece por todo ello, el nombre de Poder Constituyente Permanente. TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Trigésima Séptima Edición, Porrúa, México, p. 46. Incluso, a referencia de Neira, ha sido un criterio reiterado por la SCJN el así pensarlo.

Ya hemos adelantado que el problema se observa en medida, allá donde haciendo uso de esta caracterización y nomenclatura que equipararía, al menos en nombre, al ordenamiento federal con los múltiples producto de las entidades federativas, los poderes de éstas, las autonomías, erran su papel democrático en un pretendido ejercicio de poderes constituyentes, no siendo más que órganos constituidos.

Al continuar con nuestro estudio, ya dentro del punto Octavo; Estudio de fondo sobre la constitucionalidad de la disposición normativa impugnada, se analiza lo atinente a violaciones constitucionales que tienen que ver con los principios de certeza electoral y legalidad. Es preciso señalar, que si bien resulta obligado pronunciarse respecto a estos tópicos, con lo que no terminamos por estar de acuerdo, es con la precisión referencial de violación a principio que se tratan de especificar a una materia determinada, en este caso a la comicial, ya que en forma genérica los principios de certeza y legalidad, son motor y coraza de todo el entramado jurídico no específicamente de lo electoral. Diverso pudiera haber sido, el precisar una violación concreta al ordenamiento constitucional federal.

No obstante, ello no llega a ser, en principio, lo que más nos llama la atención, sí, en la afirmación consistente en que: "... la democracia constitucional, propia del Estado de Derecho...",<sup>547</sup> a nuestro entender, sea acaso la forma en la cual se redactó la idea, lo inadecuado de tal afirmación. Si bien la democracia constitucional implica la existencia de un Estado de Derecho, no se trata de que ésta sea propia de aquel, por lo contrario, es a partir de la democracia y de la Constitución, que el Estado de Derecho se racionaliza y limita.<sup>548</sup>

No obstante, todo lo hasta aquí criticado, existen algunas porciones de sentencia que llegan a ser realmente válidas, en esta comprensión de Constitución y ley constitucional, apenas un

---

"...la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido como improcedente los medios de jurisdicción constitucional en contra de la reforma constitucional, sostiene que el poder de reforma es un poder constituyente permanente soberano, no sujeto a control alguno. Incluso, que el procedimiento de reforma constitucional tiene un autocontrol, debido a la rigidez constitucional. Sin embargo, esto no corresponde con el principio de supremacía constitucional y su garantía a través de la jurisdicción constitucional". NERIA GOVEA, Miguel de J., "El Poder Constituyente Permanente en México y el problema de los límites de la Reforma Constitucional", en *Revista Estudios Constitucionales*, año 16, N° 1, 2018, Chile, p. 68.

<sup>547</sup> Foja 173.

<sup>548</sup> ALDRETE ACUÑA, Christian Yair, *Fuero Constitucional; Garantía de un Estado Democrático y Constitucional de Derecho. Estudio comparado entre México y España*, V/Lex, México, 2019, pp. 53 y ss.

resquicio de cordura con lo que la SCJN pueda reivindicar su camino, no necesariamente lográndolo, cuando afirma que:

[...] el principio de certeza no puede separarse ni interpretarse aisladamente, sino que necesariamente debe armonizarse con la máxima realización de otros principios y derechos constitucionales, como es el principio de legalidad y los derechos político-electorales de los ciudadanos.<sup>549</sup>

[...] La subordinación de los demás Poderes a las disposiciones emanadas del Poder Legislativo federal o local, según corresponda, tiene fundamento a su vez en el principio constitucional de división de poderes, de manera que los órganos aplicadores no pueden disponer de las reglas fundamentales establecidas en la ley por la voluntad general mediante enunciados universales y generales.

En tal sentido, por regla general, una disposición normativa establecida formalmente en las Constituciones o en las leyes que deriven de éstas no puede perder su vigencia sino mediante la emisión de otra disposición de igual jerarquía acorde con las formalidades que exige el propio ordenamiento o como resultado del control de constitucionalidad reservado a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación.<sup>550</sup>

Es por fin, al cabo de alrededor de 170-180 fojas de resolución, donde la coherencia constitucional de la Corte se llega a observar, claro, en lo atinente a la estructura y comprensión de lo que se viene diciendo en el presente texto, que tiene que ver con la imagen de las Ciencias Constitucionales y el Derecho Constitucional. Por vez primera en tal escrito, se hace alarde a principios político-fundamentales como el de separación de poderes, que evocan la comprensión del fondo constitucional y no la mera reproducción de contenidos superficiales del caudal procesal.

Se da cuenta con este apartado, de una clara subordinación de espacios constitucionales, en lo que es la voz soberana y lo que son leyes condicionadas al mandato de aquella. Es decir, de leyes constitucionales operantes siempre con arreglo a lo establecido en única *lex superior*, la única que ha sido producto del único y verdadero Poder Constituyente, emanado de la única soberanía nacional.

Se hace alarde, indiscutiblemente, a la idea de un principio de supremacía constitucional en la que los poderes constituidos entienden su actuar como limitado al pacto constitucional de orden federal. Mejor aún, como puede observarse de la segunda parte de este último párrafo transcrito, la Corte entiende, como no podría ser de diversa forma, que un procedimiento de reforma, aun cuando

---

<sup>549</sup> Foja 175.

<sup>550</sup> Foja 176.

deba entenderse como la garantía por excelencia de un documento fundante, no podrá nunca contravenir el designio de la ley superior.

Precisamente el límite concreto a la reforma, se da en su imposibilidad de actuar como poder constituyente, pues al final no deja de ser, igualmente, un poder constituido más y, por tanto, limitado en su actuación y no soberano, como tampoco pueden gozar de soberanía, las llamadas Constituciones Locales, ya que como precisara Pedro De Vega:

... hay que advertir inmediatamente, que esa adecuación de las normas constitucionales a la realidad, operada a través de la reforma, se produce sin quebrantamiento de la continuidad jurídica. Porque el poder de revisión es un poder constituido que obtiene su legitimidad en el propio ordenamiento, la operación de reforma es una operación esencialmente jurídica. Lo que no sucedería si al poder de revisión se le configurara como un Poder Constituyente y soberano. Llevando el razonamiento a sus últimos extremos, se podría sostener que el Poder Constituyente que, como poder absoluto, soberano y total, puede realizar la revolución, lo que, sin embargo, por paradójico que parezca, no puede llevar a cabo es la reforma constitucional. O, dicho con más rigor, el Poder Constituyente no podría hacer una reforma sin convertirla en un acto revolucionario.<sup>551</sup>

Pues bien, siguiendo con el juego discursivo sobre el que la SCJN fundamenta su resolución, se tocan algunas frases que hacen pensar, *prima facie*, en una Corte estudiosa de fondo constitucional y no meramente formal, por ejemplo, cuando al debatir sobre la ilegalidad del cambio de preceptos constitucionales por vía del Decreto emitido por la Legislatura de Baja California, enuncia que “las cuestiones de hecho que ocurran durante el proceso electoral y el eventual consenso político generado en su desarrollo, no pueden llevar a desconocer la fuerza vinculante de las disposiciones previstas en las Constituciones y leyes vigentes con anterioridad al inicio del proceso electoral, en tanto que constituyen las reglas fundamentales a que están sujetos todos sus participantes, en términos de los principios de certeza y legalidad en materia electoral.”<sup>552</sup>

En efecto, se coincide con tal aseveración ya que hace de un principio de certeza, en sede de legitimación del cambio democrático de representantes, un factor vinculante, no sólo del régimen gubernamental, sino del propio Texto Constitucional, marcando una conclusión bastante loable, respecto a lo fundamental de determinadas concepciones normativas, como lo son, en el

---

<sup>551</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Reforma constitucional”, *op. cit.*, p. 629.

Contrario a lo expuesto por De Vega, como ya se ha dicho, en la doctrina mexicana a partir de la interpretación de Tena Ramírez, esta premisa se confronta, puesto que, para él, como defensor de la soberanía del poder de reforma, éste, a falta de acotación expresa de la Constitución, puede llevar a cabo por vía de adición o de reforma cualquiera modificación a la ley suprema. TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Trigésima Séptima Edición, Porrúa, México, 2005, p. 56.

<sup>552</sup> Foja 176.

caso, las condiciones determinantes del ejercicio del voto,<sup>553</sup> por medio del cual se elige al o los ciudadanos que habrán de fungir como representantes de la voz soberana emanada en el ordenamiento constitucional.

Lo anterior, pone de manifiesto la existencia, en el Estado mexicano, de límites implícitos a la reforma constitucional, límites que aun cuando no textuales como el caso de los explícitos, su existencia es claramente deducible de la propia ingeniería constitucional y su lógica jurídica, en atención a que son producto inmediato de las circunstancias y hechos históricos que han marcado la historicidad de la sociedad mexicana.<sup>554</sup> Por tanto, son aquella base sobre la que descansa el sistema constitucional del país, que a nuestro decir, se proyectan a partir de lo descrito en el artículo 40 de la ley suprema,<sup>555</sup> siendo al menos los ahí englobados: 1) Régimen republicano; 2) Democracia representativa; 3) Estado laico (separación iglesia-Estado); y, 4) Federación.

En mejores palabras a cargo del profesor De Vega, se entiende a los límites implícitos como aquellos “cuya existencia sólo puede ser deducida indirectamente, bien como una consecuencia lógica de los presupuestos en que descansa el sistema constitucional considerado en su conjunto, bien como correlato de las singulares cualificaciones que se producen en determinados preceptos de la Constitución.”<sup>556</sup>

En tal orden de ideas, debe precisarse que la Corte acierta al declarar la inconstitucionalidad del Decreto por medio del cual se cambió la temporalidad para el ejercicio de las funciones del ejecutivo electo del Estado de Baja California, ya que como razona, en atención al principio de legalidad, las disposiciones establecidas formalmente en la Constitución o en las leyes que deriven de ésta, no pueden perder su vigencia sino mediante otras disposiciones de igual jerarquía.<sup>557</sup>

---

<sup>553</sup> [...] la duración de los cargos de elección popular es una condición determinante del voto. La opción que elige el ciudadano no se limita a responder quién debe gobernar, sino también en qué cargo y por qué tiempo. En consecuencia, no puede sostenerse que exista una elección democrática de gobernantes sin el conocimiento certero del límite temporal por el que ejercerán el poder público, con la consecuente certidumbre que tiene el electorado y los demás participantes de la contienda político-electoral respecto a la renovación futura de los cargos. Fojas 177-178.

<sup>554</sup> Así lo entiende la Corte, respecto al principio de certeza y legalidad, el decir que: “Al respecto, debe tenerse en cuenta la relevancia histórica de la inclusión de la certeza y la legalidad como principios constitucionales rectores de la función electoral, federal y local.” Foja 170.

<sup>555</sup> No obstante, aun cuando diversos numerales como lo pueden ser el 1° o 41 constitucionales, igualmente pueden considerarse como depositarios de estos principios político fundamentales, consideramos que es en este artículo 40 el marco rector de ellos.

<sup>556</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Reforma constitucional”, *op. cit.*, p. 662.

<sup>557</sup> “[...] cualquier modificación al periodo de los cargos de elección popular una vez que han sido definidos los términos en los que será realizada la elección cambia de manera fundamental las reglas del proceso electoral, debido

En atención a ello, ciertamente todos los participantes del proceso comicial celebrado en aquella entidad federativa, ejercitaron su derecho político-electoral de votar, sobre la base constitucional de una temporalidad en concreto, razón por la cual, haber atentado contra del acto democrático de elección, simbolizó en términos concretos la negación del electorado.

Si realizamos una abstracción *contrario sensu* de lo hasta aquí descrito, respecto a la diferencia entre Constitución y ley constitucional, dando por sentado que las Constituciones de las entidades federativas del país, son en plenitud, normas fundantes y materia producto de un Poder Constituyente autónomo al federal, se tendrá que decir que, lo realizado por el legislativo local de Baja California fue un quebranto constitucional al soslayar la decisión soberana expresada a través de la votación.

En términos concretos, el legislativo mediante la aprobación de tal Decreto de reforma, lo que realizó, fue una rotunda violación a los límites implícitos de la Constitución, tomando facultades que corresponde únicamente al Constituyente y que en ningún caso, podrían ser motivo de uso por un poder constituido. Con ello no se quiere decir que, el sistema constitucional mexicano sea totalmente rígido, ya que en efecto, pueden realizarse adecuaciones y cambios a la ley fundante, no obstante, lo que no puede realizarse, son cambios o modificaciones a preceptos fundamentales de su ingeniería normativa, ya que de lo contrario, lo que se estaría realizando sería un cambio de Constitución, de régimen, de forma de Estado.

De entre todo ello, termina diciendo el Tribunal que tal reforma es una modificación legal fundamental, “en atención a que tuvo por objeto producir en las bases y reglas del proceso electoral una alteración en el marco jurídico aplicable mediante la modificación de los derechos y obligaciones de los ciudadanos del Estado de Baja California y de aquellas personas interesadas en ejercer el derecho al voto pasivo.”<sup>558</sup>

---

a que altera las condiciones que sirven de base para el ejercicio de los derechos de quienes intervienen en él, como partidos políticos, precandidatos, candidatos y electores.” Foja 182.

Al cabo de todo esto, la Corte en un intento por vindicar su argumento a la inconstitucionalidad del Decreto, denunciará que:

“Aceptar que es posible la modificación de la duración del mandato de los representantes populares con posterioridad a su elección bajo el argumento de que el funcionario electo no ha asumido el cargo, implica permitir que se invalide la voluntad de los ciudadanos depositada en las urnas el día de la jornada electoral al margen de los procedimientos legales procedentes para ello, así como estimar que las elecciones solo son trámites formales cuyos resultados estarían al arbitrio de otras autoridades previamente constituidas, con el objeto de integrar los órganos del poder público en una forma diversa a la decidida en las urnas.” Fojas 201-202.

<sup>558</sup> Foja 184.

Con lo que no se termina por estar de acuerdo, aun lo acertado de la decisión, es que la inconstitucionalidad del ordenamiento impugnado, se hace valer por motivos netamente interpretativos de corte superficial, sin adentrar el debate a la razón constitucional del quebranto realizado, mismo que para el caso, se reprodujo a partir de un exceso en la comprensión de la Democracia representativa y el uso del poder político.

Lo que en realidad acontece, es un uso desmedido del poder otorgado por la norma suprema a los poderes constituidos, que creyendo estos tener sobre sus hombros la facultad constituyente, han pasado por alto los límites implícitos de la reforma y, en sí, su condición de poderes constituidos, limitados y ordenados,<sup>559</sup> haciendo pasar un procedimiento de reforma, un verdadero quebrantamiento de la ley suprema.

Entender dialécticamente este punto, equivale a retrotraernos a Schmitt en aquella pugna teórica que develara el profesor De Vega,<sup>560</sup> respecto a lo manifestado por Mortati en su comprensión de leyes –constitucionales– singulares, donde su violación no implicará una ruptura de carácter general válida, donde la excepcionalidad es operante como regla general para los casos en ella incluidos, no así para la generalidad del ordenamiento constitucional.<sup>561</sup>

Siguiendo con lo pronunciado por el maestro De Vega, en efecto, la postura del quebranto constitucional de Schmitt, en cuanto a la promoción de principios político fundamentales, en nada encajaría. No obstante ello, sobre las palabras del maestro, lo que acontece con el pensamiento de Schmitt es un problema de mayor envergadura, precisada en la siguiente afirmación: “el legislador que, naturalmente, puede reformar y suprimir las normas en la misma medida que establecerlas, ¿está obligado o no a cumplir sus propias leyes mientras éstas no han sido derogadas?”,<sup>562</sup> lo que obliga a pensar en que, las auto-rupturas legítimamente toleradas de la Ley, no pueden ser las

---

<sup>559</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Poder constituyente, reforma de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad”, *op. cit.*, p. 328.

<sup>560</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Reforma constitucional”, *op. cit.*, p. 649.

<sup>561</sup> “Con más ingenuidad que acierto se ha pretendido desmontar la argumentación de Schmitt alegando que, ya desde Laband y Jellinek, la generalidad y la abstracción como caracteres esenciales de la ley han dejado de ser dogmas indiscutibles. Porque caben leyes singulares, dirá, por ejemplo, Mortati, y porque caben rupturas de carácter general válidas para una serie de casos —según las cuales el quebrantamiento no se definiría por la singularidad de los supuestos previstos, sino por su excepcionalidad establecida como regla general para los casos en ella incluidos— la tesis de Schmitt resulta inadmisibile.” *Ibid.*

<sup>562</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Reforma constitucional”, *op. cit.*, p. 649.

nacidas vía procedimiento de reforma, pues se precisa diferencia entre Poder Constituyente y poderes constituidos, entre ellos, el de reforma. Terminará precisando De Vega que:

El quebrantamiento de la ley sólo es explicable, por lo tanto, como un acto supremo de soberanía. Lo que traducido en los términos que ahora a nosotros nos interesan, vendría a significar que cualquier ruptura de la Constitución, operada a través de una ley de reforma, implicaría la conversión del poder de revisión, que es un poder constituido y limitado, en un Poder Constituyente y soberano.

A pesar de las críticas que se han podido realizar a la argumentación de Schmitt, es evidente que la lógica de su razonamiento termina siendo aplastante. Conforme a ella las únicas rupturas perfectamente legitimadas serían, no las que se producen a través de leyes de reforma —por proceder de un poder constituido no soberano—, sino las que se crean por el propio Poder Constituyente en el momento de establecer la Constitución. Dicho en otras palabras, en el sistema constitucional pueden explicarse las autorrupturas (*Selbstverfassungsdurchbrechungen*) o las rupturas autorizadas (*ermächtigten Verfassungsdurchbrechungen*), pero no las que se pudieran producir por el mecanismo de la reforma. En el fondo, es la tesis recogida por Ehmke, y a la que inexorablemente hay que llegar, siempre y cuando se parta, como hacemos nosotros, de la distinción clara entre Poder Constituyente y poder de reforma.<sup>563</sup>

A nuestro entender, en la visión del Defensor de la Constitución,<sup>564</sup> que para el caso mexicano es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estos debieron ser los puntos a precisar, la parte pulcra de las Ciencias Constitucionales a debate en la praxis político-jurídica de los poderes constituidos en las autonomías integradoras de la federación, y que evidentemente tiene un notado trasfondo en la observación de los conceptos Constitución y Constitución Local, Poder Constituyente, Poderes Constituidos, Soberanía Nacional y Federación.

#### *Últimas palabras a una sentencia.*

A nuestro juicio, el *quid* de la sentencia en comento debiese haber implicado un estudio mayormente de sustancia, de fondo real a una problemática jurídico-política, en vez de una mera limitación formal del Derecho. Una de las mayores atrocidades en el ejercicio de la virtud de juzgar, para desgracia de la Ciencia del Derecho, se ha dado en la importancia desmedida que las instituciones jurisdiccionales le han dado a la interpretación del Derecho, lejos de una adecuada comprensión. Le han vuelto una mera expectativa formal del ser, en su rotunda pelea por contemplarlo como un deber-ser.

---

<sup>563</sup> *Ibidem*, pp. 649-650.

<sup>564</sup> SCHMITT, Carl, y KELSEN, Hans, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 2009, *passim*.

Hoy el Derecho es más forma que fondo, olvidando que las más de las veces, el fondo es igualmente forma, si acaso, entiéndase como un ser-deber/ser-ser, en conformación dialéctica. Esto pasa desapercibido por el impartidor de justicia. El Derecho, hoy, es lo que el juzgador dice que es, algunas veces reinventando el mismo, otras tantas, retrotrayéndose a sus pasos.

El peligro de no pensar el Derecho, de no discutirlo, no argumentarlo, no entenderlo, puede desembocar demagógicamente en arbitrariedades como la pretendida con el Decreto de reforma analizado, lo que tarde que temprano llevará a sepultar el carácter vinculante de la Constitución como *lex superior*, quedando sólo como portada, un formalismo sin esencia, sin contenido. El Derecho se vuelve maquinaria y se le olvida como institución.

De esta forma, a nuestro entender la reforma de la Ley Constitucional intentada, cae rotundamente en el tercer presupuesto de mutación denunciado por Dau-Lin, en donde la realidad contradice a la Constitución, lo que trae como consecuencia la existencia de una inconstitucionalidad por falseamiento a la Constitución, más que realmente una mutación. Esto es así, en razón de que mediante una pretendida interpretación de autonomías y libertades, se falsea el contenido del mandato constitucional y, en el ejercicio práctico de la mutación, se quebranta rotundamente la norma suprema, desconociéndola y restándole fuerza y valor vinculante.

#### 4.3.2.4 Mutación de la Constitución mediante la interpretación

Por último, toca el turno de analizar aquellas mutaciones constitucionales producto de la interpretación de los términos de la Constitución, tal actividad llevada a cabo en su gran mayoría por el poder judicial. Este tipo de cambios en la Constitución, trae como resultado que los preceptos constitucionales adquieran un significado distinto al planteado en el texto de la norma suprema, al grado de llegar a desnaturalizar la finalidad para la cual fueron creados.

Para el análisis de este apartado debemos comenzar con explicar qué es la interpretación y de qué hablamos cuando se sugiere interpretar la Constitución, no obstante, esto lo realizaremos en términos muy genéricos. No es nuestra intención ahondar en este extenso tema, ya que no es el fin del presente escrito y, desde luego, no podríamos abarcarlo como debiera ser, sea suficiente un breve pronunciamiento que dé sentido a los planteamientos que se requieren.

En términos muy abstractos podemos identificar que la interpretación constitucional consiste en el procedimiento de descubrir y explicar el significado que le es atribuido al lenguaje sobre el cual está proyectada una Constitución. Su objetivo no es otro que el de establecer el sentido de una norma constitucional, para aplicarla o hacerla aplicable a un caso en concreto.<sup>565</sup> Como no resulta para nadie extraño, este vocablo puede tener al menos dos matices significativos: ya sea como una actividad o bien como un resultado o producto de la actividad. En el primero de los casos, el centro de atención se enfoca en las directrices de la actividad interpretativa. En el segundo de ellos, lo que se busca es hallar el resultado de una determinada técnica o metodología interpretativa, es decir, darle un significado al significante a interpretar.<sup>566</sup>

El vocablo interpretar nos sitúa en forma contundente a lo que Habermas denominara acción comunicativa, Teoría que desarrolla desde la filosofía analítica del lenguaje, la hermenéutica, la antropología de la cultura, el marxismo bajo el uso de la dialéctica y desde la Teoría crítica y de sistemas. De esta forma, la “acción comunicativa” como categoría, como acción orientada al entendimiento, representa una triple identidad: 1) un concepto de racionalidad de la comunicación que busca alejarse del reduccionismo cognitivo-instrumental de la razón; 2) un concepto de sociedad en que se amalgama los paradigmas de mundo de la vida y la percepción social como un sistema; y, 3) como una teoría de la modernidad, que lleva por hipótesis central el sometimiento de lo social a imperativos de sistemas de acción organizados.<sup>567</sup> En términos concreto, se trata de un concepto dirigido a la racionalización social a partir del lenguaje.<sup>568</sup>

De tal guisa que, perteneciendo la interpretación al mundo del lenguaje, resulta más que lógico precisar que ésta es un concepto devenido de lo social, propio de las ciencias sociales, pero a la par por la misma inercia de ello, éste habrá de contener distintos y muy diversos contextos, dependiendo el uso para el cual sea llamado a operar. Así, siendo algo tan abstracto, tan dependiente de los matices, la forma y mecánica en que un objeto sea interpretado, dependerá del contexto en

---

<sup>565</sup> RIVERA SANTIVANÉZ, José Antonio, “La interpretación constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.), *Interpretación Constitucional*, t. II, Porrúa, México, 2005, p. 983.

<sup>566</sup> Cfr. GUASTINI, Riccardo, “La interpretación: objeto, conceptos y teorías”, en VÁSQUEZ, Rodolfo (Comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México, 2008, p. 19.

<sup>567</sup> HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la Acción Comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Taurus, España, 1998, p. 10.

<sup>568</sup> *Ibidem*, p. 23.

que sea ocupado éste. Para nuestro caso, el abordaje que interesa *prima facie* es el tenor jurídico-político del texto constitucional y las limitantes que ante ella deben preverse.

Riccardo Guastini experto teorizador de la interpretación hace mención a cuando menos tres tamices sobre la acción interpretativa y su postura hermenéutica: 1) Interpretación de un acto humano; 2) Interpretación de un acontecimiento histórico; y, 3) Interpretación de un texto. Al último de ellos es al que dedica en su mayoría, sus escritos sobre la interpretación, anunciando la ambigüedad del término para el caso jurídico y lo indeterminante del Derecho, denunciando con ello, la complejidad de precisar cuál habrá de ser la manera correcta de interpretar una norma, máxime la Constitución.<sup>569</sup>

Interpretar un acto humano implica la realización de suposiciones de hecho que giran en torno al objeto a interpretar; postular las razones y/o las intenciones del agente que actúa, siempre buscando el fin teleológico de la actividad humana. Igualmente puede implicar el dotar de un sentido o valor a la acción desplegada por el sujeto. Desde el campo de lo jurídico, como para el caso del Derecho Penal, implica circunscribir un hecho desplegado en el mundo de lo fáctico, en contravención con algún precepto jurídico no permitido, es decir, de una conducta prohibida. Interpretar un hecho significará entonces, incluir ese hecho dentro de una cierta clase de hechos, al tipo de subsunción del hecho en la descripción normativa, circunstancia que implicará el ejercicio de una consecuencia jurídica que, para el caso punitivo, será la imposición de una sanción.<sup>570</sup>

Por su parte, interpretar un acontecimiento histórico o, mejor dicho, bajo la terminología de Durkheim, un hecho social,<sup>571</sup> involucra conjeturar una relación causal derivada de un cierto hecho dado en un tiempo y un espacio determinado, en una realidad conducente. Es decir, se trata de entrelazar la causa y el efecto entre un hecho condicionante y un hecho condicionado.<sup>572</sup> Las más de las veces mediante una reproducción eslabonada entre diversos hechos sociales que llegan ser externos, coercitivos y colectivos, dentro de los cuales bien puede hablarse de la percepción política de una Constitución, sin que para ello se adentre en la interpretación de textos, puesto que, como lo hemos referido, en las Constituciones actúan preceptos metaconstitucionales conformadores de

---

<sup>569</sup> GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta/IIJ-UNAM, España, 2010, pp. 29-30.

<sup>570</sup> GUASTINI, Riccardo, “La interpretación: objeto, conceptos y teorías”, *op. cit.*, p. 20.

<sup>571</sup> Véase: DURKHEIM, Emile, *Las reglas del método sociológico*.

<sup>572</sup> *Idem*.

superlegalidad<sup>573</sup> que existen antes y condicionan de alguna forma, la generación de identidad del Poder constituyente.

Por último, cuando se habla de interpretar un texto, nos situamos en el espectro de que interpretar significa atribuir un sentido y/o significado a un —dirá Guastini— fragmento del lenguaje. En este momento toma relevancia aquella primera distinción del concepto que anotamos, respecto de ser una actividad interpretativa y un resultado de dicha acción. En el caso de los textos legales debe distinguirse entre acción interpretativa del lenguaje jurídico dado en la norma y acción de generar una norma jurídica como lenguaje, dentro de cada cual existirá un resultado diverso. Una cosa es preguntarse por el significado de las palabras y, otra totalmente diferente, preguntarse sobre las supuestas intenciones del autor.<sup>574</sup>

En este punto es conveniente detenernos distinguir el nivel al que pretendemos acercarnos. Si como Guastini entendemos que la interpretación jurídica converge sobre el género de interpretación de textual, encontraremos que lo que se busca es seguir una interpretación jurídica o del Derecho, es decir una interpretación sobre la ley y/o los actos normativos. Esta situación engloba la actividad o el resultado de averiguar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico o bien a la atribución de dotar de significado a una formulación normativa a un determinado caso en concreto de la realidad, o respecto de su ámbito competencial de aplicación, ya sea que para el caso restringido de la terminología “interpretar” se trate de una normativa en presencia de dudas o controversias o, para un concepto amplio de ella, se realice con obviedad de la existencia de dudas o controversias.<sup>575</sup>

Por el contrario, si como desde la interpretación de hechos sociales hemos precisado, de lo que hablamos no es de interpretación jurídica sino de interpretación constitucional, el panorama es totalmente diverso, ya que para el caso no se trata sólo de dar significado a un precepto normativo, sino de entender a la interpretación cuando menos desde su enfoque a hechos históricos y a textos en conjunto, lo cual permite comprender que la Constitución no es una simple norma jurídica, sino un Código Jurídico-Político Fundamental. Es decir, a través del ejercicio que de ella se realice, se

---

<sup>573</sup> HAURIOU, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, op. cit. p. 358.

<sup>574</sup> GUASTINI, Riccardo, “La interpretación: objeto, conceptos y teorías”, op. cit., p. 20.

<sup>575</sup> *Ibidem*, pp. 22-23.

busca una interpretación que amalgame su génesis facto-histórica y su repercusión jurídica como norma suprema.

Así lo enseña Hesse en cita a Lerche, cuando postula que una Constitución es una voluntad cambiante, pero ante la presencia de una mutación tácita, se corre el riesgo de que la norma suprema se vea modificada por una norma infraconstitucional, como puede ser el caso de una jurisprudencia y, peor aún, por un criterio jurisdiccional recaído en una sentencia o pluralidad de ellas. La garantía de la Constitución exige el control y, en su caso, el bloqueo de diversas vías de irrupción, quedando incompleta cuando alguna de ellas queda desatendida.<sup>576</sup>

Cuando de interpretación constitucional se habla, debe entenderse un *status* superior a la interpretación jurídica, ya que es requisito *sine qua non* el que se prevean categorías de tiempo y espacio, de factores políticos, culturales, económicos, sociales y jurídicos. Así la interpretación no puede sólo atender a la Constitución en cuanto norma jurídica, sino a su contexto en el cual ha sido creada. Así, con el cambio de las relaciones de hecho históricamente preceptuadas, la interpretación de la Constitución puede cambiar, incluso, está obligada a hacerlo, pero siempre bajo los límites contextuales de su validez. El *telos* de la voluntad constitucional a partir de sus preceptos, no pueden, no deben ser sacrificados al cambio de situación.<sup>577</sup> Cuando el sentido de una regulación normativa no puede ser realizado en una realidad modificada sólo queda la posibilidad de la revisión constitucional como mecanismo jurisdiccional de defensa de la fuerza normativa de la Constitución, llamada a declarar la invalidez de esa modificación.

Interpretar la Constitución es observar que ésta es historia, es Derecho, economía, cultura, sociología, cambio, de ahí su dependencia de las ciencias de la realidad. Este es el abanico de consideraciones que el intérprete de la Constitución debe observar ante su interpretación, específicamente el poder judicial. Éste no puede a discreción considerar a la norma suprema como un texto puramente normativo, ya que estaría soslayando que la fuerza normativa de la Constitución es sólo una de las fuerzas de cuya operatividad resulta la realidad política. La fuerza normativa de ésta no se encuentra asegurada por sí misma, se trata de un objetivo que solo bajo determinados supuestos puede ser realizado en forma óptima.<sup>578</sup>

---

<sup>576</sup> HESSE, Konrad, “La fuerza normativa de la Constitución”, *op. cit.*, p. 96.

<sup>577</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>578</sup> *Ibidem*, p. 90.

De esta forma, los “defensores de la Constitución” se encuentran sometidos a toda esta gama de condiciones, una necesidad de valoración en sus determinaciones del contexto, de los matices y las necesidades, en pocas palabras, su función está sometida a la propia Constitución, no por encima de ella ni de sus factores. Éstos son sus parámetros de actuación, ya que su función principal ante la interpretación constitucional, es el evitar mutaciones de ella, evitar que se realicen cambios en y de Constitución, por vía del falseamiento y el quebranto. El primer punto a dilucidar por los Tribunales, consiste en averiguar si con sus determinaciones no han yuxtapuesto su decisión sobre la Constitución rebasando los límites de ésta. Es ésta la diferencia entre interpretar un texto jurídico e interpretar un Código Jurídico-Político Fundamental.

Una mutación constitucional producto de una interpretación jurisdiccional que sobrepasa los límites, puede cambiar tanto el contenido de la norma como de la situación constitucional, con lo cual el resultado es simple de imaginar, la efectiva vigencia de la norma constitucional se ve relegada. Uno de los casos pulcramente analizados desde la Península ibérica, lo ha realizado Raúl Canosa dentro de su estudio a la Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007 de fecha 13 de diciembre, en donde se decide sobre la constitucionalidad del artículo 17.1 del Estatuto de Valencia sobre el tema del derecho al agua.

Como lo refiere el profesor español, en esta sentencia el Tribunal Constitucional aprovecha para sentar una doctrina que, rebasando el objeto del litigio, sienta doctrina utilizable en el caso del Estatuto de Cataluña. Con ello, se sugiere una sentencia incongruente con los casos dados en los Estatutos de Aragón y de Castilla-La Mancha. De esta forma, la argumentación del Tribunal Constitucional que concluye en la declaración de constitucionalidad de la norma impugnada, conforma una típica sentencia interpretativa sin reflejo en el fallo que se limita a confirmar en éste la constitucionalidad sin referirse a la creativa fundamentación en la que se apoya, para imponer su interpretación conforme a la Constitución,<sup>579</sup> situación que conlleva a que el Tribunal, en un ejercicio totalizador en la confusión de funciones entre constituyente y constituido, sienta la obligación de poner al día toda su doctrina acerca del Estado autonómico y de las normas clave en su regulación, los Estatutos de autonomía.<sup>580</sup>

---

<sup>579</sup> CANOSA USERA, Raúl, “Preparando una mutación constitucional. Comentario a la STC 247/2007, de 13 de diciembre.”, en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 22, 2008, UNED, España, p. 571.

<sup>580</sup> *Idem*.

En este caso clave de la interpretación constitucional llevada a cabo sobre el Estatuto de Valencia, lo que se aprecia es una interpretación forzada del real significado de la Constitución española, para con ello dar entrada a una interpretación judicial recaída al artículo 17.1 del citado Estatuto, produciendo con ello una modificación tácita de la norma fundante, a partir de la interpretación de una norma infraconstitucional. Como argumentara Canosa, con esto el Tribunal Constitucional ha modificado o modulado la interpretación de otras disposiciones de la Constitución, no tanto para salvar la legitimidad del precepto impugnado como para sentar una doctrina que le sirva a la hora de resolver los recursos contra el Estatuto catalán,<sup>581</sup> conformando así un nuevo lenguaje y significado de la Constitución a partir de normas secundarias, justificando su operatividad respecto de la no contravención con las materias de reserva contempladas por la Constitución a las leyes orgánicas, advirtiendo según su criterio, en la diferencia entre invalidez y pérdida de eficacia normativa. Así, lo que de inicio implicaría una invalidez normativa, al no encontrarse en materia de reserva, se hace ver sólo como pérdida de eficacia, pero no así como una norma inconstitucional. Aquí una representación del mal entendimiento entre Constitución y Ley constitucional, ya antes denunciado.

Ante esto Canosa advierte la existencia de una mutación constitucional, misma que puede ser englobada dentro del cuarto grado de las dispuestas en la tipología de Hsü Dau-Lin, puesto que, en efecto, a partir de una interpretación que se sugiere jurídica, se opera una interpretación constitucional que cambia y modifica el real significado de la ingeniería constitucional española. No obstante, como lo hemos referido y, así lo deja ver el propio Dau-Lin,<sup>582</sup> más que una mutación constitucional, ello representa un falseamiento o un quebranto a la Constitución desde la praxis del “defensor de la Constitución”.

Creemos, bajo toda responsabilidad de quien suscribe, que el profesor Canosa ha sido reservado en su contexto y ha preferido denunciar tal cambio como una mutación,<sup>583</sup> aun cuando, bajo nuestro entender, su exposición claramente va enfocada a advertir una violación

---

<sup>581</sup> CANOSA USERA, Raúl, “Preparando una mutación constitucional. Comentario a la STC 247/2007, de 13 de diciembre.”, *op. cit.*, p. 578.

<sup>582</sup> DAU-LIN, Hsü, *Mutación de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 45-48.

<sup>583</sup> “La consagración de la doctrina vertida en esta sentencia entrañará un cambio significativo de nuestro modelo de distribución territorial de poder político y del papel que en él juegan los Estatutos, en suma una verdadera mutación constitucional.” CANOSA USERA, Raúl, “Preparando una mutación constitucional. Comentario a la STC 247/2007, de 13 de diciembre”, *op. cit.*, p. 582.

constitucional, al grado tal de proponer al texto académico el concepto de desconstitucionalización de la Constitución en la Sentencia del Tribunal Constitucional, además de propiciar el debate de entendimiento sobre la moción de que ahora con los nuevos Estatutos y *con la bendición que supone la doctrina de la STC247/2007*, además de las asimetrías materiales, coexistirán las funcionales, es decir, que las competencias funcionales de cada Comunidad tendrán el alcance que fije cada Estatuto.

Este tipo de contradicciones de la norma con la Constitución, hace comprender a esta última como relegada, ya que lo que un día se infiere de la Constitución como derecho posteriormente ya no lo es.<sup>584</sup> Así, la norma suprema se hace depender del sentido que ha recibido una norma secundaria, ya que los preceptos de éstas regulan circunstancias distintas de las antes imaginadas, ya que los preceptos constitucionales solo se interpretan según consideraciones y necesidades que cambian con el tiempo sin atender particularmente al texto fijo de la norma constitucional, es decir, desatendiendo el sentido originario y su rizoma histórico-político-social dado por el Poder Constituyente.<sup>585</sup>

*4.3.2.4.1 Decisiones políticas fundamentales y la labor jurisdiccional de los Tribunales Electorales en México. Estudio de caso: el Estado laico como principio político fundamental en México*

*Planteamiento*

Todo Texto Constitucional es creación de un Poder Constituyente, al que podemos describir como un poder político, el cual recoge o toma la voluntad soberana de un Pueblo y lo plasma en una Constitución. En este sentido, al referirnos al carácter político de esta norma constitucional, damos por hecho que todas varían de Estado a Estado, ya que los principios políticos de cada uno cambian de acuerdo a la época. Por tal motivo, es importante resaltar el contexto en que se desarrolla cada Constitución, ya que en estos textos se van a plasmar los principios políticos que rigen cada país y estos podrán variar, pero si lo hacen, tendrán que darse en un Texto Constitucional distinto, ya que al definir a la Constitución como la norma que contiene principios políticos<sup>586</sup> y fundamentales, el

---

<sup>584</sup> WONG MERAZ, Víctor Alejandro, *Constitución mexicana. Reforma y Mutación*, op. cit., p. 172.

<sup>585</sup> DAU-LIN, Hsü, *Mutación de la Constitución*, op. cit., p. 45.

<sup>586</sup> Véase a SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, op. cit., pp. 123-124 y ss.

órgano revisor se encuentra imposibilitado para alterarlos, ya que de hacerlo se estaría cometiendo un fraude constitucional.<sup>587</sup>

Desde esta perspectiva, en nuestro Texto Constitucional mexicano tenemos principios políticos, los cuales están plasmados en el artículo 40 donde se afirma que México es una República, democrática, representativa, federal y recientemente agregada Laica<sup>588</sup>. Este artículo fue trasladado íntegramente de la Constitución de 1857 a nuestro Texto actual, sin haber sido objeto de modificaciones hasta el año 2012, en la que se trató de resaltar la idea de supremacía del Estado sobre la Iglesia. Sin embargo, lamentablemente esa idea no se ha logrado consolidar, ya que hoy en día este principio de Estado Laico se encuentra en peligro por el actuar de líderes religiosos, de opinión y actores políticos; y, en no pocas ocasiones, interpretado, cuando no mal entendido, por los Tribunales Electorales del país éste último lugar, desde el que pretendemos centrar la problemática de la mutación constitucional.

Para determinar lo que es un Estado Laico como principio, haremos un análisis del pensamiento político, en el que se afirma que éste principio es un complemento a la idea de libertad y los derechos humanos. Si categóricamente lo establecemos como principio político, estamos afirmando que el poder de reforma no puede modificarlo o alterarlo y, en consecuencia, el instrumento interpretativo jurisdiccional de la mutación, igualmente se encuentra impedida para modificarle o alterarlo.

Sin embargo, para limitar este poder revisor, resulta imprescindible hacer una distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos, en los cuáles estos últimos sí están limitados. Lo anterior resulta de vital importancia, ya que, si no limitamos a la Reforma constitucional, tampoco podemos restringir a la mutación constitucional, ya que ambas figuras son los mecanismos que tiene la Constitución para adecuarse a las distintas realidades que imperan en una sociedad.

El peligro más latente se encuentra en éstas últimas —mutaciones—, ya que, son modificaciones no formales a la Constitución, que no siguen los procedimientos establecidos por

---

<sup>587</sup> “... bajo la fórmula «fraude constitucional»..., se entiende la utilización del procedimiento de reforma para, sin romper con el sistema de legalidad establecido, proceder a la creación de un nuevo régimen político y un ordenamiento constitucional diferente. DE VEGA GARCÍA, Pedro, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, op. cit., p. 291 y ss.

<sup>588</sup> El artículo 40 constitucional establece la forma de Estado y de gobierno el cual no había sido sujeto a ninguna modificación, hasta el 30 de noviembre del 2012, donde se la agrego el principio de Laica.

la propia norma, y, donde, a través de prácticas políticas o interpretaciones constitucionales se puede alterar la Constitución, al grado de falsear o quebrantar la decisión fundamental.

Las embestidas al Estado Laico se están agudizando y cada vez son más seguidas; donde no es que se ponga en riesgo una modificación al artículo 40 constitucional, sino que todo lo que conlleva el afirmar que estamos en estado secular, donde lo que tiene que primar son los derechos, sin embargo, éstos están siendo analizados por algunos sectores, a través de dogmas religiosos.

En tal sentido, el análisis que del tema propuesto se hace, está ceñido a advertir los criterios que los Tribunales Electorales de México han adoptado en la re-interpretación del principio de laicidad, cuando se advierte, en época comicial, la presunta injerencia, directa o indirecta, del sector religioso en la contienda electoral; y, cómo es que, a partir de criterios jurídicos, se llega a atentar contra de este principio, concebido como decisión política fundamental.

#### *De la teocracia al Estado moderno.*

En las siguientes líneas, daremos un recorrido de las ideas políticas que en principio estuvieron influenciadas por cuestiones de la divinidad y que va a ser, de un modo muy principal, con de Maquiavelo, donde se rompe esta teocracia para introducirnos al mundo moderno.

Muchos autores<sup>589</sup> entienden que el origen histórico de la Constitución y del Estado Constitucional debe situarse en el mundo clásico y medieval, lo cual es verdad y nadie puede negarlo. Se puede afirmar sin error, que ya desde la Grecia clásica se mantuvo la creencia de que la esencia del buen gobierno radicaba justamente en el dato de que se reconociese a la ley como soberana y que, por ello, el gobernante debía sujetar su acción a los lineamientos de la misma.

Sin embargo, no podemos centrarnos en encontrar una explicación al Poder Constituyente. Tanto en Grecia como en Roma, la democracia no podía ser explicada desde la idea de la libertad, ya que no era la voluntad democrática del pueblo de la que dependía el destino de las polis griegas

---

<sup>589</sup> Ruipérez establece que, en un sentido amplio de la Constitución, es decir, como documento de gobierno, no les faltaría razón a quienes como Pocock, Wormuth y Jennings, ya que entienden que el origen histórico de la Constitución y del Estado Constitucional debe situarse en el mundo clásico y medieval. Entre otros autores están por ejemplo McIlwain, quién no duda en afirmar que el nacimiento de las Constituciones y del constitucionalismo moderno, se produjo en el mundo clásico, más concretamente en las obras la *República* y *Las Leyes* de Cicerón se encuentra el concepto moderno de Constitución. RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, *El Constitucionalismo Democrático en los tiempos de la globalización, reflexiones rousseauianas en defensa del Estado Constitucional democrático y social*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005. p. 64.

o de las *civitas* romanas, sino de las voluntades misteriosas de las *polis* o de la *civitas*, concebidas como auténticas divinidades del ente político, de las que dependía la voluntad del pueblo.<sup>590</sup>

El único resultado que cabría deducir de las explicaciones del mundo antiguo es que con las experiencias democráticas del mundo antiguo, es la proclamación rotunda del valor supremo de la Comunidad Política sobre el individuo, que llevaba implícita la imposibilidad de forjar ningún tipo de derechos y libertades frente al poder; entonces la democracia, lejos de servir de mecanismo libertador y emancipador de los hombres, se convertía en la expresión misma de la corrupción política.<sup>591</sup>

En la concepción medieval, sólo Dios tiene la potestad constituyente, a raíz del postulado “Todo poder (o autoridad) viene de Dios”,<sup>592</sup> en consecuencia el Estado está fundado por un Dios o por la Providencia divina, y todos se ven obligados por mandamiento de Dios a reconocerlo y a someterse a su organización.<sup>593</sup>

Uno de los motivos por los cuales se consideraba el poder de Dios como Poder Constituyente, se debe a la fuerte influencia de la Iglesia Católica, ya que ésta basaba su dominio en lo establecido en la Biblia de acuerdo a la Carta del apóstol San Pablo a los romanos,<sup>594</sup> que establece: “toda persona está sujeta a las potestades, porque no hay potestad que no provenga de Dios, y Dios es el que ha establecido las que hay, por lo cual quien desobedece a las potestades, a la ordenación de Dios, desobedece”.

El absolutismo del príncipe o del monarca debía considerarse como resultado de la gracia de Dios, ya que se apoyaba en la Sagrada Escritura y, que la mejor forma del Estado, la preferida por Dios, era aquella según la cual los reyes son los representantes de Dios, y su trono, son el trono

---

<sup>590</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Democracia como Proceso. Consideraciones en Torno al Republicanismo de Maquiavelo”, en *Revista de Estudios Políticos*, Nº 120, Abril-Junio, Madrid, 2003. pp. 12 y 13.

<sup>591</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>592</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 123-124 y *ss.*

<sup>593</sup> JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, 2000, *op. cit.*, p. 199.

<sup>594</sup> Carta del apóstol San Pablo a los romanos, Capítulo 13:

1 Sométanse todos a las autoridades constituidas, pues no hay autoridad que no provenga de Dios, y las que existen, por Dios han sido constituidas.

2 De modo que, quien se opone a la autoridad, se rebela contra el orden divino, y los rebeldes se atraerán sobre sí mismos la condenación.

3 En efecto, los magistrados no son de temer cuando se obra el bien, sino cuando se obra el mal. ¿Quieres no temer la autoridad? Obra el bien, y obtendrás de ella elogios,

4 pues es para ti un servidor de Dios para el bien. Pero, si obras el mal, teme: pues no en vano lleva espada: pues es un servidor de Dios para hacer justicia y castigar al que obra el mal.

de Dios mismo, una especie de mandato divino, cuando no una escenificación de la deidad en lo terrenal.

Con la monarquía absoluta resalta como solución, la idea de la unidad del Estado, formando una unidad interior de territorios que abarca el Estado, o al menos, la administración está sometida a su poder la administración. En el reinado de Luis XIV de Francia,<sup>595</sup> se encuentra la máxima expresión del absolutismo del monarca, quien llegó a afirmar “El Estado soy Yo”, con estas palabras el monarca asume que es Estado, que representa la Soberanía y, que es el titular del Poder Constituyente.

La monarquía absoluta fue la solución para alcanzar la unidad del Estado, a partir de territorios que estaban originariamente separados unos de otros, ubicando bajo su imperio la administración de justicia en todos los territorios que abarca el Estado, o al menos, sometido a su poder la administración.

A raíz de un largo proceso de desacralización de la vida pública, tenemos como consecuencia el Estado, que es una creación de los hombres y no de la divinidad, es la constitución autónoma del universo político-moral respecto de la teología; el derecho natural comienza a liberarse de sus presupuestos dogmático-religiosos y se funda sobre la naturaleza ética-racional.<sup>596</sup>

De Maquiavelo fue el encargado de perpetuar teóricamente el nuevo modelo de Estado y de príncipe rector del mismo. Con él, la política se convierte en un cálculo racional que se mide por los resultados positivos que puedan obtenerse. El Estado es desde estos momentos, el poder por el poder, la realidad última, algo que se justifica en sí mismo, desligado totalmente de la moral cristiana y de la religión.

---

<sup>595</sup> En las lecciones de Jacobo Benigno Bossuet, en sus obras *Discurso sobre la Historia universal*, 1681; y *Política extraída de las palabras de la Sagrada Escritura*, 1709, en la cual más que justificar la monarquía, y glorificar la persona del rey, su intención era elevarlo a un dios mortal. Para este autor, la autoridad real es absoluta, término que no ha de confundirse con poder arbitrario, ya que el príncipe no tiene que dar cuenta a nadie de sus juicios, puesto que estos no están sujetos a revisión de potestad alguna, ni existe fuerza coactiva contra ellos. Los reyes deben guiarse por la razón y nunca por las pasiones, pero si se desviara el monarca del camino de la razón y de la inteligencia, no por ello podrá ejercerse coacción contra él. Cita tomada de DE LA CUEVA, MARIO, *La Idea del Estado*, 4ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 77.

<sup>596</sup> RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, *El Constitucionalismo Democrático en los tiempos de la globalización, reflexiones rousseauianas en defensa del Estado Constitucional democrático y social*, op. cit., p. 72.

El Príncipe una vez que se ha liberado de esos suprapoderes, debe proponerse monopolizar la fuerza y el Derecho. El príncipe tiene el Poder Constituyente<sup>597</sup>, y el poder supremo y único, es el legislador que crea el ordenamiento jurídico del Estado, posee el poder director o de gobierno (dirige la política del gobierno del Estado para fortalecerlo, lograr la unidad y triunfar sobre los Estados rivales). Es decir, posee el poder absoluto fundamentado en una razón de Estado, que está dirigida a mantener el orden social entre los súbditos y a buscar su bienestar material. Y, a la vez, un sujeto que por propia disposición, es un ente *legibus sololutus*.

Con de Maquiavelo se inicia el pensamiento político moderno, tanto con el *Príncipe* como con los *Discursos de Tito Livio*, sobre las formas de gobierno. Es precisamente al inicio del Príncipe, donde se aporta una novedad a la clasificación con respecto a la catalogación clásica, en los siguientes términos: “Todos los Estados, todas las soberanías que tienen o que han tenido autoridad sobre los hombres, han sido y son, o repúblicas, o principados”.<sup>598</sup>

Para la historia del pensamiento político son importantes estos primeros renglones, en virtud de que introduce la palabra *Estado*; palabra que los griegos llamaban *Polis*, los romanos *res publica*, y Bodino, medio siglo después de Maquiavelo, llamará *république*.<sup>599</sup> Del inicio de esta obra, se desprende una bipartición en vez de la tripartición clásica aristotélico-polibiana. El principado corresponde al reino, la república abarca tanto la aristocracia como la democracia. La diferencia verdaderamente sustancial se encuentra en que los Estados están regidos por “uno” o “varios” personajes. Los “varios” pueden ser pocos o muchos, de allí que en el ámbito de las repúblicas, Maquiavelo distinguió las aristocracias y las democráticas.

La distinción del florentino corresponde más a la realidad de su tiempo que a la de los antiguos. En la época de Maquiavelo, Europa ofrecía al agudo observador, los regímenes inglés, francés y el español, que se habían ido formando poco a poco, y se estaban transformando en grandes Estados territoriales que sirvieron de base para el “Estado Moderno”.

Frente al de Maquiavelo aparentemente monárquico de *El Príncipe*, surge así el Maquiavelo aparentemente republicano de los *Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio*. En realidad,

---

<sup>597</sup> GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Barcelona, 1980.

<sup>598</sup> MAQUIAVELO, Nicolás de, *El príncipe*, Porrúa, México, 1970; *Obras políticas*, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1971.

<sup>599</sup> BOBBIO, Norberto, *La Teoría de las formas de Gobierno en la Historia del pensamiento político, año académico 1975-1976*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 64.

se trata de dos simples apariencias, debido a que el problema de la tensión entre monarquía y república, constituía para él un problema menor. Lo que no se puede olvidar es que cuando se refiere al Pueblo<sup>600</sup> como manifestación del poder democrático, o sea, del Poder Constituyente, ya no se refiere al concepto mítico y eterno de Pueblo como una entidad simbólica, sino como ente real.<sup>601</sup> El gran mérito del autor florentino fue el hecho de haber sido el primero en percatarse de que, para salvar la democracia de las mistificaciones y corrupciones ideológicas, el bien común tenía que descender de los cielos metafísicos a la tierra, dejando de ser un reflejo de un orden natural, exterior a los hombres, para pasar a ser una creación de la voluntad humana.<sup>602</sup>

*Breve explicación del origen de la tolerancia religiosa y el Estado laico.*

En estas líneas vamos a analizar, los antecedentes históricos de los derechos fundamentales, y en específico la tolerancia religiosa que se tiene en las 13 colonias Inglesas en América, donde podemos afirmar que surge el constitucionalismo moderno.

La doctrina del Poder Constituyente es francesa, pero la práctica institucional es americana. Estados Unidos es el primer país del mundo que realiza el acto constituyente de un modo integral, organizado por medio de una Constitución escrita,<sup>603</sup> a través de las Constituciones de los Estados Confederados.

Resulta trascendente que los procesos revolucionarios liberal-burgueses americano y francés de finales del siglo XVIII, partieron de la misma idea, y fueron los que dieron origen al Estado Constitucional como Estado burgués de derecho. De uno y otro lado del Atlántico surgió la concepción del Estado Constitucional, con lo cual el proceso constituyente se producirá en el momento de la libertad, el del pacto social y el acto constitucional<sup>604</sup>.

---

<sup>600</sup> De Maquiavelo no titubeó en establecer en nombre de la virtud política del Pueblo, que la sustitución de las primacías en los órdenes institucionales y la concesión al pueblo de mayores atribuciones, lo que lo llevo a considerar al pueblo no como la multitud perversa, irracional y peligrosa en la que Polibio veía el desastre final de todos los Estados, ya que Maquiavelo afirmaría que esa multitud es “más sabia y más constante que los mismos príncipes”, como reza el título del capítulo con el que cierra el libro primero de los *Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio*. DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Democracia como Proceso. Consideraciones en Torno al Republicanismo de Maquiavelo”, *op. cit.*, p. 19.

<sup>601</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>602</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>603</sup> SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *El Poder Constituyente*, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1957. p. 566.

<sup>604</sup> En este sentido, se establece que es John Wise en su *Vindication for the Government of the New England Churches*, se distinguirían, así, en el proceso constituyente el momento de la libertad, el del pacto social y el acto constitucional. Lo cuál será puesto en relieve en la sesión de la Asamblea Constituyente francesa del 10 de mayo de 1793. RUIPÉREZ

En Estados Unidos de América desde un principio se consideró el sometimiento a la Constitución, lo que no sucedió en Europa hasta la segunda postguerra mundial, ya que, en este Continente, en un inicio se consideró a la Constitución como norma política, pero no como fuente de derechos.<sup>605</sup>

Será en Norteamérica donde el Estado Constitucional alcance el grado de modelo general en el cual los poderes quedan exclusivamente fundamentados en la primera decisión soberana, la que concreta el pacto constitucional, de modo que los poderes se conformarán a partir del ejercicio puntual del principio democrático de la elección.

Como antecedente histórico podemos citar al *Bill of Rights* de 1689, el *Habeas Corpus* de 1679, la *Petition of Rights* de 1627, y, por fin, la *Magna Charta libertatum*, parecen ser los precursores indiscutibles del *Bill of Rights* de Virginia.

Sin embargo, para Jellinek existe un abismo entre las Declaraciones americanas y las citadas leyes inglesas. El historiador de la Revolución americana, al hablar de la Declaración de Virginia, dice que contiene una protesta contra toda tiranía a nombre de las leyes eternas de la humanidad: la petición de Derechos inglesa del año 1688 era histórica y retrospectiva; la declaración de Virginia viene directamente del corazón de la naturaleza, y proclama los principios de gobierno para todos los pueblos de todos los tiempos futuros<sup>606</sup>.

Conocido es el pacto que los padres peregrinos congregacionistas, perseguidos y desterrados, celebraron el 11 de noviembre de 1620, antes de fundar a Nueva Plymouth, a bordo de la nave de *Mayflower*, donde cuarenta y una personas suscribieron entonces un Acta, en la cual declaraban, para gloria de Dios y para la extensión de la fe cristiana, y en honor del Rey y de la Patria, fundar una Colonia. Prometían allí asociarse en un cuerpo político y civil, establecer leyes, nombrar autoridades y someterse a sus determinaciones, todo con el objeto de mantener el orden y alcanzar el fin perseguido.

---

ALAMILLO, Javier, *El Constitucionalismo Democrático en los tiempos de la globalización, reflexiones rousseauianas en defensa del Estado Constitucional democrático y social*, op. cit., p. 81.

<sup>605</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Constitución y la democracia”, op. cit., p. 267; Así también en: ARAGÓN REYES, Manuel, *Estudios de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 2013, p. 68.

<sup>606</sup> JELLINEK, Georg, *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Editora Nacional, España, 1984, pág. 90 y ss.

Inaugúrase así la serie de los Pactos de establecimiento que los colonos ingleses estimaban necesario acordar, al fundar una colonia, de conformidad, con sus principios eclesiásticos y políticos. No debemos considerarlos aquí, sino en sus relaciones con la libertad religiosa.

En el año 1629 fundaron los puritanos Salem la segunda colonia de Massachusetts. Olvidando las persecuciones que ellos mismos sufrieran en la Madre Patria, se manifestaron intolerantes respecto de cuantos profesaban principios religiosos distintos de los suyos. No obstante en 1631 desembarcó en Massachusetts un joven independiente, Roger Williams, a quien la comunidad de Salem eligió muy pronto su pastor. Este predicó la separación de la Iglesia y del Estado, y reclamó además una absoluta libertad religiosa, no sólo para todos los cristianos, sino también para los judíos, turcos y paganos, los cuales debían tener en el Estado iguales derechos civiles y políticos que los creyentes. La conciencia del hombre pertenece a él mismo, no al Estado.

Así, pues, el principio de la libertad religiosa alcanzó en América una consagración jurídico-constitucional, según límites más o menos amplios. Ese principio, que está íntimamente ligado al gran movimiento político-religioso de donde ha surgido la democracia americana, proviene de la convicción, según la cual, hay un derecho natural del hombre, y no un derecho otorgado al ciudadano, en lo de tener libertad de conciencia y libertad de pensamiento en materia religiosa, siendo tales libertades un derecho superior al Estado, que éste no puede violar. Este derecho, tanto tiempo desconocido, no es una herencia ni una parte de patrimonio de nuestros mayores, como los derechos y libertades de la Magna Charta y de las otras leyes inglesas: no es el Estado, sino el Evangelio, quien lo proclama<sup>607</sup>.

La idea de consagrar legislativamente esos derechos naturales, inalienables e inviolables del individuo, no es de origen político, sino religioso. Lo que hasta aquí se ha recibido como una obra de la Revolución, es en realidad un fruto de la Reforma y de sus luchas. Su primer apóstol no es Lafayette, sino aquel Roger Williams que, llevado de su entusiasmo religioso, emigraba hacia las soledades, para fundar un imperio sobre la base de la libertad de las creencias, y cuyo nombre los americanos aun hoy recuerdan con veneración.

*Caso en concreto. Mutación por interpretación desde el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.*

---

<sup>607</sup> JELLINEK, Georg, *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, op. cit., pp. 104 y ss.

Una vez puesto de manifiesto el marco teórico que circunda la base del entendimiento político de la Constitución, específicamente abordando el tema del principio histórico de separación iglesia-Estado, en lo que debe entenderse por Estado Laico, nos permitiremos realizar un par de acotaciones respecto a la forma en que los Tribunales Electorales del país, han entendido e interpretado desde la praxis judicial la aplicación de este principio constitucional, respecto a la existencia de violaciones al mismo dentro de la contienda electoral.

Dentro del trámite jurisdiccional que se produjo a partir de la pasada jornada electoral de 2018, existió en específico, una resolución que a la fecha sigue dando de qué hablar. Dicha sentencia, versó sobre hechos ocurridos en el municipio de Cocotitlán, Estado de México, donde existió la participación de un ministro de culto religioso en un acto de campaña de uno de los partidos políticos<sup>608</sup> contendientes por la conformación del mentado Ayuntamiento.

Entre otras cosas, se impugnó ante dicho órgano jurisdiccional, la validez de la elección y las constancias de mayoría que situaban al candidato del Partido de la Revolución Democrática, como el ganador de las elecciones en este lugar, sobre el argumento de haberse visto vulneró el principio constitucional de separación iglesia-Estado, por haber estado el sacerdote del municipio en el acto formal de inicio de campaña de los candidatos de la institución partidista señalado.

En el estudio realizado dentro de la sentencia de los expedientes JI/17/2018 y JI/18/2018, el Tribunal de la referida Entidad Federativa, realizó un razonamiento tendente a declarar la validez de las elecciones celebradas en Cocotitlán, puesto que a su decir, aun cuando en el multicitado acto inicial de campaña de los candidatos del PRD, se dio la presencia de un ministro de culto religioso, y máxime, donde se comprobó que éste participó activamente mediante la pronunciación de un discurso, presuntamente de contenido neutral a los fines políticos de las elecciones; tal circunstancia no resultó ser determinante para el resultado de la elección.

El mayor fundamento que este Tribunal señala, se basa en la presunta neutralidad existente en el discurso proferido por el sacerdote del municipio en cita, señalando expresamente que el mismo no influyó en el ánimo de los ciudadanos que estuvieron presentes en el acto político celebrado, puesto que en ningún momento se llamó al voto a favor de los candidatos del PRD.

---

<sup>608</sup> *Vid.*, CABANAS VEIGA, Manuel, “El papel de la militancia juvenil en el sistema democrático español”, *Juventud y constitución: un estudio de la Constitución española por los jóvenes en su cuarenta aniversario*, 2018, España, pp. 235-264.

En este punto, hemos de señalar que, uno de los constantes criterios forjados por los Tribunales Electorales Federales, para decretar la nulidad de una elección, se basa a la configuración de un elemento normativo denominado **factor de determinancia**, al cual le han dotado de una doble configuración, cual si de metodología se tratase. Así, tal elemento es estudiado jurisdiccionalmente desde una postura cuantitativa y una cualitativa.<sup>609</sup>

Esta situación, junto con la endeble afirmación realizada por el Tribunal local, respecto a que el factor determinancia en sentido cualitativo no resultaba trascendente para llegar a la nulidad de la elección por lesiones a los principios de Estado Laico y de separación iglesia-Estado, resultan ser los más significativos en el estudio y análisis propuesto en el presente escrito.

El mayor fundamentado de este colegiado judicial, se ciñe en señalar que para poder existir una vulneración al referido principio, se requiere que dentro de la práctica del derecho de libertad de credo religioso exista un pronunciamiento en favor o en contra de alguno de los candidatos participantes del proceso electoral, concretamente en el denominado llamamiento al voto en favor o en contra de determinado candidato o institución partidista.

Sobre esta mecánica, importante es recordar que, en la percepción dinámica y reconstrucción de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, la justicia electoral se ha presentado como uno de los bastiones de mayor importancia. Sobre el ejercicio judicial de éstos, se concentra el cimiento proteccionista de los derechos político-electorales de la sociedad mexicana.

Se presentan hoy como los protectores por excelencia de la vida política y democrática del país. Resonando lo señalado por Heller, respecto a que la Constitución no sólo es un enramado jurídico, sino una construcción política de la sociedad, los Tribunales Electorales, se han vuelto los defensores de la parte orgánica de la Constitución, es decir, los defensores de la democracia y los principios políticos que se comprenden como los engranajes sobre los que la maquinaria estatal puede funcionar.

Tan importante resulta comprender que una Constitución es un tanto el lugar en el que se concentran las protecciones de derechos fundamentales, como un complejo aparato político rector

---

<sup>609</sup> "NULIDAD DE ELECCIÓN. FACTORES CUALITATIVO Y CUANTITATIVO DEL CARÁCTER DETERMINANTE DE LA VIOLACIÓN O IRREGULARIDAD". Consultable en <http://sief.te.gob.mx/iuse/tesisjur.aspx?idtesis=XXXI/2004&tpoBusqueda=S&sWord=XXXI/2004>

de la vida democrática de la sociedad por decisión soberana. Sobre este entendido, igualmente necesario es establecer que, si bien los derechos fundamentales son uno de los pilares indispensables del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, junto con la separación de poderes, acuñando lo predispuesto por el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, en las democracias actuales, los principios políticos se posicionan como derechos fundamentales de la soberanía, puesto que sobre de ellos se cimienta la base operativa del Estado, del pacto social.

No obstante lo anterior, el caso suscitado en el municipio de Cocotitlán en la percepción jurisdiccional del principio fundamental de separación iglesia-Estado, se tornó mayormente brumoso. Una vez aprobada por unanimidad la resolución dictada por el Tribunal Electoral del Estado de México, y siguiendo con la cadena impugnativa, las partes en conflicto con dicha resolución, instaron el órgano federal regional con sede en Toluca.

En la Sala Regional Toluca del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, dentro de los juicios acumulados ST-JRC-216/2018 y ST-JRC-219/2018, por medio de los cuales conocieron lo acontecido en aquel municipio, resuelven contrario a lo predispuesto por el Tribunal Local, aduciendo que conforme a lo narrado por los actores y, toda vez que, era comprobable la participación de un ministro de culto religioso en el acto inaugural de campaña de los candidatos a conformar el Ayuntamiento de Cocotitlán, Estado de México, por parte del Partido de la Revolución Democrática, habría de decretarse la nulidad de la elección, por violación al principio de separación iglesia-Estado.

Sin embargo, el argumento proporcionado por esta instancia federal, lejos de haberse realizado conforme a una fundamentación tendente a enaltecer las disposiciones previstas en la parte orgánica de la Constitución Federal, de nueva cuenta recurren al factor determinancia, para validar su decisión, dejando de lado el estudio verdaderamente importante de fondo que implicaba el pronunciarse sobre la concepción del Estado Laico, como un principio fundamental para la vida política y democrática del Estado.

De igual manera que con la resolución previa, emitida por el órgano estatal, dicha sentencia fue impugnada, ahora ante la máxima autoridad en materia electoral que lo es la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación dentro del expediente SUP-REC-1888/2018, instancia donde de nueva cuenta el argumento que motiva y fundamenta la decisión colegiada, se

basó al tan citado factor determinancia, en este caso, confirmando la validez de la elección, aun contraviniendo la corroboración de la participación del ministro de culto religioso en un acto eminentemente político.

En este mismo contexto impugnativo, derivado igualmente del proceso electoral del año 2018, se someten a consideración del Tribunal Electoral del Estado de México, actos suscitados en el municipio de Ocuilan, *grosso modo*, sobre la temática circundante de uso de símbolos religiosos, donde el candidato a la Presidencia del referido Ayuntamiento, postulado por la coalición “Por el Estado de México al Frente” realiza una caravana por las calles de la población de Chalma, perteneciente al municipio de Malinalco, Estado de México, considerado éste como un lugar de peregrinaje por excelencia dentro de la entidad federativa reseñada.

La cadena impugnativa del juicio de inconformidad ventilado ante éste órgano, igualmente llegó a conocimiento de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación<sup>610</sup>, resuelto dentro del expediente SUP-REC-1890-2018, donde el punto medular de nueva cuenta estribó en establecer la existencia o no de una violación a los principio de estado Laico y separación iglesia-Estado. Lo verdaderamente destacable para este estudio, es la forma en la que el Tribunal Federal reconstruye el fondo de su resolución, que a diferencia del caso Cocotitlán, da un mayor bagaje contextual para poder establecer la existencia o inexistencia de violaciones tendentes a declarar la nulidad de la elección.

En la construcción metodológica propuesta por la Sala Superior, expresamente se manifiesta que:

Por tanto, las cuestiones que esta Sala Superior debe resolver consisten en determinar, por una parte, si los hechos son de tal entidad que implique una violación a los principios de laicidad y de separación iglesia-Estado, en consecuencia, su acreditación y el grado de afectación al proceso electoral municipal; en otra, si aquella irregularidad resultó determinante para provocar la nulidad de la elección llevada a cabo en el municipio de Ocuilan, en la entidad federativa de México.<sup>611</sup>

De esta redacción es claramente advertible la constante crítica que precisamente en el caso primero se comentaba, salvo que ahora el uso sintáctico realizado por esta instancia jurisdiccional, acentúa en medida la afectación constitucional, realizando a través de la mutación constitucional

---

<sup>610</sup> En adelante, Sala Superior.

<sup>611</sup> SUP-REC-1890-2018, p. 19.

una condicionante en la percepción e interpretación de los principios políticos fundamentales en trato.

La señal observable en esta redacción, implica una superposición de limitantes en la aplicación de una decisión política fundamental, puesto que se dice explícitamente, que posterior a la acreditación de actos que violen los principios de laicidad y separación de iglesia-Estado, se tendrá que determinar el **grado de afectación** al proceso electoral municipal.

Y, por último, cual de si violaciones pequeñas o grandes al orden constitucional se tratase, se describe que una vez corroborada la irregularidad consistente en la violación de la Constitución, se hará un juicio de determinancia cuantitativa o cualitativa, sobre la incidencia en el electorado.

Tres conclusiones lógicas pueden rescatarse de estas palabras: 1) La violación a un principio político fundamental es dependiente de la gradualidad de su afectación; y, 2) La afectación al proceso electoral municipal (que da lo mismo si hubiese sido estatal o federal), prima sobre la voluntad soberana contenida en la Constitución; y, 3) Lo importante para la nulidad de una elección es la determinancia cuantitativa y/o cualitativa, y no así la violación a la ley suprema de nuestro ordenamiento jurídico.

Podría decirse con certeza que, un poder constituido como lo es el Poder Judicial, practica un procedimiento de reforma constitucional por vía de la mutación constitucional, estableciendo que no importa si se viola la constitución, ni cuántas veces ello pueda suceder, siempre que no trascienda determinadamente a los resultados de una elección, puede incluso inhabilitarse el contenido constitucional, cuando no desconocerse. Imagen de un poder constituido con ideas de poder constituyente.

Una cosa en especial llama la atención en el análisis de esta sentencia, y es que como ya lo adelantábamos, la arquitectura sobre la que se fundamenta la resolución en cita puede tildarse de robusta, puesto que a decir de las críticas aquí realizadas, la misma establece todo un concentrado teórico de verdadera valía, al grado de señalar que “la relevancia que la laicidad se presenta como principio y derecho fundamental que acentúa el tipo específico de estado político y la forma en que convergen los derechos desde un espacio de pluralismo, razonabilidad y tolerancia.”<sup>612</sup> (sic)

---

<sup>612</sup> SUP-REC-1890-2018, p. 23.

No puede negarse que la y los magistrados integrantes de este colegiado federal, consideran el carácter axiológico de las sociedades democráticas, enalteciendo en todo momento la deliberación, respeto y tolerancia de las diferencias ideológicas, contemplando que la *laicidad* se presenta en la historia de nuestro país, como uno de los pilares de nuestra democracia constitucional.

Máxime en el entendido que es la propia Sala Superior, que en un ejercicio interpretativo del principio de laicidad, lo postula como un derecho fundamental, que “atribuye a las personas la mayor expresión del desarrollo de la personalidad y su proyección de vida, a través de mandatos negativos y positivos al Estado, así como de una garantía de neutralidad para salvaguardar su ejercicio.”<sup>613</sup>

En este sentido, siendo este Tribunal un órgano de control de la constitucionalidad y convencionalidad, considera que, para que se pueda declarar la invalidez de una elección, es necesario que la irregularidad sea grave, generalizada o sistemática y, además, determinante, de tal forma que trascienda al normal desarrollo del procedimiento electoral o al resultado de la misma, esto es, que su influencia sea de tal magnitud, cualitativa o cuantitativa, que afecte la elección en su unidad o totalidad.<sup>614</sup>

No obstante, dar por cierto estas palabras implica un desconocimiento total de la funcionalidad y alcance de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Si bien el derecho ha de adecuarse gradual y generacionalmente a las exigencias de una sociedad cambiante, no puede

---

<sup>613</sup> De hecho, la incorporación del término “laico” a la Norma Suprema, obedeció -conforme a la exposición de motivos de la reforma al artículo 40 constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2012- a la idea, entre otras, de que: “La laicidad supone de esa manera la armonización de tres principios esenciales: 1) respeto a la libertad de conciencia y de su práctica individual y colectiva; 2) autonomía de lo político y de la sociedad civil frente a las normas religiosas y filosóficas particulares, y; 3) igualdad ante la ley y no discriminación directa o indirecta hacia las personas”. *Ibidem*, p. 24.

<sup>614</sup> *Ibidem*, p. 30.

Se ha indicado que la calificación de grave que se da al incumplimiento de esa obligación, tiene sustento en lo previsto en los artículos 24 y 130 constitucionales, que regula las relaciones entre el Estado y las iglesias, conforme al cual se evidencia la necesidad de preservar la separación absoluta entre ellos, a efecto de impedir que algún partido político o candidato, pueda llegar a coaccionar moral o espiritualmente a los ciudadanos, para que voten por él, y de garantizar la libertad de conciencia de los participantes en el procedimiento electoral, el cual se debe mantener libre de elementos religiosos, finalidades que no se lograrían si se permitiera a un partido político o candidato utilizar símbolos religiosos en su propaganda electoral o bien utilizar los actos públicos de expresión de libertad religiosa con fines políticos, porque con ello se podría afectar la libertad de conciencia de los votantes, así como las cualidades del voto en la renovación y elección de los integrantes de los órganos de representación popular del Estado. SUP-REC-1890-2018, *Ibidem*, p. 32.

perderse de vista y, mucho menos tomar a la ligera, que para el adecuado desarrollo del derecho en una organización política, éste se debe ver limitado a sí mismo.

El principal y más reactivo límite que el derecho debe contemplar es el propio Estado de Derecho, y aún mayor, al menos desde nuestras latitudes, el Estado Constitucional y Democrático de Derecho, mismo que a la vez habrá de verse racionalizado por el ejercicio democrático, lugar donde encuentra vitalidad el principio político fundamental de laicidad y de separación de iglesia-Estado.

El *quid* de estos principios políticos, envuelve no sólo un mandato enunciativo de la voluntad soberana, sino la apreciación de una norma prohibitiva, que sólo admite una sola conducta del destinatario, donde su interpretación no puede ser más que estricta, so pena de expresar que la infracción a tales normas prohibitivas conlleve a algo parecido a un ilícito constitucional, que mejor denominado, a un atentado contra la Constitución.

Una interpretación diversa sometida al tamiz de conceptos como los de gradualidad de la afectación y determinancia electoral, nos situaría en una mutación constitucional que viola el propio mandato soberano. El límite entre la mutación y la violación constitucional es sumamente tenue, cosa que se vuelve visible a la luz de interpretaciones desmedidas en contraposición de principios que rigen la vida política y estructural de un Estado.

Si bien, la función de un Estado Federal como el mexicano, implica contextualizar el discurso jurídico a fin de dar certeza a la sociedad, resulta preocupante que aun cuando estos dos antecedentes hayan servido como punta de lanza en el planteamiento de violaciones constitucionales a principios políticos fundamentales, la tendencia generalizadora de los Tribunales Electorales ha virado en una homogeneidad de criterios sobre los cuales los juzgadores han acudido indistintamente a estos tan mentados factores de determinancia y graduación de las lesiones constitucionales.

Ejemplo claro de esto, puede observarse en esta sentencia de la Sala Superior en comento (SUP-REC-1890-2018), donde se proporcionan los datos de la línea jurisprudencial que este Tribunal Constitucional ha abordado en la resolución de conflictos donde se ha visto cuestionado la violación a los principios de laicidad y separación de iglesia-Estado.

En órbice de repeticiones innecesarias respecto a la forma en que fueron resueltos, nos permitimos únicamente enunciar las generalidades sobre las que fueron rubricadas las decisiones jurídicas por parte de estos órganos electorales. Así, resulta observable que por ejemplo, en el expediente SUP-REC-1732/2018, correspondiente al ayuntamiento de Ciénega de Flores, Estado de Nuevo León, donde se da la existencia de un ministro de culto religioso que efectúa pronunciamientos en público dentro de un evento político-electoral, la Sala Superior se limita a señalar que: “Lo expuesto, puso de manifiesto que no era posible fundar la determinancia en el hecho mismo, como lo hizo la Sala Regional responsable al considerar que, ante el hecho acreditado que vulneró el principio constitucional de separación Estado-Iglesia y ante la gravedad que implica la transgresión a dicho principio constitucional, la violación era determinante para la elección.”<sup>615</sup>

Un análisis interesante y, con el que en cierto grado podríamos compaginar, fue el efectuado dentro del expediente SUP-REC-1777/2018 correspondiente a la elección del Ayuntamiento de Jiutepec, Morelos, donde el candidato propuesto por la coalición “Juntos Haremos Historia”, participó en una ceremonia religiosa mediante invitación genérica realizada por el Obispo de Cuernavaca. En el respectivo asunto, la Sala Superior realiza el razonamiento tendente a señalar que la asistencia del candidato a un evento meramente religioso, no bastaba para acreditar una violación a los principios políticos en cuestión.

Ello en efecto resulta ser cierto, no puede llegar a decirse en forma radical, que cualquier acto por mínimo que sea, configura una inmediata violación al principio de laicidad. El aspecto en estas líneas tratado, se encamina en analizar el caso en concreto donde se dé la existencia contundente de la iglesia en actos estatales y viceversa, del Estado en actos religiosos.

Sin embargo, aún con lo dicho, la propia Sala Superior recurre a su fundamentación de determinancia para dar solución al caso planteado. Precisamente esto, es lo que se cuestiona desde estas líneas argumentativas. El uso de este tipo de justificaciones, hacen de la labor jurisdiccional un posicionamiento que pueda tildarse de lo hasta aquí pronunciado, como una violación constitucional en una errónea forma interpretativa de las decisiones políticas fundamentales.

---

<sup>615</sup> SUP-REC-1890-2018, *ibidem*, p. 37.

La parte toral de este análisis, estriba precisamente en comprender el alcance y límites de los poderes constituidos, en este caso el correspondiente a la praxis judicial. Como ya adelantábamos en cita al Doctor Carpizo, la concepción de laicidad dentro del derecho constitucional mexicano, fue generada como una decisión política fundamental por el constituyente del 1917, atendiendo a la conformación pluricultural de la sociedad mexicana, en un esfuerzo por impedir que el factor religión incidiera en el ámbito político.

Entender la importancia de la parte orgánica de la Constitución y de las decisiones políticas fundamentales como la de separación iglesia-Estado, implica comprender que son una parte fundamental del pacto social en conformación de la organización política denominada Estado y, por tanto, que éstas actúan como derechos fundamentales en la conformación política y democrática del país, es decir, son principios sobre los que se ha construido el Estado Constitucional y Democrático de Derecho como disposición soberana establecida por el poder constituyente.

Ello implica, entender que estos principios que componen la esencia política de la Constitución no son susceptibles de ser reformados, pues como se ha advertido *supra*, modificarlos, implicaría la creación de un régimen político diferente. A nuestro decir, la forma en la que los Tribunales Electorales realizaron su interpretación sobre los límites y alcances del principio de laicidad, corre evidentemente el riesgo de situarse en un ejercicio de mutación constitucional, que bien puede advertirse más como una violación que como una mecánica de reforma.

Debemos advertir que, no es que se esté contra de la interpretación constitucional o de la propia mutación, puesto que, en una sociedad como la nuestra, cada vez más compleja y cambiante, necesario es que la Constitución se adecúe a las exigencias sociales y, precisamente, el procedimiento de reforma y la mutación constitucional, son parte indispensable para que ello pueda realizarse y no se hable de una Constitución inoperante y obsoleta. De igual forma, la labor interpretativa resulta de inminente necesidad dentro de la racionalización de una Estado Constitucional de Derecho, no obstante, incluso la propia interpretación debe verse limitada y el límite expreso, para el caso en comento está ejemplificado a partir de estos principios fundamentales de la Constitución.

Con lo que no se está de acuerdo, es con esa constante que ya se adelantaba, en la que la tendencia actual sobre la que circunda la problemática constitucional vira hacia la imagen en que

el Poder Constituyente pretende hacer funciones de Poderes Constituidos y éstos a su vez, pretenden fungir como poderes constituyentes. Ejemplo claro de ello, es precisamente la polémica resolución en comento, donde con todo y que se comprobó que un ministro de culto religioso intervino concretamente en un acto político-electoral; y aún con todo ello, se inobservó el mandato constitucional que prohíbe precisamente, la intromisión de la iglesia en los asuntos de Estado y a la inversa.

Violentar una decisión política fundamental, implica un desconocimiento total de la propia voluntad soberana depositada en la Constitución y, en consecuencia, una violación a la propia ley fundamental. La función de los juzgadores electorales implica un ejercicio de mutación constitucional, sin embargo, y en ello radica el *quid* de la problemática planteada, cuando ésta, la mutación, olvida su límite concreto que para el caso es la imposibilidad de extender o disminuir el alcance de una decisión política fundamental, pasa a ser una violación constitucional. Máxime en el entendido de tratar de interpretarla sobre la base de factores y/o elementos tan endeble como el de “determinancia”.

Estos principios constitucionales gozan de una máxima taxatividad interpretativa a las fundamentaciones históricas sobre las que fueron creados, no necesitando mayores formas de condicionar su aplicabilidad y cuidado. En el caso en concreto, no se pretende dar a entender que, el principio de separación iglesia-Estado, tenga que ser tan radical al punto de prohibir cualquier acto que se presuma ser simbólico en actos políticos, como podría acontecer con la persona que al momento de emitir su voto, acude a las urnas con una cruz colgada a su cuello o aquella persona judía que acude a ejercer su derecho al voto portando una kipá.

La *ratio* sobre la que se aprecia la funcionalidad de este principio de laicidad, radica en el respeto irrestricto al régimen de autonomía recíproca entre el Estado y las instituciones religiosas. Una clara limitación entre ambos, sujetar los actos estatales, políticos, gubernamentales, etc., únicamente a las facultades del Estado y, a la inversa, una concreta limitación al aparato estatal respecto a intervenir en los asuntos de la iglesia.

La valoración correspondiente a la lesión o no de un precepto fundamental de la Constitucional, no se basa en determinar si en lo concreto se realizó un llamado al voto por parte de un ministro de culto religioso, o de si se dijo pertenecer u optar por determinado candidato o institución político partidista. La libertad de culto implica no sólo las manifestaciones externas sino

también las colectivas o grupales, y además pertenecientes al ámbito de la expresión institucionalizada de la religión.

Por el contrario, lo realmente importante que debió estar en discusión, es la intromisión de un dirigente religioso en actos claramente políticos, como lo fue el de inicio de la campaña electoral de los candidatos a integrar el ayuntamiento de Cocotitlán, Estado de México. El mandato constitucional dispone una limitante tajada a la religión y sus instituciones respecto a que puedan inmiscuirse en asuntos políticos, de gobierno y/o decisiones estatales.

A los defensores del sistema político-democrático del país, les pasó desapercibido esto, concentrando su pretendida fundamentación y motivación en establecer elementos claramente ajenos al mandato constitucional, en una pretendida explicación de determinancia sobre el *quantum* de repercusión en la injerencia de la iglesia en asuntos del Estado, lo que ya de por sí tiene un cierto grado de desapego constitucional.

Dejar de lado la valoración e identificación de lo que realmente tutela la Constitución, implica en sí mismo, un disvalor en la fuerza vinculante de la ley fundamental. La vulneración de un principio fundamental de la Constitución constituye claramente un vicio invalidante, motivo suficiente para la nulidad de cualquier acto en contravención.

#### *Notas conclusivas al caso.*

- La tensión que existe, entre la intención del Poder Constituyente de realizar funciones de los Poderes Constituidos y, a la inversa, los poderes constituidos fungir como poder constituyente, es lugar desde donde se centra la actual problemática del Derecho Constitucional. Por tal motivo, es menester delimitar sus funciones y atribuciones, ya que de no hacerlo, los poderes constituidos, que por lógica son limitados, podrían tergiversar a la propia Constitución, al grado tal de negar hasta los principios políticos que en ella se contemplan. Para el objeto de esta investigación queremos recalcar el Estado Laico.
- El no entender que el órgano reformador es limitado, es negar la idea de supremacía constitucional y todos los valores que en ella se contemplan. Además, es negar que las mutaciones constitucionales se les puede limitar. Y es en esta parte donde se gesta un grave peligro, ya que, a través de las distintas modalidades de las mutaciones, entre las que

podemos destacar la interpretación constitucional, se podría lesionar tanto Derechos como la idea del Estado Laico.

## CONCLUSIONES

Después de todo lo ya escrito, que de sobra se sabe no es nada nuevo, poco nos resta por expresar. Hemos querido, si acaso, hacer un intento por regresar a la actualidad el discurso ya olvidado de los clásicos, cuyos postulados se encuentran más vivos que nunca. En cierta conferencia del 17 octubre del 2019, impartida por nuestro profesor salmantino Javier Ruipérez Alamillo en ocasión de un foro celebrado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, se pronunciaba en el sentido de reafirmar la necesidad de regresar y tener presente en todo momento del moderno Estado Constitucional, el legado intelectual que Montesquieu dejó respecto al principio de separación de poderes: ¡Montesquieu sigue más vivo que nunca, no ha muerto! sentenciaba en aquella ocasión.

El discurso empleado llevaba por finalidad dejar en claro una idea que en tantas ocasiones, y con justa razón, le he escuchado repetir a mi maestro y mentor Víctor Alejandro Wong Meraz que en cita a Don Pedro De Vega, narra en el sentido de afirmar que el verdadero estudio del Derecho Constitucional implica tener una charla con los muertos, con aquellos “clásicos” que desde la Grecia antigua, el Medioevo inglés, la Francia revolucionaria, la Norte América independentista y, hasta la época de la Alemania de Weimar de 1919, han dejado como invaluable herencia, ahora pudiendo unificarlo en lo que pudiéramos llamar las Ciencias Constitucionales, donde tanto el factor jurídico, como el político, el social y el económico, pueden interactuar en una forma homogénea siempre adaptable al dinamismo social.

Trátese aquí de justificar el intento de tener una charla con el Schmitt menos citado, menos conocido. Con ese estupendo constitucionalista alemán que en nada hace honor a su homólogo que ha escrito Teología Política y el Concepto de lo Político. Desde un inicio hemos querido pactar para reivindicarle al margen de las críticas tan rigurosas que se le han hecho al tildarle, siempre, de fascista. La plática que se pretendió no era con éste, sino con aquel demócrata defensor del poder del pueblo soberano.

Aquel autor que nos ha dejado claro que una Constitución es tal, por estar legitimada al ser obra de un Poder Constituyente formado por el pueblo soberano. Que ha enaltecido a este cuerpo jurídico-político como la decisión política más importante para la unidad social, pues en ella descansa su esencia, su poderío y su vitalidad como fuerza y autoridad vinculante para un Estado.

Por otro lado, hemos traído al debate a uno de los mayores críticos de éste, pero que lo ha hecho respecto a aquel Schmitt más popularizado, que en nada hace justicia al de la *Teoría de la Constitución*. Nos referimos a su compatriota Hermann Heller. Por demás, un autor que de igual forma poco se ha reconocido y que, a nuestro juicio claramente influenciado por nuestra formación llevadera, debe serle reconocido como el más brillante pensador de las Ciencias Políticas Constitucionales del Estado moderno, al menos de aquel vestigio que deja en Europa la postguerra.

Al hacer una concatenación del pensamiento de estos dos autores, las conclusiones son más que claras, y las cuales a fin de lista postulamos a continuación:

- I. Baste con afirmar que la Constitución es una decisión política de la voluntad general sobre la cual se determina la forma y el modo de su propia existencia política, a partir de la vigencia normativa de la misma. }
- II. Que esa Constitución no sólo es un concepto político o jurídico aislados, sino, un Código Jurídico-Político Fundamental; Un binomio inseparable en la dialéctica constitucional. Sólo así concebida se puede hablar de una fuerza vinculante para la sociedad, el Estado y sus instituciones. Al referir la importancia política de una Constitución, se garantiza su constante vitalidad conforme a las normalidades y su normativización.
- III. A la Norma Suprema debe reconocerle como un organismo vivo, como la unificación y constante adecuación a las formas y sustancias de la sociedad para la cual ha sido llamada a regir en un tiempo y un espacio determinado. Al ser un organismo viviente, es indispensable pensarle obligada al cambio, pero a la vez, racionalizando este cambio por vía del respeto a sus principios político-fundamentales dados por el soberano, por el Poder Constituyente.
- IV. Sólo a partir de la Teoría del Poder Constituyente puede hablarse de Pacto Constitucional, pues es el sujeto fáctico y político-existencial que ejerce con plenitud un poder soberano, revolucionario, absoluto e ilimitado en el contenido, material y formal, de su voluntad, dando a la vida una Constitución.
- V. El Poder Constituyente es el único y real sujeto plenamente ilimitado, de ahí que la Reforma Constitucional sea un poder constituido y, por tanto, limitado a las facultades y atribuciones dadas por aquél.

- VI. El poder de reforma, es un poder limitado, entendemos que no puede existir ningún mecanismo de cambio del Texto Constitucional que pueda ser ilimitado, por el contrario, toda herramienta o figura jurídico-política ha de obedecer a las permisiones precisas que se le han dado, siendo la Revolución, el único camino ilegal para el cambio, pero con sentido de legitimidad.
- VII. Del mismo modo en que Jellinek propuso su concepto de mutación constitucional, definiendo primero la reforma constitucional, es que nosotros hemos tomado los límites de la revisión constitucional, para establecer los de la mutación constitucional, en virtud de que la segunda tiene como referencia a la primera, ya que es claro que la mutación constitucional y la reforma, tienden a aparecer como términos en cierta manera complementarios y excluyentes. Estas dos figuras son las formas en que una Constitución se adecua a la realidad.
- VIII. Al entender el concepto de Constitución como el Texto donde se establecen: el reconocimiento de los derechos fundamentales y la división de poderes, tomando como base el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, en donde se precisa que “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida carece de Constitución”, es que éstos, los Derechos Humanos, representan el primer y más visible límite al cambio en la Norma Suprema.
- IX. La naturaleza *pre* y *supra* estatal de los derechos fundamentales, se les considera como una revelación de la razón política que deben constituir un límite absoluto. Por lo tanto, los derechos fundamentales resultan un catálogo infranqueable incluso para el Poder Constituyente; es decir, el Constituyente sólo podría reconocerlos, protegerlos, pero nunca rechazarlos y suprimirlos. Derechos Fundamentales y separación de poderes son los principios fundamentales inderogables de la Constitución.
- X. El otro límite a los poderes constituidas, es el contenido político de la Constitución, que en México se hace consistir en que nuestra organización está enfocada a ser una República representativa, democrática, federal y laica. Modificar los valores básicos o principios fundamentales que componen la esencia política de la Constitución, a través de la mutación constitucional, sería la creación de un régimen político diferente y el establecimiento de un nuevo sistema constitucional.

- XI. No es indispensable establecer límites expresos para entender que la reforma constitucional tiene límites, desde el momento en que afirmamos que es poder constituido y, por consecuencia, limitado. Son los límites implícitos o materiales de la reforma los que tomamos como parámetro para establecer los límites de la mutación constitucional, es decir, el concepto de Constitución y los principios jurídico-políticos fundamentales.
- XII. La mutación no es un poder constituido, sino un mecanismo interpretativo por el cual se dota de un significado diferente al texto constitucional, con base en las necesidades vitales de la comunidad política; Luego entonces podemos precisar, que ésta no tiene una posición superior en la normativa constitucional, sino que es apenas una forma de cambio, una herramienta para no acudir a la reforma, es decir, carece de facultades y jerarquía para siquiera atentar contra dichos principios, máxime que ésta es practicada por Poderes Constituidos de segundo orden, mismos que sí se encuentran subordinados jerárquicamente, al Poder de Reforma.
- XIII. Como herramienta, la mutación, se encuentra muy por debajo de la jerarquía constitucional de la cual goza la reforma. Así, si esta última, la revisión constitucional, es un poder constituido y no una mera mecánica de cambio y, a su vez es imperante reconocerle límites, resulta más que obvio que la mutación debe tener límites, que por lógica constitucional serán mínimamente los reconocidos al poder constituido.
- XIV. No es acertado referir a la mutación constitucional como una práctica errónea o innecesaria, por el contrario, es un ejercicio indispensable en la dualidad estática-dinámica de los Textos Constitucionales. No obstante, a ésta debe ejercitarse con límites, más en aquellos casos como en su uso interpretativo que corre a cargo de los Tribunales, puesto que, bajo la falsa idea de ser los máximos traductores y defensores de la Constitución, llegan a hacer decir a ésta, lo que su texto no señala. Se trata de advertir sobre los peligros de falsación entre respeto y violación constitucional.

## FUENTES DE CONSULTA

- ALDRETE ACUÑA, Christian Yair, *Fuero Constitucional; Garantía de un Estado Democrático y Constitucional de Derecho. Estudio comparado entre México y España*, V/Lex, México, 2019.
- ADORNO, Theodor, *Dialéctica negativa*, Madrid, Taurus, 1992.
- ANTÓN ONECA, J., *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Discurso leído en la apertura del curso académico de 1944 a 1945, Salamanca, 1944.
- ARAGÓN REYES, MANUEL, *Estudios de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 2013.
- ARENDDT, Hannah, *Sobre la Revolución*, Alianza, España, 2004.
- ARISTÓTELES, *La Política*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, Book I, cap. II; *Introduction, Section the Third «Of the Laws of England»*.
- BOBBIO, Norberto, *Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri* [1954], ahora en *Teoría General de la Política*, Edit. Trotta, España, 2009.
- , *La Teoría de las formas de Gobierno en la Historia del pensamiento político, año académico 1975-1976*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2006.
- BODIN, Jean, *I sei libri dello Stato*, De M. Isnardi Parente y D. Quaglioni, Torino, 1964-1977.
- BODIN, Jean, *Los seis libros de la República*, Trad. Pedro Bravo Gala, Tecnos, Madrid, 1985.
- BORDEAU, Georges, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Trad. Ramón Falcón Tello, Editora Nacional, Madrid, 1981.
- , *Methode de la science politique*, Dalloz, París, 1959.
- , *Traité de science politique IV. Le statut du pouvoir dans l'état*, Librairie générale du droit et de jurisprudence, París, 1983.
- BORDEAU, Georges, *Traité de Science Politique*, París, 1969.
- BRADLEY, A. W. y EWING, K. D., *Constitutional & Administrative Law*, Pearson, London, 2011.
- BRUNNER, O., *Terra e Potere. Strutture pre-statali e pre-moderna nella Storia costituzionale dell'Austria medievale*, Milán, 1983.
- BRYCE, James, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.
- , *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2015.
- BURGOA, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 8a. ed., Porrúa, México, 1999.
- CABANAS VEIGA, Manuel, “El derecho de excepcionalidad español ante futuras pandemias”, *La constitución en tiempos de pandemia*, 2021, España.
- , “El derecho de excepcionalidad mexicano ante una crisis sanitaria en perspectiva federal”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, número 281, 2021, México.
- , “El Estado Social español ante las crisis sanitarias”, *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización*, 2020, España.

- , “El papel de la militancia juvenil en el sistema democrático español”, *Juventud y constitución: un estudio de la Constitución española por los jóvenes en su cuarenta aniversario*, 2018, España.
- , “La protección de los derechos sociales a nivel internacional”, *Derechos humanos desde la interdisciplinariedad en ciencias sociales y humanidades*, 2020, España.
- , “La raíz de la corrupción política en España”, *Nueva revista de política, cultura y arte*, N° Extra 5, 2020, México.
- , “La reforma constitucional del 2011 y la Teoría del Poder Constituyente”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 18, 2014, España.
- , “Las Diputaciones Provinciales gallegas en la recesión económica actual y la crisis del principio de autonomía local”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 18, 2014, España.
- , “Porto de Sanabria y Pradorramisquedo: Análisis jurídico-procedimental de sus reivindicaciones secesionistas”, *Revista "Cuadernos Manuel Giménez Abad"*, N°. 19, 2020, España.
- , “Treviño: Entre la reserva estatutaria y la ley orgánica”, *Revista de derecho político*, N° 93, 2015, España.
- , *El federalismo social: un análisis comparativo sobre la eficacia del Estado social en los diferentes territorios en los que se inserta*, VLex, 2019, México.
- , *Los retos actuales del estado social ante las crisis económicas y sanitarias*, Colex, 2021, España.
- CABO MARTÍN, Carlos de, *La Reforma Constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003.
- CÁCERES CROSA, Gonzalo, *El refrendo ministerial*, Madrid, 1934.
- CALZADA CONDE, Rogelia, *La reforma constitucional y las mutaciones en el ordenamiento constitucional*, Vol. II, Ediciones Universidad, Salamanca, España, 1987.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, España, 2003.
- CANCIO MELIÁ, PEÑARANDA RAMOS, et all, *Un Nuevo Sistema del Derecho Penal: consideraciones sobre la teoría de la Imputación de Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999.
- CANOSA USERA, Raúl, “CONFERENCIA MAGISTRAL. Problemas de la interpretación constitucional en la democracia contemporánea”, en VALADÉS, Diego y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo (Coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, T. I., IIJ-UNAM, México, 2001
- , “Preparando una mutación constitucional. Comentario a la STC 247/2007, de 13 de diciembre.”, en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 22, 2008, UNED, España.
- , *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press-Oxford University Press, Gran Bretaña, 1989.
- CARPIZO, Jorge, “El tribunal constitucional y el control de la reforma constitucional”, en *Boletín mexicano de Derecho Constitucional comparado*, n.º 125, mayo-agosto 2009, IIJ-UNAM, México. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2955/7.pdf>
- , “La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, núm. 131, IIJ-UNAM, México, 2011.
- , “Los principios jurídico-políticos fundamentales en la Constitución Mexicana”, en IBARRA PALAFOX, Francisco Alberto y SALAZAR UGARTE, Pedro (Coords.), *Cien*

- ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, T.I: Estudios históricos*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Instituto Belisario Domínguez-Senado de la República, México, 2017.
- , *El presidencialismo mexicano*, Siglo XXI, México, 2004.
- , *Estudios constitucionales*, 8a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003.
- , *Estudios constitucionales*, LGEM/UNAM, México, 1983.
- , *Estudios constitucionales*, UNAM, México, 1980; CUEVA, Mario de la, *Apuntes de derecho constitucional*, México, 1965.
- , *La Constitución Mexicana de 1917*, 9ª ed., Porrúa, México, 1995.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, 2 da. Ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
- CASCAJO CASTRO, J. L., "El Consejo Constitucional francés", en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, vol. I, Madrid, 1981.
- CHERESKY, Isidro, *El nuevo rostro de la democracia*, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 2015.<sup>1</sup>
- CONSTANT, Benjamin, "Principios de política aplicables a todos los gobiernos", en *Escritos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- DAU-LIN, Hsü, *Mutación de la Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998.
- DE LA CUEVA, MARIO, *La Idea del Estado*, 4ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- DE LA CUEVA, Mario, *Teoría de la Constitución*, 2da ed., Porrúa, México, 2014.
- DE VEGA GARCÍA, Pedro, "La Democracia como Proceso. Consideraciones en Torno al Republicanismo de Maquiavelo", en *Revista de estudios políticos*, núm. 120, 2003, España.
- , "La Reforma constitucional", en RUBIO NÚÑEZ, Rafael, *Obras escogidas de Pedro De Vega García*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.
- , "La Reforma Constitucional como defensa de la Constitución y de la democracia", en II Jornadas de Derecho Constitucional sobre la reforma de la Constitución, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, UNED, España, 2006.
- , "La Reforma Constitucional como defensa de la Constitución y de la Democracia", en VALADÉZ, Diego y CARBONELL, Miguel (Coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y Sistemas Jurídicos comparados*, T. II, UNAM, México, 2006.
- , *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.
- , "Los límites y controles a la reforma constitucional", en RUBIO NÚÑEZ, Rafael, *Obras escogidas de Pedro De Vega García*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.
- , "Estatutos de Autonomía y la Reforma constitucional", en RUBIO NÚÑEZ, Rafael, *Obras escogidas de Pedro De Vega García*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.
- , "Mundialización y Derecho Constitucional", en RUBIO NÚÑEZ, Rafael, *Obras escogidas de Pedro De Vega García*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.
- , "Supuestos históricos. Bases sociales y principios políticos en el Derecho Constitucional, democrático", en *Anuario Jurídico, IX 1982, Memoria del II Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IJ-UNAM, México, 1982.

- , “Tendencias y problemas del constitucionalismo español actual” en RUBIO NÚÑEZ, Rafael, *Obras escogidas de Pedro De Vega García*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe, “Costituzione”, en BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N. (eds.): *Dizionario di política*, UTET, Turín, 1976.
- , *Derecho Constitucional Comparado*, Espasa Calpe, Madrid, 1983.
- , *Derecho constitucional comparado*, Trad. Claudia Herrera, UNAM, México, 2004.
- DEL CASTILLO VELASCO, José María, *Apuntamientos de derecho constitucional mexicano*, imprenta del Gobierno, México, 1871. Texto disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9336>
- DÍAZ RICCI, Sergio, *Teoría de la reforma constitucional*, UNAM, México, 2004.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Derecho Penal, P.G., Conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social*, Porrúa, México, 2008.
- DURKHEIM, Emile, *Las reglas del método sociológico*.
- FAVOREU, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994.
- FERRAJOLI, Luigi; *Principia Iuris, Teoría del derecho y la democracia. 1. Teoría del Derecho*, Trotta, España, 2011.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trotta, España, 2011.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano” en *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica 12*, 2ª ed., IJ-UNAM, México, 1998, pp. 25 y 47-54.
- , *Estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, 2ª ED., Porrúa, México, 2011.
- FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Porrúa, México.
- FRIEDRICH, Carl J., *Tendances du fédéralisme en théorie et en practice*, Institut belge de science politique, Bruselas, 1971
- FUERTES-PLANAS ALEIX, C., “Validez, obligatoriedad y eficacia del derecho en H. L. A. Hart”, en *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época. Vol. 8. 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La Constitución como norma jurídica”, en Predieri, A., y García de Enterría, E. (dirs.), *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, 2da. ed., Madrid, 1981.
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica 2. La Constitución guatemalteca de 1985*, UNAM, México, 1992.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, “Constitución y Derecho Constitucional (Evolución y crisis de ambos conceptos)”, en *Revista de estudios políticos*, núm. 37-38, 1948, España, pp. 53-124.
- GÓMEZ ORFANEL, Germán, “Carl Schmitt en los noventa”, en *Revista de Libros*, segunda época, n° 19-20, julio-agosto, 1998. Disponible en: <https://www.revistadelibros.com/articulos/carl-schmitt-en-los-noventa>
- , “Noción del Derecho Constitucional”, en *Revista Estado & Direito*, n° 3, I semestre, 1984.
- GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Barcelona, 1980.
- GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan, “La Constitución y su Reforma”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, España, 1986.
- GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan, et all (Comps.), *Autonomía y partidos políticos*, Tecnos, Madrid, 1984.

- GUASTINI, Ricardo, “Rigidez constitucional y límites a la Reforma en el ordenamiento Italiano”, en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho Universidad Iberoamericana*, N° 30, 2000, IIJ-UNAM, México.
- , “Sobre el concepto de Constitución, en *Cuestiones constitucionales, Revista mexicana de Derecho constitucional*, núm. 1, 1999, IIJ-UNAM, México.
- , *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta/IIJ-UNAM, España, 2010.
- , “La interpretación: objeto, conceptos y teorías”, en VÁSQUEZ, Rodolfo (Comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México, 2008.
- HAMILTON A., MADISON J. y JAY J., *The Federalist*, 4ta ed., ed. de Benjamin Fletcher Wright, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1974.
- , *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1957.
- HARRINGTON, James, *The Commonwealth of Oceana y A System of Politics*, ed. de POCOCK J. G. A., Cambridge, 1992.
- HART, H.L.A., *El concepto del Derecho*, Trad., Genaro R. Carrió, 2ª ed., Edit. Nacional, México, 1980.
- HAURIOU, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Comares, Granada, 2013.
- HEBARMAS, Jürgen, *Teoría de la Acción Comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Taurus, España, 1998.
- HEGEL, G. W. F., *Fenomenología del Espíritu*, Trad. Wenceslao Roces, FCE, México, 1996.
- , *Filosofía del Derecho*, Introducción de Carl Marx, Claridad, Buenos Aires, 1968.
- , *Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*, Biblioteca Nueva, España, 2020.
- HELLER, Hermann, *La Soberanía. Contribución a la teoría del Derecho estatal y del Derecho internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- , *La Soberanía. Contribución a la teoría del Derecho estatal y del Derecho internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 2005.
- , *Teoría del Estado*, Trad. Luis Tobío, Fondo de Cultura Económica, México, 1983.
- , *Teoría del Estado*, Trad. Luis Tobío, Fondo de Cultura Económica, México, 2017.
- HESSE, Konrad, “Concepto y cualidad de la Constitución”, en *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo/ Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2012.
- , “La fuerza normativa de la Constitución”, en *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo/ Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2012.
- , “Límites de la Mutación Constitucional”, en *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo/ Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2012.
- HINTZE, Otto, *Historia de las formas políticas*, Madrid, 1968.
- HOBBS, Thomas, *El Leviatán*, Fondo de Cultura Económica, México, 2014.
- , *El Leviatán*, Trad. Antonio Escohotado, Editorial Nacional, Madrid, 1980.
- , *The Elements of Natural Law and Politics*, 1640.
- HORKHEIMER, M., “Teoría tradicional y teoría crítica”, en *Teoría Crítica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1974.
- HORKHEIMER, M. y ADORNO, Th. *Dialéctica del Iluminismo*, Buenos Aires, Sudamericana, 1969.

- JAKOBS, Günther, “¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que Protege?, Contradicción de Bienes Jurídicos y Protección de la vigencia de la Norma”, en *El Pensamiento Filosófico y Jurídico-Penal de Günther Jakobs*, Flores Editores, México, 2007.
- , *Derecho Penal*, P.G., Fundamentos y Teoría de la Imputación, 2ª ed., Edit. Marcial Pons, España, 1997.
- , *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Trad. Cancio Meliá, Edit. Civitas, España, 1996
- , *La Imputación Penal de la Acción y de la Omisión*. Trad. Javier Sánchez-Vera, Edit. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1996.
- , *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional*, Trad. Cancio Meliá y Feijóo Sánchez, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1996.
- , *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional*, Trad. Cancio Meliá y Feijóo Sánchez, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1996.
- JEFFERSON, Thomas, “Summary View of the Right of British America” (1774), en *The Papers of Thomas Jefferson I*, ed. de J. Boyd, Princeton-New York, 1950-1992.
- JELLINEK, Georg, *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Editora Nacional, España, 1984.
- , *Reforma y mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2018.
- , *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.
- , *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- , *Teoría General del Estado*, Edit. Albatros, Buenos Aires, 1981.
- JENNINGS, I., *El régimen político de la Gran Bretaña*, Madrid, 1961.
- JOLY, Maurice, *Diálogos en el infierno entre Maquiavelo y Montesquieu*, Muchnik Editores-Colofón, México, 2016.
- KÄGI, Werner, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*, Dykinson, Madrid, 2005.
- KANT, Immanuel, *Antropología*, trad. José Gaos, 2 da. Ed., Alianza, Madrid, 2015.
- , *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, España, 2008.
- KELSEN, Hans, *Il problema della sovranità e la Teoria del Diritto Internazionale. Contributo per una doctrina pura del Diritto* (1927), Giuffrè, Milán, 1989, pp. IV-V.
- , *Teoría General del Estado*, 5ta ed., Ediciones Coyoacán, México 2015.
- , *Teoría General del Estado*, Trad. Luis Legaz Lacambra, 10ª ed., Editora Nacional, España, 1979.
- LABOULAYE, Édouard, *Questions constitutionnelles*, París, 1872, p. 381.
- LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Ariel, Barcelona, 1984.
- LOCKE, John, Dos ensayos sobre el Gobierno civil, Colección Austral, Espasa-
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel Derecho, España, 2018.
- LOMBARDI, G., *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milán, 1967.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, “El Título I del Anteproyecto Constitucional. La fórmula política de la Constitución”, *Estudios sobre el Proyecto de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978.
- , “La Constitución como orden jurídico fundamental del Estado”, en *Curso de Derecho Político*. Vol. II, *La crisis de la Teoría del Estado en la actualidad. Federalismo y Estado Federal. La Teoría de la Constitución en el marco del Derecho Político*, 2.ª ed. rev., Madrid, 1977.

- , “Reflexiones sobre el significado actual de la Constitución”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, 1958.
- , “Tener y estar en Constitución”, en *Revista de Derecho Político*, n.º 75-76 (2009).
- , “Teoría jurídica de los cambios de la Constitución” en *Curso de Derecho Político*. Vol. II, *La crisis de la Teoría del Estado en la actualidad. Federalismo y Estado Federal. La Teoría de la Constitución en el marco del Derecho Político*, 2.ª ed. rev., Madrid, 1977.
- , “Títulos preliminar y primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 2, 1979, Madrid.
- , *Curso de Derecho Político*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1981.
- , *Curso de Derecho Político*, vol. IV, Tecnos, España, 1984.
- , *La Constitución abierta y sus enemigos*, Universidad Complutense de Madrid y Ediciones Beramar S. A., Madrid, 1993.
- , *Prontuario de Derecho Constitucional*, Comares, Granada, 1996.
- , *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*, Dykinson, Madrid, 1997.
- MAQUIAVELO, Nicolas de, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, 3 era. Ed., Alianza, Madrid, 2015.
- , *El príncipe*, Porrúa, México, 1970.
- , *Obras políticas*, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1971.
- MARBURY, William L., “The Limitations upon the amending power”, en *Harvard Law Review*, 1919, Vol. 33, No. 2. Texto consultable en: <https://www.jstor.org/stable/pdf/1327162.pdf>
- MARCUSE, Herbert, *El hombre unidimensional*, México, Joaquín Mortiz, 1968.
- , *Eros y civilización*, México, Joaquín Mortiz, 1965.
- MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio, “El ejecutivo y su gabinete”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. II, núm. 6, UNAM, México.
- MARTÍNEZ PINEDA, Ángel, *Política y Derecho*, Porrúa, México, 2001.
- MCILWAIN, Charles Howard, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991.
- MICELI, Vincenzo, *Principii fondamentali di diritto costituzionale generale*, 2da. Ed., Società Editrice, Milano, 1913.
- MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 2da. Ed., B. de F., Bueno Aires, 2003, p. 53.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, “Funcionalismo y Normativismo Penal. Una Introducción a la obra de Günther Jakobs”, en *El Pensamiento Filosófico y Jurídico-Penal de Günther Jakobs*, Flores Editores, México, 2007.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, “De l’esprit des lois”, *Oeuvres Complètes*, París, Gallimard, 1949, T. II, pp. 396 y 397.
- MORODO, R., “Constitución, legalidad, legitimidad”, *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca*, núm. 26, 1963, España.
- MORTATI, Costantino, “Appunti sul problema della fonte del potere Costituente”, en *Raccolta di scritti*, Vol. I., Giufrè, Milán, 1972.
- , “Costituzione dello Stato”, en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, vol. XI. 1962.
- , *La Constitución en Sentido Material*, trad. Almudena Bergareche Gros, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- NEUMANN, Franz, *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983.

- , *El estado democrático y el Estado autoritario*, Paidós, Buenos Aires, 1968.
- NERIA GOVEA, Miguel de J., “El Poder Constituyente Permanente en México y el problema de los límites de la Reforma Constitucional”, en *Revista Estudios Constitucionales*, año 16, N° 1, 2018, Chile.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Poder constituyente, reforma de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad” en *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 36, 2017, IJJ-UNAM, México.
- , “Poder constituyente, reforma de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad”, en *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 36, UNAM, México, 2017.
- OLLERO, C., “El Derecho Político como Ciencia Política”, en *Revista de la Universidad de Madrid*, núm. 7, 1953, España.
- OSTROGORSKI, Moisés, *La démocratie et les partis politiques*, Edit. Calmann-Levy, París, 1902; *La democracia y los partidos políticos*, Edit. Trotta, España, 2008.
- PAINE, Thomas, “Rights on Man I-II” (1791-1792), en *Íd. Rights of Man, Common Sense and Other Political Writings*, Oxford, 1995. Igualmente, consultable en
- PAUL LABAND: «Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung», publicado en el *Jahrbuch der Gehe-Stitung zu Dresden*, 1895.
- PÉREZ ROYO, Javier, “La reforma de la Constitución”, en *Revista de Derecho Político*, N° 22, 1986, España.
- , *La reforma constitucional inviable*, Catarata, España, 2015.
- POCOCK, J. G. A., *La Ancient Constitution y el Derecho feudal*, Tecnos, Madrid, 2011.
- POLAINO ORTS, Miguel, *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho Penal. Expectativas Normativas, Intervención Delictiva, Derecho Penal del Enemigo*, Flores editores, México, 2015.
- POLLOCK, Friedrich, “Capitalismo di stato: possibilità e limiti”, en POLLOCK, Friedrich, *Teoria e prassi dell'economia di piano. Antologia degli scritti 1928-1941*, De Donato, Italia, 1973
- , “Il nazionalsocialismo è un ordine nuovo?”, en MARRAMAIO, Giacomo (Comp.), en *Tecnologia e potere nelle società post-liberali*, Liguori, Nápoles, 1981.
- QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás de la, “El Estado Autonómico y la reforma del artículo 135 de la Constitución”, en VI Foro de la Autonomía, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Barcelona.
- QUINTERO, María Eloísa, “Acción Social, Comunicación e Injusto Penal, en *Comunicación e Injusto Penal*, Ara Editores, Perú, 2010.
- , *Sistema de derechos humanos y sistema penal. Víctima, reparación del daño y trata transnacional*, INACIPE, México, 2014.
- RABASA, Emilio, *La Constitución y la Dictadura. Estudio sobre la organización política de México*, Tipografía de *Revista de Revistas*, México, 1912. Texto consultable en: <https://sas-space.sas.ac.uk/6971/1656/A00794.pdf>
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, *Las Normas preconstitucionales. Y el mito del Poder Constituyente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- RHI SAUSI GARAVITO, María José y BECERRIL HERNÁNDEZ, Carlos de Jesús, “Amparo y pena de muerte en México, 1869-1910”, en *Revista Historia y Justicia*, 02 de 2014, Chile.
- RIVERA SANTIVANÉZ, José Antonio, “La interpretación constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.), *Interpretación Constitucional*, t. II, Porrúa, México, 2005.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El Contrato Social*, Boek, México.

- , *Tomo I. Discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen y los fundamentos. De la desigualdad entre los hombres. El Contrato Social*, Gredos, Barcelona, 2005.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal, P.G., T. I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Traducción de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, *et al*, Edit. Civitas, España, 1997.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “La Constitución como fuente del Derecho”, en la obra colectiva *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I., IEF, Madrid, 1979.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, “Algunas cuestiones sobre el régimen constitucional de los estatutos de autonomía naturaleza jurídica y peculiaridades de la norma institucional básica de las comunidades autónomas. Especial consideración a su carácter consensual”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 5, 2001, España.
- “Constitución y Poder Constituyente”, en VALADÉS, Diego y ASTUDILLO, Cesar (Coords.), *Tratado de Derecho Constitucional. I. Teoría de la Constitución*; de próxima publicación.
- , “Entrevistas. Javier Ruipérez Alamillo”, en PALOMINO MANCHEGO, José F. (coord.), *El preámbulo constitucional dialogado*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2018.
- , “Estudio Preliminar: Estática y dinámica constitucionales en la España de 1978. Especial referencia a la problemática de los límites a los cambios constitucionales”, en ROURA, Santiago y TAJADURA TEJADA, Javier (Dir.), *La reforma constitucional*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.
- , “La constitución y su estudio. Un episodio en la forja del derecho constitucional europeo: método jurídico y régimen político en la llamada teoría constitucional de Weimar”, en LEÓN BASTOS, Carolina y WONG MERAZ, Víctor Alejandro, *Teoría de la Constitución. Estudios jurídicos en homenaje al Doctor Jorge Carpizo en Madrid*, Porrúa, México, 2010.
- , “Montesquieu en el Estado de partidos”, en LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, *Poderes tradicionales y órganos constitucionales autónomos*, IJ-UNAM, México, 2020.
- , “Principio democrático y federalismo. El poder constituyente como único soberano posible en el estado políticamente descentralizado”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 03, 1999, España.
- , “Reforma constitucional y fuerza normativa de la constitución”, en PENDÁS, Benigno (Dir.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas III*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.
- , “Sobre la naturaleza del Estado de las Autonomías”, en *Revista de estudios políticos*, N° 81, 1993, España.
- , *En torno a la reforma constitucional y la fuerza normativa de la Constitución. Consideraciones sobre la vigencia del texto de 27 de diciembre de 1978 en su 40 aniversario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- , *Entre el federalismo y el confederalismo. Dificultades y problemas para la formulación de una teoría constitucional del Estado de las Autonomías*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2010;
- , *Reforma versus Revolución. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución sobre los límites materiales a la revisión constitucional*, Porrúa, México, 2014.

- , *El Constitucionalismo Democrático en los tiempos de la globalización, reflexiones rousseauianas en defensa del Estado Constitucional democrático y social*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, “Sobre el concepto de Constitución”, en FABRA ZAMORA, Jorge Luis y SPECTOR, Ezequiel (coords.), *Enciclopedia de filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3, UNAM, México, 2015.
- SALVADOR MARTÍNEZ, María, “Los límites a la apertura del sistema autonómico en el informe sobre la reforma de la constitución”, en *Teoría y realidad constitucional*, número 18, pp. 487-499, UNED, pp. 487-499.
- SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria, “Mutación Constitucional y Fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 2020.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *El constitucionalismo*, Argentina S.R.L, Buenos Aires, 1957, p. 487.
- , *El Poder Constituyente*, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1957.
- , *Los derechos del hombre en la Revolución francesa*, México, UNAM, 1956.
- SCHMITT, C.; Kelsen, H., *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 2009.
- SCHMITT, Carl, *Teólogo de la Política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- , *Teoría de la Constitución*, Edit. Alianza, Madrid, 2017.
- SCHNEIDER, H.-P., “Constitución y método. Interpretación constitucional desde el punto de vista teórico”, en *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios constitucionales.
- SERNA DE LA GARZA, José María, *El sistema federal mexicano: trayectoria y características*, Secretaría de Gobernación, Secretaría de Cultura, INEHRM y IIJ-UNAM, México, 2016.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph, “Opinión de Sieyès sobre varios artículos de los títulos IV y V del proyecto de constitución”, en David Pantoja Morán (Comp.), *Escritos políticos de Sieyès*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- , *¿Qué es el Tercer Estado?*, 3 era. Ed., trad. José Rico Godoy, UNAM, México, 1989.
- SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, Trad. José M. Beneyto Pérez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- STONER, James R., *Common Law and Liberal Theory: Coke, Hobbes, and the Origins of American Constitutionalism*, Lawrence, Kansas, 1992.
- SUMMERS, Robert S., *La Naturaleza Formal del Derecho*, Fontamara, México, 2001.
- TAJADURA TEJADA, Javier, *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un Estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*, Marcial Pons-Fundación Manuel Giménez Abad, Madrid, 2018.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, “Competencia del poder revisor de la Constitución”, en FLORES MENDOZA, Imer Benjamín (Ed.), *Doctrina Constitucional Mexicana*, Senado de la República-Secretaría de Cultura-INEHRM-UNAM-IIJ, 2016.
- , “Las facultades extraordinarias en el Derecho mexicano. Suspensión de garantías y legislación de emergencia”, en *Concepto general del estado de sitio. Las facultades extraordinarias en el Derecho mexicano*, México, IIJ UNAM, 2006.
- , *Derecho Constitucional Mexicano*, 16ta ed., Porrúa, México, 1978.
- , *Derecho Constitucional Mexicano*, Trigésima Séptima Edición, Porrúa, México, 2005.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América I*, Edit. Alianza, Madrid, 2014.
- VALADÉS, Diego, *El control del poder*, UNAM-EDIAR, Argentina, 2005.

- VANOSSI, Jorge Reinaldo, *Teoría Constitucional*, T. I, Depalma, Buenos Aires, 1975.
- VEDEL, George, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Recueil Sirey, París, 1949.
- VEGA GARCÍA, PEDRO de, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 2000.
- VIDAL BELTRÁN, José María y GARCÍA HERRERA, Miguel (Coords), *El Estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, Vol. I, COLEX, Madrid.
- VILLACORTA MICHELENA, Alberto, *Los límites de la Reforma Constitucional*, Perú, 2003.
- VOLTAIRE, *Tomo I. Obras completas. Cartas filosóficas. Diccionario filosófico. Memorias*, Gredos, España, 2014.
- WILLIAMS, Robert F. y TARR, G. Alan G., “Subnational Constitutional Space: A View from the States, Provinces, Regions, Länder, and Cantons”, en TARR, G. Alan, WILLIAMS, Robert F., y MARKO, Josef (eds.), *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights*, Westport, London.
- WONG MERAZ, Víctor Alejandro, *Constitución mexicana. Reforma y Mutación*, Porrúa, México, 2010.
- WORMUTH, Francis, *The Origins of the Modern Constitution*, Harper and Brothers, New York, 1949.
- ZAGREBELSKY, Gustavo y MARCENÓ, Valeria, *Giustizia costituzionale I, Storia, principi, interpretazioni*, Il Mulino, Italia, 1988.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Historia y Constitución*, Trotta, España, 2005.
- , *Il sistema costituzionale delle fonti del Diritto*, Turín, 1984.
- , *La Giustizia Costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1977.