



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 44, Enero-Junio 2021  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

MARSHFIELD, Jonathan, *The Amendment Effect*, Massachusetts, Boston University School of Law, 2018, pp. 55-125.

Viridiana de Jesús RODRÍGUEZ VILLALOBOS\*  
Adolfo GUINART PEARL\*\*  
Emiliano PARRA MARTÍNEZ\*\*\*

El profesor asociado de la Escuela de Derecho de Nebraska, Estados Unidos, Jonathan Marshfield, nos entrega en este artículo un producto académico más de sus investigaciones en torno a la forma en que pueden ser afectados los resultados constitucionales por reglas procedimentales e instituciones políticas; en esta ocasión analizando el cambio constitucional en el derecho constitucional estatal.

El fenómeno constitucional es muy complejo y las variables interrelacionadas que influyen en el poder revisor y en el activismo judicial no son la excepción; en esencia, Marshfield cuestiona la teoría, de origen norteamericana, sobre la cual se han configurado sistemas constitucionales enteros en el mundo: la relación inversa entre flexibilidad de la enmienda y el activismo judicial, teorizada y afirmada por muchos, pero carente de investigación empírica que la pruebe. Logra, a través de su análisis, establecer una relación entre enmienda y activismo judicial, aunque no como lo habían creído los clásicos constitucionalistas sino estableciendo que el dinamismo en el procedimiento de reforma de la Constitución contribuye a que el Poder Judicial plasme sus ideologías sin temor a ser criticado, o ir

---

\* Estudiante en la Facultad de Derecho, Universidad Panamericana. México. Correo electrónico: [0215298@up.edu.mx](mailto:0215298@up.edu.mx) ORCID: 0000-0002-5379-2684.

\*\* Estudiante en la Facultad de Derecho, Universidad Panamericana. México. Correo electrónico: [0224896@up.edu.mx](mailto:0224896@up.edu.mx) ORCID: 0000-0003-4980-6083.

\*\*\* Estudiante en la Facultad de Derecho, Universidad Panamericana. México. Correo electrónico: [0228611@up.edu.mx](mailto:0228611@up.edu.mx) ORCID: 0000-0002-8761-9476.

en contra de lo que posiblemente resuelvan los distintos actores políticos con la capacidad de anular su decisión, contradiciendo la hipótesis clásica común, por lo que a su entender no se trata de un proceso lineal inverso, sino curvilíneo. El interés mostrado por el autor quizá se deba, en buena medida, por la experiencia adquirida al haber trabajado en un Juzgado de Distrito en New Jersey y con el presidente de la Corte Suprema de ese mismo Estado.

Jonathan Marshfield, quien escribió más recientemente el artículo “Límites olvidados en el poder de reformar las Constituciones estatales” (114 Nw. U. L. Rev. 65 (2019)) parte de la posición que la Suprema Corte norteamericana es una de las más activas en el mundo, entre otras razones por la clara rigidez del artículo V de la Constitución norteamericana que dificulta el proceso formal de enmienda, dándole a dicho tribunal un poder “corrector” a través de la interpretación constitucional. Esta idea refleja la teoría sobre una relación inversamente proporcional: entre menos flexible sea el procedimiento para “enmendar” una constitución (local o federal), más activismo judicial, y entre más flexible menos activismo. Marshfield se da a la tarea de demostrar empíricamente esta teoría. Para ello, primero aborda las teorías de las decisiones judiciales desde un análisis estratégico, posteriormente presenta las principales hipótesis sobre la relación de la flexibilidad de un sistema para enmendar con el activismo judicial, presentando los resultados de su metodología empírica, y termina explicando lo que esto significa en el diseño constitucional.

En cuanto a las teorías de “análisis estratégico” de las decisiones judiciales, el autor señala que la tradición legal sobre la forma en que los jueces toman decisiones judiciales deja de lado la complejidad real que éstas suponen. Así, a través del análisis estratégico los académicos reconocen que los jueces se ven afectados por las limitaciones institucionales, como puede ser la probabilidad de que los tribunales superiores anulen la resolución tomada en un caso, los efectos políticos que tendrá su resolución o si puede ser anulada la resolución por el ejecutivo. Estos ejemplos, que involucran actores o ideologías políticas, pueden influir en la decisión del juez, pues van más allá de la idea tradicional de la resolución judicial.

Al referirse a las teorías sobre la anulación estratégica, el autor abunda en los casos en que puede haber anulación judicial, ya sea por los

superiores judiciales, el poder ejecutivo o por el poder legislativo. Los jueces pueden anticipar cómo reaccionarán a la resolución judicial que emitan quienes tienen el poder para anularlas y con esta anticipación estratégicamente deciden minimizar el riesgo de la anulación, a la vez que concilian sus creencias en una resolución. También puede suceder, sin embargo, que cuando los jueces prevén la anulación, resuelvan “vagamamente” o de forma imprecisa para no llamar la atención y mantener su reputación intacta, así como dar una resolución con sus preferencias ideológicas.

Por lo que hace a las teorías sobre los efectos de las enmiendas en la revisión judicial, Marshfield señala tres límites que marcan la relación entre estos dos aspectos. Uno de ellos es la revisión judicial, en cuanto poder de la Corte para derogar la legislación o la acción del gobierno que es inconsistente con la Constitución, es la facultad de los jueces de decir cuál es la ley. Otro límite es el principio de supremacía de la enmienda, mediante el cual se pone en evidencia que el poder de la Corte para derogar una ley deriva de la Constitución. Uno tercero es la flexibilidad de la enmienda formal, la cual varía pues hay constituciones que no tienen un proceso rígido para realizar enmiendas y hay otras que sí, o bien hay algunas que se encuentran en un punto medio. De cualquier manera, la flexibilidad se ve afectada por la estructura de la enmienda formal, pero igualmente por la cultura política.

Ya en lo que corresponde a las teorías que explican la relación entre la enmienda y la revisión judicial, existen las siguientes tres: la hidráulica, la del agente principal y la del agente limitado. La primera explica la relación a partir de la “presión” que existe para cambiar la Constitución (todas las constituciones o cambian o mueren), pero el difícil procedimiento formal para hacerlo no deja otra alternativa que recurrir a otros medios, como la revisión judicial. La segunda teoría establece que el pueblo es el sujeto principal y, por tanto, las enmiendas formales sirven como técnica para protegerse de arbitrios judiciales; si las enmiendas son fáciles de obtener, el juez se abstendrá de ir en contra de las preferencias populares. La tercera teoría explica que las enmiendas constantes afectan la forma en que se aplica la Constitución, pues si se tiene un texto cada vez más detallado se limitan las facultades del juez para interpretar, o si se tiene un texto impreciso hay más activismo judicial. De cualquier

forma, una enmienda sirve como guía y, por lo tanto, limita a los jueces a las preferencias democráticas.

En el apartado de diseño constitucional, Marshfield pone a prueba la teoría de forma empírica, de manera tal que considera que es parcialmente incorrecta, pues si bien existe una correlación entre la frecuencia de las enmiendas y el activismo judicial, hay un margen donde en los casos con más frecuencia existe mayor activismo judicial, lo que se explica a raíz de tres cosas: Cuando las enmiendas son tan seguidas el juez no se tiene que preocupar por si establece o no una nueva interpretación, pues las legislaciones finalmente le darán forma, aceptando o desechando su interpretación. También el rol del juez cambia en estas situaciones, pues pasa de defender los intereses de la mayoría en un sistema rígido a defender los intereses de la minoría (pues las reformas protegen los intereses mayoritarios). Finalmente, existe una explicación más sencilla: entre más enmiendas más posibilidad hay de ejercer el poder revisor, consecuentemente hay lugar para el activismo judicial.

Al mismo tiempo estos hallazgos tienen tres implicaciones en el diseño constitucional: la relación entre ambos no es una relación lineal inversa, sino una relación curvilínea, para que los “diseñadores constitucionales”, como los llama el autor, tengan en consideración los resultados cuando busquen limitar el poder revisor del poder judicial. El estudio deja la posibilidad sobre si el activismo judicial se incrementa más en temas individuales que en los estructurales. Por último, este estudio demuestra, vagamente, cabe aclarar, que existen más variables que interactúan en el activismo judicial y en el diseño constitucional vale la pena tenerlo en cuenta.

El autor atribuye el éxito de su investigación a la expansión de las variables que empleó, para lo cual usó un sistema de regresión negativa binomial en el que influyeron 16 variables. Como una de sus conclusiones demostró que si la frecuencia con la que se presentan enmiendas está entre 0 y 4.2 por año, el activismo judicial baja, mientras que la frecuencia con la que se presentan enmiendas sube. En tanto que si la frecuencia con la que se presentan enmiendas es superior a 4.2, el activismo judicial empieza a acelerarse de la misma manera que la frecuencia con la que se presentan enmiendas, que también se incrementa.

Esperamos que el trabajo de Jonathan Marshfield sirva como fuente de inspiración para que en nuestro país se realicen trabajos académicos con ca-

racterísticas semejantes. A pesar de nuestro aparente sistema rígido para reformar, en donde se requiere el voto de dos terceras partes de los presentes en el Congreso de la Unión y la aprobación de la mayoría de las legislaturas locales, nuestra Constitución ha sido modificada más de setecientas veces. Por tal razón, sería interesante establecer la relación que existe entre la alta frecuencia de reformas constitucionales y el papel que desempeña nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación en el control constitucional llevado a cabo a través de la revisión judicial.

En todo caso, somos de la opinión que debe llegarse a un equilibrio entre la existencia de enmiendas y la revisión judicial, de manera tal que no se asuma que el hecho de que exista una tasa alta de enmiendas conlleve una baja tasa de activismo judicial, ya que como se aprecia en el trabajo de Marshfield no solo la frecuencia de enmiendas es lo que hace que se incremente el activismo judicial.

