



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y AMPARO

**“JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y REFORMA
CONSTITUCIONAL: HACIA UNA PROPUESTA DE
LÍMITES IMPLÍCITOS NORMATIVOS”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

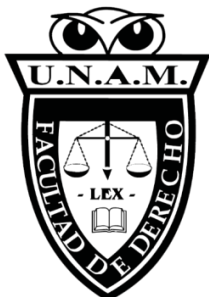
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

CARLOS ERNESTO ALONSO BELTRÁN

DIRECTOR DE TESIS:

DR. PEDRO SALAZAR UGARTE



CIUDAD UNIVERSITARIA, CIUDAD DE MÉXICO, 2022.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
OFICIO FDER/SDC/032/2022
ASUNTO: Aprobación de tesis

M. EN C. IVONNE RAMÍREZ WENCE
DIRECTORA GENERAL DE ADMINISTRACIÓN ESCOLAR
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
Presente

Por este conducto le informo que CARLOS ERNESTO ALONSO BELTRÁN, con número de cuenta 310012443, concluyó la tesis intitulada "JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y REFORMA CONSTITUCIONAL: HACIA UNA PROPUESTA DE LÍMITES IMPLÍCITOS NORMATIVOS", bajo la asesoría del DR. PEDRO SALAZAR UGARTE. Este trabajo de investigación demuestra la capacidad de su autor para aplicar los conocimientos adquiridos durante la Licenciatura en Derecho y cumple con los requisitos establecidos en la normativa universitaria, por lo que en términos de lo establecido en los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 del Reglamento General de Exámenes y con fundamento en el artículo 10 del Reglamento para el Funcionamiento de los Seminarios de la Facultad de Derecho, se aprueba este trabajo de investigación para su presentación al jurado respectivo.

La persona interesada deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquel en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad.

Atentamente
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria, Cd. Mx., a 23 de agosto de 2022

EL DIRECTOR DEL SEMINARIO



DR. RODRIGO BRITO MELGÁREJO



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

Dr. Rodrigo Brito Melgarejo

Director del Seminario de Derecho Constitucional
De la Facultad de Derecho de la UNAM
P r e s e n t e

Estimado Dr. Rodrigo Brito:

Como asesor de la tesis del alumno **Carlos Ernesto Alonso Beltrán**, con número de cuenta **310012443**, quien pretende obtener el grado de Licenciado en Derecho mediante la modalidad de *Tesis y Examen Profesional*, someto a su consideración lo siguiente:

El alumno bajo mi asesoría ha concluido satisfactoriamente el proceso de investigación y redacción de la tesis intitulada "JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y REFORMA CONSTITUCIONAL: HACIA UNA PROPUESTA DE LÍMITES IMPLÍCITOS NORMATIVOS", por lo que, de no haber inconveniente, someto a su consideración la posibilidad de dar por concluido el proceso de elaboración de tesis, para continuar con el trámite correspondiente para la formulación del examen profesional.

Sin más por el momento, le agradezco de antemano las atenciones y le envío un respetuoso saludo.

Atentamente

"POR MI RAZA HABALRÁ EL ESPÍRITU"

Ciudad Universitaria, Cd. Mx. 26 de julio de 2022

El Director

Dr. Pedro Salazar Ugarte

*“Si una autoridad es concedida con ciertos límites, el que la
recibe no es rey, sino súbdito del que la concede”*

–Thomas Hobbes

Agradecimientos

La escritura, me parece, entraña una suerte de ironía a veces inadvertida. Pues, a la vez que se trata de uno de los actos más individuales que conozco —al que se le dedica un soliloquio que podría alcanzar las veces de ritual—, al mismo tiempo es una de las actividades que requiere del mayor número de personas para su realización. Ya que no hay escritura que comience en uno mismo, ni palabra que no nos anteceda. Así como no hay texto que no haya sido discutido, compartido, inspirado o releído por un alguien más que quien asume la misión de plasmarlo en el papel. Siendo así, agradecer no es una simple cortesía, sino un reconocimiento para todas aquellas personas por las que estas palabras han sido posibles. Así bien, muchas gracias:

A Martha y Ángel, mi madre y mi padre. Por ser la fuerza que me sostiene, la voz que me guía y el corazón que me ama.

A Angélica. Por obsequiarme el infinito cariño que solo existe en la hermandad.

A Lorraine, por tu complicidad, amor y compañía.

A Max y Jonatan. Por sumar las piezas que construyen esta familia.

A Luis (†) y Adela, el rostro más alegre que jamás he mirado y el amor, tiempo y templanza hechos mujer.

A Pedro, Ana, Lupe y ¡compañía!

A las personas que tengo la dicha de llamar amigas y amigos. Por permitirme aprender de ustedes y regalarme su tiempo, guía, palabras y amistad. Ya sea en equipos, pasillos, salones u oficinas.

A mis profesoras y profesores, sea en la clase; sea en la vida.

A Pedro Salazar, mi maestro. De quien espero ser, honrado, un discípulo.

Contenido

Introducción.....	1
I. La Constitución	11
I. 1. La constitución antigua	11
I. 1. 1. La <i>politeia</i> griega	11
I. 1. 2. La república romana.....	13
I. 1. 2. 1. Constitución como ley del <i>populus</i>	15
I. 2. La constitución moderna	17
I. 2. 1. Los individuos dotados de una serie de derechos naturales o inherentes.....	18
I. 2. 2. El Estado como una creación racional derivada del consenso de los individuos. ...	24
I. 2. 2. 1. Los <i>pactum societatis</i> y <i>pactum subiectionis</i>	28
I. 2. 3. La limitación del poder.	32
I. 2. 3. 1. Derechos como límite al poder.	33
I. 2. 3. 2. La división de poderes.....	35
I. 3. La Constitución como norma.....	40
I. 3. 1. Condiciones de la Constitución como norma.....	44
I. 3. 1. 1. Constitución escrita	45
I. 3. 1. 2. Rigidez constitucional	46
I. 3. 1. 3. Supremacía constitucional.....	47
II. La justicia constitucional	50
II. 1. Aclaración conceptual.....	50
II. 2. Antecedentes	51
II. 2. 1. La supremacía del <i>common law</i> inglés.....	51
II. 2. 2. Las trece colonias y el control de las <i>Plantation Covenant</i>	54
II. 2. 3. Estados Unidos y la supremacía constitucional.....	55
II. 3. La sentencia <i>Marbury v. Madison</i> y la <i>judicial review</i>.....	58
II. 4. La justicia constitucional como garantía de la Constitución	62
II. 5. Justicia constitucional y la aplicación de la Constitución normativa.....	66
II. 6. Dos modelos de tribunal	68
II. 6. 1. El modelo europeo	68
II. 6. 2. El modelo americano.....	70
III. Reforma constitucional y límites a la reforma constitucional.....	73
III. 1. Poder constituyente y poder de reforma.....	73

III. 1. 1. Poder constituyente y poderes constituidos	73
III. 1. 2. Poder de reforma constitucional	75
III. 1. 3. El poder de reforma constitucional como un poder constituido.....	77
III. 2. Límites a la reforma constitucional	81
III. 2. 1. Límites explícitos.	81
III. 2. 2. Límites implícitos.....	84
III. 2. 2. 1. Límites implícitos formales	85
III. 2. 2. 2. Límites implícitos materiales	87
IV. Hacia una propuesta de límites implícitos normativos.....	94
IV. 1. El garantismo	94
IV. 1. 1. Génesis de un concepto.....	94
IV. 1. 2. Garantismo como constitucionalismo jurídico	95
IV. 1. 3. Garantismo como un modelo de derecho o sistema jurídico	96
IV. 1. 3. 1. Un modelo normativo del Estado de derecho	96
IV. 1. 3. 2. Derechos y garantías	98
IV. 1. 4. Garantismo como una teoría jurídica.....	102
IV. 1. 4. 1. Una teoría jurídica del iuspositivismo metodológico	102
IV. 1. 4. 2. Vigencia y validez.....	105
IV. 2. El control del poder constituyente como poder constituido	110
IV. 3. Las garantías primarias como límites implícitos normativos.....	112
IV. 4. La justicia constitucional como garantía secundaria de los límites implícitos normativos.....	116
Conclusiones	118
Bibliografía	128

Introducción

I.

Es ya muy conocida la afirmación realizada por Norberto Bobbio,¹ con la que nos dice que el poder y el derecho son dos caras de la misma moneda. Por un lado, el poder político, es decir, la capacidad de imponer la voluntad, incluso por medio de la fuerza, se vale del derecho como su principal vía de acción. Con esto, la primera cara de la moneda nos conduce a que el derecho es producto del poder y necesita de éste para ser obedecido. El derecho que no es emitido por aquel que tiene la fuerza para obligar a su cumplimiento, no es más que una sugerencia o promesa de buena voluntad.

Por otro lado, a la vez que el derecho es producto del poder y necesita de éste para ser reconocido como tal, la segunda cara de la moneda nos dice que el poder político necesita del derecho para obtener su legitimidad. Ahora, el derecho ya no es el producto del poder, sino aquello que lo distingue y justifica. Sin el derecho, cualquier poder político no es más que fuerza y violencia. Nada distinguiría a tal poder de aquel otro actor que con igual fuerza o mayor violencia pretenda ser ejercido. Así, para que el poder político se distinga de cualquier acto de violencia y, a su vez, sea percibido legítimamente como poder con autoridad de gobernar, requiere de un derecho que así lo reconozca.

Dicho todo esto, entendemos que el derecho requiere del poder para ser obedecido, pero el poder requiere del derecho para ser legitimado. Dentro de la teoría política, las propuestas contractualistas han sintetizado dicha dicotomía a través del pacto social. Esto es, que el Estado se instituye como el poder que detenta el monopolio de la violencia y, tal violencia, está legitimada en tanto que los individuos así han reconocido a dicho poder. Por su parte, en la teoría jurídica –más específicamente en la teoría constitucional– las constituciones representan aquel acuerdo fundamental por medio del cual las órdenes de cualquier autoridad se encuentran justificadas y, en ese sentido, deben ser obedecidas.

Con esto, las constituciones no solo sintetizan esta dicotomía entre poder y derecho, sino que cierran, hasta cierto punto, el debate entre el gobierno de los hombres² y el gobierno de

¹ Cfr. Norberto, *Teoría general de la política*, Trotta, España, 2005, pp. 253-278.

² Vale precisar que, al referirme al “gobierno de los hombres”, hago uso de la noción clásica sobre las distintas formas de gobierno Véase Bobbio, Norberto, “¿El gobierno de las leyes o el gobierno de los

las leyes. Es decir, el poder político deja de ser una voluntad libre a cualquier discrecionalidad, capaz de imponerse por decisión propia. Ahora, su justificación y obediencia no se condicionan a la cantidad de violencia que sea capaz de ejercer, sino a que su actuación se realice a partir y por medio de las reglas que la Constitución, como acuerdo fundamental, ha establecido.

Asimismo, las Constituciones no se limitaron al establecimiento de las competencias estatales, esto es, al “quién” y “cómo” gobierna, sino que en su texto reconocieron que los individuos, por los que se funda cualquier poder político, gozan de una serie de derechos inherentes e independientes de cualquier Estado. Al introducir tales derechos al texto constitucional, las reglas del derecho incluyen tanto el “quién” y el “cómo” de las decisiones políticas y, al mismo tiempo, el “qué” de las mismas. Es decir, el contenido de tales decisiones: aquello que es posible, o no, decidir. Dicho de otra manera, la incorporación de los derechos al texto constitucional, delimita hasta qué punto es legítimo que la acción estatal sea ejercida o en qué punto deja de serlo para regresar a ser violencia pura.

Aunque, como dijimos, la Constitución como norma fundamental representa una superación del gobierno de los hombres, desde los primeros ejercicios constituyentes del siglo XVIII, al establecimiento de una Constitución le vino acompañada la posibilidad de modificarla. Es decir, desde los procesos de Estados Unidos y Francia, sus redactores fueron conscientes de la importancia de someter a cualquier autoridad del Estado a las reglas del derecho, pero al mismo tiempo previeron la posibilidad de que aquella norma fuera capaz de ajustarse a las exigencias y paso del tiempo. Con ello, las Constituciones incorporaron mecanismos por medio de los cuales reformar su texto, pero tal reforma solo sería posible por medio de un procedimiento especial, distinto al de la legislación común y ejercido por un actor distinto al simple parlamento.

hombres?”, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, pp. 120-136. Bien, tampoco omito mencionar que la noción correcta, de acuerdo a un uso neutro del lenguaje, sería “gobierno de las personas”, a fin de no perpetuar una exclusión de las mujeres y demás identidades no binarias, con respecto de las posiciones de poder político. Véase Mercedes Gómez, María, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, en Motta, Cristina y Cabal, Luisa (Comp.), *Más allá del derecho: justicia y género en América Latina*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, CESO, Bogotá, 2005.

Con lo anterior, la dicotomía entre poder y derecho por un lado, y gobierno de las leyes y gobierno de los hombres por el otro, adquirió un renovado impulso. Pues, si la Constitución puede ser reformada a voluntad, ¿en verdad es la Constitución la ley máxima de un Estado? o, como lo dirá en su momento Carl Schmitt, ¿en realidad las comunidades tienen siempre la facultad soberana de modificar la Constitución? De ser el caso, más que el gobierno de las leyes, es el gobierno de los hombres, y su expresión por medio de las decisiones políticas, aquel que rigen el Estado. O bien, si no es así, entonces todas las autoridades de un Estado, sin importar su rango o función, deben estar sometidas a la Constitución. La cual permite su reforma solo en ciertos aspectos o por medio de determinados procedimientos. De acuerdo con este segundo enfoque, resulta posible que el actor capaz de reformar una Constitución se encuentre limitado, pues no es el gobierno de los hombres, sino el de las leyes el que gobierna una nación.

Por último, si nos colocamos dentro de la primera de las dos opciones antes enlistadas, la reforma de una Constitución es un acto que compete únicamente al poder, es decir, el poder modifica la ley a voluntad sin que exista la posibilidad de supervisar tal actuación. Es un acto exclusivo del gobierno de los hombres. Pero, por otro lado, si pensamos en que la Constitución es la expresión del gobierno de las leyes, a la que toda autoridad estatal debe someterse, entonces la reforma a una Constitución no solo es un acto limitado, sino también revisable por aquel poder facultado para verificar la conformidad de cualquier actuación estatal con respecto de la Constitución.

Dicho lo anterior, consideramos que las discusiones en torno al gobierno de los hombres y el gobierno de las leyes, así como las que corresponden a la limitación del poder, son debates que subyacen a cada una de las líneas plasmadas en el presente trabajo. Debates, que sin ser nombrados de forma explícita, pueden ser advertidos a lo largo de cada uno de los capítulos que constituyen nuestra argumentación. Desde este momento es necesario advertir que, en este trabajo, no se encontrará una respuesta que pretenda resolver el problema que las y los estudiosos del derecho y la política han debatido durante años. Por el contrario, lo que nuestro trabajo tiene por intención es abonar a una más de las aristas en las que estos debates se encuentran en tensión. Esto es, el problema de las reformas constitucionales inconstitucionales.

II.

¿Puede una reforma constitucional ser inconstitucional? Esta pregunta, que no es del todo nueva, ha recorrido el debate constitucional a lo largo de los años. Si bien, es un acuerdo casi generalizado que las Constituciones representan uno de los éxitos más grandes del pensamiento moderno, pues a partir de ellas se ha hecho posible la garantía de los derechos fundamentales por medio de la sujeción del poder estatal a las reglas del derecho, también es cierto que, los procesos de reforma constitucional son una facultad democrática que deriva del derecho de cada sociedad a gobernarse.

Al respecto, es necesario remitirnos al estudio realizado por el profesor alemán, Otto Bachof,³ quien en la conferencia inaugural dictada en la Universidad de Heidelberg, Alemania, en 1951, hizo referencia a que determinadas normas constitucionales podrían ser declaradas inconstitucionales. Para ello, el profesor Bachof partía de una premisa con la cual coincidimos: para que una norma constitucional sea inconstitucional, la Constitución como tal debe ser considerada una norma jurídica. Aunque la precisión podría resultar banal, no lo es. Si la Constitución se concibe exclusivamente como un acuerdo político o una expresión social, el terreno sobre el que se disputa la posibilidad de incluir, o no, un determinado contenido en la Constitución es exclusivamente el del poder. Por otro lado, si la Constitución es considerada una norma jurídica, el debate debe ser a partir de los derechos y obligaciones que se desprenden de las normas y su interpretación.

Una vez dicho esto, el profesor Bachof considera que la Constitución, entendida como el parámetro de referencia a partir del cual se evalúa la constitucionalidad de una reforma, puede ser observada en dos sentidos: en sentido formal y sentido material. En el primero de estos, una Constitución es, en esencia, “una ley caracterizada por ciertos elementos formales —particularidades en su aprobación, su denominación y su reforma agravada—, o también la mayoría de aquellas leyes, y por consiguiente el contenido completo —que es,

³ Cfr. Bachof, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Álvarez Álvarez, Leonardo Trad., Palestra Editores, Perú, 2010.

con frecuencia, en mayor o en menor medida circunstancial— del texto constitucional”.⁴

Por otro lado, en sentido material, Bachof considera que una Constitución:

“alude, en general, al conjunto de normas que regulan la constitución, las funciones y las competencias de los órganos superiores del Estado, las estructuras básicas estatales y la posición de los ciudadanos en el seno del Estado. Si se define este concepto de Constitución no por su objeto, sino desde un punto de vista funcional, la Constitución en sentido material es ‘el sistema integrado por aquellas normas que forman parte esencial de la pretensión jurídico-positiva de determinar la función del pueblo en un orden integrador’”⁵

Con esto, el autor menciona, expresamente, que hay un contenido metapositivo que existe al margen del texto constitucional, el cual puede determinar y condicionar el contenido de las Constituciones. Si bien, Bachof trata de guardar distancia respecto de la calificación de este derecho como un derecho natural, lo cierto es que no logra trazar una línea clara que justifique de qué manera el derecho metapositivo –extralegal y asimilable al derecho natural– puede, de hecho, condicionar o limitar una reforma constitucional, sin hacer referencia a principios y valores que no atienden a un contenido jurídico.

En fechas más recientes, y en un plano de análisis del derecho comparado, autoras y autores como Rosalin Dixon,⁶ Sabrina Ragone⁷ y Gary Jeffrey⁸ han estudiado distintos casos en los que las Cortes Constitucionales han evaluado la posibilidad de revisar una reforma constitucional. De estos estudios ha resaltado un punto relevante: las Cortes parecen coincidir en la posibilidad y argumentos para revisar una reforma constitucional en su dimensión formal, pero no parece haber un acuerdo sobre la posibilidad de hacer una revisión material.

El problema es, que para revisar la constitucionalidad de una reforma constitucional en su dimensión material, las Cortes han tendido a utilizar argumentos de índole ideológica,

⁴ *Ibidem*, p. 58.

⁵ *Ídem*.

⁶ *Cfr.* Dixon, Rosalind y Landau, David, “Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 13, Issue 3, July 2015.

⁷ *Cfr.* Jacobsohn, G. J., *An unconstitutional constitution? A comparative perspective*, I·CON, Volume 4, Number 3, 2006.

⁸ *Cfr.* Ragone, Sabrina, *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, Brito Melgarejo, Rodrigo, Trad., Porrúa-IMDPC, México, 2012.

moral o extrajurídica, como es el caso de los “valores constitucionales” o la “identidad constitucional”. De esta manera, las justificaciones extrajurídicas generan poca aceptación de dichas decisiones o mayor controversia con respecto a los asuntos.

A partir de esto, resulta pertinente preguntarse si es posible realizar una propuesta teórica que permita evaluar el contenido material de una reforma constitucional, sin recurrir a justificaciones de contenido moral o extra jurídico. Para ello, nuestro trabajo propone el uso de la teoría jurídica del constitucionalismo garantista, para hacer una reinterpretación del concepto de límite implícito material, en un sentido normativo, a fin de evaluar una reforma a partir de los derechos y obligaciones que se desprenden de la propia Constitución.

III.

Una vez expuesto lo anterior, el presente trabajo se desarrollará en cuatro capítulos. El primero de ellos estará dedicado a un estudio conceptual de la Constitución desde sus orígenes remotos, correspondientes a la época griega, en el cual la constitución se equipara con el término politeia para, posteriormente, apreciar que la politeia, entendida como la forma de ser de la polis, transita hacia el periodo romano bajo el concepto de República. Es a partir de este concepto, que las primeras nociones romanas sobre un orden constitucional o constitutivo se llevan a cabo. Sin embargo, ya desde este periodo era posible advertir que para la cultura romana la relación entre constitución y ley guardaba una importancia especial.

Dentro de estos apartados será posible advertir que constitución, en cualquiera de los distintos vocablos utilizados en cada una de las épocas, corresponde con un carácter descriptivo y regulativo. Las sociedades son precedentes e independientes de su relación con un cierto tipo de normativa. Aquí, constitución como el ordenamiento de las magistraturas solo tiene un alcance organizativo, del que no se desprende el sustento o legitimación de la autoridad política.

En contra posición a esta noción, en el primer capítulo también nos avocaremos al estudio de los elementos teóricos sobre los que se sustenta la constitución moderna. De estos observaremos que, en el periodo moderno, se plantea un rompimiento con respecto al periodo premoderno, especialmente en cuanto al individualismo ontológico. Esto es la

concepción del individuo como anterior al Estado. Además, a partir de las teorías de Hobbes y Locke, se estudiará la manera en que al individualismo ontológico le acompaña una reformulación del derecho natural. Con lo cual se entiende que los derechos naturales de los individuos no dependen ni se desprenden de su pertenencia a determinada comunidad.

Con esto, pretendemos exhibir que, el pensamiento moderno elabora un argumento que parte de una contraposición entre el estado de naturaleza, como un escenario natural en que los individuos aislados se desarrollan sin ninguna autoridad superior; y el estado civil-político, como una organización artificial, que no ocurre por la acción natural, sino como una antítesis o negación al estado de naturaleza. De esta manera, el Estado no es una consecuencia natural, propia del género humano, sino una creación artificial, que sirve a las exigencias racionales de los individuos.

A partir de esto, pretendemos afirmar que el pensamiento moderno sienta las bases para la creación del estado limitado o Estado liberal. Tal limitación se observa a partir de dos características principales. La primera, implica una limitación material, que supone el reconocimiento de los derechos naturales como un espacio de libertad para el individuo, e impedido para el Estado; y la segunda, implica una limitación formal, con la cual, toda autoridad pública se encuentra sometida a las leyes generales del propio Estado.

Por último, a partir de los planteamientos teóricos expuestos con respecto a la constitución moderna, pretendemos justificar el entendimiento de la Constitución en su expresión normativa, correspondiente a la época posterior a las revoluciones burguesas. A partir de este acto, la constitución moderna deja de ser un postulado teórico, para edificarse como una realidad normativa. Con esto, la relación entre constitución y ley pasa a un siguiente nivel, pues el propio concepto de constitución deja de ser un sustantivo que describe la organización de un Estado, para ser ahora la ley fundamental de una nación

De esta manera, la limitación del poder político encuentra una justificación que va más allá de la tradición o las formas preestablecidas. Ahora, toda autoridad lo es, en tanto que así ha sido reconocida por la Constitución. De manera que, ya no se trata de un acuerdo por medio del cual un poder político decide la manera cómo gobernará a sus súbditos, sino que son los

súbditos quienes acuerdan la creación de un poder político, el cual actuará dentro de los límites por ellos establecidos.

Una vez abordado esto, en el segundo capítulo nos dedicaremos al estudio de la justicia constitucional. Para lo cual precisaremos que tal concepto, forzosamente, supone un sistema de medios procesales a través de los cuales se pueden resarcir las fallas o falencias derivadas de los medios no jurisdiccionales. Así, la justicia constitucional supone una garantía que se activa ante las infracciones, ya sea legales o materiales, que transgreden al texto constitucional. Es decir, responden a una lógica jurisdiccional de corrección del poder.

A partir de una recapitulación histórica, expondremos las distintas etapas en las que la noción de una supremacía legal-constitucional, actúan como un parámetro de validez para la emisión de normas o la realización de ciertos actos del Estado. Iniciando por el *common law* inglés, pasando por el control de las *Plantation Covenant* de las Trece Colonias, hasta la emblemática sentencia de *Marbury v. Madison*, pretendemos reconstruir los argumentos que llevaron hasta el establecimiento del control de la regularidad constitucional, a partir de los principios de supremacía constitucional y el control jurisdiccional encargado a las juezas y jueces.

Con esto, en el segundo capítulo también será posible observar que la función de la justicia constitucional se delineó para afirmar la idea de que era, no solo factible, sino también necesario que un órgano se encargara de verificar el sometimiento de las leyes y los poderes a la Constitución. Es decir, frente al dogma de la soberanía del parlamento y de la ley, era imprescindible un órgano que pudiera controlarlo. De esta manera, las promesas y aspiraciones enmarcadas dentro de las primeras constituciones modernas, dejan de ser principios organizativos que buscan ser una guía para el legislador, para pasar a ser obligaciones jurídicas, sujetas a una garantía de su regularidad. La justicia constitucional es, precisamente, el método elegido para asegurar que tales promesas tengan un efecto en la realidad.

Posteriormente, en el tercer capítulo de este trabajo, estudiaremos los conceptos de poder constituyente y poderes constituidos. De lo cual, pretendemos exponer que: el poder constituyente es un poder no positivo, es decir, no previsto en forma legal; no se halla

regulado ni predispuesto por ninguna norma, por lo que no puede evaluarse su validez o invalidez; es imputado a un sujeto natural, que a diferencia de los sujetos artificiales, no se deriva de ninguna norma; y es siempre un poder concretamente ejercido, de manera que, su existencia se verifica por el acto que produce. Solo puede evaluarse a posterior, pues una vez que la situación deriva en acto, ésta desaparece. Es decir, el poder constituyente desaparece una vez que la Constitución es generada.

Por su parte, expondremos que los poderes constituidos, son todos aquellos conferidos y regulados por una norma positiva. De lo anterior se desprende, que son poderes constituidos, aquellos que no son constituyentes, es decir: aquellos que resultan del acto de una situación supraordenada; son regulados por una norma, de manera que puede evaluarse su validez o invalidez; y se desenvuelven por medio de sujetos artificiales, los cuales son creados y regulados por una norma.

Así, pretendemos demostrar que el poder de reforma constitucional es un poder constituido. Toda vez que éste resulta del acto de una situación supraordenada, en tanto que su origen se deriva de la propia Constitución; su actividad se encuentra regulada, de manera que es posible evaluar la legalidad de sus actos; además, se desenvuelven por medio de un sujeto artificial, el cual carece de estatus fuera de su existencia constitucional. Así, el poder de reforma, en la medida en que aparece reglado y ordenado en la Constitución, se convierte en un poder limitado.

Una vez establecido lo anterior, estudiaremos los límites a la reforma constitucional. En primer lugar nos dedicaremos a los conocidos como límites explícitos, los cuales se encuentran formulados textualmente en las constituciones. Asimismo, haremos referencia a las dificultades conceptuales y lógicas que se derivan de tales límites, en tanto su imposibilidad para evitar su propia derogación. Más adelante, estudiaremos los límites implícitos, que son aquellos que no se hallan textualmente en el texto constitucional, sino que se deducen del mismo. Estos suelen dividirse en formales y materiales, los primeros se refieren al propio proceso de reforma, mientras que los segundos suelen ser equiparados con ciertos principios o valores extralegales que dan identidad a la Constitución. Como ya mencionamos antes, estos últimos presentan la dificultad de justificar cuáles son dichos principios y por qué es que deben ser observados.

A partir de esto, en el cuarto capítulo presentaremos nuestra propuesta de los límites implícitos normativos, los cuales son una reinterpretación de los límites implícitos materiales a la luz de la teoría garantista. Con ello pretendemos superar la dificultad de justificar un límite material a la reforma constitucional a partir de principios o valores extralegales que no hallan justificación dentro de la Constitución.

Para esto, expondremos los aspectos generales de la teoría del constitucionalismo garantista a partir de dos acepciones: a) como un modelo de derecho o sistema jurídico; y b) como una teoría jurídica. De ello concluimos que, la primera acepción de garantismo se trata de un modelo normativo encaminado al sometimiento de todos los poderes públicos, por medio de la observancia que deben guardar con respecto a los derechos fundamentales, a los cuales les corresponden determinadas garantías primarias y garantías secundarias que constituyen el parámetro para evaluar cualquier conducta estatal.

De esta manera, demostraremos que nuestra propuesta de límites implícitos normativos representan una limitación material para el poder de reforma constitucional, en tanto que se desprenden de las garantías primarias que le corresponden a los derechos fundamentales constitucionalmente previstos.

A partir de todo lo anterior, el presente trabajo pretende ser un aporte de utilidad para el debate en torno al estudio de las reformas constitucionales inconstitucionales y, el siempre vigente, debate de la limitación del poder.

I. La Constitución

I. 1. La constitución antigua

I. 1. 1. La *politeia* griega

Muchos son los textos que inician el estudio de la constitución a partir de la tradición griega.⁹ El presente trabajo no será la excepción, ya que no es solo innegable la influencia que el pensamiento griego ha tenido en las instituciones y cultura occidental, sino porque, de acuerdo con Charles McIlwain,¹⁰ el significado de constitución, tal como hoy lo conocemos, tiene su uso más antiguo en la palabra griega *politeia* (πολιτεία).

Como muchas otras nociones griegas, las cuales son desarrolladas por una relación entre la parte y el todo, antes de abordar el significado de *politeia* es necesario referirnos a la palabra polis (πόλις). La polis, más allá del significado usual que les es asignado –referente a Estado o ciudad–, debe entenderse aquí como “comunidad”.¹¹ O bien, de acuerdo con Aristóteles, la polis es “una cierta multitud de ciudadanos”.¹²

Las polis, como cualquier realidad social-humana, tienen diversas formas y manifestaciones que las identifican o distinguen entre sí. Precisamente, a partir de dichas características, podemos entender que el significado de *politeia* es: la forma de ser de la polis.¹³ Es decir, la palabra *politeia* tiene un uso descriptivo que hace referencia a la polis tal como es. De acuerdo con McIlwain,¹⁴ este significado de *politeia* se asemeja a constitución cuando usamos esta palabra para referirnos a “la constitución física de una persona” o “la constitución de la materia”.

Ahora bien, tanto la palabra polis como la palabra *politeia* tienen una larga data en la tradición griega,¹⁵ sin embargo, a decir de Fioravanti¹⁶ y Verdú,¹⁷ en la obra de Aristóteles

⁹ Cfr. Lucas Verdú, Pablo, “Reflexiones en torno y dentro del concepto de Constitución. La Constitución como norma y como integración política”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Núm. 83, España, Enero-Marzo, 1994, p. 11.

¹⁰ Cfr. McIlwain, Charles, *Constitutionalism. Ancient and modern*, Amagi, Liberty Fund Inc., EEUU, 2007, pp. 24-25

¹¹ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, 2ª ed., Fontamara, México, 2002, pp. 26-27.

¹² Aristóteles, *La Política*, Trad. García Valdés, Manuela, Gredos, España, 1988, p. 152.

¹³ Cfr. Tamayo y Salmorán, *Op. Cit.*, p. 26.

¹⁴ McIlwain, Charles, *Ibidem*, p. 26.

¹⁵ Cfr. Platón, *Diálogos IX*, Leyes, VII, trad. Lisi, Francisco, Gredos, España, 1999.

¹⁶ Cfr. Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trotta, España, 2001, p. 19.

podemos encontrar una descripción de la interacción de ambos conceptos y las implicaciones que de ello resulta. Particularmente, en su obra de *La Política*,¹⁸ Aristóteles aclara que la polis no es solo una “comunidad”, sino que es una “comunidad de ciudadanos en un régimen”. De la anterior cita, por “régimen” debe entenderse la “ordenación de las diversas magistraturas”,¹⁹ y esto a su vez, como veremos adelante, debe entenderse como constitución.

Esta coincidencia entre *politeia* y constitución, entendida como la ordenación de las magistraturas, puede apreciarse en otra de las obras aristotélicas. En *La Constitución de Atenas*, el autor describe la composición y conformación que Solón hace de las magistraturas, asambleas y tribunales a partir de sus reformas.

“Dio las leyes por cerradas para cien años y dispuso la constitución de esta manera: por censo distinguió cuatro clases, conforme se dividían antes: los de quinientos medimnos, los caballeros, labradores de un par y thetes. Todas las magistraturas las atribuyó en su desempeño a personas de entre los quinientos medimnos, los caballeros y los labradores de un par, o sea los nueve arcontes y los tesoreros y los poletai y los once y los colacretai, señalando a cada clase una magistratura en proporción a la magnitud del censo. [...]”²⁰ (Énfasis fuera del original)

Es así que, la *politeia* referida por Aristóteles no se limita a describir de manera amplia una forma de ser de la polis, sino que hace referencia a su estructura, su organización y su funcionamiento.²¹ Es decir, da forma a la polis, o bien, la constituye.

Esta forma constitutiva de la *politeia* implica un influjo sobre el esquema de vida de la polis.²² Por lo que, de manera directa o indirecta, armoniza la vida de quienes viven bajo su ordenación.²³ Esto puede apreciarse en la elocuente analogía de Aristóteles con respecto a la conformación de un coro.

¹⁷ Cfr. Lucas Verdú, Pablo, *Op. Cit.*, p. 13.

¹⁸ Aristóteles, *Op. Cit.*, p. 159.

¹⁹ *Ibidem*, p. 168.

²⁰ Aristóteles, *La Constitución de Atenas*, Trad., Tovar, Antonio, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1948, p. 59.

²¹ Cfr. Fioravanti, Maurizio, *Idem*.

²² Cfr. Lucas Verdú, Pablo, *Op. Cit.*, p. 17.

²³ Cfr. McIlwain, Charles, *Op. Cit.*, pp. 26-27.

“Pues si la ciudad es una cierta comunidad, y es una comunidad de ciudadanos en un régimen, cuando el régimen se altera específicamente y se hace diferente, parecerá forzoso pensar que la ciudad tampoco es la misma, así como decimos de un coro que es diferente, unas veces cómico y otras veces trágico, aunque a menudo lo componen las mismas personas.”²⁴

Con respecto a este uso más prescriptivo de la palabra *politeia* –como una forma constitutiva y de organización de las magistraturas–, cabe recordar el apunte de Sir Paul Vinogradoff, quien considera que no hay en la tradición griega una palabra que corresponda con el latín *jus*.²⁵ Con esto, Vinogradoff aclara que el pensamiento griego no tenía una distinción tan nítida y depurada entre la ley (νόμος) como un ordenamiento público (*lex*), y ley como una derivación de lo justo.²⁶ Sin embargo, de acuerdo con Rolando Tamayo y Salmorán,²⁷ aunque es cierto que la polis tiene una conformación ética, su principal estructura se encuentra en una forma fuertemente basada en la ley, entendida como una regla de competencia. En pasajes como el arriba citado²⁸ se da cuenta de la *politeia* como una distribución de competencias organizada a partir de leyes, y cómo son éstas las que dan forma a la polis.

I. 1. 2. La república romana.

Para continuar con el estudio de nuestro concepto de constitución, es pertinente referirnos a los aportes realizados por la tradición romana. Cabe mencionar que, a la caída de Grecia frente al Imperio Romano, no puede considerarse que haya existido una civilización helénica por un lado separada de –o consumida por– la civilización romana. De hecho, ambas convivieron en una suerte de asimilación cultural destacable. Principalmente en las altas esferas de la sociedad romana, en la que se desempeñaban los juristas.²⁹ De manera que el influjo de las ideas de la primera son fácilmente apreciables en los textos romanos.

²⁴ Aristóteles, *Op. Cit.*, p. 159.

²⁵ Cfr. Vinogradoff, Paul, *Outlines of Historical Jurisprudence, Volume II, Jurisprudence of the Greek City*, Oxford University Press, England, 1992, p. 19.

²⁶ *Ídem*.

²⁷ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Op. Cit.*, pp. 34-35.

²⁸ “Dio las leyes por cerradas para cien años y dispuso la constitución” Véase *supra* nota 20.

²⁹ Cfr. Marrou, Henri-Irénee, *Historia de la educación en la antigüedad*, Akal, Madrid-España, 1985, p. 314.

Aunque no es la intención el abusar de las referencias etimológicas, consideramos pertinente iniciar con un estudio de la constitución a partir de su significado. Dicho esto, la palabra constitución tiene un origen latino. Deviene de *constitutio*, que es una forma sustantiva del verbo *constituere*, el cual se forma a partir de la preposición *cum*, que significa “con”, y el verbo *statuere*,³⁰ que significa “enderezar”, “poner de pie” o “erigir”.³¹ En este sentido, *constituere*, significa “constituir”, “colocar”, “establecer”, “poner” o “fundar”, entre otras.³² Y en su forma sustantiva, *constitutio* significa “constitución”, “compleción”, “Estado”, “ley” o “fundación”.³³

Podemos apreciar que la palabra *constitutio* tiene distintos usos que la equiparan a *politeia*, por ejemplo, cuando se hace referencia a la compleción de una persona o a la constitución física de algo.³⁴ Ello puede observarse en Cicerón cuando usa la expresión *forma corporis constitutio*.³⁵ No obstante, *constitutio* también se separa de *politeia*, principalmente, cuando se utiliza para nombrar la fundación de algo (aunque en este caso se utiliza el verbo *constituere*), o bien, para hacer referencia a un acto legislativo. Sobre este último punto volveremos más adelante.

Es necesario advertir que, la noción latina que más se asemeja a *politeia*, entendida como el ordenamiento de las magistraturas a que hicimos referencia con anterioridad, es la palabra latina “República” (*Res publica*).³⁶ Por ejemplo, en su obra de *La República*,³⁷ Cicerón³⁸

³⁰ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Op. Cit.*, p. 37.

³¹ Salva, Don Vicente, *Diccionario Latino-Español*, 5ª ed., Malaca, Valencia, 1843, 799.

³² *Ibidem*, p. 209.

³³ *Ibidem*, p. 210.

³⁴ *Cfr.* Tamayo y Salmorán, Rolando, *Op. Cit.*, p. 38.

³⁵ *Cfr.* Bovero, Michelangelo, “Prefacio. Nuevas reflexiones sobre democracia y constitución”, en Salazar, Pedro, *La democracia constitucional: Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 16.

³⁶ No pasa inadvertida la aclaración que Wolfgang Künkel realiza sobre este punto. Si bien, los autores romanos de la considerada República tardía utilizan la palabra república como un símil de lo que hoy entendemos por Estado, esto no era usual en la cotidianidad romana, en la que el Estado no era una forma etérea distinta de las personas que lo componen. Por esta razón, por Estado solía entenderse *populus romanus*, es decir, el pueblo romano. De esta manera, Künkel aclara que el uso común de *res publica* hacía referencia al patrimonio del *populus*. Aunque reconoce la difusión del segundo uso a partir de la época imperial, principalmente por autores como los que mencionamos. Véase Künkel, Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*, 9ª ed., Trad. Miquel, Juan, Ariel, España, 1999, p. 16.

³⁷ *Cfr.* Cicerón, Marco Tulio, *De la República*, Libro Tercero, en Obras Completas de Marco Tulio Cicerón, Tomo IV, Trad., Navarro Calvo, Francisco, Librería de los Sucesores de Hernando, Madrid, 1924, pp. 31-32.

³⁸ Antes de Cicerón, el historiador griego Polibio ya había hecho un estudio de la constitución romana a partir de una crítica a la distinción clásica de “monarquía”, “aristocracia” y “democracia”. Es de especial importancia referir los siguientes dos puntos sobre su obra: a) Polibio considera a la constitución como un

hace explícita esta coincidencia al referirse a la república como “la cosa del pueblo”, en donde por pueblo entiende una “reunión de hombres congregados bajo la garantía de las leyes y con objeto de utilidad común”. Por lo que esta cosa del pueblo, no es, sino, su forma y estructura, bajo un determinado gobierno.

Esta coincidencia puede quedar más clara cuando Cicerón menciona que: “toda ciudad, es decir, toda constitución de un pueblo, toda república, que como ya he dicho, es cosa del pueblo, necesita para no desaparecer que sea gobernada con inteligencia y con autoridad”.³⁹

Hasta este punto, podemos apreciar que el concepto de república para Cicerón es equivalente a la *politeia* griega. Ello, en tanto que representa una ordenación de las magistraturas a partir de una forma de gobierno. Sin embargo, un aspecto a destacar es la especial importancia que Cicerón asigna a la ley dentro de esta organización. Lo que en la *politeia* aristotélica halla su razón en una estructura ética y política, en Cicerón adquiere un carácter jurídico.⁴⁰ Como veremos a continuación, esta relación se acentúa en la época de la Roma imperial, en donde el vocablo de “republica” fue remplazado por *constitutio* para hacer referencia a la ley que ordena a la *civita*. En esta etapa la constitución consolidó su compenetración con la noción de *lex*.⁴¹

I. 1. 2. 1. Constitución como ley del *populus*

De acuerdo con Charles McIlwain, la fuente de toda autoridad política en Roma es la definición de *lex*.⁴² Al respecto, es necesario remitirnos a lo mencionado por Gayo, quien define *lex* como “lo que el pueblo ordena y establece”.⁴³ Asimismo, Cicerón llama ley a, “la

organismo vivo que, como cualquier otro, atraviesa distintas etapas durante su vida. De esta manera, Polibio considera que el auge y caída de un Estado es explicable a partir de su constitución; y b) La propuesta de Polibio, al ser histórica y no teórica, parte de la descripción para posteriormente proponer un esquema de constitución mixta capaz de brindar mayores beneficios para un Estado. La razón por la cual no incluimos el análisis de este autor dentro del texto, se debe a que su obra se escribió en griego. De manera que de ella no podemos poner de relieve la adaptación del término *politeia* al latín. Véase Polibio, *Historias*, Libro IV, Gredos, Madrid, 1981.

³⁹ *Ibidem*, p. 34.

⁴⁰ Cfr. Lucas Verdú, Pablo, *Op. Cit.*, p. 19.

⁴¹ Cfr. Walker Kayes, Clinton, “Original elements in Cicero’s ideal constitution”, *The American Journal of Philology*, 1921, Vol. 42, No. 4 (1921), p. 309.

⁴² Cfr. McIlwain, Charles, *Op. Cit.*, p. 42.

⁴³ “Lex est, quod populus iubet atque constituit” Gayo, *Instituta*, I, 3. Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid, 1845.

que escrita, sanciona lo que [el vulgo] quiere u ordenando o vedando”.⁴⁴ Recordemos que, para los romanos, el Estado no era entendido como una abstracción diferente a las personas que lo componen, sino que, el *populus romanus* es el Estado mismo,⁴⁵ y con ello, la fuente de toda ley.⁴⁶

Así, en sus *Instituta*, Gayo describe otras figuras del derecho romano que son equiparadas a la ley, o bien, encuentran sustento en ésta. Por ejemplo, los *Senatusconsultum*,⁴⁷ que son lo que el Senado ordena y establece, “tienen fuerza de ley”. Lo mismo se dice sobre la *Constitutio Principis*,⁴⁸ que son aquellos decretos, edictos o rescriptos ordenados por el emperador. Dice Gayo: “Jamás se ha dudado que las constituciones tienen fuerza de ley, pues el emperador mismo obtiene el imperio en virtud de una ley.”⁴⁹

De lo anterior podemos afirmar –con las palabras de Tamayo y Salmorán– que, la “*lex* es la forma originaria; las demás formas legislativas derivan su autoridad, de la *lex*”.⁵⁰ Tanto los decretos del Senado, como los decretos del Emperador hallan su fundamento en la ley que, a su vez, es la expresión del *populus*.

La relevancia que tiene la ley como forma primigenia de la autoridad romana, estriba en el hecho de que los romanos entienden a la ley como un contrato cuyo cumplimiento ha sido asumido por el pueblo. Es decir, una forma de obligación aplicable el pueblo en su conjunto.⁵¹ De manera que, el sujeto sobre el que se erige el poder legislativo es el pueblo mismo, del cual, su resultado no es una mandato supra ordenado, sino una obligación auto asumida.⁵²

⁴⁴ “et appellare eam legem, quae scripta sancit quod vult aut iubendo <aut vetando>, ut vulgus appellat.” Cicerón, *De las leyes*, I, 19, Trad. Pimentel Álvarez, Julio, IJ-UNAM, México, 2016, p. 10. Si bien, en su obra Cicerón realiza una explicación de *lex* como una razón suma (*lex est ratio summa*), la cual antecede a cualquier ley escrita, deriva de la naturaleza y solo puede ser deducida por la razón, consideramos que esta explicación de índole filosófica es una propuesta del autor, quien al final reconoce que, para Roma, la ley es lo que el pueblo ordena.

⁴⁵ Cfr. Wolfgang, *Op. Cit.*, p. 16

⁴⁶ Cfr. McIlwain, Charles, *Op. Cit.*, p. 43.

⁴⁷ Cfr. Gayo, *Instituta*, I, 4.

⁴⁸ Cfr. Gayo, *Instituta*, I, 5.

⁴⁹ Específicamente, la ley que autoriza al emperador para emitir decretos con fuerza de ley es la *Lex Regia*. Véase Justiniano, *Instituta-Digest*, 1.2.6., Jaime Molina, Editor, Consejo de Ciento, nº 287, Barcelona, 1889.

⁵⁰ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Op. Cit.*, p. 41.

⁵¹ Cfr. McIlwain, Charles, *Op. Cit.*, p. 45.

⁵² Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Op. Cit.*, p. 41.

Esta noción es bien resumida bajo el concepto de la “*publica sponcio*”, que es la figura por medio de la cual el pueblo romano acuerda cumplir un compromiso público, o regido por el derecho público.⁵³ En este sentido, las *Constitutio*, es decir, la legislación del emperador, adquiere autoridad en virtud del reconocimiento público que el *populus* le ha concedido. Tanto Gayo como Justiniano⁵⁴ reconocen en sus *Instituta* esta autoridad, y con ello se explica que la soberanía del emperador, para determinar la estructura de la ciudad, derivaba de su reconocimiento en ley.⁵⁵

A partir de esta afirmación podemos entender que, el paulatino avance de las formas imperiales por sobre las formas republicanas,⁵⁶ hayan delineado a la *Constitutio* como el mandato imperial que organiza y estructura al pueblo romano. Lo que dejó atrás la idea de república o politeia. Por un lado, esto explica el uso del término *Constitutio* como la ley que ordena y organiza a la *civita*, pero también explica que en la época medieval que sucedió a este periodo, el concepto de constitución fuera reducido al de legislación imperial.⁵⁷

I. 2. La constitución moderna

Puede resultar un lugar común el afirmar que el artículo 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789,⁵⁸ resume los elementos característicos de la constitución moderna. A saber: el reconocimiento de una carta de derechos atribuibles a las personas; y la limitación del poder político por medio de la división de poderes.

Sin embargo, aunque lo anterior no deja de ser cierto, también lo es que, estas dos características arriba citadas, se encuentran presentes en diversos documentos y autores que anteceden a la denominada época moderna. De esta manera, a continuación nos proponemos dilucidar, cuáles son los elementos teóricos que hacen de la constitución moderna una construcción distinta a aquellas que le precedieron.

⁵³ *Ibidem*, p. 44.

⁵⁴ *Cfr.* Justiniano, *Instituta-Digest*, 1.2.6.

⁵⁵ *Cfr.* McIlwain, Charles, *Ibidem*, p. 46.

⁵⁶ *Cfr.* Wolfgang, *Op. Cit.*, p. 55.

⁵⁷ *Cfr.* McIlwain, Charles, *Ibidem*, pp. 22-23.

⁵⁸ “Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución” Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, el 26 de agosto de 1789.

Al respecto, podemos anticipar que las coordenadas a partir de las cuales pretendemos explicar a la constitución moderna, son: a) los individuos dotados de una serie de derechos naturales o inherentes; b) el Estado como una creación racional derivada del consenso de los individuos; y c) la limitación del poder como un corolario de a) y b).

I. 2. 1. Los individuos dotados de una serie de derechos naturales o inherentes.

Para dar inicio al estudio del pensamiento moderno, diversos autores coinciden en reconocer a Thomas Hobbes como el punto de partida obligado.⁵⁹ De acuerdo con Norberto Bobbio,⁶⁰ desde los escritos de Hobbes es que podemos apreciar un rompimiento con la tradición del pensamiento aristotélico imperante hasta el siglo XVII. De igual manera, Salazar Carrión⁶¹ considera que los planteamientos filosóficos de Hobbes, basados en un método racional, son una transformación teórica con respecto a los marcos metafísicos y teológicos vigentes en su época.

En la obra de Hobbes podemos apreciar uno de los principales elementos que caracterizan a la constitución moderna. Esto es, la presencia del individuo como antecesor al Estado.⁶² Hasta ese momento, la doctrina escolástica, que retomaba los postulados de Aristóteles, había explicado al Estado como una evolución natural e histórica que se derivaba de la

⁵⁹ Véase, Leo Strauss, *The political philosophy of Hobbes: Its basis and its genesis*, Sinclair, Elsa M. (Trad.), The University of Chicago Press, Chicago-London, 1952, p. 129; Charles Zarka, Yves, *Hobbes y el pensamiento político moderno*, Herder, Barcelona, 1997, pp. 27-29; Salazar Ugarte, Pedro, *La Democracia Constitucional: una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 61; y Fioravanti, Maurizio, *Op. Cit.*, p. 72.

⁶⁰ Cfr. Bobbio, Norberto y Bovero, Michelangelo, *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, pp. 50-51.

⁶¹ Cfr. Salazar Carrión, Luis, *Para pensar la política*, UAM, México, 2004, p. 177.

⁶² Cfr. Charles Zarka, *Op. Cit.*, pp. 31-53. Anterior a la obra de Thomas Hobbes, el autor alemán, Johannes Althusius, había propuesto en su obra de *Politica methodice digesta* una imagen de la humanidad anterior a la conformación del Estado. Sin embargo, debe considerarse que la propuesta de Althusius no es una teoría moderna, pues parte de premisas del pensamiento aristotélico y medieval, con el cual considera que los individuos, a los que él denomina “simbiontes”, conforman al Estado a partir de una tendencia natural hacia la comunidad. La propuesta de Althusius no parte de individuos aislados que se asocian como consecuencia de un acto racional, sino que se trata de personas (simbiontes) en comunidades básicas que siguen un impulso natural para agruparse en sociedades más complejas. Véase, Carvajal, Patricio, “La teoría de la constitución en la ‘Política’ de Johannes Althusius”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Sección historia del pensamiento político, XXXVII, Valparaíso, Chile, 2015, pp. 477-502; y Soberanes Fernández, José Luis, *Sobre el origen de las declaraciones de Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2009, pp. 81-96.

familia o la sociedad patronal.⁶³ De esta manera, la presencia del individuo no figuraba, sino como un elemento agregado a una comunidad que le precedía.

Bobbio describe esto como un periodo histórico que había basado el estudio del Estado desde una división dicotómica entre gobernante y gobernado. A partir de esto, las tradiciones clásica y medieval habían centrado su atención en el estudio del gobernante, de sus formas, cualidades o degeneraciones, pero no se había percibido la figura del individuo, más allá de un receptor pasivo de los actos del primero.⁶⁴

Es hasta la época moderna que el individuo se observa como un elemento anterior al Estado. Hobbes sustenta esta prelación a partir de su hipótesis del estado de naturaleza.⁶⁵ En este, el individuo se desarrolla de manera aislada en un estadio presocial –es decir, anterior a la formación de un poder político o del Estado–,⁶⁶ proveyéndose los medios de subsistencia directamente de la naturaleza, y limitando su convivencia con otros individuos a interacciones esporádicas u ocasionales.⁶⁷

Otro autor que retoma la hipótesis del estado de naturaleza propuesta por Hobbes es John Locke.⁶⁸ Aunque ambos autores coinciden en la descripción de un periodo presocial en el que los individuos se encuentran aislados entre sí, y sobre de los cuales no se articula ningún tipo de autoridad superior, hay diferencias claras sobre la forma en que cada uno concibe el estado de naturaleza. Para el primero, este periodo se caracteriza por el miedo y la incertidumbre frente a la potencial agresión de otro individuo. El estado de naturaleza es un “estado de guerra de todos contra todos”.⁶⁹ Por otro lado, para Locke, el estado de

⁶³ Cfr. Bobbio, Norberto, *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*, Op. Cit., p. 56.

⁶⁴ Cfr. Bobbio, Norberto, *Estado Gobierno y Sociedad: Por una teoría general de la política*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2018, pp. 81-83.

⁶⁵ Cfr. Bobbio, Norberto, *Thomas Hobbes*, Paradigma, España, 1991, p. 69.

⁶⁶ Cfr. Charles Zarka, *Op. Cit.*, p. 58.

⁶⁷ Cfr. Bobbio, Norberto, *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*, *Ibidem*, p. 54.

⁶⁸ Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, Mellizo, Carlos, Trad., Tecnos, Bogotá, 2006.

⁶⁹ El propio Hobbes tiene la cautela de aclarar que este estado de naturaleza, en el que prima la guerra de todos contra todos, es un postulado teórico. Si bien, en su obra del *Leviatán* ofrece algunos posibles ejemplos en los cuales los individuos se desarrollaron en comunidades primitivas, semejables a este estado de naturaleza, no evita mencionar que el estado de guerra de todos contra todos que a él le interesa estudiar, es aquel en que no hay sobre los individuos un poder común capaz de imponer el orden. Textualmente, Hobbes menciona a la guerra civil como aquella situación en la que, a falta de un gobierno capaz de pacificar a los individuos, estos se ven orillados a la guerra de todos contra todos. Véase, Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Editora Nacional, España, 1980, Cap. XIII, pp. 224-226; De igual manera, Bobbio precisa que “la guerra de todos contra todos” no implica un contexto de permanente agresión,

naturaleza transcurre en un suerte de serenidad, interrumpida excepcionalmente por disputas ocasionales entre los individuos.⁷⁰

Aunque para algunos analistas esta representación de guerra o paz durante el estado de naturaleza puede resultar superflua –al grado de anecdótica–, la misma –como lo analizaremos más adelante– adquiere mayor relevancia cuando se trata de justificar el paso del estado presocial a un estado social.⁷¹

Además de la hipótesis del individuo como anterior al Estado, la concepción individualista –que inspira a la constitución moderna– también representó un cambio en el entendimiento del derecho natural entonces vigente.⁷² Hasta ese momento la visión premoderna basaba el estudio del derecho natural sobre dos puntos principales: i) la perspectiva de una comunidad natural; y ii) el cumplimiento de determinadas obligaciones naturales que rigen esa comunidad. Es decir, estas obligaciones naturales solo tienen sentido en tanto que se derivan de la existencia de una comunidad precedente. Fuera de ella no cabe la posibilidad de hablar sobre obligaciones o derechos. Por ejemplo, los hijos deben obedecer a los padres, como el súbdito debe obedecer al gobernante, solo en tanto el hijo es parte de una familia o el súbdito parte de un reino. En igual sentido, el padre o el gobernante tienen la obligación y el derecho a mandar, en tanto que la estructura de una comunidad natural así lo reconoce.⁷³

Por otro lado, la concepción moderna del iusnaturalismo invierte esta relación y, en lugar de ver a los individuos como receptores de obligaciones naturales, son ahora titulares de derechos:⁷⁴ independientes y antecedentes a cualquier comunidad, situación o Estado. El derecho natural moderno ya no es entendido como la obligación natural que sujeta a cada miembro de una comunidad, sino como el derecho de acción que goza cada individuo.

sino, uno en el que la falta de un poder que confiera orden hace que la incertidumbre y la potencial agresión sean siempre latentes. “La guerra de todos contra todos es una expresión hiperbólica: dejada de lado la hipérbole, significa aquel estado en el que un gran número de hombres, uno por uno o en grupo, viven en el temor recíproco y permanente de una muerte violenta, a falta de un poder común. La hipérbole sirve solamente para dar a entender que se trata de un estado intolerable, del que el hombre ha de salir pronto o tarde si quiere salvar lo más precioso que tiene, la vida.” Bobbio, Norberto, *Thomas Hobbes, Op. Cit.*, p. 71.

⁷⁰ Cfr. Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Cap. II, párr. 4-ss; y Salazar Carrión, Luis, *Op. Cit.*, pp. 267-268.

⁷¹ Cfr. Bobbio, Norberto, *Sociedad y Estado en la filosofía moderna, Op. Cit.*, p. 73.

⁷² Cfr. Leo Strauss, *Op. Cit.*, p. 155; y Salazar Carrión, Luis, *Op. Cit.*, pp. 222-223.

⁷³ *Ídem.*

⁷⁴ *Ídem.*

Si bien, son numerosos los textos que consideran a Hugo Grocio como el parteaguas que inaugura el derecho natural moderno, tanto para Bobbio⁷⁵ como para Strauss,⁷⁶ en realidad es Hobbes quien aporta los elementos principales de esta nueva corriente del derecho natural. Principalmente, porque Hobbes realiza un cambio en el punto de vista en cuanto a la atribución del derecho. Como mencionamos arriba, la tradición clásica y medieval había enfocado su estudio en el gobernante y no en el gobernado. Al respecto, Grocio continúa con un estudio de los derechos y obligaciones naturales que regulan la función del Rey/Soberano,⁷⁷ mientras que Hobbes centra su atención en aquellos derechos naturales que le corresponden a todos los individuos por igual, sin necesidad de pertenecer a una comunidad precedente.⁷⁸

Hobbes pone de relieve esta diferencia metodológica a partir de su distinción entre *jus* y *lex*, derecho y ley.⁷⁹ Para Hobbes, “el derecho consiste en la libertad de hacer o no hacer, mientras que la ley determina y ata a uno de los dos [a hacer o no hacer].”⁸⁰ Es decir, el derecho es un concepto que empata con la libertad, mientras que la ley lo hace con la obligación.⁸¹ Es así que, los individuos del estado de naturaleza, anterior a cualquier cuerpo político o Estado, se desarrollan en un espacio de derechos en el cual rigen enteramente las libertades y el “derecho a todo”.⁸² Textualmente, Hobbes define el derecho natural de la siguiente manera:

“El DERECHO NATURAL, que los escritores llaman comúnmente *ius naturale*, es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder, como él quiera, para la preservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida y, por consiguiente de hacer toda cosa que en su propio juicio, y razón, conciba como el medio más apto para aquello.”⁸³

Mientras que Grocio continúa pensando el derecho natural como aquellas reglas que rigen, limitan o justifican la conducta del gobernante, derivado de un *appetitus socialis* que

⁷⁵ Cfr. Norberto, *Thomas Hobbes, Op. Cit.*, pp. 205-206.

⁷⁶ Cfr. Leo Strauss, *Op. Cit.*, p. 156.

⁷⁷ Cfr. Bobbio, Norberto, *Estado Gobierno y Sociedad, Op. Cit.*, p. 81.

⁷⁸ Cfr. Bobbio, Norberto, *Thomas Hobbes, Op. Cit.*, pp. 211-212; y Leo Strauss, *Op. Cit.*, p. 156.

⁷⁹ Cfr. Charles Zarka, *Op. Cit.*, p. 158.

⁸⁰ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Cap. XIV, p. 228.

⁸¹ Cfr. Leo Strauss, *Op. Cit.*, p. 156.

⁸² Cfr. Salazar Carrión, Luis, *Op. Cit.*, 224.

⁸³ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Cap. XIV, p. 227.

conduce a los seres humanos a formar una sociedad de manera natural,⁸⁴ Hobbes afirma que, en el estado de naturaleza, los individuos se desarrollan en un espacio de libertades naturales, en la que todos gozan de los mismos derechos.⁸⁵

Sin embargo, una lectura aislada del derecho natural descrito por Hobbes podría hacernos pensar que se trata de un espacio de plenitud y concordia, pero debemos recordar que, para el autor, el estado de naturaleza es un contexto en el que rige la incertidumbre y la guerra de todos contra todos. De manera que, el derecho natural que delinea la libertad de hacer todo aquello que resulte necesario para preservar la vida y la integridad, conduce –para Hobbes– a que todo individuo tiene derecho a disponer de todo lo necesario para preservarse. Incluida la vida de los demás.⁸⁶

“Y dado que la condición del hombre (como se ha declarado en el capítulo precedente) es una condición de guerra de todos contra todos, en la que cada cual es gobernado por su propia razón, sin que haya nada que pueda servirle de ayuda para preservar su vida contra sus enemigos, se sigue que en una tal condición todo hombre tiene derecho a todo, incluso el cuerpo de los demás. Y, por tanto, mientras persista este derecho natural de todo hombre a toda cosa no puede haber seguridad para hombre alguno (por fuerte o sabio que sea) de vivir todo el tiempo que la naturaleza concede ordinariamente a los hombres para vivir.”⁸⁷

Esto conduce a una situación paradójica ya advertida por Luis Salazar Carrión.⁸⁸ Los individuos que tienen “derecho a todo” aquello que sea racional para preservarse, al grado incluso de disponer de la vida e integridad de otros individuos, son al mismo tiempo medios para la preservación de sus semejantes. Lo que hace que este derecho a todo, en realidad, sea un derecho a nada más que a la guerra por la preservación de sí mismo. En el estado de naturaleza, la guerra es una consecuencia racional del derecho natural.⁸⁹

Hasta este punto, podemos apreciar que la teoría de Hobbes reconoce una serie de derechos naturales a cada individuo, sin la necesidad de que pertenezcan a una comunidad que les regule o les imponga de obligaciones. Sin embargo, esta ausencia de un poder superior, les

⁸⁴ Cfr. Leo Strauss, *Op. Cit.*, pp. 156-157.

⁸⁵ Cfr. Salazar Carrión, Luis, *Op. Cit.*, 224; y Bobbio, Norberto, *Thomas Hobbes, Op. Cit.*, pp. 211-212.

⁸⁶ Cfr. Salazar Carrión, Luis, *Op. Cit.*, pp. 227-228.

⁸⁷ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Cap. XIV, p. 228.

⁸⁸ Cfr. Salazar Carrión, Luis, *Op. Cit.*, pp. 227-228.

⁸⁹ *Ídem*.

conduce al conflicto. Más adelante abordaremos el camino que el propio Hobbes delinea para que los individuos salgan de esta condición de guerra constante.

Ahora bien, como lo mencionamos antes, John Locke también desarrolla su teoría a partir de la premisa del individualismo ontológico. Y, al igual que Hobbes, reconoce que los individuos se encuentran dotados de una serie de derechos independientes a una comunidad anterior. Sin embargo, –a diferencia de Hobbes– Locke sí otorga una carta de origen para estos derechos, al afirmar que los mismos se derivan de la ley fundamental otorgada por Dios.⁹⁰

Esto representa un cambio importante con respecto al entendimiento de los derechos naturales descritos por Hobbes. Si bien, el cambio más evidente podría ser su carácter teológico, en realidad hay un cambio sustancial y práctico en el entendimiento de los derechos naturales a partir de Locke. La igualdad que para Hobbes es la “igual capacidad de hacer daño”, para Locke es una igualdad de rango en tanto que todos los individuos se derivan de una misma creación. Además, la libertad que para Hobbes es la ausencia de obstáculos, Locke la considera como la facultad de actuar y disponer de las posesiones propias sin la interferencia de los demás.⁹¹

Esta derivación de la igualdad y la libertad como “creaciones” de un ente superior, separan la concepción del derecho natural que hay Locke, de aquella delineada antes por Hobbes. Pues, lo que para el autor del *Leviatán* es motivo de conflicto y disputa, para Locke es un valor natural que guía y legitima el orden social.⁹²

Lo anterior lleva a otro punto a destacar en la teoría de Locke. Para este autor, la libertad de los individuos encuentra un límite en la ley natural. Ésta, –según Locke– es un mandato obligatorio derivado de la voluntad divina.⁹³ Aunque tal afirmación podría colocar a Locke más cerca de los iusnaturalistas premodernos, hay un aspecto crucial que hace de ésta una teoría moderna. Esto es, la afirmación de Locke respecto del derecho natural que asiste a todo individuo para hacer exigible el respeto de sus derechos naturales.⁹⁴

⁹⁰ Cfr. Salazar Carrión, Luis, *Op. Cit.*, pp. 265-266.

⁹¹ *Ibidem*, p. 269.

⁹² *Ibidem*, p. 268.

⁹³ Cfr. Locke, John, Cap. II, párr. 6.

⁹⁴ Cfr. Salazar Carrión, Luis, *Op. Cit.*, pp. 273-274.

“Y para que todos los hombres se abstengan de invadir los derechos de los otros y de dañarse mutuamente, y sea observada esa ley de la naturaleza que mira por la paz y la preservación de toda la humanidad, los medios para poner en práctica esa ley le han sido dados a todos los hombres, de tal modo que cada uno tiene el derecho de castigar a los transgresores de dicha ley en la medida en que esta sea violada.”⁹⁵

Así, más que reconocer una obligación (como haría el isnaturalismo premoderno) Locke reconoce el derecho natural a hacer exigibles las leyes de la naturaleza. O, en otras palabras, a hacer justicia por su propia mano. De esta manera, las leyes naturales que para Hobbes son teoremas no exigibles, para Locke son –independientemente de su origen divino– verdaderas leyes que pueden ser ejecutas y exigidas por cada individuo.⁹⁶

Aunque todo esto, invariablemente conduce a un problema identificado por el mismo Locke. En aquellos casos que un individuo exija el cumplimiento y respeto de sus derechos, tal individuo se colocará como juez de su propia causa. Situación que, lejos de poner fin a los posibles conflictos, llegará incluso a perpetuarlos. La solución a este dilema será abordada en los párrafos siguientes.

I. 2. 2. El Estado como una creación racional derivada del consenso de los individuos.

Ahora nos disponemos a analizar el segundo elemento del pensamiento moderno, esto es, el Estado como una construcción racional derivada de la voluntad de los individuos. A partir de esta premisa, el periodo moderno se separa –una vez más– de las posturas clásicas y medievales, las cuales sostenían el origen del Estado a partir de la tradición aristotélica o empirista.⁹⁷ Como hemos mencionado, estas dos posturas concebían al Estado como una organización natural que antecedería a los individuos. Su origen se rastreaba en hechos históricamente verificables, que respondían a una inercia natural de la humanidad para asociarse.⁹⁸

En contraste con esto, el pensamiento moderno elabora un argumento que parte de una contraposición entre el estado de naturaleza, como un escenario natural en que los

⁹⁵ Locke, John, Cap. II, párr. 7.

⁹⁶ Cfr. Salazar Carrión, Luis, *Op. Cit.*, pp. 273-274.

⁹⁷ Cfr. Bobbio, Norberto, *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*, *Op. Cit.*, p. 127.

⁹⁸ Cfr. Bobbio, Norberto, *Estado Gobierno y Sociedad*, *Op. Cit.*, p. 79.

individuos aislados se desarrollan sin ninguna autoridad superior; y el estado civil-político, como una organización artificial, que no ocurre por la acción natural, sino como una antítesis o negación al estado de naturaleza.⁹⁹ De esta manera, el Estado no es una consecuencia natural, propia del género humano, sino una creación artificial, que sirve a las exigencias racionales de los individuos.¹⁰⁰

Una vez más, Thomas Hobbes es el autor que inaugura este postulado moderno. Como explicamos algunos párrafos arriba, para el autor, los individuos en el estado de naturaleza se desarrollan sin un poder superior que se imponga sobre de ellos. Aquí, a cada uno le asiste el igual derecho a hacer todo aquello que resulte necesario para preservarse. Sin embargo, este igual derecho les conduce –invariablemente– a una situación de guerra de todos contra todos. Ya que, al no existir un poder superior capaz de imponer el orden, cualquier individuo tiene derecho a imponerse por sobre los demás, siempre que tenga la fuerza o la astucia para hacerlo.

Como apunta Hobbes, esta condición de constante incertidumbre y guerra de todos contra todos, eventualmente se torna insoportable. Por lo cual, la razón dicta a los individuos la necesidad de salir de ese estado de naturaleza, para constituir un poder superior que sea capaz de imponer el orden y gobierne sobre todos.¹⁰¹

Aquí entra en juego la teoría de la ley natural (*lex*) de Hobbes. Esta ley es entendida como una “regla general encontrada por la razón, por la cual se le prohíbe al hombre hacer aquello que sea destructivo para su vida.”¹⁰² Como ya habíamos mencionado antes, la ley natural empata con el concepto de obligación, y orienta a los individuos a abstenerse de hacer aquello que les cause un perjuicio. Esto lleva a afirmar que la primera ley natural es que todo hombre debiera esforzarse por la paz.¹⁰³

Sin embargo, sigue existiendo un problema, y es que las leyes naturales son descritas por Hobbes como dictados de la razón, y la razón para Hobbes (a diferencia de los iusnaturalistas premodernos) no es una deducción de la esencia de las cosas, sino un cálculo

⁹⁹ Cfr. Salazar Carrión, Luis, *Op. Cit.*, p. 218.

¹⁰⁰ Cfr. Charles Zarka, *Op. Cit.*, p. 58.

¹⁰¹ Cfr. Hobbes, *De Cive*, Alianza Editorial, España, 2000, Cap. I. 15, p. 64.

¹⁰² Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Cap. XIV, p. 228.

¹⁰³ *Ídem*.

por el cual, a partir de una premisa se llega a cierto resultado.¹⁰⁴ De manera que, las leyes naturales son en realidad “cálculos o teoremas”¹⁰⁵ que guían a los individuos para su preservación, pero no hay manera de hacerlas externamente ejecutables.

De hecho, cumplirlas podría ser un acto contraintuitivo, pues, como afirma Bobbio,¹⁰⁶ las leyes naturales de Hobbes, al ser prudenciales y no categóricas, obligan al individuo a respetarlas, únicamente, en la medida que éste tenga la seguridad de que los demás individuos las respetarán también. Y, dado que en el estado de naturaleza prima el derecho de guerra, respetar las leyes naturales colocaría a este individuo a la libre disposición de los demás, si aquellos no deciden igual que él.¹⁰⁷

Así que, para Hobbes, la ley natural es imperfecta, en tanto que no tiene la posibilidad de hacerse cumplir. Lo que conduce a la necesidad de instituir un poder que haga de esas leyes naturales, leyes civiles o positivas.¹⁰⁸ Es decir, leyes capaces de ser ejecutadas por medio de una autoridad irresistible.¹⁰⁹ En otras palabras, las leyes naturales, como pautas de la razón, orientan a los individuos hacia la paz, pero al mismo tiempo les hacen ver que esa paz no es posible, a menos que acuerden que un poder superior tenga la autoridad para obligar su cumplimiento.¹¹⁰

Entonces, el estado civil-político se deriva de una consecuencia racional. Su origen no es natural ni espontáneo, sino que se explica por un cálculo utilitario, por medio del cual, los individuos encuentran un beneficio en el abandono del estado de naturaleza.¹¹¹

Por su parte, John Locke también retoma el planteamiento de un estado de naturaleza previo a la constitución de un estado civil-político. Sin embargo, los puntos que guían a este autor para sostener el paso de un estado a otro, parten de una consideración distinta respecto del estado de naturaleza.

¹⁰⁴ Cfr. Bobbio, Norberto, *Thomas Hobbes, Op. Cit.*, p. 71.

¹⁰⁵ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Cap. XV, p. 254.

¹⁰⁶ Cfr. Bobbio, Norberto, *Thomas Hobbes, Op. Cit.*, pp. 72-73.

¹⁰⁷ El propio Hobbes reconoce este problema, por lo que la segunda ley de la naturaleza implica que los individuos estén dispuestos a cumplirlas de forma conjunta. Esto se abordará más adelante.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 74.

¹⁰⁹ *Ídem*.

¹¹⁰ Cfr. Fernández Santillán, José F., *Hobbes y Rousseau: Entre la autocracia y la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988, p. 31.

¹¹¹ Cfr. Salazar Carrión, Luis, *Op. Cit.*, p. 218; y Bobbio, Norberto, *Sociedad y Estado en la filosofía moderna, Op. Cit.*, p.127.

A diferencia de Hobbes, Locke considera que las leyes naturales sí pueden ser exigibles y ejecutables dentro del estado de naturaleza.¹¹² Como mencionamos antes, Locke reconoce a cada individuo el derecho natural a hacer cumplir estas leyes, por medio del castigo de su transgresión.¹¹³ Sin embargo, él mismo reconoce que esta justicia en mano propia puede conducir a que, los individuos, hagan de este derecho un medio para la venganza privada.¹¹⁴ La solución a este dilema, de acuerdo con Locke, es la institución del gobierno civil, el cual se encargará de dirimir los conflictos e impartir justicia sobre cada una de las controversias.¹¹⁵

Otro aspecto decisivo en la teoría de Locke, es que no considera que el estado de naturaleza sea consustancial al estado de guerra.¹¹⁶ De hecho, este puede suceder tanto en el estado de naturaleza como en el estado civil-político. Lo que en realidad altera esta situación de paz, es que “algunos” individuos, de manera premeditada, atenten contra la vida de los otros, o pretendan imponer su voluntad por sobre la de los demás, al grado de anular su libertad y reducirlos a una situación de esclavitud.¹¹⁷

Esta amenaza a la vida o libertad, legitima a los individuos para defenderse y actuar con violencia frente a otros. Es decir, les coloca en un estado de guerra.¹¹⁸ El problema aquí es, que en un estado de naturaleza, en donde no existe un poder terrenal, común y superior a todos, con capacidad para juzgarlos, el estado de guerra continúa una vez que empieza. Por su parte, en el estado civil-político, cuando la violencia termina, cesa también el estado de guerra y ambas partes quedan sujetas al arbitrio de la ley.¹¹⁹

Es por esto, que para Locke, la razón guía a los individuos a abandonar el estado de naturaleza, para colocarse a sí mismos dentro de un estado civil-político. Pues, ahí donde hay un poder superior capaz de impartir justicia y reparación, los individuos pueden librarse de las consecuencias del estado de guerra.¹²⁰

¹¹² Cfr. Salazar Carrión, Luis, *Op. Cit.*, pp. 273-274.

¹¹³ Cfr. Locke, John, Cap. II, párr. 7.

¹¹⁴ *Ibidem*, párr. 13.

¹¹⁵ *Ídem*.

¹¹⁶ *Ibidem*, párr. 19.

¹¹⁷ *Ibidem*, párrs. 16-17.

¹¹⁸ *Ibidem*, párr. 19.

¹¹⁹ *Ibidem*, párr. 20

¹²⁰ *Ídem*; y Salazar Carrión, Luis, *Ibidem*, 285.

De nuevo, puede observarse que el paso de un estado a otro se debe a deducciones realizadas por la razón de los individuos. No se trata de una inercia natural a la comunidad, sino un acto voluntario el que da paso a la constitución del Estado.¹²¹ Además, como precisa Bobbio, este cambio en el pensamiento moderno se basa en una metodología racional. La cual, prescinde de cualquier justificación teológica del Estado, para dar una explicación y justificación de este como un hecho puramente humano.¹²² Esta construcción racional del Estado es, a su vez, un proceso de secularización de la legitimidad del gobierno.

I. 2. 2. 1. Los *pactum societatis* y *pactum subiectionis*

Hasta este punto, hemos abordado las causas racionales que guían a los individuos hacia el abandono del estado de naturaleza. Resta mencionar el medio por el cuál, las deducciones de la razón, se materializan en un acto constitutivo del Estado.

Como ya mencionamos, la razón conduce a los individuos hacia la paz, pero para garantizar que esto suceda, la razón no es suficiente, ya que, por más racional que sea para un individuo el actuar conforme a las leyes de la naturaleza, no puede esperar que los demás actúen igual que él.¹²³ Es por esto, que resulta necesario que todos –o la mayor parte de– los individuos, acuerden el establecimiento de un poder común que sea capaz de garantizar el cumplimiento de la ley natural. De esta manera, dice Hobbes, el miedo a que otros no cumplan con la ley es irracional, pues se sabe que hay un poder capaz de hacerla cumplir.¹²⁴

Hobbes materializa este acuerdo por medio del denominado pacto de unión. El cual representa la síntesis de dos modelos de pactos ya existentes en el periodo medieval (*pactum societatis* y *pactum subiectionis*),¹²⁵ pero que son reformulados en clave moderna a partir de su teoría.¹²⁶ Aquí, se conjugan dos actos fundamentales dentro de un mismo

¹²¹ Cfr. Bobbio, Norberto, *Estado Gobierno y Sociedad, Op. Cit.*, p. 80.

¹²² Cfr. Bobbio, Norberto, *Sociedad y Estado en la filosofía moderna, Op. Cit.*, p.127.

¹²³ Cfr. Bobbio, Norberto, *Thomas Hobbes, Op. Cit.*, p. 75.

¹²⁴ Cfr. Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Cap. XIV, p. 235.

¹²⁵ Con el *pactum societatis*, se establece que cierto número de individuos deciden vivir de manera conjunta en sociedad; con el *pactum subiectionis* tal sociedad decide someterse a un poder común. Véase Bobbio, Norberto, *Sociedad y Estado en la filosofía moderna, Op. Cit.*, p. 94.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 95.

pacto,¹²⁷ a saber: la decisión de los individuos de constituirse en una República o Estado; y la decisión de ser gobernados por un poder común. Vale la pena resaltar las palabras que Hobbes propone para realizar el pacto:

“autorizo y abandono el derecho a gobernarme a mí mismo, a este hombre, o a esta asamblea de hombres, con la condición de que tú abandones tu derecho a ello y autorices todas sus acciones de manera semejante.”¹²⁸

Resulta relevante observar que, para Hobbes, este pacto no se realiza entre un pueblo y un soberano, sino que se realiza entre cada uno de los individuos en lo particular, dentro del estado de naturaleza.¹²⁹ Pues en este punto no hay ningún pueblo o comunidad que los identifique o los una. De hecho, es el acuerdo mutuo el que da origen a lo que después será denominado como República.¹³⁰

Para Hobbes, lo que hace posible que la multitud se constituya en República, es la decisión mutua de ser representados por una única persona, la cual se encuentra autorizada para actuar en su nombre. En nombre de la República.

De lo anterior, debe destacarse que uno de los mayores aportes de la obra del Leviatán es la teoría de la autorización y la representación.¹³¹ A partir de ésta, Hobbes explica que una persona es aquella que actúa, o realiza acciones, ya sea en representación de sí misma o de otras. Cuando los actos son considerados como propios, se le denomina persona natural; pero cuando una persona actúa en representación de otra se le denomina persona artificial.¹³²

Siguiendo sobre esta idea, una persona artificial es aquella que representa las acciones que pertenecen a otra persona. La persona a quien las acciones pertenecen es el autor de estas, mientras que la persona que las realiza en su representación es el actor.¹³³ Para que un actor pueda realizar las acciones del autor, éste último debe haber autorizado las acciones del actor.¹³⁴ Al hacer esto, el autor asume como suyas las acciones realizadas por el actor.

¹²⁷ Cfr. Bobbio, Norberto, *Thomas Hobbes, Op. Cit.*, pp. 76-77.

¹²⁸ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Cap. XVII, p. 267.

¹²⁹ Cfr. Fioravanti, Maurizio, *Op. Cit.* p. 80.

¹³⁰ Cfr. Hobbes, *Ídem*.

¹³¹ Cfr. Charles Zarka, *Op. Cit.*, p. 225.

¹³² Cfr. Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Cap. XVI, p. 255.

¹³³ *Ídem*.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 256.

En la teoría de Hobbes, la representación juega un doble papel en la constitución de la persona. Por un lado, la multitud de individuos autoriza a una única persona para actuar en su representación, y esto, a su vez, hace que la multitud deje de serlo, para constituirse en una única persona representada.¹³⁵ Es decir, al autorizar a la persona del actor, la multitud se constituye en la persona del autor. Deja de ser un grupo disperso de individuos, para ahora ser una persona representada por un mismo actor.¹³⁶ La idea queda sintetizada en la siguiente cita:

“Una multitud de hombres se hace una persona cuando son representados por un hombre o una persona siempre que se haya hecho con el consentimiento de cada uno en particular de los de aquella multitud, pues es la unidad del mandatario, no la unidad de los representados, lo que hace de la persona una, y es el mandatario el portador de la persona, y de una sola persona. La unidad en multitud no puede entenderse de otra forma.”¹³⁷

Con esto, Hobbes no solo brinda sustento a su teoría de la constitución de la república y su gobierno, sino que afianza el deber de obediencia que los súbditos tienen con respecto al gobernante.¹³⁸ Originalmente, Hobbes sustentaba el deber de obediencia al soberano sobre la base de la cesión de derechos que se hacía a su favor.¹³⁹ Pero esto generaba un problema, pues de acuerdo con sus propias palabras, esta cesión solo implica el renunciar a mi derecho natural, a fin de no ejercerlo para no obstruir las acciones del soberano.¹⁴⁰ Sin embargo, esta no obstrucción no puede equipararse a una obligación de obedecer.¹⁴¹

¹³⁵ Charles Zarka, *Op. Cit.*, pp. 229-230.

¹³⁶ *Ibidem*, pp. 231-233.

¹³⁷ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Cap. XVI, p. 258.

¹³⁸ Fioravanti, Maurizio, *Op. Cit.* p. 81.

¹³⁹ Puede mirarse la obra de *De Cive*, en la que Hobbes considera que la fuente de la obediencia al soberano se deriva de la cesión de derechos que se hace en su favor. Sin embargo, sigue sin superar el problema de la cesión de derechos como no obstrucción, y no como obligación de obedecer. “Transfiero mi derecho a esta tercera persona, con tal de que tú también transfieras el tuyo; y en virtud de este acuerdo, ese derecho que cada hombre tenía antes y que consistía en hacer uso de sus facultades para su propio provecho queda ahora transferido a un hombre o a un consejo, para que se logre así el beneficio de todos.” Véase Hobbes, *De Cive*, VI, 20, pp. 138-139.

¹⁴⁰ Las palabras de Hobbes son las siguientes: “Renunciar al derecho de un hombre a toda cosa es despojarse a sí mismo de la libertad de impedir a otro beneficiarse de su propio derecho a lo mismo, pues aquel que renuncia, o deja pasar su derecho, no da a otro un derecho que no tuviera previamente [...] sino que simplemente se aparta de su camino, para que pueda gozar de su propio derecho original, sin obstáculos por parte de aquel, no sin obstáculos por parte de otro, por lo que el efecto para un hombre de la falta de derecho de otro hombre no es sino la equivalente disminución de impedimentos para el uso de su propio derecho original.” Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Cap. XIV, p. 229.

¹⁴¹ *Cfr.* Charles Zarka, *Op. Cit.*, p 222.

Con la teoría de la representación la obligación de obedecer adquiere un nuevo sustento. Como mencionamos, al autorizar al actor, el autor asume como propios los actos de aquel. Los actos que serán asumidos por el autor serán solo aquellos que explícitamente haya autorizado, sin embargo, si la autorización es ilimitada, como de hecho lo propone Hobbes,¹⁴² el autor queda obligado a responder por todos aquellos actos que realice el actor, pues se trata de sus propios actos.¹⁴³ Los actos del autor.

Con esto, cuando los súbditos autorizan al soberano el actuar en su representación, asumen la obligación positiva de reconocer como propios todos los actos del soberano.¹⁴⁴ De esta manera, cuando las acciones del soberano se traducen en leyes civiles que buscan garantizar la paz dentro de la comunidad, los súbditos se encuentran obligados a obedecerlas.¹⁴⁵ Ya no se trata de leyes naturales que se siguen de acuerdo a la razón, sino de leyes positivas cuyo cumplimiento es una obligación contraída por su propia voluntad.¹⁴⁶

Como puede apreciarse, el pacto de unión propuesto por Hobbes reconstruye la teoría clásica y medieval de los *pactum societatis* y *subiectionis*, para hacer una propuesta que se origina desde el punto de vista del individuo; y que hace al Estado una construcción que se deriva del acuerdo de sus integrantes. Ya no se trata de una realidad previa, que gobierna por causas de la naturaleza de las cosas, ni por una tradición así perpetuada.

Por su parte, Locke retoma la tradición de los dos pactos desarrollados durante la época clásica y medieval, no obstante esto, su teoría conserva los presupuestos del pensamiento moderno. Considera a los individuos como antecedentes al Estado, y la constitución del Estado se deriva de un acuerdo entre los individuos.

Para Locke, lo primero es que los individuos decidan pasar de una situación dispersa hacia una condición de comunidad.¹⁴⁷ A partir de esto, es decisión de ese pueblo el instaurar un gobierno, cuya finalidad es exclusivamente el garantizar la preservación de los derechos naturales de cada individuo.¹⁴⁸ Para lograr esto, los individuos renuncian a su derecho de regirse exclusivamente por las leyes de la naturaleza, para instituir un poder que genere

¹⁴² Cfr. Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Cap. XVI, p. 258.

¹⁴³ Cfr. Charles Zarka, *Op. Cit.*, p. 240.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 241; y Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Cap. XVII, p. 267.

¹⁴⁵ Cfr. Charles Zarka, *Op. Cit.*, p. 241.

¹⁴⁶ Cfr. Fioravanti, Maurizio, *Op. Cit.* p. 81.

¹⁴⁷ Cfr. Locke, John, Cap. 8, párr. 95 y Ss.

¹⁴⁸ *Ibidem*, Cap. 9, párr.124-125.

leyes civiles;¹⁴⁹ y con ello, renuncian a su derecho de hacer justicia por su propia mano, a fin de instaurar un poder que sea capaz de impartir justicia por medio de leyes previas y ciertas.¹⁵⁰

Así, a diferencia de Hobbes, Locke no desarrolla una teoría compleja sobre la representación y la autorización, sin embargo, desde su teoría es posible determinar los elementos finales que cimentan el pensamiento moderno. En primer lugar, de acuerdo con Bobbio, ningún otro autor presenta con mayor claridad que el principio de legitimidad de cualquier autoridad política es el consenso de los individuos que deciden constituir un gobierno.¹⁵¹ Por tal razón, a decir de Salazar Carrión, en la teoría de Locke es posible identificar la última pieza de la “revolución copernicana”, que consiste en reconocer que, al ser el gobierno una construcción derivada de la voluntad de los individuos, ese poder está al servicio de la sociedad y sujeto a su veredicto.¹⁵²

I. 2. 3. La limitación del poder.

Como hemos podido observar en los apartados anteriores, la doctrina del pensamiento moderno ha tenido como piezas fundamentales: el reconocimiento de los derechos naturales del individuo; y el Estado como una construcción racional derivada de la voluntad de los mismos. Ahora, nos proponemos explicar la manera en que estos dos elementos, derivan en la limitación del poder político del Estado. Y cómo esta limitación, representa uno de los rasgos más destacados de la Constitución moderna.

Para comenzar con nuestro análisis, es conveniente remitirnos a la descripción realizada por Norberto Bobbio, con respecto al Estado liberal como un Estado limitado.¹⁵³ Para Bobbio, los dos rasgos distintivos que caracterizan al Estado liberal –como un Estado limitado– son la garantía de los derechos y el control del poder. La primera, implica una limitación material, que supone el reconocimiento de los derechos naturales como un espacio de libertad para el individuo, e impedido para el Estado; y el segundo, implica una limitación

¹⁴⁹ *Ibidem*, párr. 129.

¹⁵⁰ *Ibidem*, párr. 130.

¹⁵¹ *Cfr.* Bobbio, Norberto, *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*, *Op. Cit.*, p. 87.

¹⁵² *Cfr.* Salazar Carrión, Luis, *Op. Cit.*, p. 301.

¹⁵³ *Cfr.* Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Trotta, España, 2005, p. 300.

formal, con la cual, toda autoridad pública se encuentra sometida a las leyes generales del propio Estado.

A partir de esta distinción, podemos anticipar la hoja de ruta que guiará nuestro estudio. En primer lugar, la limitación del poder por medio del reconocimiento de los derechos naturales y, posteriormente, su limitación por medio de la división de poderes.

I. 2. 3. 1. Derechos como límite al poder.

Como ya hemos analizado, el pensamiento moderno representó un cambio radical en la teoría de los derechos naturales. Hasta ese entonces, la visión premoderna dominante había entendido al derecho natural desde una relación entre derechos y deberes.¹⁵⁴ Los derechos naturales correspondían al gobernante o comunidad, quien detentaba el derecho a mandar, mientras que a los súbditos les correspondían la correlativa obligación de obedecer.

Esta perspectiva, que se sustenta sobre el postulado de una comunidad precedente, es invertida por el pensamiento moderno al proponer al individuo como antecedente al Estado. Con esta inversión, la relación entre derechos y obligaciones se ve alterada, colocando el acento de los derechos sobre los individuos, y las obligaciones sobre del Estado.¹⁵⁵ No debe perderse de vista que, este cambio, no es solo una alteración en la atribución de la obligación –que ahora corresponde al Estado–, sino que, con ello, el contenido de la misma también se ve modificado. Pues, si en la tradición clásica, el Estado era una corporación destinada a su propia conservación, ahora su obligación es el garantizar el desarrollo del individuo en el espacio de mayor libertad posible.

Si bien, ya mencionamos que Thomas Hobbes fue el primero en delinear con mayor claridad el cambio del derecho natural moderno,¹⁵⁶ para este autor, el Estado una vez constituido actúa de manera ilimitada. Pues, la autoridad que los individuos le han concedido, los obliga a reconocer como propios todos los actos que éste realice. Con esto, la teoría de Hobbes nos conduce hacia un modelo de estado absoluto, no limitado.¹⁵⁷

¹⁵⁴ *Ibidem*, pp. 514-515.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 516.

¹⁵⁶ Véase apartado I. 2. 1. Los individuos dotados de una serie de derechos naturales o inherentes.

¹⁵⁷ Aunque Hobbes plantea un modelo de Estado absoluto, él mismo reconoce que el poder del Estado encuentra un límite frente al derecho a la vida de los individuos. Pues, no obstante que el Estado se encuentra

Por tal razón, en la teoría de la limitación del poder, es John Locke el punto de partida obligado.¹⁵⁸ Recordemos que, para el autor, los individuos son libres e iguales por naturaleza, y la única razón por la cual estos ceden parte de su libertad, es con la finalidad de instituir un poder que les garantice una condición “confortable, segura y pacífica, disfrutando sin riesgo de sus propiedades respectivas”.¹⁵⁹

Lo que plantea Locke, es la constitución de un Estado limitado que se encargue de garantizar a cada individuo el pleno y más amplio espacio de libertad.¹⁶⁰ Con esto, Locke sienta las bases del Estado liberal, que se encuentra limitado en su función normativa, en tanto que su origen y finalidad derivan de la voluntad de los individuos para garantizarse el espacio más amplio de derechos.¹⁶¹

En términos liberales, lo que Locke plantea es el reconocimiento de una libertad negativa. Esto es, una libertad como no impedimento.¹⁶² Tradicionalmente, se suele ejemplificar esta libertad como: el individuo puede hacer todo aquello que no le esté prohibido por ley. A partir de esta idea, la propuesta del Estado liberal busca ampliar la esfera de acción de los individuos, y limitar la esfera de poder del Estado. En la medida que las órdenes y prohibiciones del Estado sean limitadas, la esfera de acción de los individuos será más amplia.¹⁶³

De acuerdo con Fioravanti,¹⁶⁴ esto es reflejo de la inversión en la relación entre individuos y Estado. Pues, ahora, no se parte desde el poder del Estado para gobernar, sino desde el derecho natural del individuo para presumirse libre. La libertad es lo primero y debe presumirse su más amplia esfera de acción, mientras que el poder del Estado se debe

autorizado para imponer la ley, las acciones que realice no pueden poner en riesgo, o atentar, la vida de los individuos. Dentro de la teoría de Hobbes, este es el único punto en el que el autor reconoce que los individuos pueden oponerse al Estado. Sin embargo, como apunta Bobbio, este elemento de su teoría encuentra complicaciones para ser defendido por el propio Hobbes. Véase Bobbio, Norberto, *Thomas Hobbes, Op. Cit.*, p. 194.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 514.

¹⁵⁹ Locke, John, Cap. 8, párr. 95.

¹⁶⁰ Cfr. Butleritchie, David T., “The Confines of Modern Constitutionalism”, *3 Pierce L. Rev.* 1 (2004), p. 13.

¹⁶¹ Cfr. Bobbio, Norberto, *Thomas Hobbes, Op. Cit.*, p.178.

¹⁶² Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política, Op. Cit.*, p. 304.

¹⁶³ Cfr. Salazar Ugarte, Pedro, *La Democracia Constitucional, Op. Cit.*, p. 83.

¹⁶⁴ Cfr. Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. 6ª ed., Trotta, España, 2009, p. 40.

presumir limitado, y la única vía de la que éste goza para interferir en esa esfera de libertad es la ley. Viene a bien retomar las palabras de Locke al respecto:

“El poder de los legisladores, aun en su máximo grado, está limitado a procurar el bien público de la sociedad. Es un poder que no tiene más fin que el de la preservación; y, por lo tanto, jamás puede tener el derecho de destruir, esclavizar o empobrecer premeditadamente a los súbditos.”¹⁶⁵

Con este cambio, los individuos reivindican que su libertad solo puede ser limitada por aquel poder legitimado para ello,¹⁶⁶ y solo en la medida que esto garantice el ejercicio de otra libertad. A partir de esta fórmula propuesta por Locke, la ley se convierte en una garantía de la libertad,¹⁶⁷ pues con ella se asegura que el poder político del Estado se encuentra limitado; y que ningún otro actor o poder, sea económico (como en el caso de los señores feudales) o ideológico (como en el caso de la iglesia), puede interferir de manera coactiva sobre las libertades del individuo.¹⁶⁸

De esta manera, el Estado liberal no solo se encuentra limitado en su propia esfera de poder político, sino que debe asegurar que las esferas de poder económico o ideológico, que pueden actuar sobre las libertades de los individuos, también estén limitadas. Esta apuesta liberal se opone a cualquier tipo de ejercicio desmedido del poder, o su concentración en una sola de estas esferas.¹⁶⁹

De acuerdo con Bobbio,¹⁷⁰ este cambio producido por el pensamiento moderno del derecho natural se consolida como un elemento clave del Estado liberal, pues conduce a la sencilla conclusión de que el poder del Estado se encuentra limitado, por el simple hecho de que los individuos tienen derechos.

I. 2. 3. 2. La división de poderes.

¹⁶⁵ Locke, John, Cap. 11, párr. 135.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 39.

¹⁶⁷ Cfr. Blanco Valdés, Roberto L., *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza Editorial, España, 2006, p. 52.

¹⁶⁸ Cfr. Salazar Ugarte, Pedro, *La Democracia Constitucional*, *Op. Cit.*, p. 82.

¹⁶⁹ *Ídem*.

¹⁷⁰ Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, *Op. Cit.*, p. 525.

Una vez establecido que los derechos naturales de los individuos representan un límite al poder del Estado, es necesario aceptar que este límite no es suficiente. Ya que, no basta con afirmar que el Estado se encuentra impedido de transgredir la esfera de libertades, es necesario disponer de un mecanismo que garantice un segundo grado de limitación para el poder. Para ello, la división de poderes representa este arreglo constitucional, encargado de prevenir posibles abusos.¹⁷¹ Mediante ésta, se busca evitar la concentración de poder en un solo órgano del Estado y procurar –como una medida preventiva– que “el poder contenga al poder.”¹⁷²

De acuerdo con Norberto Bobbio,¹⁷³ este acomodo del Estado limitado se realiza por medio de dos operaciones principales: a) la separación de funciones, tradicionalmente entendidas como legislativa, ejecutiva y judicial; y b) la separación de órganos, en los cuales se distribuyen distintas competencias que deben ser diferentes entre cada uno de ellos. A partir de lo anterior, se estructuran los dos principios que guían la división de poderes. Esto es, el principio de legalidad y el principio de imparcialidad.¹⁷⁴ Por medio del primero se garantiza que las funciones ejecutiva y judicial están sometidas a las leyes generales y anteriores que sean emitidas por el legislativo, quien, salvo condiciones excepcionales, detenta la función de legislar. El segundo principio, busca asegurar que el poder judicial se integre de personas distintas e independientes a quienes componen el poder legislativo y ejecutivo.¹⁷⁵

Tanto el principio de legalidad como el de imparcialidad se enfocan en prevenir los abusos de poder.¹⁷⁶ Con el primero se asegura la supremacía de la ley, mientras que con el segundo se garantiza su correcta aplicación.¹⁷⁷ Con esto, se previene la ejecución de actos arbitrarios, es decir que no se sustenten sobre la ley, o parciales, esto es, que en su aplicación se involucre a una de las partes en la causa.¹⁷⁸

¹⁷¹ Cfr. Bovero, Michelangelo, *Prefacio, Op. Cit.*, p. 19.

¹⁷² Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, 17ª ed., Porrúa, México, 2007, Libro XI, Cap., IV, p. 144.

¹⁷³ Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política, Op. Cit.*, p. 313.

¹⁷⁴ Cfr. Salazar Ugarte, Pedro, *La Democracia Constitucional, Op. Cit.*, p. 89.

¹⁷⁵ Cfr. Bobbio, Norberto, *Ídem*.

¹⁷⁶ *Ídem*.

¹⁷⁷ Cfr. Salazar Ugarte, Pedro, *Ídem*.

¹⁷⁸ Cfr. Bobbio, Norberto, *Ídem*.

Como apunta Riccardo Guastini,¹⁷⁹ la división¹⁸⁰ de poderes implica un modelo de organización constitucional que, sin contravenir los principios antes mencionados, asegure la interdependencia recíproca entre cada uno de los poderes. De esta manera, aunque las funciones se encuentren distribuidas entre distintos órganos, cada uno de estos debe tener la potestad de condicionar, frenar o –incluso– revocar los actos de otros.

El origen de esta tradición de Estado limitado, una vez más, se inicia a partir de Locke. Como lo indicamos arriba, para este autor, la ley es la única vía por medio de la cual el poder político puede restringir la esfera de libertades del individuo. Por esta misma razón, considera que el legislador es el poder supremo dentro del Estado, pues a este le corresponde la emisión de leyes generales que rijan la actuación de los demás poderes.¹⁸¹

Sin embargo, también hicimos mención de la limitación a la que está sometido el legislador. Pues los derechos naturales del individuo representan aquella frontera que el legislador no puede transgredir.¹⁸² Ahora bien, si arriba hablamos de un límite material, corresponde explicar el límite formal que Locke establece para el legislador. Esto es, la afirmación de que la concentración de poder en pocas manos, invariablemente conduce al abuso.

Como podemos apreciar en la siguiente cita, Locke, de fuerte convicción liberal, no disimula su desconfianza con respecto a la concentración del poder:

“Y como, debido a la fragilidad de los hombres (los cuales tienden a acumular poder), éstos podrían ser tentados a tener en sus manos el poder de hacer leyes para así eximirse de obedecer las leyes que ellos mismos hacen; y como podrían también tener tentaciones de hacer las leyes a su medida y de ejecutarlas para beneficio propio [...]”¹⁸³

¹⁷⁹ Cfr. Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, 4ª ed., Fontamara, México, 2013, p. 60.

¹⁸⁰ De acuerdo con Riccardo Guastini, podemos distinguir analíticamente entre separación y división de poderes. En el primer caso, la distinción funcional y orgánica entre los poderes, se rige por los principios de especialización e independencia recíproca, de manera que una vez separados, los poderes no interactúan ni se contienen recíprocamente. Por otro lado, en la división, la especialización e independencia se ven reducidas, lo que permite que los poderes mantengan una constante interacción y limitación. Esta última, es la que hoy conocemos como modelo de pesos y contrapesos. Para los efectos del presente trabajo nos apegaremos al criterio de división de poderes. Véase Guastini, Riccardo, *Op. Cit.*, pp. 53-77.

¹⁸¹ Cfr. Locke, John, Cap. 11, párr. 134.

¹⁸² *Ídem.*

¹⁸³ Locke, John, Cap. 12, párr. 143.

Por esta razón, Locke plantea una división de poderes en un plano tanto funcional como orgánico, pues no solo llega a proponer la distinción entre la labor legislativa de la ejecutiva,¹⁸⁴ sino que propone que cada una de estas funciones sea realizada por órganos distintos. De hecho, de acuerdo con su propuesta, el legislativo es un poder temporal que se agota en el acto de legislar, mientras que el ejecutivo es un poder permanente que se encarga de aplicar la ley.¹⁸⁵

Si bien, Locke cimentó las bases de la teoría de la división de poderes, corresponde a Montesquieu su posterior edificación. Dentro de la extensa obra de este autor, se puede vislumbrar una constante reflexión en torno a la limitación del poder. Sin embargo, es claro que en el Capítulo VI, Libro XI de su célebre obra *Del Espíritu de las Leyes*, el autor dedica su estudio a “La Constitución de Inglaterra”¹⁸⁶ y, con ello, a su propuesta de un gobierno limitado, basado en la división de poderes.

Con una presumible influencia de la teoría de Locke, Montesquieu expone en su obra una fuerte oposición al despotismo, el cual define como aquel gobierno en el que “el poder está en uno solo, pero sin leyes ni frenos”.¹⁸⁷ Lo que trae como consecuencia, que se arrastre a la sociedad bajo su “voluntad y capricho”.¹⁸⁸

Como puede apreciarse, para Montesquieu la falta de leyes coloca a la sociedad bajo la incertidumbre y arbitrio de un solo poder, de manera que la función de la ley es limitarlo o moderarlo, a fin de permitir el desarrollo de la libertad.¹⁸⁹ Como lo expone en el Libro XI, “la libertad es el derecho a hacer lo que las leyes permiten”,¹⁹⁰ y, esta libertad, “se encuentra solo en los gobiernos moderados.”¹⁹¹

¹⁸⁴ Cfr. Blanco Valdés, Roberto L., *Op. Cit.*, pp. 55-56.

¹⁸⁵ Cfr. Locke, John, Cap. 12, párr. 144.

¹⁸⁶ Si bien, es a todas luces conocida la estadía que Montesquieu realizó en Londres, entre los años de 1729 a 1732, y que a partir de dicha estancia es posible identificar las influencias que posteriormente quedarían plasmadas en Capítulo VI de “La Constitución de Inglaterra”, de acuerdo con Roberto Blanco Valdés, bajo un estricto rigor histórico, los elementos descritos por Montesquieu en el Capítulo VI, no corresponden a lo que, en los años de su residencia, era la verdadera Constitución de Inglaterra. Situación que no resta valor al trabajo realizado por Montesquieu, sino que abona en el reconocimiento de su argumentación teórica y analítica. Véase Blanco Valdés, Roberto L., *Op. Cit.*, pp. 70-77.

¹⁸⁷ Montesquieu, Libro II, Cap. I.

¹⁸⁸ *Ídem*.

¹⁸⁹ Cfr. Bobbio, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 134.

¹⁹⁰ Montesquieu, Libro XI, Cap. III.

¹⁹¹ Montesquieu, Libro XI, Cap. IV.

Por lo que –al igual que Locke–, Montesquieu observa en la ley una garantía para la libertad.¹⁹² Aunque –de nuevo, al igual que Locke– para el nacido en *La Brède*, la emisión de la ley no es suficiente, pues siempre existirá el riesgo latente de que quien detente el poder abuse de él. Para decirlo con mayor claridad, a continuación citamos uno de los fragmentos más famosos en *Del Espíritu de las Leyes*:

“[...] y una experiencia constante, acredita que el hombre dotado de el [poder], se halla siempre dispuesto a abusar y que abusa hasta tanto que encuentra límites [...] Para que no pueda abusarse del poder, es absolutamente preciso que por la disposición de las cosas, el poder contenga al poder.”¹⁹³

En la cita anterior queda manifiesta la preocupación, así como el remedio, que Montesquieu vislumbra para garantizar la limitación del poder. Esto es, a través de una distribución equilibrada del poder entre diferentes poderes parciales, y no concentrado en las manos de uno solo.¹⁹⁴ Para ello, Montesquieu sugiere una separación orgánica y funcional, a partir de la cual se articulen tres clases de poderes.¹⁹⁵ El legislativo, al que le corresponde la emisión y derogación de leyes; el ejecutivo, encargado de la paz, la guerra y la seguridad; y el judicial, quien castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares.¹⁹⁶

Si bien, esta separación orgánica y funcional es muestra de la intención de Montesquieu por evitar la concentración despótica del poder, no debe perderse de vista la intención detrás de su sentencia, esto es que: “el poder contenga al poder”, no se agota en la separación, sino que requiere de la coordinación¹⁹⁷ entre estos. Es decir, del sistema de frenos y contrapesos.

Como mencionamos antes, de acuerdo con Ricardo Guastini,¹⁹⁸ la división de poderes reconoce un grado de independencia y –hasta cierto punto– especialización de cada poder, sin embargo cada uno de estos guarda entre sí una influencia recíproca que garantiza su contención. En la obra de Montesquieu, cada uno de los órganos supremos (que son el

¹⁹² Cfr. Fioravanti, Maurizio, *Constitución... Op. Cit.* p. 98.

¹⁹³ Montesquieu, Libro XI, Cap. IV.

¹⁹⁴ Cfr. Bobbio, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno... Op. Cit.* p. 135.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 136; y Blanco Valdés, Roberto L., *Op. Cit.*, p. 79.

¹⁹⁶ Cfr. Montesquieu, Libro XI, Cap. VI.

¹⁹⁷ Cfr. Blanco Valdés, Roberto L., *Ibidem*, pp. 81-82.

¹⁹⁸ Cfr. Guastini, Riccardo, *Op. Cit.*, p. 60.

ejecutivo y el legislativo¹⁹⁹) poseen un poder activo el uno sobre el otro, con lo cual cada uno ejerce un control e interviene en la esfera de competencias recíprocas.²⁰⁰

Explícitamente, Montesquieu reconoce a cada poder una facultad de estatuir,²⁰¹ es decir de ordenar por uno mismo o de corregir lo que ha sido ordenado por otro; y la facultad de impedir,²⁰² que es el derecho de anular una resolución tomada por otro. Así, en determinado momento, el ejecutivo puede impedir, por medio del veto, las leyes del legislativo, pero no deja de ser el legislativo el encargado de estatuir la ley que faculta al ejecutivo.

Desde esta interacción y recíproco control, Montesquieu consolida el modelo de Estado liberal, a partir de una limitación del poder. Todo esto, de acuerdo con su propia afirmación, con la finalidad de garantizar un espacio en el que los individuos puedan gozar de manera segura de sus libertades.

I. 3. La Constitución como norma.

Los aportes realizados por el pensamiento moderno representaron las piezas medulares que sostendrían el concepto de constitución en los años posteriores. Aunque, hasta este punto, tales planteamientos se limitaban a una proposición teórica, su puesta en práctica se llevaría a cabo por medio de las Constituciones resultantes de las revoluciones burguesas.²⁰³ Esto es: las constituciones de los estados norteamericanos desde 1776 y la constitución federal estadounidense de 1787 con su Carta de Derechos de 1791, como la constitución francesa de 1791 con su Declaración integrada de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

A partir de este acto, la constitución moderna deja de ser un postulado teórico, para edificarse como una realidad normativa. Con los procesos constituyentes de los Estados Unidos y Francia, las ideas del pensamiento moderno se vieron plasmadas en documentos

¹⁹⁹ Aunque Montesquieu reconoce al poder judicial, éste es considerado como “la boca que pronuncia la ley: seres inanimados que no pueden regular ni su fuerza ni su severidad”. Por esta razón, en su esquema de frenos y contrapesos, el poder judicial no figura con mayor relevancia. No obstante que sí reconoce en las sentencias que éste emite, un carácter permanente.

²⁰⁰ Cfr. Blanco Valdés, Roberto L., *Ibidem*, p. 82.

²⁰¹ Cfr. Montesquieu, Libro XI, Cap. VI.

²⁰² *Ídem*.

²⁰³ Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política, Op. Cit.*, p. 522.

revestidos de un carácter jurídico.²⁰⁴ Con esto, la relación entre constitución y ley pasa a un siguiente nivel, pues el propio concepto de constitución deja de ser un sustantivo que describe la organización de un Estado, para ser ahora la ley fundamental de una nación.²⁰⁵ A decir de Luis Prieto Sanchís, se ha afianzado “un modelo de Constitución que es la traslación al Derecho positivo de las categorías propias del derecho natural”²⁰⁶

De esta manera, la limitación del poder político encuentra una justificación que va más allá de la tradición o las formas preestablecidas. Ahora, toda autoridad lo es, en tanto que así ha sido reconocida por la Constitución.²⁰⁷ De manera que, ya no se trata de un acuerdo por medio del cual un poder político decide la manera cómo gobernará a sus súbditos, sino que son los súbditos quienes acuerdan la creación de un poder político, el cual actuará dentro de los límites por ellos establecidos.²⁰⁸

Como lo ha expuesto Charles McIlwain,²⁰⁹ todo poder que es constituido, es decir creado por la voluntad de los individuos, se encuentra limitado. Ello, en tanto que su actuación se deriva de una autorización. De un acto que lo limita a actuar y conducirse con apego a la ley que le dio origen. El Estado limitado es una creación constitucional.

Con esto, la constitución moderna, no solo delimita la manera por medio de la cual las autoridades pueden actuar, sino que se convierte en el fundamento mismo de dichas actuaciones.²¹⁰ Fuera de ella, cualquier acción por parte del Estado es solo el ejercicio del poder sin límites. Como señala el profesor Dieter Grimm, las reglas previstas en la Constitución pasaron de describir el entorno en que se enmarcaban, a configurarlo. “La 'Constitución' surgió así como un concepto normativo.”²¹¹

Sin duda, uno de los teóricos que mejor llegó a conceptualizar esta transformación constitucional fue Hans Kelsen. Quien, desde tempranas épocas, consideraba que la Constitución determinaba por completo el ordenamiento estatal y la forma de la comunidad

²⁰⁴ Cfr. Grim, Dieter, *Constitutionalism. Past, present, and future*, Oxford University Press, UK, 2016, p. 42.

²⁰⁵ Cfr. Tamayo y Salmorán, *Op. Cit.*, pp. 76-77.

²⁰⁶ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 3ª ed., Trotta, España, 2014, p. 47.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 80.

²⁰⁸ Cfr. Grim, Dieter, *Ibidem*, p. 43.

²⁰⁹ Cfr. McIlwain. *Op. Cit.*, p. 21.

²¹⁰ Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)”, Trad. Tamayo Salmorán, Rolando, Revisión, García Belaude, Domingo, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, ISSN 1138-4824, núm. 15, Madrid (2011), p. 259.

²¹¹ Grim, Dieter, *Ibidem*, p. 44.

establecida por tal ordenamiento. Como afirmaba Kelsen, “la Constitución es siempre el fundamento del Estado, la base del ordenamiento jurídico que se pretende conocer.”²¹²

Sin embargo, este reconocimiento normativo de la Constitución, no se agota en la simple mención de que ésta es una norma jurídica. O que fundamenta la creación de normas jurídicas. Pues tal reducción implicaría un retroceso hasta su definición clásica,²¹³ como “el ordenamiento de las magistraturas”. Es decir, nos limitaríamos a su carácter descriptivo²¹⁴ de un orden social.

A esta noción que, de acuerdo con Carlos S. Nino²¹⁵ podríamos considerar como una expresión *mínima* de Constitución, se opone una en sentido *pleno*. El cual, de acuerdo con el autor, requiere no sólo la existencia de normas que organizan el poder y que están en cierto modo atrincheradas frente al proceso legislativo normal, sino también y, principalmente, que se “satisfagan ciertas exigencias acerca del procedimiento y contenido.”

Hay que resaltar este aspecto del contenido de la norma constitucional, pues tal nos remite a la dimensión material o sustancial de la misma. Para explicar esta dimensión, permítase abusar de la siguiente cita de Hans Kelsen:

“Esta materia aparece efectivamente incluida en la noción corriente de Constitución (se entiende tradicionalmente por Constitución —en sentido material— no solamente las reglas relativas a los órganos y a los procedimientos de la legislación, sino también las reglas que tratan de los órganos ejecutivos supremos y además, la determinación de las relaciones fundamentales entre el Estado y sus súbditos) —por lo que se designa simplemente el catálogo de derechos fundamentales, esto es, si se quiere expresar de una manera jurídicamente correcta, ciertos principios sobre el contenido de las leyes. La práctica de los Estados modernos corresponde a esta noción y sus Constituciones presentan, en general, estas tres partes.”²¹⁶

²¹² Kelsen, Hans, *Op. Cit.*, p. 259.

²¹³ Cfr. Bovero, Michelangelo, *Op. Cit.*, p. 17.

²¹⁴ Cfr. Aguiló Regla, Josep, “Sobre la constitución del Estado constitucional”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, [S.l.], n. 24, nov. 2001, pp. 434-435.; y Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, 7ª Reimpresión, Astrea, Buenos Aires-Bogotá, 2013, p. 3.

²¹⁵ Cfr. Nino, Carlos Santiago, *Ibidem*, p. 4.

²¹⁶ Kelsen, Hans, *Op. Cit.*, p. 262.

La anterior cita deja al descubierto la magnitud de la Constitución como norma. Pues, por un lado, ella misma es la norma que fundamenta la creación y alcance de cualquier actuación estatal;²¹⁷ y, en la misma medida, representa el parámetro a partir del cual toda actuación es evaluada, formal o materialmente.²¹⁸ Con esto, una posibilidad vislumbrada por Locke, cuando proponía a la ley natural como un límite para la supremacía del legislador,²¹⁹ es ahora parte de una realidad positiva que, en efecto, limita –o condiciona– la producción normativa a su correspondencia con la Constitución.

Esto también puede relacionarse con lo que Francisca Pou²²⁰ denomina “la eficacia jurídica” de la Constitución, la cual tiene como objetivo fungir como una verdadera norma suprema en la que convergen las distintas reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación que permiten el funcionamiento del sistema jurídico. Así, la Constitución debe tener la capacidad de dar a las personas “razones para la acción”, a la vez que determina la manera en que todas las autoridades del Estado se encuentran sujetas a llevar a cabo una conducta de *hacer o no hacer*, en tanto los derechos de las personas así lo determinen.²²¹

Como menciona Luigi Ferrajoli, esta regulación jurídica del propio derecho positivo, no solo en su forma de producción, sino también en su contenido, representa una de las conquistas más importantes del derecho contemporáneo.²²² Pues ahora, podemos hablar de un Estado constitucional, el cual se ajusta a determinados vínculos jurídicos formales y sustanciales, que el propio autor denomina como “sistema” o “modelo garantista”.²²³

²¹⁷ Al respecto, viene a bien retomar la precisión realizada por Pedro Salazar: “Tenemos aquí otra clave para distinguir entre un Estado constitucional de derecho y un Estado jurídico cualquiera: ambos son gobiernos *per leges*, pero sólo el primero es también un gobierno *sub lege* limitado materialmente por los derechos fundamentales individuales. Véase Salazar Ugarte, Pedro, *La Democracia Constitucional*, *Op. Cit.*, p. 87.

²¹⁸ Cfr. Kelsen, Hans, *Op. Cit.*, p. 206.

²¹⁹ “[...] Así la ley de la naturaleza permanece como regla eterna a la que han de someterse todos los hombres, tanto los que son legisladores como los que no lo son.” Locke, John, Cap. 11, párr. 135.

²²⁰ Cfr. Pou Giménez, Francisca, Las ineficacias legales y políticas del hiper-reformismo constitucional mexicano, en Serna de la Garza, José María y De los Santos Olivo, Isidro, (Coords.), *La dinámica del cambio constitucional en México*, IJ-UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2018, p. 399.

²²¹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ª ed., Trotta, España, 2009, p. 26.

²²² Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7ª ed., trad. Andrés Ibañes, Perfecto y Greppi, Andrea, Trotta, Madrid, 2007, p. 19.

²²³ *Ídem*. Para Ferrajoli el “garantismo” o “constitucionalismo garantista” puede estudiarse a partir de tres diferentes significados: a) como modelo o tipo de sistema jurídico; b) como teoría del Derecho; y c) como filosofía política “Como *modelo de Derecho*, el constitucionalismo garantista se caracteriza, con respecto al modelo paleo-positivista, por la positivización también de los principios a los que debe someterse la entera producción normativa. Así, se concibe como un sistema de límites y vínculos impuestos por constituciones rígidas a todos los poderes y garantizados por el control jurisdiccional de constitucionalidad sobre su

“Gracias a él, el derecho contemporáneo no programa solamente sus formas de producción a través de normas de procedimiento, sobre la formación de leyes y demás disposiciones. Programa además sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y valores inscritos en sus constituciones.”²²⁴

Por último, resta mencionar que el reconocimiento de un carácter normativo de la Constitución, implica que ésta puede tener una “aplicación directa” sobre cada una de las actuaciones de las autoridades.²²⁵ Es decir, las disposiciones de la constitución se revisten de un carácter obligatorio e imperativo, el cual, a su vez, impregna todo el sistema jurídico²²⁶ y vincula a todas las autoridades a respetar los derechos que la propia Constitución se encarga de proteger.

I. 3. 1. Condiciones de la Constitución como norma

Ahora bien, la transformación constitucional descrita arriba no se detiene en la mera declaración de la Constitución como una norma, sino que, se acompaña, o bien, requiere para su efectividad, articularse por medio de tres principios o condiciones. De acuerdo con Josep Aguiló,²²⁷ la idea de forma constitucional suele describirse a partir de las siguientes condiciones: a) el conjunto de normas fundamentales de ese sistema jurídico-político se halla codificado, es decir, una Constitución escrita; b) el procedimiento para la reforma o derogación está fuera del alcance del legislador ordinario, o, lo que es lo mismo, es un procedimiento agravado en relación con el de la legislación ordinaria. También llamado Constitución rígida; y c) la constitución ocupa una jerarquía normativa superior a la ley dentro del sistema de fuentes, o bien, una supremacía constitucional.

ejercicio: de límites impuestos en garantía del principio de igualdad y de los derechos de libertad, cuya violación por acción da lugar a *antinomias*, es decir a leyes inválidas que requieren ser anuladas mediante la intervención jurisdiccional; de vínculos impuestos esencialmente en garantía de los derechos sociales, cuyo incumplimiento por omisión da lugar a *lagunas* que deben ser colmadas por la intervención legislativa. Véase Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 34, 2011, p. 25. En el último capítulo del presente trabajo se puede encontrar un estudio más detallado acerca del garantismo.

²²⁴ *Ibidem*, p. 20.

²²⁵ Cfr. García de Enterría, E., *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1983, pp. 49-63; y Orozco Solano, Víctor Eduardo, *La fuerza normativa de la Constitución*, Porrúa-IMDPC, México, 2017, p. 21.

²²⁶ Cfr. Casal Hernández, Jesús María, *Las transformaciones del constitucionalismo y la justicia constitucional*, Porrúa-IMDPC, México, 2017, p. 10.

²²⁷ Cfr. Aguiló Regla, Josep, *Op. Cit.*, pp. 441-442.

I. 3. 1. 1. Constitución escrita

Como lo señala Michelangelo Bovero, las Constituciones escritas son un fenómeno tardío en la historia, con el cual podríamos identificar la materialización del pensamiento moderno.²²⁸ Las codificaciones realizadas en las declaraciones de derechos son reflejo de un impulso por hacer exigibles las libertades fundamentales del pensamiento liberal. Al respecto, Bidart Campos considera que la Constitución como un conjunto de normas, fundamentalmente escritas, y reunidas en un cuerpo codificado representa una expresión normativa del pensamiento racional.²²⁹

De esta manera, como bien lo resalta Thomas Paine²³⁰ en su obra de *Los derechos del hombre*, al ser la constitución la base fundamental de la que se deriva todo gobierno, es necesario que la misma pueda ser conocida por todos aquellos quienes intervienen en su conformación. Así, al narrar las discusiones llevadas a cabo en la Convención de Filadelfia, Paine resalta que la publicación y difusión de la constitución aprobada, desembocó en que ésta se convirtiera en la “Biblia política del Estado”, al grado de que ante cualquier discusión sobre ella “los miembros sacaran la constitución impresa de su bolsillo y leyeran el capítulo con el cual estaba relacionado tal asunto en debate.”

Bien, no es intención el redundar sobre los aspectos fundamentales de la constitución como norma jurídica, pero sí es pertinente mencionar que, en la actualidad, el uso más difundido de la palabra constitución hace referencia a un documento físico en que se registran y expresan las leyes fundamentales de un Estado.²³¹ Como lo señala Tamayo y Salmorán,²³² este uso del lenguaje puede no ser producto del pensamiento jurídico, pero sí que es cierto que en éste se plasman de manera diáfana los ideales del pensamiento constitucional, el cual reconoce a la constitución como una norma que garantiza derechos, mientras que ordena y limita al poder político.

²²⁸ Cfr. Bovero, Michelangelo, *Op. Cit.*, p. 17.

²²⁹ Cfr. Bidart Campos, German J., *Manual de la Constitución reformada*, tomo 1, 3ª reimp., Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 291.

²³⁰ Cfr. Paine, Thomas, *Los derechos del hombre*, Matías Carey e Hijos, España, 1821, p. 100; Véase también West, Robin, “Tom Paine’s Constitution”, *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper*, Vol. 89 Va. L. Rev. 1413-1461 (2003), p. 1420.

²³¹ Cfr. Guastini, Riccardo, *Op. Cit.*, p. 28.

²³² Cfr. Tamayo y Salmorán, *Op. Cit.*, pp. 83.

I. 3. 1. 2. Rigidez constitucional

El afirmar que una Constitución es una norma, es decir, una ley, supone la necesidad de explicar qué es lo que la distingue de otras leyes. Si bien, ya antes mencionamos que la Constitución es la pieza fundamental de la legislación, otra distinción posible es la que hace referencia a su “fuerza”.²³³ Con esto nos referimos a las condiciones que se requieren para su modificación.

Al respecto, es bien conocida la distinción entre constituciones flexibles y rígidas. Ambos conceptos apelan a las condiciones que hacen posible la modificación del texto constitucional, pero se distinguen en cuanto a los requisitos que cada uno exige para llevarlo a cabo.²³⁴

Así, en el primero, la Constitución es considerada una norma jurídica, pero su calidad no es distinta a la de cualquier otra ley del sistema, ya que, para su revisión, modificación o derogación, el poder legislativo se encuentra legitimado para actuar sobre ella como cualquier otra norma del ordenamiento.²³⁵ Es decir, su proceso de modificación es el ordinario y disponible para cualquier otra ley.²³⁶

Por su parte, en el segundo caso también estamos hablando de una norma jurídica, sin embargo, su modificación se sitúa fuera del alcance del legislador ordinario,²³⁷ ya que la propia norma establece un procedimiento distinto al de la legislación común.²³⁸ Este procedimiento, no solo es distinto, sino que exige mayores requisitos, o condiciones agravadas, que dificultan su implementación.²³⁹

Esta fuerza que distingue a la Constitución de otras leyes es, a su vez, un elemento que permite asegurar su capacidad de operar como un límite al poder político y una herramienta para la garantía de los derechos.²⁴⁰ Solo bajo la condición de que la Constitución se

²³³ Guastini, Riccardo, *Op. Cit.*, pp. 29-32.

²³⁴ *Cfr.* Orozco Solano, Víctor Eduardo, *Op. Cit.*, p. 153.

²³⁵ *Cfr.* Guastini, Riccardo, *Ídem.*

²³⁶ *Cfr.* Salazar Ugarte, Pedro, *La Democracia Constitucional*, *Op. Cit.*, p. 98.

²³⁷ *Cfr.* Aguiló Regla, Josep, *Op. Cit.*, pp. 441-442.

²³⁸ *Cfr.* Guastini, Riccardo, *Ídem.*

²³⁹ *Cfr.* Bidart Campos, German J., *Op. Cit.*, pp. 292-293.

²⁴⁰ *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, *Op. Cit.*, p.19.

encuentra fuera del alcance del legislador ordinario, es que podemos asegurar que éste, como todas las demás autoridades del Estado, se encuentren sometidas a su autoridad.²⁴¹

Ahora bien, no podemos pasar por alto que la rigidez constitucional no se agota en la formulación de un procedimiento agravado, el cual en sí mismo es un límite formal a la reforma constitucional, sin embargo, el estudio de otro tipo de límites formales, como materiales, para la reforma constitucional será abordado en el tercer capítulo de este trabajo.

I. 3. 1. 3. Supremacía constitucional

Usualmente, algunos teóricos sostienen que la rigidez constitucional es sinónimo de su supremacía, o bien, que es una condición necesaria para la misma.²⁴² Sin embargo, debe distinguirse una de otra, pues la supremacía es una cualidad de la Constitución, mientras que la rigidez hace referencia a una garantía de la misma.²⁴³ Lo que nos conduce a que no se pueda hablar de supremacía sin rigidez.

Esto quiere decir que la Constitución cumple una función dentro del sistema jurídico, pues a partir de ella se reconoce la validez de las demás leyes del sistema. Esto puede apreciarse con mayor claridad en la siguiente cita de Hans Kelsen.

“Sea como fuere, un orden legal positivo no expresa un sistema de normas del mismo rango sino normas supraordinadas o subordinadas, es decir, una jerarquía estratificada, donde el estrato superior es ocupado por la constitución cuya validez está fundamentada por la norma básica presupuesta, y el inferior por las normas individuales que establecen un comportamiento determinado concreto como debido (*gesollt*). En esta estructura la validez de la norma superior que regula la creación de la norma inferior siempre fundamenta la validez de esta última.”²⁴⁴

Ahora bien, aunque la transcripción anterior nos ilustra sobre la función de validez que se le confiere a la Constitución, ésta parece reducirse al cumplimiento de pautas procesales, Sin

²⁴¹ Cfr. Brewer-Carías, Allan, *La Justicia Constitucional (Procesos y procedimientos constitucionales)*, Porrúa, México, 2007, p. 21.

²⁴² Cfr. Muñoz Machado, S., *Constitución*, Iustel Publicaciones, Madrid, 2004, p. 12.

²⁴³ Cfr. Blanco Valdés, Roberto L., *Op. Cit.*, pp. 128-129.

²⁴⁴ Kelsen, Hans, “La función de la constitución”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja*, Año IV, Número 5, Invierno 2010, p. 157.

embargo, como se ha expuesto a lo largo de este capítulo, las Constituciones contienen, de manera positiva, una serie de normas sustanciales referentes a derechos fundamentales. El efecto de esto se refleja en que la validez de una norma no se limita a al cumplimiento de un proceso formal, sino que requiere de una correspondencia sustancial o material de la norma creada.²⁴⁵

Esto puede ser explicado conforme a la distinción entre *validez* y *vigencia* descrita por Luigi Ferrajoli.²⁴⁶ Para el autor, el establecimiento de una ley superior a la legislación ordinaria, la cual regula los procesos de formación normativa, admite la existencia de normas vigentes, es decir, conformes a las normas formales sobre su producción, y que, sin embargo, son inválidas por resultar incompatibles con las normas sustanciales sobre su producción.²⁴⁷

De esta manera, puede entenderse que la vigencia guarda relación con la forma de los actos normativos, mientras que la validez se refiere a la coherencia o compatibilidad.²⁴⁸ Así, la revisión de su regularidad se realiza por medio de la subsunción, y verificación de su aplicación, en el primer caso; y por interpretación y significación en el segundo.²⁴⁹

²⁴⁵ Aunque no siempre se reconoce esta vertiente en la teoría de Hans Kelsen, lo cierto es que el autor no se oponía al contenido sustancial de la Constitución. “De ahí resulta la noción de Constitución en sentido amplio. Es este sentido amplio el que está en juego cuando las Constituciones modernas contienen, no solamente normas sobre los órganos y el procedimiento de legislación, sino además un catálogo de derechos fundamentales de los individuos, o libertades individuales. Es por ello —es el sentido primordial, si no exclusivo de esta práctica—, que la Constitución señala principios, direcciones y límites, para el contenido de las leyes futuras.

Proclamando la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la libertad de opinión, la libertad de conciencia, la inviolabilidad de la propiedad —bajo la forma habitual de una garantía en beneficio de los sujetos, de un derecho subjetivo a la igualdad, a la libertad, a la propiedad etc.— la Constitución dispone, en el fondo, que las leyes no solamente deberán ser elaboradas según el procedimiento que ella prescribe, sino además, que no podrán contener ninguna disposición que menoscabe la igualdad, la libertad, la propiedad, etc. Así, la Constitución no es solo una regla de procedimiento, sino además, una regla de fondo. Por consiguiente, una ley puede ser inconstitucional en razón de una irregularidad del procedimiento en su confección, o en razón de que su contenido contraviene los principios o direcciones formulados en la Constitución, es decir, cuando la ley excede los límites que la Constitución señala.” Véase Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, *Op. Cit.*, p. 260.

²⁴⁶ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Constitucionalismo principalista...*, *Op. Cit.*, p., 25.

²⁴⁷ En el capítulo IV del presente trabajo se presenta un estudio detallado respecto de la teoría de la vigencia y la validez jurídica. Asimismo, para un abordaje más pormenorizado de la teoría de la vigencia y validez, así como de su distinción con la teoría de Kelsen, puede acudirse al destacado intercambio que Ferrajoli sostiene con Juan Ruiz Manero, el cual se rescata en Ferrajoli, Luigi y Ruíz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, España, 2012.

²⁴⁸ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías.*, *Op. Cit.*, p. 21.

²⁴⁹ *Ídem.*

Lo anterior nos lleva a una conclusión, si tal vez no lógica, sí necesaria. Esto es, que la supremacía constitucional, entendida como la función por medio de la cual la Constitución actúa como parámetro de vigencia y validez del orden jurídico, requiere para su efectividad un órgano encargado de la supervisión de esta regularidad. De manera que, para la existencia de la supremacía constitucional se requiere de una garantía jurisdiccional para la misma. Es decir de un control de constitucionalidad.²⁵⁰ Sin embargo, el desarrollo de este tema será realizado en el capítulo subsecuente.

²⁵⁰ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional, Op. Cit.*, p. 80.

II. La justicia constitucional

II. 1. Aclaración conceptual

El presente apartado estará dedicado al estudio de la justicia constitucional. Para lo cual, primero debemos hacer una precisión conceptual. Como señala el Maestro Fix-Zamudio,²⁵¹ el estudio de la justicia constitucional ha sido abordado desde muy diversas denominaciones. Por ejemplo, podemos hacer referencia a la figura del “control de la constitucionalidad”, en el ámbito francés; la ya muy conocida *judicial review*, norteamericana; la *giurisdizione costituzionale*, italiana. Sin mencionar los distintos conceptos que van más allá de una circunscripción geográfica. Como son “jurisdicción constitucional”, “control constitucional”, “supervisión constitucional” o “control de la regularidad constitucional”, entre otros.

A partir de esta diversidad de conceptos, hemos decidido adoptar la propuesta realizada por Fix-Zamudio, quien utiliza el término de justicia constitucional, desde un carácter jurídico en el que este concepto se distingue de “defensa” y “control”, en razón de la amplitud de aplicación que puede ser observado respecto de estos. Ya que, ambos conceptos pueden ser utilizados para hacer referencia a aquellas medidas de carácter “fisiológico” que buscan proteger el orden constitucional,²⁵² sin que esto involucre a una autoridad jurisdiccional.²⁵³

En este sentido, la justicia constitucional forzosamente supone un sistema de medios procesales, a través de los cuales se pueden resarcir las fallas o falencias que los medios no jurisdiccionales permiten.²⁵⁴ Así, mientras que los primeros pueden responder a una lógica

²⁵¹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional. 1940-1965*, III-UNAM, México, 1968, p. 12; Véase también “Por supuesto que existen matices entre estos nombres, ya que, la defensa constitucional comprende instituciones tanto sustantivas como instrumentales; el control constitucional también es bastante amplio, puesto que abarca instrumentos jurídicos y políticos de resolución de conflictos derivados de la aplicación de las normas fundamentales, en tanto que jurisdicción constitucional es el concepto menos extenso, en cuanto comprende la decisión de dichos conflictos por medio de tribunales en sentido estricto, sin embargo hasta hace poco tiempo se ha utilizado con mayor frecuencia la denominación de «justicia constitucional», que posee una amplitud intermedia” Fix-Zamudio, Héctor, “Aproximación al derecho procesal constitucional”, *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, número 3, enero/diciembre, 1999, p. 89.

²⁵² Por ejemplo la propia división de poderes puede representar un medio de carácter interno y “fisiológico” de control constitucional.

²⁵³ *Ibidem*, p. 13.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 14.

política de racionalización del poder,²⁵⁵ los segundos corresponden a una garantía que se activa ante las infracciones, ya sea legales o materiales, que transgreden al texto constitucional. Es decir, responden a una lógica jurisdiccional de corrección del poder.²⁵⁶

Ahora bien, aunque no pasa desapercibida la precisión realizada por Mauro Cappelletti,²⁵⁷ quien comenta que la justicia constitucional es un género dentro del que podemos encuadrar al control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, los juicios de amparo o *habeas corpus*, al mismo tiempo reconocemos que, al ser aquella el concepto de mayor alcance, ello nos permite hacer referencia a distintos antecedentes en los que la justicia constitucional puede ser observada.²⁵⁸

II. 2. Antecedentes

II. 2. 1. La supremacía del *common law* inglés

Si bien, la justicia constitucional, como un método para subordinar la acción estatal a principios superiores a la legislación, fue implementada por primera vez por una Corte Suprema en la famosa sentencia de *Marbury v. Madison*, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la idea no surgió de manera espontánea en aquel juicio. Como señala Cappelletti,²⁵⁹ la versión estadounidense de la justicia constitucional fue el resultado lógico de siglos de pensamiento europeo y la experiencia colonial. Con lo cual, aquella Corte estuvo dispuesta a admitir la primacía teórica de ciertos tipos de mandatos y proporcionó un medio judicial para hacer cumplir esa primacía.

Así bien, desde los escritos realizados por John Locke, en su *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, podemos apreciar aquella idea que nos habla sobre una ley natural que se

²⁵⁵ Cfr. Cappelletti, Mauro, *Obras. La Justicia Constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, Porrúa-Facultad de Derecho-UNAM, México, 2007, p. 23.

²⁵⁶ Cfr. Fix-Zamudio, *ídem*.

²⁵⁷ “En verdad me parece oportuno precisar desde ahora, que el tema del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, no puede identificarse desde luego con la jurisdicción o justicia constitucional, la *Verfassungsgerichtsbarkeit* de los alemanes. Al contrario, no representa otra cosa que uno de los posibles aspectos de la así llamada ‘justicia constitucional’, y es también uno de los aspectos ciertamente más importantes.” Cappelletti, Mauro, *Op. Cit.*, p. 21. En el mismo sentido, Luis Prieto Sanchís menciona que el control de la ley es la manifestación más restringida de la justicia constitucional. Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional*, *Op. Cit.*, p. 31.

²⁵⁸ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional*, *Ibidem*, p. 32.

²⁵⁹ Cfr. Cappelletti, *Judicial Review in Comparative Perspective*, California Law Review, Vol. 58, No. 5 (Oct., 1970), p. 1020.

coloca por encima del legislador.²⁶⁰ La cual condiciona cualquier ley civil que de éste se desprenda. Esta idea, que como ya mencionamos, forma parte del desarrollo de la tradición moderna, deambulaba el pensamiento inglés desde varios siglos atrás.

Como señala Charles McIlwain,²⁶¹ a partir de los escritos realizados por Henry of Bracton, en su obra de 1235, *De legibus et consuetudinibus Angliae* (también conocida como *On the Laws and Customs of England*), es posible encontrar una sugerente distinción entre *gubernaculum* y *jurisdictio*.²⁶² La primera se refiere a aquellas prerrogativas que corresponden al gobierno, las cuales tienen un carácter discrecional y que no están sometidas a ningún control ni límite alguno. Son aquellos actos por medio de los cuales el rey ejerce su poder natural sin reconocer más autoridad que la de Dios.²⁶³ Por otro lado, la *jurisdictio*, también es considerada un monopolio de la Corona, quien es la única autorizada para administrar justicia, pero a diferencia del *gubernaculum*, en este caso no se trata de una prerrogativa discrecional, sino que toda actuación se encuentra sometida a los límites de la ley positiva y coercitiva. De manera que “un acto real más allá de estos límites es *ultra vires*.”²⁶⁴

“Porque en la jurisdicción el rey estaba obligado por su juramento a proceder conforme a la ley y no de otro modo. Aunque los jueces eran suyos, nombrados por él y actuando sólo en su nombre, estaban obligados por sus propios juramentos a determinar los derechos del súbdito no según la voluntad del rey sino según la ley; y cualquier estudio cuidadoso de las masas de alegatos que sobreviven de este período debe convencer a uno de que no se trataba de una mera teoría piadosa, sino en general de la práctica real y general.”²⁶⁵

En este sentido, en tanto que el derecho y su contenido se derivan de una costumbre inmemorable, adoptado por el consentimiento de una diversidad de sujetos más allá del propio rey –quien, además, le presta juramento–, tal derecho no puede ser cambiado ni

²⁶⁰ Cfr. Locke, John, Cap. 11, párr. 135.

²⁶¹ Cfr. McIlwain, Charles, *Op. Cit.*, p. 61-Ss.

²⁶² Cfr. Cappelletti, Mauro y Clarke Adams, John, “Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations”, *Harvard Law Review*, Vol. 79, No. 6 (Apr., 1966), pp.1209-1210.

²⁶³ Cfr. McIlwain, Charles, *Op. Cit.*, pp. 75-76.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 77.

²⁶⁵ *Ídem*.

destruido sin el consentimiento común de todos aquellos por quienes habían sido promulgado.²⁶⁶

Así, posteriormente, en un contexto marcado por la disputa entre la Corona y los tribunales, derivado de las interpretaciones sobre las potestades reales y sus posibles limitaciones,²⁶⁷ en la resolución del caso *Cavendish* de 1587,²⁶⁸ los jueces de la *Court of Commons Plea*, se basaron en la Carta Magna para negarse rotundamente a obedecer las órdenes de la Reina Elizabeth,²⁶⁹ sobre la base de que "las órdenes eran contrarias a la ley del país, en cuyo caso se dijo, nadie está obligado a obedecer tal orden".²⁷⁰

El desarrollo de la tradición judicial inglesa siguió avanzando, al punto de asignar un papel subordinado a la función legislativa tanto del Rey como del mismo Parlamento, sosteniendo que la ley no se creaba sino que se averiguaba o declaraba.²⁷¹ Con esto, el derecho consuetudinario inglés se colocaba como aquel derecho superior que, aunque podía ser complementado por el legislador, no podía ser violado por él. Tal postulado tuvo una de sus expresiones más acabadas en la decisión del multicitado caso *Dr. Bonham*, de 1610. En donde el juez Edward Coke afianzó la supremacía tradicional del *common law*:

“Aparece en nuestros libros que en muchos casos, el *common law* controla los actos del Parlamento y a veces, los juzga totalmente nulos: pues, cuando un acto del Parlamento va en contra del sentido común y la razón, o es incompatible o imposible de aplicar, el *common law* lo controla y juzga como nulo”²⁷²

²⁶⁶ *Ibidem*, p.75. De igual forma, pueden observarse las palabras de Edward Coke en el Parlamento de 1610, durante el Reinado de James I. “To which I answered, that true it is that every precedent ought to have a commencement; but when authority and precedent is wanting, there is need of great consideration before that any thing of novelty shall be established, and to provide that this be not against the law of the land; for I say that the King cannot change any part of the common law, nor create any offence by his proclamation which was not an offence before, without parliament” Véase Hallam, Henry, *The constitutional history of England, from the ascension of Henry VII to the death of George II*, Vol. I, 2ª ed., John Murray, Albemarle Street, London, 1829, p. 458.

²⁶⁷ Cfr. Dawson, John P., “The Privy Council and private law in the tudor and stuart period: II”, *Mich. L. Rev.* [Vol. 48, 1950], p. 649

²⁶⁸ Cfr. *Cavendish's Case* 1 Aud. 152, 123 Eng. Rep. 403 (1582); Hallam, Henry, *Op. Cit.*, pp. 379-380;

²⁶⁹ Cfr. Dawson, John P., *Idem*.

²⁷⁰ Citado por McIlwain, Charles, *Op. Cit.*, p. 95.

²⁷¹ Cfr. Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in Comparative... Op. Cit.*, p. 1027.

²⁷² *Bonham's Case*, 8 Co. Rep. 118b, 77 ER 652. Citado por Allan R Brewer-Carías, Alan R., *La justicia constitucional (Procesos y procedimientos constitucionales)*, Porrúa-IMDPC, México, 2007, p. 9. Al respecto, David Chan Smith realiza algunos apuntes sobre este multicitado párrafo: “Se han aplicado grandes poderes de sutileza a este pasaje para determinar si Coke quiso decir que el derecho consuetudinario anularía la legislación como un acto del poder judicial o si los jueces simplemente interpretarían el acto de tal manera que su repugnancia sea inofensiva. También ha continuado el debate sobre el significado de 'nulo' y si Coke

A partir de tal afirmación, Coke no solo establecía la supremacía del *common law* sobre cualquier ley del Parlamento, sino que, al mismo tiempo, colocaba a los jueces como aquellos quienes debían garantizar tal supremacía del derecho consuetudinario. Anulando las decisiones arbitrarias del soberano por un lado y del Parlamento, por el otro.²⁷³

Sin embargo, este avance de la judicatura inglesa fue paulatinamente relegado al triunfo de la Gloriosa Revolución de 1688, con la cual Inglaterra asentó el principio de la supremacía parlamentaria. A partir de ese momento, el parlamento será, de acuerdo con William Blackstone, *jura summi imperii*.²⁷⁴

II. 2. 2. Las trece colonias y el control de las *Plantation Covenant*

Como apunta Mauro Cappelletti, aunque la Gloriosa Revolución de 1688 marcó el triunfo de la supremacía legislativa en Inglaterra, su impacto en las colonias americanas habría de tener consecuencias distintas. Las colonias, inmersas en el pensamiento de Coke y Locke, ya habían desarrollado una costumbre sobre la interpretación de la ley y la inaplicación de aquellas normas que fueran contrarias a la ley inglesa, vigente en las colonias.²⁷⁵ Como apunta Cappelletti:

“Paradójicamente, la Revolución Gloriosa no solo no logró frenar, sino que en realidad estimuló el desarrollo de esta nueva doctrina de revisión judicial. Según la ley inglesa, toda corporación, desde las empresas privadas hasta los municipios, ‘tiene derecho a actuar únicamente dentro de los límites de su propia carta o constitución’.

quiso decir que el acto era nulo ab initio o simplemente que la cláusula o estatuto no tendría efecto.” Chan Smith, David, *Sir Edward Coke and the reformation of the laws: religion, politics and jurisprudence*, Cambridge University Press, UK, 2014, p. 168.

²⁷³ Cfr. Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in Comparative... Op. Cit.*, p. 1028.

²⁷⁴ “POR el poder soberano, como se observó antes, se entiende la elaboración de leyes; porque dondequiera que resida ese poder, todos los demás deben conformarse a él y ser dirigidos por él, cualquiera que sea la apariencia que pueda tener la forma externa y la administración del gobierno. Porque en cualquier momento está en la opción de la legislatura alterar esa forma y administración por un nuevo edicto o regla, y poner la ejecución de las leyes en las manos que le plazca: y todos los demás poderes del estado deben obedecer a la ley. poder legislativo en la ejecución de sus funciones febriles, o si la constitución ha llegado a su fin.” Blackstone, William, Sir, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Printed at the Clarendon Press, UK, 1765-1769, p. 50.

²⁷⁵ Cfr. Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in Comparative... Op. Cit.*, p. 1029; y Cappelletti, Mauro y Clarke Adams, John, *Op. Cit.*, p. 1211.

De ese principio se sigue que todo acto que exceda la autoridad conferida a la corporación es nulo y no puede ser ejecutado en los tribunales.”²⁷⁶

La práctica común dentro de las colonias inglesas establecía que éstas solo podía hacer aquello establecido en sus respectivas Cartas constitutivas (también conocidas como *Covenants* o *Plantation Covenant*).²⁷⁷ En este sentido, a partir de éstas se disponía expresamente que las colonias podían aprobar sus propias leyes, solo si eran acordes a las leyes del Reino de Inglaterra. Para asegurar su conformidad, la tradición del *common law* autorizaba a los tribunales para decidir sobre su aplicación.²⁷⁸

De acuerdo con una resolución del *Privy Council of the King*, en el caso *Winthrop v. Lechmere*,²⁷⁹ cuando la legislación colonial excedía lo autorizado por las respectivas Cartas, los jueces debían declarar que se había actuado más allá de los poderes conferidos, y dichas leyes debían ser inaplicadas y declaradas nulas.²⁸⁰

Así, la supremacía parlamentaria que en Inglaterra acabó con la propuesta planteada por Coke, en las colonias tuvo como resultado facultar a los jueces para ignorar la legislación local que no estuviera en conformidad con la ley inglesa.²⁸¹ Fomentando en ellos una tradición sobre el contraste normativo.

II. 2. 3. Estados Unidos y la supremacía constitucional

A raíz de la independencia de las Trece Colonias, el surgimiento de la reciente sociedad norteamericana se situó ante una encrucijada respecto al futuro de su sistema jurídico. Como señala Ana Laura Magaloni,²⁸² frente a la disyuntiva, una opción podía ser el

²⁷⁶ Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in Comparative... Idem.* (Traducción propia)

²⁷⁷ Para un estudio sobre la influencia constitucional de estas Cartas véase Borgeaud, Charles, *The Origin and Development of Written Constitutions*, *Political Science Quarterly*, Vol. 7, No. 4 (Dec., 1892), pp. 613-632.

²⁷⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional y la tradición judicial del common law*, Anuario Jurídico, VI-1979, IJJ-UNAM, México, 1979, p. 346.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 347.

²⁸⁰ Como señala Perry Patterson, hubo aproximadamente 8823 actas de las asambleas coloniales sometidas al *Privy Council of the King* en el período de 1696 a 1782 (ochenta y seis años) y más de 600 fueron declaradas nulas. Véase Patterson, C. P., “The Development and Evaluation of Judicial Review [Part 1]”, *13 Wash. L. Rev. & St. B.J.* 75 (1938), p. 76.

²⁸¹ Cfr. Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in Comparative... Op. Cit.*, p. 1030; y Patterson C. P., *idem*.

²⁸² Cfr. Magaloni Kerpel, Ana Laura, *Derecho constitucional en movimiento. El precedente judicial norteamericano*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2021, pp. 5-8.

rompimiento total con la tradición del *common law* inglés, o bien, por otro lado, recuperar esa tradición y adaptarla a las nuevas exigencias de una nación en construcción.

A partir de esto se puede entender que, entre otras cosas, la tradición norteamericana marcará un franco rechazo con respecto a la noción de soberanía parlamentaria, pero conservará la práctica del contraste normativo. Luis Prieto Sanchís²⁸³ opina al respecto, que la posición de los revolucionarios norteamericanos tiene algo de restauración y algo de fundacional. Por un lado, se buscó recuperar una serie de derechos y tradición jurídica basada en el *common law* y la limitación del parlamento; y por otro lado, poner fin a la soberanía parlamentaria, para sustituirla por la supremacía de un acuerdo fundacional. Con esto, se reconocerían dos principios fundamentales que darían forma a la justicia constitucional: la supremacía constitucional y el control jurisdiccional de las leyes.

Tales principios quedaron plasmados en dos artículos de la Constitución de los Estados Unidos. A saber, el artículo VI, párrafo 2²⁸⁴ sobre la supremacía constitucional y el artículo III, sección 2²⁸⁵ sobre la competencia judicial para conocer de la aplicación de la Constitución. De acuerdo con distintos autores, la justificación más pormenorizada con respecto a las anteriores disposiciones, la podemos encontrar en los escritos de Alexander Hamilton en *El Federalista* N° 78, quien escribe:

“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 ocurriera 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.”²⁸⁶

A partir de esto, la tradición jurídica norteamericana consolidó, no solo la ya de por sí importante noción de la supremacía constitucional, sino que, a la vez, la dotó de un

²⁸³ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional, Op. Cit.*, p. 48.

²⁸⁴ Cfr. Artículo VI “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.”

²⁸⁵ Cfr. Artículo III, sección 2 “The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States [...]”

²⁸⁶ Hamilton, Alexander, James Madison y John Jay, *El Federalista*, trad. y pról. de Gustavo R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 866.

mecanismo procesal que garantizaba tal supremacía.²⁸⁷ Así, la *judicial review* representaba un procedimiento con el que los jueces garantizaban que ninguna ley del parlamento pudiera oponerse, o pretender sustituir la voluntad declarada por el constituyente.²⁸⁸

La puesta en práctica de la *judicial review* corrió a cargo de los tribunales locales, quienes ya se encontraban familiarizados con ese tipo de ejercicios, desde los casos del *common law* inglés. Así bien, pueden identificarse precedentes como el de *Vanhorne's Lessee v. Dorrance*, de 1795, en el que el juez Williams Patterson declaró inconstitucional una ley del estado de Pennsylvania.²⁸⁹ Tras preguntarse qué es una Constitución y qué es la legislatura, la sentencia determinó:

“En pocas palabras, señores, la Constitución es la cúspide del sistema político, alrededor de la cual se mueven los cuerpos legislativos, ejecutivo y judicial. Cualquiera que sea la situación en otros países, en éste no cabe la menor duda de que cualquier acto legislativo incompatible con la Constitución, resulta absolutamente nulo...”²⁹⁰

Sin embargo, hasta ese momento, el Poder Judicial Federal –de reciente creación constitucional– aún permanecía ajeno a la práctica de la *judicial review*. Como señala Magaloni, a diferencia de las judicaturas estatales, “aquel era un poder nuevo y, como tal, debía conquistar su espacio y su fortaleza dentro del complejo escenario político de la época.”²⁹¹

²⁸⁷ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional*, Op. Cit., p. 356.

²⁸⁸ Sobre este punto vale la pena citar otro pasaje de Hamilton en El Federalista No. 78: “Sin embargo, por lo que hace a los actos incompatibles de una autoridad superior y otra subordinada, de un poder original y otro derivado, la naturaleza de las cosas y la razón indican que se debe seguir la regla inversa. Nos enseñan que el primer acto de un superior debe ser preferido al acto subsecuente de una autoridad inferior y subordinada, y que, consiguientemente, siempre que determinada ley contravenga la Constitución, los tribunales tendrán el deber de apegarse a la segunda y hacer caso omiso de la primera.”

²⁸⁹ Existen precedentes anteriores, sin embargo muchos de ellos fueron establecidos antes la de Constitución (1787). Por ejemplo, puede mencionarse el caso *Commonwealth v. Caton*, resuelto por la Corte de apelación de Virginia en 1782. En éste, el juez George Wythe explicaba que “si el conjunto de la legislatura intentase superar los límites asignados al pueblo, yo, administrando la justicia publica del País, haría frente a los poderes coaligados, [...] apoyándome sobre la Constitución les diría: que éste es el límite de vuestra autoridad y que no podéis sobrepasarlo” Citado en Blanco Valdés, Roberto I., Op. Cit., p. 144. Un dato interesante, pero fuera del contenido jurídico de la sentencia, es el hecho de que el juez George Wythe fue profesor de John Marshall en el College Williams and Mary. Véase Tamayo y Salmorán, Rolando, *Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional*, Op. Cit., p. 365.

²⁹⁰ Citado en Brewer-Carías, Alan R., *La justicia constitucional...*, Op. Cit., p. 14.

²⁹¹ Magaloni Kerpel, Ana Laura, Op. Cit., p. 19.

Tal situación dio un vuelco histórico a partir de la sentencia *Marbury v. Madison*, resuelta por la Corte Suprema en 1803.

II. 3. La sentencia *Marbury v. Madison* y la *judicial review*

Como señala Luis Roberto Blanco,²⁹² el contexto en torno al cual fue emitida la sentencia de *Marbury v. Madison*²⁹³ no era del todo apacible para la judicatura federal. Si bien, ya mencionamos que las Cortes y Tribunales locales tenían una larga experiencia en la emisión de fallos que controlaban la correspondencia de las leyes con respecto de la Constitución, aún no había un consenso claro con respecto a cual debía ser la labor de la Corte Suprema en este sentido.

Desde las discusiones de la Convención de Filadelfia, el choque entre quienes se decantaban por un poder judicial de mayor competencia local, frente a quienes apelaban por un poder judicial federal bien articulado, marcaron la redacción del artículo III, sección 1 de la Constitución.²⁹⁴ El cual dispone que "El Poder Judicial de los Estados Unidos deberá estar depositado en un Tribunal Supremo y en aquellos tribunales inferiores que el Congreso ocasionalmente ordene y establezca."²⁹⁵

Para poner en marcha este artículo constitucional, la primera Legislatura estadounidense aprobó, el 24 de septiembre de 1789, la *Judiciary Act*. Por medio de la cual se articulaban una serie de tribunales federales inferiores a la Corte Suprema, además de asignar expresamente la competencia federal.

De manera paralela a esto, pero directamente implicado, en el año 1800 Thomas Jefferson fue electo Presidente de los Estados Unidos. Como parte de del partido republicano, Jefferson contemplaba una visión opuesta al fortalecimiento del poder judicial federal, que

²⁹² Cfr. Blanco Valdés, Roberto I., *Op. Cit.*, pp. 170-173.

²⁹³ Cfr. U.S. Reports: *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, (1803). Para el presente estudio se ha usado la sentencia disponible en la página web de la Librería del Congreso de los Estados Unidos. <https://www.loc.gov/item/usrep005137/>. Todas las referencias a la sentencias se derivan de ese documento. Las traducciones son propias, con ayuda de las varias versiones en español que se encuentran disponibles.

²⁹⁴ Cfr. Magaloni Kerpel, Ana Laura, *Op. Cit.*, p. 23.

²⁹⁵ "The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish." Para un estudio sobre la relación de la justicia constitucional con los sistemas federales véase Ferreres Comella, Víctor, "Justicia constitucional, democracia y federalismo: Una aproximación desde la teoría constitucional norteamericana", *Autonomías*, núm. 21, diciembre de 1996, Barcelona, pp. 332-358.

había sido desarrollado durante las presidencias de Washington y Adams.²⁹⁶ Contrario a estos dos últimos, su política pretendía impulsar la preeminencia de los poderes locales, especialmente de las cortes. Para Jefferson, el poder judicial federal, particularmente la Corte Suprema, era visto como un refugio para los federalistas.²⁹⁷

En el enfrentamiento entre visiones republicanas y federalistas, las primeras eran tendientes al fortalecimiento del legislativo, mientras que las segundas se fijaban como defensoras de la *judicial review* como una “novedad histórica de las naciones”.²⁹⁸ Con este telón de fondo es que el caso de *Marbury v. Madison* llega a la Corte Suprema, bajo la presidencia del juez Marshall.

De manera sucinta, los hechos del caso consisten en los siguiente. En vísperas del término de la presidencia de John Adams, éste nombró a cuarenta y dos jueces de paz que aún estaban pendientes de designación. Dentro de estos jueces se encontraba William Marbury, quien fue nombrado juez del distrito de Columbia. Tras las elecciones presidenciales de 1800, en las que resultó ganador Thomas Jefferson, éste indicó a su Secretario de Estado, James Madison, que notificara los nombramientos de solo veinticinco de los cuarenta y dos jueces nombrados por Adams. Dejando fuera de las notificaciones a William Marbury. Quien, inconforme, acudió a la Corte Suprema en busca de que ésta mandatará su nombramiento.²⁹⁹

Si bien, no es ocasión el relatar el análisis del caso, basta mencionar que para su resolución el juez Marshall formuló una serie de preguntas, de las cuales la última resulta

²⁹⁶ Cfr. Blanco Valdés, Roberto I., *ibidem*, 171.

²⁹⁷ Al respecto, Edward Corwin recupera un intercambio entre Jefferson y Dickinson, con respecto al atrincheramiento de los federalistas en el poder judicial. “Two years later, nevertheless, the question of the finality of the judicial view of the Constitution was again to the front, though on a somewhat altered footing. By the election of 1800 the Republicans had captured the Presidency and both Houses of Congress, but the judiciary still withstood them. Now, at the very moment of retiring from power the Federalists proceeded by the Act of February, 1801, substantially to double the number of inferior federal courts, while President ADAMS at once set to work, with the cooperation of the Senate, to fill the newly created offices with Federalist. The federal judiciary, exclaimed RANDOLPH wrathfully, has become ‘a hospital of decayed politicians!’ JEFFERSON’S concern went deeper. Writing DICKINSON he said: ‘They have retired into the judiciary, from which stronghold they will batter down all the works of Republican’” Corwin, Edward S., “Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review”, *Michigan Law Review*, May, 1914, Vol. 12, No. 7 (May, 1914), p. 569.

²⁹⁸ *Ibidem*, pp. 569-570. De acuerdo con algunos estudios, James Madison, Secretario de Estado de Jefferson, en realidad era un defensor de la *judicial review*, no obstante su pertenencia al partido republicano. Véase Patterson, Perry P., “James Madison and Judicial Review”, *California Law Review*, Vol. 28, No. 1 (Nov., 1939), pp. 22-33.

²⁹⁹ *Marbury v. Madison*, p. 138.

especialmente relevante.³⁰⁰ Ya que, una vez establecido que Marbury sí tenía un derecho adquirido por medio del nombramiento del presidente Adams; y que la violación a tal derecho por parte de la autoridad sí podía ser revisada por medio de la judicatura; restaba responder si, a caso la Corte podía emitir un mandamiento al ejecutivo para respetar el nombramiento de Marbury.

Para esto, la Corte observó que la sección 13 de la *Judiciary Act*, de 1795,³⁰¹ la facultaba para emitir “autos de mandamus” (*writs of mandatory*), es decir, órdenes a distintas autoridades del gobierno, en aquellos casos en los que la Corte actuara con jurisdicción originaria. Si bien, esto podía haber significado que la Corte ordenara el nombramiento de Marbury, el razonamiento del juez Marshall corrió en otra dirección.³⁰² A criterio de la Corte, esta facultad contenida en la sección 13 de la *Judiciary Act*, contradecía el artículo III, sección 2 de la Constitución. Pues, de acuerdo con su interpretación, tal ley daba a la Corte una jurisdicción originaria, donde la Constitución la determinaba como de apelación.

“Para habilitar a esta Corte a emitir mandamus, ello debe manifestarse como un ejercicio de jurisdicción apelada, o ser necesario habilitarla para ejercer jurisdicción apelada.”³⁰³

Si bien, son muchas las controversias que se han derivado por esta sección de la resolución, para muchos la decisión final no es lo más relevante de la sentencia *Marbury v. Madison*. Sino, el hecho de que ésta representa la primera ocasión en que la Corte Suprema de los Estados Unidos declaraba inconstitucional una ley federal. Más allá de las opiniones críticas, la mayoría han quedado eclipsadas por los párrafos que siguen en la argumentación del juez Marshall.

³⁰⁰ Las preguntas planteadas por la Corte fueron las siguientes: “1st Has the applicant a right, to the commission he demands?; 2^{dly}. If he has a right, and that right has been violated, do the laws of his country afford him a remedy ?; 3^{dly}. If they do afford him a remedy, is it a mandamus issuing from this court ?” (1^o ¿Tiene el solicitante derecho a la comisión que demanda?; 2^o. Si tiene un derecho, y ese derecho ha sido violado, ¿Las leyes de su país le ofrecen un remedio?; y 3^o Si le dan remedio, ¿se trata de un mandamus de este tribunal? *Marbury v. Madison*, p. 146.

³⁰¹ Reformada en el año 1801, pero no en esta sección.

³⁰² El giro en la argumentación puede observarse en el siguiente párrafo: “The Secretary of State, being a person, holding an office under the authority of the United States, is precisely within the letter of the description, and if this Court is not authorized to issue a writ of mandamus to such an officer, it must be because the law is unconstitutional, and therefore absolutely incapable of conferring the authority and assigning the duties which its words purport to confer and assign.” *Marbury v. Madison*, p. 173.

³⁰³ *Marbury v. Madison*, p. 175.

Para muchos, el legado de la sentencia *Marbury* se resume en el reconocimiento de dos principios básicos para la justicia constitucional: la supremacía constitucional; y el poder y deber de las Cortes de no aplicar las leyes contrarias a la Constitución.³⁰⁴

Con respecto al primero de ellos, Marshall deja ver en su argumentación una influencia directa de Hamilton en el *Federalista* No. 78, con lo cual considera que la supremacía constitucional se basa en un límite establecido hacia el legislador, así, éste queda imposibilitado para alterar el texto constitucional por medio de la legislación común. Las palabras de la sentencia son las siguientes:

“Es una proposición demasiado clara para ser discutida, o la Constitución controla cualquier acto legislativo que le repugne, o la Legislatura puede alterar la Constitución por medio de un acto ordinario.

Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto, siempre que al Congreso le plazca.

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

[...] [C]onsecuentemente, la teoría de cualquier gobierno de ese tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula. Esta teoría está íntimamente ligada al tipo de constitución escrita y debe, por ello, ser considerada por esta Corte como uno de los principios básicos de nuestra sociedad.”³⁰⁵

Por lo que hace al segundo principio, relativo al control de las leyes, Marshall se pregunta qué es lo que las Cortes deben hacer frente a aquellas leyes que se opongan al principio antes mencionado: “Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez?”.³⁰⁶ Su respuesta refleja que, en su obligación de aplicar la ley —especialmente la Constitución—, las Cortes se encuentran obligadas a inaplicar aquellas disposiciones que contradigan a la Constitución.

³⁰⁴ Cfr. Cappelletti, *Obras... Op. Cit.*, p. 41.

³⁰⁵ *Marbury v. Madison*, p. 177.

³⁰⁶ *Ídem.*

“La competencia y la obligación del órgano judicial es declarar lo que es la ley. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes entrañan conflicto entre sí, las cortes deben decidir cuál es el campo de aplicación de cada una.

Y así, si una ley está en conflicto con la Constitución, si ambas, la ley y la Constitución, son aplicables a un caso, de modo que la Corte debe decidir de conformidad a la ley, sin tener en cuenta la Constitución, o conforme a la Constitución desechando la ley; la Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto es aplicable al caso. Ésta es la esencia misma de la obligación de los jueces”³⁰⁷

Al respecto, queda claro que Marshall reconoce que los casos constitucionales representan un problema de aplicación normativa, es decir, establecer cuál de las normas aplicables será la que gobierne el caso. Frente a esto, no cabe duda que la Constitución es el parámetro a partir del cual todas las demás leyes deben ser contrastadas, de manera que si una ley se opone a ella, dicha ley no debe ser aplicada.³⁰⁸ Además, no debe perderse de vista que Marshall no restringe esta obligación de contraste e inaplicación a manos de la Corte Suprema, sino que reconoce en todos los jueces el llevar a cabo esta labor.³⁰⁹ “Ésta –dice– es la esencia misma de la obligación de los jueces”

Así bien, no obstante Cappelletti precisa que la sentencia de *Marbury v. Madison* no representa una expresión de completa originalidad, lo cierto es que él mismo reconoce que ésta sí refleja un constante devenir sobre el camino de la justicia constitucional.³¹⁰ Varios siglos de historia se colocaron detrás del pensamiento de John Marshall para llegar a aquella resolución. Así, como nuestra recapitulación ha dejado ver, la justicia constitucional ha seguido un camino oscilante entre la supremacía parlamentaria y su limitación por medio de aquellos principios, valores o derechos superiores, ahora establecidos en los textos constitucionales.

II. 4. La justicia constitucional como garantía de la Constitución

³⁰⁷ *Marbury v. Madison*, pp. 177-178.

³⁰⁸ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional*, *Op. Cit.*, pp. 367-368.

³⁰⁹ *Ídem.*

³¹⁰ Cappelletti, *Obras... Op. Cit.*, p. 54.

Viene a bien recordar que el concepto de “justicia constitucional” (no así la función) fue utilizado por primera vez en el famoso texto de Hans Kelsen sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución.³¹¹ El cual, deriva de su ponencia previamente presentada en la Quinta Reunión de Profesores Alemanes de Derecho Público que se llevó a cabo en Viena en 1928. Como es sabido, el texto alemán no tuvo mayor repercusión, sin embargo, con posterioridad Kelsen envió una copia a París para su discípulo Charles Eisenmann, quien realizó una traducción al francés.³¹² En esta traducción, después del título inicial de “*La garantie juridictionnelle de la Constitution*”, le es seguida una acotación entre paréntesis que enuncia: “(*La Justice constitutionnelle*)”

A partir de esto, no cabe duda respecto que la justicia constitucional representa una garantía jurisdiccional de la constitución. Sin embargo, viene a bien realizar un repaso sobre los argumentos que llevan a Kelsen a formular esta afirmación.

Como el autor mismo refiere, “la garantía de la Constitución significa, garantía de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución”.³¹³ Aquí, por regularidad se entiende “la relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del ordenamiento jurídico.”³¹⁴ Esto quiere decir, que la garantía de la Constitución, es la “garantía de la constitucionalidad de las leyes”.³¹⁵

Kelsen también apunta sobre dos tipos de actos: actos de aplicación y actos de creación del derecho.³¹⁶ Aunque tradicionalmente se entendía que la legislación era un acto de creación por excelencia, Kelsen llama la atención sobre esto, para precisar que, si bien la legislación crea derecho, esto se deriva de la aplicación de una norma superior que así lo autoriza. De

³¹¹ Cfr. García Belaunde, Domingo, “La constitución y sus justicias”, en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (Coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, IJ-UNAM, México, 2013, pp. 214-215.

³¹² Cfr. García Belaunde, Domingo, “Nota preliminar”, en Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)*, trad. Tamayo Salmorán, Rolando, Revisión, García Belaunde, Domingo, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, ISSN 1138-4824, núm. 15, Madrid (2011), pp. 249-250.

³¹³ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)*, trad. Tamayo Salmorán, Rolando, Anuario Jurídico, IJ-UNAM, No. I, 1974, México, I. 2, p. 474. Todas las citas textuales a la obra se desprenden de esta edición.

³¹⁴ *Ídem.*

³¹⁵ *Ídem.*

³¹⁶ Cfr. Márquez Piñeiro, Rafael, “El tribunal constitucional kelseniano”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea (Coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudio en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo II, IJ-UNAM, IMDPC, Marcial Pons, México, 2008, p. 291.

igual manera, la aplicación de una norma, como por ejemplo, en el caso del dictado de una sentencia, también produce derecho a través de una norma jurídica individualizada. De esta manera, cuando los actos de aplicación o creación se derivan directamente de la Constitución, estos deben ser sometidos a un estudio de su regularidad, a fin de determinar su compatibilidad.³¹⁷

Ahora bien, ya que se ha establecido que la justicia constitucional es una garantía de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución, Kelsen divide estas garantías entre preventivas o represivas, personales u objetivas.³¹⁸

Las primeras –como su nombre lo indica–, buscan prevenir la realización de actos irregulares. Por su parte las segundas, reaccionan contra el acto irregular una vez realizado, a fin de impedir la reincidencia en el futuro, o bien, reparar el daño que se ha causado, a hacerlo desaparecer y eventualmente, a reemplazarlo por un acto regular.³¹⁹

Como señala Kelsen, la noción más difundida sobre una garantía preventiva, suele ser asociada con la creación de un tribunal supremo e independiente, encargado de controlar la creación del derecho.³²⁰

A la instauración de este tribunal, como una garantía preventiva, le sigue la garantía de tipo objetivo, que es “la nulidad o anulabilidad del acto irregular.”³²¹ La nulidad significa que un acto irregular –es decir, que no guarda correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del ordenamiento– no es considerado un acto jurídico. Esto, porque no responde a las condiciones que prescribe una norma jurídica de grado superior. Ello implica que, el acto nulo, carece de antemano del carácter de jurídico, de manera que no hace falta otro acto jurídico que lo anule. Lo que es más, de acuerdo con Kelsen, si un nuevo acto fuera necesario se estará en presencia de una anulabilidad, no de una nulidad.³²²

Con respecto a esta función de la justicia constitucional como garantía de la constitución, el propio Kelsen destaca lo siguiente:

³¹⁷ Cfr. Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional*, *ibídem*, I. 1, p. 472.

³¹⁸ *Ibídem*, III. 8, p. 482; y De acuerdo con Fix-Zamudio, las garantías constitucionales desarrolladas por la teoría de Kelsen, representan “los medios generales que la técnica moderna había desarrollado en relación con la regularidad de los actos estatales en general.”

³¹⁹ *Ídem*.

³²⁰ *Ídem*.

³²¹ *Ibídem*, p. 484.

³²² *Ídem*.

“Entre las medidas técnicas anteriormente indicadas, que tienen por objeto garantizar la regularidad de las funciones estatales, la anulación del acto inconstitucional es la que representa la garantía principal y más eficaz de la Constitución.”³²³

Con esto, el autor considera que la función del tribunal descrito como garantía preventiva, actúa por medio de una garantía objetiva, que es la declaración de nulidad de aquellos actos irregulares. Con esto, Kelsen delinea los contornos principales de su teoría de la justicia constitucional, en la cual dicha función es asignada un único órgano superior e independiente, que tendrá la función de declarar con efectos generales la nulidad de los actos irregulares. Una función descrita por él mismo como un legislador negativo.

A partir de lo anterior, Fix-Zamudio considera que Hans Kelsen sienta las bases de las llamadas garantías constitucionales, las cuales se definen como aquellos medios jurídicos, de naturaleza predominantemente procesal, que están dirigidos a la “reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos de poder”³²⁴

Si bien, ya hemos destacado que la función de la justicia constitucional es consustancial a la labor judicial, a diferencia de la tradición americana, en la que dicha función fue asumida por la propia tradición en manos de los jueces, en la teoría de Kelsen se encuentra una justificación de carácter lógico-jurídico. Así, se concluye aquel paso de proporcionar un medio para garantizar la obediencia del gobierno a la Constitución, el cual se encarga a un órgano separado del poder legislativo y encarnado en el trabajo activo de un tribunal especial. Como destaca García-Pelayo, la jurisdicción constitucional es la garantía institucional básica del Estado constitucional de Derecho.

“Que la primacía de la Constitución, como la de cualquier otra normatividad, es jurídicamente imperfecta si carece de garantía jurisdiccional y, concretamente, si la constitucionalidad de las decisiones y actos de los poderes públicos no son enjuiciables por órganos distintos de aquellos que son sus propios actores.”³²⁵

³²³ *Ibidem*, p. 489.

³²⁴ Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2ª ed., Centro de Estudios Constitucionales México-Centro América, IIJ-UNAM, Corte Constitucional República de Guatemala, México, 1998, párr. 20.

³²⁵ García-Pelayo, Manuel, “El ‘status’ del tribunal constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. I, Núm. I, Enero-abril 1981, p. 18.

II. 5. Justicia constitucional y la aplicación de la Constitución normativa

Existe un consenso más o menos generalizado, el cual ha aceptado que el nacimiento de la Constitución, en un sentido moderno, supone básicamente una pretensión: poner límites al Estado y, como consecuencia de ello, garantizar en sentido amplio, los derechos de los individuos.³²⁶ Para ello, el andamiaje delineado para la consecución de tal objetivo, tuvo como pieza fundamental el sometimiento de todo poder público a una norma de rango superior y dotada de rigidez, a partir de la cual se limita y fundamenta toda actuación estatal.³²⁷

Este paso de un estado legislativo a un estado constitucional, enmarca un cambio en torno a al ordenamiento de los poderes. Así como el Estado legislativo de derecho había supuesto la superación del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, ahora el Estado constitucional de derecho supone que también el legislador se ve sometido al derecho, en este caso a la Constitución.³²⁸ De manera que el gobierno de las leyes, para ser tal, debe ser el gobierno de la Constitución. Manuel García-Pelayo sintetiza este cambio en la siguiente cita:

“La Constitución, en tanto que norma fundamental positiva, vincula a todos los poderes públicos incluidos el Parlamento y por tanto, la ley no puede ser contraria a los preceptos constitucionales, a los principios de que éstos arrancan o que se infieren de ellos, y a los valores a cuya realización aspira. Tal es lo que configura la esencia del Estado constitucional de derecho frente al mero Estado legal de Derecho, bien entendido que el primero no es la negación, sino el perfeccionamiento del segundo.”³²⁹

Sin embargo, no debe perderse de vista que la Constitución no es solo una norma, sino la primera norma del ordenamiento.³³⁰ En tal sentido, esta supremacía constitucional no se limita a una posición superior dentro del orden jurídico, sino que irradia sus efectos sobre el

³²⁶ Cfr. García Belaunde, Domingo, “La constitución y sus justicias”, *Op. Cit.*, p. 25

³²⁷ Cfr. García de Enterría, Eduardo, *Op. Cit.*, pp. 49-50.

³²⁸ Cfr. Gascón Abellán, Marina, “Justicia constitucional: la invasión del ámbito político”, en Ferrer MacGregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea (Coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudio en homenaje a Héctor Fix-Zamudio como cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo I, IJ-UNAM, IMDPC, Marcial Pons, México, 2008, p. 688.

³²⁹ García-Pelayo, Manuel, *Op. Cit.*, p. 18.

³³⁰ Cfr. García de Enterría, Eduardo, *ídem*.

ordenamiento entero, a la vez que se acompaña de cierto tipo de garantías que aseguran su posición, estas son: la rigidez constitucional y la justicia constitucional.³³¹ Es decir, un proceso agravado de reforma que distingue a la norma constitucional de la norma legal; y un órgano encargado de vigilar la correspondencia de todo acto y toda ley con la Constitución.

De esta manera, la función de la justicia constitucional se delineó, desde un primer momento, para afirmar la idea de que era, no solo factible, sino también necesario que un órgano se encargara de verificar el sometimiento de las leyes y los poderes a la Constitución. Es decir, frente al dogma de la soberanía del parlamento y de la ley, era imprescindible un órgano que pudiera controlarlo. “Y controlarlo –señala García Belaunde– era fundamentalmente pronunciarse sobre una conducta determinada, y eso era precisamente la jurisdicción, y si el tema era constitucional, entonces el concepto en juego era necesariamente una jurisdicción constitucional”.³³²

Como ya mencionamos en el primer capítulo de este trabajo, por un lado la Constitución es la norma que fundamenta la creación y alcance de cualquier actuación estatal;³³³ y, en la misma medida, representa el parámetro a partir del cual toda actuación es evaluada, formal o materialmente.³³⁴ En sintonía con esto, Cappelletti resalta que, otra característica del constitucionalismo moderno, más allá del deseo de incorporar ideales inmutables al derecho positivo, muestra una convergencia similar de derecho natural y positivismo.³³⁵ Con esto, considera el autor, en el constitucionalismo moderno hay una clara tendencia hacia la aceptación universal de ciertos valores. Aunque la constitución sigue siendo la ley suprema solo para un estado en particular, existe una notable y creciente similitud en los ideales de muchas constituciones.³³⁶

³³¹ *Ídem.*

³³² García Belaunde, Domingo, “Sobre la jurisdicción constitucional”, en Quiroga León, Anibal, (Comp.), *Sobre la jurisdicción Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 1990, p. 32.

³³³ Al respecto, viene a bien retomar la precisión realizada por Pedro Salazar: “Tenemos aquí otra clave para distinguir entre un Estado constitucional de derecho y un Estado jurídico cualquiera: ambos son gobiernos *per leges*, pero sólo el primero es también un gobierno *sub lege* limitado materialmente por los derechos fundamentales individuales. Véase Salazar Ugarte, Pedro, *La Democracia Constitucional*, *Op. Cit.*, p. 87.

³³⁴ *Cfr.* Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución ... Op. Cit.*, p. 206.

³³⁵ *Cfr.* Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in Comparative... Op. Cit.*, p. 1019.

³³⁶ *Ibidem*, p. 1020.

Resulta claro que, al hablar de valores y principios, Cappelletti está considerando un conjunto amplio de estos. Sin embargo, podemos afirmar que las constituciones modernas, y sobre todo aquellas derivadas de la posguerra, consagran en su texto una serie de derechos humanos. Con lo cual, como ya también mencionamos antes, la sujeción del poder del estado no se limita a un carácter formal o procesal, sino que conlleva la permanente observancia de los límites y obligaciones que estos derechos imponen.³³⁷

En este sentido, la justicia constitucional también adquiere un carácter operativo, pues verifica que las aspiraciones del texto constitucional tengan un reflejo práctico. Esta modalidad de la justicia constitucional, como una garantía del cumplimiento del texto constitucional, es bien descrita por Fix-Zamudio de la siguiente manera:

“Justicia constitucional, concebida como el conjunto de procedimientos de carácter procesal, por medio de los cuales se encomienda a determinados órganos del Estado, la imposición forzosa de los mandamientos jurídicos supremos, a aquellos otros organismos de carácter público que han desbordado las limitaciones, que para su actividad se establecen en la misma Carta Fundamental.”³³⁸

De esta manera, las promesas y aspiraciones enmarcadas dentro de las primeras constituciones modernas, dejan de ser principios organizativos que buscan ser una guía para el legislador, para pasar a ser obligaciones jurídicas, sujetas a una garantía de su regularidad. Por lo tanto, este marco de las constituciones modernas y la justicia constitucional activan los ideales ineficaces y abstractos de la ley natural con las disposiciones concretas de la ley positiva.³³⁹ La justicia constitucional es, precisamente, el método elegido para asegurar que tales promesas tengan un efecto en la realidad.

II. 6. Dos modelos de tribunal

II. 6. 1. El modelo europeo

³³⁷ Cfr. Brewer Carías, Allan R., “Justicia constitucional como garantía de la constitución”, en Von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿hacia un ius constitutionales commune?*, IJ.UNAM, Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010, pp. 29-30.

³³⁸ Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años... Op. Cit.*, p. 15.

³³⁹ Cfr. Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in Comparative... Op. Cit.*, p. 1019.

Como sabemos, el Tribunal Constitucional, al menos el que corresponde a la Europa continental de la posguerra,³⁴⁰ encuentra su génesis en la propuesta de Kelsen, con la que presenta un modelo de tribunal único, facultado para realizar una confrontación abstracta de normas, en la que se prescinde de cualquier valoración de hechos o elementos morales que sean ajenos al orden normativo.³⁴¹ El análisis que realiza el tribunal se circunscribe a un aspecto lógico-formal de compatibilidad entre normas legales y constitucionales, en donde el estudio de la constitucionalidad es el asunto principal y no incidental.³⁴²

Dicha limitación y exclusión de valoraciones morales y de intereses, se debe a la –acotada, pero igual– deferencia que mantiene el modelo kelseniano con respecto del legislador, pues al ser este último el encargado de la creación de normas, tales valores e intereses ya fueron evaluados por el parlamento, y en ese sentido, el tribunal no puede hacer más que concentrarse en verificar su fundamentación constitucional, sin poder intervenir en la evaluación de su aplicación o contenido.³⁴³

Al respecto, de acuerdo con Marina Gascón Abellán, son dos los elementos distintivos del Tribunal Constitucional delineado por Kelsen:

“[...] en primer lugar, verificar un juicio abstracto de normas donde quedase excluida toda ponderación de los valores e intereses que subyacen a la ley o a los hechos que son objeto de su aplicación, por cuanto tales valores e intereses son la fuente y el vehículo de la subjetividad y de la ideología, y en segundo término, adoptar como exclusivo parámetro de enjuiciamiento una Constitución concebida como regla procedimental y de organización y no como generadora de problemas morales y sustantivos.”³⁴⁴

³⁴⁰ Este modelo también es conocido como “modelo austriaco”, debido a que se considera que su génesis se encuentra en el órgano jurisdiccional especializado establecido por la Constitución Austríaca del 1º de octubre 1920, sin embargo, a esta Constitución le precede –por pocos meses– la Constitución checoslovaca de 29 de febrero de 1920. La cual también incorporaba un órgano especializado de control constitucional. Véase Fix-Zamudio, Héctor, “Aproximación al derecho procesal constitucional”... *Op. Cit.*, párr. 22.

³⁴¹ Cfr. Gascón Abellán, Marina, “Justicia constitucional: Entre legislación y jurisdicción”, *Revista Española de Derechos Constitucional*, Año 14, Núm. 41, Mayo-Agosto, 1994, pp. 63-64.

³⁴² Cfr. García de Enterría, Eduardo, *Op. Cit.*, pp. 131-132.

³⁴³ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, Luis, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N. 23 (2000). ISSN 0214-8876, p. 169.

³⁴⁴ Gascón Abellán, *Justicia constitucional... Op. Cit.*, p. 64.

Prieto Sanchís apunta sobre este aspecto, que el modelo de tribunal propuesto por Kelsen “se ocupa de reglas y no de principios”.³⁴⁵ Ello, debido a que el análisis del tribunal, correspondiente a una evaluación de fundamentación normativa, se desarrolla dentro del ámbito de la “determinación” de la norma, sin indagar en el carácter de indeterminación de la misma, pues esta área se reserva al legislador.³⁴⁶

Además, en sus determinaciones, el modelo de tribunal europeo, produce efectos generales en la inconstitucionalidad de la norma. De manera que la misma es completamente expulsada del orden jurídico. Lo que cumple con el criterio ya delineado por Kelsen de un legislador negativo.³⁴⁷

Así, de acuerdo con Fix-Zamudio, quien sigue los apuntes de Piero Calamandrei, el modelo europeo de tribunal es “concentrado, principal, general y constitutivo”.³⁴⁸

II. 6. 2. El modelo americano

Por otro lado, frente a este modelo de tribunal concentrado, basado en una concepción formal y eminentemente procedimental, se sitúa la noción de tribunal basado en un denominado control difuso. En este modelo, las y los jueces asumen un papel protagónico en la elaboración del derecho, restando terreno a la discrecionalidad legislativa.³⁴⁹

Derivado de esto, la función jurisdiccional de las y los jueces que integran el sistema jurisdiccional³⁵⁰ (no un único tribunal) se faculta para supervisar las leyes que emanen del parlamento, ya no solo en su fundamentación constitucional –de carácter procedimental–, sino que también pueden evaluar su compatibilidad material con las normas constitucionales.³⁵¹

Tal vez uno de los mejores ejemplos de este modelo es el que se observa en la tradición norteamericana. La cual, si bien tiene sus rasgos particulares, representa un modelo de

³⁴⁵ Prieto Sanchís, Luis, *Tribunal Constitucional...* *Ibidem*, p. 170.

³⁴⁶ *Ídem*.

³⁴⁷ Cfr. Orozco Solano, Víctor Eduardo, *Op. Cit.*, pp. 13-14.

³⁴⁸ Fix-Zamudio, Héctor, “Aproximación al derecho procesal constitucional”... *Op. Cit.*, párr. 20.

³⁴⁹ Prieto Sanchís, Luis, *Tribunal Constitucional...* *ibidem*, p. 173.

³⁵⁰ Ferrajoli, Luigi, “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho”, en Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2016, p. 93.

³⁵¹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías...* *Op. Cit.*, p. 26.

control de constitucionalidad difuso; que no deja fuera la valoración de los hechos al momento de decidir; y que plantea un fuerte límite al legislador en aras de una protección de derechos fundamentales.³⁵²

El modelo norteamericano, que se desprende de una tradición del *common law* inglés, reconoce en las y los jueces actores fundamentales en la creación del derecho, ya que estos no se limitan a una visión europea continental de la aplicación del derecho preexistente.³⁵³ Si bien, en este modelo todos los tribunales se encuentran facultados para conocer de temas de constitucionalidad³⁵⁴ y, en ese sentido, declarar la inaplicación de una norma, sus efectos se restringen al caso concreto.³⁵⁵ Aunque, también es cierto que a partir de la doctrina de la *Stare decisis*,³⁵⁶ el precedente fijado por la Corte Suprema vincula las decisiones posteriores de los demás tribunales.

Esta función activa de los tribunales puede ser bien entendida a partir de dos textos de relevancia: i) el primero de ellos, los apuntes que Hamilton realiza en *El Federalista*. Aquí se reconoce que el principio de soberanía popular plasmado en la frase inicial de la Constitución de 1787: “*We the people*”,³⁵⁷ representaba un límite a la función legislativa, pues tal función no podía ser desempeñada sin control al grado, incluso, de ser capaz de ir en contra de los derechos de los individuos que le daban sustento, por tal razón las cortes desempeñaban un papel de control de aquellas leyes producidas por el legislador;³⁵⁸ ii) en complemento a esto, la sentencia *Marbury vs. Madison* representó la amalgama perfecta para institucionalizar la doctrina de la *judicial review* y la supremacía constitucional.³⁵⁹

³⁵² Cfr. Salazar, Pedro, *La democracia constitucional... Op. Cit.*, pp. 160-161.

³⁵³ Cfr. Santiago Juárez, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, CONAPRED, México, 2007, p. 46.

³⁵⁴ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Aproximación al derecho procesal constitucional”... *Op. Cit.*, párrs. 17-18.

³⁵⁵ Orozco Solano, Víctor Eduardo, *Op. Cit.*, pp. 9-8.

³⁵⁶ La doctrina de la *Stare decisis*, también conocida como teoría del precedente vinculante, se desarrolla entre los siglos XVI y XVIII en Inglaterra, donde cobra fuerza un entendimiento del *common law* como un derecho creado a partir de las decisiones judiciales. En este sentido, *stare decisis* quiere decir “estar a lo decidido”. Entendiendo con esto que, la decisión establecida por una Corte superior jerárquicamente –y antecedente en el tiempo–, fijaba una regla (*Ratio*) que debía ser seguida en los casos posteriores que presentaran una controversia similar. Véase Ovalle Favela, José, “Tradiciones jurídicas y proceso civil: sentencia, precedente y jurisprudencia”, en Adame Godard, Jorge (Coord.), *Derecho privado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, IJ-UNAM, México, 2005, pp. 445-447; y Legarre, Santiago y Rivera, Julio César, “Naturaleza y dimensiones del ‘*stare decisis*’”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 1, pp. 109 - 124 [2006], pp. 109-111.

³⁵⁷ Santiago Juárez, Mario, *Ibidem*, pp. 48-56.

³⁵⁸ Cfr. Salazar, Pedro, *Op. Cit.*, p. 161.

³⁵⁹ Cfr. Santiago Juárez, *Op. Cit.* pp. 57-60.

Facultando a los tribunales a invalidar las leyes que resultaran contrarias a los principios constitucionales y los derechos fundamentales.³⁶⁰

Una vez más, Fix-Zamudio recupera la distinción propuesta por Calamandrei, para afirmar que el modelo de justicia constitucional realizado por el modelo de tribunal americano es “difuso, incidental, especial y declarativo.”³⁶¹

³⁶⁰ *Cfr.* Salazar, Pedro, *Ibidem.* pp. 162-163.

³⁶¹ Fix-Zamudio, Héctor, “Aproximación al derecho procesal constitucional”... *Op. Cit.*, párr. 20.

III. Reforma constitucional y límites a la reforma constitucional

III. 1. Poder constituyente y poder de reforma

III. 1. 1. Poder constituyente y poderes constituidos

La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos ha acompañado las discusiones relativas a la Constitución desde iniciados los procesos de codificación. Es bien conocida la propuesta establecida por Sieyès en su obra *¿Qué es el tercer Estado?* En la cual, el autor afirma con total claridad, que “la constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente.”³⁶² La distinción, que ya gozaba de contundencia, fue reiterada y profundizada posteriormente en su *Reconocimiento y exposición razonada*, de la que se desprende la siguiente cita:

“Ahora bien, una constitución supone ante todo un Poder Constituyente. Los poderes públicos se hallan todos ellos, sin excepción, sometidos a las leyes, a reglas, a formas, que no pueden alterar a su antojo. [...] En cambio, el Poder Constituyente lo puede todo en este orden de cosas, pues no se encuentra sometido a una constitución previa. La Nación que ejerce entonces el más grande y más importante de todos sus poderes debe encontrarse, en el ejercicio de esta función, libre de todo constreñimiento y de toda forma.”³⁶³

Así, la distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos queda establecida, no solo por una cuestión temporal –relativa a un orden sucesivo en el que uno antecede al otro–, sino también, por una cuestión de rango. En tanto que el primero no se encuentra sometido a ningún límite ni regulación jurídica –de hecho es anterior a todas ellas–, mientras que el segundo, por su propia naturaleza derivada, debe someterse a los límites y regulaciones creadas por el primero.

Si bien, lo dicho anteriormente goza de relativa claridad, resulta pertinente hacer algunas anotaciones. Como señala Jorge Baquerizo,³⁶⁴ siguiendo a Ferrajoli, el concepto de poder constituyente puede ser abordado desde dos perspectivas, una anterior (*ex ante*) y otra posterior (*ex post*) al establecimiento de la Constitución. La primera de estas nociones

³⁶² Sieyès, Emmanuel-Joseph, *¿Qué es el tercer Estado?*, Biblioteca Omegalfa, 2019, p. 62.

³⁶³ Citado en Baquerizo Minuche, Jorge, *El concepto de Poder Constituyente. Un estudio desde la teoría analítica del derecho*, Marcial Pons, España, 2021, p. 27; y Blanco Valdés, Roberto L., *Op. Cit.*, p. 286.

³⁶⁴ Baquerizo Minuche, *Ibidem*, p. 47.

relaciona el poder constituyente con el concepto de “capacidad” o “potencia”. Aquí, al hablar de poder constituyente se está refiriendo a la potestad natural que goza el soberano (sin especificar si es el pueblo, monarca etc.) para instaurar una Constitución.³⁶⁵

Por otro lado, la perspectiva posterior relaciona al poder constituyente con el concepto de “poder”, más específicamente con el concepto de “poder de hecho”. De manera que, para reconocer un “poder de hecho”, esto solo es posible cuando tal poder es efectivamente ejercido, o en otras palabras, cuando el ejercicio de ese poder ha generado un efecto.³⁶⁶

Esto nos conduce a lo siguiente, el poder constituyente, como “poder”, únicamente logra ser observado con posterioridad a su ejercicio. Es decir, con la expresión “ha habido” un poder constituyente. Y esto solo es posible, si en efecto, se ha producido una Constitución.

Ahora bien, como el mismo Ferrajoli apunta, un poder constituyente es: “*la situación de grado no subordinado a ninguna otra e imputada, junto al acto que representa su ejercicio, a un sujeto constituyente.*”³⁶⁷ De la anterior definición, al hablar de una “situación no subordinada”,³⁶⁸ se está refiriendo a que ésta no se deriva ni depende de ningún tipo de regulación o situación previa. Lo que es más, ésta misma es el fundamento de cualquier acto posterior.³⁶⁹ En el mismo sentido, con “sujeto constituyente” se refiere a un sujeto natural e independiente del derecho positivo.³⁷⁰

De esto se concluye que: a) el poder constituyente es un poder no positivo, en tanto que no se deriva de un acto, ya que él mismo es la situación de la que el acto surge; b) no se halla regulado ni predispuesto por ninguna norma, por lo que no puede evaluarse su validez o invalidez; c) es imputado a un sujeto natural, que a diferencia de los sujetos artificiales, no se deriva de ninguna norma; y d) es siempre un poder concretamente ejercido, de manera que, su existencia se verifica por el acto que produce. Solo puede evaluarse a posterior,

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 48-50.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 50.

³⁶⁷ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia, Vol. 1, Teoría del derecho*, Trotta, España, 2007, p. 805. (Cursivas en el original)

³⁶⁸ “*Situación’ es toda modalidad o expectativa positiva o negativa de un acto jurídico.*”, *Ibidem*, p. 287. (Cursivas en el original)

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 805.

³⁷⁰ *Ídem*.

pues una vez que la situación deriva en acto, ésta desaparece.³⁷¹ Es decir, el poder constituyente desaparece una vez que la Constitución es generada.

De acuerdo con Riccardo Guastini, son poderes constituidos, todos aquellos conferidos y regulados por una norma positiva. De lo anterior se desprende, que son poderes constituidos, aquellos que no son constituyentes,³⁷² es decir: a) aquellos que resultan del acto de una situación supraordenada; b) son regulados por una norma, de manera que puede evaluarse su validez o invalidez; y c) se desenvuelven por medio de sujetos artificiales, los cuales son creados y regulados por una norma.³⁷³

III. 1. 2. Poder de reforma constitucional

Desde los primeros ejercicios constituyentes, la posibilidad de modificar las Constituciones recién establecidas fue un tema de atención. Por ejemplo, George Washington consideraba que, así como el pueblo tiene el derecho de establecer una Constitución, de igual manera tiene el derecho de alterarla. Pero, para que esto fuera posible, se requería de un acto explícito y auténtico del pueblo para cambiarla.³⁷⁴ Es decir, que para que una modificación a la Constitución fuera procedente, requería ser contemplado por la propia Constitución.

En sintonía con esto, Hamilton afirmaba que hay un derecho fundamental del pueblo para alterar o abolir la Constitución vigente, pero que “mientras el pueblo no haya anulado o cambiado la forma establecida, por medio de un acto solemne y legalmente autorizado, [la Constitución] seguirá obligándolo tanto individual como colectivamente”³⁷⁵

³⁷¹ *Ídem*; a lo anterior pueden agregarse las conclusiones realizadas por Jorge Baquerizo: “i) el poder constituyente, desde el punto de vista de su manifestación, no es un poder o una competencia jurídica: es un *poder de hecho*; ii) antes de su concreta y efectiva realización no existe ningún poder de hecho, sino simplemente la atribución, en cabeza de un *soberano*, de una *potencia* para desencadenar ciertos hechos (al modo de una propiedad disposicional), y iii) después de su concreta y efectiva realización, el poder de hecho en que consiste el poder constituyente ha desaparecido: queda solo la evidencia de que ciertos hechos, ya ocurridos, de algún modo desembocaron en la producción de un nuevo ordenamiento constitucional.” Véase Baquerizo Minuche, *Op. Cit.*, p. 51.

³⁷² Cfr. Guastini, Riccardo, *Op. Cit.*, p. 35.

³⁷³ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris, Op. Cit.*, pp. 805-806.

³⁷⁴ Negreto, Gabriel L., “Poder constituyente en la tradición americana. El legado problemático de los escritos federalistas”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43 No 3, pp. 787 - 812 [2016], p. 788.

³⁷⁵ Hamilton, A., Madison, J., y Jay, J., *El Federalista*, Velasco, G. R., trad. Fondo de Cultura Económica, México, 1978, pp. 334.

Ambos planteamientos encontraron su mayor articulación en la propuesta presentada por Madison,³⁷⁶ misma que se concretó en el artículo V de la Constitución de Filadelfia, por medio del cual se autorizaba de manera expresa la modificación a la Constitución, pero esta sería realizada por medio de un proceso distinto al de la legislación común, y a cargo de poderes ya previstos constitucionalmente.

De igual manera, en la Asamblea Nacional francesa, el diputado Le Chapelier presentaba una defensa por el derecho del pueblo para modificar la Constitución.

“[...] es que la nación tiene el derecho de revisar y de perfeccionar su Constitución; el segundo es que toda Constitución sabia debe contener en ella misma la voluntad y el medio de llegar a la más alta perfección: pero este medio debe, tanto en su principio como en su consecuencia, ser empleado con circunspección”³⁷⁷

Aunque el proyecto de Le Chapelier no tuvo un alcance más profundo, sí abrió el camino para la posterior consolidación de propuestas como la de Frochot, la cual quedó plasmada en el Título VII de la Constitución de 1791.³⁷⁸ Del cual resulta especialmente relevante, no solo el reconocimiento al derecho del pueblo para modificar la Constitución, sino la necesidad expresa de seguir un procedimiento establecido por la misma.

“considerando que es más conforme al interés nacional usar solamente, por los medios establecidos en la propia Constitución, el derecho de reformar los artículos respecto de los cuales la experiencia haya hecho sentir los inconvenientes”³⁷⁹

De lo anterior, podemos extraer que la posibilidad de modificar la constitución ha sido una constante preocupación de los procesos constituyentes.³⁸⁰ Y, lo que es más, no se ha limitado a una posibilidad, sino que ha encontrado concreción en los propios textos constitucionales. Sin embargo, también es de observar, que en su codificación se ha optado por implementar procesos distintos a los de la legislación común, además de involucrar una diversidad de actores, más allá del solo legislativo. Dando como resultado lo que se conoce

³⁷⁶ Cfr. Negreto, Gabriel L., *Ibidem*, pp. 795-797.

³⁷⁷ Citado en Blanco Valdés, Roberto L., *Op. Cit.*, p. 288.

³⁷⁸ Esta Constitución fue abolida por la Constitución jacobina de 1793. Véase Fioravanti, Maurizio, *Los derechos Fundamentales...*, *Op. Cit.*, pp. 66-67.

³⁷⁹ Citado en Blanco Valdés, Roberto L., *Ibidem*, pp. 294-295.

³⁸⁰ Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, “Poder Constituyente, reforma de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 36, enero-junio 2017, p. 333.

como poder de reforma constitucional. Es decir, un proceso específico para reformar la Constitución, conferido a un órgano constitucional especial.³⁸¹

III. 1. 3. El poder de reforma constitucional como un poder constituido

La recapitulación anterior nos permite observar que la reforma constitucional es, en sí misma, un procedimiento constitucionalmente previsto. Ya que, tanto los constituyentes americanos como franceses, reconocían el derecho a instaurar o modificar una Constitución, como un hecho distinto al procedimiento legal para llevarlo a cabo. Una cosa es el poder de instaurar una Constitución y otra cosa es reformarla.³⁸²

A partir de esto, es posible concluir que las características del proceso de reforma constitucional lo colocan dentro de los que hemos denominado poderes constituidos. Pues, como menciona Sabrina Ragone,³⁸³ el poder constituyente y el poder de reforma son ontológicamente diferentes, el primero se coloca en la frontera entre un poder político y el derecho, mientras que el segundo es completamente jurídico y subordinado.

De hecho, el poder de reforma constitucional resulta del acto de una situación supraordenada, en tanto que su origen se deriva de la propia Constitución; su actividad se encuentra regulada, de manera que es posible evaluar la legalidad de sus actos; además, se desenvuelven por medio de un sujeto artificial, el cual carece de estatus fuera de su existencia constitucional. Así, el poder de reforma, en la medida en que aparece reglado y ordenado en la Constitución, se convierte en un poder limitado.³⁸⁴

Además de esta diferencia, que podemos denominar de rango, pues se expresa por la situación supraordenada entre el poder constituyente y el poder de reforma, también

³⁸¹ *Ídem.*

³⁸² Guastini, Riccardo, *Op. Cit.*, p. 35.

³⁸³ Ragone, Sabrina, *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, Brito Melgarejo, Rodrigo, Trad., Porrúa-IMDPC, México, 2012, p. 25.

³⁸⁴ *Ídem*; Balaguer Callejón, Francisco, “La reforma constitucional en el contexto de la pluralidad de espacios constitucionales de dimensión europea”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, [S.l.], jan. 2008; Nogueira Alcalá, Humberto, *Op. Cit.*, pp. 333-334; y De Vega García, Pedro, *La reforma constitucional como defensa de la constitución y de la democracia*, Fundación Miguel Giménez Abad de estudios parlamentarios y estado autonómico, Ponencia impartida con motivo de la celebración de las II Jornadas de Derecho Constitucional titulada Reforma de la Constitución que tuvo lugar en Barbastro (Huesca), los días 27 y 28 de octubre de 2006, p. 14. Disponible en: <https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/documentacion/la-reforma-constitucional-como-defensa-de-la-constitucion-y-la-democracia>

podemos hablar de una diferencia de competencia o capacidad. Esto, en atención a los actos que cada uno produce.

Esta diferencia puede ser abordada a partir de la precisión realizada por Ferrajoli, quien distingue entre acto constituyente y actos prescriptivos. Como mencionamos más arriba, el poder constituyente es una situación cuyo ejercicio representa un acto constituyente. Que es definido como un “acto institutivo de grado no subordinado a ningún otro e imputado a un sujeto constituyente”.³⁸⁵ Dicho acto, se distingue en razón de su grado supraordenado a cualquier otro, así como por su naturaleza de acto originario o constituyente como ejercicio desregulado.³⁸⁶

Al ser resultado de un poder constituyente, el acto constituyente sigue las características del primero, en tanto que se encuentra en el vértice del sistema, sustraído de cualquier tipo de normas sobre su producción, o bien, normas que regulen o condicionen sus efectos formal o sustantivamente; y no es un acto formal del que pueda predicarse la validez o invalidez,³⁸⁷ pues carece de cualquier requisito de forma.³⁸⁸ En ese sentido, tampoco hay normas que regulen sus efectos, los cuales son –como lo simplifica Guastini– la instauración de una Constitución.³⁸⁹

Por otro lado, el acto preceptivo es un tipo de acto formal, definido de la siguiente manera:

*“‘Acto preceptivo’ es todo acto formal consistente en un precepto y que tiene por efecto y significado, bien normas o situaciones que está habilitado a producir a condición de que se observen todas las normas deónticas de grado supraordenado a ellas, o bien estatus preconstituidos como efectos suyos por la norma hipotético-constitutiva que lo prevé.”*³⁹⁰

Estos, son todos aquellos actos cuyo significado produce como resultado normas, situaciones o estatus. Como señala Ferrajoli, son actos vinculados a un poder –el cual se

³⁸⁵ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris, Op. Cit.*, p. 809.

³⁸⁶ *Ídem.*

³⁸⁷ *Ibidem*, pp. 809-810.

³⁸⁸ Esta idea puede ser bien empatada con la noción de Norberto Bobbio sobre hechos normativos. Los cuales, sin estar calificados por una norma de derecho, se caracterizan por producir normas jurídicas como resultado.

³⁸⁹ *Cfr.* Guastini, Riccardo, *ídem.*

³⁹⁰ Ferrajoli, Luigi, *ibidem*, p. 479. (Cursivas en el original)

ejerce por medio de una relación supraordenada— y un sujeto artificial constitucionalmente previsto.³⁹¹

Estos actos prescriptivos, son desglosados en un subtipo denominado “decisiones”,³⁹² estas son “actos preceptivos cuyo efecto o significado prescriptivo consiste en una situación o en una norma que dichos actos están habilitados a producir observando todas las normas supraordenadas a ellas.”³⁹³

A partir de esta definición es necesario hacer dos apuntes relevantes. En primer lugar, las situaciones o normas a las que se hace referencia, son todos aquellos “deberes o poderes, obligaciones o prohibiciones, derechos subjetivos o funciones, normas deónticas o normas constitutivas”,³⁹⁴ es decir, todas aquellas que se expresan por normas jurídicas. En segundo lugar, debe resaltarse que la formalidad de estos actos requiere, para su efectividad, observar todas aquellas normas supraordenadas, lo que contrario a los actos constituyentes, permite estudiar su validez formal y sustancial.

De esto, puede concluirse que la instauración de una Constitución es un acto distinto a la reforma de la misma. La primera representa un acto constituyente, mientras que el segundo es un acto prescriptivo, del tipo “decisiones”. En ese sentido, cada uno de estos actos corresponden a actores distintos: el primero, como ya lo hemos visto, es resultado de una situación no jurídica en la que el poder constituyente instaura una Constitución, la segunda es una facultad legalmente reconocida a un sujeto constitucionalmente facultado.³⁹⁵

Por último, resta mencionar, que la noción del poder de reforma constitucional como un poder constituido no se encuentra exenta de críticas. Al respecto, autores como Yaniv Roznai,³⁹⁶ han pronunciado argumentos contra esto. El autor considera que el poder de reforma constitucional es un poder *sui generis* pues, dada su función de reformar el texto constitucional, ello lo coloca como una expresión constante del poder soberano del pueblo

³⁹¹ *Ídem.*

³⁹² *Ibidem*, p. 478.

³⁹³ *Ibidem*, p. 482.

³⁹⁴ *Ídem.*

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 881.

³⁹⁶ *Cfr.* Roznai, Yaniv, *Unconstitutional Constitution Amendments. The limits of amendment powers*, Oxford University Press, UK, 2017, pp. 110-112.

para alterar su Constitución. De igual manera Carl Schmitt³⁹⁷ considera que el poder constituyente, como una soberanía del pueblo, no se extingue al momento de instaurar una Constitución, sino que continúa presente en todo momento. Con la posibilidad de alterar el texto a voluntad.

Ambas nociones, que pueden coincidir con lo que algunos llaman “constituyente permanente”, parten de una visión del poder constituyente como un sinónimo de soberanía.³⁹⁸ Como mencionamos anteriormente, esta visión considera al constituyente como una facultad del pueblo para instaurar una Constitución, la cual, en efecto, siempre se encuentra latente, sin embargo, ello no significa que se haya ejercido o que se materialice en los hechos. Por otro lado, de acuerdo con nuestra propuesta de constituyente como situación, está solo se verifica si, en efecto, se ha generado una Constitución. Una vez hecho esto, se extingue.

La diferencia aquí planteada no pretende anular la noción de soberanía del pueblo para instaurar una constitución, solo pretende dejar claro que esta noción de poder constituyente es solo una potencialidad (la probabilidad de que el hecho suceda), pero no así un acto que genere una Constitución.³⁹⁹ De manera que equiparar al poder de reforma con un tipo de constituyente permanente, ignora que el constituyente solo existe si de hecho se ha generado una Constitución.

Como señala Gustavo Zagrebelsky⁴⁰⁰ un poder constituyente permanente es un peligro latente para la estabilidad constitucional, pues si un actor se encuentra facultado para alterar

³⁹⁷ Cfr. Schmitt, Carl, *Constitutional Theory*, Seitzer, Jeffrey, Trad., Duke University Press, USA, 2007, pp. 126-127. “The constitution-making power is not thereby expended and eliminated, because it was exercised once. The political decision, which essentially means the constitution, cannot have a reciprocal effect on its subject and eliminate its political existence. This political will remains alongside and above the constitution. Every genuine constitutional conflict, which involves the foundations of the comprehensive political decision itself, can, consequently, only be decided through the will of the constitution making power itself. Also, every gap in the constitution, in contrast to the lack of clarity in terms of constitutional law and differences of opinion in detail, is filled only through an act of the constitution making power. Every unforeseen case, whose decision the foundational political decision effects, is decided by it.”

³⁹⁸ Cfr. Baquerizo Minuche, *Op. Cit.*, p. 53.

³⁹⁹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, *Op. Cit.*, p. 881.

⁴⁰⁰ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 145. “Potere costituente permanente? Il potere costituente è, secondo Schmitt, il potere sommo o sovrano. Un potere di questo genere è refrattario a qualunque limite giuridico. Di fronte al potere costituente, cioè al popolo riunito in assemblea, tacciono tutte le leggi preesistenti (Rousseau). La democrazia pura, basata sul popolo, riunito in assemblea, che legifera senza incontrare limiti, è un’idea in contrasto con quella di costituzione, cioè con l’idea di una norma che si impone. Il potere costituente può nascere da una rivoluzione che si avvale di leggi

el texto constitucional a voluntad, y sin ningún tipo de restricción, la constitución deja de ser la norma fundamental y límite al poder que está llamada a ser.

En conclusión, el acto de instaurar una Constitución es distinto al acto de reformarla, de manera que el poder de reforma constitucional debe ser entendido como un poder constituido, y por tanto limitado. De lo contrario, si el poder de reforma actuara a voluntad por fuera de cualquier límite, sería entonces, un poder constituyente.

III. 2. Límites a la reforma constitucional

III. 2. 1. Límites explícitos.

Una vez establecido que el poder de reforma constitucional es un poder constituido, es decir, regulado por la Constitución y, por tanto, limitado;⁴⁰¹ resulta procedente referirnos a aquellos límites que la doctrina ha desarrollado en torno de éste.

El primero de ellos corresponde con los denominados límites expresos. Estos son aquellos que se encuentran textualmente enunciados en los documentos constitucionales.⁴⁰² Si bien, antes ya mencionamos que la rigidez constitucional se formula mediante un proceso agravado para la reforma constitucional, en el caso de los límites expresos, ciertos artículos o contenidos constitucionales son sustraídos del poder de reforma.⁴⁰³ Impidiendo cualquier tipo de modificación.

Entre los ejemplos históricos más recurrentes para este tipo de límites se encuentran: los artículos 139 de la Constitución italiana de 1947⁴⁰⁴ y el artículo 89 de la Constitución francesa de 1958,⁴⁰⁵ que prohíben la modificación de la forma republicana de gobierno.⁴⁰⁶

rivoluzionarie rivolte ad imporre un nuovo ordine, ma la costituzione si afferma come tale solo quando <<la révolution est finie>>, perché la rivoluzione non sa che farsi di una costituzione, ma solo di leggi rivoluzionarie.”

⁴⁰¹ Cfr. Ragone, Sabrina, *Op. Cit.*, p. 42.

⁴⁰² Cfr. Guastini, Riccardo, *Op. Cit.*, p. 188.

⁴⁰³ Cfr. Carpizo, Jorge, “El Tribunal Constitucional y el control de la reforma constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 12, julio-diciembre 2009, p. 40

⁴⁰⁴ Cfr. Constitución Italiana de 1947, Artículo 139. “La forma republicana no podrá ser objeto de revisión constitucional.”

⁴⁰⁵ Cfr. Constitución Francesa de 1958, Artículo 89. “[...]La forma republicana de gobierno no podrá ser objeto de ninguna enmienda.” (Traducción propia de la versión en inglés)

⁴⁰⁶ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la constitución ... Op. Cit.*, p. 49.

De acuerdo con Yaniv Roznai,⁴⁰⁷ además de la protección de una determinada forma de gobierno, este tipo de previsiones constitucionales suelen ser utilizadas para proteger aquellos valores o principios que se consideran especialmente importantes. Esto puede ser, tanto los apartados referentes a los derechos fundamentales,⁴⁰⁸ la división de poderes,⁴⁰⁹ o bien, la referencia abstracta a un “espíritu constitucional”.⁴¹⁰

Desde esta perspectiva, los límites explícitos son considerados límites materiales. Pues responden a la noción de una “identidad” constitucional que no puede ser modificada.⁴¹¹ Así, en la medida que se busca afirmar la prevalencia de valores constitucionalmente superiores, a su vez, la misma idea considera que ese conjunto de principios debe quedar fuera del alcance de las mayorías democráticas.⁴¹²

Esta desconfianza frente a las mayorías, o frente a las decisiones democráticas, suele ser ejemplificada por medio de la referencia al mito de Odiseo y las sirenas.⁴¹³ Así, al igual que el capitán que cubrió los oídos de su tripulación con cera y ordenó ser atado a un mástil, a fin de no caer ante el hechizo de la voz de las sirenas, las prohibiciones expresas a la

⁴⁰⁷ Cfr. Roznai, Yaniv, *Op. Cit.*, pp. 16-17.

⁴⁰⁸ Cfr. Constitución Alemana de 1949, Artículo 79.3. “No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los Artículos 1 y 20. [Artículo 1. 1.La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. 2.El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. 3.Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.]”

⁴⁰⁹ Cfr. Constitución de Madagascar de 2010, Artículo 163. “La forma republicana del Estado, el principio de la integridad del territorio nacional, el principio de la separación de poderes, el principio de la autonomía de las Colectividades Territoriales Descentralizadas, la duración y el número del mandato del Presidente de la República, no podrá ser objeto de revisión.” (Traducción propia a partir de la versión en inglés)

⁴¹⁰ Roznai, Yaniv, *Ibidem*, p. 22.

⁴¹¹ Ragone, Sabrina, *Ibidem*, p. 45.

⁴¹² Roznai, Yaniv, *Ibidem*, p. 17.

⁴¹³ Véase Homero, *Odisea*, Pabón, José Manuel, Trad., Gredos, Madrid, 1982, XII, 35-50, p. 286. “Así, pues, todo eso ha quedado cumplido; tú escucha lo que voy a decir y consérvete un dios su recuerdo. Lo primero que encuentres en ruta será a las Sirenas, que a los hombres hechizan venidos allá. Quien incauto se les llega y escucha su voz, nunca más de regreso el país de sus padres verá ni a la esposa querida ni a los tiernos hijuelos que en torno le alegren el alma. Con su aguda canción las Sirenas lo atraen y le dejan para siempre en sus prados; la playa está llena de huesos y de cuerpos marchitos con piel agostada. Tú cruza sin pararte y obtura con masa de cera melosa el oído a los tuyos: no escuche ninguno aquel canto; sólo tú lo podrás escuchar si así quieres, mas antes han de atarte de manos y pies en la nave ligera. Que te fijen erguido con cuerdas al palo: en tal guisa gozarás cuando dejen oír su canción las Sirenas. Y si imploras por caso a los tuyos o mandas te suelten, te atarán cada vez con más lazos. Al cabo tus hombres lograrán rebasar con la nave la playa en que viven esas magas.”

reforma constitucional suponen una desconfianza⁴¹⁴ ante la naturaleza impulsiva de las mayorías.⁴¹⁵

Ahora bien, además de esta tensión que podemos considerar política, las disposiciones constitucionales que limitan expresamente el poder de reforma constitucional, también se enfrentan a una tensión teórica. Pues, como señala Riccardo Guastini,⁴¹⁶ una reforma constitucional que modifique aquella materia expresamente prohibida por alguno de estos límites expuestos, será considerada contraria a la Constitución. Sin embargo, esto no previene que, a su vez, el propio artículo que explicita la prohibición de reforma sea reformado.

Al respecto, Yaniv Roznai,⁴¹⁷ a partir de la interpretación de un fragmento de Kelsen,⁴¹⁸ considera que “una disposición que prohíbe cualquier modificación no es inválida por su propia naturaleza”, por lo que, en el caso de una norma que prohíbe la modificación de otra, “no es legalmente posible modificar la disposición de protección.” Esto lleva al autor a afirmar, que las disposiciones que marcan un límite expreso a las reformas constitucionales, se colocan en una suerte de supraconstitucionalidad.

En un sentido similar se ha pronunciado la Corte Constitucional Italiana en la Sentencia 1146/1988.⁴¹⁹ En ésta, la Corte determinó que el artículo 139 de la Constitución, el cual

⁴¹⁴ Cfr. Elster, Jon, “Majority rule and individual rights”, en Savic, Obra (ed.), *The politics of Human Rights*, Verso, EEUU, 2002, p. 146.

⁴¹⁵ Cfr. Pazé, Valentina, “La demagogia, ayer y hoy”, *Ansamios*, 13, 30, 2016, pp. 115-116.

⁴¹⁶ Cfr. Guastini, Riccardo, *Op. Cit.*, pp. 50-52.

⁴¹⁷ Roznai, Yaniv, *Op. Cit.*, pp. 136-137.

⁴¹⁸ Véase Roznai, Yaniv, *Ibidem*, p. 136. “Contrary to a widespread opinion in the field of jurisprudence, the question whether norm exist which cannot be derogated must be answered in the positive if the question means: whether there norm whose validity –according to their own meaning– cannot be repealed by a derogating norm, and if the question does not mean whether not every norm may lose its efficacy, and thereby its validity, and be replaced by another norm regulating the same subject matter in a different way.”

⁴¹⁹ Véase Corte Costituzionale, *SENTENZA N.1146/1988*, Dicembre 1988. “La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana.

Questa Corte, del resto, ha già riconosciuto in numerose decisioni come i principi supremi dell'ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale, sia quando ha ritenuto che anche le disposizioni del Concordato, le quali godono della particolare <copertura costituzionale> fornita dall'art. 7, comma secondo, Cost., non si sottraggono all'accertamento della loro conformità ai <principi supremi dell'ordinamento costituzionale> (v. sentt. nn. 30 del 1971, 12 del 1972, 175 del 1973, 1 del 1977, 18 del 1982), sia quando ha affermato che la legge di esecuzione del Trattato della CEE

enuncia una limitación expresa para la reforma constitucional, debía ser entendido en conjunto con aquellos principios que busca proteger. Esto es, la forma de gobierno republicano. De manera que, tanto el artículo 139, como aquellos valores que forman parte del gobierno republicano, se encuentran en un rango superior dentro de la Constitución, y excluidos de toda reforma. De esto se sigue, que una reforma que pretenda modificar la forma de gobierno recaería en invalidez, así como aquella que pretende reformar al artículo que la protege.

“La Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni por las leyes de revisión constitucional ni por otras leyes constitucionales. Estos son los principios que la propia Constitución prevé explícitamente como límite absoluto a la facultad de revisión constitucional, como la forma republicana (artículo 139 de la Constitución), así como el principio, aunque no se menciona expresamente entre los no sujetos al procedimiento de revisión constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos en los que se basa la Constitución italiana.”⁴²⁰

Sin embargo, la objeción de Guastini sigue presente. Ya que, de no ser por una interpretación que se base en valores supra o metaconstitucionales, de una disposición que prohíbe la reforma de una parte de la Constitución no se sigue lógicamente que tal disposición sea, a su vez, inmodificable. Si la norma *a* prohíbe la reforma de la norma *b*, quiere decir que el proceso de reforma que produzca una norma *b'* sería inválido. Sin embargo, no podría llegarse a la misma conclusión si del proceso de reforma se produce la norma *a'*. La única manera de evitar que la norma *a* sea modificada, es si existe una norma *c* que lo prohíba. Generando una larga cadena de prohibiciones.

III. 2. 2. Límites implícitos

può essere assoggettata al sindacato di questa Corte <in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana> (v. sentt. nn. 183 del 1973, 170 del 1984).

Non si può, pertanto, negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Se così non fosse, del resto, si verrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore.”

⁴²⁰ *Ídem.*

III. 2. 2. 1. Límites implícitos formales

Como hemos mencionado, los límites expresos a la reforma constitucional son aquellos que se formulan mediante enunciados categóricos que prohíben una modificación a la Constitución. Por su parte, los límites implícitos no se encuentran en el texto constitucional, sino que se deducen indirectamente,⁴²¹ ya sea como una consecuencia lógica de los presupuestos en que descansa el sistema constitucional en su conjunto, o bien como correlato de ciertos significados contenidos en determinados preceptos de la Constitución.⁴²²

Los primeros a los que nos referiremos son los límites implícitos de carácter formal. Dentro de estos, suelen asignarse aquellas normas que regulan el proceso de reforma constitucional, ya que éste limita formalmente la manera en que una reforma constitucional puede ser llevada a cabo.⁴²³ Este tipo de límites se consideran implícitos, pues el proceso de reforma no prohíbe textualmente alguna modificación —como lo hacen los límites explícitos—, sino que sujeta a cualquier reforma a respetar estrictamente el procedimiento establecido.⁴²⁴ De esta manera, el proceso de reforma se ubica como un mínimo de entendimiento con respecto a la reforma constitucional.⁴²⁵

Así, la rigidez constitucional, entendida como un procedimiento agravado para la reforma constitucional, representa una limitación constitucional en dos sentidos. En primer lugar, impide al legislador ordinario para realizar cualquier tipo de cambio constitucional; y, en segundo lugar, limita al poder de reforma a seguir el procedimiento constitucionalmente establecido.⁴²⁶ Lo que da como resultado, que una reforma constitucional que no siga el procedimiento asignado, no será reconocida como tal. Al respecto, puede observarse lo expuesto por Díaz Ricci:

⁴²¹ Cfr. Guastini, Riccardo, *Op. Cit.*, p.188 ; y Carpizo, Jorge, *Op. Cit.*, p. 42.

⁴²² Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, “El amparo en revisión 186/2008, en Astudillo, César y Córdova, Lorenzo (Coords.), *Reforma y control de la Constitución: Implicaciones y límites*, IIJ-UNAM, México, 2011, p. 103.

⁴²³ *Ídem*; e Higuera Jiménez, Diego Mauricio, “Límites al poder de reforma, modificaciones y alteraciones a la Constitución”, *Revista Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, Vol. 16, N° 32, Colombia, Julio-Diciembre de 2017, p. 107.

⁴²⁴ Cfr. Flores, Imer B., “Sobre la reforma a la Constitución y su control: a propósito de las implicaciones y limitaciones del amparo 186/2008”, en Astudillo, César y Córdova, Lorenzo (Coords.), *Reforma y control de la Constitución: Implicaciones y límites*, IIJ-UNAM, México, 2011, p. 134.

⁴²⁵ Cfr. Dellinger, Walter, “The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process”, *Harvard. Law. Rev.* 386, 403 (1983), p. 387.

⁴²⁶ Cfr. Guastini, Riccardo, *Op. Cit.*, p. 51.

“La otra consecuencia derivada de la existencia de un procedimiento especial para producir normas constitucionales es que aquellos asuntos que, aún siendo de naturaleza constitucional, se tenga el propósito de convertir en normas constitucionales, pero sean elaborados sin observar el procedimiento establecido para la fuente de normación constitucional, no devienen en normas constitucionales, en consecuencia, no pasan a formar parte del cuerpo de la Constitución y carecen del superior valor de estas. No son normas constitucionales.”⁴²⁷

En consecuencia con esto, años antes del famoso caso de *Marbury v. Madison*, la Corte Suprema de los Estados Unidos conoció del caso *Hollingsworth v. Virginia*.⁴²⁸ En éste, se argumentó que la Undécima enmienda⁴²⁹ no había sido adoptada de conformidad con la Constitución, ya que nunca fue presentada al Presidente para su aprobación. Aunque en este caso la Corte suprema determinó que no se había faltado al proceso de enmienda, pues la aprobación del Presidente solo es requerida para casos de legislación común, es relevante observar que la Corte reconoció –al grado de entrar a su estudio– la facultad de revisar el procedimiento de enmienda constitucional.

Varios años después, pero ahora en la Corte Constitucional de Turquía, la reforma constitucional relativa al artículo 68 de la Constitución de 1961⁴³⁰ fue impugnada bajo el argumento de vicios formales. En el caso, la Corte se declaró competente para conocer de estos y determinó que, efectivamente, la reforma no había cumplido con el procedimiento constitucional, el cual requiere de una votación de dos tercios del número total de la Asamblea.⁴³¹ Dado que, en el caso, cada uno de los artículos fue votado por separado en mayoría simple, y posteriormente, la reforma en general fue votada por mayoría de dos tercios, la Corte declaró la invalidez del proceso al considerar que cada artículo debió ser votado por mayoría de dos tercios.

⁴²⁷ Díaz Ricci, Sergio, “Rigidez constitucional. Un concepto toral”, en Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Héctor, *et. al.* (Coord.), *Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudio en homenaje a Jorge Carpizo*, Tomo IV, Vol. I, UNAM, México, 2015, p. 567.

⁴²⁸ *Cfr.* *Hollingsworth v. Virginia*, 3 U.S. 378 (1798)

⁴²⁹ *Cfr.* Enmienda XI (*Ratificada en febrero 7 de 1795*) El poder judicial de los Estados Unidos no debe interpretarse que se extiende a cualquier litigio de derecho o de equidad que se inicie o prosiga contra uno de los Estados Unidos por ciudadanos de otro Estado o por ciudadanos o súbditos de un Estado extranjero.

⁴³⁰ El artículo 68 de la Constitución de 1961 contemplaba que las personas condenadas por delito no serían candidatas a diputaciones, aunque hubieran sido amnistiadas. La reforma eliminaba la porción de “aunque hubieren sido amnistiadas” *Véase* *Resmi Gazete [Official Gazette]*, Nov. 12, 1969, No. 13349.

⁴³¹ *Cfr.* Turkish Constitutional Court, 8 AMKD 313 (1970), *Decision of June 16, 1970, No. 1970/31*

De esta manera, es posible apreciar que el proceso de reforma constitucional representa un límite implícito formal para el poder de reforma. Pues éste no se encuentra facultado para actuar a libre arbitrio, sino que se establece un sujeto calificado competente y un procedimiento específico al que debe sujetarse.⁴³²

III. 2. 2. 2. Límites implícitos materiales

Una vez dicho que los límites implícitos a la reforma constitucional son aquellos que se deducen indirectamente del texto constitucional,⁴³³ ya sea como una consecuencia lógica, o bien, como correlato de ciertos significados contenidos en determinados preceptos de la Constitución,⁴³⁴ ahora procederemos al estudio de los límites implícitos materiales.

Como señala Karl Loewenstein, este tipo de límites se consideran de carácter tácitos o inherente a un tipo de Constitución, la cual es reconocida como una totalidad coherente,⁴³⁵ que reviste de una suerte de inmunidad o superioridad a ciertos “valores ideológicos fundamentales”⁴³⁶ contenidos dentro de la misma. Esta inmunidad significa que, ninguna modificación a la Constitución puede conllevar –o producir– una alteración a estos valores o principios fundamentales.⁴³⁷ Ya que estos representan el sustento o identidad de esa Constitución. De llegar a suceder, tal reforma recaería en invalidez.

Al respecto, en 1920, derivado de las enmiendas constitucionales sobre prohibición⁴³⁸ y sufragio⁴³⁹ en los Estados Unidos, William L. Marbury,⁴⁴⁰ publicó en la *Harvard Law Review*⁴⁴¹ un artículo relativo a los límites a la enmienda constitucional. En éste sostenía

⁴³² Cfr. Ferreyra, Raúl Gustavo, *Op. Cit.*, p. 431.

⁴³³ Cfr. Guastini, Riccardo, *Op. Cit.*, p.188 ; y Carpizo, Jorge, *Op. Cit.*, p. 42.

⁴³⁴ Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, *Op. Cit.*, p. 103.

⁴³⁵ Cfr. Guastini, Riccardo, *Op. Cit.*, p. 36.

⁴³⁶ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Gallego Anabitarte, Alfredo, Trad., Ariel, España, 1979, p. 192.

⁴³⁷ Cfr. Guastini, Riccardo, *Ídem*.

⁴³⁸ Cfr. Enmienda XVIII (Ratificada en enero 16 de 1919. Derogada por la Enmienda XXI)

⁴³⁹ Cfr. Enmienda XIX (Ratificada en agosto 18 de 1920)

⁴⁴⁰ Cfr. Marbury, William L., “The Limitations upon the Amending Power”, *Harvard Law Review*, Dec., 1919, Vol. 33, No. 2 (Dec., 1919), pp. 223-235.

⁴⁴¹ El artículo de Marbury suscitó una respuesta por parte de William L. Frierson, éste coincidía en el límite implícito para el poder de reforma, pero disenta con la posición de Marbury, quien reconocía a la Suprema Corte la posibilidad de revisar la transgresión a dichos límites. Según Frierson, tal facultad correspondía al Congreso. Véase Frierson, Wm. L., “Amending the Constitution of the United States: A Reply to Mr. Marbury”, *Harvard Law Review*, Mar., 1920, Vol. 33, No. 5 (Mar., 1920), pp. 659-666

que el poder de reforma era un poder acotado, sujeto a límites implícitos en el texto constitucional. Los cuales consistían en evitar que éste alterara la estructura fundamental. Decía Marbury, que “el poder de 'enmendar' la Constitución no pretendía incluir el poder de destruirla.”⁴⁴²

Tal afirmación ha sido retomada por diversos autores, quienes sostienen que los límites implícitos de carácter material significan que el poder de reforma constitucional está autorizado para modificar la constitución, pero no para modificar aquellos elementos que le otorgan sustento.⁴⁴³ Ya que, resultaría un completo contrasentido el pensar que la propia Constitución autorizara su autodestrucción. La constitución –dice Michael Stokes– no es un pacto suicida y no debe ser interpretado en tal sentido.⁴⁴⁴

De lo anterior se sigue que, la facultad constitucional que se reconoce al poder de reforma se encuentra limitada, no solo por un procedimiento formal, sino también –y tal vez más importante aún– por un contenido material de carácter político-axiológico. Esta noción, que como vemos ya era debatida en los Estados Unidos, encontró una de sus expresiones más depuradas ocho años después en la obra de Carl Schmitt. En su libro de *Teoría Constitucional (Verfassungslehre)*, Schmitt afirmaba:

“Los límites de la autoridad para las enmiendas constitucionales resultan del concepto bien entendido de cambio constitucional. La facultad de 'modificar la constitución', otorgada por la legislación constitucional, significa que otras disposiciones constitucionales pueden sustituir a las individuales o múltiples. Sin embargo, pueden hacerlo sólo bajo la presuposición de que se preserva la identidad y continuidad de la constitución como un todo. Esto significa que la autoridad para la enmienda constitucional contiene solo la concesión de autoridad para realizar cambios, adiciones, extensiones, supresiones, etc., en las disposiciones constitucionales que preservan la constitución misma. No es la autoridad para establecer una nueva constitución, ni es la autoridad para cambiar la base particular de esta jurisdicción para las revisiones constitucionales.”⁴⁴⁵

⁴⁴² *Ibidem*, p. 225.

⁴⁴³ *Cfr.* Roznai, Yaniv, *Op. Cit.*, pp. 141-142; Smit, Eivind, “Old and Protected? On the ‘Supra-Constitutional Clause’ in the Constitution of Norway”, *Israel Law Review*, Volume 44, Issue 3, 2011, p. 377.

⁴⁴⁴ *Cfr.* Michael S. Paulsen, “The Constitution of Necessity”, *Notre Dame L. Rev.* 1257 (2004), p. 1253.

⁴⁴⁵ Schmitt, Carl, *Op. Cit.*, p. 150. (Traducción propia.)

Dos son las nociones que se desprenden de la anterior afirmación. En primer lugar, se reconoce una distinción entre la reforma y la instauración de la Constitución. Con esto, se entiende que el poder de reforma, lógicamente, solo se encuentra autorizado para hacer modificaciones, pero no así para estatuir una nueva Constitución. Sin embargo, esto presenta un problema: ¿cómo se instaure una nueva Constitución? Pregunta que nos remite a nuestro segundo punto, esto es, que los principios y valores que antes referimos como un contenido material de carácter político-axiológico, integran aquellos elementos que dan identidad a una Constitución. Es decir, aquello que la hace ser “esa” Constitución y no otra.

En este sentido, por instauración de una nueva Constitución no se refiere a que, en los hechos, se apruebe en su totalidad un nuevo texto constitucional que derogue a uno anterior, sino que, por medio de la reforma, se transgreden aquellos principios fundamentales que dotan de identidad a la Constitución, de manera que, con su modificación, se ha alterado aquello que hace a una Constitución ser “esa” Constitución.

Sin embargo, esta propuesta presenta una dificultad. Pues no hay una manera clara para determinar cuál es aquel contenido político-axiológico que dota de identidad a una constitución. Como señala Sabrina Ragone,⁴⁴⁶ estos límites resultan problemáticos, pues dependen sustancialmente del contexto social, jurídico, económico y cultural completamente contingente. Si bien, la afirmación de una serie de principios superiores que dotan de identidad a la constitución ha sido relativamente aceptada, ello no responde a la pregunta de cuáles son estos principios.

Sobre esta problemática, Karl Loewenstein ya advertía que el contenido de los límites implícitos se relaciona con los presupuestos del derecho natural,⁴⁴⁷ sin embargo, autores como Díaz Revorio,⁴⁴⁸ proponen una interpretación a partir de un contenido “jurídico”. Así, este autor considera que el reconocimiento de valores fundamentales como la garantía de los derechos y la división de poderes, los cuales han sido establecidos desde las primeras constituciones, permiten desprender aquellos principios que sustentan una constitución.

⁴⁴⁶ Cfr. Ragone, Sabrina, *Op. Cit.*, p. 47.

⁴⁴⁷ Cfr. Loewenstein, Karl, *Op. Cit.*, p. 192.

⁴⁴⁸ Cfr. Díaz Revorio, Francisco Javier, *La “constitución abierta” y su interpretación*, Palestra, Lima, 2004, pp. 65-66.

De igual manera, el principio democrático o la forma democrática del gobierno han sido defendidas como límites materiales para la reforma constitucional,⁴⁴⁹ apelando a que, por medio de este, se protege el principio de soberanía popular.⁴⁵⁰ Así, por ejemplo, se considera que es posible modificar la forma en que la democracia se desarrolla, pero no su contenido. Por ejemplo, es posible reformar el número de diputados pero no el principio de representación.⁴⁵¹

Independientemente de la complicación para determinar ese contenido fundamental, el reconocimiento de límites implícitos materiales para la reforma constitucional ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en dos de sus sentencias. En la primera de ellas, del año 1951, el Tribunal consideró que:

“una constitución refleja ciertos principios generales y decisiones fundamentales a las que están subordinadas las disposiciones individuales... [C]ualquier disposición constitucional debe interpretarse de tal manera que sea compatible con esos principios elementales y con las decisiones básicas de los redactores de la Constitución.”⁴⁵²

No obstante que la cita anterior forma parte del *obiter* de la sentencia, a partir de ella algunos autores sostienen que, el Tribunal alemán, no solo reconoció que hay valores fundamentales que se erigen como límites implícitos, sino que, también reconoció que hay una jerarquía constitucional, en la cual, ciertos valores se colocan en un rango supraconstitucional.⁴⁵³

⁴⁴⁹ Cfr. I. De Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 63-64.

⁴⁵⁰ Cfr. Guastini, Riccardo, *Op. Cit.*, p. 193.

⁴⁵¹ Cfr. Carpizo, Jorge, *Op. Cit.*, pp. 43-44.

⁴⁵² Bundesverfassungsgericht, BverfGE 1, 14 (1951), Entscheidung vom Oktober 23, 1951. (Traducción propia a partir de la versión en inglés, contenida en Murphy, Walter F., y Tanenhaus, Joseph (trans. & eds), *Comparative Constitutional Law: Cases and Commentaries*, St. Martin's Press, 1977, pp. 208-212.) Posterior a este caso, en el año de 1953, el Tribunal Constitucional Federal Alemán reiteró su razonamiento sobre los límites materiales y los valores supraconstitucionales. Aunque en esta segunda decisión el razonamiento siguió formando parte del *obiter* de la sentencia. “that a provision of the Basic Law exceeded the outer limits of the higher-law (‘*übergesetzliche*’) principle of justice (‘*die äußersten Grenzen der Gerechtigkeit*’), it would be the Court’s duty to strike it down.” Thus, in the *Article Case*, it is suggested “that there exists a range of ‘super positive’ norms variously referred to as the ‘natural law’ or ‘justice’.” Véase Gözler, Kemal, *Judicial review of constitutional amendments: a comparative study*, Ekin Press, Turkey, 2008, p. 86.

⁴⁵³ Cfr. Murphy, Walter F, An Ordering of Constitutional Values, 53 S. Cal. L. Rev. 703 (1979-80), pp. 756-757.

Por su parte, la teoría de la identidad constitucional, construida a partir de ciertos valores político-axiológicos, ha sido retomada por la Corte Suprema de la India en uno de sus casos más famosos. El caso de *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*.⁴⁵⁴

El caso se deriva de una decisión previa de la Corte Constitucional. En su sentencia de *Golaknath v. State of Punjab*,⁴⁵⁵ la Corte había determinado que los derechos fundamentales se encontraban fuera del alcance de cualquier tipo de reforma constitucional. Lo que es más, las reformas constitucionales eran entendidas en un rango inferior al del texto constitucional, de manera que la Corte podía revisar cualquier tipo de reforma que emanara del parlamento.⁴⁵⁶ La decisión fue recibida con mucha controversia en distintos sectores del Estado. En franco desacuerdo con ésta –y tras su victoria en las votaciones–, la primera ministra, Indira Gandhi, propuso distintas enmiendas constitucionales. Una de ellas, la Vigésima Cuarta, anulaba explícitamente la decisión planteada en *Golaknath v. State of Punjab*.⁴⁵⁷ Ya que, dicha enmienda declaraba que las reformas del parlamento no podían ser revisadas por la Corte Suprema.

Derivado de un proceso enmarcado por bastante convulsión política y la declaración de un estado de excepción, el caso de *Kesavananda* fue presentado ante la Corte. La cual, con siete votos de los trece jueces participantes, se separó de la postura fijada en *Golaknath*. Por lo que en este nuevo caso, se reconoció que el Parlamento tiene autoridad para enmendar las disposiciones constitucionales, incluso aquellas que involucran derechos fundamentales. Asimismo, se rechazó que las reformas constitucionales ostentan el mismo nivel que cualquier otra ley. Sin embargo, en el punto medular, la Corte consideró que el poder de enmendar se expresa exclusivamente por medio de una modificación a la Constitución. Nunca llegando hasta su completa destrucción. Por lo tanto, este no incluye el poder de alterar la estructura básica o su identidad.⁴⁵⁸

⁴⁵⁴ *Cfr.* I. C., *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, Anr on 24 April, 1973.

⁴⁵⁵ *Cfr.* I. C., *Golaknath & Ors vs State Of Punjab & Anrs.*, 27 February, 1967.

⁴⁵⁶ *Cfr.* Jacobsohn, G. J., “An unconstitutional constitution? A comparative perspective”, *I-CON*, Volume 4, Number 3, 2006, p. 473.

⁴⁵⁷ *Cfr.* Roznai, Yaniv, *Op. Cit.*, pp. 44-45.

⁴⁵⁸ Aunque la Corte no provee de parámetro claro respecto de qué es lo que otorga la identidad de una Constitución, sí hace referencia respecto de que ésta puede desprenderse del preámbulo y otros elementos de la Constitución. “564. The other part of the Preamble may next be examined. The Sovereign Democratic Republic has been constituted to secure to all the citizens the objectives set out. The attainment of those objectives forms the fabric of and permeates the whole scheme of the Constitution. While most cherished freedoms and rights have been guaranteed the government has been laid under a solemn duty to give effect to

“Toda la discusión desde el punto de vista del significado de la expresión 'modificación' tal como se emplea en el Artículo 368 y las limitaciones que surgen de las implicaciones conduce al resultado de que el poder de modificación en virtud del Artículo 368 no es limitado ni ilimitado. Sobre la base en que hemos procedido, se puede sostener la validez de la enmienda 25 si el artículo 368, tal como estaba originalmente y después de la enmienda, se lee en la forma en que lo hemos leído. La inserción de los artículos 13(4) y 368(3) y las demás modificaciones realizadas no afectarán el resultado, a saber, que la facultad del artículo 368 es lo suficientemente amplia como para permitir la modificación de todos y cada uno de los artículos de la Constitución por vía de adición, modificación o derogación siempre que sus elementos básicos no sean derogados o despojados de su identidad.”⁴⁵⁹

Esta doctrina de la identidad constitucional fue posteriormente reiterada por la propia Corte de la India, a la vez que ha sido replicada en otras latitudes. Especialmente, debe destacarse la decisión de la Corte Constitucional Colombiana. A partir de su sentencia C-551⁴⁶⁰ del año 2003, la Corte desarrolló su teoría de la “sustitución constitucional”. Sin embargo, es necesario hacer algunas precisiones. El caso deriva de una pregunta contenida en el referéndum de 2003. Por medio de una de las preguntas, se trataba de justificar el combate a las drogas como una forma de proteger el desarrollo de la personalidad. Después de analizar el proceso de referéndum, la Corte declaró la invalidez por vicios de forma. Con esto, aunque la decisión no se basó en la teoría de la sustitución constitucional, sí sentó las bases para su uso en casos posteriores.⁴⁶¹

the Directive Principles. Both Parts III and IV which embody them have to be balanced and harmonised-then alone the dignity of the individual can be achieved. It was to give effect to the main objectives in the Preamble that Parts III and IV were enacted. The three main organs of government legislative, executive and judiciary and the entire mechanics of their functioning were fashioned in the light of the objectives in the Preamble, the nature of polity mentioned therein and the grand vision of a united and free India in which every individual high or low will partake of all that is capable of achievement. We must, therefore, advert to the background in which Parts III and IV came to be enacted as they essentially form a basic element of the Constitution without which its identity will completely change.” Kesavananda Bharati v. State of Kerala, párr. 564.

⁴⁵⁹ Kesavananda Bharati v. State of Kerala, párr. 621. (Traducción propia)

⁴⁶⁰ Cfr. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-551, 9 de julio de 2003.

⁴⁶¹ *Ídem*. “34- De manera literal resulta entonces claro que lo único que la Carta autoriza es que se reforme la Constitución vigente, pero no establece que ésta puede ser sustituida por otra Constitución. Al limitar la competencia del poder reformatorio a modificar la Constitución de 1991, debe entenderse que la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan. Es decir, que el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto vigente, pero sin que tales reformas supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva Constitución. Y es que el título XIII habla de la 'reforma' de la Constitución de 1991, pero en ningún caso de

Al respecto, Rosalind Dixon⁴⁶² señala que el uso de la doctrina de la identidad constitucional, puede ser benéfico frente aquellas reformas que evidentemente socaven los fundamentos democráticos de algún Estado, sin embargo, la misma no otorga claridad respecto a cuál es el parámetro de identidad constitucional. De manera que este tipo de interpretaciones deben ser vistas con mesura, atendiendo a la tensión presente entre la reforma y el control constitucional.⁴⁶³

su eliminación o sustitución por otra Constitución distinta, lo cual solo puede ser obra del constituyente originario.”

⁴⁶² Cfr. Dixon, Rosalind y Landau, David, “Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 13, Issue 3, July 2015, p. 606-Ss. El artículo de Dixon y Landau provocó una repuesta por parte de Sujit Choudhry, sin embargo, su artículo se centra en las construcciones institucionales, más allá de la función jurisdiccional. Véase Choudhry, Sujit, “Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment: A Reply to Rosalind Dixon and David Landau (2017)”. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, no. 3, 2017, pp. 826-832.

⁴⁶³ Cfr. Salazar, Pedro, “La suplantación del legislador democrático”, en Astudillo, César y Córdova, Lorenzo (Coords.), *Reforma y control de la Constitución: Implicaciones y límites*, IJ-UNAM, México, 2011, pp. 199-200.

IV. Hacia una propuesta de límites implícitos normativos

En el presente capítulo realizaremos una propuesta de límites implícitos normativos, los cuales serán definidos como garantías negativas primarias, de acuerdo a la construcción garantista descrita en las siguientes líneas. Para ello, se presentará una descripción de los rasgos principales del modelo del constitucionalismo jurídico –o garantista– propuesto por Luigi Ferrajoli, para arribar a conceptos útiles como los de legalidad en sentido amplio y sentido estricto, garantías primarias y secundarias, separación entre Derecho y moral y la diferencia entre vigencia y validez.

IV. 1. El garantismo

IV. 1. 1. Génesis de un concepto

Como señala Marina Gascón Abellán,⁴⁶⁴ la palabra “garantismo” –como sucede con aquellas palabras que gozan de cierta transparencia– con facilidad nos remite a diversos vocablos afines como: “defender”, “proteger”, “tutelar”, etc. De esta manera, como una primera aproximación, puede decirse que el modelo garantista representa una protección a los derechos de los individuos, por medio del establecimiento de límites al poder, principalmente al poder político.⁴⁶⁵

La noción así planteada, tiene su origen en las teorizaciones en torno a la aplicación del derecho penal. Como mencionamos en el primer capítulo de este trabajo, tanto Hobbes como Locke reconocen la necesidad de colocar el monopolio de la impartición de penas en manos del Estado. Ya sea para asegurar la paz o la libertad, la ley del más fuerte y la venganza privada deben ser desterradas, para colocar en su lugar a la autoridad estatal capaz de regular la convivencia social.⁴⁶⁶ Sin embargo, en el ejercicio de este poder

⁴⁶⁴ Gascón Abellán, Marina, “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (Edit.), *Garantismo. Estudio sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2ª ed., Trotta, IJ-UNAM, España, 2009, p. 21.

⁴⁶⁵ *Ídem*.

⁴⁶⁶ Aunque en la obra de Hobbes y Locke no se advierte una referencia a una idea depurada de derecho penal, lo cierto es que ambos autores hacen referencia a la importancia de la función estatal en cuanto hace a la sanción. Para Hobbes, la falta de un poder soberano capaz de hacer cumplir la ley natural y sancionar su incumpliendo, son causa del estado de guerra que prima en el estado de naturaleza. Por su parte, Locke considera que la venganza privada, o en mano propia, podía conducir a condiciones de guerra y violencia una vez iniciada. Véase I. 2. 2. El Estado como una creación racional derivada del consenso de los individuos.

sancionatorio, el contacto entre el Estado y el individuo es inmediato.⁴⁶⁷ Colocando al segundo en una posición de completa asimetría respecto del primero. Frente a ello, la noción de garantismo se coloca como un límite al poder estatal, en aras de nivelar un poco la balanza.

Esta postura que puede ser rastreada hasta el comienzo del periodo ilustrado – principalmente en textos de Montesquieu–, encontró su primera expresión bajo ese nombre en la Francia del siglo XIX,⁴⁶⁸ para posteriormente ser usada en Italia durante los años setentas, como una reacción a la legislación de emergencia que activaba una serie de medidas restrictivas para hacer frente al terrorismo.⁴⁶⁹ Contra estas políticas que degradaban el sistema de garantías y el debido proceso, una parte del gremio jurídico defendía la primacía de los derechos individuales frente a las pretensiones de poder del Estado.⁴⁷⁰ Como señala Dario Ippolito, en este contexto “la palabra garantismo pasa a designar la doctrina liberal del derecho penal.”⁴⁷¹

Por su parte, en la actualidad es difícil hablar del garantismo sin hacer referencia a la teoría desarrollada por Luigi Ferrajoli. La cual, de acuerdo con el propio autor, se deriva de las anteriores nociones del derecho penal, para desarrollarse y proyectarse como una teoría de alcance general. Así, recuperando las palabras que Norberto Bobbio expresa en el prólogo de la obra génesis del garantismo de Ferrajoli, *Derecho y Razón*,⁴⁷² la apuesta de una teoría general del garantismo es: “la construcción de las paredes maestras del estado de derecho que tienen por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas del ejercicio arbitrario del poder, particularmente odioso en el derecho penal”.⁴⁷³

IV. 1. 2. Garantismo como constitucionalismo jurídico

⁴⁶⁷ Cfr. Ippolito, Dario, *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Donzelli editore, Roma, 2006, p. 33. (Traducción propia)

⁴⁶⁸ *Ídem*.

⁴⁶⁹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Los derechos y sus garantías. Conversando con Mauro Barberis*, Revuelta, José Manuel trad., Trotta, España, 2016, p. 15.

⁴⁷⁰ *Ídem*.

⁴⁷¹ Ippolito, Dario, *ibídem*, p. 35. (Traducción propia)

⁴⁷² Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10ª ed., Trotta, España, 2010.

⁴⁷³ Bobbio, Norberto, “Prólogo”, en Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10ª ed., Trotta, España, 2010, p. 13.

Para iniciar, como el propio Ferrajoli señala, existen diversas concepciones del constitucionalismo, de las cuales, un rasgo común a todas ellas puede encontrarse en la idea de la subordinación de los poderes públicos. Sin embargo, aunque la anterior afirmación es correcta, Ferrajoli precisa que el constitucionalismo, en una dimensión política, entendido como la limitación de los poderes públicos, en pro de la amplitud de las libertades individuales, debe distinguirse del constitucionalismo en su dimensión jurídica, la cual se sustenta sobre dos puntos principales, esto es: un sistema jurídico y una teoría del Derecho, ambos derivados de la experiencia de las constituciones rígidas de la segunda posguerra.⁴⁷⁴

“En este sentido, el rasgo distintivo del constitucionalismo será la existencia *positiva* de una *lex superior* a la legislación ordinaria, con independencia de las diversas técnicas adoptadas para garantizar su superioridad: ya sea la estadounidense y, más en general, americana, del *control difuso*,[...] o bien la europea del *control concentrado*[...].”⁴⁷⁵

Ahora bien, a partir de lo que hemos expuesto, podemos sintetizar que la teoría garantista pretende ser una forma de constitucionalismo jurídico, basada sobre dos rasgos de carácter estructural, a saber, la rigidez constitucional y la justicia constitucional; además de tres rasgos o acepciones teóricas propuestas por Ferrajoli en su obra de *Derecho y Razón*, esto es: a) el garantismo como un modelo de derecho o sistema jurídico; b) como una teoría jurídica; y c) como una filosofía política. En las siguientes páginas dedicaremos nuestro estudio a las dos primeras acepciones, ya que son las que se relacionan directamente con el carácter jurídico de nuestro trabajo. Así bien, aunque la tercera acepción supera los alcances y pretensiones de nuestro proyecto, una idea general puede ser abordada en el primer capítulo de este trabajo, en el apartado referente a “El Estado como una creación racional derivada del consenso de los individuos”.

IV. 1. 3. Garantismo como un modelo de derecho o sistema jurídico

IV. 1. 3. 1. Un modelo normativo del Estado de derecho

⁴⁷⁴ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista... Op. Cit.*, p. 17

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 19. (Énfasis en el original)

Como ya advertimos en el primer capítulo de este trabajo, la instauración de la constitución moderna supuso un cambio en el entendimiento de la relación entre el Estado y los individuos.⁴⁷⁶ Colocando una primacía en los derechos de estos últimos, a fin de limitar el poder del primero.⁴⁷⁷ Para ello, la única forma en la que el Estado se encontraba autorizado para intervenir en las esferas de libertad era a través de una ley previa y general.⁴⁷⁸ Con ello, el estado liberal se erigía como un sinónimo del estado de derecho. En el que toda actuación del poder debía realizarse por medio de la ley.⁴⁷⁹

Así, la superación del gobierno de los hombres se realizaba por medio de la instauración del gobierno de las leyes, es decir, el sometimiento del poder al derecho. La idea es bien descrita por Norberto Bobbio a partir de su distinción entre gobierno *sub lege* y gobierno *per lege*. Como señala Bobbio,⁴⁸⁰ una cosa es que el gobierno ejerza el poder de acuerdo con leyes preestablecidas (*sub lege*), y otra que lo ejerza mediante leyes (*per lege*), es decir, no mediante mandatos individuales y concretos.

Ahora bien, Ferrajoli recupera la distinción antes mencionada, agregando una subdivisión con respecto al gobierno/poder *sub lege*. Por un lado, en un sentido débil o formal,⁴⁸¹ se puede decir que un poder es conferido por la ley y es ejercido de acuerdo a ésta; por otro lado, en un sentido fuerte o sustancial,⁴⁸² todo poder debe ser limitado por la ley, condicionando tanto su forma, como su contenido. De acuerdo con esta segunda distinción, serían estados de derecho, todos aquellos Estados que se estructuren a partir de un ordenamiento de forma legal, mientras que, de acuerdo con el segundo, solo lo serán aquellos estados constitucionales que, por medio de una norma suprema y rígida, incorporen límites tanto formales como materiales al ejercicio de cualquier actuación estatal.⁴⁸³

Con ello, Ferrajoli propone una reinterpretación del estado liberal, específicamente del principio de legalidad que lo rige, denominando como legalidad en sentido amplio a aquella

⁴⁷⁶ Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Op. Cit., p. 525.

⁴⁷⁷ Cfr. Salazar Ugarte, Pedro, *La Democracia Constitucional*, Op. Cit., p. 82.

⁴⁷⁸ Cfr. Locke, John, Cap. 11, párr. 135.

⁴⁷⁹ Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Op. Cit., p. 300.

⁴⁸⁰ Cfr. Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, Fernández Santillán, José Fran., Trad., Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 124.

⁴⁸¹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Op. Cit., p. 856.

⁴⁸² *Ídem*; y Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris...* Op. Cit., p. 471.

⁴⁸³ *Ídem*; y Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris, Ibídem*, p. 472.

validez formal que solamente indica a los sujetos y las formas de ejercicio del poder,⁴⁸⁴ mientras que la legalidad en sentido estricto, se refiere a la validez sustancial que circunscribe toda actuación al cumplimiento de determinadas obligaciones y prohibiciones.⁴⁸⁵

En este sentido, el principio de legalidad ordena, en su sentido amplio, que todo poder público se encuentra subordinado a una ley general y abstracta, cuya observancia puede ser sometida al control por parte de las juezas y jueces; y, en un sentido estricto o sustancial, todo poder debe ajustarse a los contenidos establecidos en las constituciones, especialmente, a los límites que se desprenden de los derechos del individuo.⁴⁸⁶

IV. 1. 3. 2. Derechos y garantías

Ahora bien, ya que hemos establecido que en la teoría del garantismo todo poder estatal se encuentra sometido a los límites impuestos por la Constitución, la cual delimita tanto en la forma como en la sustancia cualquier ejercicio del poder, es necesario estudiar la manera en la que Ferrajoli desarrolla su propuesta sobre los derechos fundamentales, como la base para establecer dichos límites o exigencias. Para ello, es necesario recordar la definición propuesta por el autor respecto de estos derechos:

“Son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar.”⁴⁸⁷

Inmediatamente después de esta definición, Ferrajoli precisa que, por derechos subjetivos, se entiende cualquier expectativa positiva o negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica.⁴⁸⁸ Al respecto, las expectativas positivas consisten en determinadas prestaciones, mientras que las expectativas negativas consisten en no lesiones. Una prestación es todo acto respecto del cual, el sujeto titular del derecho subjetivo, tiene un interés por su

⁴⁸⁴ *Ídem*; y Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Greppi, Andrea, Trad., Trotta, España, 2006, p. 65.

⁴⁸⁵ *Ídem*; y Ferrajoli, Luigi, *Garantismo...*, *ídem*.

⁴⁸⁶ *Ídem*; y Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *Op. Cit.*, p. 53.

⁴⁸⁷ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *ibídem*, p. 19.

⁴⁸⁸ *Ídem*.

comisión,⁴⁸⁹ mientras que una lesión es todo acto sobre del cual se tiene un interés por su omisión.⁴⁹⁰ Es decir, el titular de un derecho subjetivo tiene un interés por que las prestaciones sucedan, mientras que, de igual manera, tiene un interés por que las lesiones no sucedan.

Hasta aquí, la noción de derecho como toda expectativa de prestaciones o de no lesiones, se refiere a un punto de vista subjetivo respecto de quien es titular del derecho, en el cual se trata de una situación pasiva consistente en la expectativa de ventajas o de no desventajas para el titular.⁴⁹¹ Sin embargo, como reconoce Ferrajoli, a las expectativas corresponden obligaciones o prohibiciones a cargo de otros sujetos que se hallan en una relación deóntica⁴⁹² con quienes son titulares de aquéllas.⁴⁹³

Con esto, se entiende que toda expectativa positiva supone una prestación por parte de otro sujeto, mientras que una expectativa negativa establece un límite o una prohibición a otro sujeto a fin de no lesionar o afectar el derecho del primero.⁴⁹⁴

“Diremos en efecto que el derecho subjetivo es identificable con cualquier interés jurídicamente tutelado por el deber de otros de respetarlo: o, lo que es lo mismo, por la garantía representada por la obligación de satisfacerlo o por la prohibición de violarlo que se imputan a otros sujetos en relación jurídica con su titular.”⁴⁹⁵

De esta relación en la que las expectativas, ya sean positivas o negativas, suponen una correlativa obligación por parte de otro sujeto, el cual deberá realizar ciertas conductas, o bien, abstenerse de realizarlas, es de donde Ferrajoli desprende su propuesta de la garantía de los derechos.⁴⁹⁶

En este sentido, las garantías son las conductas de acción o abstención que se derivan de las expectativas de prestación o no lesión, adscritas al titular de un derecho subjetivo. Dichas

⁴⁸⁹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris... Op. Cit.*, p. 604.

⁴⁹⁰ *Ídem.*

⁴⁹¹ *Ibidem*, p. 605

⁴⁹² “Llamo relación deóntica a la relación expresada por estos teoremas entre dos sujetos titulares respectivamente de una expectativa positiva y la relación correspondiente, o de una expectativa negativa y la prohibición correspondiente” Véase Ferrajoli, Luigi, “Expectativas y garantías. Primeras tesis de una teoría axiomática del derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, [S.l.], n. 20, p. 246.

⁴⁹³ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris... Ibidem*, p. 606

⁴⁹⁴ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Expectativas y garantías... Op. Cit.*, p. 247.

⁴⁹⁵ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris... ídem.*

⁴⁹⁶ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales, Op. Cit.*, p. 45.

conductas, pueden expresarse en forma de deberes positivos, consistentes en la obligación de las prestaciones que son objeto de las expectativas positivas, y deberes negativos, consistentes en la prohibición de las lesiones que son objeto de las expectativas negativas.⁴⁹⁷

Tales deberes positivos o negativos son los que Ferrajoli denomina como garantías primarias,⁴⁹⁸ también consideradas como garantías de los derechos subjetivos.⁴⁹⁹ Pues éstas se encuentran encaminadas al cumplimiento y respeto de los derechos fundamentales.

Sin embargo, dado que esta propuesta se reconoce como parte de un sistema nomodinámico, es decir, en el que de una norma general no se desprende lógicamente o deductivamente otra norma inferior, sino que éstas deben ser “puestas”, es evidente que dicha relación no se cumple en un grado fatal. De ser así, estaríamos hablando de una descripción ontológica y nomoestática, y no así de una propuesta normativa.⁵⁰⁰

Al respecto, Ferrajoli reconoce que la imposición de tales deberes positivos y negativos puede no suceder, en tanto que únicamente conste la emisión de la norma que adscribe el derecho fundamental, pero no la de aquella que impone su garantía. Con lo que los derechos subjetivos de sus titulares podrían ser afectados en la medida que no sucedan las obligaciones de cumplimiento o de abstención.⁵⁰¹ Para los casos en los que una norma contradiga lo dispuesto por una garantía primaria, estaremos hablando de una antinomia o lesión,⁵⁰² mientras que en aquellos que no se establezca una garantía primaria a favor de lo dispuesto por el derecho subjetivo, nos encontraremos frente a una laguna o incumplimiento.⁵⁰³

Para ello, Ferrajoli propone un segundo tipo de garantías,⁵⁰⁴ consistentes en la obligación de reparar o sancionar judicialmente las lesiones o incumplimientos a los derechos

⁴⁹⁷ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris... Ibídem*, p. 616.

⁴⁹⁸ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales, ibídem*, p. 26.; y D10.39 ‘Garantía primaria’ es la obligación de prestación o la prohibición de lesión dispuestas en garantía de un derecho subjetivo.

⁴⁹⁹ *Ibídem*, p. 631.

⁵⁰⁰ *Ibídem*, p.188-190.

⁵⁰¹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Garantismo... Op. Cit.*, pp. 54-55.

⁵⁰² Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías... Op. Cit.*, p. 24.

⁵⁰³ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Los derechos y sus garantías... Op. Cit.*, p. 52.

⁵⁰⁴ “Esas garantías serán divididas, con relación al Derecho, en dos clases: por un lado las «garantías primarias», las cuales consisten, en relación con las expectativas positivas y las negativas que como veremos

subjetivos, es decir, la violación de las garantías primarias.⁵⁰⁵ Este segundo tipo de garantías son denominadas garantías secundarias⁵⁰⁶ o de segundo grado, instrumentales, procesales o jurisdiccionales.⁵⁰⁷

Así bien, ante el incumplimiento o violación de las garantías primarias, las garantías secundarias actúan de manera subsidiaria a través de la anulabilidad y de la responsabilidad frente a las posibles violaciones de las primeras.⁵⁰⁸ Por ejemplo, si frente a un derecho que establece una expectativa negativa de no lesión, como puede ser la libertad de expresión, se emite una ley que limita los tipos de discursos permitidos, tal normativa representaría una vulneración a la garantía primaria de no lesión. En consecuencia de esto, la garantía secundaria actuaría en forma de sujetar a los tribunales competentes a declarar la nulidad de tal legislación. Otro ejemplo puede ser, que las detenciones arbitrarias, con las cuales se afecta la libertad personal de un individuo, acarrea la responsabilidad del agente estatal que cometa la detención. En este caso no se trata de una anulación, ya que la actividad del agente es, en sí misma ilícita, en tanto que no se deriva de una ley.

Es importante notar que la anulabilidad o la responsabilidad declarada por los sujetos competentes para ello, no es una acción potestativa, es decir, no pueden elegir el hacerlo o no, sino que se trata de una obligación subsidiaria que se desprende del derecho subjetivo.⁵⁰⁹ En este sentido, así como un sujeto titular de un derecho tiene una expectativa de cumplimiento o no lesión, de igual manera tiene la expectativa de ser reparado frente a cualquier incumplimiento de la garantía primaria.⁵¹⁰ Como señala el propio Ferrajoli, la primera garantía de un derecho reside en el hecho de que alguien sea titular del deber correspondiente; la segunda, en el hecho de que alguien sea titular del “deber de actuar la responsabilidad o la anulabilidad consiguiente a la violación del primero.”⁵¹¹

forman los contenidos de los derechos subjetivos, en las obligaciones y en las prohibiciones implicadas por ellos, como afirman las tesis T43 e T45, por lo que hace a los sujetos en relación deóntica con sus titulares; por otro lado las «garantías secundarias», que consisten en las obligaciones (de aplicar la sanción o de declarar la anulación)” Ferrajoli, Luigi, *Expectativas y garantías...* *Op. Cit.*, p. 249.

⁵⁰⁵ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *Op. Cit.*, p. 26.

⁵⁰⁶ D10.40 ‘Garantía secundaria’ es la obligación de anulación o de condena predisuestas en garantía de la anulabilidad de un acto inválido o de la responsabilidad por un acto ilícito.

⁵⁰⁷ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris...* *Op. Cit.*, p. 631.

⁵⁰⁸ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *Op. Cit.*, p. 192.

⁵⁰⁹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Expectativas y garantías...* *Op. Cit.*, p. 250.

⁵¹⁰ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Los derechos y sus garantías...* *Op. Cit.*, pp. 13-14.

⁵¹¹ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris...* *Op. Cit.*, p. 634.

Así, dentro de la primera acepción de garantismo, podemos apreciar que se trata de un modelo normativo encaminado al sometimiento de todos los poderes públicos, por medio de la observancia que deben guardar con respecto a los derechos fundamentales, a los cuales les corresponden determinadas garantías primarias y garantías secundarias que constituyen el parámetro para evaluar cualquier conducta estatal.⁵¹² Para decirlo con Ferrajoli:

“Gracias a estas dos fuentes no existen, en el estado de derecho, poderes sin regulación y actos de poder incontrolables: en él todos los poderes se encuentran limitados por deberes jurídicos, relativos no solo a la forma sino también a los contenidos de su ejercicio, cuya violación es causa de invalidez de los actos accionables judicialmente y, al menos en teoría, de responsabilidad para sus autores.”⁵¹³

IV. 1. 4. Garantismo como una teoría jurídica

IV. 1. 4. 1. Una teoría jurídica del iuspositivismo metodológico

Hasta este punto, en el apartado anterior se ha establecido que la incorporación de los derechos fundamentales a las constituciones rígidas significa uno de los rasgos principales del garantismo, en tanto que impone obligaciones positivas y negativas a la actuación estatal. Así bien, resta mencionar la manera en que dicha incorporación solo es posible mediante un modelo de constitucionalismo basado en una teoría del derecho positivo; y el efecto que tal incorporación provoca en el control de la regularidad de la legislación.

El iuspositivismo, sustentado sobre la base de una forma estatal del derecho, es una creación moderna. Como apuntamos en el primer capítulo de este trabajo, a partir de los procesos de codificación, las ideas del pensamiento moderno se vieron plasmadas en un documento revestido de un carácter jurídico.⁵¹⁴ A decir de Luis Prieto Sanchís, derivado de este proceso, la historia del pensamiento moderno da paso a una “traslación al Derecho positivo de las categorías propias del derecho natural”.⁵¹⁵

⁵¹² Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías...* Op. Cit., p. 25.

⁵¹³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...* Op. Cit., p. 857.

⁵¹⁴ Cfr. Grim, Dieter, Op. Cit. p. 42.

⁵¹⁵ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales...* Op. Cit. p. 47.

Dicho proceso –o transición– ya había sido advertido por el pensamiento de Thomas Hobbes, quien, irónicamente, cimenta el iusnaturalismo moderno, al mismo tiempo que describe la separación entre justicia y ley que funda el positivismo jurídico. Como señala Hobbes, en la guerra de todos contra todos, es decir, en un punto anterior a la creación del Estado, nada puede ser justo o injusto, ya que “las nociones de bien y mal, justicia e injusticia, no tienen allí lugar. Donde no hay un poder común, no hay ley. Donde no hay ley, no hay injusticia”.⁵¹⁶

Con esto, el pensamiento de Hobbes plantea una de las bases del iuspositivismo. Pues, a diferencia del iusnaturalismo clásico que sostiene la validez del derecho en su correspondencia con la justicia, el iuspositivismo considera que solo es justo aquello que es ordenado por la autoridad legitimada para ello.⁵¹⁷

Una vez establecido lo anterior, es pertinente retomar la descripción teórica propuesta por Norberto Bobbio⁵¹⁸ en relación al positivismo jurídico, el cual puede ser entendido desde tres perspectivas distintas, a saber: como i) un “modo de acercarse al estudio del derecho”; ii) como una “teoría del derecho”; y iii) como una “ideología de la justicia”. Sobre esto, Luis Prieto Sanchís realiza una disección de cada una de las dimensiones antes mencionadas del positivismo. El autor nos muestra que la primera de éstas se basa en un principio de neutralidad, en el que el estudio del derecho se realiza desde una dimensión avalorativa en la que el derecho no expresa ningún dictamen moral, y en ese sentido, tampoco requiere de ninguna validación moral para su existencia.⁵¹⁹ Al respecto, viene a bien recordar las palabras de Hart, en las que menciona que el positivismo es “la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así”.⁵²⁰

⁵¹⁶ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Cap. XIII, p. 226.

⁵¹⁷ Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoría general del Derecho*, 2ª ed., Temis, Colombia, 2002, p. 30.

⁵¹⁸ Cfr. Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 1991, p. 44.

⁵¹⁹ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, 4º ed., Fontamara, México, 2011, pp. 12-13.

⁵²⁰ Hart, H., *El concepto de derecho*, 2ª ed. Editorial Nacional, México, 1980, p. 230.

Como precisan tanto Pedro Salazar⁵²¹ como Marina Gascón Abellán,⁵²² el modelo del garantismo propuesto por Ferrajoli se desarrolla sobre la línea trazada por las tesis de Bobbio, especialmente por lo que hace a la dimensión metodológica del iuspositivismo. Ello, en tanto que uno de los rasgos principales de la teoría garantista es su apego a una aproximación al derecho, a partir de una fuerte distinción entre derecho y moral, entre el “ser” y el “deber ser”.

Sobre ese entendido, el propio Ferrajoli afirma que el garantismo no es una superación, o bien, una negación del positivismo jurídico. Por el contrario, se trata de un reforzamiento del mismo.⁵²³ Ello, como algunas posturas críticas podrían llegar a afirmar, no significa que el garantismo se equipare a un modelo legalista o –lo que el propio Ferrajoli llamaría– de estado legislativo. Más bien, el garantismo supone un “complemento” al positivismo jurídico y al estado de derecho. Al primero porque positiviza no solo el “ser” sino también el “deber ser” del derecho; y al segundo porque sostiene la sujeción, también de la actividad legislativa, al derecho y al control de constitucionalidad.⁵²⁴

Una objeción pertinente al respecto es formulada por Luis Prieto Sanchís, quien cuestiona que, aún con tal división metodológica, la moral siempre ha estado presente en el derecho, pues las normas incorporan estándares o pautas de comportamiento de naturaleza moral.⁵²⁵ A esto, Ferrajoli responde que, en efecto, no niega que el derecho se encuentre impregnado de moral, o bien, de hecho recoja una moral positiva presente en determinada sociedad, sin embargo, su separación marcada entre derecho y moral atiende al parámetro de validez que sustenta a la norma jurídica. De manera que, aunque el derecho, en efecto, refleje un contenido moral, no es éste el que determina su validez.⁵²⁶

⁵²¹ Cfr. Salazar Ugarte, Pedro, “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34 (2011), p. 301.

⁵²² Cfr. Gascón Abellán, Marina, *La teoría general del garantismo...* *Op. Cit.*, pp. 22-23.

⁵²³ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista...* *Op. Cit.*, p. 24.

⁵²⁴ *Ídem.*

⁵²⁵ Prieto Sanchís, Luis, “Constitucionalismo y garantismo”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (Edit.), *Garantismo. Estudio sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2ª ed., Trotta, IJ-UNAM, España, 2009, p. 41.

⁵²⁶ Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, España, 2012, pp. 67-69; y Ferrajoli, Luigi, *Garantismo...* *Op. Cit.*, 25. “¿Qué se entiende, en el debate jurídico-filosófico, por «separación» y qué cosa se entiende por «conexión» entre estas dos esferas? Por la expresión «separación entre Derecho y moral» se entiende sólo dos pares de tesis, uno de carácter asertivo, otro de carácter prescriptivo. Según las dos tesis asertivas, que forman un postulado del *positivismo jurídico* y un corolario del *principio de legalidad* como criterio de reconocimiento exclusivo y exhaustivo de las normas

IV. 1. 4. 2. Vigencia y validez

Una vez establecida la separación entre Derecho y moral, basada sobre el iuspositivismo metodológico, es posible avocarse al estudio de uno de los aportes más relevantes en torno al garantismo como teoría del derecho. Esto es, la distinción respecto de la vigencia y validez de las normas.

De acuerdo con la tradición clásica del iuspositivismo, a partir de la distinción entre el derecho y la moral, es decir, entre el derecho y el juicio de valor que se hace sobre él, se ha llegado a la conclusión de que es derecho válido todo aquel que es ordenado. Lo que nos lleva a la afirmación de que el derecho válido es el derecho existente. Esta afirmación, conduce a que el derecho positivo se refiera exclusivamente al derecho como “es”, y no así, al derecho como “debe ser”. En tanto que éste último es equiparado a un juicio externo de carácter moral.

Sin embargo, como mencionamos anteriormente, la propuesta garantista se basa en la positivización del “deber ser” del derecho dentro de las constituciones rígidas, derivadas del pensamiento moderno. Con lo cual, la incorporación de un contenido material que deja de ser externo al derecho, “complementa” o “refuerza” el carácter clásico del positivismo, para permitir realizar un control tanto de la forma como de los contenidos del derecho.

“Así, el Derecho en su totalidad se concibe como una construcción enteramente artificial, de la que no sólo se regulan las *formas*, como en el viejo paradigma formalista del paleopositivismo, sino también los *contenidos*, a través de los límites y vínculos impuestos a ellos por el paradigma constitucional.”⁵²⁷

jurídicas, *aa*) la validez de una norma jurídica no implica su justicia y, por tanto, pueden existir normas válidas que consideremos extremadamente injustas e, inversamente; *ab*) la justicia de una norma no implica su validez y, por tanto, puede suceder que una norma, incluso si extremadamente justa, no vaya a existir válidamente. Según las dos tesis prescriptivas, que forman un postulado del principio de laicidad y un corolario del liberalismo político, no se justifican sobre el plano ético-político; *ba*) la producción de normas dirigidas ya no a prevenir daños a terceros o a perseguir intereses públicos sino sólo para afirmar, sostener, reforzar o sancionar los preceptos de la (o bien de una determinada) moral, y *bb*) la imposición a los ciudadanos de la adhesión moral o de la aceptación o de un compartir ético-político de los principios morales estipulados por las normas jurídicas, aunque fueran las de rango constitucional” Ferrajoli, Luigi, “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34 (2011), p. 337.

⁵²⁷ Ferrajoli, Luigi, *Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista... Op. Cit.*, p. 24. (Énfasis en el original)

Con esto, la teoría del garantismo se separa del modelo clásico sostenido –principalmente– por Hans Kelsen, en el que la validez de una norma se equipara a su existencia. Es decir, que la norma es válida en tanto que es producto de un proceso de producción formal. Como el propio Kelsen afirma: “Por ‘validez’ entendemos la existencia específica de las normas. Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia”.⁵²⁸ Y más adelante afirma: “Una norma jurídica es válida en cuanto ha sido creada de acuerdo con determinada regla, y sólo por ello.”⁵²⁹

Como puede apreciarse, para Kelsen la validez de la norma equivale a su existencia. Una norma es válida, es decir existente, siempre que haya sido creada de acuerdo al proceso formal que se prevé para ello.

En el mismo sentido pueden leerse las palabras de Bobbio, quien equipara existencia con validez. Dice Bobbio: “El problema de la *validez* es el problema de la existencia de la regla en cuanto tal, [...] el problema de la validez se resuelve con un juicio de existencia o de hecho; esto es, se trata de comprobar si la regla jurídica existe o no. [...] Validez jurídica de una norma equivale a existencia de una norma como norma jurídica.”⁵³⁰

Lo anterior no representaría un mayor problema, si no fuera porque al equiparar la existencia de la norma con su validez, implícitamente se niega la posibilidad de que una norma jurídica, aprobada por medio del proceso formal para su emisión, sea anulada por contradecir el contenido material de la Constitución. Es decir, se niega la posibilidad de emitir derecho inválido.⁵³¹

Al observar las palabras de Kelsen advertimos que, si una “norma jurídica es válida en cuanto ha sido creada de acuerdo con determinada regla”, de ello no se sigue que una norma inválida sea aquella que no haya sido creada de acuerdo con esas reglas. De hecho, una norma que no es creada de acuerdo con las reglas de emisión, simplemente no es una norma jurídica. Dice Kelsen: “De una ley inválida no podría sostenerse que es inconstitucional, puesto que ley inválida no es ley alguna, siendo jurídicamente

⁵²⁸ Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, García Máynez, Eduardo, Trad., UNAM, México, 1995, p. 35.

⁵²⁹ *Ibidem*, p. 133.

⁵³⁰ Bobbio, Norberto, *Teoría general del Derecho... Op. Cit.*, p. 21. (Cursivas en el original)

⁵³¹ *Cfr.* Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo... Op. Cit.*, p. 45.

inexistente.”⁵³² Entonces, si una norma inválida, en realidad no es una norma, en tanto que es inexistente, cómo es que unas líneas más adelante, sobre el mismo párrafo, Kelsen afirma que una ley “mientras no sea derogada, tiene que ser considerada válida, y mientras sea válida, no puede ser inconstitucional.”⁵³³

Si antes dijo que una norma inválida simplemente no es una norma, de qué manera esa norma, de hecho, forma parte del sistema jurídico, al grado que puede ser anulada. O bien, si forma parte del sistema jurídico, es porque se emitió de acuerdo con las reglas previstas, entonces, siendo válida, por qué habría de ser anulada.

Estas contradicciones que se derivan de la equiparación entre existencia y validez son advertidas por Ferrajoli,⁵³⁴ quien, como mencionamos, considera que tal contradicción –o aporía, para usar el léxico del autor– se debe a que el paleopositivismo equipara la validez de una norma con el proceso formal de producción.

Así, Ferrajoli realiza una propuesta que distingue entre existencia –denominada aquí como vigencia– y validez. Como mencionamos en el apartado sobre el modelo normativo del Estado de derecho, el garantismo se integra por una legalidad en sentido amplio, referente a los sujetos y las formas de ejercicio del poder; y una legalidad en sentido estricto, que circunscribe toda actuación al cumplimiento de determinadas obligaciones y prohibiciones.

De ello, consideramos que había una importancia formal y otra sobre el contenido de los actos de autoridad. Esto se corresponde con la distinción entre las normas que integran a las que Ferrajoli denomina “normas sobre la producción”.⁵³⁵ Por un lado tenemos las normas formales,⁵³⁶ que establecen las formalidades, los procedimientos y los sujetos competentes; y por otro lado están las normas sustantivas,⁵³⁷ relativas al contenido que se inserta en la norma.⁵³⁸ Las primeras hacen referencia a la forma, es decir al “quién” y al “cómo”, mientras que las segundas se corresponden con el significado, o bien, el “qué” de la producción normativa.⁵³⁹

⁵³² Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 16ª ed., Vernengo, Roberto J., Porrúa, México, 2013, p. 277.

⁵³³ *Ídem*.

⁵³⁴ Cfr. Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo... Ibidem*, pp. 34-39.

⁵³⁵ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris... Op. Cit.*, p. 488

⁵³⁶ D9.11 ‘Normas formales’ son las normas deónticas que regulan las formas de los actos formales.

⁵³⁷ D9.12 ‘Normas sustantivas’ son las normas deónticas que regulan los significados de las decisiones.

⁵³⁸ *Ibidem*, p. 488.

⁵³⁹ *Ibidem*, p. 490.

Dicho esto, los actos formales, es decir aquellos que resultan de la aplicación de una norma meramente formal, son de observancia obligatoria, esto es, que deben derivarse de la aplicación forzosa de una norma que los prevea. Un acto formal que no se desprende de ninguna norma que así lo prevé, simplemente no existe. Al menos no para el derecho. Por otro lado, los significados requieren que no contrasten con las normas sustantivas que se supraordenan a ellos. Con esto, no se condiciona la existencia, sino sólo la regularidad.

Sobre este punto, Ferrajoli precisa⁵⁴⁰ que la observancia de un acto formal con respecto de la norma formal que lo prevé, se denomina “conformidad”;⁵⁴¹ y, en ese sentido, la observancia de aquellas normas sustantivas en el significado de una norma, se denomina “coherencia”.⁵⁴² En sentido contrario, la inobservancia de cualquier norma sustantiva de producción implica una “incoherencia” del significado con respecto a la norma de la que se deriva, a la vez que la inobservancia de la de alguna norma formal implica la “disconformidad”. Sin embargo, hay que precisar que, la disconformidad no conlleva la inexistencia, ya que ésta requiere de la completa inobservancia de las normas formales.⁵⁴³

Ahora bien, dicho lo anterior, es posible arribar a lo que Ferrajoli denomina vigencia y validez. De acuerdo con el autor: “*Vigente*’ es el acto formal dotado de una forma conforme al menos con algunas de las normas formales sobre su producción”⁵⁴⁴ y “*Válido*’ es el acto formal cuyas formas son todas conformes con las normas formales sobre su formación y que admite al menos un significado coherente con todas las normas sustantivas sobre su producción.”⁵⁴⁵

De esto se sigue que, aquellos actos para los que en su producción se observaron, al menos, algunas de las normas formales de producción, serán considerados vigentes, o bien,

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 495.

⁵⁴¹ D9.14 ‘*Conforme*’ es la forma de un acto formal que observa las normas formales sobre su producción.

⁵⁴² D9.15 ‘*Coherente*’ es el significado de una decisión que observa las normas sustantivas sobre su producción. Ferrajoli precisa que la coherencia solo se da en lo que él denomina como “decisiones”. Como explicamos en el Capítulo III las decisiones son “actos preceptivos cuyo efecto o significado prescriptivo consiste en una situación o en una norma que dichos actos están habilitados a producir observando todas las normas supraordenadas a ellas”, de manera que no tendría sentido hablar de significados en aquellas normas cuyo carácter meramente hipotético se corrobora con un juicio de hecho, al cual no es posible asignar un significado. Solo se verifica su carácter formal. En el presente estudio equipararemos el uso del concepto decisión de Ferrajoli con en el de “norma” o “ley”. Consientes de las particularidades que cada uno de los conceptos conlleva.

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 499.

⁵⁴⁴ *Ídem*. (Cursivas en el original)

⁵⁴⁵ *Ibidem*, p. 500. (Cursivas en e original)

existentes.⁵⁴⁶ Esto quiere decir, que la vigencia se corresponde exclusivamente con los aspectos procedimentales.⁵⁴⁷ Como mencionamos antes, ésta hace referencia a las formalidades, los procedimientos y los sujetos competentes, al “quién” y al “cómo” de la producción normativa.⁵⁴⁸

Por su parte, la validez compete al aspecto sustancial de los contenidos y los significados. De acuerdo con la definición provista, requiere dos clases de condiciones:⁵⁴⁹ a) que no algunas, sino todas sus formas sean conformes con las normas formales que lo prevén; y b) tenga al menos un significado coherente con todas las normas sustantivas sobre su producción.

Así, la validez demanda que no solo se haya cumplido con los requisitos de forma,⁵⁵⁰ los que harían a la norma vigente, sino que, también debe observarse una coherencia entre el contenido que se inserta en la norma.⁵⁵¹ Es decir, el significado de ésta o el “qué” de la norma.⁵⁵²

“mientras las condiciones formales de la vigencia constituyen requisitos de hecho en ausencia de los cuales el acto normativo es imperfecto y la norma dictada por él no llega a existir, las condiciones sustanciales de la validez, y de manera especial las de la validez constitucional, consisten normalmente en el respeto de valores –como la igualdad, la libertad, las garantías de los derechos de los ciudadanos– cuya lesión produce una antinomia, es decir, un conflicto entre normas de contenido o significado incompatible.”⁵⁵³

En este sentido, se observa una distinción con respecto a lo expuesto por Kelsen unos párrafos antes. Ya que, de acuerdo con Ferrajoli, una norma puede ser vigente –o existente–, en cuanto haya cumplido con el procedimiento formal para su producción, pero, a la vez

⁵⁴⁶ Cfr. Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo... Op. Cit.*, p. 47.

⁵⁴⁷ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris... Ibidem*, p. 501.

⁵⁴⁸ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón... Op. Cit.*, p. 874.

⁵⁴⁹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris... Ibidem*, p. 500.

⁵⁵⁰ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *El constitucionalismo garantista... Op. Cit.*, p. 334.

⁵⁵¹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris... Ibidem*, p. 504.

⁵⁵² Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías... Op. Cit.*, p. 2.

⁵⁵³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón... Ibidem*, p. 874.

ser inválida, en tanto que no hay una coherencia entre los significados sustantivos que la integran.⁵⁵⁴

Regresando a lo planteado desde un inicio, la vigencia implica la mera legalidad⁵⁵⁵ o validez formal, restringida a los procesos formales de legislación, mientras que la validez nos sitúa dentro de la estricta legalidad,⁵⁵⁶ propia del estado constitucional de derecho, en el que toda norma debe ser sometida no solo a una conformidad, sino también a una coherencia de sus contenidos, con lo cual se garantiza su validez sustancial.

IV. 2. El control del poder constituyente como poder constituido

Una vez abordados los elementos generales de la teoría garantista –enmarcada por este trabajo como un modelo de derecho o sistema jurídico; y una teoría jurídica– podemos apreciar los argumentos que sustentan la aplicación de una justicia constitucional sobre el proceso de reforma constitucional, a saber: a) toda autoridad del estado está sometida al principio de legalidad en sentido amplio y en sentido estricto, por lo que cualquier tipo de actuación se encuentra limitada en una cuestión formal como sustancial; b) la incorporación de los derechos fundamentales a las Constituciones rígidas implican determinadas garantías primarias y garantías secundarias. Las primeras como expectativas de conducta por medio de las cuales toda autoridad debe realizar conductas activas o negativas con respecto a los derechos, mientras que las segundas los obligan a dar cumplimiento a las primeras; c) la separación entre Derecho y moral, la cual implica que la validez de regularidad de cualquier norma o acto estatal solo es evaluada conforme a las disposiciones positivas enmarcadas en la ley; y d) que la positivización de normas formales y sustanciales implica

⁵⁵⁴ “Pienso, en cambio, que la existencia al igual que la inexistencia depende únicamente, incluso en el paradigma constitucional, de requisitos formales; mientras, los vicios de contenido consistentes en la lesión de los principios de justicia incorporados en las constituciones, pueden determinar la invalidez sustancial pero no ciertamente la inexistencia de una norma. En otras palabras, no es concebible ni la existencia ni la inexistencia de una norma solamente por razones de contenido: ni la ausencia de vicios de contenido es, *por sí sola* suficiente, en ausencia de requisitos de forma, para determinar la existencia de una norma jurídica, ni su presencia es, por sí sola, suficiente para determinar la inexistencia en lugar de la simple invalidez. Y esto porque la existencia es un dato empírico que concierne al acto normativo y depende, por ello, de la forma de su producción y no también de su significado, relevante en cambio sólo para su validez o para su invalidez sustancial. Esto, me parece, es el significado del principio de positividad, que desde este aspecto permanece inalterado en el paradigma constitucional.” Ferrajoli, Luigi, “El constitucionalismo garantista... *Op. Cit.*, p. 334.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, p. 856.

⁵⁵⁶ *Ídem*.

una distinción entre vigencia y validez, lo cual permite evaluar la validez sustancial de una norma o acto, independientemente de su vigencia o validez formal.

Dicho lo anterior, debemos observar que, de acuerdo con lo que hemos establecido en el capítulo relativo al poder de reforma constitucional como un poder constituido, éste resulta del acto de una situación supraordenada a él, en tanto que su origen se deriva de la propia Constitución; su actividad se encuentra regulada, de manera que es posible evaluar la legalidad de sus actos; además, se desenvuelve por medio de un sujeto artificial, el cual carece de estatus fuera de su existencia constitucional. Así, el poder de reforma, en la medida en que aparece reglado y ordenado en la Constitución, se convierte en un poder limitado.⁵⁵⁷ Esta afirmación es consistente con aquella a la que arriba Luigi Ferrajoli al estudiar las diferencias entre poder constituyente y poderes constituidos.

“El poder de revisión de la constitución, debiendo desenvolverse en la forma y con los límites por ésta establecidos, es un poder constituido cuyo ejercicio, a diferencia del acto constituyente, bien puede ser inválido si viola aquellas formas y límites. En cambio, si ese poder de revisión viene invocado y utilizado para dar vida a una nueva constitución, entonces sí, será constituyente, pero anticonstitucional con respecto a la constitución existente, en el sentido de que su ejercicio equivale a un acto revolucionario o subversivo, pero justamente por ello ilícito con respecto al ordenamiento preexistente.”⁵⁵⁸

En este sentido, y de acuerdo con las categorías abordadas en el presente capítulo, el poder de reforma constitucional, como cualquier otro poder dentro del estado constitucional, no se encuentra exento de la observancia del principio de legalidad en ninguna de sus dos vertientes,⁵⁵⁹ de manera que cualquiera de sus actuaciones debe ser revisada en un sentido formal como material, a la vez que debe sujetar su actuación a los límites derivados de las garantías primarias, por lo que no puede realizar acciones que representen una lesión a los derechos fundamentales.⁵⁶⁰ De ser así, a partir de las garantías secundarias, sus actuaciones

⁵⁵⁷ Cfr. Ragone, Sabrina, *Op. Cit.* p. 25; Balaguer Callejón, Francisco, *Op. Cit.*; Nogueira Alcalá, Humberto, *Op. Cit.*, pp. 333-334; y De Vega García, Pedro, La reforma constitucional como defensa de la constitución y de la democracia, *Op. Cit.* p. 14.

⁵⁵⁸ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris... Op. Cit.*, p. 811.

⁵⁵⁹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón... Op. Cit.*, p. 856.

⁵⁶⁰ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías... Op. Cit.*, p. 25.

serían revisables por la justicia constitucional,⁵⁶¹ la cual podría anularlas si no se apegan a la validez sustancial, no obstante se trate de normas vigentes que han seguido un proceso de producción formal.⁵⁶²

IV. 3. Las garantías primarias como límites implícitos normativos

Como hemos mencionado, los límites implícitos a la reforma constitucional son aquellos que se deducen indirectamente del texto constitucional,⁵⁶³ ya sea como una consecuencia lógica, o bien, como correlato de ciertos significados contenidos en determinados preceptos de la Constitución.⁵⁶⁴ Tratándose de los límites implícitos materiales, estos se consideran de carácter tácitos o inherentes a un tipo de Constitución, la cual es reconocida como una totalidad coherente.⁵⁶⁵ Como ya también se mencionó, la concepción de este tipo de límites suele asociarse a la superioridad de ciertos “valores ideológicos fundamentales”⁵⁶⁶ contenidos dentro de la misma. Con lo cual, ninguna modificación a la Constitución puede conllevar –o producir– una alteración a estos valores o principios fundamentales.⁵⁶⁷ Ya que estos representan su sustento o identidad.

Como se mostró de manera esquemática en el apartado referente a los límites implícitos materiales, la dificultad que se deriva de ellos es que no hay una manera clara para determinar cuál es aquel contenido que dota de identidad a una Constitución. Ya que tal construcción depende, sustancialmente, de un contexto social, jurídico, económico y cultural, completamente contingente.⁵⁶⁸ De manera que, apelar a valores que superan al texto constitucional resulta problemático al momento de brindar certeza sobre su origen o alcance.

⁵⁶¹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *El fundamento de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 26.

⁵⁶² Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón... Ibidem*, p. 874.

⁵⁶³ Cfr. Guastini, Riccardo, *Op. Cit.*, p.188 ; y Carpizo, Jorge, *Op. Cit.*, p. 42.

⁵⁶⁴ Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, *Op. Cit.*, p. 103.

⁵⁶⁵ Cfr. Guastini, Riccardo, *Op. Cit.*, p. 36.

⁵⁶⁶ Loewenstein, Karl, *Op. Cit.*, p. 192.

⁵⁶⁷ Cfr. Guastini, Riccardo, *Ídem*.

⁵⁶⁸ Cfr. Ragone, Sabrina, *Op. Cit.*, p. 47; Dixon, Rosalind y Landau, David, *Op. Cit.*, p. 606-Ss; y Salazar, Pedro, *La suplantación del legislador democrático*, *Op. Cit.*, p. 199-200.

Sobre este punto, puede referirse a lo comentado por Pedro Salazar,⁵⁶⁹ quien advierte que el uso de categorías consideradas como “protectoras” del constitucionalismo de los derechos, en conjunto con una “lectura moral” de las Constituciones, puede conducir, cuando menos, a decisiones controvertidas por parte de los Tribunales, las cuales, de llegar a ser excesivamente cuestionables, pueden llegar a socavar la legitimidad que reviste a dichas instituciones. De igual manera, hacer de las juezas y jueces intérpretes de la moral de la sociedad, puede hacer de las leyes el depósito de visiones subjetivas.

A partir de esto, consideramos que la teoría del garantismo nos ayuda a solventar dicha dificultad, ya que nos permite derivar un sustento material o sustancial de dichos límites, pero a partir de un contenido establecido en la propia Constitución. Así, una vez que el “deber ser” constitucional ha alcanzado un carácter positivo,⁵⁷⁰ es posible advertir dos puntos de relevancia: la validez sustancial de todo acto no se deriva de un contenido moral o ambiguo, referente a valores o identidades, sino que se trata de derechos fundamentales constitucionalmente previstos; y, derivado de tales derechos fundamentales, podemos observar determinados límites a los actos del poder de reforma, a fin de abstenerse de emitir legislaciones que generen una lesión hacia tales derechos.

Como hemos venido mencionando, la teoría garantista sostiene que los poderes se encuentran limitados por deberes jurídicos, relativos no solo a la forma sino también a los contenidos de su ejercicio.⁵⁷¹ Tal limitación se realiza por medio de las garantías primarias, las cuales hemos señalado como aquellas conductas de acción o abstención que se derivan de las expectativas de prestación o no lesión, adscritas al titular de un derecho subjetivo o fundamental. Dichas conductas, pueden expresarse en forma de deberes positivos, consistentes en las prestaciones que son objeto de expectativas positivas; y deberes negativos, consistentes en la prohibición de las lesiones que son objeto de expectativas negativas.⁵⁷²

⁵⁶⁹ Cfr. Salazar, Pedro, “Dos versiones de un garantismo espurio en la jurisprudencia mexicana”, en Salazar Ugarte, Pedro; Aguiló Regla, Josep y Presno Linera, Miguel Ángel, *Garantismo espurio*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 11-23.

⁵⁷⁰ Cfr. Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo... Op. Cit.*, pp. 67-69.

⁵⁷¹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón... Op. Cit.*, p. 857.

⁵⁷² Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris... Ibidem*, p. 616.

Así, puede afirmarse que las garantías primarias de no lesión, o bien, las garantías negativas primarias, implican un límite para la actuación estatal. Un límite consistente en no realizar conductas que violen o lesionen los derechos fundamentales. En el caso de aquellos poderes cuya función es la realización de actos preceptivos que, como ya dijimos, son aquellos que producen “decisiones” o normas jurídicas,⁵⁷³ tales actos se encuentran limitados formal como materialmente.⁵⁷⁴ Esto es, no deben emitir normativa incompatible con los contenidos constitucionales.

Dicho esto, en el presente trabajo sostenemos que las garantías primarias de no lesión, o garantías negativas primarias, representan límites implícitos de carácter material con respecto al poder de reforma constitucional. Ya que, como se mencionó en el apartado anterior, tal poder debe “desenvolverse en la forma y con los límites”⁵⁷⁵ que la Constitución establece, siendo las garantías primarias de no lesión uno de esos límites.

La interpretación de los límites implícitos materiales aquí propuesta es coincidente con la realizada por Luigi Ferrajoli, respecto de la garantía al principio de rigidez constitucional:

“Precisamente, las normas sobre la reforma son las garantías negativas primarias de la rigidez. Esta garantía consiste en la prohibición incondicionada, o condicionada a la adopción de un procedimiento legislativo agravado, de producir normas legales que violen o deroguen normas constitucionales”⁵⁷⁶

Aunque la propuesta de Ferrajoli busca erigirse como una garantía de la rigidez constitucional, en tanto que el límite impuesto a la reforma trata de distinguir entre normas de rango constitucional y normas que provienen de un proceso de legislación común, la premisa de la cual parte el autor es precisamente la que se sostiene en este texto. Las garantías negativas primarias sujetan la actuación de todo poder, incluyendo el poder de reforma, a la observancia de determinadas formas y determinados contenidos.

Ahora bien, aunque Ferrajoli refiere a las garantías negativas primarias con respecto al principio de rigidez, esto no excluye que la premisa sea usada con respecto a la protección

⁵⁷³ *Ibidem*, p. 479.

⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 482.

⁵⁷⁵ *Ibidem*, p. 811.

⁵⁷⁶ Ferrajoli, Luigi, “Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la constitución y sus garantías”, en Ferrajoli, Luigi; Moreso, Juan José y Atienza, Manuel, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, p. 98.

de los derechos fundamentales, como se sostiene en el presente texto. Ya que de ellos se desprenden garantías primarias que regulan y limitan la actuación estatal.

Una vez aclarado que las garantías negativas primarias implican un límite implícito material para la reforma constitucional, consideramos pertinente denominarlos en este trabajo como *límites implícitos normativos*, pues, aunque se trata de un límite sustancial, en tanto que se refiere al contenido o al “qué” de determinado acto, a diferencia de los límites implícitos materiales antes expuestos, los límites normativos se derivan de un “deber ser” positivizado, el cual impone obligaciones jurídicas para cualquier poder estatal. De esta manera, consideramos que la diferencia entre un límite material y uno normativo, se basa en que los primeros suelen ser asociados a la interpretación de valores y principios, mientras que los segundos se refieren al contenido de las normas constitucionales, a partir de su relación con las garantías negativas primarias.

De esta manera, a partir de los límites implícitos normativos, es posible evaluar un contenido sustancial de cualquier acto de reforma constitucional. Pues, el acto de reforma, como ya también se mencionó, se trata de un “acto preceptivo” del tipo “decisiones”, los cuales se encuentran supraordenados a las normas que los facultan, tanto formal como materialmente.⁵⁷⁷ Así bien, al ser la Constitución la norma que faculta el acto de reforma, es posible observar que tal acto puede/debe ser evaluado tanto en su forma como en su sustancia.

La sustancia de dichos actos, es su coherencia normativa entre el contenido que se inserta en la norma,⁵⁷⁸ es decir, el significado de ésta o el “qué” de la norma,⁵⁷⁹ y el contenido o significado que se desprende de las normas constitucionales.⁵⁸⁰ De esta manera, el límite implícito normativo no se refiere a una sustancia moral ubicada fuera del texto constitucional, sino a una coherencia semántica entre los contenidos normativos.

Toda esta construcción nos permite sostener que los límites implícitos normativos son un límite de carácter sustancial a la reforma constitucional, ya que se derivan de un contenido material relativo a los derechos fundamentales. Al igual que los límites implícitos

⁵⁷⁷ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris... Op. Cit.*, p. 482.

⁵⁷⁸ *Ibidem*, p. 504.

⁵⁷⁹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías... Op. Cit.*, p. 2

⁵⁸⁰ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón... Op. Cit.*, p. 874.

materiales, deben ser deducidos del texto constitucional, pero, a diferencia de estos, no presentan la dificultad de justificar el contenido de tales límites a partir de un argumento extrajurídico, sino que su contenido se encuentra constitucionalmente previsto, a la vez que la obligación de respetarlos se deriva de la propia norma fundamental.

De esta manera, podemos resumir el sustento de los límites implícitos normativos de la siguiente manera: a los derechos fundamentales que han sido incorporados a las Constituciones modernas les corresponden determinadas conductas de cumplimiento o no lesión, consistentes en sus garantías primarias. Dichas garantías primarias sujetan la actuación estatal a fin de no transgredir o violar las expectativas que se derivan de los derechos fundamentales, en ese sentido, toda actuación estatal debe guardar una conformidad con los procedimientos, así como a una coherencia con los contenidos. Es decir, se imponen límites formales y sustanciales a cualquier tipo de acto derivado de un poder del Estado. Dichos límites, que aquí hemos denominado como implícitos normativos, tratándose de garantías negativas primarias, imponen la obligación de no transgredir formal o sustancialmente las expectativas que se derivan de los derechos fundamentales.

IV. 4. La justicia constitucional como garantía secundaria de los límites implícitos normativos

A partir de lo descrito en los dos apartados anteriores, solo resta mencionar que, en aquellos casos en los que el poder de reforma transgreda los límites implícitos normativos, es decir, que produzca una reforma constitucional que contradiga los contenidos normativos impuestos por la garantía negativa primaria, produciendo así una antinomia, es tarea de la justicia constitucional el declarar la invalidez de dicho acto.

Como hemos mencionado, a las garantías primarias les corresponden un segundo tipo, denominadas garantías secundarias o de segundo grado, instrumentales, procesales o jurisdiccionales.⁵⁸¹ Consistentes en la obligación de reparar o sancionar judicialmente las lesiones o incumplimientos a los derechos subjetivos, es decir, la violación de las garantías primarias.⁵⁸²

⁵⁸¹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris... Op. Cit.*, p. 631.

⁵⁸² Cfr. Ferrajoli, Luigi, *El fundamento de los derechos fundamentales..., Op. Cit.*, p. 26.

De nuevo, recurriendo a la interpretación de Ferrajoli con respecto a la protección de la rigidez constitucional, podemos rescatar la siguiente afirmación:

“Las normas sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad son, en cambio, garantías negativas secundarias de la rigidez, y consisten en la anulación o en la desaplicación de las normas legales contrarias a las normas constitucionales y que violan, por tanto, su garantía negativa primaria.”⁵⁸³

Así bien, como ya hemos señalado, la transgresión de las garantías primarias, que aquí denominamos como límites implícitos normativos, activa la obligación subsidiaria en manos de las juezas y los jueces de anular, inaplicar o declarar la responsabilidad de dichas actuaciones.⁵⁸⁴

Tratándose de una reforma constitucional que transgreda un límite implícito normativo, es tarea de las Cortes o Tribunales constitucionales el verificar la regularidad material de dicho acto y declarar su invalidez, en caso de contradecir las disposiciones constitucionales.⁵⁸⁵ Para ello, como ya advertimos, puede ser que el proceso de reforma se haya conducido de conformidad con las normas formales de producción, con lo cual el acto podría ser considerado vigente, pero en la evaluación sustancial, el límite implícito normativo permite a las juezas y jueces el evaluar si la reforma es coherente con las normas sustantivas. En caso contrario, declarar su invalidez sustancial.⁵⁸⁶

Con ello, la supremacía constitucional, su rigidez y la garantía de los derechos fundamentales se articulan como un sustento del estado constitucional de derecho, en el cual todo poder, incluido el poder de reforma constitucional, se encuentra sometido a las formas y contenidos establecidos en la propia Constitución.

⁵⁸³ Ferrajoli, Luigi, “Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la constitución y sus garantías”... *Op. Cit.*, p. 98.

⁵⁸⁴ *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *El fundamento de los derechos fundamentales*, *Op. Cit.*, p. 192.

⁵⁸⁵ *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Los derechos y sus garantías...* *Op. Cit.*, pp. 13-14.

⁵⁸⁶ *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris...* *Op. Cit.*, p. 811.

Conclusiones

Conclusiones del Capítulo I

1. El primer capítulo nos permitió estudiar el concepto de “Constitución”. Desde sus orígenes remotos, correspondientes a la época griega, el concepto de constitución se equipara con el de politeia. Con lo cual se ha podido apreciar que la constitución de una determinada sociedad, corresponde con su forma y organización. Entre la forma de la sociedad y su organización existe una directa correlación, por lo que la politeia, como la forma de ser de la polis, no se limita a dar una descripción de la misma, sino que, desde la época griega, la politeia adquiere un carácter constitutivo y regulativo del poder público.
2. Posteriormente, fue posible apreciar que la politeia, entendida como la forma de ser de la polis, transitó hacia el periodo romano bajo el concepto de República. Es a partir de este concepto, que las primeras nociones romanas sobre un orden constitucional o constitutivo se llevaron a cabo. Sin embargo, ya desde este periodo era posible advertir que para la cultura romana la relación entre constitución y ley guardaba una importancia especial.
3. Dicha relación se muestra con mayor claridad en el periodo de la roma imperial. Aquí fue posible advertir que la ley (*lex*) funge como elemento de legitimización de cualquier autoridad política. En este periodo, el concepto de constitución adquiere la forma sustantiva que perdura hasta nuestros días. Pues el vocablo República es sustituido por el vocablo *Constitutio*. Esto, a consecuencia de las *Constitutio principis* que eran un tipo de legislación imperial, la cual adquiere un valor constitutivo a partir del reconocimiento que la sociedad romana le reconocía. Así, a partir de este periodo hasta la época medieval, el vocablo *Constitutio* será equiparado al de legislación imperial.

4. Dentro de estos apartados es posible advertir que Constitución, en cualquiera de los distintos vocablos utilizados en cada una de las épocas, corresponde con un carácter descriptivo y regulativo. Las sociedades son precedentes e independientes de su relación con un cierto tipo de normativa. Aquí, constitución como el ordenamiento de las magistraturas solo tiene un alcance organizativo, del que no se desprende el sustento o legitimación de la autoridad política. Además, al limitarse una función descriptiva y regulativa, la constitución no guarda relación alguna con la noción de derechos.
5. En el segundo apartado nos dedicamos al estudio de los elementos teóricos sobre los que se sustenta la constitución moderna. De estos se concluye que, el periodo moderno plantea un rompimiento con respecto al periodo premoderno, especialmente en cuanto al individualismo ontológico. Esto es la concepción del individuo como anterior al Estado. Además, como se abordó a partir de las teorías de Hobbes y Locke, al individualismo ontológico le acompaña una reformulación del derecho natural. Con lo cual se entiende que los derechos naturales de los individuos no dependen ni se desprenden de su pertenencia a determinada comunidad.
6. Derivado de esto, se aprecia que la creación del Estado es un acto racional derivado de la voluntad de los individuos. Es decir, el pensamiento moderno elabora un argumento que parte de una contraposición entre el estado de naturaleza, como un escenario natural en que los individuos aislados se desarrollan sin ninguna autoridad superior; y el estado civil-político, como una organización artificial, que no ocurre por la acción natural, sino como una antítesis o negación al estado de naturaleza. De esta manera, el Estado no es una consecuencia natural, propia del género humano, sino una creación artificial, que sirve a las exigencias racionales de los individuos.
7. De lo anterior se concluye que el pensamiento moderno sienta las bases para la creación del estado limitado o Estado liberal. Tal limitación se observa a partir de

dos características principales. La primera, implica una limitación material, que supone el reconocimiento de los derechos naturales como un espacio de libertad para el individuo, e impedido para el Estado; y el segundo, implica una limitación formal, con la cual, toda autoridad pública se encuentra sometida a las leyes generales del propio Estado.

8. Los planteamientos teóricos abordados con respecto a la constitución moderna encuentran su expresión normativa, o de Constitución normativa, en la época posterior a las revoluciones burguesas. A partir de este acto, la constitución moderna deja de ser un postulado teórico, para edificarse como una realidad normativa. Con esto, la relación entre constitución y ley pasa a un siguiente nivel, pues el propio concepto de constitución deja de ser un sustantivo que describe la organización de un Estado, para ser ahora la ley fundamental de una nación
9. De esta manera, la limitación del poder político encuentra una justificación que va más allá de la tradición o las formas preestablecidas. Ahora, toda autoridad lo es, en tanto que así ha sido reconocida por la Constitución. De manera que, ya no se trata de un acuerdo por medio del cual un poder político decide la manera cómo gobernará a sus súbditos, sino que son los súbditos quienes acuerdan la creación de un poder político, el cual actuará dentro de los límites por ellos establecidos.
10. Los elementos que integran a la Constitución normativa a partir de este periodo son
a) el conjunto de normas fundamentales de ese sistema jurídico-político se halla codificado, es decir, una Constitución escrita; b) el procedimiento para la reforma o derogación está fuera del alcance del legislador ordinario, o, lo que es lo mismo, es un procedimiento agravado en relación con el de la legislación ordinaria. También llamado Constitución rígida; y c) la constitución ocupa una jerarquía normativa superior a la ley dentro del sistema de fuentes, o bien, una supremacía constitucional.

11. En este capítulo fue posible estudiar el origen y evolución histórica del concepto de Constitución. Desde un periodo clásico, limitado a su carácter organizativo y descriptivo, para pasar a un periodo moderno de tipo prescriptivo y netamente constitutivo. Además, al establecerse como un elemento fundacional, todo poder que es constituido, es decir creado por la voluntad de los individuos, se encuentra limitado. Ello, en tanto que su actuación se deriva de una autorización. De un acto que lo limita a actuar y conducirse con apego a la ley que le dio origen.

Conclusiones del Capítulo II.

1. En este capítulo iniciamos con una precisión con respecto al concepto de justicia constitucional, con lo cual consideramos que ésta, forzosamente supone un sistema de medios procesales, a través de los cuales se pueden resarcir las fallas o falencias derivadas de los medios no jurisdiccionales. Así, la justicia constitucional supone una garantía que se activa ante las infracciones, ya sea legales o materiales, que transgreden al texto constitucional. Es decir, responden a una lógica jurisdiccional de corrección del poder.
2. Posteriormente dimos paso a una recapitulación sobre los antecedentes de la justicia constitucional. A partir de la tradición del *common law* británico fue posible advertir que, aun dentro de un periodo medieval, el pensamiento inglés propugnaba por la limitación de la arbitrariedad del legislador. Así, la creación del derecho común que regía sobre el reino, era una tarea realizada por los jueces por medio de sus sentencias. Éstas podían, incluso, desconocer el derecho creado por el parlamento u ordenado por el rey.
3. Tal supremacía del *common law* fue revertida al triunfo de la Gloriosa Revolución de 1688, con la cual se instauró la supremacía parlamentaria en Inglaterra. Sin embargo, en las colonias británicas en América, la supremacía parlamentaria dio

paso a una intensa actividad de los tribunales para rechazar e inaplicar cualquier legislación que fuera en contra de las Cartas Constitutivas o la ley inglesa. Con esto, la justicia constitucional dentro de las Trece Colonias adquirió un función fuertemente activa, además de sentar las bases para una tradición judicial posterior.

4. Una vez independizada, la nación estadounidense, es posible apreciar que la justicia constitucional se conforma a partir de una síntesis de dos concepciones divergentes, aunque complementarias. Por un lado, se busca recuperar una serie de derechos y tradición jurídica basada en el *common law* y la limitación del parlamento; y por otro lado, poner fin a la soberanía parlamentaria, para sustituirla por la supremacía de un acuerdo fundacional. Con esto, se reconocerían dos principios fundamentales que darían forma a la justicia constitucional: la supremacía constitucional y el control jurisdiccional de las leyes.

5. Después de esto, realizamos un estudio respecto de la sentencia de *Marbury v. Madison*. De ella fue posible apreciar que la Corte Suprema de los Estados Unidos no inició el proceso de justicia constitucional en los Estados Unidos, pero sí representó un punto culmen en su desarrollo. Así, los principios de supremacía y control jurisdiccional establecidos en la constitución encontraron su reflejo práctico en la resolución de dicho caso. Con lo que se afirmó que las y los jueces tienen la obligación de inaplicar aquellas normas contrarias a la Constitución.

6. En el apartado referente al texto de la Garantía Jurisdiccional de la Constitución, de Hans Kelsen, observamos que el autor considera que la función del tribunal descrito como garantía preventiva, actúa por medio de una garantía objetiva, que es declaración de nulidad de aquellos actos irregulares. Con esto, se delinea los contornos principales de la teoría de la justicia constitucional, en la cual dicha función es asignada un único órgano superior e independiente, que tendrá la función de declarar con efectos generales la nulidad de los actos irregulares. Una función descrita como un legislador negativo.

7. A partir del segundo capítulo es posible concluir que, desde un primer momento, la función de la justicia constitucional se delineó para afirmar la idea de que era, no solo factible, sino también necesario que un órgano se encargara de verificar el sometimiento de las leyes y los poderes a la Constitución. Es decir, frente al dogma de la soberanía del parlamento y de la ley, era imprescindible un órgano que pudiera controlarlo. De esta manera, las promesas y aspiraciones enmarcadas dentro de las primeras constituciones modernas, dejan de ser principios organizativos que buscan ser una guía para el legislador, para pasar a ser obligaciones jurídicas, sujetas a una garantía de su regularidad. La justicia constitucional es, precisamente, el método elegido para asegurar que tales promesas tengan un efecto en la realidad.

Conclusiones del Capítulo III.

1. En el tercer capítulo estudiamos los conceptos de poder constituyente y poderes constituidos. De lo cual, concluimos que: a) el poder constituyente es un poder no positivo, en tanto que no se deriva de un acto, ya que él mismo es la situación de la que el acto surge; b) no se halla regulado ni predispuesto por ninguna norma, por lo que no puede evaluarse su validez o invalidez; c) es imputado a un sujeto natural, que a diferencia de los sujetos artificiales, no se deriva de ninguna norma; y d) es siempre un poder concretamente ejercido, de manera que, su existencia se verifica por el acto que produce. Solo puede evaluarse a posterior, pues una vez que la situación deriva en acto, ésta desaparece. Es decir, el poder constituyente desaparece una vez que la Constitución es generada.
2. Por su parte, son poderes constituidos, todos aquellos conferidos y regulados por una norma positiva. De lo anterior se desprende, que son poderes constituidos, aquellos que no son constituyentes, es decir: a) aquellos que resultan del acto de una situación supraordenada; b) son regulados por una norma, de manera que puede evaluarse su validez o invalidez; y c) se desenvuelven por medio de sujetos artificiales, los cuales son creados y regulados por una norma.

3. De lo anterior, concluimos que el poder de reforma constitucional es un poder constituido. Toda vez que éste resulta del acto de una situación supraordenada, en tanto que su origen se deriva de la propia Constitución; su actividad se encuentra regulada, de manera que es posible evaluar la legalidad de sus actos; además, se desenvuelven por medio de un sujeto artificial, el cual carece de estatus fuera de su existencia constitucional. Así, el poder de reforma, en la medida en que aparece reglado y ordenado en la Constitución, se convierte en un poder limitado.

4. También concluimos que poder constituyente y los poderes constituidos se distinguen a partir de los actos que producen. El primero realiza un acto constituyente, mientras que los segundos realizan actos prescriptivos del tipo decisiones. De esto, puede concluirse que la instauración de una Constitución es un acto distinto a la reforma de la misma. La primera representa un acto constituyente, mientras que el segundo es un acto prescriptivo, del tipo “decisiones”. En ese sentido, cada uno de estos actos corresponden a actores distintos: el primero, como ya lo hemos visto, es resultado de una situación no jurídica en la que el poder constituyente instaure una Constitución, la segunda es una facultad legalmente reconocida a un sujeto constitucionalmente facultado.

5. Establecido que el poder de reforma constitucional es un poder constituido y, por lo tanto, limitado por la constitución establecimos los distintos tipos de límites que la doctrina y la jurisprudencia han reconocido al respecto. Los primeros son los límites expresos, que son aquellos que se encuentran textualmente enunciados en los documentos constitucionales. Con estos, ciertos artículos o contenidos constitucionales son sustraídos del poder de reforma. Impidiendo cualquier tipo de modificación.

6. Por su parte, los segundos son los límites implícitos, los cuales no se encuentran en el texto constitucional, sino que se deducen indirectamente, ya sea como una consecuencia lógica de los presupuestos en que descansa el sistema constitucional en su conjunto, o bien como correlato de ciertos significados contenidos en determinados preceptos de la Constitución.
7. Los límites implícitos se subdividen en dos tipos. Límites implícitos formales y límites implícitos materiales. Los primeros suelen asociarse con aquellas normas que regulan el proceso de reforma constitucional, ya que éste limita formalmente la manera en que una reforma constitucional puede ser llevada a cabo. Este tipo de límites se consideran implícitos, pues el proceso de reforma no prohíbe textualmente alguna modificación –como lo hacen los límites explícitos–, sino que sujeta a cualquier reforma a respetar estrictamente el procedimiento establecido. De esta manera, el proceso de reforma se ubica como un mínimo de entendimiento con respecto a la reforma constitucional.
8. Los segundos, los límites implícitos materiales se consideran de carácter tácitos o inherente a un tipo de Constitución, la cual es reconocida como una totalidad coherente, que reviste de una suerte de inmunidad o superioridad a ciertos “valores ideológicos fundamentales” contenidos dentro de la misma. Esta inmunidad significa que, ninguna modificación a la Constitución puede conllevar –o producir– una alteración a estos valores o principios fundamentales. Ya que estos representan el sustento o identidad de esa Constitución. De llegar a suceder, tal reforma recaería en invalidez.

Conclusiones del Capítulo IV.

1. En el presente capítulo estudiamos la teoría del constitucionalismo jurídico o garantista, a fin de arribar a una propuesta de límites implícitos normativos. Para ello, partimos de integración del garantismo a partir de dos acepciones: a) como un

modelo de derecho o sistema jurídico; b) como una teoría jurídica. De ello concluimos que, la primera acepción de garantismo se trata de un modelo normativo encaminado al sometimiento de todos los poderes públicos, por medio de la observancia que deben guardar con respecto a los derechos fundamentales, a los cuales les corresponden determinadas garantías primarias y garantías secundarias que constituyen el parámetro para evaluar cualquier conducta estatal.

2. De la segunda acepción concluimos que el garantismo supone una separación entre el Derecho y la moral, de manera que el parámetro de validez de una norma no es su correspondencia con un ideal de justicia. Asimismo, se estudió la distinción entre vigencia y validez, para concluir que la vigencia implica la mera legalidad o validez formal, restringida a los procesos formales de legislación, mientras que la validez nos sitúa dentro de la estricta legalidad, propia del estado constitucional de derecho, en el que toda norma debe ser sometida no solo a una conformidad, sino también a una coherencia de sus contenidos, con lo cual se garantiza su validez sustancial.
3. A partir de las anteriores conclusiones, fue posible acreditar que el poder de reforma constitucional, como cualquier otro poder dentro del estado constitucional, no se encuentra exento de la observancia del principio de legalidad en ninguna de sus dos vertientes, de manera que cualquiera de sus actuaciones debe ser revisada en un sentido formal como material, a la vez que debe sujetar su actuación a los límites derivados de las garantías primarias, por lo que no puede realizar acciones que representen una lesión a los derechos fundamentales.
4. Así también, consideramos que la teoría garantista sostiene que los poderes se encuentran limitados por deberes jurídicos, relativos no solo a la forma sino también a los contenidos de su ejercicio. Tal limitación se realiza por medio de las garantías primarias, las cuales hemos señalado como aquellas conductas de acción o abstención que se derivan de las expectativas de prestación o no lesión, adscritas al titular de un derecho subjetivo o fundamental. Dichas conductas, pueden expresarse

en forma de deberes positivos, consistentes en las prestaciones que son objeto de expectativas positivas; y deberes negativos, consistentes en la prohibición de las lesiones que son objeto de expectativas negativas.

5. Una vez aclarado que las garantías negativas primarias implican un límite implícito material para la reforma constitucional, concluimos el establecimiento de los – denominados por nosotros– *límites implícitos normativos*, pues, aunque se trata de un límite sustancial, en tanto que se refiere al contenido o al “qué” de determinado acto, a diferencia de los límites implícitos materiales antes expuestos, los límites normativos se derivan de un “deber ser” positivizado, el cual impone obligaciones jurídicas para cualquier poder estatal. De esta manera, consideramos que la diferencia entre un límite material y uno normativo, se basa en que los primeros suelen ser asociado a la interpretación de valores y principios, mientras que los segundos se refieren al contenido de las normas constitucionales, a partir de su relación con las garantías negativas primarias.

6. Por último, concluimos que, tratándose de una reforma constitucional que transgreda un límite implícito normativo, es tarea de las Cortes o Tribunales constitucionales el verificar la regularidad material de dicho acto y declarar su invalidez, en caso de contradecir las deposiciones constitucionales. Para ello, como ya advertimos, puede ser que el proceso de reforma se haya conducido de conformidad con las normas formales de producción, con lo cual el acto podría ser considerado vigente, pero en la evaluación sustancial, el límite implícito normativo permite a las juezas y jueces el evaluar si la reforma es coherente con las normas sustantivas. En caso contrario, declarar su invalidez sustancial.

Bibliografía

- Aguiló Regla, Josep, *Sobre la constitución del Estado constitucional*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, [S.l.], n. 24, p. 429-457, nov. 2001.
- Aristóteles, *La Constitución de Atenas*, Trad., Tovar, Antonio, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1948.
- Aristóteles, *La Política*, Trad. García Valdés, Manuela, Gredos, España, 1988.
- Bachof, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Álvarez Álvarez, Leonardo Trad., Palestra Editores, Perú, 2010.
- Balaguer Callejón, Francisco, "La reforma constitucional en el contexto de la pluralidad de espacios constitucionales de dimensión europea", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, [S.l.], jan. 2008.
- Baquerizo Minuche, Jorge, *El concepto de Poder Constituyente. Un estudio desde la teoría analítica del derecho*, Marcial Pons, España, 2021.
- Bidart Campos, German J., *Manual de la Constitución reformada*, tomo 1, 3ª reimp., Ediar, Buenos Aires, 2001.
- Blackstone, William, Sir, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Printed at the Clarendon Press, UK, 1765-1769.
- Blanco Valdés, Roberto L., *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza Editorial, España, 2006.
- Bobbio, Norberto y Bovero, Michelangelo, *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.
- Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, Fernández Santillán, José Fran., Trad., Fondo de Cultura Económica, México, 1986.
- _____, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 1991.
- _____, Norberto, *Thomas Hobbes, Paradigma*, España, 1991.
- _____, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- _____, Norberto, *Teoría general del Derecho*, 2ª ed., Temis, Colombia, 2002.
- _____, Norberto, *Teoría general de la política*, Trotta, España, 2005.
- _____, Norberto, "Prólogo", en Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10ª ed., Trotta, España, 2010.
- _____, Norberto, *Estado Gobierno y Sociedad: Por una teoría general de la política*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2018.
- Borgeaud, Charles, *The Origin and Development of Written Constitutions*, Political Science Quarterly, Vol. 7, No. 4 (Dec., 1892).
- Bovero, Michelangelo, "Prefacio. Nuevas reflexiones sobre democracia y constitución", en Salazar, Pedro, *La democracia constitucional: Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

- Brewer-Carías, Alan R., *La justicia constitucional (Procesos y procedimientos constitucionales)*, Porrúa-IMDPC, México, 2007.
- _____, Allan R., "Justicia constitucional como garantía de la constitución", en Von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿hacia un ius constitutionales commune?*, IJ.UNAM, Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010.
- Butleritchie, David T., *The Confines of Modern Constitutionalism*, 3 *Pierce L. Rev.* 1 (2004).
- Cappelletti, Mauro y Clarke Adams, John, *Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations*, *Harvard Law Review*, Vol. 79, No. 6 (Apr., 1966).
- Cappelletti, Muro, *Judicial Review in Comparative Perspective*, *California Law Review*, Vol. 58, No. 5 (Oct., 1970).
- _____, Mauro, *Obras. La Justicia Constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, Porrúa-Facultad de Derecho-UNAM, México, 2007.
- Carpizo, Jorge, "El Tribunal Constitucional y el control de la reforma constitucional", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 12, julio-diciembre 2009.
- Carvajal, Patricio, *La teoría de la constitución en la "Política" de Johannes Althusius*, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Sección historia del pensamiento político, XXXVII, Valparaíso, Chile, 2015.
- Casal Hernández, Jesús María, *Las transformaciones del constitucionalismo y la justicia constitucional*, Porrúa-IMDPC, México, 2017.
- Chan Smith, David, *Sir Edward Coke and the reformation of the laws: religion, politics and jurisprudence*, Cambridge University Press, UK, 2014.
- Charles Zarka, Yves, *Hobbes y el pensamiento político moderno*, Herder, Barcelona, 1997.
- Choudhry, Sujit, "Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment: A Reply to Rosalind Dixon and David Landau (2017)". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, no. 3, 2017.
- Cicerón, Marco Tulio, *De la República*, Libro Tercero, en *Obras Completas de Marco Tulio Cicerón*, Tomo IV, Trad., Navarro Calvo, Francisco, Librería de los Sucesores de Hernando, Madrid, 1924.
- _____, Marco Tulio, *De las leyes*, I, 19, Trad. Pimentel Álvarez, Julio, IJ-UNAM, México, 2016.
- Corwin, Edward S., "Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review", *Michigan Law Review*, May, 1914, Vol. 12, No. 7 (May, 1914).
- Cossío Díaz, José Ramón, "El amparo en revisión 186/2008", en Astudillo, César y Córdova, Lorenzo (Coords.), *Reforma y control de la Constitución: Implicaciones y límites*, IJ-UNAM, México, 2011.

- Dawson, John P., *The Privy Council and private law in the tudor and stuart period: II*, Mich. L. Rev. [Vol. 48, 1950].
- De Vega García, Pedro, *La reforma constitucional como defensa de la constitución y de la democracia*, Fundación Miguel Giménez Abad de estudios parlamentarios y estado autonómico, Ponencia impartida con motivo de la celebración de las II Jornadas de Derecho Constitucional titulada Reforma de la Constitución que tuvo lugar en Barbastro (Huesca), los días 27 y 28 de octubre de 2006, p. 14. Disponible en: <https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/documentacion/la-reforma-constitucional-como-defensa-de-la-constitucion-y-la-democracia>
- Dellinger, Walter, *The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process*, HARVARD. LAW. REV. 386, 403 (1983).
- Díaz Revorio, Francisco Javier, *La "constitución abierta" y su interpretación*, Palestra, Lima, 2004.
- Díaz Ricci, Sergio, "Rigidez constitucional. Un concepto toral", en Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Héctor, et. al. (Coord.), *Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudio en homenaje a Jorge Carpizo*, Tomo IV, Vol. I, UNAM, México, 2015.
- Dixon, Rosalind y Landau, David, "Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment", *International Journal of Constitutional Law*, Volume 13, Issue 3, July 2015.
- Elster, Jon, "Majority rule and individual rights", en Savic, Obra (ed.), *The politics of Human Rights*, Verso, EEUU, 2002.
- Fernández Santillán, José F., *Hobbes y Rousseau: Entre la autocracia y la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988.
- Ferrajoli, Luigi, "Expectativas y garantías. Primeras tesis de una teoría axiomática del derecho", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, [S.l.], n. 20., nov. 1997.
- _____, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Greppi, Andrea, Trad., Trotta, España, 2006.
- _____, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7ª ed., trad. Andrés Ibañes, Perfecto y Greppi, Andrea, Trotta, Madrid, 2007.
- _____, Luigi, *Principia Iuris, Teoría del derecho y dela democracia, Vol. 1, Teoría del derecho*, Trotta, España, 2007.
- _____, Luigi, "Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la constitución y sus garantías", en Ferrajoli, Luigi; Moreso, Juan José y Atienza, Manuel, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008.
- _____, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ª ed., Trotta, España, 2009.
- _____, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10ª ed., Trotta, España, 2010.
- _____, Luigi, "El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 34, 2011.

- _____, Luigi, *Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 34, 2011.
- _____, Luigi y Ruíz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, España, 2012.
- _____, Luigi, "El papel de la función judicial en el Estado de Derecho", en Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2016.
- _____, Luigi, *Los derechos y sus garantías. Conversando con Mauro Barberis*, Revuelta, José Manuel trad., Trotta, España, 2016.
- Ferreres Comella, Víctor, "Justicia constitucional, democracia y federalismo: Una aproximación desde la teoría constitucional norteamericana", *Autonomies*, núm. 21, diciembre de 1996, Barcelona.
- Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trotta, España, 2001.
- _____, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. 6ª ed., Trotta, España, 2009.
- Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional. 1940-1965*, IJ-UNAM, México, 1968.
- _____, Héctor, "Aproximación al derecho procesal constitucional", *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, número 3, enero/diciembre, 1999.
- _____, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la constitución en el orden mexicano*, 2ª ed., IJ-UNAM, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, México, 1998.
- _____, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2ª ed., Centro de Estudios Constitucionales México-Centro América, IJ-UNAM, Corte Constitucional República de Guatemala, México, 1998.
- Flores, Imer B., "Sobre la reforma a la Constitución y su control: a propósito de las implicaciones y limitaciones del amparo 186/2008", en Astudillo, César y Córdova, Lorenzo (Coords.), *Reforma y control de la Constitución: Implicaciones y límites*, IJ-UNAM, México, 2011.
- Frierson, Wm. L., *Amending the Constitution of the United States: A Reply to Mr. Marbury*, Harvard Law Review, Mar., 1920, Vol. 33, No. 5 (Mar., 1920).
- García Belaunde, Domingo, "Sobre la jurisdicción constitucional", en Quiroga León, Anibal, (Comp.), *Sobre la jurisdicción Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 1990.
- _____, Domingo, "Nota preliminar", en Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)*, trad. Tamayo Salmorán, Rolando, Revisión, García Belaunde, Domingo, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, ISSN 1138-4824, núm. 15, Madrid (2011).
- _____, Domingo, "La constitución y sus justicias", en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (Coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, IJ-UNAM, México, 2013.

- García de Enterría, E., *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1983.
- García-Pelayo, Manuel, "El 'status' del tribunal constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. I, Núm. I, Enero-abril 1981.
- Gascón Abellán, Marina, "Justicia constitucional: Entre legislación y jurisdicción", *Revista Española de Derechos Constitucional*, Año 14, Núm. 41, Mayo-Agosto, 1994.
- _____, Marina, Justicia constitucional: la invasión del ámbito político, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea (Coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudio en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo I, IIJ-UNAM, IMDPC, Marcial Pons, México, 2008.
- _____, Marina, "La teoría general del garantismo: rasgos principales", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (Edit.), *Garantismo. Estudio sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2ª ed., Totta, IIJ-UNAM, España, 2009.
- Gayo, Instituta, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid, 1845.
- Gözler, Kemal, *Judicial review of constitutional amendments: a comparative study*, Ekin Press, Turkey, 2008.
- Grim, Dieter, *Constitutionalism. Past, present, and future*, Oxford University Press, UK, 2016.
- Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, 4ª ed., Fontamara, México, 2013.
- Hallam, Henry, *The constitutional history of England, from the acesion of Henry VII to the dead of Geroge II*, Vol. I, 2ª ed., John Murray, Albemarle Street, London, 1829.
- Hamilton, A., Madison, J., y Jay, J., *El Federalista*, Velasco, G. R., trad. Fondo de Cultura Económica, México, 1978.
- _____, Alexander, James Madison y John Jay, *El Federalista*, trad. y pról. de Gustavo R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- Hart, H., *El concepto de derecho*, 2ª ed. Editorial Nacional, México, 1980.
- Higuera Jiménez, Diego Mauricio, "Límites al poder de reforma, modificaciones y alteraciones a la Constitución", *Revista Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, Vol. 16, N° 32, Colombia, Julio-Diciembre de 2017.
- Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Editora Nacional, España, 1980.
- _____, *De Cive*, Alianza Editorial, España, 2000.
- Homero, *Odisea*, Pabón, José Manuel, Trad., Gredos, Madrid, 1982.
- Ippolito, Dario, *Lo spirito del garantismo. Monstesquieu e il potere di puniere*, Donzelli editore, Roma, 2006.
- Jacobsohn, G. J., *An unconstitutional constitution? A comparative perspective*, I-CON, Volume 4, Number 3, 2006.
- Justiniano, *Instituta-Digest*, 1.2.6., Jaime Molina, Editor, Consejo de Ciento, n° 287, Barcelona, 1889.

- Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)*, trad. Tamayo Salmorán, Rolando, Anuario Jurídico, IJ-UNAM, No. I, México, 1974.
- _____, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, García Máynez, Eduardo, Trad., UNAM, México, 1995.
- _____, Hans, *La función de la constitución*, Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja", Año IV, Número 5, Invierno 2010.
- _____, Hans, *Teoría pura del derecho*, 16ª ed., Vernengo, Roberto J., Porrúa, México, 2013.
- Künkel, Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*, 9ª ed., Trad. Miquel, Juan, Ariel, España, 1999.
- I. De Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.
- Legarre, Santiago y Rivera, Julio César, "Naturaleza y dimensiones del 'stare decisis'", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N0 1, pp. 109 - 124 [2006].
- Leo Strauss, *The political philosophy of Hobbes: Its basis and its genesis*, Sinclair, Elsa M. (Trad.), The University of Chicago Press, Chicago-London, 1952,
- Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, Mellizo, Carlos, Trad., Tecnos, Bogotá, 2006.
- Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Gallego Anabitarte, Alfredo, Trad., Ariel, España, 1979, p. 192.
- Lucas Verdú, Pablo, *Reflexiones en torno y dentro del concepto de Constitución. La Constitución como norma y como integración política*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca), Núm. 83, España, Enero-Marzo, 1994.
- Magaloni Kerpel, Ana Laura, *Derecho constitucional en movimiento. El precedente judicial norteamericano*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2021.
- Marbury, William L., *The Limitations upon the Amending Power*, Harvard Law Review, Dec., 1919, Vol. 33, No. 2 (Dec., 1919).
- Márquez Piñero, Rafael, "El tribunal constitucional kelseniano", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea (Coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudio en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo II, IJ-UNAM, IMDPC, Marcial Pons, México, 2008.
- Marrou, Henri-Irénee, *Historia de la educación en la antigüedad*, Akal, Madrid-España, 1985.
- McIlwain, Charles, *Constitutionalism. Ancient and modern*, Amagi, Liberty Fund Inc., EEUU, 2007.
- Mercedes Gómez, María, "Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia", en Motta, Cristina y Cabal, Luisa (Comp.), *Más allá del derecho: justicia y género en América Latina*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, CESO, Bogotá, 2005.
- Michael S. Paulsen, *The Constitution of Necessity*, 79 Notre Dame L. Rev. 1257 (2004).
- Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, 17ª ed., Porrúa, México, 2007.
- Muñoz Machado, S., *Constitución*, Iustel Publicaciones, Madrid, 2004.
- Murphy, Walter F, *An Ordering of Constitutional Values*, 53 S. Cal. L. Rev. 703 (1979-80).
- Murphy, Walter F., y Tanenhaus, Joseph (trans. & eds), *Comparative Constitutional Law: Cases and Commentaries*, St. Martin's Press, 1977.

- Negreto, Gabriel L., "Poder constituyente en la tradición americana. El legado problemático de los escritos federalistas", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43 No 3, pp. 787 - 812 [2016].
- Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, 7ª Reimpresión, Astrea, Buenos Aires-Bogotá, 2013.
- Nogueira Alcalá, Humberto, "Poder Constituyente, reforma de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad", *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 36, enero-junio 2017.
- Orozco Solano, Víctor Eduardo, *La fuerza normativa de la Constitución*, Porrúa-IMDPC, México, 2017.
- Ovalle Favela, José, "Tradiciones jurídicas y proceso civil: sentencia, precedente y jurisprudencia", en Adame Godard, Jorge (Coord.), *Derecho privado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, IIJ-UNAM, México, 2005.
- Paine, Thomas, *Los derechos del hombre*, Matías Carey e Hijos, España, 1821.
- Patterson, C. P., "The Development and Evaluation of Judicial Review [Part 1]", *13 Wash. L. Rev. & St. B.J.* 75 (1938).
- Patterson, Perry P., "James Madison and Judicial Review", *California Law Review*, Vol. 28, No. 1 (Nov., 1939).
- Pazé, Valentina, "La demagogia, ayer y hoy", *Ansamios*, 13, 30, 2016.
- Platón, *Diálogos IX*, Leyes, VII, trad. Lisi, Francisco, Gredos, España, 1999.
- Polibio, *Historias*, Libro IV, Gredos, Madrid, 1981.
- Pou Giménez, Francisca, Las ineficacias legales y políticas del hiper-reformismo constitucional mexicano, en Serna de la Garza, José María y De los Santos Olivo, Isidro, (Coords.), *La dinámica del cambio constitucional en México*, IIJ-UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2018.
- Prieto Sanchís, Luis, Luis, *Tribunal Constitucional y positivismo jurídico*, Doxa. N. 23 (2000).
- _____, Luis, Constitucionalismo y garantismo, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (Edit.), *Garantismo. Estudio sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2ª ed., Totta, IIJ-UNAM, España, 2009.
- _____, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, 4º ed., Fontamara, México, 2011.
- _____, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 3ª ed., Trotta, España, 2014.
- Ragone, Sabrina, *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, Brito Melgarejo, Rodrigo, Trad., Porrúa-IMDPC, México, 2012.
- Roznai, Yaniv, *Unconstitutional Constitution Amendments. The limits of amendment powers*, Oxford University Press, UK, 2017.
- Salazar Carrión, Luis, *Para pensar la política*, UAM, México, 2004.
- Salazar Ugarte, Pedro, *La Democracia Constitucional: una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

- _____, Pedro, "Dos versiones de un garantismo espurio en la jurisprudencia mexicana", en Salazar Ugarte, Pedro; Aguiló Regla, Josep y Presno Linera, Miguel Ángel, *Garantismo espurio*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- _____, Pedro, "Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34 (2011).
- _____, Pedro, "La suplantación del legislador democrático", en Astudillo, César y Córdova, Lorenzo (Coords.), *Reforma y control de la Constitución: Implicaciones y límites*, IIJ-UNAM, México, 2011.
- Salva, Don Vicente, *Diccionario Latino-Español*, 5ª ed., Malaca, Valencia, 1843.
- Santiago Juárez, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, CONAPRED, México, 2007.
- Schmitt, Carl, *Constitutional Theory*, Seitzer, Jeffrey, Trad., Duke University Press, USA, 2007.
- Sieyès, Emmanuel-Joseph, *¿Qué es el tercer Estado?*, Biblioteca Omegalfa, 2019.
- Smit, Eivind, Old and Protected? On the "Supra-Constitutional" Clause in the Constitution of Norway, *Israel Law Review*, Volume 44, Issue 3, 2011.
- Soberanes Fernández, José Luis, *Sobre el origen de las declaraciones de Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2009.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, *Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional y la tradición judicial del common law*, Anuario Jurídico, VI-1979, IIJ-UNAM, México, 1979.
- _____, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, 2ª ed., Fontamara, México, 2002.
- Vinogradoff, Paul, *Outlines of Historical Jurisprudence, Volume II, Jurisprudence of the Greek City*, Oxford University Press, England, 1992.
- Walker Kayes, Clinton, *Original elements in Cicero's ideal constitution*, *The American Journal of Philology*, 1921, Vol. 42, No. 4 (1921).
- West, Robin, Tom Paine's Constitution, *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper*, Vol. 89 Va. L. Rev. 1413-1461 (2003).
- Zagrebelsky, Gustavo, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008.

Resoluciones judiciales

Alemania.

Bundesverfassungsgericht, BverfGE 1, 14 (1951), Entscheidung vom Oktober 23, 1951.

Colombia.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-551, 9 de julio de 2003.

India.

I. C., Golaknath & Ors vs State Of Punjab & Anrs., 27 February, 1967.

I. C., Kesavananda Bharati v. State of Kerala, Anr., 24 April, 1973.

Italia.

Corte Costituzionale, *SENTENZA N.1146/1988*, Dicembre 1988.

EE.UU.

Commonwealth v. Caton, resuelto por la Corte de apelación de Virginia en 1782.

Hollingsworth v. Virginia, 3 U.S. 378 (1798)

U.S. Reports: *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, (1803).

Reino Unido.

Bonham's Case, 8 Co. Rep. 118b, 77 ER 652.

Cavendish's Case 1 Aud. 152, 123 Eng. Rep. 403 (1582).

Turquía.

Turkish Constitutional Court, 8 AMKD 313 (1970), *Decision of June 16, 1970, No. 1970/31*

Constituciones

Constitución Alemana de 1949.

Constitución de Madagascar de 2010.

Constitución Francesa de 1958.

Constitución Italiana de 1947.

Constitución Norteamericana de 1787.

Enmienda XI (Ratificada en febrero 7 de 1795)

Enmienda XIX (Ratificada en agosto 18 de 1920)

Enmienda XVIII (Ratificada en enero 16 de 1919. Derogada por la Enmienda XXI)

Otros.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, el 26 de agosto de 1789.

Resmi Gazete [Official Gazette], Nov. 12, 1969, No. 13349.

