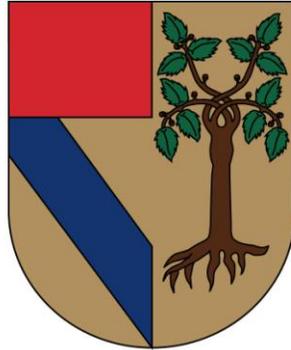


UNIVERSIDAD PANAMERICANA

**FACULTAD DE DERECHO
POSGRADO EN DERECHO**

**MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL
R.E.V.O.E. 2003040 DEL 24 DE ENERO DE 2003**



**“LA DEFENSA DEL NÚCLEO INTANGIBLE
DE LA CONSTITUCIÓN”**

**LA NECESIDAD DE LIMITAR AL
PODER CONSTITUYENTE CONSTITUIDO**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

MAESTRO EN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

P R E S E N T A

FRANCISCO VÁZQUEZ GÓMEZ BISOGNO

**DIRECTOR DE TESIS:
MTRO. JUAN MANUEL ACUÑA ROLDAN**

MÉXICO, D.F.

2010

*A mi Andrea,
por su incondicional apoyo
y su enseñanza de vida.*

*A la Universidad Panamericana,
mi segundo hogar.*

In Memoriam (†)

*A mi bisabuelo
Médico y político mexicano (1860-1933)*

“... un pueblo sin ideales (...) no debe existir. ¿Por qué son necesarios estos ideales? Porque ellos tienen la valiosísima propiedad de reunir a todos los hombres [y] hacernos comprender que hay un ideal supremo que nos reúne, y que ese ideal es la felicidad de la patria. Y esta aspiración, que tiene el mágico poder de hacer olvidar las penas y los intereses de cada uno, borra también esa división artificial de las clases, hace desaparecer el interés mezquino de los negocios y no alienta el orgullo infundado de las diferentes categorías...”

*Dr. Francisco Vázquez Gómez
Memorias Políticas (1909-1913)*

C O N T E N I D O

Introducción.....	1
-------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

LA SUPREMA CORTE Y LA DEFENSA DEL NÚCLEO INTANGIBLE DE LA CONSTITUCIÓN: UN PUNTO DE PARTIDA

a) Precisión preliminar.....	9
b) El precedente “ <i>Camacho</i> ” (Amparo en revisión 1334/98).....	10
c) El precedente “ <i>San Pedro Quiatoni</i> ” (Controversia constitucional 82/2001).....	11
d) El precedente “ <i>Comunidad Indígena de Zirahuén, Municipio de Salvador Escalante, Michoacán</i> ” (Amparo en revisión 123/2002).....	11
e) El precedente “ <i>Nueva Alianza y Convergencia</i> ” (Acción de inconstitucionalidad 168/2007 y su acumulada 169/2007).....	12
f) El amparo “ <i>Centro Empresarial de Jalisco, Sindicato Patronal</i> ” (Amparo en revisión 186/2008).....	16
g) El amparo “ <i>Asociación de Industriales y Empresarios de Morelos</i> ”. Un primer límite al Poder constituyente constituido (Amparo 1753/2007).....	18
h) El amparo “ <i>Consejo Coordinador Empresarial, A.C.</i> ” Una muestra de la cambiante doctrina jurisprudencial (Amparo 1566/2007-VI).....	22
i) El recurso de queja del Instituto Federal Electoral. Un repentino cambio de criterio (Recurso de Queja 11/2008).....	24

CAPÍTULO SEGUNDO

**EL RULE OF LAW Y SU RELACIÓN CON
EL PODER CONSTITUYENTE CONSTITUIDO**

a) Los límites del Poder constituyente constituido.....	31
a.1) El Poder constituyente constituido... ¿tiene <i>límites formales</i> ?.....	32
a.2) El Poder constituyente constituido... ¿tiene <i>límites materiales</i> ?....	34
b) El <i>Rule of Law</i> y el sometimiento del Poder constituyente constituido al Imperio del Derecho.....	44
c) El <i>Rule of Law</i> y los medios de control de la constitucionalidad: <i>una simbiosis constitucional</i>	49
d) El <i>Rule of law</i> sometido al Poder constituyente constituido.....	52
d.1) El Estado liberal o legislativo de Derecho y su impacto en el Poder revisor de la Constitución: <i>evidente retroceso del constitucionalismo</i>	52
d.2) La legitimidad democrática incuestionable: <i>un primer dejo de resignación</i>	58
d.3) La revolución como derecho: <i>otro dejo de resignación</i>	62

CAPÍTULO TERCERO

LA CONSTITUCIÓN Y SU NÚCLEO INTANGIBLE

a) Un primer acercamiento al tema.....	67
b) La tesis del orden jerárquico de las normas constitucionales.....	72
b.1) La interpretación sistemática y sus problemas. Un punto de partida para justificar la tesis del orden jerárquico de las normas constitucionales.....	73
b.2) La supraconstitucionalidad en el derecho comparado.....	78
b.3) La hiperconstitucionalidad en el derecho comparado.....	88
b.4) Breve apología sobre la hiperconstitucionalidad reconocida en el derecho comparado.....	92
b.4.1) El argumento de la no jerarquía y su respuesta.....	92
b.4.2) El argumento de la rigidez constitucional y su respuesta.....	99
b.4.3) El argumento de la no supraconstitucionalidad y su respuesta..	100
b.5) Conclusiones en torno a la tesis del orden jerárquico de las normas constitucionales.....	103
c) ¿Qué es el núcleo intangible de la Constitución?.....	105
d) La constitucionalidad de la Constitución como núcleo intangible.....	110
e) Los valores y principios constitucionales como núcleo intangible.....	115
e.1) ¿Qué son los valores constitucionales?.....	116
e.2) ¿Cuáles son los valores constitucionales?.....	117

e.3) Tesis axiológica y normativa del historicismo vs. Tesis de los valores superiores e inferiores.....	119
e.4) Las decisiones axiológicas fundamentales como valores constitucionales superiores. Un primer contenido del núcleo intangible.....	128
e.5) Las decisiones políticas fundamentales como valores constitucionales inferiores. Un segundo contenido del núcleo intangible.....	135
e.6) ¿Qué son los principios constitucionales?.....	138
e.7) ¿Cómo distinguir los valores y principios constitucionales de los demás postulados jurídicos?, y ¿qué relación tienen entre sí?.....	141

CAPÍTULO CUARTO

EL NÚCLEO INTANGIBLE DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

a) Un primer acercamiento al tema.....	151
b) De la intangibilidad <i>de facto</i> a la intangibilidad <i>de iure</i>	156
b.1) Artículos constitucionales no reformados.....	158
b.1.1) En materia de derechos fundamentales.....	159
b.1.2) En materia de forma de Estado y/o forma de gobierno.....	160
b.2) Artículos constitucionales reformados pero sin alteración alguna.....	163
b.2.1) En materia de derechos fundamentales.....	165
b.2.2) En materia de forma de Estado.....	174
b.2.3) En materia de forma de gobierno.....	175
b.2.4) En materia del procedimiento para aprobar reformas constitucionales.....	177
b.2.5) En materia de garantías constitucionales.....	177
c) Del “ <i>minimus constitucional</i> ” al núcleo intangible de la Constitución.....	195
d) El núcleo intangible de la Constitución mexicana de 1917.....	201

CAPÍTULO QUINTO

LA DEFENSA DEL NÚCLEO INTANGIBLE DE LA CONSTITUCIÓN

a) Un primer acercamiento al tema.....	207
b) ¿Defender el núcleo intangible configura otro poder ilimitado?.....	208
c) Modificaciones posibles y/o necesarias a las instituciones hoy	

existentes.....	211
c.1) La unanimidad como requisito para la declaración de inconstitucionalidad de reformas constitucionales.....	212
c.2) Sometimiento de las declaratorias de la SCJN a una mayoría absoluta súper calificada del Poder constituyente constituido.....	214
c.3) Acotar y dificultar la legitimación activa de los órganos que pudieren impugnar una reforma constitucional.....	217
c.4) Reformulación de la responsabilidad político–constitucional que podría generarse al realizar el control jurisdiccional de las reformas constitucionales.....	219
d) Propuesta de nuevos procesos constitucionales que posibiliten controlar la función del Órgano reformador de la Constitución.....	221
d.1) Las experiencias del control constitucional de reformas constitucionales dentro del derecho comparado. Un punto de partida.....	221
d.2) <i>Acción de constitucionalidad de la Constitución</i> . Un nuevo proceso constitucional que configure un control de tipo mixto (jurisdiccional–político–social) sobre los actos del Poder constituyente permanente.....	228
d.3) <i>Demanda de control constitucional intangible</i> . Otra propuesta para concretar el control sobre el Poder constituyente permanente.....	235
e) Otras prevenciones para limitar al órgano que lleve a cabo el control constitucional de los actos del Poder revisor de la Constitución.....	247
Conclusiones	261
Bibliografía	269
a) Libros y obras consultadas.....	269
b) Colaboraciones en obras colectivas.....	274
c) Artículos de revistas especializadas.....	280
d) Sitios WEB consultados.....	284
e) Artículos periodísticos y comunicados de prensa.....	285
f) Documentos constitucionales.....	285
g) Tratados internacionales.....	286
h) Leyes del Orden Jurídico Mexicano.....	286
i) Precedentes nacionales e internacionales.....	287
j) Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	289

INTRODUCCIÓN*

“...es evidente, en efecto, que podríamos diferenciar los bienes según una doble acepción: unos por sí mismos, otros por razón de aquellos. Separando, pues, los bienes esenciales de los bienes útiles...”¹

Aristóteles

Hace algún tiempo escuche de alguien decir que todas las cosas tienen un núcleo, una porción esencial e intangible, y que además, ahí se contiene la información más importante de cada existencia. Sin duda, tal afirmación invita a la reflexión.

Pasando por la más simple de las existencias, como lo es la de una diminuta célula, hasta la más compleja, como lo es la existencia del universo, el ser humano, gracias al sentido común y al maravilloso deseo cognoscitivo que posee, se ha visto predispuesto a distinguir, dividir, comparar, contrastar y analizar, todo ello encaminado a comprender y entender –en la mayor extensión posible– la realidad que le rodea.

Se ha afirmado que *“...al hombre de poca cultura le basta con percibir una diferencia entre dos seres para inmediatamente oponerlos; pero los más experimentados conocen el arte de distinguir sin separar, siempre que no haya razones esenciales que justifiquen la contraposición.”²*

De esta forma, si partimos de la base que toda existencia tiene un núcleo, lo cierto es que no todo lo existente es núcleo, es decir, deben existir componentes

* Debido a que la doctrina ha denominado de diversas maneras al órgano facultado para enmendar a la Constitución, y sin que nosotros nos pronunciemos respecto de cuál es el concepto más adecuado debido a que no es el objetivo de la presente investigación, a lo largo del presente estudio se hará referencia de manera indistinta a los conceptos de “Poder constituyente constituido”, “Poder constituyente permanente”, “Poder revisor de la Constitución”, “Poder reformador de la Constitución”, “Órgano reformador de la Constitución”, “Poder de revisión de la Constitución”, “Poder de reforma”, etc., entendiéndose por todos ellos el órgano facultado para llevar a cabo reformas y enmiendas al texto constitucional.

¹ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, 17ª ed., trad. de Antonio Gómez Robledo, México, Porrúa, 1998, colección “Sepan cuantos...”, p. 4.

² Reale, Miguel, *Introducción al Derecho*, Madrid, Ediciones Pirámide, s.a., p. 51.

de otra categoría.

Así, lo distinto o contrapuesto al *núcleo* es la *periferia*, y la “...*distinción entre núcleo/periferia es tan tradicional en los estudios gramaticales como la de Aristóteles entre sustancia y accidentes...*”³ Por tanto, analógicamente se puede afirmar que si hablamos de núcleo, estamos haciendo referencia a lo sustancial, y si hablamos de periferia, haremos referencia a lo accidental.

Lo <<sustancial>> es aquello que “*constituye lo esencial y más importante de algo*”⁴, mientras que lo <<accidental>> es aquello que es “*no esencial, sino casual o contingente.*”⁵

El núcleo/periferia, la sustancia/accidente y lo esencial/no esencial, son realidades todas ellas contrapuestas, que están ahí, pero que por lo exacto y preciso de su distinción se han vuelto imperceptibles a la razón humana. Así, podríamos decir que hoy se presenta como un gran reto para el hombre apreciar lo verdaderamente importante y distinguirlo de aquello que no lo es. Veamos por qué.

A diferencia de lo que ocurría ayer en el mundo helénico, hoy la invitación simplona del mundo postmoderno no es a retomar *el arte de distinguir sin separar*. Por el contrario, hoy más que nunca se nos invita a la síntesis, a la sinopsis, al epítome, al compendio, y derivado de la tradición decimonónica del derecho, a la codificación. La realidad, lejos de analizarla para comprenderla, hoy debe ser vista mediante una lente que posibilite hacer un extracto/prontuario de preferencia muy bien resumido y que nos lleve a conclusiones rápidas y precisas. Y si además, para efectos del posmodernismo jurídico, esa visión puede hacerse representar en la redacción de unas cuantas normas que estén “perfectamente” codificadas, estructuradas y ordenadas, pues el resultado será “más que deseable”.

Tal anhelo por reducir la realidad, al intentar comprenderla sólo mediante una visión sintética, se ha traducido en un peligroso lastre para la ciencia jurídica. Sólo por mencionar un ejemplo, si se parte de la base que una de las finalidades más imperiosas del Derecho es la consecución de la justicia, y si la justicia es tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, la identificación de lo justo no puede llevarse a cabo sino mediante un ejercicio analítico, distinguiendo así, a los iguales de los desiguales.

Por ello es que en antaño, el profesional del derecho más que simple abogado, debía ser un *jurisprudente*, en el entendido de que si la <<prudencia>>

³ Escribano, José Luis, “Reflexiones acerca del concepto de <<Núcleo>> en la gramática tagmémica”, *Archivum*, Universidad de Oviedo, año 1979-1980, núm. 29-30, p. 226, http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo_busqueda=EJEMPLAR&revista_busqueda=158&clave_busqueda=14418

⁴ *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima segunda edición, Real Academia Española, <http://buscon.rae.es/drael/>

⁵ *Idem.*

consiste “*en discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguirlo o huir de ello*”⁶, el <<jurisprudente>> será el que pueda discernir y distinguir lo justo de lo injusto, para procurarlo o evitarlo respectivamente.

Otro problema con íntima relación con el tema que se abordará, y que aparece casi paralelamente a la exigencia actual de poseer una visión sintética/codificada de la realidad, es la exigencia cada vez más generalizada de poseer una visión relativa de la existencia, lo que además, hoy se nos presenta como una atractiva *quimera*.⁷

Para el Derecho este problema no es menor, sobre todo si se parte de la base que para identificar la justicia, o para identificar la equidad, debemos comenzar por analizar, distinguir, contrastar y comparar, surgiendo así, algunas interrogantes difíciles de atender mediante los relativismos también propios del pensamiento postmoderno: ¿cómo distinguir lo bueno de lo malo?, ¿cómo distinguir lo justo de lo injusto?, ¿cómo distinguir lo equitativo de lo inequitativo?, si se parte de la base que todo es subjetivo o relativo.

La advertencia del Estagirita sobre el particular, ya se hacía presente en el libro primero de la *Ética Nicomaquea*, al señalar que “...*lo bueno y lo justo, de cuya consideración se ocupa la ciencia política, ofrecen tanta diversidad y tanta incertidumbre que ha llegado a pensarse que sólo existen por convención y no por naturaleza.*”⁸

Por ello, para entrar al estudio del tema central de esta obra y poder distinguir en la Constitución, el núcleo de la periferia, consideramos necesario rescatar, en primer lugar, la idea mencionada por Miguel Reale, quien con toda agudeza nos invita a relacionar el Derecho y la práctica jurídica con *el arte de distinguir sin separar, siempre que no haya razones esenciales que justifiquen la contraposición*, salvando así el carácter *jurisprudente* del profesional del derecho; y en segundo lugar, erradicar toda clase de subjetivismos o relativismos tramposos, no por capricho, sino porque –parafraseando a Kalinowski–⁹ decir que algunos artículos de la Constitución son más constitucionales que otros, lo cual es obvio atendiendo a su contenido y al sentido común, es reconocer que hay núcleo y periferia constitucional, pero afirmarlo es estimar, y estimar es medir, lo que implica necesariamente el empleo de una medida. Ahora bien: ella no puede ser sino absoluta; una medida subjetiva o relativa no es en realidad una medida y

⁶ *Idem.*

⁷ <<Quimera>> Aquello que se propone a la imaginación como posible o verdadero, no siéndolo. (Véase: *Diccionario de la Lengua Española*, *op. cit.*)

⁸ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, *op. cit.*, p. 8.

⁹ Kalinowski hace referencia al relativismo en general, señalando que “*decir que algo es obligatorio, prohibido o permitido, es reconocer que algo es bueno o malo axiológicamente, pero afirmarlo es estimar, y estimar es medir, lo que implica necesariamente el empleo de una medida. Ahora bien: ella no puede ser sino absoluta; una medida relativa no es en realidad una medida y medir sin medida es simplemente una contradictio in adjectio.*” (Citado por Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003, p. 89)

medir sin medida es simplemente una *contradictio in adjectio*.¹⁰

Por ello, ante la advertencia previamente referida, el propio Aristóteles concluiría que lo bueno y lo justo es aquello que resulta apetecible siempre por sí y jamás por otra cosa¹¹, por lo que para su identificación hay que centrar el conocimiento en el objeto (objetivismo) y no en el sujeto que conoce (subjektivismo o relativismos).

Todas estas ideas invitan a la reflexión dentro del ámbito del Derecho, y muy particularmente, en el campo del Derecho Constitucional. Es por lo anterior que, so pretexto de una debatida reforma constitucional que –en materia electoral– fue aprobada por el Poder constituyente permanente del Estado mexicano, hemos querido adentrarnos a la distinción entre lo nuclear/periférico, lo sustancial/accidental y lo esencial/no esencial de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) a efecto de determinar si ante tal distinción, los contenidos constitucionales deben o pueden ser tratados de la misma forma por aquél Poder.

La reforma constitucional mencionada, no sólo invita a la reflexión en torno a las ideas que se han planteado, sino que su análisis será el medio idóneo para abordar un tema de alto contenido teórico que sin duda posee muy importantes consecuencias prácticas. Así, comenzando por analizar el derecho como hecho y el derecho como norma, podremos pasar al análisis del derecho como objeto de una reflexión de segundo grado¹², es decir, del estudio de lo que ha sido y lo que es, estaremos en condiciones de proponer lo que debe ser.

Comencemos por recordar que el 13 de noviembre de 2007 se publicó en el

¹⁰ El argumento *contradictio in adjectio* suele ser utilizado para demostrar la falsedad de la famosa afirmación de Protágoras en el sentido de que: “*el hombre es la medida de todas las cosas*.” Para ejemplificar esta afirmación, podemos decir que, tomando la misma bebida, una persona mencione que está fría y otra que está caliente. Entonces, no es exacto decir que la bebida es fría o caliente en sí misma. Lo correcto será afirmar que es fría para quien, al beberla, la siente fría y caliente para quien la percibe de modo distinto. Así, al ser la verdad puramente relativa, puede haber dos proposiciones contradictorias que sean ambas verdaderas. Se sigue que todo juicio de valor es relativo al individuo por lo que no existen valores objetivos. Muchos se han visto seducidos por la simplicidad de este argumento que, ejemplificado de esta manera, parece coincidir con nuestras creencias del sentido común. Sin embargo, en un examen más detallado, se verá que en realidad es sumamente controvertido. En efecto, el argumento protagórico falla en un aspecto fundamental dentro de cualquier marco argumentativo: el principio de no contradicción. Para que una verdad pueda ser calificada de *verdad*, debe ser universal, pues la validez universal de la verdad pertenece a su esencia misma. Entonces, dado un juicio determinado, o tal proposición concuerda con la realidad (y entonces es verdadera) o no concuerda con la realidad (y entonces es universalmente falsa). Por lo tanto, la tesis relativista que sostiene que sólo podríamos conocer “verdades relativas” sufriría de una *contradictio in adjectio* pues “verdad” y “relativa” son términos contradictorios y mutuamente excluyentes. Ergo, el relativismo planteado por Protágoras no puede ser el punto de partida para negar la existencia de valores objetivos y absolutos pues ello implicaría la negación del principio de no contradicción.

¹¹ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, *op. cit.*, p. 4.

¹² Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 1-2.

Diario Oficial de la Federación el decreto mediante el cual se reformaron diversos artículos de la CPEUM, a efecto de regular el sistema electoral mexicano, tomando en consideración las experiencias de la controvertida elección federal de julio de 2006.

De esta forma, el proceso electoral federal 2008–2009, que iniciara formalmente el 03 de octubre de 2008,¹³ sería una de las primeras ocasiones en donde se pondrían a prueba las modificaciones constitucionales y legales correspondientes. Por ello, resulta importante reflexionar en torno a los alcances, efectos y repercusiones de la reforma constitucional de mérito, teniendo presente que quizá, dicha prueba habrá de acontecer integralmente en la elección presidencial de 2012.

Esta reforma constitucional tiene como finalidad, a dicho de sus impulsores, actualizar al sistema electoral mexicano de acuerdo con las nuevas realidades que lo pusieron en una difícil prueba en las elecciones federales de 2006.

A efecto de que determinemos con exactitud cuál es la litis generada en torno al caso concreto que hemos elegido como pretexto para desarrollar esta obra, debemos señalar que los detractores de la reforma han venido esgrimiendo que suprime por completo la libertad de expresión contenida en el artículo 6° constitucional, concretamente en materia político-electoral, ya que adicionó al artículo 41 lo siguiente:

“Ninguna persona física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos ni a favor o en contra de partidos políticos y candidatos a cargos de elección popular.”

Como hemos dicho, para muchas empresas y organizaciones de la sociedad civil no es tan clara la finalidad que persiguieron sus impulsores, ya que observan en la reforma constitucional de mérito, una evidente violación a diversos derechos fundamentales reconocidos por nuestra la CPEUM.

El propio Consejo Coordinador Empresarial (CCE) manifestó que *“...esta adición implica que únicamente los partidos políticos pueden ejercer el derecho de libertad de expresión, dejando amordazados a ciudadanos y/o asociaciones civiles incluso para llamar al ejercicio de un voto informado, libre, razonado y secreto. La libre manifestación de las ideas es un elemento fundamental para la formación de opinión pública y por ende, un componente necesario para el funcionamiento de una democracia representativa.”*¹⁴

¹³ De acuerdo al artículo 210, inciso 3 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales: *“La etapa de preparación de la elección se inicia con la primera sesión que el Consejo General del Instituto celebre durante la primera semana de octubre del año previo al en que deban realizarse las elecciones federales ordinarias y concluye al iniciarse la jornada electoral.”*

¹⁴ Consejo Coordinador Empresarial, *Comunicado de Prensa*, 05 de diciembre de 2007, http://www.cce.org.mx/NR/rdonlyres/DD82638D-E6F7-4538-84F8-C08B07DB0B03/1897/amparo_5dic07.pdf

La postura anterior –dicho sea de paso– resulta congruente con los que al respecto han señalado algunos organismos internacionales. Para nadie es desconocido que, hoy en día, los operadores jurídicos no sólo debemos atender a las normas positivas nacionales para resolver los conflictos jurídicos que se nos plantean. Por el contrario, hoy más que nunca estamos ante la concretización de un sistema jurídico flexible que permite la inclusión de principios derivados de Derecho, jurisprudencia y doctrina internacionales.

Así por ejemplo, si en el presente caso nos encontramos ante una tensión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho de los pueblos a su libre autodeterminación (en el cual debe incluirse la libertad que tienen las naciones para definir las reglas básicas para la celebración de las elecciones que permitirán integrar a los órganos representativos y democráticos del Estado), un criterio al que podemos atender para ir vislumbrando la *litis* en la que encuentra sustento el presente trabajo, es el señalado por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en un caso en el cual se avocó al análisis del papel que debe jugar la libertad de expresión en los procesos electorales.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló lo siguiente:

“90. El Tribunal considera indispensable que se proteja y garantice el ejercicio de la libertad de expresión en el debate político que precede a las elecciones de las autoridades estatales que gobernarán un Estado.[...]El debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar. En este sentido, el ejercicio de los derechos políticos y la libertad de pensamiento y de expresión se encuentran íntimamente ligados y se fortalecen entre sí.”¹⁵

Bajo esta tesitura, el problema de la reforma electoral mexicana de 2007, se materializa en que prohíbe que los particulares puedan ejercitar su derecho fundamental a la libertad de expresión a través de los medios de comunicación durante los procesos electorales, lo cual, a dicho de los órganos internacionales, no es justificable debido a que el ejercicio de los derechos políticos y la libertad de pensamiento y de expresión, se encuentran íntimamente ligados y se fortalecen entre sí.

Es por ello que veintidós días después de la publicación de la reforma aprobada por el Poder revisor de la Constitución, es decir, el 05 de diciembre de 2007, “...el pleno del Consejo Coordinador Empresarial (CCE) se amparó en contra de la reforma electoral por considerar que ésta viola las garantías constitucionales de la libertad de expresión en México y atenta contra los derechos

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004.

*internacionales de los individuos de ejercer plenamente sus ideas y de tomar parte en la vida política de un país.*¹⁶

Sin duda alguna desde la promoción de este juicio de amparo, procedimiento de control constitucional más recurrido dentro del sistema jurídico mexicano, y que por lo tanto, forma parte del Derecho Procesal Constitucional de nuestro país¹⁷, no se hicieron esperar las voces de los legisladores que aprobaron dicha reforma, calificando de absurdo e improcedente el juicio planteado por el CCE. Así lo señalaba la prensa nacional del 07 de diciembre de 2007: *“...es una vacilada, resumió el senador panista Santiago Creel, mientras el perredista Carlos Navarrete comentó que seguramente el CCE fue asesorado por un pasante de derecho que reprobó, porque todo mundo sabe que en materia electoral no hay amparos contra disposiciones de la Constitución.*”¹⁸

Lo cierto era –hasta esos momentos– que a unos días de la presentación de la demanda de amparo formulada por el CCE, *“...el juez David Cortés dentro del expediente 1566/2007 ordenó que se notificara de forma personal a los quejosos la notoria improcedencia del recurso que (...) interpuso el CCE contra las reformas publicadas el 13 de noviembre pasado en el Diario Oficial de la Federación.*”¹⁹

En este sentido, el mismo 07 de diciembre de 2007, el CCE señalaba que tal *“...escenario era previsible si consideramos la tendencia que existe por parte de los jueces federales de primera instancia, de abstenerse de conocer formalmente demandas de esta complejidad, dejando que sean instancias de mayor nivel las que se pronuncien al respecto, por lo que presumimos terminará por resolverse en la SCJN.*”²⁰

Así pues, sabíamos también que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en su calidad de tribunal constitucional²¹, sería el órgano que, en última

¹⁶ La Crónica de hoy. Jueves 06 de diciembre de 2007. http://www.cronica.com.mx/nota.php?id_notas=336557

¹⁷ Sólo basta con hacer referencia a algunas ideas que han generado grandes juristas de nuestra época, en el sentido de que *“...el derecho procesal constitucional constituye la rama más reciente de la ciencia procesal, que se encarga esencialmente del estudio sistemático de las garantías constitucionales en su sentido contemporáneo, es decir, esta disciplina comprende el análisis de aquellos instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder.”* (Véase: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al Derecho Procesal Constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I, p. 216)

¹⁸ La Jornada. Viernes 07 de diciembre de 2007. <http://www.jornada.unam.mx/2007/12/07/index.php?section=politica&article=008n1pol>

¹⁹ El Economista. 07 de diciembre de 2007. <http://www.economista.com.mx/articulos/2007-12-07-50849>

²⁰ Consejo Coordinador Empresarial, *Comunicado de Prensa*, 07 de diciembre de 2007. <http://www.cce.org.mx>

²¹ Para defender la calidad de tribunal constitucional que posee la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, Eduardo Ferrer Mac-Gregor ha señalado que este concepto puede mirarse

instancia, tendría que resolver este *desiderátum*, ya que algunos de sus integrantes consideran que por ser un tema relevante para el país, se debería analizar la posición empresarial, la cual era apoyada por un grupo de intelectuales. Así, el pleno de ese Alto Tribunal podría y debería pronunciarse al respecto.

De esta forma, la SCJN se pronunció en torno a múltiples amparos promovidos en contra de la reforma constitucional cuestionada. En algunos casos desechó tales recursos, en otros señalaría que eran improcedentes, pero en otros resolvería devolver el asunto a los jueces de distrito que conocieron de los amparos indirectos, a fin de que se revisara la postura asumida por tales juzgadores, lo cual, sin duda alguna, dejó abierta la posibilidad de que esos juicios regresaran nuevamente al conocimiento del máximo tribunal mexicano.²²

Es por ello que, a efecto de contextualizar adecuadamente la presente investigación, comenzaremos por clarificar a modo de antecedente, cuál es la doctrina jurisprudencial que ha desarrollado la SCJN ante casos en los que se han impugnado reformas a la CPEUM, para que una vez que tengamos claridad en torno a la forma en que han sido resueltos los casos de contenido similar, podamos adentrarnos a dos diversos análisis, a saber: **(i)** a un análisis teórico constitucional, el cual nos permitirá comprobar que si en verdad queremos consolidar un Estado constitucional y democrático de Derecho, debemos comenzar por reconocer que en toda Constitución existe un núcleo intangible que debe ser objeto de tutela y protección; y **(ii)** a un análisis procesal-constitucional que nos permita determinar la forma en que puede diseñarse un esquema de protección y tutela del núcleo intangible de la CPEUM.

Pasemos pues al estudio de los casos resueltos por la SCJN, análisis el cual, será nuestro punto de partida.

desde dos perspectivas diversas: “Desde una perspectiva formal, que corresponde a la concepción tradicional, es aquel órgano creado para conocer especial y exclusivamente de los conflictos constitucionales, situado fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos. Conforme a esta concepción, las cortes o tribunales supremos pueden ser jurisdicciones constitucionales pero no son, en estricto sentido, tribunales constitucionales. Esta noción se identifica fundamentalmente con el modelo europeo de tribunal constitucional. Una noción moderna y más amplia que corresponde a su enfoque material, entiende por tribunal constitucional al órgano jurisdiccional de mayor jerarquía que posee la función esencial o exclusiva de establecer la interpretación final de las disposiciones de carácter fundamental. En esta concepción se encuentran varias cortes o tribunales supremos de América Latina, donde podemos ubicar a la Suprema Corte de Justicia de México (...) que se ha convertido materialmente en un tribunal constitucional.” (Véase: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I, p. 242)

²² Concretamente nos referimos al amparo en revisión 186/2008 promovido por el Centro Empresarial de Jalisco, Sindicato Patronal, contra actos del Congreso de la Unión y otras autoridades, consistentes en la expedición y aplicación del decreto por el que se reformaron los artículos 6º, 41, 85, 99, 108, 116 y 122, adicionó el artículo 134 y derogó el párrafo tercero del artículo 97 de la CPEUM, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de noviembre de 2007.

CAPÍTULO PRIMERO

LA SUPREMA CORTE Y LA DEFENSA DEL NÚCLEO INTANGIBLE DE LA CONSTITUCIÓN: UN PUNTO DE PARTIDA

“...la modificación de algunos elementos nucleares de una Ley Fundamental supondría la aprobación de una nueva constitución...”¹

José Julio Fernández Rodríguez

a) Precisión preliminar.

El desarrollo del presente trabajo requiere como todas las investigaciones científicas un punto de partida. Como ya hemos mencionado en el apartado introductorio, consideramos que lo más conveniente será iniciar analizando los diversos precedentes en los que la SCJN ha abordado, directa o indirectamente, el tema central de la presente obra.

De esa manera, podremos determinar si en nuestro país existe o no una doctrina jurisprudencial² que clarifique si el Poder constituyente constituido debe respetar algunos límites al momento de realizar su función reformadora, y si la CPEUM, posee un núcleo intangible que quizá deba ser uno de esos límites.

¹ Fernández Rodríguez, José Julio y Auzmendi del Solar, Montserrat, “Reforma Constitucional y Constitución Española de 1978”, en Del Rosario Rodríguez, Marcos (coord.), *Supremacía Constitucional*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2009, p. 98.

² Entiéndase por *doctrina jurisprudencial* a las resoluciones judiciales referenciales que, pudiendo ser o no formalmente jurisprudencia, en el fondo de los fallos se observa el análisis de un mismo problema jurídico que permite analizar la manera en que se va desarrollando un criterio jurídico, razón por la cual se les considera “*doctrina*” puesto que constituyen opiniones cuya validez es de naturaleza estadística, es decir, la repetición constante. Así por ejemplo, Rodolfo Luis Vigo al analizar una nómina de argumentos, hace referencia al *argumento jurisprudencial*, señalando que es aquel que se apoya en decisiones no obligatorias porque en el supuesto de que la tuvieran se estaría en presencia del argumento autoritativo, no jurisprudencial. (Véase: Vigo, Rodolfo Luis, “La argumentación constitucional”, en Báez Silva, Carlos, Cienfuegos Salgado, David y Vázquez-Mellado García, Julio César (coords.), *Interpretación, Argumentación y Trabajo Judicial*, México, Porrúa-Facultad de Derecho UNAM-Universidad Panamericana, 2009, p. 234)

Pudiera parecerle extraño al lector que se aborde primeramente la forma en que el Poder Judicial de la Federación ha venido resolviendo casos en los que se ha cuestionado el proceder del Poder revisor de la Constitución, sin embargo, consideramos que previo al análisis teórico y del *deber ser*, será fundamental realizar un análisis casuístico y del *ser*, ya que de esta manera podremos identificar cuál es el estatus jurisprudencial que guarda este tema en México, para luego, partiendo de ello, podamos adentrarnos en los ámbitos de la Teoría Constitucional y del Derecho Procesal Constitucional para comprobar –tal y como ya lo hemos señalado– que si en verdad queremos consolidar un Estado constitucional y democrático de Derecho, debemos transitar de la sola defensa de la Constitución, a la defensa de su núcleo intangible, proponiendo para ello, nuevas garantías constitucionales que cumplan con esa función.

Una vez realizada esta precisión, pasemos pues, al análisis de los diversos precedentes que han sido resueltos por el máximo tribunal mexicano, así como por algunos jueces que integran el Poder Judicial de la Federación:

b) El precedente “Camacho” (Amparo en revisión 1334/98)

En 1999 la SCJN resolvería el famoso caso planteado por Manuel Camacho Solís, resolución la cual, sentaría las bases de una doctrina jurisprudencial que afirmaba que el Poder constituyente constituido no era un poder ilimitado o exento de control, al señalar en la parte conducente del criterio que *“el contenido del dispositivo constitucional [aprobado por el poder reformador de la CPEUM] resulta inimpugnable a través de la demanda de garantías, siendo sólo atacable el proceso de reforma correspondiente [toda vez que son] los actos que integran el procedimiento legislativo que culmina con su reforma, lo que se pone en tela de juicio, por lo que pueden ser considerados como autoridades responsables quienes intervienen en dicho proceso, por emanar éste de un órgano constituido, debiendo ajustar su actuar a las formas o esencias consagradas en los ordenamientos correspondientes, conducta que puede ser controvertida mediante el juicio de amparo, por violación al principio de legalidad...”*³

Cabe señalar que con el criterio anterior, la SCJN aceptaba que las reformas constitucionales fueran revisadas al menos formalmente⁴, lo que representaba una cierta apertura del máximo tribunal mexicano a considerar la necesidad de que el Poder constituyente permanente estuviera controlado, bajo el argumento de que al

³ Tesis P. LXII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, septiembre de 1999, p. 11, registro nº 193250.

⁴ Entiéndase por *control constitucional formal* aquel ejercicio que se refiere a revisar si las normas impugnadas cumplen o no con las Normas sobre la Producción Jurídica, es decir, si cumplen con aquellas normas constitucionales que establecen los procedimientos de creación, modificación y reforma de las normas jurídicas que componen un sistema normativo, a diferencia del *control constitucional material*, a través del cual, los jueces constitucionales resuelven la posible contradicción de una norma con los valores y principios que se establecen en las cartas magnas. (Véase: Carbonell, Miguel, *Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México*, México, Porrúa, 2000, pp. 15-18)

ser un órgano constituido, no podía ser considerado un poder ilimitado.

c) El precedente “San Pedro Quiatóni” (Controversia constitucional 82/2001)

Sin embargo, tres años después de la resolución del caso *Camacho*, la SCJN dio un paso atrás a lo señalado en 1999 al resolver –en septiembre de 2002– una controversia constitucional interpuesta por el municipio oaxaqueño de San Pedro Quiatóni en contra de la reforma al artículo 2° de la CPEUM (reforma en materia indígena), publicada el 14 de agosto de 2001. Así, la SCJN señaló que “...el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución no es susceptible de control jurisdiccional, ya que lo encuentra en sí mismo; esto es, la función que realizan el Congreso de la Unión, al acordar las modificaciones, las Legislaturas Estatales al aprobarlas, y aquél o la Comisión Permanente al realizar el cómputo de votos de las Legislaturas Locales y, en su caso, la declaración de haber sido aprobadas las reformas constitucionales, no lo hacen en su carácter aislado de órganos ordinarios constituidos, sino en el extraordinario de Órgano Reformador de la Constitución, realizando una función de carácter exclusivamente constitucional, no equiparable a la de ninguno de los órdenes jurídicos parciales, constituyendo de esta manera una función soberana, no sujeta a ningún tipo de control externo, porque en la conformación compleja del órgano y en la atribución constitucional de su función, se encuentra su propia garantía.”⁵

d) El precedente “Comunidad Indígena de Zirahuén, Municipio de Salvador Escalante, Michoacán” (Amparo en revisión 123/2002)

Coherente con lo anterior, y configurando una doctrina jurisprudencial consistente en afirmar que el Poder constituyente constituido no posee límite alguno, en noviembre de 2002, la Segunda Sala de la SCJN, al resolver un amparo promovido por una comunidad indígena en contra de la reforma ya mencionada al artículo 2° de nuestra Carta Magna, señaló nuevamente que “...el Constituyente estableció la posibilidad de adicionar o reformar la propia Ley Fundamental a través de las instituciones representativas de la voluntad de la Nación Mexicana, sin dar intervención directa al pueblo, esto es, no se prevé medio de defensa alguno para impugnar el contenido de una modificación constitucional, ya que ello atentaría contra el sistema establecido”⁶, con lo que se confirmaba la improcedencia del juicio de amparo, o de cualquier otro tipo de medio de control constitucional en contra del contenido de las reformas constitucionales o de su procedimiento de aprobación, razón por la cual, las enmiendas a la Ley Fundamental quedarían exentas de cualquier tipo de control.

Cabe señalar que los criterios anteriores parecerían ser correctos en todas sus partes, al menos desde el punto de vista jurídico positivo, por lo que ante la

⁵ Tesis P./J. 39/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, septiembre de 2002, p. 1136, registro n° 185941

⁶ Tesis 2a. CXXI/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, noviembre de 2002, p.455, registro n° 185,509.

reforma constitucional que en materia electoral se publicara en noviembre de 2007, podría parecer un contrasentido que la SCJN pretendiera, so pretexto de los amparos promovidos por el sector empresarial, analizar nuevamente este tema.

Sin embargo, no debemos olvidar que la pretensión del presente estudio es ampliar el horizonte de análisis, no sólo atendiendo al marco normativo positivo, sino que, partiendo de la teoría e interpretación constitucional, podamos determinar la necesidad o no de sujetar a control constitucional las reformas o adiciones hechas a la propia Constitución.

e) *El precedente “Nueva Alianza y Convergencia” (Acción de inconstitucionalidad 168/2007 y su acumulada 169/2007)*

Incluso, y en adición a lo anterior, en el mes de abril de 2008, el pleno de la SCJN admitió a trámite –vía recursos de reclamación– dos acciones de inconstitucionalidad que fueron promovidas por dos partidos políticos minoritarios dentro del Congreso de la Unión (Partido Nueva Alianza y Partido Convergencia), que en un principio habían sido desechadas.

Estas dos acciones de inconstitucionalidad versaron precisamente sobre el procedimiento de reformas que en materia electoral, aprobara el Constituyente permanente en noviembre de 2007, abordando tangencialmente el tema central del presente estudio.

En tales procesos constitucionales se llegó a discutir el tema de si es aceptable o no someter a control las reformas constitucionales. Incluso, el ministro en retiro, Genaro D. Góngora Pimentel sugirió, en una de sus intervenciones, que la votación final del asunto versara sobre lo siguiente: *“Primero.- ¿es posible controlar las reformas constitucionales? Segundo.- ¿este control abarca violaciones formales y materiales? Tercero.- la acción de inconstitucionalidad ¿es la vía adecuada?”*⁷

Pese a lo anterior, decimos que en estas acciones de inconstitucionalidad se abordó el tema central del presente estudio de manera tangencial, debido a que lo que se votó, no fueron al final de cuentas, los temas sugeridos por el ministro Góngora, sino que se decidió sólo respecto de la procedencia, improcedencia o sobreseimiento de tales acciones de inconstitucionalidad.

Así fue como el pleno de la SCJN resolvió, con una mayoría de siete votos contra cuatro, que las acciones de inconstitucionalidad deberían ser sobreseídas, ya que *“...de la interpretación integral del artículo 105, fracción II, constitucional, así como de una interpretación teleológica, se advierte que la acción de inconstitucionalidad es un medio de control de las leyes, de las leyes en sentido*

⁷ Extracto de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la SCJN, celebrada el jueves 26 de junio de dos mil ocho con motivo de la acción de inconstitucionalidad 168/2007 y su acumulada 169/2007, p. 63.

estricto, esto es, de aquellas expedidas por el Legislador Ordinario Federal, Estatal, o del Distrito Federal, y de tratados internacionales, mas no de cualquier otro conjunto normativo (...) por lo que no puede sostenerse que la acción de inconstitucionalidad permita impugnar reformas constitucionales, pues por un lado no se aprueban por el Legislador Ordinario, tampoco puede considerarse a la Constitución Federal como una ley federal, estatal o del Distrito Federal; y por último, es relevante considerar que quienes promueven las presentes acciones, son partidos políticos nacionales los que tienen delimitada su legitimación en cuanto al ámbito de aplicación y ámbito material de las normas generales impugnadas, es decir, sólo pueden impugnar leyes electorales federales, locales, y dependiendo además de su registro, ya sea como partido nacional o local. Por consiguiente, al no ser la acción de inconstitucionalidad el medio para impugnar reformas y adiciones a la Constitución Federal, esta Suprema Corte no puede conocer del asunto...”⁸

Sin embargo, lo interesante del debate que se suscitó en el pleno del máximo tribunal mexicano, en aquella sesión del 26 de junio de 2008, es que algunos de los ministros comenzaron a dar razones para abandonar la doctrina jurisprudencial –hasta ese entonces imperante– de que las reformas constitucionales no pueden ser objeto de control constitucional.

Así por ejemplo, el ministro Sergio Salvador Aguirre Angiano sostenía “...que sí somos cancerberos para impedir, que por el arco de la Constitución, entren remedos de normas constitucionales que se aparten de su validez contenida y preceptuada en el artículo 135 constitucional. Esas falsas normas constitucionales debemos de atajarlas, porque no son Constitución.”⁹ Con ello, el ministro Aguirre, aún y cuando no compartía la idea de realizar un control material de las enmiendas a la CPEUM, dejaba en claro que es misión de un tribunal constitucional el verificar que dichas reformas hayan sido aprobadas conforme al procedimiento establecido en la misma.

Por su parte, el ministro José Ramón Cossío Díaz manifestaba que “...a diferencia de lo que plantea el proyecto, creo yo que existen sólidos argumentos jurídicos para entender en una interpretación sistemática no literal, de la expresión “leyes”, que sí estamos en la posibilidad de entrar a conocer de la regularidad de las reformas constitucionales por vía de acción de inconstitucionalidad.”¹⁰ En este punto, el ministro Cossío lo que argumentaba es que el concepto de *norma general* utilizado por el artículo 105, fracción 2 de nuestra Carta Magna, debe interpretarse en un sentido amplio, concepto dentro del cual caben perfectamente las reformas a la Ley Fundamental.

De igual manera, el ministro Genaro D. Góngora Pimentel, haciendo referencia al proyecto de sentencia que presentó en este caso el ministro Sergio

⁸ *Ibidem*, p. 7.

⁹ *Ibidem*, p. 59.

¹⁰ *Ibidem*, p. 20.

Armando Valls Hernández, coincidía “...con las consideraciones en torno al control formal de las reformas constitucionales que nos explica Don Sergio Valls, pues como ya lo he sostenido en otras ocasiones, las reformas constitucionales se llevan a cabo mediante un procedimiento complejo, con reglas claras en cuyo desarrollo pueden presentarse vicios, como en cualquier otro; así, para considerar que nuestra República es auténticamente representativa y democrática como lo establece el artículo 40 constitucional, resulta necesario que exista certeza de que las modificaciones a la Norma constitucional son realizadas conforme a lo previsto por la propia Constitución y para ello el control jurisdiccional del órgano reformador resulta indispensable...”¹¹ Al respecto, nos parece que el argumento utilizado por el ministro Góngora resulta muy interesante, ya que nos permite advertir que si se acepta apriorísticamente que el procedimiento de reforma constitucional encuentra su control en sí, esto daría pie a generar un *dogma constitucional* peligroso.¹²

Tan peligrosa sería esta forma de pensar que el mismo ministro Góngora continuaba diciendo que resulta adecuada “...la propuesta del proyecto, de apartarnos del criterio de que la reforma constitucional encuentra su control en sí misma (...) Afirmar que la verificación de esta regla es en sí misma el control, torna al Congreso –como lo ha dicho en algunas ocasiones Don Sergio Valls– o a su Comisión Permanente, en un órgano autoreferente, ¿qué pasaría si con la aprobación de un número de Legislaturas insuficiente esta Comisión Permanente declarara hecho el cómputo, ella misma es la que se va a controlar y revocar su declaración? (...) La composición compleja del órgano [léase Poder constituyente constituido] es un requisito básico para reformar la Constitución, pero esta situación no le dota de un halo de infalibilidad.”¹³

Más aún, lo que resulta ciertamente interesante para el análisis que nos hemos planteado como objetivo del presente estudio, son las consideraciones que el propio Góngora realizara en torno a la posibilidad de efectuar un control material de las reformas constitucionales, al decir que “...también el contenido material de las reformas a la Constitución puede ser materia de control por parte de este Alto Tribunal; el proyecto se basa, en el argumento de que nuestra Constitución no prevé límites expresos o cláusulas de intangibilidad que otorguen una protección especial a ciertas materias frente a la actuación del órgano reformador; sin embargo, la Constitución no se reforma a sí misma, lo hace el Congreso de la Unión y las Legislaturas locales como órganos constituidos que están sometidos; me parece que hay límites que la Constitución no establece expresamente, pero que se deducen claramente como exigencias de la propia Constitución, que

¹¹ *Ibidem*, p. 9.

¹² Cuando nos referimos al concepto de *dogma constitucional*, queremos hacer referencia a proposiciones que, dentro del Derecho Constitucional, suelen tomarse por firmes y ciertas de un modo apriorístico, es decir, sin demostración o justificación alguna, lo que sin duda nos parece un error que debe erradicarse de cualquier ciencia.

¹³ Extracto de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la SCJN, celebrada el jueves 26 de junio de dos mil ocho con motivo de la acción de inconstitucionalidad 168/2007 y su acumulada 169/2007, p. 10.

*imponen límites inmanentes o implícitos a la actuación del órgano reformador.*¹⁴

A nuestro parecer, el punto de vista sostenido por el ministro Góngora encuentra su justificación en conceptos propios de la Teoría Constitucional, los cuales permiten concebir a la Constitución no sólo como un documento jurídico, sino entender que posee una esencia binaria. Esta doble esencia, que dicho sea de paso, es una de las diferencias fundamentales entre Constitución y ley, permite afirmar que en la primera existen contenidos que reflejan aquellas decisiones políticas fundamentales de las que hablaba Carl Schmitt en su *Teoría de la Constitución* (vid. *infra*. CAPÍTULO TERCERO, inciso c), o bien, decisiones axiológicas fundamentales que el pueblo pretende concretar en determinado tiempo y lugar. De ahí que la interpretación constitucional no sólo deba atender a elementos explícitos de su texto, sino también a elementos implícitos.

Asimismo, señala el citado ministro que no puede escapar al análisis de la SCJN las limitantes internacionales que en forma de obligaciones ha venido asumiendo el Estado mexicano al ratificar diversos tratados internacionales, entre ellos, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, según la cual, por ejemplo, dispone que aquellos Estados que han eliminado la pena de muerte no pueden, en ningún momento y bajo ninguna circunstancia, volver a establecerla, configurándose así un límite explícito para el Poder revisor de la Constitución.

Por ello, señala Góngora que: “...a pesar de que la Constitución no lo diga (...) se deducen con claridad límites materiales a las reformas constitucionales.”¹⁵

El argumento anterior nos permite reflexionar sobre un tema poco analizado en el campo de la interpretación constitucional. Nos referimos a los *silencios constitucionales*, es decir, aquellas omisiones en las que incurre el Poder constituyente –quizá premeditadamente– y que nos obligan a preguntarnos cuando estamos frente a ellas, si lo correcto será deducir potestades ilimitadas para los órganos constituidos, o si bien, deben ser tales silencios constitucionales interpretados a la luz del constitucionalismo y sus fines.

En gran medida, el debate mexicano en torno a los límites del Poder constituyente constituido se centra en responder esta interrogante. Así, frente a los silencios constitucionales que en este tema en concreto posee la CPEUM, es decir, la falta de límites expresos o cláusulas de intangibilidad que otorguen una protección especial a ciertos contenidos frente a la actuación del órgano reformador, puede concluirse que tales silencios otorgan un poder ilimitado al Órgano de reforma constitucional, y que por lo tanto, puede modificar del texto constitucional lo que le venga en gana.

Sin embargo, consideramos que tal conclusión no es del todo acertada.

¹⁴ *Ibidem*, p. 11.

¹⁵ *Ibidem*, p. 12.

No por nada, el Tribunal Constitucional Peruano ya ha mencionado que “...los silencios constitucionales no pueden ser interpretados como tácitas concesiones al legislador, a efectos de que expida regulaciones desvinculadas de la Norma Fundamental. Allí donde las “normas regla” previstas en la Constitución omiten precisiones [vgr. procedimiento de reforma constitucional], la ley o, en su caso, el Reglamento parlamentario están obligados a estipularlas, pero siempre en vinculación directa a las “normas principio” [vgr. los principios del constitucionalismo] contenidas en la propia Norma Fundamental.”¹⁶

En este sentido, absurdo sería pensar que ante este tipo de silencios constitucionales deban deducirse potestades ilimitadas para los órganos constituidos (como lo es el Poder constituyente constituido) que, incluso, puedan convertirse en potestades contrarias al constitucionalismo mismo.

Los argumentos anteriores, así como su contenido, reflejan la forma de proceder de lo que, en otros trabajos, ya he denominado con el nombre de *intérpretes artifices*, que son aquellos aplicadores jurídicos que al considerar a la Constitución como un documento vivo y dinámico, buscan respuestas nuevas que no necesariamente están explícitas en el texto de la Ley Fundamental, pero que sin duda, posibilitan la aplicación coherente de la misma.¹⁷

f) El amparo “Centro Empresarial de Jalisco, Sindicato Patronal” (Amparo en revisión 186/2008)

Como ya hemos mencionado, en la resolución del anterior precedente, se comenzaba a vislumbrar, al menos en la minoría disidente, una evolución de la doctrina jurisprudencial que hasta ese entonces señalaba que el Poder revisor de la Constitución no poseía límite alguno, o más bien, que el límite lo encontraba en sí mismo.

Así, a un año de distancia de la resolución de la acción de inconstitucionalidad 168/2007 y su acumulada 169/2007, es decir, el 29 de septiembre de 2008, en uno de los múltiples amparos promovidos por las organizaciones patronales en contra de la debatida reforma constitucional en materia electoral de 2007 (amparo en revisión 186/2008), y sobre el cual había recaído un acuerdo desechando el amparo por notoria improcedencia, la SCJN en ejercicio de la facultad de atracción que le confiere la CPEUM, resolvía que tales proveídos no eran jurídicamente aceptables, debido a que el hecho de que un amparo fuera promovido en contra de reformas constitucionales no implicaba una

¹⁶ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, expediente N° 0006-2003-AI/TC, 1° de diciembre de 2003.

¹⁷ Cfr. Vázquez-Gómez Bisogno, Francisco, “Intérpretes arqueólogos vs. Intérpretes artifices. El caso Lydia Cacho”, en Báez Silva, Carlos, Cienfuegos Salgado, David y Vázquez-Mellado García, Julio César (coords.), *Interpretación, Argumentación y Trabajo Judicial*, México, Porrúa-Facultad de Derecho UNAM-Universidad Panamericana, 2009, p. 205

notoria improcedencia.¹⁸

Al respecto, consideramos oportuno rescatar algunas de las consideraciones vertidas por el ministro José Ramón Cossío Díaz (ministro ponente en el caso de referencia) según las cuales, seis de los diez ministros presentes votaron a favor de su proyecto.¹⁹

El ministro Cossío señaló en una de sus primeras intervenciones las siguientes ideas:

1. *“...en el proyecto, se hizo un análisis acerca de si el Órgano Constituyente Permanente (...) tenía las calidades suficientes para ser un órgano o una autoridad responsable en el juicio de amparo, por eso esa parte del análisis de las características del órgano previsto en el artículo 135 constitucional es extensa, puesto que en algunos precedentes, tanto de amparo como en controversia constitucional y de acción, algunos de los señores ministros han hecho consideraciones en cuanto a lo que podríamos denominar la naturaleza jurídica de ese órgano.”*
2. *“Sin embargo, y con independencia de esto, me parece que el único tema a resolver en el momento procesal que nos ocupa es si el desechamiento de plano determinado por el juez de Distrito, primero, del Estado de Jalisco, y por los otros jueces de Distrito, de la larga lista de asuntos que tenemos en la misma materia, es manifiesto e indudable, o no lo es...”*
3. *“... me parece que la cuestión ni siquiera es un tema de procedencia, en términos de los artículos 73 y 74 de la Ley de Amparo, sino exclusivamente si este tipo de demandas están o no están comprendidas en el artículo 145 de la Ley de Amparo.”*
4. *“Por esas razones señor presidente, yo considero que existiendo distintos precedentes de esta Suprema Corte en la materia, los cuales podremos referirnos sin duda en el transcurso de la discusión del asunto, no se surte esta causal de desechamiento por un motivo manifiesto e indudable, se debe admitir el juicio y el juez de Distrito estará en su libertad de analizar las condiciones de la procedencia o improcedencia con fundamento en otras causales o en su caso, dictar una sentencia de fondo, analizar las condiciones de los efectos, en fin, todos ellos temas complejos, pero no desecharlo de plano como lo hizo en el caso concreto que nos ocupa...”²⁰*

¹⁸ Los jueces de distrito han desechado estas demandas con fundamento en el artículo 145 de la Ley de Amparo, el cual establece que: *“El juez de Distrito examinará ante todo, el escrito de demanda; y si encontrare motivo manifiesto e indudable de improcedencia, la desechará de plano, sin suspender el acto reclamado.”*

¹⁹ Cabe señalar que en esta sesión no estuvo presente el ministro en retiro Mariano Azuela Güitrón.

²⁰ Extracto de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la SCJN, celebrada el lunes 29 de septiembre de dos mil ocho, con motivo del amparo en revisión 186/2008,

En suma, e independientemente del tema de fondo que implicaba la revisión del amparo en comento, lo que el ministro Cossío refería es que no se actualizaba el supuesto determinado por el artículo 145 de la Ley de Amparo, debido al cúmulo de precedentes que al respecto ha establecido la SCJN, por lo que debía reponerse el proceso a efecto de que el juez de distrito correspondiente pudiera entrar al estudio del asunto. Como ya lo hemos señalado, esta fue la decisión de la mayoría.

Ahora bien, consideramos fundamental para cumplir a cabalidad el objetivo que nos hemos trazado al desarrollar el presente apartado, rescatar algunos de los planteamientos realizados por los otros ministros en torno a nuestra cuestión: ¿es el Poder revisor de la Constitución un poder que puede ser sujeto a control jurisdiccional?

Al respecto, el ministro Góngora siendo coherente con la postura que venía sosteniendo señalaría que: *“...toda Constitución contiene un núcleo que define su identidad así como la continuidad del Estado, por lo que necesariamente es inmodificable, esta inmodificabilidad se configura como un componente básico de la defensa de la Constitución y constituye el fundamento de la imposibilidad de suprimir el orden constitucional en su totalidad, o en las partes nucleares, y sustituirlo por otro distinto, mediante un procedimiento de reforma.”*²¹

Después, el ministro Góngora no repararía en señalar cuáles era esas partes nucleares a las que debe quedar sometido y limitado el Poder constituyente constituido, siendo éstas las siguientes: *“...las cuestiones que establecen en torno a la soberanía popular, los derechos fundamentales, en cuanto se configuran como las normas de reconocimiento del ordenamiento jurídico, cuya premisa es la dignidad humana, la cláusula democrática, en cuanto legitima el orden constitucional, la división de poderes, en cuanto implica una limitación del Poder...”*²²

Tales conceptos son fundamentales dentro de la Teoría Constitucional, al punto de que, sólo habría que recordar lo que los revolucionarios franceses señalaron en el artículo 16° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: *“Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.”*

g) El amparo “Asociación de Industriales y Empresarios de Morelos”. Un primer límite al Poder constituyente constituido (Amparo 1753/2007).

Como ya lo mencionábamos, en la resolución emitida por la SCJN en el amparo en revisión 186/2008 se concluyó que las demandas de amparo

pp. 4-6.

²¹ *Ibidem*, p. 9.

²² *Ibidem*, p. 10.

promovidas en contra de la cuestionada reforma constitucional de noviembre de 2007, no actualizaban el supuesto determinado por el artículo 145 de la Ley de Amparo, debido a que no existía en ellas un motivo manifiesto e indudable de improcedencia.

Esta resolución generó todo tipo de reacciones en el foro jurídico, pero sobre todo en el ámbito del Poder Judicial Federal, toda vez que la resolución de la SCJN contiene un mensaje muy claro para los integrantes de dicho Poder: *“...se debe admitir el juicio y el juez de Distrito estará en su libertad de analizar las condiciones de la procedencia o improcedencia con fundamento en otras causales o en su caso, dictar una sentencia de fondo, analizar las condiciones de los efectos, en fin, todos ellos temas complejos, pero no desecharlo de plano...”*²³

Pues en uso de esa autonomía jurisdiccional reconocida por la SCJN a los juzgadores de amparo, fue Florida López Hernández, Jueza Séptima de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, con sede en San Andrés Cholula, Puebla, la que con fecha 08 de mayo de 2009 resolvió el recurso de amparo 1753/2007 promovido por el representante legal de la “Asociación de Industriales y Empresarios de Morelos”, Sindicato Patronal (ADIEM-COPARMEX), en contra del Decreto que reforma los artículos 6º, 41, 85, 99, 108, 116 y 122, adiciona el artículo 134 y deroga un párrafo del artículo 97 de la CPEUM, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de noviembre de 2007.

Sin temor a equivocarnos, debemos afirmar que esta resolución será un referente en la historia de la justicia constitucional mexicana, toda vez será recordada como la primera sentencia en la que se otorgó el amparo y protección de justicia federal en contra de una enmienda a la Carta Magna, es decir, en contra de un acto del Poder reformador de la Constitución.

En el segundo de los puntos resolutivos de la sentencia de mérito se puede leer lo siguiente:

“SEGUNDO.- La Justicia de la Unión ampara y protege a “ASOCIACIÓN DE INDUSTRIALES Y EMPRESARIOS DE MORELOS”, SINDICATO PATRONAL, ADIEM-COPARMEX a través de MANUEL JUAN RODRÍGUEZ LOMELÍ en su carácter de presidente, contra del Congreso de la Unión, del Presidente de la República, del Secretario de Gobernación y del Director del Diario Oficial de la Federación, **respecto del decreto de reforma del artículo 41 apartado “A” penúltimo párrafo, constitucional**, publicado en el Diario Oficial de la Federación el trece de noviembre de dos mil siete, en términos y para los efectos precisados en el último considerando de este fallo.”

Ahora bien, es importante mencionar que la inconstitucionalidad del mencionado precepto de nuestra Ley Fundamental fue derivada de un control de tipo formal, es decir, que aún y cuando en el análisis de la jueza López Hernández se abordaron muchos de los argumentos mencionados en el precedente analizado

²³ *Ibidem*, p. 6.

en el apartado anterior, lo cierto es que centró su estudio en el proceso legislativo que siguió la reforma constitucional impugnada, concluyendo que *“...al no llevarse conforme a lo previsto en el artículo 135 constitucional, el proceso legislativo de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el trece de noviembre de dos mil siete, del artículo 41 apartado “A”, penúltimo párrafo constitucional, procede el amparo y la protección de la justicia federal para el efecto de que al quejoso no se le aplique en el presente y para el futuro el artículo reclamado todo ello para restituirlo en la garantía individual violada, conforme al artículo 180 de la Ley de Amparo.”*²⁴

La razón fundamental que esgrimió la juez de distrito para deducir un vicio en el proceso legislativo de la reforma constitucional fue que *“...no obra en la publicación del Diario Oficial de la Federación publicado el trece de noviembre de dos mil siete, en términos de lo previsto en el artículo 135 constitucional, el nombre de las Legislaturas de los Estados que aprobaron tales reformas [por lo que] al no cumplir los actos reclamados con esos requisitos de fondo y esencia, vulneran las garantías individuales de audiencia, de seguridad jurídica y de legalidad que los artículos 14 y 16 de la Ley Suprema otorgan a los destinatarios de esos mismos actos reclamados (...) desde el momento mismo en el que los actos dejan en completo estado de indefensión y en la incertidumbre jurídica para conocer si efectivamente esas enmiendas constitucionales deben acatarse por formar parte de la propia Ley Suprema, o si por el contrario, carecen de validez legal al no haberse hecho el cómputo y la declaratoria de la aprobación mayoritaria por parte de las legislaturas de los Estados de la República. A lo que debe agregarse, la violación de la garantía de legalidad, en virtud de que en los actos reclamados no consta que se hayan cumplido los mencionados requisitos previstos en el segundo párrafo del artículo 135 constitucional.”*²⁵

Del análisis de este precedente podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- 1) Que aún y cuando no se haya realizado un control material de las reformas constitucionales, con el sólo ejercicio del control formal, parecería ser que la doctrina jurisprudencial a la que nos hemos referido en este capítulo se acerca a la necesidad de limitar al Poder reformador, al menos, desde el punto de vista formal.
- 2) Desde ahora queremos advertir que este tipo de resoluciones, aunque pudieran considerarse de vanguardia²⁶, lo cierto es que generan problemas

²⁴ Amparo 1753/2007 promovido por el representante legal de la “Asociación de Industriales y Empresarios de Morelos”, Sindicato Patronal (ADIEM-COPARMEX), Florida López Hernández, Jueza Séptimo de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, con sede en San Andrés Cholula, Puebla, 08 de mayo de 2009, p. 101.

²⁵ *Ibidem*, pp. 74, 97 y 98.

²⁶ En este punto debemos aclarar que al hablar de una *resolución de vanguardia*, hemos querido significar simplemente que es la primera sentencia que puede servir como arranque para la construcción de una doctrina jurisprudencial en torno a la limitación del Poder reformador de la

constitucionales de gran magnitud. Esto es así debido al principio de relatividad de las sentencias que priva dentro del juicio de amparo mexicano, según el cual, la sentencia emitida sólo beneficia al sujeto que acuda a solicitar la protección de la justicia constitucional, por lo que en este caso, es sólo a la persona moral quejosa a la que no le será aplicable esa porción normativa de la Constitución, lo que podría llegar a generar, multiplicando el número de quejosos y de amparos concedidos en condiciones similares, tantas Constituciones como mexicanos hayan solicitado y obtenido amparos en contra de enmiendas a la Ley Fundamental, es decir, habría tantas Constituciones como personas amparadas.

Aunado a lo anterior, el hecho de que la Constitución no sea la misma para todos –dirían algunos– rompe con el principio de supremacía constitucional, ya que “...*el atributo de ser superior es imponible a particulares y órganos de autoridad [estando] todos sujetos a lo que diga su texto (...) nadie queda al margen de su función normativa.*”²⁷ No cabe duda que lo anterior redundaría en la generación de una inseguridad jurídica de insospechadas proporciones.

Constitución. Lo puntualizamos así, ya que el concepto: *vanguardia*, también suele ser definido como “*el punto más avanzado o adelantado a los demás*”, y consideramos que esta resolución tiene dos crasos errores técnico-jurídicos, razón de más para concluir que no es una sentencia adelantada a su época. Los defectos e inconsistencias radican en lo siguiente: *(i)* No consideramos que derivado del texto de artículo 135 constitucional (“El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas”), deba concluirse que en tal declaratoria deben señalarse las legislaturas de los Estados que votaron a favor y aquellas que votaron en contra. Si la conclusión antes referida fuera la correcta, si la formalidad del proceso legislativo tuviera tales alcances, deberíamos también invalidar las reformas constitucionales que no incluyan el nombre de los diputados y senadores del Congreso de la Unión que estuvieron presentes en las votaciones correspondientes, así como el sentido de su voto, a fin de que los ciudadanos pudiéramos determinar si tales enmiendas fueron aprobadas por la mayoría calificada que establece nuestra Constitución. Por tal razón, nos parece que es extremo el interpretar el proceso legislativo de esa manera. Ahora bien, con ello no queremos decir que no deban cuidarse tales formalidades, por el contrario, deben cuidarse, razón por la cual los expedientes parlamentarios deben ser lo suficientemente públicos e integrales, pero de ahí a pensar en que deba publicarse en el Diario Oficial de la Federación todo su contenido, nos parece un poco alejado de la realidad y de la propia norma constitucional; *(ii)* Asimismo, la jueza incurre en un error evidente, ya que al sostener su resolución en el argumento de que se ha violentado el procedimiento de reforma constitucional, declarando sólo la inconstitucionalidad de un párrafo de la reforma constitucional analizada, nos lleva a preguntarnos lo siguiente: si el vicio se presentó en todo el procedimiento legislativo, ¿dicha irregularidad no debe afectar a todas las normas producidas por tal procedimiento?, es decir, como bien lo cuestiona Pedro Salazar, “...¿*acaso la supuesta irregularidad formal no valía igualmente para todas y cada una de las disposiciones modificadas?*”. Sin duda, es por ello que nos parece una resolución altamente criticable. (Véase: Salazar Ugarte, Pedro, “Una Corte, una jueza y un réquiem para la reforma constitucional electoral”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *Democracia sin garantías. Las autoridades vs. la Reforma electoral*, México, UNAM-IIJ, 2009, p. 51.)

²⁷ Arteaga Nava, Elisur, *Derecho Constitucional*, 3ª ed., México, Oxford, 2008, p. 3.

- 3) Por ello, consideramos oportuno realizar una primera advertencia, sobre la cual abundaremos más adelante (*vid. infra*. CAPÍTULO QUINTO, inciso d.2) en el sentido de que el control de reformas constitucionales no debe ser *a posteriori*, es decir, no puede realizarse una vez que la reforma ya ha entrado en vigor. De tal advertencia quizá debamos arribar a una conclusión *prima facie*, en el sentido de que cualquier medio de control que se establezca sobre las enmiendas constitucionales debe ser *a priori*, a efecto de no generar problemas como los antes descritos.

Esta conclusión nos permitirá, una vez que propongamos los diversos medios que nos permitirían realizar un control sobre las reformas constitucionales, realizar proposiciones que atiendan esta advertencia.

- 4) Que con resoluciones como estas se deja ver que el objeto de análisis del presente estudio no sólo es actual, sino que además requiere una reflexión lo suficientemente profunda como para lograr arribar a conclusiones correctas.

Esa actualidad y necesaria reflexión a las que nos hemos referido, nos invitan a manifestar contundentemente que, en relación con el tema que nos ocupa, no todo está dicho, y más aún, no todo está definido, por lo que con precedentes como el analizado en el presente inciso, así como el que se analizará a continuación, la conclusión a la que aparentemente nos hemos acercado es a la de afirmar que no existe, en torno al control constitucional de las enmiendas a la Carta Magna, una doctrina jurisprudencial homogénea y coherente del Poder Judicial de la Federación. Conclusión la cual, dicho sea de paso, justifica de manera muy importante la elaboración de esta investigación.

h) El amparo “Consejo Coordinador Empresarial, A.C.” Una muestra de la cambiante doctrina jurisprudencial (Amparo 1566/2007-VI)

Tal es la incertidumbre a la que nos hemos referido, que días después de que la jueza López Hernández resolviera el amparo 1753/2007, es decir, el 20 de mayo de 2009, David Cortés Martínez, Juez Decimocuarto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, determinó sobreseer el amparo promovido por el Consejo Coordinador Empresarial, A.C. (amparo 1566/2007-VI), y con ello no otorgar el amparo correspondiente, aún y cuando existiera la misma *ratio petitis* que la esgrimida por la Asociación de Industriales y Empresarios de Morelos en el amparo 1753/2007.

En dicha resolución, el juez Cortés Martínez manifestó que “...es infundado el argumento de la quejosa consistente en que se viola el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues si bien de la lectura del decreto reclamado, publicado el trece de noviembre de dos mil siete, no se advierte el cómputo de los votos mayoritarios de las legislaturas de los Estados de la República, ni consta la declaración por el voto mayoritario de dichas legislaturas, también lo es que el precepto constitucional de referencia no

*establece tal situación; es decir, que se tenga que publicar necesariamente el cómputo de los votos mayoritarios de las legislaturas de los Estados de la República y la declaración respectiva.*²⁸

Asimismo, prosigue el juez Cortés Martínez: “...el argumento de que se trata resulta infundado, toda vez que no debe perderse de vista que en el juicio de amparo en materia administrativa, rige el principio de estricto derecho y que la parte quejosa no precisa precepto legal alguno que establezca la obligación de las autoridades que intervienen en el proceso de reforma a la Constitución Federal, de publicar el cómputo y la declaratoria de que se habla, [por lo que] en ese orden de ideas, tampoco se trasgreden las garantías individuales de audiencia, de seguridad jurídica y de legalidad consagradas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal, por no realizarse tales publicaciones, ya que al Poder Legislativo no le es aplicable la garantía de previa audiencia contemplada por el artículo 14 constitucional, en la forma y términos que se respeta tratándose de otro tipo de actos de autoridades, ya que dicha garantía se respeta, en casos como este, cuando al consignar en sus leyes los procedimientos necesarios para que se oiga a los interesados y se les dé oportunidad de defensa en aquellos casos en que resulten afectados sus derechos...”²⁹

De esta forma, concluye categóricamente señalando que “...el no publicarse el cómputo de los votos mayoritarios de las legislaturas de los Estados de la República y la declaración respectiva, en el Decreto por el que se reforma los artículos 6o., 41, 85, 99, 108, 116 y 122; adiciona el artículo 134 y deroga un párrafo al artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el Diario Oficial de la Federación el trece de noviembre de dos mil siete, no transgrede las garantías de legalidad y seguridad jurídica (...) En consecuencia, ante lo infundado de los conceptos de violación expuestos, lo procedente es negar el amparo solicitado...”³⁰

Por paradigmático que parezca, con sólo doce días de diferencia, dos jueces de distrito resolvieron dos casos idénticos de manera completamente diferente, lo que nos deja ver la divergencia de criterios y la disímbola interpretación constitucional que existe al respecto, haciéndose así evidente la complejidad de nuestro objeto de estudio.

No obstante, a pesar del reconocimiento a tal complejidad, lo cierto es que no debemos olvidar aquel principio general del derecho, aquella máxima jurídica que reza: “...ubi eadem est ratio, eadem debet esse juris dispositio...”³¹ Es por ello

²⁸ Amparo 1566/2007-VI promovido por el representante legal del Consejo Coordinador Empresarial, A.C., David Cortés Martínez, Juez Decimocuarto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, 20 de mayo de 2009.

²⁹ *Idem.*

³⁰ *Idem.*

³¹ Lo que significa: “...donde existe la misma razón, debe tener lugar la misma disposición...” (Véase: Soberanes Fernández, José Luis, “Los valores jurídicos en la historia”, en García Ramírez, Sergio (coord.), *Los valores en el derecho mexicano. Una aproximación*, UNAM-FCE,

que debemos adentrarnos a las profundidades de la Teoría Constitucional contemporánea para determinar si debe limitarse, y en qué medida, al Poder revisor de la Constitución, porque lo único cierto es que ante casos idénticos no deben emitirse resoluciones tan aparatosamente divergentes.

i) El recurso de queja del Instituto Federal Electoral. Un repentino cambio de criterio. (Recurso de Queja 11/2008).

Como última muestra de la complejidad que representa el objeto de estudio del presente trabajo, así como de la incertidumbre que priva en la SCJN en torno a los criterios que los ministros han vertido respecto de la posibilidad de controlar jurisdiccionalmente los actos del Poder reformador, analizaremos el recurso de queja 11/2008, interpuesto por el Secretario Ejecutivo del Instituto Federal Electoral en contra del proveído de 2 de julio de 2008, dictado por el Juez Sexto de Distrito en el Estado de Guerrero, por el que admitió la demanda de amparo promovida por Televimex, S.A. de C.V., registrando dicho juicio con el número 926/2008.

Tal y como ya lo hemos mencionado, derivado de la resolución emitida por la SCJN en el amparo en revisión 186/2008, se concluyó que las demandas de amparo promovidas en contra de la cuestionada reforma constitucional de noviembre de 2007, no actualizaban el supuesto determinado por el artículo 145 de la Ley de Amparo, debido a que no existe en ellas un motivo manifiesto e indudable de improcedencia. De hecho, ya hemos referido que nuestro máximo tribunal señaló que “...se debe admitir el juicio y el juez de Distrito estará en su libertad de analizar las condiciones de la procedencia o improcedencia con fundamento en otras causales o en su caso, dictar una sentencia de fondo, analizar las condiciones de los efectos, en fin, todos ellos temas complejos, pero no desecharlo de plano...”³²

Pues de la misma forma en cómo se admitieron a trámite las demandas en los dos juicios de amparo que fueron analizados en los dos incisos anteriores, el Juez Sexto de Distrito en el Estado de Guerrero hizo lo propio con la demanda que interpusiera la empresa Televimex, S.A. de C.V. Sin embargo, en este caso y algunos más (recursos de queja 12/2008 y 16/2008), el Instituto Federal Electoral se inconformó ante la admisión de las demandas³³, ya que a su dicho, estas debían ser desechadas por ser notoriamente improcedentes, lo que originó que con fecha 2 de junio de 2009, el Pleno de la Corte analizara si tales autos admisorios debían confirmarse, o en su defecto, debían anularse.

1997, sección de Obras de Política y Derecho, p. 448, <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1374/24.pdf>

³² Extracto de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la SCJN, celebrada el lunes 29 de septiembre de dos mil ocho, con motivo del amparo en revisión 186/2008), p. 6.

³³ Recordemos que de acuerdo con el artículo 95 de la Ley de Amparo, el recurso de queja es procedente contra los autos dictados por los jueces de Distrito o por el superior del tribunal a quien se impute la violación reclamada, en que admitan demandas notoriamente improcedentes.

Así las cosas, no fue caprichoso el título del presente apartado (*un repentino cambio de criterio*), sino que por el contrario, encuentra justificación en lo que a continuación expondremos.

Páginas arriba señalamos algunas de las ideas vertidas por el ministro –hoy en retiro– Góngora Pimentel en las sesiones plenarias que tuvieron lugar el 26 de junio y 29 de septiembre de 2008, so pretexto del análisis de la acción de inconstitucionalidad 168/2007 (y su acumulada 169/2007) y del amparo en revisión 186/2008 respectivamente. En aquellas acaloradas discusiones, el ministro Góngora vertió ideas muy significativas para el objeto de este trabajo, entre las cuales deseamos rescatar las siguientes:

1. El ministro Góngora señalaba el 26 de junio de 2008 lo siguiente:

“...coincido con las consideraciones en torno al control formal de las reformas constitucionales (...) así, para considerar que nuestra República es auténticamente representativa y democrática como lo establece el artículo 40 constitucional, resulta necesario que exista certeza de que las modificaciones a la Norma constitucional son realizadas conforme a lo previsto por la propia Constitución y para ello el control jurisdiccional del órgano reformador resulta indispensable...”³⁴

“...también el contenido material de las reformas a la Constitución puede ser materia de control por parte de este Alto Tribunal (...) me parece que hay límites que la Constitución no establece expresamente, pero que se deducen claramente como exigencias de la propia Constitución, que imponen límites inmanentes o implícitos a la actuación del órgano reformador.”³⁵

“...a pesar de que la Constitución no lo diga (...) se deducen con claridad límites materiales a las reformas constitucionales.”³⁶

2. El ministro Góngora señalaba el 29 de septiembre de 2008 que:

“...toda Constitución contiene un núcleo que define su identidad así como la continuidad del Estado, por lo que necesariamente es inmodificable, esta inmodificabilidad se configura como un componente básico de la defensa de la Constitución y constituye el fundamento de la imposibilidad de suprimir el orden constitucional en su totalidad, o en las partes nucleares, y sustituirlo por otro distinto, mediante un procedimiento de reforma.”³⁷

³⁴ Extracto de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la SCJN, celebrada el jueves 26 de junio de dos mil ocho con motivo de la acción de inconstitucionalidad 168/2007 y su acumulada 169/2007, p. 9.

³⁵ *Ibidem*, p. 11.

³⁶ *Ibidem*, p. 12.

³⁷ *Ibidem*, p. 9.

Pues a menos de un año de distancia (02 de junio de 2009), durante el debate realizado so pretexto del análisis y resolución del recurso de queja al que hace referencia el presente inciso, se escuchó una voz que debemos calificar de absoluta coherencia jurisdiccional. Es el caso de la ministra Margarita Luna Ramos quien manifestó que *“...en este recurso de queja no se está haciendo valer ninguna impugnación en relación con las reformas constitucionales; sin embargo, del proyecto, en los únicos dos conceptos de agravio que se hacen valer se están desestimando para determinar que no es una causa notoria y evidente, y que finalmente debiera en un momento dado, de no existir inconveniente, admitir la demanda respectiva. En lo personal, aun cuando está listado el asunto bajo mi ponencia con el criterio ya fijado por la mayoría en los asuntos precedentes, lo cierto es que yo he votado en contra, y por esta razón mantendré el sentido de mi voto...”*³⁸ Decimos que se trata de coherencia judicial debido a que la ministra Luna Ramos siempre ha defendido la tesis del no sometimiento del Poder revisor de la Constitución a control alguno.

Ahora bien, lo verdaderamente sorprendente aconteció unos segundos después, cuando el ministro Góngora tomó la palabra para preguntarle a la ministra Luna Ramos lo siguiente: *“¿Cuál es la razón de su voto en contra?”*³⁹, a lo que la ministra contestó: *“¡Ah!, señor. Bueno, pensé que no íbamos a abrir la discusión en ese sentido, porque desde que habíamos fallado los cuarenta y tantos asuntos que se resolvieron todos manifestamos de manera amplia el criterio que sosteníamos, si quiere que lo repita, con muchísimo gusto lo haría.”*⁴⁰

Acto seguido, el ministro Góngora respondía que sí, ya que *“...algunos señores ministros dijeron que procedía el amparo contra la reforma constitucional, pero nada más en el procedimiento legislativo, y otros en cuanto al fondo...”*⁴¹, y continuaba Góngora señalando: *“Usted dijo que ni en el procedimiento legislativo ni en cuanto al fondo, eso fue lo que dijo”*⁴², a lo que la ministra respondió: *“Así es señor...”*⁴³

Fue en ese momento en donde se generaba el repentino cambio de criterio, ya que el ministro Góngora concluía este diálogo con la siguiente idea: *“Bueno, yo he meditado sobre eso, y viendo los problemas que se presentan he reconsiderado, creo que me equivoqué, creo que debo de votar en el sentido de que no procede el amparo ni en cuanto al fondo ni en cuanto al procedimiento legislativo; entonces, agregaré mi voto al suyo señora ministra.”*⁴⁴

³⁸ Extracto de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la SCJN, celebrada el martes 2 de junio de dos mil nueve, con motivo de los recursos de queja 11/2008, 12/2008 y 16/2008, p. 10.

³⁹ *Ibidem*, p. 11.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ *Idem*.

⁴² *Idem*.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 12.

De esta forma, uno de los principales impulsores de la existencia del núcleo intangible de la Constitución, y de su defensa, modificaba por completo su criterio, lo que precisamente deja ver con claridad la complejidad del tema al que nos enfrentamos. Así, el recurso de queja 11/2008 fue resuelto por mayoría de siete votos en el sentido de que debía declararse fundada la queja, y con ello, revocar el auto admisorio de la demanda de amparo planteada por Televimex, S.A. de C.V.

Es importante mencionar que la resolución antes descrita no viene a desvanecer los tímidos pasos que la SCJN había comenzado a dar en torno a la configuración de una doctrina jurisprudencial que justifique la necesidad de someter a control constitucional los actos del Poder revisor de la Constitución, ya que el sentido de la misma, obedece principalmente a que en la demanda de Televimex, S.A. de C.V., no se plantearon conceptos de violación en donde se impugnara el procedimiento de reforma constitucional, sino que más bien, se plantearon alegaciones en torno a determinados actos del Instituto Federal Electoral, así como a los artículos del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, materia la cual, no puede ser conocida vía amparo debido a lo establecido en el artículo 73, fracción 7 de la Ley de Amparo.⁴⁵

De hecho, en el recurso de queja 12/2008, el cual fue también resuelto en la sesión del 2 de junio de 2009, se determinó con mayoría de seis votos que la queja era infundada, lo que significó la confirmación del auto admisorio de la demanda de amparo interpuesta por el quejoso correspondiente, toda vez que en su demanda, sí hizo valer en sus conceptos de violación alegaciones por vicios en el procedimiento de reforma constitucional, con lo cual, se ratifica el criterio que venía sosteniendo la mayoría de los ministros de la SCJN, en el sentido de que la sola presentación de demandas de amparo en contra de reformas constitucionales no actualiza el supuesto de notoria e indudable improcedencia. Pero lo verdaderamente sorprendente, y que fue precisamente lo que nos motivó a analizar este precedente, fue la forma en cómo el ministro Góngora modificó sustancialmente su criterio.

De todo lo anterior, consideramos que debemos hacer especial énfasis en que muchas de las ideas vertidas por los ministros en el sentido de reconocer la necesidad de limitar al Poder constituyente permanente son trascendentes, debido a que pueden ser el punto de partida para consolidar una doctrina jurisprudencial que permita realizar un control formal de las enmiendas a la Carta Magna, lo cual, podría generar en el futuro la idea de ejercer también un control material a partir de la identificación de ese “núcleo intangible” al que hacía referencia el ministro Góngora antes de su radical cambio de criterio.

Sobresale también que con los planteamientos vertidos durante los debates relativos a las acciones de inconstitucionalidad 168/2007-169/2007 y al amparo en revisión 186/2008, algunos de los ministros de la SCJN parecen acercarse cada

⁴⁵ Artículo 73.- El juicio de amparo es improcedente: VII.- Contra las resoluciones o declaraciones de los organismos y autoridades en materia electoral.

vez más a doctrinas jurisprudenciales que ya han sido formuladas por otros tribunales constitucionales en Latinoamérica.

Concretamente nos referimos a la doctrina fijada en el caso *Fayt*, la cual *“...significó que, por primera vez en la historia del Estado federal argentino, la Corte Suprema de Justicia realizara un juicio de constitucionalidad con total plenitud sobre disposiciones normativas creadas por una Convención Nacional Constituyente que reformó la letra de la Ley Mayor. La reforma constitucional de 1994 fue y lo sigue siendo –sin dudas– la que en toda la historia constitucional de la Argentina mayor grado de legitimación democrática ha gozado. Por tanto, la nulidad de reglas constitucionales creadas por el poder constituyente, como ocurrió en Fayt, genera la reapertura del debate en torno de los fundamentos del control de constitucionalidad.”*⁴⁶

En dicho caso, la Corte Suprema argentina señalaría en el considerando 5º que: *“No obsta a lo afirmado la circunstancia de que lo atinente al contenido de una reforma constitucional haya sido atribuido válidamente a un poder distinto del judicial, pues aun en tales hipótesis siempre este departamento, a la luz de la Constitución, está habilitado para juzgar en los casos que se le planteen, si el acto impugnado ha sido expedido por el órgano competente, dentro del marco de sus atribuciones y con arreglo a las formalidades a que está sujeto. Y, de inmediato, prosiguieron el razonamiento: El mandato de la Constitución que pesa sobre el Poder Judicial es el de descalificar todo acto que se oponga a aquélla (CSJN, Fallos: 32:120); planteada una causa, no hay otro poder por encima del de esta Corte para resolver acerca de la existencia y de los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los otros poderes y del deslinde de atribuciones de estos entre sí. No admite excepciones, en esos ámbitos, el principio reiteradamente sostenido por este tribunal, desde 1864, en cuanto a que es el intérprete final de la Constitución (CSJN, Fallos: 1:340). Si la esencia de nuestro sistema de gobierno radica en la limitación de los poderes de los distintos órganos y en la supremacía de la Constitución, ningún departamento puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas (CSJN, Fallos: 137:47) y es del resorte de esta Corte juzgar la existencia y límites de las facultades privativas de los otros poderes (CSJN, Fallos: 210:1095) y la excedencia de las atribuciones en la que estos puedan incurrir (CSJN, Fallos, 254:43).”*⁴⁷

Tal conjunto de premisas básicas –sostiene Ferreyra– no pasaría por alto la oportunidad de cerrar con una conclusión contundente: *“Incluso, en los casos en que la interpretación constitucional lleve a encontrar que determinadas decisiones han sido atribuidas con carácter final a otras ‘ramas del gobierno’, el tribunal*

⁴⁶ Ferreyra, Raúl Gustavo, "Reforma constitucional y cuestiones políticas", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 7, enero-junio 2007, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, p. 114, http://www.iidpc.org/revistas/7/pdf/35_56.pdf

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 115-116.

*siempre estará habilitado para determinar si el ejercicio de una potestad de dicha naturaleza ha sido llevada a cabo, dentro de los límites de ésta y de acuerdo con los recaudos que le son anejos. El quebrantamiento de algunos de los mentados requisitos o el desborde de los límites de la atribución, harían que la potestad ejercida no fuese, entonces, la de la Constitución y allí es donde la cuestión deja de ser inmune a la revisión judicial por parte del tribunal encargado –por mandato de aquélla– de preservar la supremacía de la Ley Fundamental.*⁴⁸

Más adelante, en el considerando 7º, la Corte Suprema de Justicia de Argentina recordaba “...la doctrina citada en Ríos: la facultad de reformar la Constitución no puede exceder el marco de la regulación constitucional en que descansa.”⁴⁹

Ahora bien, independientemente del precedente argentino, podemos ver que la *litis* en torno a la reforma constitucional en materia electoral no ha sido resuelta de manera definitiva, por lo que no debemos olvidar que la jurisprudencia, como fuente del Derecho Constitucional, es la vía más dúctil para no frenar su evolución, razón por la cual nos parece acertado que la SCJN vuelva a revisar este tema, máxime si ha cambiado su integración desde el año 1999 a la fecha, por lo que debe concedérseles a los nuevos ministros que no han participado en la conformación de la doctrina jurisprudencial analizada, la oportunidad de revisarla, y en su caso, consolidarla, o bien, modificarla.

Pero más allá de la disputa política que se ha generado en torno a la reforma constitucional en materia electoral⁵⁰, y al margen de lo que aseguran las organizaciones patronales en el sentido de que esta reforma lo que pretende es fortalecer el monopolio que los partidos políticos tienen respecto del sistema político mexicano, o bien, lo que los dirigentes partidistas aseveran respecto de las grandes empresas inconformes, en el sentido de que su molestia se deriva de que han sido tocados sus múltiples intereses económicos, en beneficio de ese sistema político al que dicen defender; resulta de gran interés realizar dos análisis de diversa índole, en el entendido de que la SCJN –al parecer– no ha dictado su última palabra.

En primer lugar, un análisis teórico-interpretativo de los valores, principios y normas constitucionales a efecto de determinar, en la medida de lo posible, algunas cuestiones que pertenecen al ámbito de la Teoría Constitucional, tales

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 116-117.

⁵⁰ Otra muestra más de los problemas que surgieron con la aplicación de la nueva legislación electoral fue la disputa originada entre el Instituto Federal Electoral, los partidos políticos y las televisoras, en torno a que los spots que –derivado de la obligación constitucional y legal- deben transmitir las empresas concesionarias de televisión, a dicho del Instituto Federal Electoral, no ha sido cumplida atendiendo al espíritu de las reformas de mérito, y a dicho de las televisoras, se han transmitido tales spots de acuerdo con la legislación aplicable. Lo cierto es que con ello se deja ver la complejidad de la reforma constitucional que es tomada como ejemplo para desarrollar el presente estudio.

como: ¿existe un núcleo intangible en la Constitución?, ¿cómo definir su contenido?, ¿una reforma a la Constitución debería ser sujeta de control constitucional a través del juicio de amparo o de cualquier otro proceso constitucional *ad hoc*⁵¹?

Asimismo, y de ser afirmativas las respuestas a las interrogantes antes mencionadas, será importante realizar, en segundo lugar, un análisis desde el ámbito del Derecho Procesal Constitucional, a fin de determinar si es factible estructurar una garantía constitucional, a través de la cual, se posibilite el control constitucional de las enmiendas a la Ley Fundamental, siendo necesario para tal efecto, no pasar por alto las características propias del sistema político-jurídico mexicano.

⁵¹ El *desiderátum* que se plantea no puede ni debe ser calificado de menor o irrelevante, ya que al día de hoy, existen sistemas jurídicos en el mundo que prevén a nivel constitucional el control constitucional de reformas constitucionales. Tal es el caso del artículo 241 de la Constitución de Colombia, el cual dispone que: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.”

CAPÍTULO SEGUNDO

EL RULE OF LAW Y SU RELACIÓN CON EL PODER CONSTITUYENTE CONSTITUIDO

“Un poder político absoluto se volvería contra sí mismo. Un poder así no podría ser aplicado sobre nadie sin destruirse a sí mismo [por ello] el constitucionalismo contemporáneo cuenta con instrumentos, entre ellos los de control, adecuados al propósito de regular el ejercicio del poder...”¹

Diego Valadés

a) Los límites del Poder constituyente constituido.

Ante la falta de uniformidad de los criterios analizados en el capítulo anterior, y recordando que una de las finalidades teóricas del presente estudio es determinar la conveniencia o inconveniencia de someter a medios de control las reformas a la propia Constitución, iniciaremos por definir, a partir del marco jurídico vigente, si alguna de las garantías de control abstracto existentes hoy en México (juicio de amparo y acciones de inconstitucionalidad) son procedentes o improcedentes en contra de reformas constitucionales.

Por lo que hace al juicio de amparo, los supuestos establecidos en los artículos 73 y 74 de su ley reglamentaria, mismos que regulan las causas de improcedencia y sobreseimiento respectivamente, no mencionan que no pueda ser interpuesto en contra de reformas constitucionales.

Lo único cierto es que, al parecer, la SCJN ya es consciente de que debe permitirse el control constitucional de las enmiendas a la Carta Magna, al punto de que en el proyecto de “nueva” Ley de Amparo realizado por la Comisión Especial que fuera creada por nuestro máximo tribunal en 1999, se propone una reforma a la Ley de Amparo para que el amparo indirecto sea procedente en contra normas generales que por su sola entrada en vigor, o con motivo del primer acto de su aplicación, causen perjuicio al quejoso, entendiendo por norma general –entre

¹ Valadés, Diego, “Constitución y control político”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2000, p. 344.

otras– a las derivadas de un procedimiento de reformas a la CPEUM, señalando con claridad que sólo serán revisables en cuanto a vicios de procedimiento.²

De manera similar, pero en relación con las acciones de inconstitucionalidad, en ninguna de las partes del artículo 105 constitucional, como en ninguno de los supuestos a los que hacen referencia los artículos 19º y 20 de su ley reglamentaria (causas de improcedencia y sobreseimiento respectivamente), se señala que las acciones de inconstitucionalidad no puedan ser interpuestas en contra de reformas constitucionales.

Lo anterior se menciona no porque queramos que de dichas lagunas normativas se desprenda la procedencia de tales medios de control constitucional ante este tipo de reformas, ya que sabemos que en el fondo, subsiste un tema del cual la Teoría Constitucional no ha terminado de pronunciarse categóricamente, formulándose –una y otra vez– la siguiente interrogante: ¿tiene el Poder constituyente permanente límites formales y/o materiales al momento de reformar la Ley Fundamental?

Es decir, ¿el poder que fue constituido para reformar el sistema jurídico-constitucional debe poseer algún límite?, o sencillamente fue creado para alterarlo/modificarlo/innovarlo ilimitadamente, lo que incluiría, implícitamente, el poder para destruirlo.

Para contestar a tal interrogante, nos ha parecido adecuado examinarla de la siguiente manera, haciéndonos las siguientes preguntas:

a.1) El Poder constituyente constituido... ¿tiene límites formales?

Sabemos al menos que límites formales si los tiene, y son justamente los que determina, con cierta vaguedad y ligereza³, el procedimiento de reforma constitucional establecido en el artículo 135 de de la CPEUM, toda vez que la misma SCJN ya ha determinado que “...*el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución no es susceptible de control jurisdiccional, ya que lo encuentra en sí mismo*”⁴, reconociendo implícitamente con tal afirmación que el Poder revisor de la Constitución sí tiene límites formales. El problema viene cuando la SCJN señala que el control de tales límites formales se encuentra inmerso en dicho

² Artículo 106, fracción 2 del proyecto de “nueva” Ley de Amparo realizado por la Comisión Especial que fuera creada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 1999.

³ No por nada, hoy en día se hace cada vez más cercano el momento en que debemos plantearnos la necesidad de reformar el artículo 135 constitucional, toda vez que no es lejano el día en que, derivado de la pluralidad política en base a la cual se ha conformado el nuevo sistema político mexicano, se generan problemas en cuanto a su aplicabilidad. (Véase: Ayllón González, María Estela, “Propuesta de Ley Reglamentaria del artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Propuestas Universitarias para la Reforma Constitucional*, México, Secretaría de Gobernación, 2008, p. 23)

⁴ Tesis P./J. 39/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, septiembre de 2002, p. 1136, registro nº 185941

procedimiento.

No debe pasar desapercibido para el lector que la conclusión antes señalada es un tanto irracional, ya que se sustenta en la creencia de que el Poder revisor de la Constitución nunca podrá transgredir el procedimiento establecido en el artículo 135 constitucional, lo que parece configurar, más que un argumento lógicamente estructurado, un *dogma constitucional* no permisible.

Se acude al concepto de *dogma* para significar que, en relación con diversos tópicos constitucionales, a veces se escuchan proposiciones que se afirman como principios innegables del Derecho Constitucional, cuando en realidad, no han pasado la más mínima prueba metodológica de la ciencia jurídica. Así por ejemplo, cuando se afirma que el Poder constituyente constituido no es susceptible de control jurisdiccional, fundamentando tal afirmación en el supuesto principio de que el control sobre sus actos se encuentra en sí mismo, consideramos que se parte de proposiciones que, lejos de ser explicadas, son asumidas como ciertas sin posibilidad de refutación. Que el procedimiento de reforma constitucional sea un control, nadie lo niega, pero que dicho control deba ser desarrollado por el mismo órgano del Estado que debe respetar tal procedimiento, nos parece que implicaría negar que el Derecho no debe basarse, para generar o no consecuencias jurídicas, en creencias de que algo posible nunca acontecerá.

Es decir, sólo creyendo (y de ahí la utilización del concepto de *dogma constitucional*) que el Poder revisor de la Constitución no puede transgredir (nunca y por ningún motivo) el procedimiento de reformas constitucionales, se podría afirmar que “...*el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución no es susceptible de control jurisdiccional, ya que lo encuentra en sí mismo...*”⁵ Así, afirmar que el control sobre un procedimiento se encuentra en el mismo procedimiento, o negar la existencia de controles, es prácticamente lo mismo.

Al respecto, resulta altamente interesante rescatar las palabras de César Landa, actual integrante del Tribunal Constitucional del Perú, quien con toda elocuencia expresa una de las notas distintivas que deben poseer los Estados constitucionales y democráticos de Derecho, al decir que “...*en todo sistema político moderno que se precie de ser democrático, el poder (...) no se puede legitimar por sí mismo, sino desde la existencia y la operatividad, a nivel real de la oposición. Para lo cual, la Constitución ha establecido instituciones tales como la justicia constitucional, encargada de controlar el poder, hacer respetar los derechos fundamentales y cautelar los derechos de las minorías...*”⁶

Es por lo anterior que se considera que, al margen del debate en torno a que

⁵ *Idem.*

⁶ *Citado por* Peña Torres, Marisol, "Inaplicabilidad por inconstitucionalidad: reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 9, enero-junio 2008, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional-Porrúa, p. 220, http://www.iidpc.org/revistas/9/pdf/233_249.pdf

si deben o no ser susceptibles de control constitucional material⁷ las reformas constitucionales, lo que sí parece evidente es que no hay un argumento razonable para pensar que no pudieran éstas, ser objeto de un control constitucional formal, es decir, que pudiere revisarse si el procedimiento de reforma, se ha seguido o no, al pie de la letra.

La conclusión anterior no es equivocada, al punto de que la propia SCJN en el año de 1999 dentro del primer precedente relativo al tema en cuestión, ya había reconocido que “...*el contenido del dispositivo constitucional [aprobado por el poder reformador de la Constitución] resulta inimpugnable a través de la demanda de garantías, siendo sólo atacable el proceso de reforma correspondiente...*”⁸

Sin embargo, aún y cuando existan precedentes que nos lleven a concluir que algunas de las afirmaciones de la SCJN, en torno a que las reformas constitucionales no deban ser objeto de control constitucional formal, nos permitan afirmar que son *dogmas constitucionales*, pensamos que resulta aún más trascendente centrar el estudio del presente análisis en determinar la conveniencia o no de que dichas reformas sean sometidas a un control de constitucionalidad material, ya que determinando esto, fácilmente se puede determinar aquello. Es decir, bajo el principio general de derecho de que “...*el que puede lo más, puede lo menos...*”, si se llegara a la conclusión de que las reformas constitucionales sí son controlables en cuanto al fondo, lo lógico sería concluir que también son controlables en cuanto a su forma, por lo que concentraremos nuestros esfuerzos en resolver la siguiente interrogante:

a.2) El Poder constituyente constituido... ¿tiene límites materiales?

La CPEUM no menciona nada respecto a la existencia de límites materiales, es decir, no hay cláusulas que expresamente gocen de una *especial constitucionalidad*⁹, de las cuales pueda justificarse una especial protección.

⁷ Entiéndase por control constitucional material, aquel ejercicio que realizan los jueces constitucionales a través del cual resuelven la posible contradicción de una norma con los valores y principios que se establecen en las cartas magnas, a diferencia del control constitucional formal que se refiere a revisar si las normas impugnadas cumplen o no con las Normas sobre la Producción Jurídica, es decir, si cumplen con aquellas normas constitucionales que establecen los procedimientos de creación, modificación y reforma de las normas jurídicas que componen un sistema normativo (Véase: Carbonell, Miguel, *Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México*, México, Porrúa, 2000, pp. 15-18)

⁸ Tesis P. LXII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, septiembre de 1999, p. 11, registro n° 193249

⁹ Puede hacerse referencia también el concepto de “*supraconstitucionalidad*”, entendiéndolo por ello los ámbitos o materias de las que carece de jurisdicción cualquier parlamento o autoridad constituida, de tal manera que así como la Constitución está sobre la ley, la *supraconstitucionalidad* está sobre la Constitución. Por ejemplo, se habla de la supraconstitucionalidad de los derechos fundamentales, ya que son derechos que no los puede liquidar ningún Parlamento, ni siquiera el órgano constituyente, debido a que una vez reconocidos, por sus características de progresividad e irreversibilidad, han ingresado debidamente al patrimonio del Hombre. (Véase: Pacheco Gómez, Máximo, “Supraconstitucionalidad de los Derechos Fundamentales”, *Revista de la Facultad de Filosofía, Universidad de la Rioja*, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649869>)

Sin embargo, si ya hemos comentado que toda existencia, incluida la Constitución, está conformada de núcleo/periferia¹⁰, o bien, de sustancia/accidente, tampoco nos parece posible que de tal silencio constitucional, podamos necesariamente concluir que no pueda ejercerse control alguno respecto del contenido de las reformas constitucionales que pudieran vulnerar la parte nuclear/sustancial de la Constitución, ya que debemos recordar que los *silencios constitucionales*¹¹, también deben ser interpretados a la luz del constitucionalismo y sus fines. (*vid. supra*. CAPÍTULO PRIMERO, inciso e)

No debemos perder de vista una cuestión que no se ha resuelto de manera categórica, y quizá, sea a uno de los temas de significativa importancia práctica a los que nos estemos enfrentando. Veamos.

Es claro que cuando en el ayer “...se consideraba a las Constituciones como meros instrumentos de orientación política, que sólo eran jurídicamente vinculantes en virtud de su desarrollo legislativo, [señala Sánchez Urrutia] no existían presupuestos para plantearse problemas acerca de la aplicabilidad de la Constitución, su mutación o su garantía”¹² frente a los poderes constituidos.

Hoy, por el contrario, si tomamos en consideración que lo que se ha pretendido con la *reingeniería* del Estado constitucional y democrático de Derecho, es hacer de las Constituciones documentos normativos que sean oponibles a todo poder constituido, es decir, que la autoridad pública se encuentre verdaderamente limitada por el Derecho y, en primer lugar, por los derechos humanos, resulta elemental revisar el papel del Poder constituyente constituido frente a ese nuevo cariz que han adoptado los textos constitucionales.

No por nada, las Constituciones sancionadas con posterioridad a la segunda guerra mundial han realizado un énfasis muy significativo en torno a dos nuevos conceptos, los cuales, a pesar de estar estrechamente ligados por depender uno del otro, son diferenciables, a saber: **(i)** la *aplicabilidad inmediata de los derechos humanos*, en cuanto que tales derechos obligan y vinculan directamente a todos los poderes constituidos, y **(ii)** la *fuerza normativa de la Constitución*.

Como ya advertimos, con posterioridad a la segunda guerra mundial comenzó un proceso que buscó cambiar el cariz que, exclusivamente de documento político, venían teniendo las Constituciones del siglo XIX, a fin de

¹⁰ De acuerdo con José Luis G. Escribano “...los términos núcleo/periferia se aplican dentro de la tagmémica a todo tipo de unidades émicas, desde fonemas hasta las grandes totalidades de la conducta verbal y no verbal (...) pero han sido y son particularmente útiles para el análisis de las unidades de la jerarquía gramatical y sobre todo de las del nivel cláusula.” (Véase: Escribano, José Luis, “Reflexiones acerca del concepto de <<Núcleo>> en la gramática tagmémica”, *op. cit.*, p. 225)

¹¹ Al respecto, se recomienda la consulta de Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, expediente N° 0006-2003-AI/TC, publicada el 1º de diciembre de 2003.

¹² Sánchez Urrutia, Ana Victoria, “La fuerza normativa de la Constitución y la Constitución de la fuerza”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 13, núm. 37, enero-abril de 1993, p. 317, <http://www.cepc.es/>

imprimirles esa otra esencia que, de documento jurídico y normativo, hoy se les reconoce. Tal proceso comenzó muy concretamente, en relación con los derechos humanos, lo cual resultaba lógico después de las atrocidades que experimentó la humanidad durante la segunda guerra.

Así, este proceso requirió un cambio de tipo cultural, y otro diverso de índole jurídico.

Un cambio cultural debido a que era necesario transformar la visión y posición que los derechos humanos habían tenido. Una muestra de ello se hace patente cuando se analiza la evolución de la Teoría de la Constitución, la cual, “...aceptó aquella división, demasiado formal, [advierte Ricardo Sepúlveda] de que la Constitución se dividía en dos partes, como se divide artificialmente el globo terráqueo en dos hemisferios, una parte dogmática y otra orgánica. Esta división no contribuyó a resaltar la importancia de que la Constitución –toda ella– sea un instrumento para la protección y salvaguarda de los derechos humanos, sino sólo una parte de ella. Por eso se [hablaba] de manera muy tangencial de la Constitución como instrumento protector de los derechos humanos.”¹³

Paralelamente al cambio cultural, se comenzó a gestar un cambio jurídico. Esa transformación la vemos materializada con la inclusión del *principio de aplicabilidad inmediata de los derechos humanos* en las Constituciones sancionadas con posterioridad a la segunda posguerra.

Como ejemplos de ello podemos citar la Constitución italiana de 1947 (Art. 28); la Constitución alemana de 1949 (Art. 1.3); la Constitución portuguesa de 1976 (Art. 18.1); la Constitución española de 1978 (Art. 24), la Constitución brasileña de 1988 (Art. 5.1); la Constitución colombiana de 1991 (Art. 85); la Constitución rusa de 1993 (Art. 18); la Constitución venezolana de 1999 (Art. 19); la Constitución suiza de 1999 (Art. 35); la Constitución chilena de 1980 con reformas de 2005 (Art. 20); la Constitución ecuatoriana de 2008 (Art. 11.3); y la Constitución boliviana de 2009 (Art. 109.1)¹⁴

¹³ Sepúlveda Iguíniz, Ricardo, “El reconocimiento de los derechos humanos y la supremacía de la Constitución”, en Del Rosario Rodríguez, Marcos (coord.), *Supremacía Constitucional*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2009, p. 203.

¹⁴ *Constitución de Italia de 1947. Art. 28.* Los funcionarios y los empleados del Estado y de las entidades públicas serán directamente responsables, con arreglo a las leyes penales, civiles y administrativas, por los actos realizados en violación de cualesquiera derechos. En estos casos la responsabilidad civil se extiende al Estado y a los entes públicos. *Constitución de Alemania de 1949. Art. 1.3.* Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable. *Constitución de Portugal de 1976. Art. 18.1.* Los preceptos constitucionales relativos a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables y vinculan a los entes públicos y privados. *Constitución de España de 1978. Art. 53.1.* Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a). *Constitución del Brasil de 1988. Art. 5.1.* Las normas definidoras de los derechos garantías fundamentales son de aplicación inmediata. *Constitución de Colombia de 1991. Art. 85.* Son de aplicación inmediata los

Luego, como parte también fundamental de ese cambio jurídico del que hablábamos, debemos hacer referencia al desarrollo del *principio de fuerza normativa de la Constitución*, principio el cual, a dicho de García de Enterría, consiste en que “...el carácter normativo de la Constitución vincula inmediatamente a la totalidad de los jueces y tribunales del sistema y no sólo al Tribunal Constitucional...”¹⁵, lo cual es secundado y ampliado por Aparicio Pérez, al señalar que, después de la segunda posguerra, era necesario “...rechazar de plano la naturaleza simplemente programática de los preceptos constitucionales y afianzar el carácter normativo superior del texto constitucional, [ya que] vincula inmediatamente a todos los poderes públicos y su efecto de acción es permanente y general.”¹⁶

Tal principio de fuerza normativa puede “...expresarse [refiere Bulnes Aldunate] en términos simples, diciendo que ella obliga por sí misma y que los preceptos constitucionales son verdaderas y auténticas normas jurídicas que vinculan inmediatamente y simultáneamente a todos los órganos del Estado y a

derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40. *Constitución de la Federación Rusa de 1993. Art. 18.* Los derechos y libertades del hombre y del ciudadano tendrán efecto directo. Determinarán el significado, contenido y aplicación de las leyes y las actividades de los poderes legislativo y ejecutivo y el autogobierno local y deberán ser asegurados por el poder judicial. *Constitución de Venezuela de 1999. Art. 19.* El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen. *Constitución de la Confederación Suiza de 1999. Art. 35* Los derechos fundamentales deben ser respetados en el conjunto del Orden Jurídico. Aquel que realice cualquier actividad estatal estará obligado a respetar los derechos fundamentales y a contribuir a su realización. *Constitución de Chile de 1980 con reformas de 2005. Art. 20.* El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. *Constitución del Ecuador de 2008. Art. 11.3.* Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento. *Constitución de Bolivia de 2009. Art. 109.1.* Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección.

¹⁵ Citado por Aparicio Pérez, Miguel A., “La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 3, mayo-agosto de 1989, p. 48, <http://www.cepc.es/>

¹⁶ *Ibidem.*, pp. 49-50.

*todas las personas y grupos.*¹⁷

En palabras de César Landa, dicho principio consiste en “...otorgar preferencia a los planteamientos que ayuden a obtener la máxima eficacia [de] las normas constitucionales, en función de las relaciones sociales y la voluntad de la Constitución, (...) en esta medida, no por existir disposiciones constitucionales de principio o programáticas, la Constitución se hace menos ejecutiva; sino que, en tanto toda la Constitución es un texto normativo, las ‘normas regla’, como las ‘norma principio’, deben ser cumplidas...”¹⁸

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano ha determinado que, de acuerdo con “[e]l principio de fuerza normativa de la Constitución: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in ‘toto’ y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (...) y a la sociedad en su conjunto.”¹⁹

La materialización del *principio de fuerza normativa de la Constitución* lo encontramos, por ejemplo, en la Constitución italiana de 1947 (Art. 54); la Constitución española de 1978 (Art. 9.1); la Constitución colombiana de 1991 (Art. 4°); la Constitución rusa de 1993 (Art. 15.1); la Constitución venezolana de 1999 (Art. 7°); la Constitución chilena de 1980 con reformas de 2005 (Art. 6°); la Constitución ecuatoriana de 2008 (Art. 424); y la Constitución boliviana de 2009 (Art. 410).²⁰

¹⁷ Bulnes Aldunate, Luz, “La fuerza normativa de la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 5, núm. 1, 1998, p. 137, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649976>

¹⁸ Landa, César, “Teorías de la interpretación judicial”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. IV, p. 3498.

¹⁹ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, expediente N. ° 5854-2005-PA/TC, 07 de noviembre de 2005, párr. 12.

²⁰ *Constitución de Italia. Art. 54.* Todos los ciudadanos tendrán el deber de ser fieles a la Republica y de observar la Constitución y las leyes. Los ciudadanos a quienes estén confiadas las funciones públicas tendrán el deber de cumplirlas con disciplina y honor, prestando juramento en el caso que la ley establezca. *Constitución de España de 1978. Art. 9.1.* Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. *Constitución de Colombia de 1991. Art. 4°.* La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. *Constitución de la Federación Rusa de 1993. Art. 15.1.* La Constitución de la Federación de Rusia tendrá fuerza legal suprema, efecto directo y será aplicable en todo el territorio de la Federación de Rusia. Las leyes y otros actos jurídicos adoptados por la Federación de Rusia no pueden contravenir la Constitución de la Federación de Rusia. *Constitución de Venezuela de 1999. Art. 7°.* La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución. *Constitución de Chile de 1980 con reformas de 2005. Art. 6°.* Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley. *Constitución de Ecuador de 2008. Art. 424.* La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre

Es por todo lo anterior que, a pesar de no encontrar en la CPEUM cláusulas que establezcan explícitamente límites materiales al Poder de reforma constitucional, consideremos que sus actos sí deben ser objeto de control, ya que de otra forma, tendríamos que sobreponer al Poder revisor por encima, tanto de la Constitución como de ese nuevo cariz que han venido asumiendo los textos constitucionales con la inserción de principios como los de *aplicabilidad inmediata de los derechos humanos* y de *fuerza normativa de la Constitución*, los cuales, a dicho de la doctrina, deben ser aplicables a todo poder constituido.

Luego, si se acepta que el Poder constituyente constituido puede reformar la Ley Fundamental, aún en las partes nucleares o sustanciales de la misma, ciertamente tendríamos que concluir que dicho poder se encuentra al margen del desarrollo constitucional contemporáneo, y que por lo tanto, resulta ser un poder irresponsable.

En suma, tal y como ya habíamos indicado, los silencios constitucionales deben ser interpretados a la luz del constitucionalismo y sus fines, por lo que si el fin del constitucionalismo es la limitación del poder a través del Derecho (*vid. infra.* incisos b, c y d), resulta incongruente que aún se piense que puedan existir poderes constituidos –como lo es el Poder de revisión constitucional– exentos de control.

No obstante, y debido a que el nuevo cariz que han venido adquiriendo las Constituciones, se originó por los cambios culturales y jurídicos derivados de la trágica experiencia de la segunda guerra mundial, es que no debemos dejar de reconocer que plantear la posibilidad de que en los inicios del Estado moderno (s. XVIII) se pudieran revisar desde el punto de vista material los actos del Poder constituyente permanente, resultaba impensable y hasta peligroso.

Incluso, muchas de las primeras constituciones, lejos de plantearse ésta posibilidad, contenían lo que en Teoría Constitucional se denominan *cláusulas pétreas* o plazos de espera en los que resultaba imposible modificar el texto constitucional.²¹ Tal fue el caso, en nuestro país, de la *Constitución de las Siete Leyes de 1836*, la cual, en el artículo 1º de la séptima ley constitucional señalaba que: “*En seis años, contados desde la publicación de esta constitución, no se podrá hacer alteración en ninguno de sus artículos.*” Con este tipo de cláusulas era

cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. *Constitución de Bolivia de 2009. Art. 410.* Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa.

²¹ Son artículos constitucionales a través de los cuales “*el legislador constitucional puede ordenar que su obra no sea sometida a ninguna enmienda durante determinado tiempo.*” (Véase: Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, España, ed. Ariel Barcelona, 1976. p. 188.)

impensable someter a control al Poder constituyente constituido, ya que era imposible, incluso, modificar el texto constitucional.

Sin embargo, y por contradictorio que pareciera, el Poder constituyente mexicano de 1836, instituyó en su obra a un órgano denominado Supremo Poder Conservador, que no era otra cosa que una especie de tribunal constitucional, (quizá con un cariz similar al Consejo Constitucional francés), órgano el cual, podía *“Dar o negar la sanción a las reformas de Constitución que acordare el Congreso, previas las iniciativas, y en el modo y forma que establece la ley constitucional respectiva”*²²

Traemos a colación al Supremo Poder Conservador de 1836, por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque aún y cuando durante el siglo XIX resultaba riesgoso pensar en sujetar a control las reformas constitucionales, el Constituyente originario de 1836 no lo consideró así; y en segundo lugar, porque de esa experiencia, misma que hoy podemos analizar a más de 150 años de distancia, podremos advertir los riesgos que corre el constitucionalismo si continuamos considerando que es factible coexistir con poderes irresponsables. Veamos por qué.

Dicho órgano tenía dentro de una de sus principales facultades, el llevar a cabo un control *a priori* y *abstracto*²³ de las reformas constitucionales aprobadas

²² Cfr. Artículo 12º, fracción 10º, de la Segunda Ley Constitucional, así como el artículo 38 de la Tercera Ley Constitucional. (*En relación al Supremo Poder Conservador, puede consultarse:* Cruz Barney, Oscar, “El Supremo Poder Conservador y el control constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. II)

²³ La clasificación más básica de esquemas de control constitucional es la siguiente: (i) *Por el órgano que lo realiza:* a) *Control Concentrado.*- conocido también como modelo austriaco, europeo o kelseniano, en el cual se requiere de la existencia de un órgano *ad hoc*, o tribunal constitucional que sea el que, de manera exclusiva concentre la función de realizar el control constitucional, y b) *Control difuso.*- conocido también como modelo americano, en el cual la función de realizar el control constitucional de las normas y los actos, la pueden realizar diversos órganos jurisdiccionales, así pues, *“mientras el modelo kelseniano, austriaco o europeo es de carácter concentrado, en la medida en que existe un único órgano que ejerce jurisdicción constitucional; el modelo americano es de carácter difuso, en cuanto no se concentra en un sólo órgano jurisdiccional, pues cualquier juez, sin importar su jerarquía, puede resolver las cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes.”* (Véase: Eto Cruz, Gerardo, “John Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I, p. 58); (ii) *Por el momento en que se presenta:* a) *Control a priori o previo.*- sistema que consiste en que antes de que una ley o norma inferior a la Constitución entre en vigencia, sea revisada por el tribunal constitucional al cual se le faculte para realizar dicho control. Es decir, el control constitucional, en este supuesto, se convierte en otro paso más en el proceso legislativo, ya que si el tribunal constitucional determina que la ley en cuestión es inconstitucional, no podrá promulgarse ni ponerse en aplicación. (Vgr. Consejo Constitucional francés, véase los artículos 61 y 62 de la Constitución francesa de 1958), y b) *Control a posteriori.*- sistema en el cual las leyes o normas inferiores a la Constitución, una vez ya promulgadas y en vigor, pueden ser denunciadas ante el órgano encargado del control constitucional, a fin de que se revise si dicha norma es o no constitucional. (Caso mexicano a través del juicio de amparo indirecto en contra de leyes que violen garantías individuales, o a través de la acción de inconstitucionalidad que promuevan

por el Congreso²⁴, lo que sin duda resultaba muy avanzado para aquella época. Sin embargo, la manera en que fue instituido dicho órgano, lo convirtió en una lamentable experiencia, de la cual hoy, nos proponemos obtener algunas enseñanzas.

Lo anterior se debió a que dicho órgano fue creado con una *tara genético-constitucional*²⁵ contraria a la más básica idea que de constitucionalismo se pueda tener, ya que de acuerdo con el artículo 17° de la Segunda Ley Constitucional de 1836, dicho Supremo Poder Conservador no era “*responsable de sus operaciones más que a Dios y a la opinión pública, y sus individuos en ningún caso podrían ser juzgados ni reconvenidos por sus opiniones.*”²⁶

minorías en el Congreso en contra de leyes que se consideren inconstitucionales); (iii) *Por la naturaleza jurídica del acto que se revisará: a) Control Abstracto.*- entiéndase por abstracto, lo que está alejado de la realidad, es decir, que no requiere de un acto de aplicación concreto de la norma general, sino que se permite al órgano encargado del control constitucional, revisar la constitucionalidad de dicha norma, ya sea *a priori* o *a posteriori*, y en su caso, emitir declaraciones de inconstitucionalidad dotadas de eficacia general, “*esto ha sido justamente lo que ha ocurrido en México por virtud de la reforma de diciembre de 1994 a la Constitución de 1917 (...) por esta vía se abre la posibilidad, inédita hasta ese momento en México, de un control abstracto de la constitucionalidad de leyes...*” (Véase: Brage Camazano, Jorge, “El control abstracto de la constitucionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I, p. 921) y *b) Control Concreto.*- entiéndase por concreto, aquello que puede ser considerado sólo en sí mismo, es decir, un caso que se derive de un acto de aplicación de la norma general, a efecto de que el agraviado pueda solicitar al órgano encargado del control constitucional la revisión de dicho acto, y en su caso se declare la invalidez del mismo por contravenir a la Constitución. Este tipo de control siempre será *a posteriori*; (iv) *Por las pautas utilizadas para realizarlo: a) Control Formal.*- se refiere a revisar si las normas impugnadas cumplen o no con las Normas sobre la Producción Jurídica, es decir, si cumplen con aquellas normas constitucionales que establecen los procedimientos de creación, modificación y reforma de las normas jurídicas que componen un sistema normativo, y *b) Control Material.*- aquel ejercicio que realizan los jueces constitucionales a través del cual resuelven la posible contradicción de una norma con los principios y valores que se establecen en las cartas constitucionales. (Véase: Carbonell, Miguel, *Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México*, op. cit., pp. 15-18)

²⁴ El artículo 12, fracción 10 de la Segunda Ley Constitucional de 1836 disponía que: “*Las atribuciones de este supremo poder, son las siguientes: X. Dar o negar la sanción a las reformas de constitución que acordare el congreso, previas las iniciativas, y en el modo y forma que establece la ley constitucional respectiva.*” Cabe señalar que la ley constitucional a la que hacía referencia el artículo anterior es la Tercera Ley Constitucional de 1836, la cual, en su artículo 34 señalaba que: “*Todo proyecto de ley o decreto aprobado en ambas cámaras, en primera o segunda revisión, pasará á la sanción del presidente de la República; y si es variación constitucional, a la del supremo poder conservador.*”

²⁵ <<Tara>> Defecto físico o psíquico, por lo común importante y de carácter hereditario. (Véase: *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima segunda edición, Real Academia Española, <http://buscon.rae.es/drae/>)

²⁶ Por ello, el diputado José Fernández Ramírez en su voto particular emitido en razón de la discusión que se generó por el proyecto de reformas a las Leyes Constitucionales de 1836, señalaría lo siguiente: “*manifesté paladinamente mi opinión en contra de la existencia de un Poder tan privilegiado como el Conservador: monstruoso y exótico en un sistema representativo popular...*”, ya que un funcionario sin responsabilidad, es un funcionario peligroso, debido a que no presta garantía alguna. (Véase: Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México, 1808-1979*, 9ª ed., México, Porrúa, 1980, p. 290)

Es decir, se dotó al Supremo Poder Conservador de una irresponsabilidad casi absoluta, ya que de manera similar a lo que acontecía en las monarquías absolutistas del siglo XVIII, sus miembros sólo respondían ante Dios. Pese a tal defecto genético-constitucional, queremos hacer hincapié en que el fracaso del Supremo Poder Conservador no se debió a que fuera facultado para realizar el control sobre las reformas constitucionales, sino más bien, en la irresponsabilidad de la que se le dotó, con lo cual se desconoció que era, al igual que los demás poderes, un poder constituido.²⁷

Así, este episodio de la historia constitucional mexicana bien puede servir como argumento para prever lo peligroso que sería el aceptar que el Poder constituyente permanente no posea límite alguno, ya que de acuerdo con la Teoría Constitucional, todo poder constituido que no tenga límites, terminará por convertirse en un poder irresponsable.

Es por ello que hoy en día nos parece que no podemos afirmar apriorísticamente que no es viable pensar en el control material de reformas constitucionales, ya que si no se da una correcta justificación a tal afirmación, estaríamos cayendo en un escenario peligroso, debido a que el trabajo del Poder revisor de la Constitución, sería un ámbito del cual el Derecho, y la propia Constitución, carecerían de jurisdicción y/o control.

Recordemos aquello que señalara Alexy en su *Teoría de los Derechos Fundamentales*, en el sentido de que al verse superado el Estado Liberal o Legislativo de Derecho, debe superarse también el modelo puramente procedimental de Constitución, según el cual, ésta no contiene en absoluto mandatos o prohibiciones sustanciales que restrinjan las competencias del legislador (inclúyase al Poder constituyente constituido), ya que mientras éste actué sometido a las prescripciones constitucionales de competencia,

²⁷ De hecho, y no obstante que el artículo 1° de la Séptima Ley Constitucional de 1836 establecía que: “*En seis años, contados desde la publicación de esta constitución, no se podrá hacer alteración en ninguno de sus artículos*”, el 11 de noviembre de 1839, el propio Supremo Poder Conservador declaraba: “*ser voluntad de la nación, en el presente estado de cosas, que sin esperar al tiempo ordinario que prefijaba la Constitución para las reformas en ella, se puede proceder ya á las que estimen convenientes...*” Aunado a lo anterior, las actuaciones fallidas del Supremo Poder Conservador para consolidarse como un poder neutro por encima de los otros tres poderes, lejos de generar estabilidad, generaron mucho malestar, lo que derivó en que el 28 de septiembre de 1841, a través de Bases de organización para el gobierno provisional de la República adoptadas en Tacubaya (o Plan de Tacubaya), se disolviera el Supremo Poder Conservador, ya que en su base primera establecía que: “*Cesaron por voluntad de la nación en sus funciones, los poderes llamados supremos que estableció la Constitución de 1836, exceptuándose el judicial, que se limitará á desempeñar sus funciones en asuntos puramente judiciales, con arreglo á las leyes vigentes.*” Es así como fenecía el Supremo Poder Conservador, inspirado en las ideas de Benjamín Constant: un poder neutro y moderador de los demás poderes. (Para mayor abundamiento del tema sobre el poder neutro véase: Constant, Benjamín, *Curso de Política Constitucional*, 2ª ed., trad. de Marcial Antonio López, Francia, Imprenta de Lawalle Jóven, 1823, t. I, pp. 62-66 y 151, <http://books.google.com.mx>, o bien, Pereira Menaut, Carlos–Antonio, *Lecciones de Teoría Constitucional*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2005, p. 118.)

procedimiento y forma, estará habilitado para todo.²⁸

Por contradictorio que parezca, si el legislador sólo se encuentra limitado por requisitos procedimentales, en realidad no existe un verdadero límite, un límite sustancial, ya que materialmente podrá convertir en jurídico lo que le venga en gana o desaparecerlo si eso fuera su propósito. En ello radica el peligro. Por ello Alexy concluirá realizando una primera, pero elemental advertencia: *“El modelo puramente procedimental es incompatible con la vinculación jurídica del Legislador a los derechos fundamentales, porque el propio modelo se define precisamente mediante la negación de cualquier tipo de vinculación jurídico-material, como lo es la que se deriva de los derechos fundamentales...”*²⁹

Luego, si el Poder revisor no posee límites materiales, jamás podrá estar eficazmente obligado a respetar la parte nuclear o sustancial de la Constitución, como lo son, por ejemplo, los derechos humanos.

No perdamos de vista la más elemental premisa de nuestra investigación: el Poder constituyente permanente es, al igual que los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, un poder constituido, y como tal, ante advertencias como la que realiza Alexy, no es del todo absurdo pensar en que sus actos deban estar sujetos a un control constitucional material.

Dicho lo anterior, es que consideramos necesario, como base filosófico-jurídica del presente estudio, el atender a algunos conceptos elementales de la Teoría Constitucional, a fin de encontrar criterios objetivos con los cuales responder con mayor profundidad las interrogantes que nos hemos planteado.

²⁸ Mencionaría el catedrático alemán que: *“The various theories of validity can be distinguished by the criteria they adopt. To the extent that social facts, such as regular obedience connected with a feeling of obligation, or the alternatives of obedience and punishment of disobedience, are adopted, one can speak of sociological theories of validity. To the extent that the creation of the norm by an authority empowered to do so by a higher norm is appealed to, one can speak of juridical theories of validity. And to the extent that moral reasons, such as ‘natural law’ are seen as determinative of validity, one has an ethical theory of validity. They many and varied issues associated with these three groups of theories of validity need not detain us here (...) the problem that needs mentioning in particular is the question of whether the three concepts of validity lie on the same categorical level. It is the juridical concept of validity which provides the stimulus for this question. According to this concept, the validity of a norm rests on the validity of another norm which is higher in the legal hierarchy, which authorizes the creation of the first norm. If one questions the validity of authorizing norm, then one can only appeal to a further norm, etc. Since this process cannot be carried on indefinitely, the regress has to be blocked by some sort of basic norm. If one wants to avoid seeing this Grundnorm as a purely transcendental-logical, or fictional, condition of validity for which a whole set of reasons can be given one can only justify the Grundnorm in the context of a sociological or an ethical concept of validity.”* (Véase: Alexy, Robert, *A theory of constitutional rights*, trad. de Julian Rivers, Reino Unido, Oxford University Press, 2002, p. 27, <http://books.google.com.mx/>)

²⁹ Alexy, Robert, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, trad. de Carlos Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, núm. 66, septiembre-diciembre de 2002, p. 19, http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_066_011.pdf

b) *El Rule of law y el sometimiento del Poder constituyente constituido al Imperio del Derecho.*

Si lo que pretendemos es encontrar criterios objetivos a la luz de la Teoría Constitucional a fin de determinar la conveniencia o no de que el Poder revisor de la Constitución posea algún límite, y por lo tanto, que las reformas a la Ley Fundamental puedan ser objeto de control constitucional material, nos parece que un tema que no puede dejar de abordarse para conseguir el objetivo que nos hemos trazado, es el relativo a qué se ha venido entendiendo por Estado de Derecho, así como su diferencia con la idea original inglesa de *Rule of law*.

De esta forma, si lo que se pretende con esta investigación no sólo es el demostrar la conveniencia de limitar al Poder revisor de la Constitución, sino más aún, hacer propuestas de garantías constitucionales concretas que sirvan para controlar el ejercicio de su facultad de reforma constitucional, no podemos perder de vista que todo medio de control constitucional encuentra su justificación, eficacia y proyección en el contenido y alcance que le demos al concepto de Estado de Derecho, o más bien, del concepto que, de *Rule of law*, podamos rescatar.

Comencemos por decir algo que no es nuevo, que el <<Rule of law>> suele ser definido como “*Estado de Derecho o principio de legalidad.*”³⁰ Sin embargo, como ya advertíamos, debido a la incorrecta, superflua y desmedida utilización del concepto por parte de los políticos, hoy el concepto de Estado de Derecho se ha vaciado de contenido, alejándose significativamente de aquella idea original inglesa que pretendemos rescatar para efectos de nuestra investigación, al punto de que hoy, debido a tal vacío, cualquier nación, por arbitraria que sea, podría aportar argumentos para afirmar su categoría de Estado de Derecho (vgr. Venezuela).

Es por ello que atenderemos a uno de los teóricos ingleses que, desde finales del siglo XIX, ya había utilizado tal concepto, y lo que es más, había determinado su contenido. Albert Venn Dicey, en su *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), al analizar las características del Estado inglés (el cual debe ser reconocido como una de las primeras naciones en entender y concretar las ideas del constitucionalismo moderno), señalaba que el *Rule of law* es una expresión que comprendía, al menos, tres concepciones afines, pero claramente diferenciables.

En primer lugar –refería Dicey– el *Rule of law* significa la erradicación de toda arbitrariedad, al punto de que los hombres no deben sufrir, en su persona o sus bienes, la actividad estatal, a menos que ésta afectación se derive de alguna violación al Derecho y de acuerdo a los procedimientos seguidos ante los tribunales. De esta forma, el *Rule of law* puede claramente contrastarse con aquellos sistemas de gobierno que están basados en el ejercicio de un poder

³⁰ *Diccionario de Términos Jurídicos. Español-Inglés*, Espasa Calpe, Madrid, 2002, p. 367

amplio, arbitrario o discrecional.³¹

En segundo lugar –sigue afirmando el profesor inglés– que el *Rule of law* implica que nadie se encuentre por encima del Derecho, es decir, que todos los hombres y autoridades, cualquiera que sea su rango o condición, deben estar sujetos al Derecho y ser susceptibles de enjuiciamiento por parte de los tribunales. Nótese el énfasis señalado por Dicey, en el sentido de que todos –gobernantes y gobernados–, deben permanecer sometidos al Imperio del Derecho.³²

Por último, y no por ello menos importante, Dicey señalaba que el *Rule of law* debe ser entendido como el predominio del espíritu del Derecho, toda vez que la Constitución se funda en el predominio del Imperio del Derecho, el cual no se limita a las normas escritas. Así, una de las diferencias de esta clásica concepción inglesa, en relación con otros sistemas constitucionales, radica en que la seguridad de los derechos individuales deriva de las sentencias de los tribunales dictadas con base en ese Imperio del Derecho, y no, como ocurre en otras latitudes, en que tales derechos se encuentren o no positivizados en la Constitución.³³

De aquí que, para efectos de nuestro tema, debamos retomar esta concepción de Estado de Derecho o *Rule of law*, el cual, no se limita a lo que se encuentra escrito en los textos constitucionales, sino más bien a preguntarnos: ¿qué es más acorde con el constitucionalismo y sus fines?, que sigan existiendo autoridades y órganos estatales exentos de control, o bien, que toda autoridad –incluido el Poder constituyente constituido– se encuentre sometida al Derecho.

En suma, el *Rule of law* para Dicey implicaba, a saber: **(i)** la supremacía absoluta o el predominio del Derecho en contraposición al poder arbitrario y

³¹ Al respecto Dicey mencionaba que: “*When we say that the supremacy or the rule of law is a characteristic of the English constitution, we generally include under one expression at least three distinct though kindred conceptions. We mean, in the first place, that no man is punishable or can be lawfully made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law established in the ordinary legal manner before the ordinary Courts of the land. In this sense the rule of law is contrasted with every system of government based on the exercise by persons in authority of wide, arbitrary, or discretionary powers of constraint.*” (Véase: Dicey, Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Elibron Classics, 2005, p. 183-184, <http://books.google.com.mx/>)

³² Dicey sostenía que: “*We mean in the second place, when we speak of the rule of law as a characteristic of our country, not only that with us no man is above the law, but (what is a different thing) that here every man, whatever be his rank or conditions, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals.*” (Véase: *Ibidem.*, p. 189)

³³ Dicey formula la siguiente afirmación: “*There remains yet a third and different sense in which the rule of law or the predominance of the legal spirit may be described as a special attribute of English institutions. We may say that constitution is pervaded by the rule of law on the ground that the general principles of the constitution (as for example the right to personal liberty, or the right of public meeting) are with us the result of judicial decisions determining the rights of private persons in particular cases brought before Courts; whereas under many foreign constitutions the security (such as it is) given to the rights of individuals results, or appears to result, from the general principles of the constitutions.*” (Véase: *Ibidem.*, p. 191)

discrecional de las autoridades; **(ii)** la exclusión de cualquier idea de exención de funcionarios al sometimiento del Derecho y a las sentencias de los tribunales; y **(iii)** que la fuente de los derechos individuales encuentra su fundamento, no en códigos constitucionales o normas escritas, ya que éstas son consecuencia de tales derechos, los cuales son definidos y protegidos por los tribunales³⁴, es decir, que el fundamento de los derechos humanos no es el derecho positivo escrito, sino la naturaleza misma del ser humano, razón por la cual se configuran en derechos anteriores, superiores y exteriores a todo Estado.

Por todo lo anterior, a dicho de Pereira Menaut, el *Rule of law* debe ser entendido como *Imperio del Derecho*, que no es otra cosa sino un procedimiento invento del constitucionalismo, a través del cual el Derecho debe frenar al poder. Refiere el profesor español que se trató en un primer momento de frenar más al ejecutivo que al legislativo o judicial, por lo que debe decirse que el *Imperio del Derecho* nace en contra del Estado mismo, o al menos, contra algunos de sus rasgos más característicos, como lo fueron en la época de las monarquías absolutistas europeas, la soberanía y potestad legislativa ilimitada de las que gozaba el príncipe.

Así pues, esta idea constitucional surgió para impedir que el príncipe siguiera configurándose en *legibus solutus*³⁵ y *iure solutus*³⁶, es decir, que el

³⁴ Decía el professor inglés que: “*That rule of law then, which forms a fundamental principle of the constitution, has three meanings, or may be regarded from three different points of view. It means, in the first place, the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power, and excludes the existence of arbitrariness, of prerogative, or even of wide discretionary authority on the part of the government. Englishmen are ruled by the law, and by the law alone; a man may with us be punished for a breach of law, but he can be punished for nothing else. It means, again, equality before the law, or the equal subjection of all classes to the ordinary law of the land administered by the ordinary Law Courts; the rule of law in this sense excludes the idea of any exemption of officials or others from the duty of obedience to the law which governs others citizens or from the jurisdiction of the ordinary tribunals (...) The rule of law, lastly, may be used as a formula for expressing the fact that with us the law of the constitution, the rules which in foreign countries naturally form part of a constitutional code, are not the source but the consequence of the rights of individuals, as defined and enforced by the Courts.*” (Véase: *Ibidem.*, pp. 198-201)

³⁵ La expresión viene de un texto del Digesto “*princeps legibus solutus est*” (Dig. 1, 3, 31) que significa que el príncipe no esté ligado a las leyes o que se encuentre por encima de ellas. Ejemplos de las consecuencias de este “*principio*”, mismo que dio sustento a las teorías estatistas del absolutismo pueden encontrarse muchos a lo largo de la historia, por lo que sólo para mencionar uno de los más conocidos y polémicos, citaremos el caso de Enrique VIII quien no perdía la oportunidad de imponer su propio criterio al Parlamento inglés, órgano el cual en 1533 aprobó una ley que declaró nulo el matrimonio de Enrique VIII con su primera mujer Catalina de Aragón, y en 1536 aprobó una nueva norma en virtud de la cual anuló igualmente el segundo matrimonio del monarca con Ana Bolena. Con este episodio de la historia inglesa, no sólo se deja ver el peligro que genera para la organización misma del Estado, reconocer que un órgano estatal pueda configurarse como *legibus solutus*, sino que este tipo de esquemas son una de las causas más importantes para la generación de arbitrariedades, y por lo tanto, para la violación de derechos fundamentales. Así lo señala Bruno Aguilera Barchet, profesor de Historia del Derecho Contemporáneo en la Universidad Rey Juan Carlos en España, manifestando que la ley expedida por el Parlamento inglés en 1536 estipulaba también que cualquier persona que considerase válido el matrimonio entre Enrique VIII y Ana Bolena sería condenado como autor de un delito de traición.

monarca fuera el único legislador y creador del Derecho, evitando con ello la arbitrariedad, y generando el comienzo de un largo trayecto en la historia de la humanidad por limitar y estructurar el poder mediante la protección de los derechos fundamentales y una adecuada división de poderes. No por nada, “...*un Estado puede llamarse constitucional, o provisto de Constitución, [señala Guastini] si, y solo si, satisface dos condiciones (disyuntivamente necesarias y conjuntivamente suficientes): 1) por un lado, que estén garantizados los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado, y 2) por otro, que los poderes del Estado estén divididos y separados...*”³⁷

De esta forma, atendiendo a la primera de las dos condiciones antes señaladas por Guastini, así como a las afirmaciones de Dicey y Pereira Menaut, podemos concluir que un Estado en el que existan ámbitos de poder que se encuentren al margen de medios de control de la constitucionalidad no es, en los hechos, un Estado de Derecho que se sustente en un Imperio del Derecho o *Rule of law*.

Ahora bien, si ya hemos explicado a grandes rasgos el alcance y contenido del *Rule of law*, no podemos dejar de hacer lo mismo respecto de otro concepto, íntimamente ligado a aquel, como lo es el constitucionalismo. Es evidente que entre *Estado de Derecho*, *Rule of law* y *constitucionalismo* existe una relación inseparable que nos ayudará a advertir, con mayor integralidad, lo que significa que un Estado pueda ser denominado Estado constitucional.

Para estos efectos, atenderemos al análisis meta-teórico que, sobre el concepto de *constitucionalismo*, realizara Paolo Comanducci. El profesor de la Universidad de Génova al adentrarse al estudio del constitucionalismo moderno, realizó un significativo esfuerzo por clarificar los diversos tipos de constitucionalismo. En este propósito, comenzó por advertir que dicho concepto debe ser analizado a partir de tres diversas dicotomías. La primera tiene que ver con los objetos y las pretensiones del constitucionalismo; y la segunda tiene que ver con los medios institucionales mediante los cuales se quieren realizar los fines del constitucionalismo. Por lo que hace a la tercera dicotomía, no profundizaremos en ella debido a que no resulta aplicable para el objetivo de la presente investigación.

(Véase la página de Internet del Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales: http://www.ieji.es/3_Monarquia_absoluta.pdf)

³⁶ De acuerdo al profesor de la Universidad Católica Argentina, Gustavo Irrazábal, el concepto de *iure solutus* se construye a partir de los mismos fundamentos teóricos que sustentan el concepto de *legibus solutus*, pero es llevado al extremo, toda vez que “*el rey era considerado legibus solutus porque se le atribuía la facultad de cambiar la ley cuando lo considerara oportuno, pero no iure solutus, pues estaba sometido al derecho natural y debía responder de ello ante Dios*”, por lo que la diferencia entre ambos conceptos radica en que el primero, aún se encontraba sometido y limitado por el derecho natural, mientras que el segundo, ya no encontraba límite alguno a su función creadora o productora de Derecho. (Véase: Irrazábal, Gustavo, “La Libertad Política y la DSI”, p. 3, <http://www2.uca.edu.ar/uca/common/grupo24/files/Irraz-bal.pdf>)

³⁷ Guastini, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Fontamara-UNAM-IIJ, 2001, Doctrina Jurídica Contemporánea, p. 31.

Así, de acuerdo a la primera dicotomía (objetos y pretensiones), es válido distinguir –afirma el profesor italiano– entre constitucionalismo débil y constitucionalismo fuerte, señalando que el primero “...es la ideología que requiere una Constitución solamente para limitar el poder existente, sin prever una específica defensa de los derechos fundamentales, [a diferencia del] constitucionalismo fuerte (o liberal) [que] es la ideología que requiere una Constitución para garantizar los derechos y libertades fundamentales frente al poder estatal.”³⁸

Por lo que hace a la segunda dicotomía (medios para alcanzar los fines), sostiene Comanducci que debe distinguirse entre constitucionalismo de los contrapoderes y constitucionalismo de las reglas, señalando que el primero “...es la ideología que, a fin de limitar el poder y/o de garantizar los derechos fundamentales, propone un sistema institucional de checks and balances, [mientras que el] constitucionalismo de las reglas es la ideología que, a fin de limitar el poder y de garantizar los derechos fundamentales, propone reconocer la prioridad cronológica y sobre todo axiológica de una esfera de libertades individuales respecto a la acción del Estado.”³⁹

Resulta muy interesante el esfuerzo analítico de Comanducci, debido a que es evidente que, *constitucionalismo* (en sus vertientes fuerte, de los contrapoderes y de las reglas) y *Rule of law*, son conceptos estrechamente relacionados, al punto de que para Manuel Aragón, el *Rule of law* o el *Imperio del Derecho* son el constitucionalismo mismo, ya que éste, “...puede ser entendido (...) como un fenómeno jurídico: la teoría y la práctica jurídicas del Estado auténticamente constitucional, es decir, del Estado efectivamente limitado por el derecho, que es como el constitucionalismo se ha entendido generalmente en el mundo anglosajón y como, ahora, la mejor doctrina lo va entendiendo en el mundo occidental...”⁴⁰

De ahí que, el seguir afirmando que el Poder revisor de la Constitución, no pueda –o no deba– ser sujeto de control constitucional, ni formal ni material, resulta contrario al constitucionalismo fuerte (el que limita al poder para garantizar los derechos fundamentales), y por lo tanto, contrario al constitucionalismo de los contrapoderes (el que establece sistemas de *checks and balances*) y de las reglas (el que reconoce, por su contenido axiológico, una especial constitucionalidad a los derechos fundamentales), ya que, como concluiría Comanducci, “...el constitucionalismo débil y el fuerte son entre ellos incompatibles, [siendo] el constitucionalismo de los contrapoderes y el de las reglas [medios] instrumentales respecto del constitucionalismo fuerte...”⁴¹

³⁸ Comanducci, Paolo, “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis meta-teórico”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2006, pp. 76-77.

³⁹ *Ibidem.*, p. 77.

⁴⁰ Aragón, Manuel, “La Constitución como paradigma”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2000, p. 117.

⁴¹ Comanducci, Paolo, “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis meta-teórico”, *op. cit.*, p. 78.

Es decir, si todo Estado constitucional es aquel que se caracteriza porque su Constitución se funda en la ideología del *Rule of law* y del *constitucionalismo*, resulta incompatible que, en un Estado de tal categoría, existan ámbitos de autoridad u órganos estatales que no se encuentren sometidos, de manera irrestricta: a los derechos fundamentales (constitucionalismo fuerte), a sistemas de *checks and balances* (constitucionalismo de los contrapoderes) y a una entidad jurídico-axiológica a la que se le reconozca prioridad (constitucionalismo de las reglas).

Pensarlo diferente pareciera acercarnos, más bien, a aquellas épocas medievales en las que los monarcas dictaban el Derecho con cada palabra que pronunciaran, fueran estas razonables o no, justas o injustas, coherentes o incoherentes. Simplemente eran Derecho porque provenían del *leviatán hobbesiano*.⁴² Nótese como el argumento para justificar lo pasado es, en el fondo, el mismo argumento para justificar lo presente. Tanto el monarca ayer, como el Poder revisor de la Constitución hoy, se han configurado en *legibus y iure solutus*, ya que se les dota de soberanía y potestad legislativa ilimitada por el simple hecho de ser quienes son. El primero por haber sido designado por Dios para gobernar a sus súbditos (derecho divino de los reyes), y el segundo por haber sido designado por el Poder constituyente originario para reformar el texto constitucional.

Sin duda alguna, debe decirse que el monarca y el Poder revisor de la Constitución guardan una diferencia importante, ya que el primero “recibe” su legitimidad de lo sobrenatural, y el segundo la “recibe” del pueblo, debido al carácter democrático y representativo que –por principio– debe tener. No obstante, no se pierda de vista que el resultado es el mismo: un poder derivado o constituido ilimitado, lo que resulta contradictorio con las más básicas ideas del constitucionalismo, y por lo tanto, irremediabilmente contrario al *Rule of law*.

c) *El Rule of law y los medios de control de constitucionalidad: una simbiosis constitucional.*

Por lo hasta ahora mencionado, pareciera ser que las garantías constitucionales o medios de control de la constitucionalidad en relación con el *Rule of law* configuran una *simbiosis constitucional*⁴³ de suma importancia, ya que aquellas surgen para tutelar los derechos fundamentales que fueron el principal objetivo de los grandes movimientos revolucionarios (la revolución gloriosa en

⁴² De hecho Thomas Hobbes señalará que la ley civil (el Derecho creado por el soberano) “...es, para cada súbdito, aquellas reglas que el Estado le ha ordenado de palabra o por escrito o con otros signos suficientes de la voluntad, para que las utilice en distinguir lo justo de lo injusto, es decir, para establecer lo que es contrario y lo que no es contrario a la ley (...) no pudiendo ser reputado injusto lo que no sea contrario a ninguna ley”, es decir, es el Estado el que “iluminará” a los gobernados, a través de sus leyes, para que éstos sean capaces de distinguir lo justo de lo injusto. (Véase: Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Capítulo XXVI, p. 108, <http://www.scribd.com/doc/2346332/Hobbes-Leviatan>)

⁴³ <<Simbiosis>> Asociación de individuos animales o vegetales de diferentes especies, sobre todo si los simbiosites sacan provecho de la vida en común. (Véase: *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit.)

Inglaterra, la independencia en Norteamérica y la revolución en Francia) que lucharon en contra de una soberanía y potestad legislativa ilimitada. Es decir, sin tales garantías o medios de control, sería imposible concretar el sometimiento del poder al Derecho, razón por la cual, como ya hemos afirmado, hoy en día sería ilusorio pensar en el establecimiento de un Estado constitucional sin la existencia de medios de control de la constitucionalidad.

Aunado a ello, del análisis de los rasgos e implicancias que realizamos en el apartado anterior, tanto del *Imperio del Derecho* como del *Rule of law* y del *constitucionalismo*, nos daremos cuenta que para su actualización, es requisito indispensable que exista alguna entidad jurídica de la cual los poderes constituidos, y el propio Estado, carezcan de jurisdicción, es decir, para su real y efectiva vivencia, debe reconocerse alguna entidad jurídica superior, anterior y exterior al propio Estado.⁴⁴

Concretando aún más las ideas ya referidas, resulta fundamental acudir a las tres características que, para Pereira Menaut, debe tener todo Estado constitucional que funde su Constitución en la ideología del *Imperio del Derecho*, del *Rule of law*, o del *constitucionalismo*. A dicho del profesor español, tales características son las siguientes:

- Sumisión de todos los poderes, incluidas las Constituciones y los tribunales supremos o constitucionales, a los principios generales del derecho natural, a la igualdad, a la dignidad, en suma, a los derechos humanos.
- Sumisión de todos los poderes públicos a la Constitución.
- Sumisión del Ejecutivo a las leyes y a las sentencias judiciales.⁴⁵

Dicho lo anterior, se fortalece la hipótesis de que no deba existir un poder constituido que se encuentre exento de cualquier tipo de control, ya que resulta un

⁴⁴ Cuando hacemos referencia a entidad jurídica que sea *superior, exterior y anterior* al propio Estado, queremos referirnos a fuentes del Derecho que no dependan de la *potestas normanda* de los órganos estatales. Así por ejemplo, es claro que el derecho internacional de los derechos humanos son claramente una fuente de derechos que se encuentra, hoy más que nunca, en una relación de superioridad respecto de las Constituciones nacionales, sobre todo porque al momento de ratificar algún tratado internacional en la materia, el Estado nacional se obliga a cumplirlo de buena fe y sin que exista la posibilidad de alegar cuestiones de derecho interno que justifiquen su incumplimiento, por lo que, aún y cuando el tratado internacional fuere contrario a la Constitución nacional, deberá aplicarse aquel, precisamente por los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*. De igual forma, cuando hablamos de costumbres que pueden llegar a imponerse frente al derecho vigente y escrito, es decir, que se configuran en costumbres derogatorias, sin duda estamos en presencia de una fuente del Derecho que es exterior al Estado mismo. Y por último, cuando se habla de los fundamentos de los derechos, como lo son, a dicho de Pereira Menaut, la vida, la libertad, la igualdad o la dignidad, y se les reconoce como valores fundamentales que se configuran en realidades pre-jurídicas, estamos frente a una fuente del Derecho que es anterior al propio Estado.

⁴⁵ Pereira Menaut, Carlos–Antonio, *Lecciones de Teoría Constitucional*, op. cit., p. 86.

pensamiento que contradice la esencia del constitucionalismo. De ahí que, no reconocer que todo texto constitucional posea un núcleo intangible, expreso o no, significa aceptar tácitamente que es imposible limitar al poder a través del Derecho para garantizar eficazmente los derechos fundamentales. Lo que en palabras de Comanducci sería negar la posibilidad de concretar, eficazmente, el constitucionalismo llamado fuerte (*vid. supra.*, inciso b).

El mismo Thomas Hobbes, teórico del absolutismo por excelencia, llegó a reconocer que “...la ley de naturaleza es una parte de la ley civil en todos los Estados del mundo. Recíprocamente también, la ley civil es una parte de los dictados de la naturaleza, ya que la justicia, es decir, el cumplimiento del pacto y el dar a cada uno lo suyo es un dictado de la ley de naturaleza”⁴⁶, con lo cual queda claro que las normas constitucionales deben provenir, o encontrar su fundamento, en el derecho natural, siendo este conjunto de preceptos no convencionales, lo que configuran, en gran medida, el núcleo intangible de la Constitución, y con ello, una entidad jurídica superior, anterior y exterior al Estado.

En conclusión,⁴⁷ debemos reiterar que el *Rule of law* y el control de la constitucionalidad, configuran una *simbiosis constitucional*, ya que no puede entenderse el uno sin el otro.

Dieter Nohlen afirmaría con especial énfasis que “...la jurisdicción constitucional sólo tiene sentido en una democracia constitucional, con garantías constitucionales de los derechos humanos y los derechos políticos, con separación de poderes dentro de un Estado de derecho, un bloque de constitucionalidad⁴⁷ que antecede de las decisiones que pueda tomar el pueblo a través de los canales de participación (...) Si al contrario, en una democracia participativa, toda estructura y toda decisión están sujetas al veredicto del soberano popular, incluso de liquidar derechos integrantes del bloque de constitucionalidad, de abdicar a la democracia y de establecer una dictadura, no habrá jurisdicción constitucional.”⁴⁸

Pese a que lo anterior resulta irrefutable, lo cierto es que la visión del iuspositivismo formalista que se arraigó durante el desarrollo del Estado liberal o

⁴⁶ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, op. cit., Capítulo XXVI, p. 109.

⁴⁷ Respecto del concepto de *bloque de constitucionalidad*, Rubio Llorente advierte que después de arraigarse en Francia el concepto pasó a otros países europeos, como España en donde el Tribunal Constitucional español hizo uso por primera vez de la expresión en el fallo STC 10/82 y recuerda que dicho tribunal se refirió al bloque como “a un conjunto de normas que ni están incluidas en la Constitución ni delimitan competencia, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen.” (Véase: Sentencia C-067/03, expediente D-4111, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 21 (parcial) de la Ley 734 de 2002, Nuevo Código Disciplinario Único, Actor: María Soleyne Mantilla de Arroyave, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá D.C., 04 de febrero de 2003, Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7860)

⁴⁸ Nohlen, Dieter, “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia”, *Tribunales Constitucionales y Consolidación de la Democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007, p. 23.

legislativo de Derecho tuvo un impacto importante en relación con el Poder constituyente constituido, al punto de que hoy se duda si dicho poder debe o no quedar sometido al *Imperio del Derecho*, al *Rule of law*, o al *constitucionalismo*.

Por esta razón, es que debemos analizar con detenimiento cuáles son los argumentos que hoy se esgrimen para defender que el Poder constituyente constituido debe quedar al margen de cualquier tipo de control.

d) El Rule of law sometido al Poder constituyente constituido.

Tal y como advertimos al final del apartado anterior, pareciera ser que el impacto que tuvo el Estado liberal o legislativo de Derecho en la función del Poder revisor de la Constitución, genera hoy en día la percepción de que tal poder debe quedar superpuesto al *Imperio del Derecho*, o si se prefiere, éste debe quedar sometido a aquél. Sin embargo, no podemos olvidar que a principios del siglo XIX, el filósofo, escritor y politólogo francés, Benjamín Constant, ya afirmaba lo siguiente: “*He aquí una verdad importante y un principio eterno que es necesario establecer: <<Ningún poder de la tierra es ilimitado, ni el del pueblo, ni el de los hombres que se dicen sus representantes, ni el de los reyes, sea cual sea el título por el que reinan, ni el de la ley tampoco>> porque no siendo sino la expresión de la voluntad de un pueblo, o de un príncipe, según la forma del gobierno, debe estar circunscripta en los mismos límites que la autoridad de que él emana, los cuales son trazados por la justicia y derechos de los individuos.*”⁴⁹

Con otras palabras, Pedro de Vega advierte, y lo hace con razón, que “*...la reforma constitucional tiene que verse sometida al reconocimiento de ciertos límites, que en ningún caso se podrán sobrepasar, pues si eso sucediera estaríamos en presencia no de operaciones de reforma (...) sino ante otros fenómenos como falseamiento de la Constitución, fraude de la Constitución, o sencillamente actos revolucionarios encubiertos...*”⁵⁰

Es por lo anterior que, a fin de clarificar cuál debe ser la relación correcta entre el *Rule of law* y el Poder constituyente constituido, es que atenderemos a los diversos argumentos que se han venido esgrimiendo para justificar que dicho poder deba quedar exento de control. Así, podremos determinar si existen bases sólidas que soporten tal afirmación, o si bien, esa conclusión es producto de la resignación constitucional consistente en señalar que, el *constitucionalismo* y el *Rule of law*, son auténticas *quimeras constitucionales*.

⁴⁹ Constant, Benjamín, *Curso de Política Constitucional, op. cit.*, t. I, pp. 42-43, (También puede consultarse, sobre el mismo tema: De Vega García, Pedro, “El Poder moderador”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 7, julio-diciembre de 2002, p. 222)

⁵⁰ De Vega García, Pedro, “La Reforma Constitucional como defensa de la Constitución y de la Democracia”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM-IIJ, 2006, serie Doctrina Jurídica, núm. 357, t. II, p. 349.

Como una conclusión *prima facie*, podemos decir que el planteamiento anterior, apegándonos al pensamiento de Constant, sería un grave retroceso en los firmes pasos que se han dado para consolidar el *Imperio del Derecho*, y por lo tanto, de concretar el sometimiento de todo poder al Derecho.

d.1) El Estado liberal o legislativo de Derecho y su impacto en el Poder constituyente constituido: evidente retroceso del constitucionalismo.

El *Estado liberal o legislativo de Derecho* (primera fase del Estado moderno como tal, y producto de las ideas de Locke⁵¹, Montesquieu⁵² y Rousseau⁵³), a dicho de Elías Díaz⁵⁴, surge con la idea de concretar los siguientes postulados:

- *Imperio de la ley*: la ley estaría por encima de cualquier persona, física o moral, pública o privada. Esta ley no podría emanar de una sola persona, sino de la voluntad general. (Ya no habría lugar para el *iure y legibus solutus* de las monarquías absolutistas).⁵⁵

⁵¹ John Locke (1632-1704) proclama en su *Segundo Tratado del Gobierno Civil*, las ideas básicas del Imperio del Derecho frente a las doctrinas de Bodino y Hobbes, estableciendo que “*la autoridad suprema no puede asumir para sí misma un poder de gobernar por decretos arbitrarios y extemporáneos; sino que está obligada a dispensar justicia y a decidir los derechos del súbdito, por leyes promulgadas y fijas y jueces autorizados y conocidos [de otra forma] la especie humana estará en una condición mucho peor que en el estado de naturaleza*”. Esta teoría se basa en la concepción del término *soberanía* entendido como la capacidad para determinarse de un modo autónomo jurídicamente. (Véase: Pereira Menaut, Carlos–Antonio, *Lecciones de Teoría Constitucional*, *op. cit.*, pp. 83-84)

⁵² En su connotado tratado intitulado *El espíritu de las leyes*, Montesquieu manifestaba ideas que bien pudieron ser antecedente y servir como fundamento del principio de legalidad (mismo que sería uno de los pilares del Estado de Derecho moderno) al afirmar que: “*es cosa clara que en una monarquía, donde aquel que hace ejecutar las leyes se juzga superior a ellas, se necesita menos virtud que en un gobierno popular, donde el que hace ejecutar las leyes, conoce que les está sometido él mismo, y que no puede descargarse del peso de ellas*”, (Véase: Montesquieu, M, *El espíritu de las leyes*, Libro III, Capítulo III, Madrid, 1821, p. 30, <http://books.google.com.mx/>)

⁵³ Jean-Jacques Rousseau señalaba en su conocida obra *El contrato social*, algunas ideas que a la postre serían los fundamentos para la conformación del Estado moderno, al decir que “*cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y recibe a cada miembro como parte indivisible del todo... Sus miembros lo nombran Estado cuando es pasivo y soberano cuando es activo*” (Véase: Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, s.l.i., Longseller, s.a., pp. 42 - 43, <http://books.google.com.mx/>)

⁵⁴ Citado por Hernández, Ma. del Pilar, “Reforma constitucional y Poder constituyente”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXIX, núm. 87, septiembre-diciembre de 1996, p. 923, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/87/art/art8.pdf>

⁵⁵ Baste con recordar lo que establece la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, documento el cual serviría de base para la elaboración de un sinnúmero de constituciones y declaraciones a lo largo de todo el mundo, y la cual, en su artículo 6°, señala que: “*La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos.*”

- *División de poderes:*⁵⁶ no sería una división que implicara rompimiento, sino más bien, que evitara la concentración del poder, y sobre todo, que evitara la concentración de la función creativa y ejecutiva de la ley.⁵⁷ Locke habló de dos poderes, uno que hiciera la ley y otro que la aplicara. Montesquieu, por el contrario, ya habla de tres poderes, uno que haga la ley, otro que la ejecute y otro que la aplique. Con ello se buscaba generar un sistema de control del poder a base de frenos y contra pesos.⁵⁸

⁵⁶ Para darnos cuenta de la importancia de este principio básico del constitucionalismo, y sobre el cual descansa en parte la posibilidad de que existan procesos y procedimientos de control constitucional, debemos recordar lo que establece el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en el sentido de que: “*toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.*” No por nada, el principio de división de poderes, suele ser identificado como uno de los principios constitucionales más antiguos, al punto de que es difícil esclarecer quién fue su autor. No pasa desapercibido que Locke y Montesquieu fueron los teóricos del contra absolutismo que desarrollaron ampliamente tal principio, pero su enunciación ya se encontraba desde siglos a.C. Así por ejemplo, en el antiguo testamento podemos ver, en Isaías 33:22, una frase que advierte ya la división en las funciones de poder, en este caso, en relación al poder divino, señalando que: “... *el Señor es nuestro juez, el Señor es nuestro legislador, el Señor es nuestro Rey, Él nos salvará...*”

⁵⁷ Ya anticipábamos que los principales representantes de las teorías estatistas del absolutismo, y que serán las que detonen la configuración de las teorías contra absolutistas, son las esbozadas, en primer momento, por Juan Bodino (1530 – 1596), quien en su tratado *Los seis libros de la República*, defiende una postura moderada de absolutismo ya que, si bien establece que es necesario que los príncipes, quines son los soberanos, no pueden de ningún modo estar sometidos al imperio de otro -teniendo la facultad de dar las leyes a los súbditos y derogar aquellas que sean consideradas inútiles (el príncipe está exento de la autoridad de las leyes)- también es cierto que establece que el príncipe debe estar sometido a la ley divina, al derecho natural y a las leyes que fundan al reino. Concibe al príncipe solo como *legibus solutus*. Posteriormente, será Tomas Hobbes (1588-1679), quien con una postura menos moderada, aún y cuando no prescinde completamente del derecho natural, acentúa el derecho divino del monarca, su posición más allá de las leyes y la imposibilidad humana de exigir responsabilidad al soberano aunque actúe injustamente. Incluso dice que es el poder soberano, a través de las leyes, quien hace posible que los súbditos distingan lo justo de lo injusto, lo honrado de lo deshonorado y lo malo de lo bueno. Concibe al príncipe como *iure solutus*. Con estas ideas, será Jacobo I de Inglaterra (1603 - 1625) y su hijo Carlos I quienes pretenden sentar las anteriores doctrinas como política oficial de Inglaterra, no obstante resultaron inaceptables para sus súbditos, ya que las teorías inglesas clásicas establecían lo contrario, es decir, el monarca debía estar sometido a las leyes y a las costumbres. Estas teorías están basadas en la concepción del término *soberanía* como lo que está por encima de todo, por ello no conciben que el monarca pueda estar supeditado a las leyes civiles. (Véase: Pereira Menaut, Carlos–Antonio, *Lecciones de Teoría Constitucional, op. cit.*, pp. 79 a 82)

⁵⁸ John Locke concibe a la separación del poder en dos órganos principales: el legislativo y el ejecutivo. No participa de la idea de que exista un equilibrio de poderes, sino más bien, considera que el legislativo debe ser el poder supremo. El poder legislativo es el que debe decidir cómo se ocupará la fuerza de la comunidad política para preservar a la comunidad y a los miembros de ella. (*Segundo Tratado del Gobierno*). Por lo anterior, precisa la necesidad de contar con un poder ejecutivo que se encuentre siempre en funciones, debido a que las leyes deben tener un vigor y cumplimiento constante y duradero, requiriendo perpetua ejecución. Por su parte, Carlos–Luis de Secondant, señor de La Brède y barón de Montesquieu, incluye ya dentro del mecanismo pensado por Locke al poder judicial, aún y cuando le otorga un papel muy pobre dentro de dicho mecanismo constitucional. Asimismo, será este autor quien subraye la necesidad de generar un mecanismo en el que existan frenos y contrapesos entre los tres poderes, sobre todo cuando uno de ellos quiera extralimitarse en sus funciones, para lo cual vislumbra ya, la facultad de estatuir o corregir, y la facultad de vetar o impedir, propias del constitucionalismo contemporáneo.

- *Legalidad de la Administración*: la ley estaría, incluso, por encima del Gobierno. Las autoridades sólo podrán hacer aquello que las propias leyes determinen, estableciendo así el principio de legalidad que fue uno de los cambios más significativos, en contraposición de lo que ocurría en el Estado pre-moderno. Además, sería necesario que existieran controles jurisdiccionales, es decir, que existieran recursos jurídicos a través de los cuales los ciudadanos pudieran solicitar la revisión de los actos de autoridad, a fin de que fueran apegados a la ley.
- *Derechos fundamentales*: existencia de normas que otorguen a los particulares derechos individuales. Sería necesario que se plasmaran a nivel constitucional, para que así, obligaran a los poderes constituidos, particularmente al poder legislativo.

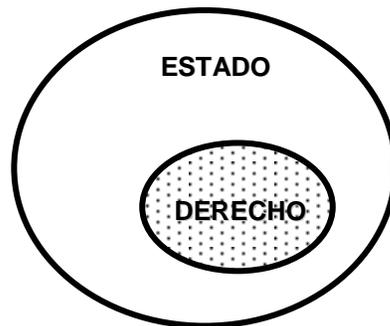
De manera superficial se podría concluir que las características antes mencionadas dotaban, a esta primera versión del Estado moderno, de los elementos suficientes para concretar la limitación del poder. No obstante, el *Estado liberal o legislativo de Derecho* experimentó una grave crisis debido a la visión del iuspositivismo formalista iniciada en el siglo XIX, en la que el Derecho se equiparó a las normas aprobadas por los órganos del Estado, reduciendo así, el *Imperio del Derecho* o *Rule of law*, a sólo un conjunto de normas escritas que rápidamente se convirtieron en un cúmulo de autolimitaciones que el Estado se imponía a sí mismo.

Por ello, “...el Estado de Derecho moderno nace [dice Ferrajoli], con la forma del Estado legislativo de Derecho, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido <<puesta>> por la autoridad dotada de competencia normativa”⁵⁹, con lo cual, queda claro que en esta primera fase no había más Derecho que el producido por el propio Estado.⁶⁰

De esta forma, si quisiéramos reflejar de acuerdo a la teoría de los conjuntos, la relación existente entre el *Estado liberal o legislativo* y el Derecho, podríamos representarlo de la siguiente manera:

⁵⁹ Ferrajoli, Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2006, p. 16

⁶⁰ En palabras de Vigo, tendríamos que referirnos a esta etapa como aquella en la cual “...el derecho decimonónicamente hablando se definía por el legislador a través de las leyes y sobre éstas no existía ningún control constitucional. Esta realidad europea cambiará en la segunda mitad del s. XX mediante la introducción de Tribunales que hablaban desde la Constitución, no sólo como legislador negativo, sino hasta modificando y perfeccionando la obra legislativa.” (Véase: Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003, p. 9)

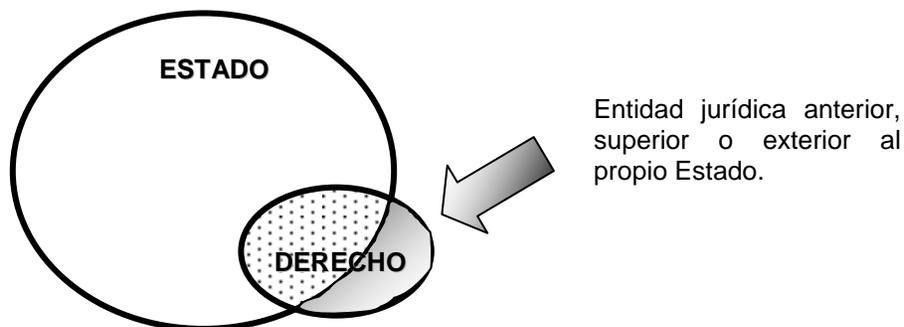
ESTADO LIBERAL O LEGISLATIVO DE DERECHO

El esquema anterior genera una interrogante que nos ayudará a advertir un grave problema: ¿cómo lograr que el contenido limite al continente?, o en otras palabras, ¿cómo limitar al Estado y al poder por medio del Derecho, cuando se acepta que no hay más Derecho que el emanado del propio Estado?

Por ello, hemos afirmado que esta primera versión del Estado moderno se alejó del concepto tradicional de *Rule of law*, debido a que el *Imperio del Derecho* sólo es posible mientras haya una porción del Derecho a la que se le reconozca como una entidad jurídica anterior, superior y/o exterior al propio Estado.

Tal entidad jurídica anterior, superior y exterior al propio Estado sería, de acuerdo con la hipótesis que hemos manejado, el reconocimiento de la existencia, y su consecuente protección, del núcleo intangible de la Constitución.

Así, la forma en cómo podría representarse lo anterior, acudiendo nuevamente a la teoría de los conjuntos, sería de la siguiente:

***RULE OF LAW* O IMPERIO DEL DERECHO**

Pero, ¿qué implica la discrepancia entre ambos esquemas? Intentemos contestar a tal interrogante, a través de la formulación de un caso hipotético. Imaginemos por un momento que el Poder revisor de la Constitución decidiera aprobar una reforma que permitiera la esclavitud en el Estado mexicano. Al aceptar que no existe control alguno en contra de tal reforma, se estaría generando así un ejercicio de poder no limitado por el Derecho, o peor aún, la

limitación que el Derecho debe significar para el poder se convertiría de inmediato, en un conjunto de autolimitaciones, ya que implícitamente se estaría aceptando que no hay más Derecho que el proveniente del propio Poder constituyente permanente, y con ello, dicho poder llegaría a limitarse sólo cuando así conviniera a sus intereses (en el mejor de los casos), o bien, simplemente no se limitaría.⁶¹

Por ello, para hablar de la real existencia de un Estado constitucional y democrático de Derecho, o bien, de una vivencia efectiva del *Rule of law*, debemos decir que es requisito *sine qua non* la coexistencia de un eficiente sistema de control de constitucionalidad ejercitado por órganos imparciales e idóneos, ya que éste configura la primera garantía para la tutela de los derechos constitucionales, y con ello, el primer límite al poder.⁶² De esta forma, podemos afirmar categóricamente que hablar hoy de Estado constitucional, sin esquemas de control de la constitucionalidad, es un contrasentido.

Sólo será reconociendo la existencia de entidades jurídicas anteriores, superiores o exteriores al propio Estado, así como estableciendo sistemas de control de la constitucionalidad, las vías para concretar el *Rule of law* o el constitucionalismo fuerte referido por Comanducci, y de esta manera, consolidar al Estado constitucional y democrático de Derecho.

Así por ejemplo, continuando con el análisis del caso hipotético antes planteado, la única vía para frenar la pretensión del Poder de reforma constitucional, sería atendiendo a una entidad jurídica exterior, anterior y/o superior al propio Estado, es decir, una entidad que no dependa del Poder revisor de la Constitución, y que incluso, sea anterior a él mismo. Nos referimos aquí al valor fundamental de la libertad, el cual, al ser una realidad pre-jurídica que sirve de fundamento a un sinnúmero de derechos, se configura en una entidad jurídica exterior y anterior al Estado, razón por la cual, el Estado (incluido el Poder constituyente permanente), no puede vulnerar, sino sólo reconocer y tutelar.

Ahora bien, si para algunos el argumento anterior encontrare sustento en el “incómodo” iusnaturalismo aristotélico-tomista, podríamos en su lugar referirnos al artículo 8.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual

⁶¹ Si a lo anterior agregamos que en México: 1) el Poder constituyente permanente se integra de los diputados y senadores del Congreso de la Unión y de los legisladores de los Congresos de cada uno de los Estados miembros de la federación; 2) que de acuerdo a uno de los principios derivados de la revolución mexicana no está permitida la reelección inmediata de legisladores, lo que provoca –simultáneamente– un acercamiento de dichos servidores públicos a los intereses de los partidos políticos que los postulan y un alejamiento a los intereses de sus representados; 3) que en nuestro sistema electoral no se permiten las candidaturas independientes o ciudadanas; 4) que dicho Poder revisor de la Constitución no tiene límite alguno –ni formal, ni material–, por lo que de las premisas antes señaladas válidamente tendríamos que concluir que en nuestro país, el Derecho y los límites al poder se encuentran en manos de los partidos políticos mayoritarios.

⁶² Sagüés, Néstor Pedro, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México, Porrúa, 2004, colección Biblioteca Porrúa de Derecho procesal Constitucional, t. I, p. 27.

establece que “...*nadie estará constreñido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas...*”

Así, apegándonos estrictamente a un contenido jurídico-positivo que no depende de la *potestas normando* del Estado mexicano, y que por provenir del derecho internacional de los derechos humanos se configura en una entidad jurídica exterior y superior al propio Estado, colocándose así, en una relación de superioridad respecto de la CPEUM, es que consideramos que se estaría concretando eficazmente el *Rule of law*.

De esta forma, sea cual fuere el argumento utilizado, lo cierto es que el Estado, sólo se verá eficazmente limitado, si comenzamos por reconocer la existencia de entidades jurídicas que cumplan con las características antes mencionadas.

d.2) La legitimidad democrática incuestionable: un primer dejo de resignación.

El caso hipotético planteado nos permite vislumbrar lo que podría llegar a pasar ante extralimitaciones del Poder de revisión constitucional, al punto de que, asumir como imposible la existencia de un control sobre tal poder, nos conduciría a la ineludible resignación de aceptar que no hay más Derecho que el proveniente del Poder constituyente permanente, y con ello, afirmar también el sometimiento del *Rule of law* a dicho poder, lo que nos orillaría a concluir que, el *Imperio del Derecho* es una bella fantasía.

Frente a tales argumentos, no se hacen esperar las voces de aquellos que siguen considerando que el Poder reformador de la Constitución debe quedar exento de cualquier tipo de control. Salazar Ugarte afirma que: “...*las reformas constitucionales son, nos guste o no, la expresión jurídica de decisiones políticas. Mediante ellas se modifica el documento en el que se expresa el contrato social que ofrece sustento al Estado mexicano. Por ello, el órgano facultado para aprobarlas debe tener una legitimidad democrática incuestionable (...) Él mismo, sin duda, puede equivocarse, pero, ¿por qué pensar que los jueces no puedan hacerlo?*”⁶³

Argumentación respetable pero equivocada, ya que su sustento “lógico” se encuentra en un dejo de resignación, al señalar que si tanto el Poder reformador de la Constitución, como los jueces constitucionales pueden equivocarse, pues lo “conveniente” será mantener el *estatus quo* y otorgar, a tal Poder, una “*legitimidad democrática incuestionable*”.

Con palabras de Ferrajoli, nos permitimos contra-argumentar diciendo que, muy por el contrario, la invitación que nos hace hoy el neoconstitucionalismo es a

⁶³ Salazar Ugarte, Pedro, “Y, ¿dónde quedó el soberano?”, *Revista NEXOS*, año 31, vol. XXX, núm. 369, septiembre de 2008, p. 10.

transitar de la <<democracia formal>> a la <<democracia sustancial>>, siendo esta última una forma de vida social en la que ni siquiera la unanimidad derivaba de la legitimidad democrática, puede disponer de ese ámbito de lo no negociable, que coincide, por ejemplo, con los derechos humanos indisponibles.⁶⁴ Ergo, ¿será válido hoy otorgar legitimidades democráticas incuestionables a los órganos del Estado?

A aquellos que lo afirman incurren, a nuestro parecer, en una resignación, lo cual no puede ser fuente del Derecho Constitucional, y mucho menos, un elemento que deba ser atendido dentro de una sociedad que pretenda construir una democracia, no sólo en la forma, sino una democracia en toda la extensión posible del término.

Ahora bien, no quiere decirse con ello que la magistratura constitucional, y sus jueces, serían infalibles al momento de revisar materialmente una enmienda a la Constitución, ya que ello nos llevaría a otro de los errores que encontramos hoy en día, en alguna de las doctrinas jurisprudenciales mexicanas, al afirmar que “...los Jueces de Distrito al ser los encargados del control constitucional, en sus acuerdos o resoluciones no pueden cometer violaciones a los derechos subjetivos públicos de los gobernados...”⁶⁵; es decir, que por ser quienes son, no pueden violar los derechos fundamentales.

Sabemos que los jueces no son perfectos, sin embargo, nos parece inaceptable la resignación consistente en afirmar que, debido a que el Poder revisor de la Constitución y los jueces constitucionales pueden equivocarse, resulta más conveniente reconocer una legitimidad democrática incuestionable. Tal resignación no resuelve el problema de fondo, es más, no lo toca ni superficialmente. El verdadero desiderátum gira en torno a esclarecer lo siguiente: ¿qué resulta más conveniente para el constitucionalismo y sus fines, que existan errores y equivocaciones sin control alguno, o bien, que existan controles, a pesar de que sepamos, de antemano, que pueden existir errores?

Sin duda podrá decirse que el resultado sería el mismo: errores y equivocaciones a pesar de los controles. No obstante, nos parece que el constitucionalismo, y por lo tanto el Estado constitucional y democrático de Derecho, lejos de buscar otorgarle a algún órgano *legitimidades democráticas incuestionables*, debe propiciar que existan controles de los que se pueda echar mano ante los actos de los poderes constituidos, y eso es precisamente sobre lo que habrá que profundizar: ¿qué tipo de controles serían los adecuados y constitucionalmente convenientes?

⁶⁴ Ferrajoli, Luigi, “Iuspositivismo crítico y democracia constitucional”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Doxa, serie Positivismo crítico, derechos y democracia, núm. 16, abril de 2002, p. 7, <http://www.cervantesvirtual.com>. (También puede consultarse, sobre el mismo tema: Vigo, Rodolfo L., “El iusnaturalismo clásico frente a las teorías de la interpretación y de la argumentación jurídica”, *Ars Iuris*, México, núm. 37, enero-junio de 2007, p. 102)

⁶⁵ Tesis XIX.2o. J/3, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. III, abril de 1996, p. 250, registro n° 202834.

Aceptamos que seguirán existiendo equivocaciones debido a la naturaleza misma del ser humano, pero nos parece que las probabilidades de incurrir en errores, o abusos de poder, se reducen si existen mecanismos de control que sean autónomos, imparciales e independientes del sujeto que emite el acto a controlar, es decir, el hecho de que las reformas constitucionales puedan ser objeto de control jurisdiccional (o de cualquier otro tipo de control), genera un esquema coherente con el constitucionalismo por dos razones: **(i)** porque el Poder reformador de la Constitución queda sometido a una entidad jurídica de la cual carece de jurisdicción, lo que lo obligará a velar por la regularidad de sus actos, y **(ii)** porque esta sumisión implica que dicho poder, no quede exento del sistema de frenos y contrapesos propios de todo Estado constitucional y democrático de Derecho.

Démosle peso específico a la historia, y no olvidemos que el modelo de frenos y contrapesos surgió, precisamente, como una reacción al poder desbordado que comenzaba a generarse a favor del parlamento, así como a los excesos en que tal órgano incurría con la siempre atractiva justificación de que, con su actuar, hablaba la mayoría, es decir, que su legitimidad, por ser democrática, debía ser incuestionable.

Así por ejemplo, no se nos olvide que las primeras Constituciones de las colonias estadounidenses realizadas por los parlamentos coloniales, si bien fueron celosas en delinear con precisión las funciones de cada rama del poder, también fueron lo suficientemente generosas consigo mismas, al punto de que era clara la superposición de las asambleas legislativas (parlamentos), frente a los otros dos poderes, e incluso, frente a sus colegisladoras.

Gabriel N. Negretto refiere que tales asambleas “...eliminaron o debilitaron el poder de segundas cámaras, privaron al ejecutivo de todo poder de veto en materia de legislación, e hicieron del mismo un funcionario electo por la legislatura. También buscaron, aunque en menor medida, evitar la influencia de los jueces sobre las decisiones legislativas, subordinando sus funciones a las del parlamento. El gran defecto de este diseño, de acuerdo con los constituyentes de Filadelfia, fue no prever la posibilidad de que el parlamento mismo se erigiera en un poder absoluto que colocara bajo su influencia a las otras ramas del poder...”⁶⁶

Por ello la duda nos parece fundada, ya que de acuerdo a su diseño, forma de proceder, pero sobre todo, a su falta de límites, ¿podría o no el Poder revisor de la Constitución erigirse en ese poder absoluto, al igual que como ocurrió con los parlamentos coloniales en Norteamérica? El responder negativamente sería tanto como cerrar los ojos a las lecciones que con grandilocuencia suele darnos la historia constitucional.

⁶⁶ Negretto, Gabriel L., “Hacia una nueva visión de la separación de poderes”, en Carbonell, Miguel, *et al.*, (coords.), *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, UNAM-ITAM-Siglo XXI Editores, 2002, p. 301, <http://books.google.com.mx/>

No por nada, James Madison señalaría que “...*la acumulación de funciones en un solo departamento no se evitaría de manera automática por el solo hecho de demarcar y separar precisamente las funciones de cada rama del poder (...) mucho menos si de lo que se trata es de limitar el poder legislativo, que por naturaleza es el centro de la representación popular y tiene control directo sobre la regulación del Estado, [concluyendo Madison que] la única forma de hacer efectiva la separación es brindar a cada autoridad una jurisdicción parcial sobre las funciones de las otras, de modo tal, que cada una de ellas tenga no sólo los medios sino también los motivos para evitar el abuso y la concentración de poder...*”⁶⁷

Por lo anterior, todo poder constituido que sea colocado al margen del sistema de frenos y contrapesos, o bien, que se le considere sobrepuesto al *Rule of law* y al *constitucionalismo*, lleva en sí mismo el potencial riesgo de pretender erigirse en un poder absoluto.

No perdamos de vista que “...*la consolidación del Estado Constitucional y sus instituciones: la división de poderes, la declaración de derechos y las garantías constitucionales; marcan el comienzo de la racionalización del poder, sometiéndole a los límites jurídicos, en primer término el ejercicio de los derechos y libertades garantizados por los jueces.*”⁶⁸

Ahora bien, no pasa desapercibido el hecho de que podría decirse –como ya se hace– que con la actual configuración del Estado constitucional y democrático de Derecho, se esté dotando al órgano judicial de un poder también ilimitado, ya que son los jueces los que en última instancia interpretan la Constitución, y determinan cuáles son los actos y leyes que tienen o no cabida dentro del sistema constitucional. Al respecto, coincidimos con lo que Peter Häberle señalaría al decir que “... *¡la jurisdicción constitucional no es, a fin de cuentas, ni seguro de vida jurídico ni político! Su desarrollada comprensión política y pluralista está ligada a toda la cultura de nuestra república. Ello la dota de funciones positivas, pero conduce también a límites.*”⁶⁹

A raíz de esta advertencia, y tendiendo claro que el dotar a un órgano de la facultad de controlar y revisar los actos del Poder constituyente permanente podría generar otro órgano igual de ilimitado, es que haremos algunas precisiones en el apartado correspondiente a la defensa del núcleo intangible de la Constitución, en el cual, no sólo cuestionaremos si llevar a cabo dicho control configurarían otro

⁶⁷ Citado por Negretto, Gabriel L., “Hacia una nueva visión de la separación de poderes”, *op. cit.*, p. 301.

⁶⁸ García Morelos, Gumesindo, “Hábeas Corpus, amparo y los detenidos – desaparecidos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I, p. 746.

⁶⁹ Häberle, Peter, “La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I, p. 377.

poder desmedido, sino que también haremos algunas propuestas, tanto de reformas a los procesos ya existentes, como de nuevas garantías no necesariamente jurisdiccionales, que podrían establecerse a fin de limitar al Poder constituyente constituido.

d.3) La revolución como derecho: otro dejo de resignación.

Si aceptáremos partir de la base que el Poder constituyente permanente no posee límite alguno al momento de reformar la Constitución, bien podríamos preguntarnos lo siguiente: ¿qué medio de defensa tendrían a la mano los ciudadanos y las propias instituciones públicas, si por cualquier circunstancia, el Poder revisor de la Constitución aprobase una reforma que trastocara el régimen de gobierno republicano, o bien, que de manera expresa y sin vacilaciones, restringiera o eliminara alguno de los derechos fundamentales ya reconocidos por la Constitución?

A reformas con tales objetivos, Sánchez Medal las denominó *reformas demolitorias o reformas destructoras de garantías individuales*.⁷⁰

¿Tales reformas serían acordes con el constitucionalismo?, ¿sería constitucional que ante actos de los poderes constituidos (como lo es el Poder revisor) no exista medio de defensa alguno?, ¿los ciudadanos y los líderes políticos quedarían atónitos ante dicha realidad?

Si partimos por aceptar que el Poder reformador de la Constitución es ilimitado, como lo han hecho muchos teóricos⁷¹, tendríamos que arribar a la conclusión de que la única opción, ante una reforma demolitoria o destructora de garantías individuales, sería la movilización revolucionaria.

¿Ilusión, imaginación, fantasía o exageración?

La historia de nuestro país nos enseña que en situaciones similares a la descrita, siempre hay liderazgos lo suficientemente fuertes e inteligentes como para combatir ese tipo de pretensiones. De hecho, Lucas Verdú, al hablar del <<concepto sustancial de Constitución>> señala que su contenido no puede ser rebasado por la reforma constitucional, porque de serlo “...se abandona el cauce

⁷⁰ González Schmal, Raúl, “Una reforma a la Constitución puede ser inconstitucional”, *El significado actual de la Constitución. Memoria del simposio internacional*, México, UNAM-IIJ, 1998, Serie de Estudios Doctrinales, núm. 195, p. 332, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/130/18.pdf>

⁷¹ Así por ejemplo, León Duguit “...expresa radicalmente su opinión de que el poder revisor tiene la facultad de hacer una revisión total o parcial, pudiendo incluso cambiar la forma de gobierno”. De igual forma, Georges Burdeau afirma que “...cuando en una constitución queda especificado que determinadas disposiciones y principios no pueden reformarse, es de cabal discernimiento que cualquier poder constituyente está en opción de poder hacerlo, puesto que el poder constituyente de un día carece de título para limitar el poder constituyente del porvenir.” (Véase: Gámiz Parral, Máximo, *Derecho Constitucional y Administración de las Entidades Federativas*, México, UNAM-IIJ, 2003, pp. 78-79.)

*de legitimidad constitucional y se inaugura un proceso revolucionario.*⁷²

Ante reformas demolitorias o destructoras de garantías individuales, ¿será la revolución –entendida como movimiento armado– la respuesta que nos puede o debe dar el constitucionalismo contemporáneo?

En definitiva, no compartimos esta postura. La revolución como solución, no debe ni puede ser planteada por el constitucionalismo o por el Derecho Constitucional, y mucho menos, por la Constitución. La vida constitucional de una nación se basa en la institucionalidad, lo que en pocas palabras significa que los problemas o conflictos deben ser solucionados a través de los canales institucionales del Estado. Toda Constitución debe ser, en cierta medida, “válvula de escape”, es decir, que ante situaciones límite que pudieren llegar a actualizarse, la mejor Constitución será aquella que prevea la forma en cómo resolver, por la vía institucional, los conflictos generados, evitando en la medida de lo posible que la lucha por la libertad o el poder se convierta en un “choque de trenes” entre los órganos del Estado, o bien, entre éstos y los particulares.

Es, en este punto, donde consideramos que las teorías que establecen que el Poder reformador es ilimitado reconocen, queriéndolo o no, a la revolución como derecho, ya que ante una reforma demolitoria la única vía de solución posible sería el movimiento armado, lo cual resulta una aberración jurídica ya que “...el derecho positivo no puede consignar el derecho a la revolución, porque éste derecho es la negación de aquel.”⁷³

Por ello consideramos que la doctrina jurisprudencial analizada (*vid. supra*. CAPÍTULO PRIMERO), según la cual se establece la improcedencia del juicio de amparo, o de cualquier otro medio de control constitucional, respecto de las reformas aprobadas por el órgano revisor de la Constitución, podría considerarse como un reconocimiento implícito del derecho a la revolución, debido a que, ante una reforma demolitoria se orillaría al pueblo a levantar las armas, siendo esto un contrasentido, en el entendido de que una de las funciones del Derecho Constitucional debe ser, como ya hemos mencionado, el prever situaciones límite que pudieran poner en peligro la permanencia del Estado, a fin de darles un cauce institucional, y hasta jurídico, de ser esto posible.

Podría parecerle al lector que el argumento antes planteado está basado en futuribles extremos. No obstante, consideramos que una de las principales diferencias entre el Derecho Constitucional y sus normas, en contraposición con el derecho secundario y las suyas, es que el primero debe intentar, por todos los

⁷² Lucas Verdú, Pablo, *Curso de Derecho Político*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1977, t. II, p. 650. (También puede consultarse, sobre el mismo tema: García Barzelatto, Ana María, “El artículo 82 n° 2 de la Constitución de 1980, como límite del Poder constituyente derivado”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 5, núm. 1, 1998, p. 172, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650079>)

⁷³ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 30ª ed., México, Porrúa, 1996, p. 74.

medios posibles, prever la mayor cantidad de situaciones extremas, y con ello, adelantarse a la realidad social a fin de que no se vea superado, ya que si la realidad lo supera, se pone en juego la permanencia del Estado mismo; en cambio, el derecho secundario, naturalmente debe alimentarse de las situaciones que se van actualizando en la realidad, para después, intentar regular y normar tales situaciones de la mejor manera posible.

No por nada, la totalidad de las cartas magnas prevén procedimientos ante la falta absoluta de los titulares de los órganos del Estado (*vgr.* artículo 85 de la CPEUM relativo a la falta absoluta del Presidente de la República), así como el procedimiento jurídico e institucional para hacer frente a estados de excepción (*vgr.* artículo 29 de la CPEUM relativo a la suspensión de garantías). Así, aún y cuando nada de esto es deseable, y quizá, muy poco probable, la Constitución y sus normas deben prever y regular situaciones de esta índole.

Por ello, el argumento que consiste en afirmar que, ante extralimitaciones que pudieran sobrevenir de parte del Poder constituyente permanente, al pueblo aún le queda la posibilidad de oponerse a través de la desobediencia civil pacífica o la revolución armada, se convierte en otra de las pautas para asumir, con plena resignación, que el Poder reformador no tenga límite alguno.

Con esta forma de pensar, no sólo se menosprecia la trascendencia que han venido adquiriendo las garantías y procesos de control de la constitucionalidad como medio para concretar el *Rule of law* y el Estado constitucional y democrático de Derecho, sino que además –e insistimos en ello– se reconoce implícita e indirectamente a la revolución como derecho.

Así, aquellos que se aferran a la idea de que el Poder constituyente constituido no puede ser limitado por el Derecho, reconocen, incluso sin darse cuenta, que la única forma de limitarlo será a través del descontento social, y más aún, cierran los ojos ante las nefastas consecuencias jurídicas, políticas, económicas y sociales que todo ello traería consigo.

Una vez puntualizado lo anterior, pasemos pues a uno de los temas en el que no hemos profundizado lo suficiente. Para ello, deseamos plantear algunas preguntas que resultan relevantes para la presente investigación, a saber: ¿existe un núcleo intangible en toda Constitución que debiera ser un límite para el Poder reformador?, y de ser así, ¿de qué forma se podría identificar el contenido de tal núcleo intangible?

Sin duda, de todas las preguntas que hemos formulado, serán éstas las que requerirán un profundo ejercicio analítico, ante lo cual, no debemos claudicar en la búsqueda de respuestas, máxime si ante reformas aprobadas por el Poder constituyente constituido en las que se haya abusado de los límites formales, de algún límite material no expreso, o se haya generado una antinomia contigua con otra disposición constitucional, pueda llegar a comprobarse, una vez agotados todos los esfuerzos interpretativos, que una reforma fuere inconstitucional por

generar un conflicto de tal magnitud que vulnere los postes fijados como límites predeterminados por el sistema constitucional.

¿Cuáles sean esos límites?, o bien, ¿cuál es el núcleo intangible de la Constitución y cómo puede definirse adecuada y objetivamente?, “...es un asunto [responde Ferreyra] de significativa magnitud y trascendencia que requiere, ciertamente, un estudio específico.”⁷⁴

⁷⁴ Ferreyra, Raúl Gustavo, "Reforma constitucional y cuestiones políticas", *op. cit.*, p. 124.

CAPÍTULO TERCERO

LA CONSTITUCIÓN Y SU NÚCLEO INTANGIBLE

“...para la debida defensa de la libertad no basta con el concepto racional normativo puramente formalista propio del mundo liberal burgués, sino que será necesario operar con un concepto material de Constitución en el que determinados ámbitos del texto constitucional resulten inmodificables...”¹

Pedro de Vega García

a) Un primer acercamiento al tema.

Comencemos por decir que al negar la existencia de algunos valores y principios superiores en la Constitución que deban ser protegidos ante las actuaciones del Poder reformador, se acepta –implícita y resignadamente– que el constitucionalismo es irrealizable, ya que bajo el yugo del iuspositivismo formalista, la única concepción que del Derecho se puede construir consistiría en afirmar que todo el Derecho queda en manos del Estado y sus órganos, por lo que de aceptarse tal visión de lo jurídico, terminaría por convertirse al constitucionalismo en una *quimera* pre-moderna, y al límite (el Derecho) dependiendo del poder a limitar (el Estado y sus órganos).

Aquellos que aceptan tal resignación olvidan que en toda Constitución *“...hay valores, o cuando menos, un valor alcanzado por la sociedad, así sea implícito o tácito, que de acuerdo con su experiencia histórica, su cultura e ideología toma como paradigma y garantía de no retroceso.”²*

¹ De Vega García, Pedro, “La Reforma Constitucional como defensa de la Constitución y de la Democracia”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM-IIJ, 2006, serie Doctrina Jurídica, núm. 357, t. II, p. 349.

² Cerra Jiménez, Luis Eduardo, “La Constitución no es el límite. Impugnación de actos legislativos. Los límites del Poder Constituyente”, *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, Colombia, núm. 22, 2004, p. 112, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2347408>

Por lo anterior, será importante para el desarrollo del presente apartado, partir de la premisa de que toda “...*Constitución normativa de un Estado de Derecho conlleva ciertos límites implícitos, que son las paredes maestras del Estado de Derecho, tales como la configuración del sistema político al servicio de los derechos y libertades fundamentales de las personas; el imperio de la ley, en cuanto expresión de la voluntad popular representada en un parlamento libremente elegido; la limitación del poder político y su sometimiento a la Ley y al control judicial; y la independencia del Poder Judicial. Si estos muros de carga de la Constitución son derribados no se puede hablar de una reforma constitucional sino de la desaparición de una auténtica Constitución normativa y del ocaso del Estado de Derecho allí donde se han vulnerado tales límites implícitos de toda reforma constitucional.*”³

Y es que pensarlo de otra manera sería contradecir la tradición constitucional postmoderna, razón por la cual Zagrebelsky afirmarí que “...*ya en tiempos de la Revolución francesa se distinguía una parte esencialmente constitucional, relacionada con los fundamentos últimos de la organización jurídica y política (entonces, los derechos individuales, la soberanía nacional y la separación de poderes), de una parte denominada Constitución instrumental, que no contenía los principios fundamentales, sino las técnicas particulares de su realización. A diferencia de la Constitución esencial, la Constitución instrumental se consideraba modificable, a la par de las exigencias contingentes.*”⁴

Seguramente las voces disconformes con esa tradición discreparían diciendo que “...*toda reforma constitucional –por marginal que sea desde un punto de vista axiológico- [afirma Bulygin] produce una nueva Constitución. De modo que reforma constitucional e instauración constitucional son –desde un punto de vista avalorativo- cosas simplemente indistinguibles bajo un perfil sustancial [por lo que] no resta más que distinguir reforma e instauración sobre la base de elementos puramente formales*”⁵, es decir, que los actos del Poder revisor de la Constitución son, sustancialmente hablando, de la misma categoría que los actos del Poder constituyente originario, distinguiéndose únicamente en cuanto a la forma de su proceder. Por ello es que Bulygin concluye señalando que no es factible pensar en controlar las reformas constitucionales, ya que son instauración constitucional.

El argumento encuentra dos debilidades insostenibles. En primer lugar porque realiza la distinción entre la reforma constitucional y la instauración constitucional desde un punto de vista *avalorativo* y *formalista*, cuando el objeto sometido al análisis es un documento –la Constitución– plagado de valores y principios; y en segundo lugar, porque la crisis del Estado liberal o legislativo de Derecho se debió, precisamente, a que la validez de las normas dependió únicamente de aspectos formales (*vid. supra*. CAPÍTULO SEGUNDO, inciso d.1).

³ Alzaga Villaamil, Oscar. *et al.*, *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*, 4ª ed., s.l.i., Editorial universitaria Ramón Areces, s.a., t. I, pp. 193-194, <http://books.google.com.mx/>

⁴ Zagrebelsky, Gustavo, “La Constitución y sus normas”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2000, pp. 72-73.

⁵ Guastini, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, *op. cit.*, p. 43.

Así, cabría preguntarnos: ¿será lógico analizar el contenido axiológico de la Constitución, sin tomar en consideración a la axiología⁶?, o bien, ¿será lógico seguir analizando a la Constitución con los parámetros exclusivamente formales del desahuciado Estado liberal o legislativo de Derecho?

Definitivamente ninguna de las respuestas podría ser afirmativa.

Luego, resulta racional que Guastini haga referencia a la existencia de una segunda postura en torno a esta problemática, al señalar que todo dependerá del concepto de Constitución del cual se parta. *“La concepción sustancial (o sustancialista) [establece que] una Constitución es una totalidad coherente y conexas de valores ético-políticos. La identidad material (axiológica) de toda Constitución descansa precisamente en el conjunto de valores –o principios supremos– que la caracterizan y la distinguen de cualquier otra Constitución. Ahora bien, una cosa es revisar la Constitución existente (en sus normas de detalle) sin alterar la identidad material o axiológica; otra cuestión es modificar el ‘espíritu’ de la Constitución existente (...) Una cosa es el ejercicio de un poder constituido (el poder de reforma), y otra es el ejercicio del Poder Constituyente [originario]. Reforma e instauración constitucional se distinguen, entonces, no bajo un perfil formal (...) sino bajo el perfil sustancial: es una reforma toda modificación marginal, es instauración toda alteración de la identidad axiológica de la Constitución.”*⁷

Por lo anterior, es que advertimos al inicio del presente capítulo que *“...para la debida defensa de la libertad no basta con el concepto racional normativo puramente formalista propio del mundo liberal burgués, sino que será necesario operar con un concepto material de Constitución en el que determinados ámbitos del texto constitucional resulten inmodificables...”*⁸. Dicho en palabras de Paolo Comanducci (*vid. supra*. CAPÍTULO SEGUNDO, inciso b), sería optar por el constitucionalismo de las reglas (aquel que reconoce una especial constitucionalidad a, por ejemplo, los derechos fundamentales debido a su contenido axiológico) como medio para materializar el constitucionalismo fuerte (aquel que limita al poder, pero para garantizar los derechos fundamentales).

Así las cosas, sería inadmisibles que el Poder revisor de la Constitución, aún siendo un poder constituido –afirma Zagrebelsky– no *“...tenga límites, más allá de los cuales se transformaría en un Poder Constituyente [es decir] el poder de revisión de la Constitución se basa en la misma Constitución; si la contradijera como tal (...) se transformaría en un poder enemigo de la Constitución y no podría invocarla como base de su validez (...) Quien combate a un enemigo no puede pretender hacerlo en nombre del mismo enemigo”*⁹, ya que esto implicaría aceptar

⁶ <<Axiología>> Teoría de los valores. (Véase: *Diccionario de la Lengua Española*, *op. cit.*)

⁷ Guastini, Riccardo, “Sobre el concepto de Constitución”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa y UNAM, 2000, pp. 104 y 105.

⁸ De Vega García, Pedro, “La Reforma Constitucional como defensa de la Constitución y de la Democracia”, *op. cit.*, p. 349.

⁹ Zagrebelsky, Gustavo, “La Constitución y sus normas”, *op. cit.*, pp. 73.

que se puede ser enemigo y amigo de la misma persona al mismo tiempo; lo que trasladado al objeto de nuestro análisis, implicaría aceptar que se puede ser constituido y constituyente a la vez, o bien, que la consecuencia (Poder reformador) puede ser su propia causa. Sólo habría que recordar al Estagirita, quien con el principio de no contradicción, ya advertía la inadmisibilidad de este tipo de sofismas, al señalar que *“...es imposible que algo sea y no sea simultáneamente...”*¹⁰

Incluso, aún y cuando a lo largo del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la Teoría Constitucional existan opiniones divergentes, tales argumentaciones terminan por reconocer, quizá implícitamente, que hay contenidos constitucionales especiales.

Así por ejemplo, la propia SCJN, so pretexto del análisis y resolución de la controversia judicial federal 1/2005, aprobó una tesis de jurisprudencia en la que sostuvo que *“...en virtud de que cada uno de los preceptos contenidos en la Norma Fundamental forma parte de un sistema constitucional, al interpretarlos debe partirse por reconocer, como principio general, que el sentido que se les atribuya debe ser congruente con lo establecido en las diversas disposiciones constitucionales que integran ese sistema, lo que se justifica por el hecho de que todos ellos se erigen en el parámetro de validez al tenor del cual se desarrolla el orden jurídico nacional, por lo que de aceptar interpretaciones constitucionales que pudieran dar lugar a contradecir frontalmente lo establecido en otras normas de la propia Constitución, se estaría atribuyendo a la voluntad soberana la intención de provocar grave incertidumbre entre los gobernados al regirse por una Norma Fundamental que es fuente de contradicciones; sin dejar de reconocer que en ésta pueden establecerse excepciones, las cuales deben preverse expresamente y no derivar de una interpretación que desatienda los fines del Constituyente.”*¹¹

Al respecto, consideramos que de las afirmaciones vertidas por el criterio jurisprudencial transcrito, explícitamente se afirma que todo el contenido constitucional posee la misma jerarquía, razón por la cual no deben aceptarse interpretaciones que den lugar a establecer contradicciones, pero al final, se reconoce implícitamente que pueden existir excepciones, es decir, que atendiendo al valor especial de algunos preceptos fundamentales, se pueda llegar a establecer expresamente que unas normas deben prevalecer sobre otras.

Con ello se robustece la tesis hasta ahora defendida que reconoce la existencia de un núcleo intangible dentro de toda Constitución, ya que los propios órganos judiciales asumen como posible el que exista un contenido que podría requerir de una especial protección, en el entendido de que dicho contenido

¹⁰ Citado por Roetti, Jorge Alfredo, “Aristóteles y el principio de (no) contradicción: fundamentación teórica y práctica”, *Anuario filosófico*, España, Universidad de Navarra, vol. 32, núm. 63, 1999, p. 158, http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo_busqueda=EJEMPLAR&revista_busqueda=123&clave_busqueda=3424

¹¹ Tesis P. XII/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 25, registro nº 175912.

podiera ser la esencia del texto constitucional.

Derivado de lo hasta ahora expuesto, y con la clara finalidad de dilucidar las dudas en torno a la existencia o inexistencia de un núcleo intangible dentro de la Constitución, nos parece importante enumerar las premisas que hasta ahora hemos mencionado:

- Sostener que no existan en la Constitución algunos valores y principios superiores que deban ser protegidos de las actuaciones del Poder revisor de la Constitución, implica la aceptación de que el constitucionalismo es irrealizable.
- Una Constitución normativa en un Estado de Derecho conlleva ciertos límites implícitos. Nos referimos a las paredes maestras del Estado de Derecho.
- Si estos muros de carga de la Constitución son derribados, no se puede hablar de una reforma constitucional, sino más bien, de la desaparición de una auténtica Constitución normativa y del ocaso del Estado de Derecho.
- Ya desde la Revolución francesa se distinguía una parte esencialmente constitucional, relacionada con los fundamentos últimos de la organización jurídica y política (entonces, los derechos individuales, la soberanía nacional y la separación de poderes)¹², de una parte denominada Constitución instrumental, que no contenía los principios fundamentales sino las técnicas particulares de su realización.
- Es natural que un poder constituido tenga límites, más allá de los cuales se transformaría en un Poder Constituyente.
- El Poder de revisión constitucional recibe su validez de la propia Constitución, por lo que si la contradijera al derribar sus muros de carga, se transformaría en un poder enemigo de la Constitución que ya no podría invocarla como asiento de su existencia y validez.
- Toda Constitución debe interpretarse sistemática y congruentemente, en el entendido de que todos sus artículos se erigen en el parámetro de validez al tenor del cual se desarrolla el orden jurídico, lo que no obsta para reconocer que en las Constituciones pueden establecerse excepciones, las cuales, desde el particular punto de vista de la SCJN, deben preverse expresamente.

¹² Solo bastaría con recordar el contenido del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el cual es del tenor siguiente: *“Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.”*

Así las cosas, no es absurdo pensar que en la Constitución haya contenidos especialmente constitucionales y que, por lo tanto, sean de diferente jerarquía o requieran especial protección en relación con todas las demás normas constitucionales, por lo que para resolver la pregunta que nos hemos planteado, en el sentido de saber si existe o no un núcleo intangible en la Constitución, comenzaremos por realizar un análisis de derecho comparado a la luz de la tesis del orden jerárquico de las normas constitucionales, a fin de avizorar qué probabilidades tendremos para contestar a tal interrogante.

b) La tesis del orden jerárquico de las normas constitucionales.

Ya se ha afirmado que no puede descartarse la existencia de un conflicto derivado de una reforma constitucional, ya sea porque el Poder revisor no atienda los límites formales del proceso de reforma, o ya sea porque rebese algún límite material no expreso, generando así, una antinomia entre dos o más disposiciones constitucionales.

De igual forma se ha dicho que ante tales situaciones, y una vez agotados todos los esfuerzos interpretativos, puede llegar a contemplarse que una reforma tenga visos de inconstitucionalidad, por la simple, pero peligrosa razón, de que llegue a generarse un conflicto de tal magnitud que vulnere los postes fijados como límites predeterminados por el sistema constitucional.¹³

En este sentido, y tomando en consideración que ya se vislumbró que existen contenidos en la Constitución especialmente constitucionales, de configurarse una antinomia como la comentada, cabría hacernos la pregunta siguiente: ¿pueden existir artículos constitucionales inconstitucionales?, o en otras palabras, ¿qué debe hacer el aplicador jurídico ante dichas contradicciones constitucionales?

Lo único claro es que hay más preguntas que respuestas, ya que “...*en el supuesto de que las mencionadas reformas se hubieran puesto eventualmente en contraste con normas fundamentales de la Constitución [señala González Schmal], en realidad se ¿podrían determinar estas normas fundamentales? o, aún más, ¿existen normas fundamentales en la Constitución y otras que no lo son? O, en otros términos, ¿existe una jerarquía de normas ad intra la Constitución? Y si existen estas normas esenciales ¿podrían ser tocadas por el órgano reformador?...*”¹⁴

Para atender tales interrogantes, debemos partir por afirmar que, desde una dimensión esencialmente práctica, “...*en materia de interpretación constitucional hay otras recetas destinadas a resolver las controversias internas, ideológicas y*

¹³ Ferreyra, Raúl Gustavo, "Reforma constitucional y cuestiones políticas", *op. cit.*, p. 124.

¹⁴ González Schmal, Raúl, "Una reforma a la Constitución puede ser inconstitucional", *El significado actual de la Constitución. Memoria del simposio internacional*, México, UNAM-IIJ, 1998, Serie de Estudios Doctrinales, núm. 195, p. 320, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/130/18.pdf>

*normativas de la Constitución, y más todavía, los conflictos entre valores, bienes y derechos constitucionales...*¹⁵ Una de tales recetas es la tesis de las normas constitucionales inconstitucionales, que resulta de gran impacto para nuestro análisis.

Dicha tesis sostiene que puede darse el caso de que una norma de la Constitución sea *inconstitucional* por oponerse a algunos valores jurídicos fundamentales o incluso supranacionales, por lo cual sería justificable erradicarla del orden jurídico¹⁶, lo que nos conduciría a la conclusión de que no todas las normas constitucionales son de la misma jerarquía.

b.1) La interpretación sistemática y sus problemas. Un punto de partida para justificar la tesis del orden jerárquico de las normas constitucionales.

Si partimos de la afirmación realizada en el apartado anterior en el sentido de que hoy se comienza a hablar de la *tesis de las normas constitucionales inconstitucionales*, debemos aceptar que nos enfrentamos a un problema de considerables proporciones.

Así por ejemplo, para nadie es desconocido que el método interpretativo sistemático o armonizante de la Constitución, parte de la premisa de que lo único que no es inconstitucional es lo que está en la propia Constitución, por lo que en caso de que estemos ante aparentes contradicciones, habrá que realizar un esfuerzo por interpretar coordinadamente el sentido de unas normas con otras.¹⁷

Es decir, se toma como presupuesto lógico-jurídico que la Constitución es un *todo*, no un archipiélago de normas, razón por la cual habrá que analizar una norma a la luz de lo que dicen las demás. Sin embargo, ¿en realidad dicho presupuesto resulta funcional cuando lo que pretendemos armonizar, a través de una interpretación sistemática, son dos normas constitucionales que se contradicen?, ¿es factible armonizar dos enunciados evidentemente contrapuestos?, ¿no será que la interpretación sistemática, al pretender armonizar una antinomia constitucional, termina por reconocer la prevalencia de una norma sobre otra?

No perdamos de vista que tal método interpretativo se basa también en lo que ha sido denominado por la doctrina como *“el mito del constituyente perfecto”*¹⁸, el cual se integra de diversas afirmaciones que, como veremos, no son sino aseveraciones que han sido aceptadas como verdaderas sin razón alguna,

¹⁵ Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1998, p. 149.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ Tesis P. XII/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 25, registro nº 175912.

¹⁸ Sagüés, Néstor Pedro, “La Interpretación Constitucional y la Alquimia Constitucional. (El arsenal argumentativo de los Tribunales Supremos)”, *La Justicia Constitucional de Bolivia 1998-2003*, CAECI, 2003, pp. 177-199.

convirtiéndose así en *dogmas constitucionales* que debemos rechazar por ser conclusiones apriorísticamente asumidas. A decir de este mito:

1. *La irreflexión o falta de previsión de parte del Constituyente no se presumen, sino por el contrario, debe presumirse que realiza su trabajo de un modo perfecto.*

Esta afirmación resulta del todo incorrecta, ya que bastaría sólo con mencionar algunos ejemplos que dejan ver la imprevisión, por ejemplo, del Constituyente originario mexicano de 1917.

Como primer ejemplo, mencionaremos el caso del artículo 135 constitucional, el cual establece el procedimiento de reforma constitucional sin señalar quienes son los sujetos facultados para presentar iniciativas de reforma, ni prever nada en torno al plazo con el que cuentan las Legislaturas de los Estados para aprobar o rechazar el proyecto de reforma constitucional, o bien, nada se dice respecto de qué ocurriría si no contestasen las Legislaturas locales.¹⁹

De igual forma, tampoco puede decirse que el Constituyente permanente no haya incurrido en imprevisiones, ya que en el caso del artículo 105, fracción 1 de nuestra Carta Magna, no se legitimó a los órganos constitucionales autónomos para presentar controversias constitucionales, o bien, dejó a la esfera de la interpretación judicial si las delegaciones políticas del Distrito Federal serían o no sujetos legitimados para estos mismos efectos.²⁰

2. *Debe aceptarse que el Constituyente no utiliza términos superfluos o redundantes, sino que todos los términos que aparecen en la Constitución son empleados con algún propósito.*

Un término o concepto <<superfluo>> es aquel “no necesario, que está de

¹⁹ Es importante resaltar que, ante este tipo de imprevisiones, hoy más que nunca se pueden generar escenarios poco convenientes en un país en el que ya no gobierna un solo partido político, al punto de que si aceptamos que una reforma constitucional requiere para su aprobación, el voto afirmativo de –al menos- dieciséis de las Legislaturas locales, qué ocurriría si ante una reforma, quince Congresos locales votaren a favor y quince en contra, quedando la voz de todo el Constituyente constituido en esa Legislatura local que no ha emitido su voto. Es más, qué pasaría si nunca contesta, o si por estrategia política, retarda su respuesta de manera injustificada. No cabe duda que la falta de previsión del Constituyente originario -por ejemplo en cuanto a plazos determinados para emitir su voto o la afirmativa ficta que pudiera entenderse de la falta de respuesta- se torna peligrosa ante supuestos como el que hemos expuesto.

²⁰ Lo anterior no es menor, ya que al día de hoy, derivado de las interpretaciones de la SCJN, se ha generado el absurdo de que órganos constitucionales de carácter nacional, como lo es el Instituto Federal Electoral, no tienen legitimación activa para plantear controversias constitucionales; y por el contrario, encontramos que las delegaciones políticas del Distrito Federal o el Tribunal Electoral de esa misma entidad federativa, si poseen tal legitimación. (Véanse: Tesis P. /J. 61/2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, diciembre de 2003, p. 887, registro n° 182683; y Tesis P. /J. 19/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1651, registro n° 172288.)

*más.*²¹ Si no hay conceptos superfluos, innecesarios o inútiles en la Constitución, qué razón de ser tiene la fracción 3 del artículo 118 de la CPEUM, cuando existe la fracción 2. Es decir, en la fracción 3 del mencionado precepto, se faculta a los Estados de la República a hacer la guerra por sí a alguna potencia extranjera, siempre y cuando así lo autorice previamente el Congreso de la Unión. Suponiendo sin conceder que esto ocurriese, lo cual resulta absurdo ya que una declaración de guerra sólo puede verificarse de un Estado soberano a otro, de qué serviría la autorización del Congreso si los Estados de la República no pueden, de acuerdo a la fracción 2 del mismo artículo, tener tropa permanente ni buques de guerra.

Es más, siendo aún más críticos del texto constitucional, debemos preguntarnos si tales previsiones (fracciones 2 y 3 del artículo 118 constitucional) son necesarias existiendo la facultad denominada como *intervención ejecutiva* dentro del primer párrafo del artículo 119 de nuestra Carta Magna, según la cual, los Poderes de la Unión deben proteger a los Estados contra toda invasión o violencia exterior.

- 3.** *No puede presumirse que el Constituyente sancione y apruebe cláusulas inútiles, pensadas para no tener efecto, sino por el contrario, debe presumirse que todas las normas de la Constitución deban tener el mismo efecto en todo tiempo y lugar.*

Nada más alejado de la realidad que esta afirmación, ya que nadie podría negar que existen normas constitucionales que no tiene aplicabilidad alguna.

Tal es el caso de la obligación que tenemos todos los mexicanos de asistir a los Ayuntamientos a recibir instrucción cívica y militar para mantenernos aptos en el manejo de las armas, y conocedores de la disciplina militar (artículo 31, fracción 2 de la CPEUM); o bien, la previsión del artículo 125 constitucional en la que se determina que ninguna persona puede desempeñar dos cargos de elección popular, pero el nombrado puede elegir el que quiera desempeñar, lo cual no es factible jurídicamente, debido a que el artículo 8° del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales dispone que un individuo no puede ser registrado como candidato a dos cargos diversos de elección popular, y en el remoto caso de que esto ocurra, debe procederse a la cancelación del registro como candidato al cargo de elección federal.

Así, ambos artículos constitucionales (31, fracción 2 y 125) no tienen efecto jurídico alguno.

- 4.** *Por último, este mito señala que la obra del Constituyente, o sea, la Constitución, no puede tampoco ser entendida sino como un todo, es decir, como una estructura coherente.*

²¹ *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima segunda edición, Real Academia Española, <http://buscon.rae.es/drae/>

Afirmación que también debe ser matizada, ya que existen en la CPEUM cláusulas que no pueden ser objeto de una interpretación sistemática o coherente, debido a la contradicción en la que incurrían.

Tal es el caso de lo establecido en la segunda parte del artículo 133 constitucional, precepto el cual, establece lo que la doctrina ha denominado sistema de control difuso de la constitucionalidad. No obstante, la SCJN ha sostenido que de una interpretación aparentemente sistemática, de tal precepto con el artículo 103 constitucional, el cual establece que los tribunales de la Federación conocerán del juicio de amparo (principal medio de control de la constitucionalidad mexicana), debe concluirse que en nuestro país se establece un sistema de control concentrado de la constitucionalidad a cargo del Poder Judicial Federal.

Así, este ejemplo se configura en un caso típico en el que una interpretación sistemática o armonizante se convierte, en el fondo, en el reconocimiento implícito de la existencia de una jerarquía *ad intra constitutio*, y con ello, de la prevalencia de una cláusula constitucional sobre otra. En este caso concreto, la SCJN le otorgó prevalencia al artículo 103 constitucional, con lo cual, dejó sin efecto jurídico alguno a la segunda parte del artículo 133 constitucional, por más que se diga que tal conclusión deriva de una interpretación sistemática.²²

Es por lo anterior que la interpretación sistemática no cumple satisfactoria ni fácilmente su función, cuando lo que se pretende armonizar son normas constitucionales contradictorias, por lo que ante casos como el descrito, el problema surge para el intérprete, quien *“...debe saber resolverlo: no es legítimo para él cruzarse de brazos, negar falsamente la contradicción diciendo que una ley o la constitución no pueden contradecirse, o concluir que si hay contradicción, ella no tiene remedio.”*²³

No por nada, y siguiendo al profesor Eduardo García de Enterría a través de su obra *La Constitución como norma jurídica*, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha reconocido que *“...la Constitución responde a valores sociales que el constituyente los consideró primordiales y básicos para toda la vida colectiva, y que las normas constitucionales deben adaptarse a ellos por ser la base del ordenamiento. Se trata de valores que no son programáticos, que tienen valor normativo y aplicación, y que presiden la interpretación y aplicación de las leyes. Ante la posibilidad de que normas constitucionales colidan con esos valores, ‘normas constitucionales inconstitucionales’ (...) y ante la imposibilidad de demandar la nulidad por inconstitucionalidad del propio texto fundamental, la única vía para controlar estas anomalías es acudir a la interpretación constitucional, a la confrontación del texto con los principios que*

²² Tesis 1a. /J. 80/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, octubre de 2004, p. 264, registro n° 180,240 y Tesis P. /J. 74/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, agosto de 1999, p. 5, registro n° 193,435.

²³ Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, op. cit., p. 142.

*gobiernan la Constitución, de manera que el contenido y alcance de los principios constitucionales se haga vinculante, y evite los efectos indeseables de la anomalía (...) Luego, cuando normas constitucionales chocan con los principios y valores jerárquicamente superiores, es la interpretación, mediante la acción para ello, la vía principal para resolver la contradicción...*²⁴

Por ello, y una vez identificado el problema antes descrito, es que autores como Sagüés señalan que una de la recetas que pudieran servir para solucionar las controversias internas, ideológicas y normativas de la Constitución, es la ya mencionada “*tesis del orden jerárquico de las normas constitucionales*”²⁵, según la cual, no todas las normas constitucionales tienen la misma jerarquía (afirmación explícitamente reconocida por la Sala Constitucional venezolana), ya que las hay superiores e inferiores, por lo que en caso de que haya oposición entre ellas, deberán prevalecer las primeras.

Dicha tesis debe ser objeto de un miramiento profundo y sosegado, sobre todo cuando en el derecho comparado ya existen, tanto precedentes que la aplican, como textos que han reconocido explícitamente la superioridad de algunas normas constitucionales sobre otras (*normas supraconstitucionales*)²⁶, o bien, aquellas que sin contar con tal reconocimiento explícito, implícitamente poseen –como dijera Sánchez Agesta– una superfundamentalidad²⁷, es decir, una especial constitucionalidad (*normas hiperconstitucionales*).²⁸

La propuesta que hacemos en torno a la diferencia conceptual existente entre la *hiperconstitucionalidad* y la *supraconstitucionalidad*, consiste en que la primera es la característica implícita que poseen aquellas normas constitucionales que son continente de una carga ideológica o axiológica fundamental, y la

²⁴ Acción de Interpretación Constitucional, Exp. N° 00-2908, resuelto el 03 de septiembre de 2001, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Septiembre/1656-030901-00-2908.htm>

²⁵ Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, op. cit., p. 150.

²⁶ <<Supra>> Significa 'arriba' o 'encima de'. (Véase: *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit.) Entiéndase por “*supraconstitucionalidad*” los ámbitos o materias de las que carece de jurisdicción cualquier parlamento o autoridad constituida, de tal manera, que así como la Constitución está sobre la ley, la *supraconstitucionalidad* está sobre la Constitución. (vgr. Se habla de la supraconstitucionalidad de los Derechos Humanos, ya que son derechos que no los puede liquidar ningún Parlamento, ni siquiera el órgano constituyente, debido a que una vez reconocidos, por sus características de progresividad e irreversibilidad, han ingresado debidamente al patrimonio del Hombre).

²⁷ Sánchez Agesta, al analizar la Ley Orgánica de 1967 que estableciera, dentro del Estado español, el *recurso de contrafuero*, refiere que dicho recurso implicaba la protección o defensa de ciertos principios fundamentales declarados permanentes e inalterables, debido a su <<superfundamentalidad>>. De ahí que afirmara que “*la acción del poder constituyente establecido por las propias leyes fundamentales para derogarlas o modificarlas, tiene, pues, un límite último en estos principios selectivos.*” (Véase: Sánchez Agesta, “El recurso de contrafuero y la protección del orden constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 181, enero-febrero de 1972, pp. 20-21, <http://www.cepc.es/>)

²⁸ <<Híper>> Significa 'exceso'. Por ello, debemos entender a estas normas como aquellas que sirven de continente a una carga axiológica o ideológica considerable. (Véase: *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit.)

segunda es la característica que poseen algunos preceptos constitucionales, a los que el propio Poder constituyente (originario o constituido), en lo concreto o en lo abstracto, les ha otorgado explícitamente una jerarquía superior en relación con las demás cláusulas constitucionales.

Así, también debemos afirmar que la relación ideal que deben guardar tales conceptos consiste en que no deben existir normas *hiperconstitucionales* a las que no se les reconozca una *supraconstitucionalidad*, como tampoco sería conveniente que existieran normas *supraconstitucionales* sin que sean *hiperconstitucionales*.

De esta forma, consideramos que dentro de ese nivel jerárquico superior de normas constitucionales puede hacerse la siguiente dicotomía: **(i)** aquellas normas que son *supraconstitucionales* debido a que explícitamente –en lo concreto o en lo abstracto– se les ha dotado de una especial jerarquía; y **(ii)** aquellas normas que son *hiperconstitucionales* debido a que implícitamente se les ha reconocido su especial carga axiológica o ideológica.

b.2) La supraconstitucionalidad en el derecho comparado.

Dicha supraconstitucionalidad la encontramos plasmada en el derecho comparado de dos formas diversas: **(i)** la *supraconstitucionalidad concreta*, y **(ii)** la *supraconstitucionalidad abstracta*.

Así por ejemplo, un reconocimiento de la supraconstitucionalidad concreta lo podemos encontrar en el artículo 44 de la Constitución de Colombia de 1991, a través del cual, el constituyente de aquel país adoptó la decisión de que los derechos de los niños deberán prevalecer sobre cualquier otro derecho, con lo cual, si se actualizara un caso de contradicción normativa entre normas, y una de estas normas tutelara algún derecho de los niños, deberá preferirse ésta, debido a que le fue reconocida explícitamente una prevalencia o jerarquía superior respecto de cualquier otra, aún y cuando el choque normativo o antinomia se actualice a nivel constitucional.²⁹

Nótese que en el ejemplo anterior, la supraconstitucionalidad se fundamenta en una hiperconstitucionalidad, ya que es debido al contenido axiológico que tienen los derechos de la niñez, que el Poder constituyente originario de Colombia dotó a las normas que los reconocen de una especial jerarquía, es decir, de una supraconstitucionalidad. Esta relación será la que, en última instancia, nos permita afirmar que lo verdaderamente trascendente no es la supraconstitucionalidad, ya que la justificación de ésta, dependerá siempre de que las normas sean hiperconstitucionales, es decir, que tengan un contenido ideológico o axiológico

²⁹ *Art. 44.-* Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión (...). *Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.*

fundamental.

Ahora bien, si se puede hablar de una supraconstitucionalidad concreta, consideramos que existen otros ejemplos en el derecho comparado, ante los cuales, bien podría hablarse de una supraconstitucionalidad abstracta, es decir, cláusulas constitucionales que, sin referirse a casos concretos, han sido colocadas en un nivel de superioridad respecto de las demás normas constitucionales, al punto de que son inmodificables, es decir, son contenidos constitucionales que explícitamente han sido establecidos como límites absolutos al Poder constituyente constituido.

Al respecto, es importante precisar que de acuerdo a la Teoría Constitucional, existen ciertos límites a los cuales puede quedar sometido el Poder de reforma. Atendiendo a la clasificación que Fix-Zamudio realiza respecto de tales límites, éstos pueden ser de tres tipos, a saber: *(i) temporales*, aquellos que fijan un plazo de espera o término en el cual no se permiten reformas, también denominadas cláusulas pétreas (*vid. supra*. CAPÍTULO SEGUNDO, inciso a.2); *(ii) circunstanciales*, aquellos que determinan la prohibición de reformar la Constitución cuando prevalezcan ciertas condiciones; y *(iii) sustanciales* (o materiales), aquellos que dan lugar a cláusulas intangibles, las cuales se inspiran en que hay una parte sustancial de la Constitución, sin la cual, se convertiría en algo diverso.³⁰

Desde ahora queremos precisar que cuando hacemos referencia a que existen en el derecho comparado ciertas cláusulas constitucionales que reflejan una supraconstitucionalidad abstracta, no nos estamos refiriendo a cualquier límite al que pueda quedar sometido el Poder de reforma, sino precisamente a los *límites sustanciales* (o materiales), ya que son éstos lo que dan lugar a las denominadas *cláusulas de intangibilidad*.

Las *cláusulas de intangibilidad*, para efectos de la presente investigación, resultan sumamente importantes, ya que “...nos permiten identificar [apunta Mijangos Borja] el núcleo esencial de la Constitución, y son de suma utilidad a la hora de interpretar este ordenamiento, ya que su introducción en los textos constitucionales tiene como básica finalidad asentar claramente, en el más alto nivel normativo, los supuestos ideológicos y valorativos en que descansa el régimen político que con la Constitución se pretende establecer.”³¹

Tales cláusulas de intangibilidad se configuran en una supraconstitucionalidad abstracta, debido a que el Poder constituyente originario determinó que sus contenidos deberían permanecer como límites materiales inalterables al Poder revisor de la Constitución.

³⁰ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, México, Porrúa-UNAM, 1999, p. 106.

³¹ Mijangos Borja, María de la Luz, “Estabilidad y límites a la reforma constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXI, núm. 91, enero-abril de 1998, pp. 166-167, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/91/art/art8.pdf>

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que “...las cláusulas de intangibilidad permiten identificar el ‘contenido fundamental’ de la Constitución, así como la interpretación fiel de este ordenamiento. Su finalidad básica es fundar los ‘supuestos ideológicos y valorativos’ en los cuales descansa el sistema constitucional. Esto es lo que nos permite identificar parte de esa regla de reconocimiento, para determinar si los cambios son una mutación o una reforma de la misma. Estas cláusulas se presentan como una norma garantizadora de un principio frente a las violaciones posibles, por lo que se precisa el reforzamiento de tal núcleo constitucional (...) caso, por ejemplo, del artículo 89° de la Constitución de Francia de 1958, el artículo 139° de la Constitución italiana de 1947 o el artículo 119° de la Constitución panameña; y, en el caso peruano, del artículo 183° de la Constitución de 1839, el artículo 142° de la Constitución de 1933,”³²

Es importante mencionar que este tipo de cláusulas no son nuevas en el constitucionalismo mexicano. Prueba de ello es, en primer lugar, el artículo 171 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, el cual disponía que: “Jamás se podrán reformar los artículos de esta Constitución y de la acta constitutiva que establecen la libertad o independencia de la nación mexicana, su religión, forma de gobierno, libertad de imprenta, y división de los poderes supremos de la federación y de los Estados”; y en segundo lugar, el artículo 29 del Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, precepto que señalaba que: “En ningún caso se podrán alterar los principios que establecen la independencia de la nación, su forma de gobierno republicano representativo popular federal, y la división, tanto de los poderes generales, como de los Estados.”

Como puede observarse, nuestro país no ha sido ajeno al planteamiento de que existan determinados valores y principios constitucionales que deban permanecer intangibles, sin embargo, pudiera llegar a especularse que su inclusión en las Constituciones obedece a teorías un tanto anacrónicas o caducas, razón por la cual, será importante analizar qué tan comunes son las cláusulas de intangibilidad dentro del constitucionalismo contemporáneo, a fin de verificar si tales especulaciones son correctas.

Al respecto, hoy encontramos ejemplos de *cláusulas de intangibilidad* en los siguientes textos constitucionales:

- **Constitución italiana de 1947** (Art. 139. No podrá ser objeto de revisión constitucional la forma republicana).
- **Constitución alemana de 1949** (Art. 79.3. Será ilícita toda modificación de la presente ley en virtud de la cual se afecte a la división de la Federación en Estados, a los fundamentos de la cooperación de los Estados en la

³² Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, expediente N° 0050-2004-AI/TC, 05 de junio de 2005, párr. 33 y 34.

potestad legislativa o a los principios establecidos en los artículos 1° y 20.)

- **Constitución francesa de 1958** (Art. 89, quinto párrafo. No podrá la forma republicana de gobierno ser objeto de reforma).
- **Constitución portuguesa de 1976** (Art. 288. Las leyes de revisión constitucional deberán respetar –entre otros temas- la forma republicana de gobierno; los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos; la separación y la interdependencia de los órganos de soberanía; la fiscalización de la constitucionalidad por acción o por omisión de normas jurídicas, etc.).
- **Constitución salvadoreña de 1983** (Art. 248. No podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refieren a la forma y sistema de gobierno, al territorio de la República y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República).
- **Constitución guatemalteca de 1985** (Art. 278. Para reformar éste o cualquier artículo de los contenidos en el Capítulo I del Título II de esta Constitución (“Derechos Humanos”), es indispensable que el Congreso de la República, con el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros que lo integran, convoque a una Asamblea Nacional Constituyente; lo que significa que el Poder constituyente permanente no puede alterar dichos contenidos a través de enmiendas a la Constitución de este país, ya que esto sólo podrá hacerlo un Poder constituyente originario).
- **Constitución brasileña de 1988** (Art. 60.4. No serán objeto de deliberación las propuestas de enmienda tendientes a abolir la forma federal del Estado; el voto directo, secreto, universal y periódico; la separación de los poderes y los derechos y garantías individuales).
- **Constitución Rusa de 1993** (Art. 135. Las disposiciones de los capítulos 1 (“Los Fundamentos del Sistema Constitucional”), 2 (“Derechos y Libertades del Hombre y del Ciudadano”) y 9 (“Revisión y Reforma Constitucional”) de la Constitución de la Federación de Rusia no podrán ser revisadas por la Asamblea Federal. En caso de que se presente una propuesta para su reforma, ésta deberá ser solicitada por las tres quintas partes del número total de diputados del Consejo de la Federación y la Duma del Estado, con lo cual se convocará a una Asamblea Constitucional. La Asamblea Constitucional puede confirmar la inviolabilidad de la Constitución de la Federación de Rusia o desarrollar un nuevo proyecto de la Constitución de la Federación de Rusia, que deberá ser aprobada por dos tercios del número total de diputados a la Asamblea constitucional o sometida a votación popular conforme a lo dispuesto en la ley constitucional federal; lo que significa que el Poder constituyente permanente no puede alterar dichos contenidos a través de enmiendas a la Constitución de este país, ya

que esto sólo podrá hacerlo un Poder constituyente originario).

- **Constitución venezolana de 1999** (Art. 342. La reforma constitucional tiene por objeto una revisión parcial de esta Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional).
- **Constitución ecuatoriana de 2008** (Art. 84. La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.)
- **Constitución boliviana de 2009** (Art. 411. La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria; lo que significa que el Poder constituyente permanente –al igual que en el caso guatemalteco- no puede alterar dichos contenidos a través de enmiendas a la Constitución de este país, ya que esto sólo podrá hacerlo un Poder constituyente originario).

De lo anterior se concluye que las *cláusulas de intangibilidad* son disposiciones actuales que, lejos de atender a teorías pretéritas, han venido consolidándose dentro de los documentos constitucionales contemporáneos.

Asimismo, y ante un análisis de derecho comparado como el anterior, bien podemos preguntarnos: ¿qué fue lo que observaron los poderes constituyentes de estos países en tales tópicos constitucionales, al punto de que les reconocieran o dotaran de supraconstitucionalidad? Nos parece que la respuesta resulta evidente: los contenidos constitucionales a los que hacen referencia los ejemplos de *cláusulas de intangibilidad* antes mencionados, poseen una carga ideológica o axiológica fundamental, razón de más para reiterar lo que ya habíamos afirmado en el sentido de que siempre tendrá mayor relevancia la hiperconstitucionalidad que la supraconstitucionalidad.

Ahora bien, el análisis de derecho comparado no sería integral si no se atiende a la forma en que los tribunales constitucionales han interpretado y aplicado dichas cláusulas de intangibilidad. Por ello, analizaremos brevemente lo que, al respecto, han manifestado los tribunales constitucionales de Italia, Alemania y Francia, países en los cuales, las cláusulas de intangibilidad han resistido el paso del tiempo debido a que fueron establecidas en 1947, 1949 y 1958 respectivamente.

Asimismo, se analizará un precedente del Tribunal Constitucional del Perú, el cual reviste significativa importancia para esta investigación, sobre todo porque a pesar de que la Constitución de aquel país no establezca cláusula de intangibilidad alguna, su máximo tribunal ha reconocido y descrito la hiperconstitucionalidad a la que nos hemos referido. Veamos.

- **Tribunal Constitucional Federal de Alemania:**

Comencemos por recordar que de acuerdo al artículo 79.3 de la Ley Fundamental de de la República Federal Alemana de 1949, será ilícita toda reforma constitucional, en virtud de la cual se afecte la división de la Federación en Estados, los fundamentos de la cooperación de los Estados en la potestad legislativa, o los principios establecidos en los artículos 1° y 20.

Por su parte, el artículo 1° dispone que: *“1. La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección. 2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. 3. Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable.”*

Así, es claro que de acuerdo a dicha Ley Fundamental, el Poder constituyente originario de aquel país determinó que la dignidad humana sería un límite material expreso para el Poder de revisión constitucional, configurándose tal determinación en una cláusula de intangibilidad con un efecto práctico concreto: ninguna reforma constitucional podrá vulnerar la *dignidad humana*. Resulta muy interesante el precedente que analizaremos, debido a que, al ser la *dignidad humana* un concepto jurídico indeterminado, dio lugar a interpretaciones divergentes, y con ello, a confrontaciones en el seno de aquel tribunal.

La Segunda Sala del Tribunal Constitucional Federal, en un caso sobre escuchas telefónicas resuelto por sentencia BVerfGE 30, 1 fechada el 15 de diciembre de 1970, fue claro al señalar que: *“El que el Art. 1 de la Ley Fundamental, conocido como el principio de la inalienabilidad de la dignidad humana, no pueda ser modificado mediante una reforma constitucional, tal y como lo dispone el Art. 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental, dependerá ante todo de las circunstancias en las cuales se considere violada la dignidad humana. Evidentemente esto no se puede establecer en forma general, sino siempre atendiendo al caso concreto. Las fórmulas generales, como la que prevé que los seres humanos no puedan ser degradados al ser tratados por el poder estatal como un simple objeto, establecen las directrices que sirven para determinar los casos en los que se da una violación a la dignidad humana. [Sin embargo, no] pocas veces el ser humano se vuelve un simple objeto (...) del derecho (...) La violación de la dignidad humana no se da por esta sola razón. Se debe añadir (...) que en el tratamiento dado en un caso concreto exista una desvalorización*

*arbitraria de la dignidad humana...*³³

La confrontación en el tribunal se generó, precisamente, en cuanto al alcance y contenido que la mayoría le dio al concepto de *dignidad humana*. Así, en el voto particular de la minoría (magistrados Geller, Dr. Von Schlabrendorff y Dr. Rupp), se mencionó que: “*Para responder a la pregunta de lo que significa ‘dignidad humana’, uno debe guardarse de entender esta patética expresión exclusivamente en su sentido más elevado, es decir, aquel que considera que la dignidad humana únicamente se vulnera cuando el trato otorgado por el poder público [sea] expresión de desprecio del valor del que goza el ser humano por el hecho de ser persona (...) Si se hace esto, entonces se reduciría al Art. 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental a la prohibición de reintroducir, por ejemplo, las torturas, la picota, y los métodos del Tercer Reich. Una restricción tal, sin embargo, no corresponde a la concepción y al espíritu de la Ley Fundamental.*”³⁴ En pocas palabras, el concepto de *dignidad humana* no fue para la minoría, un concepto que pudiera relativizarse al caso concreto, por lo que nunca será permitido tratar al ser humano como objeto, ya que debe ser considerado fin del Derecho.³⁵

Pero más allá de la disputa, la cual ha sido objeto de diversos estudios doctrinales³⁶, nos parece que este tipo de precedentes dejan ver que las actuaciones del Poder constituyente constituido no pueden –ni deben– quedar exentas de control, y por ello, de revisión, como el acaecido en el seno del Tribunal Constitucional Federal Alemán, máxime, cuando las reformas constitucionales puedan llegar a desvirtuar conceptos jurídicos indeterminados incluidos en la Constitución.

- **Consejo Constitucional de Francia:**

A diferencia de la Constitución alemana, la Constitución francesa de 1958, además de la cláusula intangibilidad establecida en el artículo 89, quinto párrafo, según la cual no puede reformarse la forma republicana de gobierno, incluye límites circunstanciales, que son aquellos que determinan la prohibición de reformar la Constitución cuando prevalezcan ciertas condiciones. Estos últimos señalan que no podrá reformarse la Constitución cuando estuviere vacante la

³³ Sentencia BVerfGE 30, 1, Recurso de Amparo, Resolución de la Segunda Sala, 15 de diciembre de 1970. (Véase: Schwabe, Jürgen (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 53 y 54)

³⁴ *Idem.*

³⁵ Por ello, Luis Rodolfo Vigo, parafraseando a Jesús Ballesteros, insiste en no olvidar la antigua enseñanza condensada en el adagio “*hominis causa omne ius constituitur*”, la cual se opone a la visión instrumental del derecho que responde a la visión del mundo como simple material de trabajo, y del hombre como puro constructor de herramientas, lo que en opinión de Heidegger supone la culminación misma del materialismo, la degradación de la realidad y del hombre mismo. (Véase: Vigo, Rodolfo Luis, *op. cit.*, p. 23)

³⁶ *Para este tema puede consultarse:* Von Münch, Ingo, “La dignidad del hombre en el derecho constitucional”, trad. de Jaime Nicolás Muñiz, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año II, núm. 5, mayo-agosto de 1982, <http://www.cepc.es/>

Presidencia de la República (Art. 7°), ni cuando se encuentre amenazada la integridad del territorio francés (Art. 16° y 89, cuarto párrafo).

Resulta importante realizar la precisión anterior debido a que, como veremos, en los precedentes del Consejo Constitucional francés, tanto los límites circunstanciales como el límite sustancial de aquella Constitución son abordados de la misma manera por dicho órgano, es decir, los engloba como límites del Poder constituyente constituido.

Así, al día de hoy se cuentan al menos cuatro decisiones emitidas por el Consejo Constitucional francés, en las que se observa un principio que deja ver la forma en que ha aplicado los límites circunstanciales y sustancial, siendo importante precisar que en ninguna de estas ocasiones ha declarado que una reforma a la Constitución violente tales límites. Sin embargo, ha sido enfático en sostener que: *“A reserva, por un lado, de las limitaciones que afectan a los períodos durante los cuales una revisión de la Constitución no puede ser iniciada o proseguida, resultando de los artículos 7, 16 y 89, apartado 4, del texto constitucional y, por otro lado, del cumplimiento de los requisitos del párrafo quinto del artículo 89, en virtud del cual ‘la forma de Gobierno de la República puede no ser sujeta a una revisión’, el poder constituyente es soberano. Le está permitido derogar, cambiar o complementar las disposiciones de valor constitucional en la forma en que estime apropiada.”*³⁷

Sobre estos precedentes sólo comentaremos que, a diferencia de lo realizado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, el Consejo Constitucional Francés no ha entrado en disquisiciones respecto a cómo interpretar, por ejemplo, la *forma republicana de gobierno*, lo cual resulta lógico, ya que tal concepto es lo suficientemente claro, tanto en la doctrina³⁸ como en la jurisprudencia comparada, lo que facilita su aplicación, supuesto que no se actualiza con conceptos jurídicos indeterminados como el de dignidad humana analizado por el Tribunal Constitucional Federal alemán.

- **Corte Constitucional de Italia:**

Recordemos que la única cláusula de intangibilidad que existe en la Constitución italiana de 1947 es la señalada en el artículo 139, el cual prohíbe que se modifique la forma republicana de gobierno. Sin embargo, resulta sumamente interesante lo que al respecto ha señalado la Corte Constitucional italiana, debido

³⁷ Cfr. Decisiones n° 92-312 DC del 2 de septiembre de 1992, n° 99-410 DC del 15 de marzo de 1999, n° 2003-478 DC del 30 de julio de 2003 y n° 2004-503 DC del 12 de agosto de 2004, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

³⁸ Tena Ramírez refiere que la defunción más concreta y particular del concepto *república* se le debe a Maquiavelo, quien la identificó como lo opuesto conceptualmente a la monarquía. Así, atendiendo a la historia de Francia, es evidente que eso es lo que quiso evitar el Poder constituyente originario francés de 1958: que el Estado pudiera retomar a la monarquía como forma de gobierno. (Véase: Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 30ª ed., México, Porrúa, 1996, p. 87)

a que no sólo ha llegado a admitir que la supraconstitucionalidad existe en este tipo de cláusulas de intangibilidad, sino que ha llegado a reconocer la existencia de una hiperconstitucionalidad implícita en algunas otras normas constitucionales que, a pesar de que el Poder constituyente originario no las haya establecido como cláusulas de intangibilidad, deben reconocerse como límites al Poder de reforma.

Así, en la sentencia 1146/1988 señaló que *“...la Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni siquiera por leyes de reforma constitucional o por otras leyes constitucionales. Tales son los principios que la misma Constitución explícitamente prevé como límites absolutos al poder de reforma constitucional, como la forma republicana, como los principios que, a pesar de no estar mencionados expresamente (...) pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución italiana. [Así las cosas,] los principios supremos del ordenamiento tienen una valencia superior respecto a las otras normas o leyes de rango constitucional (...) por tanto, negar que esta Corte es competente para juzgar la conformidad de las leyes de reforma constitucional y de las otras leyes constitucionales (...) en relación a los principios supremos, [nos llevaría] al absurdo de considerar el sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución como defectuoso o no efectivo en relación a sus normas de más elevado valor.”*³⁹

Tal precedente nos dejar ver una cuestión de significativos alcances, ya que de acuerdo con la Corte Constitucional italiana, el Poder constituyente constituido no sólo posee límites explícitos o absolutos, como lo son las cláusulas de intangibilidad, sino que además, posee otros límites implícitos que son los principios que pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución.

- **Tribunal Constitucional del Perú:**

El planteamiento elaborado por la Corte Constitucional italiana es de tal relevancia que no puede dejar de mencionarse lo que, al respecto, ha señalado el Tribunal Constitucional del Perú, ya que a pesar de que la Constitución peruana de 1993 no incluya cláusula de intangibilidad alguna, dicho tribunal también ha señalado que existen límites implícitos para el Poder de revisión constitucional.

Así, en los fundamentos 33 y 34 de la Sentencia del Expediente N° 0050-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional peruano manifestó que *“...los límites explícitos no se agotan en las cláusulas de intangibilidad, sino que a lo largo del texto constitucional pueden estar consignados incluso en frases que se encuentran en un contexto diferente. [Son los denominados] límites materiales implícitos, [que] son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en*

³⁹ Sentencia 1146/1988, *Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, 15 de diciembre de 1988, <http://www.cortecostituzionale.it/>

la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la ‘destrucción’ de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado.”⁴⁰

En torno a estos dos últimos precedentes, y debido a su impacto para el desarrollo de la presente obra, queremos resaltar las conclusiones siguientes:

- (i) En primer lugar, se recordará que al analizar el precedente “Nueva Alianza y Convergencia” (*vid. supra*. CAPÍTULO PRIMERO, inciso e), y al cuestionarnos sobre si el Poder constituyente constituido mexicano, tenía o no límites materiales (*vid. supra*. CAPÍTULO SEGUNDO, inciso a.2), advertíamos que la CPEUM no menciona nada respecto a la existencia de tales límites, ante lo cual, también se dijo –*prima facie*– que sería absurdo pensar, frente a este tipo de silencios constitucionales, que pudieran deducirse potestades ilimitadas para los órganos constituidos (como lo es el Poder constituyente constituido), potestades las cuales pudieran, incluso, ser contrarias al constitucionalismo mismo.

En aquel momento, es claro que no teníamos los elementos suficientes para afirmar categóricamente tal conclusión, sin embargo, con los planteamientos esgrimidos, tanto por la Corte Constitucional italiana, como por el Tribunal Constitucional peruano, se observa ahora con claridad que, a pesar de que las Constituciones guarden silencio respecto de límites materiales explícitos (cláusulas de intangibilidad), éstos se encuentran implícitos en toda Constitución.

- (ii) En segundo lugar, tal y como ya lo hemos advertido (*vid. supra*. CAPÍTULO SEGUNDO, inciso c), pareciera ser que las garantías constitucionales o los medios de control de la constitucionalidad, en relación con el *Rule of law*, configuran una *simbiosis constitucional* de suma importancia, al punto de que sin tales garantías o medios de control, sería imposible concretar el sometimiento del poder a través del Derecho, razón por la cual, hoy en día sería ilusorio pensar en el desarrollo de un Estado constitucional y democrático de Derecho, sin la existencia de medios o garantías de control de la constitucionalidad, a través de los cuales, puedan ser revisados los actos de todos los poderes constituidos.

Así lo confirman los tribunales constitucionales citados, al mencionar que, negar la posibilidad de revisar la conformidad de las leyes de reforma constitucional, y de las otras normas constitucionales en relación a los principios supremos, nos llevaría al absurdo de considerar el sistema de

⁴⁰ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, expediente N° 0050-2004-AI/TC, 05 de junio de 2005, párr. 33 y 34.

garantías jurisdiccionales de la Constitución como defectuoso o no efectivo en relación a sus normas de más elevado valor.

De esta forma, una vez que hemos analizado la supraconstitucionalidad, viéndola claramente reflejada en las cláusulas de intangibilidad, así como encontrado precedentes en los que, de la aplicación de tales cláusulas, se reconoce expresamente la existencia e importancia de la hiperconstitucionalidad de la que hemos hablado, es preciso que pasemos a su análisis dentro del derecho comparado.

b.3) La hiperconstitucionalidad en el derecho comparado.

Uno de los ejemplos más claros de *hiperconstitucionalidad* es aquella que se deduce de cláusulas constitucionales que establecen diferentes procedimientos de reforma, unos más agradados que otros, atendiendo precisamente a los contenidos que pretenden ser alterados.

A la luz de la Teoría Constitucional podemos decir que este tipo de cláusulas establecen límites relativos que se imponen al Poder revisor, “...*porque una vez que se ha cumplido con el procedimiento exigido, la reforma llega a ser válidamente parte de la Constitución, a diferencia de las cláusulas de intangibilidad que establecen límites absolutos al poder revisor, respecto de ciertos principios constitucionales.*”⁴¹ Veamos pues, algunos ejemplos en el derecho comparado de este tipo de límites relativos:

- **Constitución española de 1978:**

Por lo que hace a un ejemplo en el que, de manera implícita se reconozca la hiperconstitucionalidad de algunas cláusulas constitucionales, mencionaremos el Título X de la Constitución española de 1978, el cual establece dos diferentes procedimientos para la reforma constitucional. Uno que podríamos denominar “*de la reforma ordinaria*”, y que opera por regla general; y otro, que podríamos denominar “*de la reforma extraordinaria*”, que opera sólo cuando la pretensión es reformar determinados contenidos constitucionales.

Es decir, conforme al artículo 167 de dicha carta magna, la reforma constitucional ordinaria requiere para su aprobación una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras, y opera –como hemos dicho– por regla general.

En cambio, conforme al artículo 168, la reforma constitucional extraordinaria sólo es procedente cuando lo que se pretende reformar sea el Título Preliminar, el Capítulo Segundo, la Sección 1ª del Título I, o el Título II de esa Constitución, siendo necesario para su aprobación la mayoría de dos tercios de cada Cámara, aunado a que deberá procederse a la disolución inmediata de las Cortes, a fin de

⁴¹ Mijangos Borja, María de la Luz, “Estabilidad y límites a la reforma constitucional”, *op. cit.*, p. 167.

que las nuevas Cámaras procedan al estudio del nuevo texto constitucional, y ratifiquen, en su caso, la decisión de reformar la Constitución en esas partes, debiendo ser nuevamente aprobada por mayoría de dos tercios de las Cámaras recién electas. Por último, aprobada la reforma por las Cortes Generales recién electas, ésta deberá someterse a referéndum para su ratificación popular.⁴²

De lo anterior, vemos claramente cómo el Constituyente originario español de 1978, implícitamente reconoció que el contenido de los preceptos constitucionales contenidos en el Título Preliminar, en el Capítulo Segundo, en la Sección 1ª del Título I y en el Título II de su obra, no es similar al contenido de los demás preceptos constitucionales, razón por la cual decidió establecer un procedimiento de reforma más riguroso para el caso de que se quisiesen reformar dichos preceptos, es decir, decidió protegerlos de una manera especial.

Así, la pregunta resulta obvia: ¿qué contienen las cláusulas constitucionales que se ubican en los apartados antes mencionados?, ¿qué justifica el establecimiento de un procedimiento de reforma más riguroso?, ¿por qué establecer límites relativos al Poder de revisión constitucional en relación con tales cláusulas constitucionales?

Veamos su contenido:

- El *Título Preliminar* contiene, por ejemplo, la decisión de los españoles de constituirse como un Estado social y democrático de Derecho sobre la base de la soberanía popular, a través de una monarquía parlamentaria y señalando que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (Art. 1º).
- El *Capítulo Segundo* intitulado “*Derechos y Libertades*”, establece los principios de igualdad y de no discriminación (Art. 14).
- La *Sección 1ª del Título I* intitulada “*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*”, establece el catálogo de derechos fundamentales reconocidos por el Estado español.
- El *Título II* intitulado “*De la Corona*”, establece la forma de gobierno, señalando que el Rey es el Jefe del Estado y símbolo de su unidad y permanencia (Art. 56.1)

⁴² El referéndum es, a dicho de Carl Schmitt, “...la votación popular sobre la confirmación o no confirmación de un acuerdo del cuerpo legislativo”, razón por la cual André Hariou ha señalado que es una “institución mediante la cual se puede combinar la organización representativa del Estado moderno y la democracia directa de los Estados antiguos, y que expresa la verdadera fórmula conciliadora del gobierno semidirecto...” (Véase: Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, México, Editorial Nacional, 1966, y Hariou, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Madrid, Ariel, 1980, p. 370.)

- **Constitución colombiana de 1991:**

Otro ejemplo de *hiperconstitucionalidad*, similar al que acabamos de exponer, es el referente a la reforma constitucional en el Estado colombiano.

El artículo 377 de la Constitución de 1991 de aquella nación, establece que *“deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral.”*

Es decir, se establece la posibilidad de que la ciudadanía solicite la realización de un referéndum, si se da el caso de que la alguna reforma constitucional aprobada por el Congreso, haya alterado determinados contenidos constitucionales (*vgr.* derechos fundamentales), señalando que tal enmienda *“se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral.”*

- **Constitución sudafricana de 1996:**

El artículo 74 de la Constitución de la República de Sudáfrica de 1996, señala tres procedimientos diversos para proceder a la enmienda constitucional. El primero de ellos se refiere a la intención de reformar los valores constituciones del Estado sudafricano; el segundo a la pretensión de reformar el catálogo de los derechos fundamentales; y el tercero a la reforma de cualquier otra disposición constitucional.

Así, el primer procedimiento (Art. 74.1) señala que *“la sección 1 y esta subsección pueden ser reformadas por una Ley aprobada por la Asamblea Nacional con el apoyo de por lo menos un 75% de los miembros y por el Consejo Nacional de las Provincias con el apoyo de por lo menos seis provincias.”* Cabe señalar que conforme al artículo 103 de esta Constitución, la República sudafricana está compuesta de diez provincias.

Tal y como referimos, este primer procedimiento lo que pretende proteger son los valores constitucionales del Estado sudafricano, ya que la Sección 1 de esta Constitución establece que: *“La República de Sudáfrica es un único estado soberano y democrático fundado sobre los siguientes valores: (a) Dignidad humana, el logro de la igualdad y la promoción de los derechos humanos y la libertad; (b) Sin discriminación racial ni sexual; (c) Supremacía de la Constitución y preceptos de la ley; (d) Sufragio adulto universal, un padrón electoral nacional único, elecciones periódicas y un gobierno bajo un sistema democrático multipartidario para asegurar la responsabilidad, sensibilidad y apertura.”*

Por lo que hace al segundo procedimiento (Art. 74.2), se establece que “*el capítulo 2 puede ser reformado por una Ley aprobada por la Asamblea Nacional con el apoyo de por lo menos dos terceras partes de los miembros y por el Consejo Nacional de las Provincias con el apoyo de por lo menos seis provincias.*” Así, si la pretensión consiste en alterar el catálogo de derechos fundamentales reconocidos por el Estado sudafricano, aunque la mayoría requerida para la enmienda disminuye en relación con la que se necesita para reformar los valores constitucionales de esa nación (75 por ciento de la Asamblea Nacional y el Consejo Nacional con el apoyo de por lo menos seis provincias), sigue siendo una mayoría calificada (66 por ciento de la Asamblea Nacional y el Consejo Nacional con el apoyo de por lo menos seis provincias).

Por último, el tercer tipo de procedimiento (Art. 74. 3) señala que “*...cualquier otra disposición de la Constitución puede ser reformada por una Ley aprobada por la Asamblea Nacional con el apoyo de por lo menos dos terceras partes de los miembros*”, es decir, ya no requiere el consentimiento del Consejo Nacional de las Provincias.

Respecto del ejemplo sudafricano, deseamos resaltar desde ahora que nos parece adecuada la manera en que, a través de los diversos procedimientos existentes para la reforma constitucional, se pretenden proteger los diversos contenidos constitucionales, ya que detrás de tales procedimientos, parece estar latente un principio fundamental: “*a mayor contenido ideológico o axiológico de las cláusulas constitucionales, mayor rigor en el procedimiento de reforma.*”

Esto guarda una íntima relación con los que propondremos en los siguientes apartados de este capítulo (*vid. infra.* inciso e), en el sentido de que el núcleo intangible de la Constitución se hace consistir de los valores constitucionales y principios constitucionales, estableciendo que entre tales conceptos, no existe igualdad jerárquica, ya que son los primeros los que dan fundamento a los segundos. De esta forma, la Constitución sudafricana de 1996 resulta ejemplificativa en torno a esta distinción, ya que establece un procedimiento de reforma *súper rígido* para proceder a la enmienda de los valores constitucionales, un procedimiento *rígido agravado* para la reforma de principios constitucionales, y por último, un procedimiento *simplemente rígido* para la modificación de los demás contenidos constitucionales.

Así, una vez analizados los tres casos antes referidos, claramente se puede observar que el contenido de los apartados que han sido especialmente protegidos a través de límites relativos establecidos al Poder constituyente constituido, son contenidos hiperconstitucionales, debido a que reflejan decisiones axiológicas y políticas fundamentales de las que hablábamos anteriormente (*vid. supra.* CAPÍTULO PRIMERO, inciso e), y sobre las cuales profundizaremos en el siguiente inciso de este capítulo (*vid. infra.* inciso c).

b.4) Breve apología sobre la hiperconstitucionalidad reconocida en el derecho comparado.

Ahora bien, si hemos defendido que los casos español, colombiano y sudafricano son ejemplos de que los límites relativos al Poder de reforma, implican el reconocimiento de una hiperconstitucionalidad, es importante atender a algunos de los argumentos que se esgrimen en el sentido de que la existencia de procedimientos heterogéneos de reforma constitucional, en torno a determinados contenidos constitucionales, no implican una jerarquía especial de tales preceptos. Veamos.

b.4.1) El argumento de la no jerarquización y su respuesta:

Carlos De Cabo ha sostenido que “...debe aceptarse que es irrelevante la diferencia de procedimiento desde el punto de vista de la jerarquía de las Normas, pues (...) no cabe en la Constitución diferencia de rango, ya que supondría desconocer que toda Norma constitucional es, por definición, la que no reconoce (positivamente) Norma superior.”⁴³

Para atender a tal argumento, comenzaremos por analizar cuáles serían las consecuencias prácticas de aceptarlo como válido, para después, rebatirlo en el plano teórico y doctrinal.

El argumento parte, en primer lugar, de que la diferencia entre los procedimientos de reforma constitucional resulta irrelevante en relación con la existencia de una jerarquía *ad intra constitutio*. Si así fuere, qué pasaría si, por ejemplo, el Poder reformador español enmendara la Constitución a través del procedimiento ordinario (art. 167), es decir, que reformara alguno de los artículos no contemplados dentro de los apartados que sólo pueden ser modificados mediante el procedimiento extraordinario (art. 168), pero que de dicha enmienda, pudiera deducirse una violación o limitación –quizá indirecta– a las cláusulas a las que se refiere el procedimiento extraordinario.

Piénsese, por ejemplo, en que se aprobara la adición de un séptimo inciso al artículo 68 de aquella Constitución, mismo que establece las reglas para la elección de los miembros de la Cámara de Diputados, y en el cual se dijera, palabras más palabras menos, que “ninguna persona, física o moral, podrá intervenir en las campañas electorales a través de los medios de comunicación, salvo que tales intervenciones sean previamente calificadas por la autoridad electoral.”

Es claro que conforme a los procedimientos de reforma (ordinario o extraordinario) de la Constitución española de 1978, para que tal adición fuera válidamente aprobada sólo requeriría del procedimiento ordinario. Sin embargo,

⁴³ De Cabo Martín, Carlos, *La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, op. cit., p. 57

también es claro que dicha enmienda estaría contradiciendo el artículo 20 de la Constitución española, el cual reconoce la libertad de expresión como derecho fundamental, señalando además que este derecho no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. No olvidemos que el artículo 20 antes citado, se encuentra dentro de la Sección 1ª del Título I intitulada “*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*”, misma que requiere, para ser válidamente enmendada, que se siga el procedimiento extraordinario de reforma constitucional.⁴⁴

De seguir la tesis de Carlos De Cabo, tendríamos que concluir que tal reforma es válida, debido a que no se enmendó precepto alguno de los mencionados en el artículo 168 de la Constitución española (procedimiento extraordinario de reforma). Si esta fuera la conclusión correcta, tendríamos también que afirmar que el procedimiento extraordinario de reforma es un límite inútil, ya que el Poder revisor español podría alterar lo que desee mediante el procedimiento ordinario, siempre y cuando cumpla con la formalidad –inservible por cierto– de no tocar ciertos artículos, independientemente de que en el fondo, quizá pueda contravenirlos o alterarlos.

Sin duda, tal conclusión sería absurda, debido a que parte de un argumento sustentado en el iuspositivismo formalista, postura según la cual, el derecho es válido siempre y cuando los órganos del Estado lo produzcan a través del procedimiento previamente establecido, no importante el contenido material o sustancial de lo que aprueban.

Muy por el contrario, consideramos que ante un caso hipotético como el que hemos planteado, lo jurídico sería concluir que una enmienda aprobada por el procedimiento ordinario que conlleve la limitación o violación de aquellos tópicos constitucionales a los que se refiere el procedimiento extraordinario, deberá declararse inconstitucional, debido a que el órgano que aprobó tal reforma no era competente para ello, aunado a que ante la existencia de una contradicción normativa de este tipo, deberá prevalecer la norma que se encuentra protegida por el procedimiento de reforma extraordinario, es decir, el derecho fundamental a la libertad de expresión consagrado en el artículo 20 de la Constitución española de 1978.

⁴⁴ La hipótesis planteada sería muy similar a la reforma constitucional en materia electoral aprobada por el Poder constituyente permanente mexicano en 2007, y que sirviera, precisamente, como detonante para adentrarnos en esta investigación. Recordemos que tal reforma modificó el artículo 41 de la CPEUM, estableciendo que “*Ninguna persona física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos ni a favor o en contra de partidos políticos y candidatos a cargos de elección popular.*” Así, sin tocar o abordar tangencialmente el Título I, Capítulo I (“*De las garantías individuales*”) de la CPEUM, en el cual se encuentra el reconocimiento de la libertad de expresión (Art. 6º), se incluyó, en un título y capítulo diversos (Título II, Capítulo I “*De la Soberanía Nacional y de la Forma de Gobierno*”), una clara limitación a tal derecho fundamental.

Por ello, no aceptamos que la diferencia entre procedimientos de reforma constitucional sea irrelevante para efectos de determinar una posible jerarquía *ad intra constitutio*.

Asimismo, el argumento de Carlos De Cabo parte, en segundo lugar, de la premisa de tener por cierto que, por definición, toda norma constitucional no reconoce (positivamente) norma superior, afirmación que consideramos incorrecta por desconocer el evidente proceso de globalización, el cual, ha generado la reformulación de conceptos políticos como el de *soberanía*, o de principios jurídicos como el de *supremacía constitucional*, al punto de que “...la forma en la cual el estado se comunica [hoy] con los agentes de la globalización se ha transformado, por cuanto estos, ya no se entienden en una relación de subordinación respecto a aquel...”⁴⁵. Veamos por qué.

Atendiendo a la Teoría Constitucional contemporánea, debe afirmarse que “...el debilitamiento de las soberanías nacionales es un hecho evidente sobre el cual resulta innecesario argumentar (...) Cappeletti señala que en Europa se ha producido una verdadera y propia revolución jurídica cuando se reconoce la supremacía o pre-eminencia del derecho comunitario sobre el derecho nacional (...) Todo ese proceso en el que Europa es señora, también se ve reflejado en nuestro continente en donde se ha producido el quiebre de aquella clásica supremacía constitucional al haber perdido los Tribunales supremos nacionales el último control jurídico, pues los ciudadanos americanos pueden reclamar a sus Estados nacionales por la violación en los derechos humanos, aún contra decisiones finales de sus Tribunales.”⁴⁶

Así, hoy no debe desconocerse que “...esa progresiva internacionalización resta posibilidades de acción autónoma al Estado y trae como consecuencia el que cada vez resulte más difícil la regulación de importantes procesos de decisión por parte de las Constituciones, [resultando con ello] la quiebra profunda del principio de soberanía.”⁴⁷

La forma en cómo el concepto de soberanía ha sido matizado a partir de la globalización, queda al descubierto cuando se analizan litigios como *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, mismo que fuera ventilado ante los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Fermín Ramírez fue sentenciado a la pena de muerte por los tribunales guatemaltecos debido a la comisión del delito de homicidio calificado. En este caso, en su sentencia de 20 de junio de 2005, la Corte Interamericana determinó que “...El Estado violó en perjuicio del señor Fermín Ramírez el derecho a las

⁴⁵ Acuña, Juan Manuel, “Jurisdicción constitucional y eficacia de los contenidos constitucionales”, en Del Rosario Rodríguez, Marcos (coord.), *Supremacía Constitucional*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2009, p. 6.

⁴⁶ Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003, p. 125.

⁴⁷ Jáuregui, Gurutz, “Estado, Soberanía y Constitución”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa y UNAM, 2000, pp. 417 y 418.

*garantías judiciales (...) el principio de legalidad (...) el derecho a solicitar un indulto o conmutación de la pena [y] el derecho a la integridad personal...*⁴⁸

Consecuentemente, la Corte Interamericana condenó al Estado guatemalteco a “... llevar a cabo, en un plazo razonable, un nuevo enjuiciamiento en contra del señor Fermín Ramírez, que satisfaga las exigencias del debido proceso legal, con plenas garantías de audiencia y defensa para el inculpado...”⁴⁹

Lo genial de este caso fueron los alcances de la sentencia emitida, la cual puso entredicho cualquier concepto decimonónico que de *soberanía* se pueda tener. Al entrar a análisis del artículo 132 del Código Penal de Guatemala (tipo penal de asesinato), la Corte Interamericana centró su estudio en el penúltimo párrafo de tal precepto, mismo que señalaba: “Al reo de asesinato se le impondrá prisión de 25 a 50 años, sin embargo, se le aplicará la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor particular peligrosidad del agente.”

Al respecto, la Corte Interamericana consideró que el concepto de peligrosidad constituía “...claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, [el cual] implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, [sancionando] al individuo –con pena de muerte inclusive– no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es.”⁵⁰

Así, la Corte Interamericana concluye que “...la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención (Art. 9).”⁵¹

Derivado de lo anterior, el alcance de la sentencia de la Corte Interamericana fue tal, que obligó al Estado guatemalteco a que en el nuevo procedimiento no se le aplicara al quejoso “...la parte del artículo 132 del Código Penal de Guatemala que se refiere a la peligrosidad del agente, debiendo modificar dicha disposición dentro de un plazo razonable para adecuarla a la Convención Americana...”⁵²

De esta forma, la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, tribunal “soberano” del Estado guatemalteco, se vio obligado a considerar la obligatoriedad del fallo de la Corte Interamericana y emitió un acuerdo declarando la falta de

⁴⁸ Corte Interamericana, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia de 20 de junio de 2005, (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 138.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ *Ibidem*, párr. 94 y 95.

⁵¹ *Ibidem*, párr. 96.

⁵² *Ibidem*, párr. 138.

efectos de lo actuado en el proceso penal seguido en perjuicio de Fermín Ramírez.⁵³

Ahora bien, si un concepto perteneciente a la Teoría General del Estado se ha visto matizado por la globalización, como lo es el concepto de *soberanía*, el principio de *supremacía constitucional* perteneciente a la Teoría Constitucional no ha sido la excepción. Lo anterior queda al descubierto cuando se analizan casos como Olmedo Bustos y otros vs. Chile, o mejor conocido como el caso de “*La Última Tentación de Cristo*”, el cual también fue ventilado ante los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Derivado de la censura que recibió, por parte del Estado chileno la película cinematográfica del mismo nombre, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se abocó al estudio de la *litis* para clarificar si el artículo 19, inciso 12 de la Constitución Política de Chile de 1980, mismo que establecía un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica⁵⁴, era o no contrario al artículo 13° de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (libertad de expresión).⁵⁵

Cabe señalar que este caso ya había sido resuelto en definitiva por la Corte Suprema de aquel país, en el sentido de que la censura realizada por el gobierno chileno se adecuaba a los mandatos de la Constitución Política de Chile de 1980,

⁵³ Cabe señalar que en el nuevo procedimiento fue declarado culpable por el delito de homicidio y sentenciado sólo a 40 años de prisión, es decir, ya no se le condenó a la pena de muerte.

⁵⁴ En su parte conducente establecía que: Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 12°.- La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado (...) Habrá un Consejo Nacional de Radio y Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de estos medios de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo. *La ley establecerá un sistema de censura* para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y fijará las normas generales que regirán la expresión pública de otras actividades artísticas.

⁵⁵ La Convención Americana sobre los Derechos Humanos establece, en su parte conducente que: 1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.* Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. *El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores,* las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

sin embargo, la Corte Interamericana señaló, a través de la sentencia emitida el 05 de febrero de 2001, que: *“En el presente caso, está probado que en Chile existe un sistema de censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y que el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibió en principio la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” y luego, al recalificarla, permitió su exhibición para mayores de 18 años. Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Santiago tomó la decisión de dejar sin efecto lo resuelto por el Consejo de Calificación Cinematográfica en noviembre de 1996 debido a un recurso de protección (...) decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile. Estima este Tribunal que la prohibición de la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” constituyó, por lo tanto, una censura previa impuesta en violación al artículo 13 de la Convención.”*⁵⁶

Después, la Corte Interamericana enfatizó y fue lo suficientemente clara al señalar que: *“Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.”*⁵⁷

De esta forma, y superando aquella teoría pretérita y anacrónica de la soberanía y la supremacía constitucional, todavía defendida por algunos, consistente en que toda norma constitucional es, por definición, la que no reconoce positivamente norma superior, la Corte Interamericana resolvió –por unanimidad– que el Estado chileno debía *“...modificar su ordenamiento jurídico interno [incluida su Constitución], en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y [que debía] rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.”*⁵⁸

Cabe señalar, que el Poder constituyente permanente chileno, en cumplimiento de tal sentencia, reformó su Constitución. Nótese a continuación la redacción, en lo conducente, del actual artículo 19, inciso 12 de dicha Ley Fundamental, y su diferencia con la redacción previa a la resolución de este paradigmático caso:

⁵⁶ Corte Interamericana, caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2001, (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 71, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.doc

⁵⁷ *Ibidem*, párr. 72.

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 103.

Constitución de Chile ayer...	Constitución de Chile hoy...
La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y fijará las normas generales que regirán la expresión pública de otras actividades artísticas .	La ley <u>regulará</u> un sistema de <u>calificación</u> para la exhibición de la producción cinematográfica;

Así, es claro que casos como el anterior, ponen de manifiesto que la premisa (la norma constitucional no reconoce norma superior) que soporta el argumento esgrimido por Carlos De Cabo es incorrecta, siguiendo la misma suerte la conclusión a la que arriba (no cabe en la Constitución diferencia de rango), lo que nos permite afirmar que no resulta del todo aventurado pensar que las Constituciones nacionales, hoy más que nunca, deban reconocer positivamente normas de mayor jerarquía⁵⁹, y que por ello, pueda existir un orden jerárquico *ad intra constitutio*.

No por nada, hoy ya no es suficiente, para los aplicadores jurídicos, sólo realizar el control de la constitucionalidad, sino que ahora, para limitar correctamente los actos de autoridad, es necesario realizar un *control de convencionalidad*, es decir, atender a los valores y principios contenidos en las convenciones o tratados internacionales de derecho humanos, ya que, tal y como ocurrió con la Constitución chilena, las Constituciones pueden ser declaradas *inconvenientes* por los órganos internacionales.

Sobre el *control de la convencionalidad*, la Corte Interamericana de Derecho Humanos ha referido en la sentencia de fecha 23 de noviembre de 2009, relativa al caso de Radilla Pacheco vs. México, que:

“339. En relación con las prácticas judiciales (...) los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana [sobre los Derechos Humanos], sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean

⁵⁹ Carlos Ayala Corao, so pretexto de analizar la sentencia N° 1.942 dictada el 15 de julio de 2003 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero) señala que “...es inaceptable afirmar desde el punto de vista del derecho internacional, como lo hace la sentencia 1.942, que para que la decisión de un órgano internacional de protección de los derechos humanos creado por un tratado (como son precisamente la CIDH y la Corte IDH) pueda ser aplicado en Venezuela, no puede estar en contradicción con la Constitución. Todo lo contrario, como acabamos de exponerlo, hasta la Constitución está sujeta como derecho interno al derecho internacional y debe adaptarse conforme al principio de progresividad, para garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos en un tratado.” (Véase: Ayala Corao, Carlos, “La sentencia 1.942 vs. La protección internacional de los Derechos Humanos”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 1, enero-junio 2004, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, p. 184, http://www.iidpc.org/revistas/1/pdf/185_210.pdf)

*mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, [debiendo] tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*⁶⁰

Es suma, ante la globalización, y sobre todo, derivado de la universalidad de los derechos humanos, es evidente que conceptos como el de soberanía, o el de supremacía constitucional, deben redefinirse, con el fin de responder a esta nueva y concreta realidad mundial.⁶¹

b.4.2) El argumento de la rigidez constitucional y su respuesta:

Prosiguiendo con nuestro análisis, no deseamos hacer caso omiso a uno más de los argumentos que se esgrimen en torno a que no existe relación entre rigidez y jerarquía.

Nuevamente es Carlos de Cabo quien señala que *"...la rigidez (el procedimiento) no [define] la supremacía (el nivel jerárquico).*⁶²

Nos parece que tal afirmación es incorrecta, ya que la supremacía de la que gozan las Constituciones escritas en los Estados constitucionales contemporáneos, y que es lo que hace posible su protección frente a todos los actos –sean de autoridades o de particulares–, se fundamenta en gran medida en la rigidez que las caracteriza.

De otra forma, no podría entenderse que las Constituciones prevalezcan frente a toda la normativa secundaria, como no ocurre –por ejemplo– con Constituciones como la inglesa, la cual, al ser flexible, puede ser modificada por las leyes que emite el parlamento, o bien, por las sentencias que dictan los jueces. Sólo cuando la Constitución es soberana, y por ello suprema, será lógico que todos los actos inferiores a ella se le ajusten.

Es por lo anterior que consideramos que la rigidez, no sólo define a la jerarquía, sino que además, por esa jerarquía, es que se justifica una especial protección. Por ello, la afirmación realizada por Carlos De Cabo es errónea, ya

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Radilla Pacheco vs. México, sentencia de veintitrés de noviembre de dos mil nueve, párr. 339.

⁶¹ Un caso que resulta ejemplificativo en torno a la comprensión de esta nueva realidad, es el relativo al Estado de Sinaloa (México), entidad federativa que el 27 de mayo de 2008 reformó su Constitución en materia de derechos humanos, incorporando así algunos principios de vanguardia. Una de estas inclusiones fue -precisamente- establecer un mandato a los jueces locales para que en la interpretación de los derechos humanos acudan, no sólo a los tratados de derechos humanos, sino a los criterios jurisprudenciales que, sobre los mismos, han emitido los organismos internacionales (Art. 4° Bis y 4° Bis C de la Constitución Política del Estado de Sinaloa).

⁶² De Cabo Martín, Carlos, *La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, op. cit., p. 57

que desvincula conceptos íntimamente relacionados entre sí, “...no por casualidad, en principio toda constitución soberana ha de ser escrita y rígida...”⁶³

Si lo anterior no fuera así, sólo habría que preguntaros las razones por las cuales un Poder constituyente originario establecería un proceso de reforma constitucional más rígido, en relación con determinados contenidos constitucionales, y otro procedimiento menos rígido, en relación con todas las demás normas de la Ley Fundamental. Al respecto, nos parece que el sentido común nos permitiría afirmar que hay contenidos de especial constitucionalidad que ameritan ser protegidos, instituyendo para tal efecto, procedimientos de reforma que procuren su estabilidad constitucional. Así, lo único claro es que tales contenidos tienen algo que no poseen los demás, y si no contienen lo mismo, entonces hay diferencia entre contenidos constitucionales, y si hay diferencia entre contenidos constitucionales, sería factible pensar que también sean diferentes en jerarquía.

Pensarlo de otro modo sería desatender las motivaciones que orillan al Poder constituyente originario a imponer límites relativos al Poder de revisión constitucional.

Cabe señalar que algunos miembros del Tribunal Constitucional español, en torno a la función que tiene el Título X en la Constitución española de 1978 (procedimientos heterogéneos de reforma constitucional), han destacado que “...la garantía esencial de nuestra Constitución casi se identifica así con el respeto a los procedimientos de reforma que establece en su Título X, viniendo a ser este Tribunal Constitucional el custodio de tal garantía y por ello, en tal medida, la garantía de la garantía de la Constitución...”⁶⁴, de lo cual, es claro que no existe posibilidad para afirmar que la rigidez no define a la jerarquía, y mucho menos, que no tenga relación con la protección o garantía esencial de la Constitución.

En definitiva, si hay diversa rigidez, habrá diversa jerarquía, razón por la cual se justifica que deba existir una diversa protección. Por ello, insistimos en que el caso español, colombiano y sudafricano, son ejemplos del reconocimiento implícito a la tesis del orden jerárquico de las normas constitucionales.

b.4.3) El argumento de la no supraconstitucionalidad y su respuesta:

En la misma línea argumentativa, Carlos De Cabo insiste en que la existencia de procedimientos de reforma constitucional más rígidos, en relación a determinados contenidos constitucionales, no implican una jerarquía especial de tales preceptos ya que, “...si se aceptara el supuesto de que el procedimiento define la jerarquía, dado que el procedimiento del artículo 168 es claramente más

⁶³ Pereira Menaut, Carlos–Antonio, *Lecciones de Teoría Constitucional*, op. cit., p. 224

⁶⁴ Voto particular del Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, referencia número: 221/2005, tipo: AUTO, Fecha de Aprobación: 24/5/2005, http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=AUTO-2005-0221

complejo que el seguido para aprobar la Constitución, las Normas que a través de él se produjeran serían <<supraconstitucionales>>.”⁶⁵

En primer lugar, no existe razón suficiente para negar la existencia de conceptos como el de <<supraconstitucionalidad>>, sobre todo, si tomamos en cuenta que “...a medida de que se diversifican los niveles de decisión, la jerarquía de las normas y de las fuentes se desarrolla cada vez más (...) La afirmación de la supraconstitucionalidad no es totalmente utópica como lo era a principios del siglo XX, cuando un control de la constitucionalidad de las leyes era impensable, y más aún el control de la supraconstitucionalidad de las leyes constitucionales. Algunos estados (Alemania, Austria, Italia) han dado este último paso al permitir el control de las leyes constitucionales por el juez constitucional (...) y de ahí se desprende la idea cada vez más admitida y generalizada de una jerarquía entre las normas constitucionales, constituyendo algunas el núcleo intangible que no puede ser atacado ni siquiera por la aprobación de leyes constitucionales (Alemania).”⁶⁶

En segundo lugar, no podemos menospreciar las últimas tendencias normativas de las constituciones contemporáneas, como lo es por ejemplo, el caso de la Constitución chilena, la cual, en su artículo 82 inciso 2, le confiere al Tribunal Constitucional de aquél país la competencia para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de reforma constitucional, competencia que –a dicho del Poder constituyente chileno– se fundamenta en la existencia de una supraconstitucionalidad.⁶⁷

Como más adelante veremos, esta facultad otorgada al Tribunal Constitucional chileno “...es inmensa, porque eventualmente al resolver una cuestión de constitucionalidad durante la tramitación de una reforma constitucional, y declarar su inconstitucionalidad, la decisión del Tribunal se estaría sobreponiendo al poder constituyente derivado para ejercer una función de supraconstitucionalidad.”⁶⁸

⁶⁵ De Cabo Martín, Carlos, *La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, op. cit., p. 57

⁶⁶ Favoreu, Louis, “El problema de la supraconstitucionalidad en Francia y Europa”, *Problemas actuales del Derecho Constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM-IIJ, 1994, pp. 109-110

⁶⁷ Cabe señalar que de las actas oficiales de sesiones de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución de Chile, es posible evidenciar “...la clara inclinación de los comisionados a otorgar al Tribunal Constitucional un rol tutelar para resguardar toda la institucionalidad jurídico-constitucional y velar por el principio de la supremacía constitucional. En numerosas oportunidades se hace referencia a las disposiciones de la Constitución francesa que prohíbe todo procedimiento de enmienda constitucional que implique un menoscabo de la integralidad territorial o un cambio de la forma republicana de gobierno. Es manifiesta la voluntad expresa de la Comisión de dar protección a los valores esenciales y a los principios fundamentales contenidos en las Bases de la institucionalidad, en el Capítulo relativo a los derechos y deberes constitucionales, y a otros principios diseminados en diversos capítulos de la Carta.” (Véase: García Barzelatto, Ana María, “El artículo 82 n° 2 de la Constitución de 1980, como límite del Poder constituyente derivado”, op. cit. p. 170.)

⁶⁸ *Idem.*

De igual forma, otro de los ejemplos que comprueban la tendencia señalada, lo podemos encontrar en la Constitución ecuatoriana de 2008 (Art. 84), en la que se establece lo siguiente: “...*En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución*”, colocando así a los derechos fundamentales en un nivel jerárquico superior respecto de las demás normas constitucionales.

Quizá el temor de hablar de supraconstitucionalidad derive de argumentos como los esgrimidos por el decano Vedel, quien señaló que la supraconstitucionalidad “...*toma prestado al derecho natural su capacidad de adaptación, lo cual no resuelve el problema, pues si se utiliza la supraconstitucionalidad, hay que recurrir al derecho natural, que no es objetivamente determinable, existiendo el peligro de que se dé un control arbitrario.*”⁶⁹

Lejos de que más adelante intentaremos profundizar y demostrar que el núcleo intangible (y su supra e hiperconstitucionalidad), puede ser determinado con parámetros objetivos, lo cierto es que a partir del proceso de universalidad y positivización de los derechos humanos, derivado de la segunda guerra mundial, hoy encontramos un sin número de tratados, pactos o convenciones en esta materia que hace factible no apelar al derecho natural para hablar de supraconstitucionalidad, ya que el derecho internacional de los derechos humanos es parte del derecho positivo.

No por nada, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, junto con la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, “...*supone el embrión de un verdadero constitucionalismo global...*”⁷⁰, constitucionalismo el cual, a la luz de las Constituciones nacionales, se configura en un supraconstitucionalismo local.⁷¹

Asimismo, si atendemos al análisis de derecho comparado que realizamos con anterioridad, encontraremos que la supraconstitucionalidad expresamente reconocida por las Constituciones de Colombia, Italia, Alemania, Francia, Portugal, El Salvador, Guatemala, Brasil, Rusia, Venezuela, Ecuador y Bolivia, o la hiperconstitucionalidad reconocida implícitamente por las Constituciones española, colombiana y sudafricana, dejan ver que hay espacios comunes, es decir, que los contenidos constitucionales que han sido protegidos de los actos del Poder constituyente permanente son prácticamente los mismos en estas naciones, lo

⁶⁹ Favoreu, Louis, “El problema de la supraconstitucionalidad en Francia y Europa”, *op.cit.*, p. 111

⁷⁰ Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, UNAM-Porrúa-CNDH, 2005, p. 17

⁷¹ Este efecto es similar al que acontece en los sistemas federales, en los cuales, aún y cuando los Estados miembros de la Federación cuenten con autonomía para darse a sí mismos su propia Constitución, tales normas locales deben –indefectiblemente– respetar la Constitución federal.

que sin duda viene a desvirtuar la afirmación del decano Vedel, en torno a que la supra e hiperconstitucionalidad (y su contenido), al derivar del derecho natural, no puede ser objetivamente determinada. Por el contrario, habrá que preguntarnos qué hace que esos contenidos sean especialmente tutelados en todas las latitudes del constitucionalismo contemporáneo.

En definitiva, hoy menos que nunca debemos tener reservas para reconocer que hay una supra e hiperconstitucionalidad cada vez más generalizada, lo cual –dicho sea de paso– responde a la pregunta que nos formulábamos a partir del análisis de los fines y propósitos del *Rule of law*, del Estado constitucional y democrático de Derecho y del control constitucional: ¿cómo limitar al poder mediante el Derecho, si no se reconoce la existencia de una entidad jurídica superior, exterior o anterior al propio Estado?

Consideramos que los conceptos de supra e hiperconstitucionalidad, así como su contenido, responden a tal interrogante.⁷²

b.5) Conclusiones en torno a la tesis del orden jerárquico de las normas constitucionales.

Del análisis de derecho comparado que hemos realizado en los apartados anteriores, podemos arribar a tres conclusiones sumamente importantes:

1. Que la *tesis del orden jerárquico de las normas constitucionales* no debe ser desechada *a priori*, debido a que existen cartas magnas en la actualidad que de manera explícita (Colombia, Alemania, Italia, Francia, Portugal, Salvador, Guatemala, Brasil, Rusia, Venezuela, Ecuador y Bolivia) o de manera implícita (España, Colombia y Sudáfrica) reconocen que existe diferencia entre los contenidos de las diversas cláusulas constitucionales, al punto de que, establecen límites absolutos mediante la inclusión de *cláusulas de intangibilidad*, o bien, límites relativos, determinando mayor rigor procedimental para reformar algunos artículos constitucionales.
2. Que detrás de los contenidos derivados de tales límites, se encuentra latente un principio general, ya que de todos los sistemas constitucionales analizados, se observa que hay un reconocimiento de especial constitucionalidad a los artículos que contengan alguno o algunos de los tópicos siguientes: a) *derechos fundamentales*; b) *forma de Estado*; c) *forma de gobierno*; d) *separación de poderes*; e) *garantías constitucionales establecidas para la protección de los derechos fundamentales*; y f)

⁷² Hauriou prefirió acuñar el concepto de “*superlegalidad constitucional*”, para englobar precisamente a aquellos preceptos de los textos constitucionales en los que se condensan los principios y valores legitimadores de toda la legalidad constitucional, y que por esa razón, lógicamente no pueden ser objeto de reforma constitucional. (Véase: De Vega García, Pedro, “La Reforma Constitucional como defensa de la Constitución y de la Democracia”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM-IIJ, 2006, serie Doctrina Jurídica, núm. 357, t. II, p. 353).

procedimiento de reforma constitucional.

3. Estos tópicos constitucionales serán los que nos permitan más adelante, identificar con mayor precisión el contenido del núcleo intangible de la CPEUM.

Por ahora nos limitaremos a mencionar que la propia SCJN ya ha reconocido la existencia de ciertos tópicos de la CPEUM, similares a lo que hemos encontrado en el derecho comparado, lo cuales, a dicho de la Corte mexicana, deben ser protegidos especialmente. Así, en el recurso de reclamación 595/2001-PL, al interpretar el artículo 15° de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la CPEUM⁷³, el cual señala que en controversia constitucional la suspensión no será procedente cuando se pongan en peligro las <<instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano>>, construyó tal concepto jurídico indeterminado de la siguiente manera: “...si en su sentido gramatical la palabra “instituciones” significa fundación de una cosa, alude a un sistema u organización, así como al conjunto de formas o estructuras sociales establecidas por la ley o las costumbres; mientras que el término “fundamentales” constituye un adjetivo que denota una característica atribuida a algo que sirve de base, o que posee la máxima importancia, se concluye que por instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano debe entenderse las derivadas de los principios básicos que tienen como objetivo construir y definir la estructura política del Estado mexicano, así como proteger y hacer efectivas las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dando estabilidad y permanencia a la nación en su conjunto, pues rigen su vida política, social y económica, principios entre los que se consideran los siguientes: a) régimen federal; b) división de poderes; c) sistema representativo y democrático de gobierno; d) separación Iglesia-Estado; e) garantías individuales; f) justicia constitucional; g) dominio directo y originario de la nación sobre sus recursos; y h) rectoría económica del Estado.”⁷⁴

De esta manera, la SCJN reconoció que la función especial que realizan tales principios dentro de la estructura política del Estado mexicano, es de tal relevancia, que la suspensión como medida cautelar, no puede concederse cuando se pongan en peligro tales instituciones, con lo que implícitamente se reconoce que existen tópicos que gozan de especial constitucionalidad, al punto de que son indisponibles.

Por ello, si hoy no resulta aventurado hablar de la existencia de una *supra* o *hiperconstitucionalidad* que amerite una especial protección, ya sea mediante el establecimiento de límites absolutos o relativos al Poder de reforma, tampoco lo

⁷³ Artículo 15.- La suspensión no podrá concederse en los casos en que se pongan en peligro la seguridad o economía nacionales, las *instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano* o pueda afectarse gravemente a la sociedad en una proporción mayor a los beneficios que con ella pudiera obtener el solicitante.

⁷⁴ Tesis: P. /J. 21/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, Abril de 2002, p. 950, registro n° 187,055.

será el afirmar que hay un orden jerárquico entre las normas constitucionales, lo que nos permite arribar a la conclusión de que en toda Ley Fundamental, hay un núcleo intangible.

c) ¿Qué es el núcleo intangible de la Constitución?

De acuerdo al Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, el concepto de <<núcleo>> suele ser definido como el “*elemento primordial al que se van agregando otros para formar un todo*”⁷⁵, o bien, la “*parte o punto central de algo material o inmaterial.*”⁷⁶ Por su parte, el concepto de <<intangibles>> suele definirse como aquello “*que no debe o no puede tocarse.*”⁷⁷

En este sentido, hablar del *núcleo intangible* de la Constitución, es hacer referencia al *elemento primordial o parte central e inalterable de la Constitución, a la que se van agregando otros elementos para formar un todo: el texto constitucional.*

Por lo anterior, consideramos que un punto de partida para acercarnos al concepto de núcleo intangible de la Constitución, será atender al profesor alemán Carl Schmitt, quien en 1928 hizo referencia al concepto de *decisiones políticas fundamentales* en su obra intitulada *Teoría de la Constitución*.

El profesor alemán consideraba “*...necesario hablar de la Constitución como de una unidad, y conservar entre tanto un sentido absoluto de la Constitución. Al mismo tiempo, es preciso no desconocer la relatividad de las distintas leyes constitucionales. La distinción entre Constitución y ley constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda formación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia...*”⁷⁸

Para entender en su extensión el pensamiento de Schmitt, es necesario contextualizarlo a su época. No se pierda de vista que para el momento en que aparecía la obra del profesor alemán (periodo de entreguerras), se actualizaban las caídas de las democracias liberales de varios países europeos, así como la crisis del orden constitucional liberal, es decir, del Estado liberal o legislativo de Derecho (*vid. supra*. CAPÍTULO SEGUNDO, inciso d.1)

Por ello, tal y como lo señala Lucas Verdú, a Schmitt debemos ubicarlo dentro de una escuela de pensamiento que surgió como reacción antiformalista en contra del normativismo jurídico defendido por la escuela de Viena, misma que fue liderada por Hans Kelsen.

⁷⁵ *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima segunda edición, Real Academia Española, <http://buscon.rae.es/drae/>

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 47.

Como es sabido, la tesis kelseniana de la pureza metódica exige la creación de conceptos jurídicos formales, pero expulsando del Derecho todos los elementos o contenidos extrajurídicos y metajurídicos, a saber: metafísicos (causalidad y finalidad), sociológicos, políticos, psicológicos (voluntad) y morales (derecho natural).

Pues fue, precisamente con el concepto de *decisión*, como Schmitt formulara su ofensiva contra el positivismo o normativismo jurídico. Así, para el profesor alemán –refiere Lucas Verdú– el normativismo resulta inacabado, debido a que descansa sobre la creencia de que todo es previsible y calculable, aunado a que corresponde a la distinción Estado-sociedad propia del pueblo judío aficionado a las abstracciones. No cabe duda que la norma puede llegar a ser respuesta ante situaciones normales, ahí donde el poder político se mantenga en el cauce de la legalidad, es decir, cuando el poder político se ejerce como una competencia –diría Schmitt–; pero increparía inmediatamente: ¿qué pasa ante casos excepcionales y no previsibles, ante situaciones extraordinarias, ahí donde el poder político puede salirse de control?

A lo cual contestaría que el normativismo se quiebra, no pudiendo resolver el problema de un poder político incontrolado. Es por ello que Schmitt, a través de la doctrina a la que se le denominó como <<decisionismo>>, trae a colación el concepto de *decisión*, señalando que ésta es un elemento esencial del orden jurídico, ya que crea la norma, la mantiene y la aplica. La decisión es, en una palabra, la soberanía, ya que es soberano aquel que decide sobre el estado de excepción. Por ello diría, tal y como ha quedado referenciado en la cita que del autor alemán hemos realizado, que la Constitución es la decisión conjunta de un pueblo sobre el modo de su existencia política.⁷⁹

Así, Schmitt ataca decididamente al Estado liberal o legislativo de Derecho (cuya presencia es clara en el pensamiento kelseniano), al señalar que encubre a los poderes indirectos o fuerzas político-sociales que detentan de hecho el poder sin asumir el riesgo y la responsabilidad del mando político. De esta forma, el concepto de decisión conecta con el concepto de lo político, construyendo el profesor germano, un concepto avalorativo de política, al decir que la misma, cuenta con sus propios criterios, los cuales, son independientes de criterios éticos, estéticos o económicos. Con tal concepto avalorativo de la política, y con el objeto de que la decisión de la comunidad pueda ser clara y unitaria, es que centra el

⁷⁹ A dicho de Lucas Verdú, será Heller quien, con mayor agudeza y éxito, haya destacado los errores del decisionismo schmittiano, al señalar que *“ninguna decisión puede, sin normatividad, producir una normalidad y, por tanto, una continuidad de la conducta”*, por ello es un error que el decisionismo censure *“...la función que para la continuidad histórica de la Constitución real desempeña la norma jurídica. Aunque es cierto que en la base de toda normación (Constitución o ley) existe una decisión más o menos política del creador de la norma, hay que tener bien presente que para obtener validez la decisión adoptada, de modo que obligue a la voluntad de quien decide y a los otros, es menester que aquella decisión se objetive como norma.”*(Véase: Lucas Verdú, Pablo, “Lugar de la Teoría de la Constitución en el marco del Derecho Político”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 188, marzo-abril de 1973, p. 10, <http://www.cepc.es/>)

desarrollo de su pensamiento en la distinción entre amigo (*amicus*) y enemigo (*hostis*), señalando que el enemigo político no tiene que ser moralmente malo (criterio ético), feo (criterio estético) o competidor (criterio económico), sino simplemente ser otro, ser extraño a la comunidad política, y por lo tanto, ser un posible factor de poca claridad y desunión en torno a la *decisión*.

De tal forma de pensar, es que se diga que los juristas del III *Reich* justificaron la estructura social del nacionalsocialismo en el decisionismo de Schmitt, ya que si Hobbes –autor exaltado por el profesor alemán– había señalado que los grupos sociales y asociaciones eran gusanos en las entrañas del *Leviathán*, para Schmitt, el punto de quiebre para el Estado era el pluralismo, de ahí que considerara como exigencia que todo hombre encargado de la exposición, interpretación y aplicación del Derecho alemán, debiera estar vinculado a la comunidad rámica del pueblo alemán.

En suma, lo que el profesor alemán pretendió atacar fue el formalismo kelseniano, ya que no era (no es) posible entender toda la realidad e intentar regularla a través de normas generales e impersonales, las cuales, dicho sea de paso –diría Schmitt– guardan en el fondo alguna intención de poder, razón por la cual, frente al *normativismo*, él se decanta por el *decisionismo*.⁸⁰

Luego, es fácil entender que Schmitt haga una clara diferencia entre Constitución (no escrita necesariamente) y leyes constitucionales (las normas que positivizan la Constitución), estableciendo que aquella se hace consistir de *decisiones políticas fundamentales*, que son “*más que las leyes y normaciones*” ya que “*denuncian la forma política de ser de [un] pueblo y forman el supuesto básico para todas las ulteriores formaciones, incluso para las leyes constitucionales...*”⁸¹

En otras palabras, para Schmitt no es lo mismo la Constitución que las leyes constitucionales, estableciendo que su principal diferencia es que la Constitución se hace consistir de esas decisiones políticas fundamentales, y que las normas constitucionales, a las que él denomina leyes constitucionales, sólo tienen por objeto concretar dichas decisiones.

Asimismo, y en consonancia con lo anterior, aclara que si una Constitución puede reformarse en vía legislativa, significa que las leyes constitucionales pueden reformarse, pero la Constitución como totalidad no (porque contiene las decisiones políticas fundamentales dadas por el pueblo: poder constituyente originario). Las decisiones políticas fundamentales no pueden ser suprimidas ni sustituidas por otras mediante actos de los poderes constituidos.

No pasa desapercibido que al pensamiento de Schmitt, pueda reprochársele

⁸⁰ Sobre el pensamiento de Carl Schmitt véase: Lucas Verdú, Pablo, *Curso de Derecho Político*, op. cit., t. I, pp. 85-92.

⁸¹ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 30ª ed., México, Porrúa, 1996, p. 47.

la aberración en que incurriría al servir de fundamento a la doctrina nacionalsocialista del Derecho y del Estado, la cual destruyó la arquitectura jurídica del Estado de Derecho sustituyéndola por la desviación de la comunidad rámica del pueblo alemán, la cual se “justificó” debido a que las decisiones políticas fundamentales sólo podían ser correctamente interpretadas y aplicadas por sujetos pertenecientes a tal comunidad. De ahí el desprecio y discriminación del nacionalsocialismo por cualquier otra raza, especialmente la judía.

Sin embargo, si hemos tomado en consideración la tesis schmittiana, no es atendiendo a su devenir histórico y a su inhumana aplicación por parte del nacionalsocialismo, sino atendiendo a los postulados más auténticos y originales de la misma, entre los que destacan, a saber: **(i)** su ataque frontal contra el iuspositivismo formalista kelseniano del siglo XIX; **(ii)** la distinción entre Constitución y leyes constitucionales; **(iii)** el concepto de decisiones políticas fundamentales y; **(iv)** el reconocimiento de que existen, en la Constitución, ciertos contenidos que deben permanecer intangibles.

No por nada, Lucas Verdú, a quien hemos acudido para entender el pensamiento de Carl Schmitt, diría que “[e]l replanteamiento de la Teoría de la Constitución en la segunda postguerra mundial se orienta, decididamente, por las vías demo-liberales enriquecidas con las correcciones socializantes. A ello han contribuido las nuevas Constituciones europeas y, además, el consensus de las fuerzas democráticas en un *minímus constitucional*.”⁸² La importancia del concepto de *minímus constitucional* para el desarrollo de la presente investigación, será abordado con profundidad más adelante (*vid. infra*. CAPÍTULO CUARTO, inciso c).

Así, atendiendo a la originalidad del pensamiento schmittiano, debe acudir a otro pensador de la escuela antiformalista. Nos referimos a Heller, quien al criticar también los postulados kelsenianos, atribuye un cariz humanista al decisionismo de Schmitt, ya que al partir “...de la unión de ser y deber ser, no se queda con una realidad despojada de sentido, reducida a mera existencia que sólo por el mero existir se justifica, sino que uniendo ser y deber ser, realidad y valor, la decisión no es pura fuerza y arbitrariedad, quedando inscrita en un orden social humano y sujeta a los supremos dictados éticos del Derecho natural.”⁸³

De todo lo anterior, y partiendo de la distinción entre Constitución y leyes constitucionales, es que podamos afirmar que el órgano revisor de la Constitución sólo tiene competencia para reformas las leyes constitucionales, no así la Constitución, ya que estando de acuerdo con Schmitt, no puede ni debe alterar las decisiones políticas fundamentales.

En palabras de Riccardo Guastini la diferencia oscila entre las “*normas materialmente constitucionales*” y las nociones que son “*materia constitucional*”,

⁸² Lucas Verdú, Pablo, “Lugar de la Teoría de la Constitución en el marco del Derecho Político”, *op. cit.*, p. 8.

⁸³ Lucas Verdú, Pablo, *Curso de Derecho Político*, *op. cit.*, t. I, p. 94.

estableciendo que las primeras son las normas de todo texto constitucional, y las segundas, son el conjunto de objetos que son regulados por tales normas.⁸⁴ De lo anterior se puede advertir una conclusión que parece inobjetable por derivar incluso del sentido común.

En el texto constitucional hay diferentes contenidos, o si se prefiere, en la Constitución no todo es igual. No es lo mismo el contenido del artículo 1º de la CPEUM (principio de igualdad, principio de libertad y principio de no discriminación) que el contenido del artículo 65 (fechas en que inician las sesiones del Congreso de la Unión), por lo que hay partes más constitucionales que otras, es decir, hay una esencia de la Constitución (para Schmitt –decisiones políticas fundamentales–; para Guastini –nociones que son materia constitucional–) y hay tópicos accidentales que bien podrían no estar en el texto, y a pesar de ello, dejar intocada dicha esencia (para Schmitt –leyes constitucionales–; para Guastini –normas materialmente constitucionales–), ya que tienen como función el regular tal esencia.

Lo anterior además resulta lógico, ya que en palabras de Carlos Castillo Peraza, quien utilizara la terminología y las categorías de Aristóteles, se puede válidamente concluir que “...estar en la Constitución es ser constitucional en acto, lo que no descartaría que algo fuese constitucional en potencia”⁸⁵, es decir, que puede haber temas que, aún no estando formalmente en el texto constitucional, deban estar por ser parte de la esencia de la Constitución, o por el contrario, pensar en que pueda haber tópicos que, estando formalmente en la Constitución, no merezcan tal inclusión, ya que son o comienzan a ser, infra-constitucionales.

Además, diría Castillo Peraza que el aceptar como válidos tales razonamientos, es decir, aceptar que puede haber tópicos que sean constitucionales en potencia, y por lo tanto, pugnar para que sean incluidos en la Constitución, o bien, tópicos que sean infra-constitucionales en potencia, y por lo tanto, pugnar para que sean excluidos del texto constitucional, es “...darle presente a la Constitución para saber si tiene futuro, porque del pasado al futuro no se salta más que en los discursos demagógicos o en las novelas o películas de ficción.”⁸⁶

Con este tipo de razonamientos claramente se advierte que hay una esencia de lo constitucional, un *núcleo intangible*, que de no ser preservado, se atentaría contra el elemento primordial o la parte central de la Constitución, lo que nos lleva precisamente a formular las siguientes interrogantes: **(i)** ¿qué es lo que a un texto llamado Constitución lo hace ser eso y no otra cosa?; **(ii)** ¿hay diferencia entre las normas constitucionales atendiendo a su contenido? y; **(iii)** ¿qué diferencia hay

⁸⁴ Guastini, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, op. cit., pp. 33-34

⁸⁵ Castillo Peraza, Carlos, “Entre la Energía y la Dinámica”, *Hacia una Nueva Constitucionalidad*, México, UNAM-IIJ, 1999, Serie Doctrina Jurídica, núm. 8, p. 107, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/28/tc.pdf>

⁸⁶ *Ibidem*, p. 112.

entre la Constitución y las leyes?.

En suma, si se puede afirmar que no todas las normas de la Constitución son constitucionales, o bien, que hay normas que sin estar en la ella poseen constitucionalidad: ¿puede hablarse de la constitucionalidad de la Constitución? Consideramos que sí, veamos por qué.

d) La constitucionalidad de la Constitución como núcleo intangible.

A fin de responder a las interrogantes anteriores, Ricardo Sepúlveda adelantará que “...al hablar de la constitucionalidad de la Constitución implícitamente se establece una diferenciación entre Constitución y ley, ya que la constitucionalidad le corresponde a la Constitución, como la legalidad a la ley. Sin embargo, es necesario llevar esta diferencia genérica a sus específicas manifestaciones. En la etapa del mayor formalismo jurídico, la diferencia entre ley y Constitución se diluyó considerablemente, precisamente porque desde el punto de vista formal, la distinción entre ambos ordenamientos es meramente accidental. En cambio, al entrar en la etapa del neoconstitucionalismo, son los aspectos materiales (sociales, históricos, políticos) los que más destacan...”⁸⁷, por lo que hoy claramente se puede afirmar que dentro de la Constitución existe algo que es especialmente constitucional, es decir, hay una <<constitucionalidad de la Constitución>>.

Por ello, precisa Sepúlveda que “...la constitucionalidad debe entenderse como la esencia de la Constitución. Definir qué es la constitucionalidad significa preguntarse por lo más profundo y propio de la Constitución, su parte viva, palpitante. Aquello que hace de la Constitución un instrumento social útil e irremplazable. Cuando la Constitución pierde este carácter se traduce en un discurso formal o en un instrumento utilitarista al servicio del poder estatal y no importa nada para la vida social...”⁸⁸, es decir, la constitucionalidad de la Constitución es ese contenido que hace que la Constitución sea de todos y de nadie, lo cual no es irrelevante.

De esta manera “...el camino que ha seguido la evolución constitucional conforme al cual se percibe un apartamiento del formalismo jurídico cada vez más patente [insiste Sepúlveda] ha permitido que surja una doctrina a favor del reconocimiento de la constitucionalidad de la Constitución, es decir de la existencia de un núcleo permanente y propio de todo ordenamiento constitucional, sin el cual no habría posibilidad de encontrar un hilo conductor en la vida constitucional de un Estado...”⁸⁹

⁸⁷ Sepúlveda Iguiniz, Ricardo, “Una propuesta para el establecimiento de las leyes orgánicas constitucionales en México”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 15, julio-diciembre de 2006, p. 227.

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 226-227.

⁸⁹ Sepúlveda Iguiniz, Ricardo, *Leyes Orgánicas Constitucionales. Hacia una Nueva Constitucionalidad para México*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2006.

Insistimos en que no es irrelevante ya que, por ejemplo, ¿quién dentro de un Estado constitucional y democrático de Derecho podría pensar en eliminar del texto fundamental el principio de separación y equilibrio de poderes? Nadie en su sano juicio podría proponerlo, ya que es parte de su núcleo intangible, es parte de la constitucionalidad de la Constitución, debido a que mediante dicho principio se actualiza una de las primarias diferencias entre la Constitución y las leyes, como lo es, su función de ser límite al poder político.⁹⁰

Sin embargo, hay otras normas y tópicos constitucionales que llegan a ser objeto de amplio debate, debido a que son –a dicho de Zagrebelsky– parte de la Constitución instrumental, como lo son por ejemplo, las dudas que giran en torno a si dicho principio se cumple dividiendo necesariamente al poder en tres órganos, si los órganos constitucionales autónomos son parte de esa división o bien, si es más acorde a tal principio que el tribunal constitucional quede fuera o dentro del Poder judicial.

Pero lo importante es que los tópicos anteriores no afectan a la esencia de la Constitución. Sea cual sea el resultado del debate, éste gira en torno a un espacio común: ¿cómo evitar aquella concentración de poder que caracterizó a monarcas como Carlos I de Inglaterra a mediados del siglo XVII?, o bien, ¿cómo erradicar figuras tales como el *legibus solutus* o el *iure solutus*?, en suma, ¿cómo concretar de mejor manera el principio de separación o división de poderes? Por ello, esos espacios comunes son los que –a nuestro juicio– integran esa constitucionalidad de la Constitución, que es lo que concreta la idea de que la Constitución sea de todos y de nadie, independientemente de las divergencias que puedan existir en torno a su instrumentación.

No obstante, no debemos pretender que por el reconocimiento de esa parte especialmente constitucional, es decir, de la llamada constitucionalidad de la Constitución, hagamos perder a tal texto su esencia jurídica y normativa, ya que “...es preciso no caer en extremos y no despojar a la Constitución de sus notas jurídicas formales. La Constitución debe regir y obligar, pero además debe conducir, orientar, encaminar. Estas diferencias son las que pretenden destacarse en el análisis de la diferencia entre ley y Constitución, al tratar el tema de la constitucionalidad...”⁹¹

Por el contrario, lo que pretendemos con el reconocimiento de la existencia de la constitucionalidad de la Constitución, es una finalidad dual. En primer lugar, tal reconocimiento sirve como elemento argumentativo en base al cual, se debe concluir que en toda Constitución existe un núcleo intangible; y en segundo lugar, la constitucionalidad de la Constitución servirá para identificar cuál debe ser el contenido de dicho núcleo, es decir que, –parafraseando a Pereira Menaut– servirá para identificar cuál es la entidad jurídica anterior, superior o exterior al

⁹⁰ Guastini, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, op. cit., pp. 37-38.

⁹¹ Sepúlveda Iguiniz, Ricardo, “Una propuesta para el establecimiento de las leyes orgánicas constitucionales en México”, op. cit., p. 227.

propio Estado que se configure en un verdadero límite a todo poder, incluido el Poder constituyente permanente.

Ahora bien, ya ha quedado claro que en toda Constitución existe una parte con especial constitucionalidad, y es esa constitucionalidad la que podría configurar al núcleo intangible, pero, ¿qué forma parte de tal núcleo?, ¿qué integra a la constitucionalidad de la Constitución?

Ya hemos adelantado que para responder a tales preguntas no debemos atender a criterios formales, sino más bien a criterios materiales, ya que si nos guiamos por criterios formales tendríamos que concluir que todas las normas de la Constitución son parte de esa constitucionalidad por el simple hecho de formar parte de la misma, lo que no responde las agudas preguntas que realizó Castillo Peraza atendiendo a las categorías aristotélicas. Sin duda, para responder las interrogantes debemos tener en cuenta los criterios materiales, es decir, los contenidos de las cláusulas constitucionales.

Así por ejemplo, Arnaldo Córdova comienza por clarificar que la Constitución es más que una norma, al decir que “...*nadie puede sostener hoy en día que es sólo una norma escrita sin relación con la realidad...*”⁹² En ese mismo sentido, Castillo Peraza señalaría que “...*una Constitución es un modo de ser de una comunidad humana. Es lo que le confiere a una sociedad la modalidad de ‘Estado’, modo de ser que no es natural, sino cultural, histórico...*”⁹³, con lo que nuevamente se clarifica que la Constitución, y por lo tanto, la constitucionalidad de la Constitución, es algo más allá de lo estrictamente jurídico.

Por ello, José Ramón Cossío dirá que “...*la constitucionalidad es, en una palabra, la ideología a partir de la cual se construye la Constitución [y] se permite la aplicación significada o constante de las normas constitucionales...*”⁹⁴, por lo que podemos concluir que si se atiende a criterios formales para distinguir la constitucionalidad de lo que no lo es, no sería posible entender la ideología en que se sustenta la noción de Constitución, lo cual no es menor, ya que no podría traducirse ni legitimarse el modelo político a través de su juridificación. Así, debemos afirmar que, de un primer acercamiento al tema, la constitucionalidad de la Constitución hace referencia, no sólo a cuestiones exclusivamente jurídicas, sino que, sobre todo, se hace consistir de nociones ideológicas, históricas y hasta culturales.

Por ello, Sepúlveda concluirá que la constitucionalidad de la Constitución se encuentra en el contenido ideológico que tenga la Ley Fundamental, diciendo

⁹² Córdova, Arnaldo, “La transformación de la Constitución”, *Hacia una Nueva Constitucionalidad*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, serie Doctrina Jurídica, núm. 8, p. 137, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/28/tc.pdf>

⁹³ Castillo Peraza, Carlos, “Entre la Energía y la Dinámica”, *op. cit.*, p. 107.

⁹⁴ Cossío Díaz, José Ramón, “Los supuestos de la constitucionalidad”, *Hacia una Nueva Constitucionalidad*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, serie Doctrina Jurídica, núm. 8, p. 158, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/28/tc.pdf>

además que esta ideología estará determinada, tanto por los valores o axiología de la sociedad a la que la Constitución pretende regular, como por el intrínseco mérito de los valores que proponga dicha Constitución. Aspiraciones, valores, postulados fundamentales, son los términos que se utilizan para denominar ese contenido meta-jurídico que debe tener toda norma constitucional, y que debe por tanto, representar en su conjunto la Constitución.

Tal contenido meta-jurídico –sigue diciendo Sepúlveda– es el verdadero sentido de la ideología constitucional, un criterio que norme las conductas sociales, y que se configure en un conglomerado de principios que son indudablemente expresables en términos de conductas sociales, los cuales, además, servirán como parámetro para juzgar conforme a ellos.⁹⁵

Luego, acertaríamos al decir que la carga ideológica de una Constitución debe ser ante todo axiológica o estimativa, es decir, debe plantear diferencias entre lo que es conveniente y lo que no, por ello Aristóteles señalaría que “...*la política se sirve de las demás ciencias prácticas y legisla sobre lo que debe hacerse y lo que debe evitarse, el fin que le es propio abraza lo de todas las ciencias, al punto de ser por excelencia el bien humano...*”⁹⁶

Así por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia, órgano facultado en aquel país para revisar formalmente las reformas constitucionales, ha formulado una doctrina jurisprudencial a la que aquí denominaremos la *doctrina de la sustitución constitucional*, según la cual, no es lo mismo la reforma constitucional que la sustitución constitucional, estableciendo que una reforma constitucional que a pesar de tener como finalidad “...*la lucha contra el terrorismo, pero que (...) menoscababa derechos fundamentales y socavaba el núcleo axiológico del Estado Social de derecho configurado en la Constitución de 1991 [se convierte en] una sustitución de la Carta Política...*”⁹⁷, y no en una reforma constitucionalmente válida. Es decir, el máximo órgano de control constitucional en Colombia, ya ha señalado que el Poder revisor de la Constitución puede reformar el texto fundamental, pero no puede sustituirlo, lo que se actualiza cuando vulnera su núcleo axiológico.

En este sentido, podemos decir que la constitucionalidad de la Constitución, y por lo tanto, el contenido del núcleo intangible al que hemos venido haciendo

⁹⁵ Sepúlveda Iguiniz, Ricardo, *Leyes Orgánicas Constitucionales. Hacia una Nueva Constitucionalidad para México*, op. cit.

⁹⁶ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, op. cit., pp. 3-4

⁹⁷ Cabe señalar que en este caso, la Corte Constitucional de Colombia, aunque detectó que se configuraba una sustitución constitucional, declaró la inconstitucionalidad del acto porque en su trámite de aprobación se desconoció el procedimiento agravado propio de la reforma constitucional y se distorsionó la voluntad democrática de las Cámaras, pues se ignoró una votación en donde la reforma no alcanzaba la mayoría absoluta requerida. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-816 de 2004, fundamento jurídico no. 144. (Para mayor abundamiento del tema véase: Cajas Sarria, Mario Alberto, "Acerca del control judicial de la reforma constitucional en Colombia", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 7, enero-junio 2007, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, http://www.iidpc.org/revistas/7/pdf/35_56.pdf)

referencia, deberán integrarse al menos, de la ideología constitucional que está representada en los valores y principios (axiológicos y políticos) que tiene toda Constitución.

Así como las cosas más importantes en la vida de un individuo, no se ven, sino que por el contrario, se sienten, la Constitución debe ser susceptible de experimentarse, de reflejarse en la vida común de las personas. Así por ejemplo, es claro que las sesiones del congreso (Art. 65 de la CPEUM), o la resolución de controversias limítrofes entre Estados (Art. 46 de la CPEUM), en nada mejoran la calidad de vida del pueblo. De ahí que debemos aceptar que hay partes en la Constitución que son más constitucionales que otras, porque son esas partes las que le permiten al pueblo vivir con libertad, entendiendo paralelamente el sentido de la responsabilidad.

Esas partes en la Constitución son las que posibilitan que los ciudadanos –aún implícitamente– refrenden diariamente su deseo de vivir en sociedad. Pensarlo de otra forma sería tanto como aceptar que la Constitución es para el Estado, lo que unos binoculares son para un ciego: un objeto inútil.

Por ello, la Constitución debe ser no solo limitación, estructura y organización del poder, sino que además, debe orientar el actuar de los ciudadanos y las autoridades. Sus grandes pinceladas, sus valores y principios, deben guiar no solo las sentencias de los tribunales, sino la vida de las personas que han decidido vivir en sociedad.

En definitiva, si a la Constitución no se le da ese lugar, es más, si la propia Constitución –por su contenido– no se da a sí misma ese lugar, poco podremos esperar de las personas que gobiernan conforma a ella. Así, lo único claro es que en un Estado constitucional y democrático de Derecho, la Constitución es parte fundamental, por lo que si no se le protege desde su núcleo, se corre el peligro de convertirla en instrumento al servicio de una élite política.

Es por eso que, en complemento a lo argumentado por Carl Schmitt en torno a que la Constitución se integra de las decisiones políticas fundamentales, a diferencia de las leyes constitucionales que son simplemente las formas o los medios para concretar tales decisiones; nosotros planteamos que la Constitución (desde el punto de vista de Schmitt), o si se prefiere, la constitucionalidad de la Constitución, y por lo tanto, el núcleo intangible de la misma, se hace consistir, además de decisiones políticas fundamentales, de decisiones axiológicas fundamentales, que no son otra cosa sino las decisiones que denuncian la forma moral y ética de ser de todo Estado que se haga llamar Estado constitucional y democrático de Derecho, y que debe verse representada por los valores y principios constitucionales.

Así por ejemplo, podríamos adelantar que dentro del núcleo intangible de toda Constitución, deben de incluirse como decisiones axiológicas fundamentales el reconocimiento de un catálogo de derechos humanos, y como decisiones

políticas fundamentales la forma de Estado, la forma de gobierno, etc.

De esta manera, si tomamos en consideración el artículo 16° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el cual establece que “*toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución*”, podemos válidamente concluir que existe una entidad jurídica, de la cual, cualquier poder constituido –incluido el Poder constituyente permanente– carece de jurisdicción, ya que en caso contrario, y so pretexto del principio democrático de mayoría, podría tal Poder aprobar una reforma constitucional que atentase contra los pilares esenciales del Estado constitucional: los derechos fundamentales y la separación de poderes.

Es por todo lo anterior que consideremos a las reformas constitucionales aprobadas por el Poder revisor de la Constitución, como un objeto susceptible del control constitucional material, a efecto de verificar que no se atente en contra de las decisiones axiológicas o políticas fundamentales, es decir, que no vulneren ese contenido que se configura en el pilar de todo Estado constitucional y democrático de Derecho.

Pensarlo de otra manera sería justificar que el Poder reformador de la Constitución pueda violar, por ejemplo, el principio de división de poderes o fagocitar los derechos fundamentales, válida y jurídicamente, a través de reformas a la propia Constitución, retornando así a los esquemas que se presentaron en las monarquías absolutistas de la Europa de los siglos XVII y XVIII. En otras palabras, si se acepta que el Poder de revisión constitucional es ilimitado, ¿qué diferenciaría a dicho poder del *legibus solutus* o el *iure solutus* que eran nociones propias de aquellas monarquías pre-modernas? No cabe la menor duda de que no existiría diferencia material alguna que permitiera distinguirlos, aunque aceptemos que formalmente sí exista tal diferencia.

Por ello, con lo que hasta ahora hemos señalado quedan claras dos ideas fundamentales, a saber: **(i)** que existe una relación íntima, si no es que una completa identidad, entre la constitucionalidad de la Constitución y el núcleo intangible de la misma, y **(ii)** que derivado de ello podemos vislumbrar que ese núcleo intangible debe estar alimentado de los valores y principios que una sociedad pretende concretar, los cuales, deben cumplir con la característica de ser esos espacios comunes que posibilitan, en primer lugar, que una Constitución sea de todos (en lo general) y de nadie (en lo particular), y en segundo lugar, que al ser indudablemente expresables en términos de conductas sociales, puedan significar un parámetro para juzgar conforme a ellos.

e) Los valores y principios constitucionales como núcleo intangible.

Del estudio deductivo realizado en el apartado anterior, hemos avizorado que el núcleo intangible de la Constitución debe integrarse de los valores y principios constitucionales.

En este sentido, cabe ahora dedicar un espacio de este trabajo a resolver algunas cuestiones que, sin duda, resultan de suma importancia. Nos referimos concretamente a las siguientes interrogantes: ¿qué son los valores constitucionales?, ¿cuáles son los valores constitucionales?, ¿qué son los principios constitucionales?, ¿cómo distinguir los valores y principios constitucionales de los demás postulados jurídicos?, y ¿qué relación hay entre los unos y los otros?

Despejar tales interrogantes nos servirá para concretar, con mayor precisión, el contenido del núcleo intangible de la Constitución.

e.1) ¿Qué son los valores constitucionales?

En primer lugar, y a fin de atender la primera de las interrogantes planteadas, debemos decir que la definición más simple del concepto <<valor>>, hace referencia a la *“cualidad que poseen algunas realidades, consideradas bienes, por lo cual son estimables.”*⁹⁸ Cabe señalar que, de tal definición, no podemos llegar a advertir la importancia que tiene este concepto en el ámbito constitucional.

Por lo anterior, intentaremos utilizar otros elementos para estructurar una definición acorde al objeto de la presente investigación.

En este propósito, comencemos por reiterar que una de las diferencias claras que existe entre la Constitución y las leyes es que aquella, a diferencia de éstas, contiene cláusulas que son parte de la constitucionalidad de la Constitución, y por lo tanto, poseen una carga política y axiológica fundamental. No por nada, *“...en la Sentencia n° 9/1981, el Tribunal Constitucional [español] insiste en esta línea jurisprudencial y advierte cómo la Constitución es una norma cualitativamente distinta de las demás por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política e informar todo el ordenamiento jurídico.”*⁹⁹

De manera similar, *“...en Alemania, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional, se ha destacado que la Constitución expresa y sirve a un sistema o código de valores sustanciales que deben ser tenidos en cuenta a la hora de aplicar dicha norma superior del ordenamiento”*¹⁰⁰, al punto de que ha sostenido que *“...la Ley Fundamental es un ordenamiento vinculado a valores, que reconoce la protección de la libertad y la dignidad humana como la máxima finalidad de todos los derechos...”*¹⁰¹

⁹⁸ *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima segunda edición, Real Academia Española, <http://buscon.rae.es/drae/>

⁹⁹ Vidal Gil, Ernesto, *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas: Un análisis de algunos casos difíciles*, España, Universidad de Valencia, 1999, p.105, <http://books.google.com.mx/books?id=sZcu7zlqVhMC>

¹⁰⁰ Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003, p. 125.

¹⁰¹ Sentencia BVerfGE 33, 1, Recurso de Amparo, Resolución de la Segunda Sala, 14 de

Lucas Verdú, en su apología *Sobre los Valores*, señala que “...el Espíritu se proyecta en los valores. Es un Espíritu valorativo y en cuanto tal está latente, vivo y con propósito firma de hacerse efectivo en la convivencia política universal. [La Constitución española] expresa esa proyección cuando recoge en su articulado el conjunto de valores que aportan la dimensión axiológica de sus prescripciones. Así, los valores informan y sostienen toda su estructura normativa y, en particular, los derechos y libertades de los ciudadanos y los principios rectores de la política social y económica (...) Se trata, pues, de disposiciones significativas que reconocen y propugnan los valores para asegurar una digna convivencia humana.”¹⁰²

Así las cosas, y debido a que la Constitución tiene una carga axiológica, será necesario, para concretar una definición del concepto de *valor constitucional*, atender a otros dos conceptos que tienen una relación muy estrecha con dicha noción. Nos referimos, en primer lugar, a la *axiología*, y en segundo lugar, al concepto de *axioma*.

La <<axiología>> es definida como la “*teoría de los valores*”¹⁰³, y el concepto de <<axioma>> suele definirse como una “*proposición tan clara y evidente que se admite sin demostración.*”¹⁰⁴

De esta forma, y atendiendo a todos los elementos antes analizados, podemos concluir que el concepto de *valor*, referido al ámbito constitucional, es una *realidad o proposición que, clara y evidentemente constituye, el orden de convivencia política y es fundamento del ordenamiento jurídico, debido a que se admite por la sociedad como estimable sin necesidad de demostración.*

Ahora bien, una vez que hemos propuesto una definición del concepto de *valor constitucional*, pasemos pues, a la siguiente de las interrogantes planteadas.

e.2) ¿Cuáles son los valores constitucionales?

Ya hemos dicho que hablar de la constitucionalidad de la Constitución es, al mismo tiempo, hablar de esa carga axiológica, y por lo tanto moral, que posee toda Ley Fundamental. Así las cosas, “...el contenido moral de la voluntad política de un Estado, diferenciable de los contenidos morales de los individuos de la sociedad, da vida a un código ético específico, el cual quedará plasmado en un conjunto de estructuras normativas (...) Si bien es cierto que tal conjunto de valores se encuentran diseminados en todo el orden jurídico, no menos cierto es que la Constitución, como norma jurídica fundamental, incluye la mayoría de ellos,

marzo de 1974, párr. I.2.

¹⁰² Lucas Verdú, Pablo, “Sobre los Valores”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 23, 2009, pp. 118-119, <http://0-dialnet.unirioja.es.diana.uca.es/>

¹⁰³ *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima segunda edición, Real Academia Española, <http://buscon.rae.es/drael/>

¹⁰⁴ *Idem.*

*o al menos los más importantes entre todos los que tutela el orden jurídico.*¹⁰⁵

Es por ello que en las últimas décadas ha surgido con vehemente vigor el concepto de *neoconstitucionalismo*, el cual, a dicho de Mauro Barberis, “...*puede hacerse coincidir con el ataque al positivismo jurídico capitaneado por Ronald Dworkin, [quien] con el argumento de los principios, hace su aparición en el panorama filosófico-jurídico [con] una posición que muestra el principal rasgo distintivo del neoconstitucionalismo respecto al iuspositivismo y al iusnaturalismo: la idea de que el Derecho no se distingue necesariamente o conceptualmente de la moral, en cuanto incorpora principios comunes a ambos.*”¹⁰⁶

Pero, ¿de qué está configurado tal código ético específico?, ¿en qué consiste esa relación necesaria entre Derecho y moral?

Miguel de la Madrid enuncia una nómina de valores, distinguiendo entre valores personales (la libertad como valor supremo del Estado de derecho, los derechos fundamentales, etc.), valores colectivos (la justicia, valor supremo del Estado mexicano), valores públicos (soberanía, representación política, la construcción democrática, separación de poderes, el federalismo, responsabilidad de los servidores públicos, seguridad, etc.)¹⁰⁷

Para Jorge Madrazo, son los derechos humanos los valores fundamentales de todo Estado, señalando que “...*con el término de derechos éticos nos referimos a la síntesis que constituyen los derechos humanos en tanto que exigencias o valores morales, por un lado, y como derechos susceptibles de ser garantizados y protegidos por normas jurídicas, por otro lado (...) el núcleo ético fundamental de los derechos humanos se conforma por la idea del reconocimiento de un conjunto mínimo de exigencias y valores que hacen de la existencia humana una existencia digna de ser vivida.*”¹⁰⁸

De los dos comentarios anteriores se pueden observar comunes denominadores que nos animan a encontrar respuestas a las preguntas que nos hemos planteado (¿cuáles son los valores constitucionales? y ¿de qué está configurado tal código ético específico?), pero que nos hacen, previamente a responderlas, formularnos una diversa: ¿los valores constitucionales son absolutos o relativos?

¹⁰⁵ De la Madrid, Miguel, “Los valores en la Constitución mexicana”, en García Ramírez, Sergio (coord.), *Los valores en el derecho mexicano. Una aproximación*, UNAM-FCE, 1997, sección de Obras de Política y Derecho, pp. 265-266, <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1374/17.pdf>

¹⁰⁶ Barberis, Mauro, “Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2006, p. 260.

¹⁰⁷ De la Madrid, Miguel, “Los valores en la Constitución mexicana”, *op. cit.* pp. 265-266.

¹⁰⁸ Madrazo, Jorge y Beller, Walter, “Los valores éticos y los derechos humanos”, en García Ramírez, Sergio (coord.), *Los valores en el derecho mexicano. Una aproximación*, UNAM-FCE, 1997, sección de Obras de Política y Derecho, pp. 241-242, <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1374/16.pdf>

A pesar de que no sea menor el problema al que nos enfrentamos, no podemos dejar contestar la pregunta anterior, ya que de la respuesta dependerá la contestación que podamos formular a las demás interrogantes, debido a que si los valores son relativos, de poco servirá nuestro esfuerzo en intentar determinar una nómina de valores que puedan ser considerados parte del núcleo intangible de la Constitución. Pero en cambio, si del análisis que realicemos podemos llegar a concluir que los valores son absolutos, será posible identificarlos, y con ello, acercarnos a nuestro propósito principal: saber de qué está compuesto el núcleo intangible de la Constitución.

En torno a esta cuestión, haremos alusión a dos de las teorías que intentan resolverla, razón por la cual analizaremos y confrontaremos sus postulados.

e.3) Tesis axiológica y normativa del historicismo vs. Tesis de los valores superiores e inferiores.

Así por ejemplo, si tomáramos en consideración la tesis axiológica y normativa del historicismo, según la cual “...los derechos del hombre son históricos, y por ende variables y relativos a cada situación histórica en la que el ser humano existe...”¹⁰⁹, tendríamos que concluir que sería imposible determinar, al menos desde una óptica objetiva, cuáles son los valores constitucionales que integran el núcleo intangible de toda Constitución.

Sin embargo, la tesis anterior debe ser desechada por las absurdas consecuencias que de la misma se derivan. Veamos por qué.

En primer lugar, si tomamos en consideración que la premisa de la tesis axiológica y normativa del historicismo señala que los derechos humanos son convencionalismos sociales, es decir, que son puestos democráticamente por los hombres, negando con ello la preexistencia y supremacía de tales derechos frente al derecho positivo; la primera consecuencia poco benéfica a la que nos orilla esta postura estriba –como lo advierte Bulygin– en que “...esta concepción de los derechos humanos los priva de cimientos sólidos y los deja al capricho del legislador positivo. Por lo tanto, la concepción positivista de los derechos humanos sería políticamente peligrosa, [razón por la cual] si se quiere que los derechos humanos tengan vigencia efectiva, hay que lograr que el legislador positivo los asegure a través de las disposiciones constitucionales correspondientes y que los hombres respeten efectivamente la constitución.”¹¹⁰

En segundo lugar, si de acuerdo con la tesis axiológica y normativa del historicismo, todos los derechos fundamentales son relativos a una sociedad en determinado tiempo y lugar, cómo explicar una de las características esenciales

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 239.

¹¹⁰ Bulygin, Eugenio, “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, núm. 4, 1987, pp. 83-84, <http://www.cervantesvirtual.com> (*También puede consultarse, sobre este mismo tema: Vigo, Rodolfo Luis, De la ley al derecho, op. cit., p. 145*)

de éstos. Nos referimos a la *universalidad*, misma que ha sido definida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) como “...*ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.*”¹¹¹ Es por lo anterior que consideramos que aceptar la tesis axiológica y normativa del historicismo es, al mismo tiempo, cuestionar la universalidad de los derechos humanos, o al menos, el de su núcleo sustancial.

En tercer lugar, nótese como en la estructura del argumento utilizado por la tesis que se analiza, se parte de una afirmación absoluta (“*todos los derechos fundamentales...*”) para generar una conclusión no absoluta (“...*son relativos*”). Nada más alejado de la lógica básica que la postura que afirma que <<todo es relativo>>, ya que esta afirmación configura el primer absoluto para los que piensan de esta manera, o bien, la postura que afirma que <<la verdad no existe>>, configurándose así una primera verdad para quienes lo sostienen. Así, tanto relativismos como subjetivismos, en todas sus representaciones y manifestaciones, parten de premisas absolutas y objetivas respectivamente.

En cuarto lugar, si en reiteradas ocasiones hemos sostenido que el *Rule of law* tiene como finalidad limitar al poder a través del Derecho, y los derechos humanos son un primer y esencial límite al ejercicio del poder por parte del Estado, configurándose en la medida primaria según la cual se puede determinar si los actos de autoridad son o no contrarios a Derecho, nada más absurdo que afirmar que los derechos humanos sean relativos, ya que “...*decir que algo es obligatorio, prohibido o permitido [afirmaría Kalinowski] es reconocer que algo es bueno o malo axiológicamente, pero afirmarlo es estimar, y estimar es medir, lo que implica necesariamente el empleo de una medida. Ahora bien: ella no puede ser sino absoluta; una medida relativa no es en realidad una medida y medir sin medida es simplemente una contradicción in adjectio.*”¹¹²

Así las cosas, otra de las consecuencias poco benéficas de esta postura estriba en que si los derechos humanos son relativos, y tales derechos son los que poseen la persona por el hecho de ser persona¹¹³, cómo afirmar que los seres humanos somos todos iguales en dignidad, si no poseemos los mismos derechos fundamentales. Nótese el profundo contenido de desigualdad al que nos

¹¹¹ Gutiérrez Contreras, Juan Carlos (coord.), *Derechos humanos. Instrumentos de protección internacional*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos: México-Comisión Europea, 2004, p. 234

¹¹² Citado por Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, op. cit., p. 89.

¹¹³ Resulta interesante recordar lo que establecía el Reglamento de la Comisión Nacional de Derechos Humanos del 1º de agosto de 1990 (Art. 2º), el cual, con profunda sencillez, señaló lo que se debía entenderse por derechos humanos, al disponer que: “*Los Derechos Humanos son los inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano*”.

conduciría aceptar tesis como la analizada.

Por lo anterior, “...*si no admitimos que ciertos [valores y] derechos son absolutos, [sostiene Pereira Menaut] poco sentido tiene diferenciarlos de las autolimitaciones del estado admitidas por las teorías estatistas alemanas, o de las libertades públicas y derechos públicos subjetivos, caracterizados todos por formar parte del ordenamiento jurídico-positivo del estado, [lo que nos llevaría a afirmar que] podrían ser retirados sin que ello destruyera necesariamente la vida constitucional...*”¹¹⁴ No por nada, y con suma claridad, Vigo advierte que los derechos humanos en clave iuspositivista, son decretos de tolerancia revocables, lo que nos aleja considerablemente de todas las ideas vertidas en los capítulos precedentes respecto del *Rule of law*.

Ahora bien, el carácter absoluto de ciertos valores y derechos fundamentales no significa que sean ilimitados, ya que tal idea sería imposible y claramente antijurídica. Por ejemplo, en el caso *Schenk vs. United States* (1919), el juez Holmes, con grandilocuencia advertía que “...*el carácter de cualquier acto depende de las circunstancias dentro de las cuales es realizado. La más estricta protección de la libertad de expresión no protegería a una persona que gritara falsamente <<¡fuego!>> en un teatro, causando pánico. Ni siquiera protege a una persona de una orden judicial que le prohíba expresar palabras que podrían tener todo el efecto de la fuerza.*”¹¹⁵

Por ello, cabe preguntarnos: ¿qué significa el carácter absoluto de ciertos valores y derechos? Comencemos por decir que el concepto <<absoluto>> es un concepto equívoco, es decir, que de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, esa palabra llega a significar ocho definiciones diversas. Así, para lo que aquí interesa, lo <<absoluto>> puede ser entendido como “*ilimitado*”¹¹⁶, o bien, “*que existe por sí mismo, [o que es] incondicionado*”¹¹⁷ Cuando se dice que existen ciertos valores o derechos absolutos, a la que se hace referencia es a la segunda de las definiciones analizadas. Por ello, Pereira Menaut refiere que tal característica de algunos valores y derechos significa:

- Que aunque puedan sufrir derogaciones parciales y excepcionales, por confrontarse, por ejemplo, con otro valor o derecho mayor, o en situaciones de emergencia, guerra, etc., no son limitables sino por motivos excepcionalmente serios.
- Que a diferencia de lo que ocurre con otros valores o derechos menores

¹¹⁴ Pereira Menaut, Carlos–Antonio, *Lecciones de Teoría Constitucional*, op. cit., p. 289.

¹¹⁵ Al respecto, el *justice* Holmes establecía que: “*But the character of every act depends upon the circumstances in which it is done. The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic. It does not even protect a man from an injunction against uttering words that may have all the effect of force.*” (Véase: *Schenk vs. United States*, 1919)

¹¹⁶ *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit.

¹¹⁷ *Idem*.

reconocidos por los ordenamientos jurídicos estatales, lo protegido por ellos (vgr. la vida, la libertad, la igualdad, la dignidad, etc.), tienen un valor intrínseco independientemente de que sean o no reconocidos por las leyes vigentes, es decir, no reciben su legitimidad de las normas positivas, sino que por el contrario, son las Constituciones, las leyes y los gobiernos, los que reciben adquieren legitimidad por respetar y tutelar eficazmente tales valores y derechos.

- Que tampoco les quita, ni añade nada intrínseco, el ser o no reconocidos por las costumbres y la opinión dominante, ya que son incondicionados.
- Que son elementos inherentes, imprescindibles y esenciales para la propia idea de Constitución.¹¹⁸

En definitiva, los derechos a los que nos referimos son, en palabras de Ronald Dworkin, “*derechos en sentido fuerte*”, es decir, aquellos que hunden sus raíces, más o menos directamente, en los valores de la dignidad e igualdad, lo que nos conduce al tema de la fundamentación de los derechos, tema el cual abordaremos en el siguiente apartado.¹¹⁹

Sin embargo, aún y cuando hemos comprobado que la tesis axiológica y normativa del historicismo se sustenta en premisas contradictorias conduciendo a nefastas consecuencias, así como explicado el carácter absoluto de ciertos valores y derechos, lo que no aleja de los relativismos tramposos, no podemos desconocer que hay algunos valores constitucionales que no han sido reconocidos de igual manera en todas las Constituciones. Esto no quiere decir que nos retractemos en cuanto a que existen valores absolutos, sino que es preciso aceptar que existen otro tipo de valores que no son universales, debido a que

¹¹⁸ Pereira Menaut, Carlos–Antonio, *Lecciones de Teoría Constitucional*, op. cit., pp. 285-287.

¹¹⁹ Sobre el particular, el profesor de la Universidad de Harvard, ha señalado que: “*In order to explain this, I must call attention to the fact, familiar to philosophers, but often ignored in political debate, that the word ‘right’ has different force in different contexts. In most cases when we say that someone has ‘right’ to do something, we imply that it would be wrong to interfere with his doing it, or at least that some special grounds are needed for justifying any interference. I use this strong sense of right when I say that you have the right to spend your money gambling, if you wish, though you ought to spend it in a more worthwhile way. I mean that it would be wrong for anyone to interfere with you even though you propose to spend your money in a way that I think is wrong. There is a clear difference between saying that someone has right to do something in this sense and saying that it is the ‘right’ thing for him to do, or that he does no ‘wrong’ in doing it (...). A successful claim of right, in the strong sense I described, has this consequence. If someone has a right to something, then it is wrong for the government to deny it to him even though it would be in the general interest to do so. This sense of right (which might be called the anti-utilitarian concept of a right) seems to me very close to the sense of right principally used in political and legal writing and argument in recent years. It marks the distinctive concept of an individual right against the State which is the heart, for example, of constitutional theory in the United States.*” (Véase: Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, U.S., Harvard University Press, 1978, pp. 188 y 269, <http://books.google.com.mx/>) También puede consultarse, sobre este tema: Pereira Menaut, Carlos–Antonio, *Lecciones de Teoría Constitucional*, op. cit., p. 290.

responden a la particular existencia histórica de cada pueblo o nación a la que nos estemos refiriendo.

No olvidemos que cualquier Constitución, a pesar de ser norma jurídica, posee una carga histórica innegable. Esto significa que la Constitución es, como decía Schmitt, una decisión fundamental del pueblo en democracia. Esa decisión es tomada atendiendo a determinadas circunstancias, de ahí que no todas las decisiones (léase Constituciones) sean idénticas, pero sin olvidar que existen calores y derechos que son común denominador en toda Constitución que se haga llamar democrática.

Lo anterior es fácil comprobarlo al analizar cuatro de las Constituciones que, siendo de muy diversas latitudes, nos permitirán entender, por un lado, que las naciones tienen específicos derroteros, pero por el otro, también nos permiten advertir que a pesar de ese cariz relativo a su particular existencia histórica, todas ellas reconocen y tutelan el mismo conjunto de valores. Concretamente nos referiremos a la Constitución alemana de 1949, a la Constitución española de 1978, a la Constitución de El Salvador de 1983 y a la Constitución rusa de 1993.

Hemos elegido tales ejemplos por dos razones. En primer lugar, debido a que son Constituciones que, de manera explícita, señalan los valores que pretende concretar cada uno de sus pueblos; y en segundo lugar, porque como ya referíamos, pertenecen a diferentes latitudes, pero sobre todo, a historias constitucionales muy particulares, lo que nos permitirá entender, sin caer en relativismos, por qué reconocen valores constitucionales diversos. Veamos:

Constitución alemana de 1949

Artículo 1°

1. La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección.
2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento (Grundlage) de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

Constitución española de 1978

Artículo 1°

1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Constitución de El Salvador de 1983

Artículo 1°

El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.

Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción.

En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República,

el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.

Constitución de la Federación Rusa de 1993

Artículo 2°

Hombre, sus derechos y libertades será el valor supremo. Deberá ser un deber del Estado a reconocer, respetar y proteger los derechos y libertades del hombre y del ciudadano.

Artículo 13°

1. Se reconocerá la pluralidad ideológica en la Federación de Rusia.
2. Ninguna ideología puede ser instituida como una ideología patrocinada por el Estado u obligatoria.

De los artículos constitucionales antes transcritos, claramente se observa que:

- En *Alemania* se estableció como valor fundamental del Estado, el que la dignidad humana y los derechos inviolables e inalienables del hombre son el fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo;
- En *España*, se reconoció que los valores superiores del Estado serían la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.
- En la República de *El Salvador*, se reconoció que la persona humana es el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común, razón por la cual es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.
- En la *Federación Rusa*, se establece como valor supremo al Hombre, sus derechos y libertades, reconociendo también al pluralismo ideológico, y prohibiendo además que ninguna ideología pueda ser obligatoria o patrocinada por el Estado.

Pese a la divergencia de contenido de las normas constitucionales antes transcritas, lo primero que deseamos resaltar es que, de las nóminas de valores constitucionales antes señaladas, existen comunes denominadores que han sido reconocidos como tales en las cuatro cartas magnas mencionadas. Concretamente nos referimos a la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la justicia.

No obstante, también encontramos otros valores constitucionales que son diferentes de una Constitución a otra. Así, en Alemania se propugna por la paz y la justicia en el mundo, en España por el pluralismo político, en El Salvador por el bienestar económico y la justicia social, y en Rusia por el pluralismo ideológico. La

pregunta obvia sería: ¿esta divergencia fortalece la tesis axiológica y normativa del historicismo? Nos parece que no, aunque pareciera ser que así es. Veamos.

Consideramos que la divergencia advertida debe ser analizada desde dos puntos de vista. En primer lugar, desde un punto de vista teórico-filosófico, y en segundo lugar, desde un punto de vista histórico.

Desde el punto de vista teórico-filosófico, es aquí donde apelaremos, en contraposición a la tesis axiológica y normativa del historicismo, a lo que hemos querido denominar la *tesis de los valores superiores e inferiores*, según la cual, no todos los valores constitucionales poseen la misma jerarquía. Tal forma de pensamiento se la debemos a Max Scheler, filósofo alemán que desarrolló considerablemente la filosofía de los valores y quien, a pesar de haber fallecido en 1928, fue de los primeros pensadores en señalar el peligro que implicaba para Alemania el advenimiento del nazismo.

Scheler señalaba que *“...los valores, por su propio modo de ser, se encuentran en un orden jerárquico, es decir, que hay valores superiores e inferiores, [señalando] a los valores vitales como pertenecientes a la categoría de los valores superiores... [Así las cosas, prosigue Scheler] el fin último del Derecho radica en la realización de los valores superiores en el ámbito propio del Derecho, esto es, en el comportamiento exterior de los hombres, [con lo que se] afirma la existencia de un orden de valores absolutos que puede, además, ser conocido de modo también absoluto, en el que aparecen determinados valores como <<superiores>>.”*¹²⁰

De esta manera, podemos afirmar que la uniformidad que existe entre las Constituciones que hemos analizado, se deriva del reconocimiento a ciertos valores superiores (dignidad humana, libertad, igualdad y justicia) que son valores absolutos en contraposición a los valores inferiores (en Alemania: la paz y de la justicia en el mundo; en España: el pluralismo político; en El Salvador: el bienestar económico y la justicia social; y en Rusia: el pluralismo ideológico) que se derivan de las diferentes circunstancias históricas, sociales y culturales de tales naciones, no siendo posible calificarlos de absolutos, ya que son relativos a circunstancias concretas de cada nación, y por ello, deben ser diferentes.

Ahora bien, si analizamos desde el punto de vista histórico la divergencia que existe entre los valores inferiores antes mencionados, claramente podremos encontrar una justificación objetiva en cada uno de los casos, lo que nos permitirá esclarecer por qué no son los mismos en Alemania, España, El Salvador y Rusia.

Recordemos que la constitucionalidad de la Constitución se encuentra en el contenido ideológico que tenga la misma, y que esa ideología estará determinada, tanto por los valores (axiología) de una sociedad concreta, como por la intrínseca

¹²⁰ Citado por Albert Márquez, Marta, *Derecho y valor. Una filosofía jurídica fenomenológica*, s.l.i., Encuentro, 2004, pp. 331-333, <http://books.google.com.mx/books?id=pz0s16316N0C>

valía de los valores que proponga la misma Constitución. Aspiraciones, valores, postulados fundamentales, son los términos que se utilizan para denominar ese contenido meta-jurídico que debe tener toda norma constitucional.

De estas palabras, y atendiendo a la distinción que realizara Scheler entre valores superiores e inferiores, se puede advertir con nitidez, que la constitucionalidad de la Constitución también se integra por los valores de una sociedad concreta (valores inferiores para Scheler), así como de la intrínseca valía de los valores que proponga la misma Constitución (valores superiores para Scheler).

Así, ante la pregunta de quién puede o debe ser el portavoz de estos valores inferiores, caben muchas opciones e interpretaciones –afirma Sepúlveda–, pero desde el punto de vista jurídico debemos afirmar que debe ser la Constitución misma, la cual, es redactada por un órgano constituyente *ad hoc*. Este es el gran papel del Poder constituyente originario y de su obra: la Constitución.¹²¹

En base a lo anterior, podemos ahora entender que el Constituyente alemán de 1949 estableciera como valores constitucionales (inferiores), la paz y la justicia en el mundo, ya que derivado de las atrocidades del *III Reich*, para la sociedad alemana resultaba fundamental explicitar que su orden jurídico, debía ser reconstruido teniendo como base tal contenido axiológico, a fin de que no se repitiesen en el futuro experiencias similares.

De forma similar, el Constituyente español de 1978 entendió que los valores constitucionales (inferiores) debían ser otros, ya que debido a la existencia de centros políticos que permanentemente han buscado la autonomía del Reino, como lo son los Países Vascos, lo que incluso, ha derivado en la injustificable existencia de movimientos terroristas que “luchan” por la plena independencia de tal región, como lo es *Euskadi Ta Askatasuna* (ETA: que en español significa “País Vasco y Libertad”), resultaba fundamental el explicitar que su orden jurídico debía ser constituido sobre la aceptación de esa realidad, es decir, de una pluralidad política.

Por su parte, el Constituyente salvadoreño de 1983, para dar una respuesta clara de repudio frente a los actos cometidos por gobiernos sucesivos sustentados en el autoritarismo y el estamento militar, comprendió el gran deseo nacional de establecer los fundamentos de la convivencia con base en la búsqueda del bienestar económico y la justicia social.

Y por último, el Constituyente ruso de 1993, atendiendo a la experiencia que significó en la antigua Unión Soviética la imposición de la ideología comunista por parte del partido gobernante (Partido Comunista), resolvió establecer como uno de

¹²¹ Sepúlveda Iguíniz, Ricardo, *Leyes Orgánicas Constitucionales. Hacia una Nueva Constitucionalidad para México*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2006.

los valores y fundamentos del sistema constitucional de aquel país¹²², al pluralismo ideológico, erradicando por completo que dicha experiencia pudiera repetirse, para lo cual, proscribió la posibilidad de que el Estado pudiera patrocinar ideología alguna.

Es por todo lo anterior que, a pesar de la discrepancia entre los valores constitucionales inferiores, la tesis axiológica y normativa del historicismo no resulta fortalecida, ya que de acuerdo a la tesis de los valores superiores e inferiores, es justificable y comprensible que en tratándose de éstos últimos, existan diferencias que obedezcan a las circunstancias históricas, políticas o culturales de cada sociedad. No olvidemos que *"...en los orígenes del constitucionalismo, la percepción de incluir los valores de una sociedad en el texto constitucional, se entendía como un aspecto adherido a la voluntad popular [valores constitucionales inferiores], pero después de las atrocidades sufridas por los diversos regímenes totalitarios, se hizo evidente que los principios y derechos fundamentales debían mantenerse ajenos de cualquier pretensión de las mayorías, así como de cualquier otro tipo de influencia [valores constitucionales superiores]."*¹²³

Pero lo verdaderamente sobresaliente es que, a pesar de cada sociedad pueda alimentar su Constitución de valores constitucionales inferiores que atiendan a sus circunstancias particulares, en los ejemplos planteados, tales valores cumplen con la propuesta que, de definición, hacíamos en torno al concepto de valor constitucional: *realidades o proposiciones que, clara y evidentemente, constituyen el orden de convivencia política y son fundamento del ordenamiento jurídico, debido a que se admiten por la sociedad como estimables sin necesidad de demostración.*

Ahora bien, si tales valores constitucionales inferiores cumplen con la definición que hemos propuesto para el concepto de valor constitucional, ¿cuál es la diferencia entre los valores constitucionales superiores e inferiores? Consideramos que la divergencia estriba en que aquellos, son admitidos por cualquier sociedad como estimables sin la necesidad de demostración (vgr. vida, libertad, igualdad, dignidad, justicia, etc.), mientras que éstos, son estimables sin la necesidad de demostración, pero sólo por una sociedad concreta (vgr. la paz y de la justicia en el mundo: Constitución alemana de 1949; el pluralismo político en la Constitución española de 1978; el bienestar económico y la justicia social en la Constitución salvadoreña de 1983; y el pluralismo ideológico en la Constitución rusa de 1993).

¹²² Cabe señalar que la ubicación de los artículos 2° y 13° de la Constitución de la Federación Rusa, se ubican en el Capítulo I, intitulado *"Los Fundamentos del Sistema Constitucional"*.

¹²³ Del Rosario Rodríguez, Marcos, "Análisis sobre los diversos modos de conceptualización de la supremacía constitucional: desde la antigüedad hasta nuestros días", en Del Rosario Rodríguez, Marcos (coord.), *Supremacía Constitucional*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2009, p. 86.

Una vez que hemos desvirtuado la tesis axiológica y normativa del historicismo, y demostrado los aciertos de la tesis de los valores superiores e inferiores, podemos regresar a nuestro *desiderátum* principal, es decir, a definir, cuáles son los valores constitucionales, pero ahora, concentrándonos en los que son superiores –que a dicho de Scheler– son valores absolutos que pueden ser conocidos de modo también absoluto. Lo anterior será fundamental, ya que a través de su identificación podremos comenzar a dilucidar cuál es el contenido del núcleo intangible de toda Constitución.

e.4) Las decisiones axiológicas fundamentales como valores constitucionales superiores. Un primer contenido del núcleo intangible.

Ya hemos dicho que, en complemento a lo sostenido por Carl Schmitt en torno a que la Constitución se integra de las decisiones políticas fundamentales, diferenciándolas de las leyes constitucionales que son simplemente las formas o los medios para concretar tales decisiones; nosotros planteamos que la Constitución, o si se prefiere, la constitucionalidad de la Constitución, y por lo tanto, el núcleo intangible de la misma, se hace consistir, no sólo de decisiones políticas fundamentales, sino sobre todo, de decisiones axiológicas fundamentales.

Pero ¿cuáles son esas decisiones axiológicas fundamentales?, ¿cuáles son esos valores superiores a los que se refiere Scheler? Recordemos que él propone, como un primer acercamiento al tema, que son los valores vitales los que pertenecen a tal categoría.

En esta misma línea argumentativa, pero mediante la utilización de un concepto que, a nuestro parecer, resulta más adecuado, Pereira Menaut habla de los <<fundamentos de los derechos>>.¹²⁴

Hay ciertas realidades –refiere Pereira Menaut– que lejos de ser derechos, les sirven de fundamento a todos los derechos. Son realidades pre-jurídicas por ser anteriores a la existencia del Estado mismo, y por ello, aún más respetables que los mismos derechos. Así, bien se podría decir que “...*ni la vida, ni la dignidad, ni la igualdad humana básica, ni la libertad general inherente a la persona son derechos, aunque den lugar a derechos concretos al protegerlas de los ataques que puedan sufrir.*”¹²⁵

Tal pre-juridicidad se explica con sencillez en palabras de Lucas Verdú, quien al hacer referencia a los valores constitucionales afirma que “...*la Constitución pues, no crea los valores, [en todo caso] los descubre y promueve...*”¹²⁶, de ahí que sean realidades anteriores al propio Estado.

¹²⁴ Pereira Menaut, Carlos–Antonio, *Lecciones de Teoría Constitucional*, op. cit., pp. 325-335.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 329.

¹²⁶ Lucas Verdú, Pablo, “Sobre los Valores”, op. cit., p. 119.

Son éstas realidades las que, desde nuestra óptica, configuran el conjunto de decisiones axiológicas fundamentales que por gozar de una especial constitucionalidad, deben ser protegidas de manera especial, incluso, frente a las actuaciones del Poder revisor de la Constitución.

No por nada –enfatisa Pereira Menaut– los valores de la vida, la dignidad, la igualdad y la libertad, deberían estar colocados en todas las Constituciones, antes y fuera del listado o nómina de derechos humanos, toda vez que se instituyen en esas realidades que sirven de fundamento a todos los derechos.¹²⁷

Lo anterior resulta del todo lógico, ya que la vida no es un derecho. Nadie tiene derecho a la vida, todo ser humano está vivo. Otra cosa muy diferente es que, derivado de esa realidad pre-jurídica¹²⁸, se reconozca en las Constituciones el derecho a la protección de la salud, el derecho a la protección de nuestra integridad física, el derecho a un medio ambiente adecuado, el derecho a la alimentación, etc. Por ello la vida, sostiene Joseph Raz, es un presupuesto para que podamos acceder a todas las cosas que tienen valor y ejercer todos nuestros derechos.¹²⁹

¹²⁷ Por ello, Lucas Verdú diría, en relación a la Constitución española de 1978, que los valores constitucionales se ven proclamados “...en el Preámbulo, al afirmar los fines perseguidos por sus autores: establecer la justicia, la libertad, la seguridad y el bien de todos; garantizar la convivencia democrática conforme a un orden económico y social justo; consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular; proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones; promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida; establecer una sociedad democrática avanzada; y colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra.” (Véase: Lucas Verdú, Pablo, “Sobre los Valores”, *op. cit.*, p. 119.)

¹²⁸ En un trabajo que realicé, so pretexto del debate en torno a la despenalización del aborto en México, pude comprobar cómo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en el reconocimiento del carácter especial del valor de la vida humana, al punto de que le reconoce el estatus de jus-cogens. “El concepto jus-cogens se deriva de un orden superior de normas establecidas en tiempos antiguos y que no pueden ser contravenidas por las leyes del hombre o de las naciones. Esta postura ha sido ratificada recientemente por la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos al señalar que el derecho a la vida es ampliamente reconocido como el derecho supremo del ser humano y conditio sine qua non para el goce de todos los demás derechos” (Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, casos: Remoladora 13 de marzo, 1996, párr. 79; Sequieras Mangas c. Nicaragua de 1997, párr. 145; y Edwards y otros c. Bahamas en 2001, párr. 109), con lo cual se entiende que el valor de la vida humana deba ser considerada como una realidad pre-jurídica que se constituye en uno de los fundamentos de los derechos humanos. (Véase: Casas Martínez, María de la Luz. *et al.*, *Bioética y Aborto. Hacia una cultura de la Vida*, México, Trillas, 2009, pp. 87-88.)

¹²⁹ El profesor Raz sostiene que: “One thing is clear. If people’s continued life is not intrinsically and unconditionally good for them then the value of continued life to the people whose life it is cannot underpin the requirement to respect the life of others. The fact that life is a precondition of value which the content of that life may have is neither here nor there. The requirement to respect the life of others is not subject to the variations which affect the value of the contents of the life of people.” (Véase: Raz, Joseph, *Value, respect, and attachment*, U.K., Cambridge University Press, 2001, p. 124, <http://books.google.com.mx/>). También puede consultarse, sobre este mismo tema: Bernal Pulido, Carlos, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en Cáceres Nieto, Enrique, Flores, Imer B., Saldaña,

De igual manera, nadie tiene derecho a la dignidad, todo ser humano es digno. Otra cosa es que, derivado de esa realidad pre-jurídica, las Constituciones reconozcan que tengamos derecho a una vivienda digna y decorosa, derecho a la educación, derecho a la intimidad, o bien, que las penas de mutilación, los azotes, la marca, la infamia y cualquier otra pena degradante se encuentren proscritas.¹³⁰

Asimismo, nadie tiene derecho a la igualdad, todos somos iguales por tener la misma dignidad, por ser todos seres humanos. Otra cosa es que, derivado de esa realidad pre-jurídica, las Constituciones reconozcan que hombres y mujeres tienen derechos por igual, o bien, que se prohíba toda clase de discriminación, que no se pueda juzgar mediante leyes privativas o tribunales especiales, que no tengan efecto jurídico los títulos nobiliarios, etc.¹³¹

Y por último, quién podría afirmar que tiene derecho a ser libre. Todos somos libres y, derivado de esta otra realidad, también pre-jurídica, es que las Constituciones contemporáneas prohíban la esclavitud, la servidumbre, la trata o tráfico de personas, o bien, que reconozcan los derechos a la libertad personal, a la libertad de pensamiento, a la libertad de manifestar las ideas, a la libertad de trabajo, a la libertad de imprenta, a la libertad de asociación, a la libertad de conciencia y de religión, a la libertad de tránsito, etc.¹³²

Javier y Villanueva, Enrique (coords.), *Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, México, UNAM-IIJ, 2005, p. 23, <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1650/5.pdf>

¹³⁰ Sin duda, hay un sinnúmero de resoluciones que dejan ver un conjunto de derechos vinculados a la dignidad humana, o más bien, derechos que tienen su fundamento en ella. Así por ejemplo, en una decisión adoptada por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en 1998, calificó la presentación a los medios de comunicación de un preso en una jaula como trato degradante, violatorio del primer párrafo del artículo 10 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en cuanto resultaba un trato incompatible con la dignidad humana (Cfr. Comité de Derechos Humanos, caso Polay c. Perú, 1997, párr. 8.5). Asimismo, en una de sus primeras sentencias en torno a la desaparición forzada de personas, la Corte Interamericana señaló que “... el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas (...) del respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (Cfr. Corte Interamericana, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988, párr. 156)

¹³¹ Así por ejemplo, aunque pudiese pensarse que igualdad y no discriminación son lo mismo, la verdad es que son conceptos diferentes, ya que “...la forma en que los principios de igualdad y de no discriminación han sido incorporados a los distintos instrumentos internacionales parece confirmar que son complementarios. La Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra estos principios en artículos distintos. El primer artículo de la Declaración (...) declara que las personas nacen iguales en derechos y deberes. El segundo proclama que toda persona tiene los derechos y libertades consagradas por la Declaración, sin distinción...”, es decir, se reconoce a la igualdad como una realidad pre-jurídica que caracteriza a las personas y por lo tanto, se establece que, en respeto a tal igualdad, todas las personas deben tener todos los derechos sin discriminación alguna, sin olvidar que no todo trato desigual es discriminación, ya que la justicia exige tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. (Véase: O’Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004. p. 916.)

¹³² Bajo la misma línea argumentativa que hemos venido manejando en torno a los demás valores que se constituyen en realidades pre-jurídicas que sirven de fundamento a los derechos humanos, se encuentra el caso de la libertad, ya que el propio artículo 1° de la Declaración

En suma, todas estas realidades pre-jurídicas, al ser fundamento de los derechos, deben ser considerados límites exógenos a los actos de todo legislador o juez. *“Éste, al sentenciar, puede elegir entre dos derechos, pero no entre un derecho y algo que, por fundamentar los derechos todos, está en un nivel anterior, superior [y] diferente”*¹³³, por pertenecer a la nómina de los valores constitucionales superiores.

Nótese que con el reconocimiento de tales realidades pre-jurídicas a través de normas que se traduzcan en estos valores constitucionales superiores como parte fundamental de la constitucionalidad de la Constitución, y por ende, como contenido primario del núcleo intangible de la misma, se posibilita la existencia de aquella entidad jurídica anterior, superior y exterior al Estado de la que hemos hecho referencia en múltiples ocasiones. No por nada, uno de los primeros instrumentos que dieron pie a la internacionalización de los derechos humanos, como lo fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, señala en su primer artículo que: *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad...”*, dejando en claro que la vida, la libertad, la igualdad y la dignidad son cualidades inherentes¹³⁴ a la existencia de todo ser humano, lo que posteriormente sirve de fundamento para que en dicha declaración, a partir del artículo segundo, se establezca la nómina de derechos fundamentales al decir: *“Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración...”*

Asimismo, debe destacarse que estas realidades, es decir, la vida, la dignidad, la igualdad y la libertad, claramente cumplen con la propuesta de definición que, del concepto de valor constitucional, hemos realizado, ya que son *realidades o proposiciones que clara y evidentemente constituyen el orden de convivencia política y son fundamento del ordenamiento jurídico, debido a que se admiten por la sociedad como estimables sin necesidad de demostración.*

Universal de los Derechos Humanos señala que *“...todos los seres humanos nacen libres...”*, con lo cual deja en claro que hay una libertad genérica que es cualidad de todo ser humano, y por la cual se justifica el reconocimiento de un sinnúmero de derechos que se configuran en libertades concretas o específicas que se desprenden de la existencia de aquella denominada genérica. Así por ejemplo, y en relación con el derecho de libre asociación, podemos afirmar que su importancia *“guarda relación con el carácter social del ser humano quien, como señala la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo en ella [la comunidad] puede desarrollar libre y plenamente su personalidad (Art. 29 a)”* (Véase: O'Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano, op. cit.*, p. 709), es decir, el derecho a la libre asociación se deriva de una realidad pre-jurídica: la libertad, la cual, en su vertiente social, se traduce en el carácter de sociabilidad del ser humano. Luego, es posible entender que la Comisión Interamericana haya establecido que un precepto penal que exige la autorización del gobierno para formar un grupo de más de 20 personas que pretenda reunirse regularmente para fines religiosos, literarios, políticos o de otra índole, resulta una limitación arbitraria al derecho de libre asociación (Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití, 1979, p. 60, párr. 4.)

¹³³ Pereira Menaut, Carlos-Antonio, *Lecciones de Teoría Constitucional, op. cit.*, p. 329

¹³⁴ <<Inherente>> Del lat. *inhaerens*, -entis, part. act. de *inhaerere*, estar unido. Que por su naturaleza está de tal manera unido a algo, que no se puede separar de ello. (Véase: *Diccionario de la Lengua Española, op. cit.*)

Para demostrar empíricamente tal afirmación, se aplicó una encuesta a un grupo de 28 alumnos del octavo semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, en la que debían contestar, sin ningún tipo de aclaración o instrucción previa, SI o NO a los siguientes planteamientos:

1. Consideras que tu vida debe ser estimable para la sociedad.
2. Consideras que la vida de todo ser humano es estimable para ti.
3. Consideras que tu dignidad debe ser estimable para la sociedad.
4. Consideras que la dignidad de todo ser humano es estimable para ti.
5. Consideras que tu igualdad debe ser estimable para la sociedad.
6. Consideras que la igualdad de todo ser humano es estimable para ti.
7. Consideras que tu libertad debe ser estimable para la sociedad.
8. Consideras que la libertad de todo ser humano debe ser estimable para ti.

De dicho ejercicio se obtuvieron los siguientes resultados:

	SI	NO
1. Consideras que tu vida debe ser estimable para la sociedad.	28	0
2. Consideras que la vida de todo ser humano es estimable para ti.	24	4
3. Consideras que tu dignidad debe ser estimable para la sociedad.	28	0
4. Consideras que la dignidad de todo ser humano es estimable para ti.	25	3
5. Consideras que tu igualdad debe ser estimable para la sociedad.	28	0
6. Consideras que la igualdad de todo ser humano es estimable para ti.	27	1
7. Consideras que tu libertad debe ser estimable para la sociedad.	28	0
8. Consideras que la libertad de todo ser humano debe ser estimable para ti.	25	3

De los anteriores resultados podemos obtener las siguientes conclusiones:

- (i) Que el grupo en su totalidad consideró su vida, su dignidad, su igualdad y su libertad, como conceptos estimables para la sociedad, lo que sin duda deja ver que frente a estas realidades o proposiciones, los individuos las admiten como estimables sin la necesidad de demostración.
- (ii) Que de un total de 112 opiniones relativas a la vida, dignidad, igualdad y libertad de los demás, 101 (90%) señalaron que son igualmente estimables, siendo sólo 11 opiniones (10%) las que consideraron que, respecto de los demás, no es tan claro que tales realidades o proposiciones sean estimables. Nótese como en estas respuestas hay un dejo de relativismo, ya que de acuerdo con 11 de los encuestados, mientras la vida propia si debe ser estimable por la sociedad, la vida ajena no merece la misma suerte.
- (iii) Que aún con las limitaciones del propio ejercicio, se deja ver que la vida, la dignidad, la igualdad y la libertad se configuran en esos espacios

comunes esenciales que cumplen a la perfección con la definición que de valor constitucional hemos propuesto, es decir que tales *realidades o proposiciones son clara y evidentemente constitutivas del orden de convivencia política y deben ser fundamento del ordenamiento jurídico, debido a que se admiten por la sociedad como estimables sin necesidad de demostración.*

Es importante resaltar que con el ejercicio anterior, no se pretende incurrir en posturas como la del inter-subjetivismo procedimental, según la cual, los valores deben ser definidos por la mayoría¹³⁵, sino simplemente se pretende corroborar, a través de una experiencia empírica, todos los argumentos que hasta ahora se han vertido en torno a que la vida, la dignidad, la igualdad y la libertad, como fundamentos de los derechos, constituyen el conjunto de valores constitucionales superiores que deben formar parte de la constitucionalidad de toda Constitución, y por ello, de su núcleo intangible. Es decir, su categoría de valores constitucionales superiores no deriva del consenso mayoritario que existe sobre ellos, ya que muy por el contrario, es su intrínseca valía la que justifica que tal consenso.

Ahora bien, muchos podrán preguntarse si la <<justicia>> debe ser parte de ese conjunto de valores constitucionales superiores. Consideramos que sí debe ser incluida en esta nómina mínima, aunque con algunas precisiones, ya que a diferencia de la vida, la dignidad, la igualdad y la libertad, la justicia no es una realidad, sino una virtud que el Derecho se ha propuesto concretar, haciéndola suya como su fin más inmediato.¹³⁶

En este sentido, aunque la justicia deba ser incluida dentro del conjunto de valores constitucionales superiores, debe ser vista desde otra perspectiva, ya que

¹³⁵ De acuerdo con Carlos Goñi Zubieta, con el inter-subjetivismo “...autores como J. Habermas intentan superar tanto al subjetivismo como el objetivismo afirmando que los derechos humanos son valores intrínsecamente comunicables. Son categorías que expresan necesidades sociales e históricamente compartidas, por eso, permiten un consenso generalizado sobre su justificación. La teoría consensual de la verdad, que Habermas defiende, mantiene la existencia de una situación comunicativa ideal que ofrece criterios válidos para enjuiciar situaciones reales. El diálogo intersubjetivo fundamenta el orden de los valores y los derechos humanos.” (Véase: Goñi Zubieta, Carlos, *Recuerda que eres hombre*, s.l.i., Ediciones Rialp, 2003, p. 163, <http://books.google.com.mx/>)

¹³⁶ Se afirma que la justicia es el fin inmediato del Derecho, debido a que consideramos que el fin último de éste es el ser humano mismo. Como lo afirma Ballesteros: “*hominis causa omne ius constituitur*”, o Kaufmann, quien asigna a la filosofía del derecho el legado de “*volver a la preocupación central por el hombre y por la vida en general en todas sus formas*”. No pensarlo de esta manera, nos acerca al peligro –advertido por Vigo– de repetir aquellas lecciones que “...la historia ilustra e instruye sobre derechos sin rostro humano o contrarios al hombre, [es por ello que la] preocupación y opción por un humanismo y una ecología integral resultan una exigencia y un desafío insoslayable frente a la capacidad destructiva del hombre y de la naturaleza que se ha generado y puesto en manos de otros hombres (...) Nuestro futuro y sobre todo la calidad humana del mismo, está cada vez más ligado a esos increíbles poderes que movidos por la lógica de su propio interés pueden carecer de límites, y he aquí la fortaleza del derecho para evitar desmanes y afirmar el servicio al hombre al que desde siempre y para siempre están convocados el derecho y sus operadores.” (Véase: Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, op. cit., p. 23-24)

mientras la vida, la dignidad, la igualdad y la libertad son realidades pre-jurídicas que sirven de fundamento a todos los derechos, la justicia se configura en el <<catalizador>>¹³⁷ que hace posible su protección. Es decir, la justicia no es fundamento de los derechos, debido a que no puede operar por sí sola, debido a que requiere siempre de un referente respecto del cual se pueda actuar o no con justicia.

Por ello cuando se afirma que hay que “*darle a cada quien lo suyo y no otra cosa*” o “*tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*”¹³⁸, será necesario determinar, en primerísimo lugar, qué es lo suyo de cada quién y quiénes son iguales o desiguales en relación a algo. En suma, se es justo cuando se prohíbe o se procura algo que tenga como objeto preservar la vida, la dignidad, la igualdad y la libertad, o bien, alguno de los derechos a los que estos valores dan sustento. Por ello la justicia es, al final de cuentas, el valor que sirve de medio para concretar los demás valores superiores.

No por nada suele decirse, quizá con cierto espíritu pragmático, que de todos los derechos, el más importante es el de acceso a la justicia, ya que sin él, los demás derechos no podrían ser tutelados. Se advierte el pragmatismo de tal afirmación, ya que lo cierto es que el derecho de acceso a la justicia tampoco serviría de mucho si no se reconocieran derechos que proteger. Es esta la razón por la cual hemos elegido el concepto de <<catalizador>> como el más adecuado para explicar la relación entre el valor de la justicia con los demás valores constitucionales superiores, así como con los derechos que derivan de ellos, debido a que será la justicia el mejor estímulo o fuerza para concretar su desarrollo a través de su protección y tutela efectiva.

A modo de conclusión, es importante señalar que hemos optado por una nómina reducida de valores constitucionales superiores, a fin de que el núcleo intangible de la Constitución no se configure en un obstáculo irracional para el Poder constituyente constituido, pero que a la vez, sí se instituya en un núcleo verdaderamente inalterable, un <<coto vedado>>¹³⁹ mínimo y funcional que sea capaz de resistir los embates del ejercicio de aquel poder, pero permitiendo la adaptación del texto constitucional a la realidad actual.

En definitiva –parafraseando a Bidart Campos– podemos decir que tal coto vedado, que tales valores constitucionales superiores “...son un [primer] límite

¹³⁷ <<Catalizador>> Que estimula el desarrollo de un proceso. Fuerza, voluntad catalizadora. (Véase: *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima segunda edición, Real Academia Española, <http://buscon.rae.es/draef/>)

¹³⁸ Diría Aristóteles que “*si las personas no son iguales, no tendrán cosas iguales...*” (Véase: Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, op. cit., p. 61)

¹³⁹ De acuerdo con Ernesto Garzón Valdés, el concepto de *coto vedado* se refiere a la fortaleza en la que han de resguardarse –por ejemplo– los derechos humanos que son no negociables, imprescriptible y universales, y que por ello, son condición necesaria de la democracia. (Véase: Fernández García, Eusebio, *Dignidad y ciudadanía cosmopolita*, España, Dykinson-Instituto de derechos humanos “Bartolomé de las Casas”-Universidad Carlos III de Madrid, 2001, cuadernos “Bartolomé de las Casas”, p. 88, <http://books.google.com.mx/>)

*heterónimo al poder constituyente derivado o reformador...*¹⁴⁰ por configurarse en las decisiones axiológicas fundamentales de todo Estado que se haga llamar Estado constitucional y democrático de Derecho.

Así, el núcleo intangible de la Constitución debe configurarse en un mínimo que le permita al ser humano vivir dignamente, reconociendo con ello una garantía de no retroceso en relación a los valores superiores y principios que sirvan directamente para concretarlos.

En palabras de la SCJN, podríamos referirnos al concepto de <<mínimo vital>>, mismo que ha sido construido a partir del siguiente razonamiento:

*“...un presupuesto del Estado Democrático de Derecho es el que requiere que los individuos tengan como punto de partida condiciones tales que les permitan desarrollar un plan de vida autónomo, a fin de facilitar que los gobernados participen activamente en la vida democrática. De esta forma, el goce del mínimo vital es un presupuesto sin el cual las coordenadas centrales de nuestro orden constitucional carecen de sentido, de tal suerte que la intersección entre la potestad Estatal y el entramado de derechos y libertades fundamentales consiste en la determinación de un mínimo de subsistencia digna y autónoma protegido constitucionalmente. Este parámetro constituye el contenido del derecho al mínimo vital, el cual, a su vez, coincide con las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria, de tal manera que el objeto del derecho al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas imprescindibles para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. Así, este derecho busca garantizar que la persona –centro del ordenamiento jurídico– no se convierta en instrumento de otros fines, objetivos, propósitos, bienes o intereses, por importantes o valiosos que ellos sean.”*¹⁴¹

e.5) Las decisiones políticas fundamentales como valores constitucionales inferiores. Un segundo contenido del núcleo intangible.

Ya hemos dicho que, en tratándose de valores constitucionales, los hay superiores e inferiores, siendo la principal diferencia que aquellos son admitidos por cualquier sociedad como estimables sin la necesidad de demostración, mientras que éstos, son estimables sin la necesidad de demostración, pero sólo por una sociedad concreta.

Así las cosas, y atendiendo a los ejemplos de Alemania, España, El Salvador y Rusia analizados páginas arriba (*vid. supra.* inciso e.3), hay algunos valores constitucionales que obedecen a las circunstancias sociales, históricas, políticas o culturales de los pueblos en concreto; valores que al estar dotados de una especial constitucionalidad, deben gozar de una especial protección.

¹⁴⁰ Citado por Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, op. cit., p. 125.

¹⁴¹ Tesis: 1a. XCVII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 793, n° de registro 172,545.

Tales valores constitucionales inferiores son lo que, a nuestro parecer, se configuran en las decisiones políticas fundamentales a las que se refirió Carl Schmitt, es decir, son “...*las decisiones políticas concretas que denuncian la forma política de ser de [un] pueblo y forman el supuesto básico para todas las ulteriores formaciones, incluso para las leyes constitucionales...*”¹⁴², de aquí que afirmemos que son estimables sin la necesidad de demostración, pero sólo en relación a una sociedad en lo particular.

Así por ejemplo, Schmitt señaló que estas decisiones son, atendiendo concretamente a la Constitución de Weimar, las siguientes: **(i)** la decisión a favor del sistema de organización federal del Estado, **(ii)** la decisión a favor de la forma de Estado representativa, y por lo tanto democrática, **(iii)** la decisión a favor de la forma de gobierno parlamentaria, y **(iv)** la decisión a favor del Estado burgués de Derecho con sus principios: los derechos fundamentales y la división de poderes.¹⁴³ De aquí que afirmáramos anteriormente (*vid. supra.* inciso c), que las ideas de Schmitt fueron malentendidas e inhumanamente llevadas a la práctica por los juristas del *III Reich*, quienes a pesar de que pretendieron justificar la estructura del nacionalsocialismo en el *decisionismo schmittiano*, se olvidaron por completo que el profesor germano había referido que una parte de la decisión política fundamental de la Constitución de Weimar de 1919 era el respeto a los derechos fundamentales.

En suma, las decisiones políticas fundamentales para Schmitt se hacen consistir de las elecciones que cada pueblo adopte sobre tres aspectos esenciales, a saber: **(i)** el sistema de organización estatal, **(ii)** la forma de Estado, y **(iii)** la forma de gobierno. Cabe señalar que Schmitt incluye dentro de este catálogo el principio de supremacía de los derechos fundamentales y el principio de división de poderes, principios los cuales, desde nuestra inteligencia, no deben ser considerados como parte de las decisiones políticas fundamentales, sino que por derivar de los valores constitucionales superiores, deberán ser considerados como decisiones axiológicas fundamentales. Más adelante, cuando analicemos el tema de los principios constitucionales se profundizará en esta discordancia (*vid. infra.* CAPÍTULO TERCERO, incisos e.6 y e.7).

Así las cosas, y complementando lo dicho por Schmitt, consideramos que las decisiones políticas fundamentales son tales, precisamente por cumplir con el requisito de ser decisiones de cada pueblo en lo concreto, razón por la cual, además de las tres mencionadas arriba, debemos incluir en esta nómina a los demás valores constitucionales consagrados por cada Poder constituyente originario, debido a que denuncian la forma política de ser de cada pueblo en lo particular. A lo que nos referimos, por ejemplo, es a los valores constitucionales que advertimos del análisis de derecho comparado realizado con base en las Constituciones de Alemania, España, El Salvador y Rusia (*vid. supra.* inciso e.3).

¹⁴² Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, *op. cit.*, p. 47.

¹⁴³ *Idem.*

De esta forma, podemos concluir que, como segundo contenido del núcleo intangible de la Constitución, deben estar las decisiones políticas fundamentales, o en otras palabras, los valores constitucionales inferiores (forma de Estado, forma de gobierno, sistema de organización estatal, etc.) que habrá que descubrir en cada texto constitucional al que nos estemos refiriendo, ya que son elementos esenciales que se derivan de las concretas circunstancias políticas, sociales o culturales de los pueblos. Así, mientras los valores superiores integran la constitucionalidad de *toda* Constitución, los valores inferiores serán la constitucionalidad de *una* Constitución específica.

Esto lo ha reconocido la Corte Constitucional de Colombia en otro caso en el que abordaría la *doctrina de la sustitución constitucional* (*vid. supra.* inciso d), señalando que “...para saber si el poder de reforma [constitucional], incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad (...) Por ejemplo no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social, y democrático de derecho con forma republicana (...) por un Estado totalitario, por una dictadura o una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue reemplazada por una diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma.”¹⁴⁴

Así, vemos como la Corte de aquel país intenta proteger aquellas decisiones que son propias del pueblo colombiano, y que por ello, sólo deben mantenerse inalterables en esa nación. Evidentemente, si quisiéramos construir este mismo argumento en otras latitudes, deberemos, en primer lugar, conocer cuáles son las decisiones políticas fundamentales de tales naciones. Así por ejemplo, en Inglaterra, España, Suecia, Dinamarca o Bélgica, países europeos de una tradición monárquica fuertemente arraigada, sería ilusorio pretender aplicar el mismo argumento. En todo caso, lo que ahí deberá decirse es que *no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir la Monarquía constitucional y con forma parlamentaria, por un Estado republicano, pues ello implicaría que las Constituciones de tales países fueran reemplazadas.*

¹⁴⁴ Cabe señalar que, aun y cuando la Constitución colombiana de 1991 faculte a la Corte Constitucional para llevar a cabo el control constitucional formal de reformas constitucionales, dicho órgano ha señalado que “la competencia del órgano que realiza la reforma, es un problema de procedimiento. [La] proyección de los problemas de competencia, tanto sobre los vicios de procedimiento como sobre los vicios de contenido material, es clara, y por ello tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado, de manera reiterada, que la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, a tal punto que el procedimiento está siempre viciado si el órgano que dicta un acto jurídico carece de competencia, por más de que su actuación, en lo que al trámite se refiere, haya sido impecable. (...) Cuando la Constitución adjudica a la Corte el control de los vicios de procedimiento en la formación de una reforma constitucional en general, y de una ley que convoca un referendo en particular, no sólo le atribuye el conocimiento de la regularidad del trámite como tal, sino que también le confiere competencia para que examine si el Constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia.” Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003. (Para mayor abundamiento del tema véase: Cajas Sarria, Mario Alberto, "Acerca del control judicial de la reforma constitucional en Colombia", *op. cit.*)

Una vez precisado que los valores constitucionales, tanto superiores como inferiores, deben formar parte del núcleo intangible de toda Constitución, debemos aceptar que tales valores, al ser esencialmente meta-jurídicos, por ser de contenido axiológico, político, social, cultural o histórico, poco podrán realizar por sí solos en el ámbito de lo jurídico.

Así por ejemplo, la decisión axiológica fundamental de reconocer como valor constitucional superior a la igualdad, o bien, la decisión política fundamental de adoptar un sistema de organización federal, poca eficacia podrían tener en el mundo jurídico sin la explícita mención del principio de no discriminación o del principio de facultades explícitas respectivamente.

Es aquí donde debemos abordar la siguiente de las interrogantes planteadas, ya que si al inicio del presente capítulo afirmamos que la constitucionalidad de la Constitución, y por lo tanto el núcleo intangible de la misma, se integra de valores y principios constitucionales, una vez analizados los primeros, debemos ahora entrar al estudio de los segundos.

e.6) ¿Qué son los principios constitucionales?

Ya hemos dicho que los valores constitucionales, al configurarse en las decisiones axiológicas y políticas fundamentales de contenido esencialmente meta-jurídico, poco pueden hacer por sí mismos en el ámbito del Derecho. Por lo tanto, será necesaria la existencia de postulados –ya jurídicos– que posibiliten la efectiva concreción de aquellos.

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española un <<principio>> es la “norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta”¹⁴⁵, y más concretamente señala que <<principio de derecho>> es la “norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales.”¹⁴⁶

Es importante precisar que, cuando en la definición anterior, se menciona que los principios de derecho son normas no legales, no se refiere a que sean pre-jurídicas o meta-jurídicas –características propias de los valores–, sino más bien, se refiere a que tales principios son pre-legales o meta-legales, es decir, que aún y cuando no sean normas positivas expedidas por los órganos legislativos competentes, gozan de general y constante aceptación en el ámbito jurídico (vgr. el principio jurídico que establece “*primero en tiempo, primero en derecho*”).

Asimismo, y a efecto de ir concretando una definición, debe resaltarse esta última idea que hace ver una característica común a los valores y los principios: ambos gozan de un reconocimiento y aceptación en el ámbito jurídico, aún y

¹⁴⁵ *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima segunda edición, Real Academia Española, <http://buscon.rae.es/drae/>

¹⁴⁶ *Idem*.

cuando sean postulados pre o meta-jurídicos –los primeros– y pre o meta-legales –los segundos–.

Es por lo anterior que José Luis Soberanes, aunque no habla en un primer momento de principios jurídicos, sino más bien, de valores jurídicos particulares, señala que éstos “...no son otra cosa más que el desarrollo y profundización de los valores jurídicos universales (...) para resolver situaciones concretas, [y termina afirmando que] tales valores jurídicos particulares se les ha denominado a lo largo de la historia del derecho con el nombre de (...) principios que en breves y generales palabras demuestran las cosas de que hablan, [teniendo incluso] fuerza de ley...”¹⁴⁷

En la misma dirección, Vigo al hacer referencia a los principios jurídicos fuertes, señala que son –parafraseando a Aristóteles– “...aquello primero desde o a partir de lo cual algo es, se hace o se conoce, [es decir,] que forman parte del derecho aunque no contemos con decisiones autoritativas que así lo reconozcan...”¹⁴⁸ Cabe señalar que Vigo hace referencia también a principios jurídicos débiles, señalando que éstos son constituidos como tales a consecuencia de algún acto de autoridad.

Para explicar la diferencia entre *principios jurídicos fuertes* y *principios jurídicos débiles*, proponemos el siguiente ejemplo. Aún y cuando se pueda afirmar que el principio de no discriminación (artículo 1º de la CPEUM: “...quedada prohibida toda clase de discriminación...”) y el principio de relatividad de las sentencias de amparo (artículo 107 de la CPEUM: “...la sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares...”) son ambos principios jurídicos, lo cierto es que no pertenecen a la misma categoría, ya que mientras el principio de no discriminación es un principio jurídico fuerte por ser parte del Derecho aunque no contemos con decisiones autoritativas que así lo reconozcan; el principio de relatividad forma parte del Derecho sólo por el hecho de que así lo decidió el Poder constituyente originario mexicano de 1847¹⁴⁹, existiendo siempre la posibilidad de que pueda ser modificado o matizado, quizá, con el establecimiento de un principio de generalidad de las sentencias de amparo.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Soberanes Fernández, José Luis, “Los valores jurídicos en la historia”, *op. cit.*, p. 417.

¹⁴⁸ Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, *op. cit.*, p. 82.

¹⁴⁹ Cfr. Artículo 25 del Acta Constitutiva y de Reformas sancionada por el Congreso Extraordinario Constituyente de los Estados Unidos Mexicanos el 18 de mayo de 1847.

¹⁵⁰ De hecho, el ministro Arturo Zaldivar Lelo de Larrea, quien participara en la Comisión Especial conformada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para recibir propuestas y elaborar un proyecto de nueva ley de amparo, ha señalado que “...el principio de relatividad de las sentencias de amparo en tratándose de normas generales –la mal llamada Fórmula Otero, porque obviamente Otero previó un mecanismo de control político combinado con el control jurisdiccional–, me parece que hoy no tiene justificación alguna: viola la supremacía constitucional, vulnera el principio de igualdad ante la ley, afecta la regularidad del orden jurídico, y genera múltiples injusticias...”, lo que deja ver que no es un principio jurídico fuerte a los que se refiere Vigo, debido a que, en cualquier momento, puede ser erradicado del orden jurídico sin que se genere la consecuencia de ya no poder resolver con justicia. Por el contrario, los principios jurídicos fuertes, son aquellos que aún y cuando no sean reconocidos por el derecho vigente, continúan siendo

No por nada el intérprete constitucional debe “...*distinguir en los mandatos constitucionales aquellos elementos esenciales que necesariamente debe respetar, y los elementos contingentes que puede y debe acomodar al tenor de la cambiante realidad a la que regula.*”¹⁵¹

La precisión anterior es fundamental, ya que al afirmar que el núcleo intangible de las Constituciones debe integrarse por los principios constitucionales, nos referimos a los *principios jurídicos fuertes* (vgr. principio de no discriminación), no a los débiles (vgr. principio de relatividad de las sentencias), debido a que aquellos derivan de las decisiones axiológicas y políticas fundamentales, o si se prefiere, de los valores constitucionales superiores e inferiores, mientras que éstos, son producto de algún órgano legislativo competente. Son estos últimos –en palabras de Zagrebelsky– parte de esa Constitución instrumental que tiene como finalidad establecer las técnicas que posibiliten la realización muy particular de los principios jurídicos fuertes y de la parte esencialmente constitucional.

Por ello, una conclusión a la que debemos arribar es que los principios constitucionales que forman parte del núcleo intangible de la Constitución (para Soberanos valores jurídicos particulares y para Vigo principios jurídicos fuertes) se derivan de los valores constitucionales superiores e inferiores, o si se prefiere, éstos son el fundamento de aquellos.

De acuerdo a lo anterior, resulta fundamental que dentro del núcleo intangible de la Constitución se incluya a los principios de derecho que han sido recogidos por los órganos constituyentes e incluidos en los textos constitucionales, ya que, por derivar de los valores constitucionales, se convierten en los postulados que hacen posible la vivencia real y efectiva de tales valores.

Así las cosas, podemos decir que un *principio constitucional* (principio jurídico fuerte) es la *norma pre-legal llevada al texto constitucional debido a que goza de general y constante aceptación en el ámbito jurídico y que tiene como finalidad concretar los valores constitucionales, tanto superiores como inferiores.*

De esta manera, un principio constitucional se configura en “...*un derecho concentrado que no define ni hipótesis ni consecuencias...*”¹⁵², razón por la cual pueden ser aplicados en las diversas ramas del Derecho, así como en multiplicidad de casos que deban resolverse.

Como ejemplo de lo anterior podemos mencionar el *principio pro persona*, el cual mandata acudir a la norma más protectora y/o preferir la interpretación más garantista cuando se pretende dotar de contenido a un derecho fundamental. Este

considerados por los aplicadores jurídicos al momento de pretender encontrar la justicia en el caso concreto. (Véase: Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, “Hacia una nueva ley de amparo”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I, p. 819)

¹⁵¹ Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, op. cit., p. 82.

¹⁵² *Ibidem*, p. 4.

principio puede –y debe– ser aplicado en materia penal (*in dubio pro reo*), laboral (*in dubio pro operario*) familiar (*favor debilis*), procesal (*in dubio pro accione*), e incluso en materia bioética (*in dubio pro vita*).¹⁵³

Es por ello que los principios al carecer de supuesto normativo y consecuencia jurídica han sido denominados por Robert Alexy como *optimization requirements*¹⁵⁴, lo que ha sido traducido como <<mandatos de optimización>>, debido a que ordenan “...la mejor conducta posible según sus posibilidades fácticas y jurídicas, mientras que las normas son mandatos definitivos en tanto requieren una conducta determinada o definida que agota el cumplimiento pleno de las mismas.”¹⁵⁵

De esta forma, si hemos dicho que los principios del derecho son postulados jurídicos que carecen de supuesto normativo y de consecuencia jurídica, configurándose así en mandatos de optimización, y diferenciándose por ello de las normas jurídicas, podemos ahora contestar otra de las interrogantes que nos planteamos al inicio del presente capítulo.

e.7) ¿Cómo distinguir los valores y principios constitucionales de los demás postulados jurídicos?, y ¿qué relación tienen entre sí?

Si partimos de las definiciones que hemos propuesto en torno a los conceptos de valores constitucionales (*realidades o proposiciones que clara y evidentemente constituyen el orden de convivencia política y son fundamento del*

¹⁵³ Tales postulados jurídicos son *subprincipios* del principio pro persona, los cuales señalan que: *In dubio pro reo* (en caso de duda se favorecerá al imputado); *In dubio pro operario* (en caso de duda se favorecerá al trabajador); *Favor debilis* (en caso de duda se favorecerá al más débil); *In dubio pro accione* (en caso de duda se deberá mantener el procedimiento y llevarlo hasta el final); *In dubio pro vita* (en caso de duda habrá que favorecer a la vida desde su primer manifestación). Para mayor abundamiento en este tema véase: Castilla, Karlos, “El principio pro persona en la administración de justicia”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 20, enero-junio de 2009, pp. 66-83, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/20/ard/ard2.pdf> y Vázquez-Gómez Bisogno, Francisco, “Los principios de interpretación en materia de derechos fundamentales. Un ejemplo de su aplicación a partir de la despenalización del aborto en México”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. VI, p. 374, <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2560/20.pdf>

¹⁵⁴ El catedrático de la Universidad de Kiel sostiene que: “*The decisive point in distinguishing rules from principles is that principles are norms which require that something be realized to the greatest extent possible given the legal and factual possibilities. Principles are optimization requirements, characterized by the fact that they can be satisfied to varying degrees, and that the appropriate degree of satisfaction depends not only on what is factually possible but also on what is legally possible. The scope of the legally possible is determined by opposing principles and rules. By contrast, rules are norms which are always either fulfilled or not. If a rule validly applies, then the requirement is to do exactly what it say, neither more nor less. In this way rules contain fixed points in the field of the factually and legally possible. This means that the distinction between rules and principles is a qualitative one and not of degree. Every norm is either a rule or a principle.*” (Véase: Alexy, Robert, *A theory of constitutional rights*, op. cit., pp. 47-48)

¹⁵⁵ Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, op. cit., p. 35.

ordenamiento jurídico, debido a que se admiten por la sociedad como estimables sin necesidad de demostración) y principios constitucionales (*normas pre-legales llevadas al texto constitucional debido a que gozan de general y constante aceptación en el ámbito jurídico y que tienen como finalidad especificar los valores constitucionales*), podemos ahora distinguirlos de las normas jurídicas en sentido estricto.

Estos tres tipos de postulados, valores, principios y normas, se configuran en tres diversos niveles en los que el Derecho llega a expresarse. De esta forma, un primer criterio para distinguir entre tales postulados se refiere a atender a las disciplinas o ciencias de las que son objeto de estudio.

Así, mientras los valores son explicados por la axiología, los principios son producto de un análisis de los filósofos del derecho que toman aquellos valores y los proyectan al ámbito jurídico como mandatos de optimización. No por nada afirmará Vigo –parafraseando a Alexy– que los principios tienen “...*forma jurídica y contenido moral...*”¹⁵⁶

Por su parte, las normas jurídicas *strictu sensu* son creadas y explicadas por la ciencia jurídica a través de reglas que resultan un tanto “mecánicas”, debido a que poseen un supuesto normativo y una consecuencia jurídica, razón por la cual, a diferencia de los mandatos de optimización (principios), tales reglas se aplican a todo o nada, es decir, actualizado el supuesto debe producirse la consecuencia, pero no acontecido lo primero, no puede ocasionarse lo segundo.

De esta manera, y a fin de esquematizar de mejor manera nuestro análisis, debemos decir que dentro del género de <<norma>> (normas *latu sensu*) encontramos dos especies: las normas de principio y las normas de regla (normas jurídicas *stricto sensu*).¹⁵⁷

Pero lo verdaderamente importante será precisar que mientras los valores dan fundamento a las normas de principio, son éstas las que a su vez deben darlo a las normas de regla, a efecto de que el sistema jurídico se encuentre impregnado de la mayor coherencia posible, ya que “...*los principios son derecho concentrado, y consiguientemente, cuentan con capacidad para expresarse en normas diversas a las que podrán explicar, justificar y controlar...*”¹⁵⁸

Esa explicación, justificación y control, es el contenido de la relación existente entre los valores y las normas de principio, y entre éstas y las normas de

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 39.

¹⁵⁷ Rodolfo Luis Vigo prefiere denominar al género “regla jurídica” y a las especies “principio” y “norma”. No obstante, nosotros hemos preferido ceñirnos a la clasificación que sobre el particular han desarrollado Alexy y Atienza, simplemente porque nos parece más fácilmente comprensible. (Cfr. Alexy, Robert, *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 48 y Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “Sobre principios y reglas”, *Doxa*, núm. 10, 1991, p. 102, http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12482196462352624198846/cuaderno10/doxa10_04.pdf)

¹⁵⁸ Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, *op. cit.*, p. 35.

regla. Recordemos que Sepúlveda mencionaba que la carga ideológica de una Constitución debe ser ante todo axiológica o estimativa, es decir, que a través del reconocimiento de los valores constitucionales debe plantear diferencias entre lo que es conveniente y lo que no. Tal contenido meta-jurídico es el verdadero sentido de la ideología constitucional: un criterio que norme las conductas sociales y que se configure en un conglomerado de normas de principios que son indudablemente expresables en términos de conductas sociales (normas de regla) que signifiquen un parámetro para juzgar conforme a ellos.¹⁵⁹

Así las cosas, tanto los valores constitucionales, como ese conglomerado de principios que deriven de aquellos, se configuran en lo que la doctrina ha denominado *normas de reconocimiento*, concepto del cual existen diversas opiniones en cuanto a su denominación o alcance, al punto de que como se sabe, la *Grundnorm* de Kelsen y la *rule of recognition* de Hart, son cosas bastante distintas, sin embargo, lo verdaderamente trascendente lo encontramos en las características que de dichas normas realizan estos dos autores. Así, “...para Kelsen, la norma fundamental (NF) es una norma no positiva, no puesta, sino presupuesta por la ciencia jurídica [y] para Hart, la regla de reconocimiento (RR) sí es una norma positiva, pero no una norma promulgada, sino una regla social convencional tácitamente aceptada por los jueces.”¹⁶⁰

Nótese la semejanza entre las características que le atribuyen Kelsen y Hart a las normas de reconocimiento con la definición que de principios constitucionales hemos propuesto: *normas pre-legales llevadas al texto constitucional debido a que gozan de general y constante aceptación en el ámbito jurídico y que tienen como finalidad especificar los valores constitucionales*.

Pues, precisamente por tal semejanza, es que podemos decir que las *normas de reconocimiento* se constituyen en los parámetros que permiten identificar qué normas deben permanecer en el sistema jurídico, y cuáles no, teniendo como características propias las siguientes: **(i)** no son normas promulgadas por la autoridad política; **(ii)** no son normas válidas o inválidas (no tiene sentido hablar de validez en relación con normas últimas); **(iii)** son parte de las normas que regulan la creación de otras normas, ya que orientan su contenido; **(iv)** son normas no constitucionales, sino meta-constitucionales, y por consiguiente; **(v)** se refieren a las normas sobre las fuentes del derecho, o normas sobre la producción jurídica.¹⁶¹

Para mayor entendimiento de tema, pongamos algunos ejemplos que dejan ver la relación que guardan valores, normas de principio y normas de regla:

¹⁵⁹ Sepúlveda Iguiniz, Ricardo, *Leyes Orgánicas Constitucionales. Hacia una Nueva Constitucionalidad para México*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2006.

¹⁶⁰ Guastini, Riccardo, “Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento”, *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2006, pp. 203-207, http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2006/

¹⁶¹ *Idem*.

VALOR: VIDA		
POSTULADO	DISCIPLINA QUE LO ESTUDIA	¿EN QUÉ CONSISTE?
Valor	Axiología	Se refiere a la realidad pre-jurídica, es decir, a la existencia del ser humano mismo.
Norma de Principio	Filosofía del Derecho	Art. 22° CPEUM. Queda prohibida la pena de muerte. <i>(Este principio constitucional hace explícito -en el ámbito del Derecho- el valor de la vida)</i>
Norma de Regla	Ciencia Jurídica	Art. 123 Código Penal. Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión. <i>(Esta norma jurídica concreta el principio en un caso específico)</i>

VALOR: DIGNIDAD		
POSTULADO	DISCIPLINA QUE LO ESTUDIA	¿EN QUÉ CONSISTE?
Valor	Axiología	Se refiere a la realidad pre-jurídica que posee todo ser humano por el hecho de existir.
Norma de Principio	Filosofía del Derecho	Art. 1° CPEUM. Queda prohibida toda discriminación que atente contra la dignidad humana. <i>(Este principio hace explícito -en el ámbito del Derecho- el valor de la vida)</i>
Norma de Regla	Ciencia Jurídica	Art. 23 Código Civil. La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes. <i>(Esta norma jurídica concreta el principio en un caso específico)</i>

VALOR: IGUALDAD		
POSTULADO	DISCIPLINA QUE LO ESTUDIA	¿EN QUÉ CONSISTE?
Valor	Axiología	Se refiere a la igualdad pre-jurídica, es decir, a la identidad de atribuciones entre seres semejantes.
Norma de Principio	Filosofía del Derecho	Art. 4° CPEUM. El varón y la mujer son iguales ante la ley. <i>(Este principio constitucional hace explícito -en el ámbito del Derecho- el valor de la igualdad)</i>
Norma de Regla	Ciencia Jurídica	Art. 1655 Código Civil. La mujer casada no necesita la autorización del marido para aceptar o repudiar la herencia que le corresponda. La herencia común será aceptada o repudiada por los dos cónyuges, y en caso de discrepancia, resolverá el juez. <i>(Esta norma jurídica concreta el principio en un caso específico)</i>

VALOR: LIBERTAD		
POSTULADO	DISCIPLINA QUE LO ESTUDIA	¿EN QUÉ CONSISTE?
Valor	Axiología	Se refiere a la libertad pre-jurídica, es decir, a la facultad natural que tiene el ser humano de obrar de una manera o de otra, o bien, de no obrar, haciéndose responsable de sus actos.
Norma de Principio	Filosofía del Derecho	Art. 1° CPEUM. Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. <i>(Este principio constitucional hace explícito -en el ámbito del Derecho- al valor de la libertad)</i>
Norma de Regla	Ciencia Jurídica	Art. 1321 Código Civil. Por presunción de influjo contrario a la libertad del autor de la herencia, son incapaces de adquirir por testamento del menor, los tutores y curadores, a no ser que sean instituidos antes de ser nombrados para el cargo o después de la mayor edad de aquél, estando ya aprobadas las cuentas de la tutela. <i>(Esta norma jurídica concreta el principio en un caso específico)</i>

VALOR: JUSTICIA		
POSTULADO	DISCIPLINA QUE LO ESTUDIA	¿EN QUÉ CONSISTE?
Valor	Axiología	Se refiere a la justicia pre-jurídica, es decir, a aquella virtud a través de la cual los hombres dan a cada quien lo suyo (<i>vgr.</i> Un padre que ama a sus hijos realiza un acto de justicia)
Norma de Principio	Filosofía del Derecho	Art. 17° CPEUM. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. <i>(Este principio hace explícito -en el ámbito del Derecho- al valor de la justicia)</i>
Norma de Regla	Ciencia Jurídica	Art. 70 Código Federal de Procedimientos Civiles. Puede ser propuesta, al tribunal, una demanda, tanto para la resolución de todas, como para la resolución de algunas de las cuestiones que puedan surgir para la decisión de una controversia. <i>(Esta norma jurídica concreta el principio en un caso específico)</i>

Seguramente no habrá pasado desapercibido para el lector que anteriormente señalábamos que el principio de división de poderes no es parte de las decisiones políticas fundamentales como lo señaló Carl Schmitt, sino que más bien, dicho principio deriva también de las decisiones axiológicas fundamentales (valores constitucionales superiores).

Algunos doctrinarios conciben a tal principio como un mecanismo constitucional a través del cual se puede organizar mejor al Estado, ya que al

repartir las funciones autoritativas en varios órganos, el servicio público podrá prestarse eficientemente. Para estos pensadores, el principio de división, separación y equilibrio de poderes se configurará, seguramente, en una decisión política fundamental, toda vez que analizado con ese cariz, no puede vérselo contenido axiológico alguno.

Sin embargo, otros prefieren señalar que su formulación tiene como objetivo primordial frenar al poder, dividiendo al *leviatán hobbesiano* y soberano para asegurar los derechos del individuo.

De tales posturas, nos parece que la correcta es la segunda, ya que “...*la simple idea de distribuir funciones sin otro fin que el buen funcionamiento es tan antigua como las primeras civilizaciones y no tiene que ver con la separación de poderes o con el constitucionalismo sino con las necesidades de la más elemental organización social.*”¹⁶²

Es por lo anterior que, a nuestro parecer, el principio de división, separación y equilibrio de poderes, más que una decisión política a través de la cual se organice de mejor manera el Estado, es un medio indispensable para concretar los valores constitucionales superiores, como lo son la vida, la dignidad, la igualdad, la libertad y la justicia. De aquí su categoría de decisión axiológica fundamental.

Así las cosas, la forma de explicar a dicho principio sería la siguiente:

VIDA, DIGNIDAD, IGUALDAD, LIBERTAD Y JUSTICIA		
POSTULADO	DISCIPLINA QUE LO ESTUDIA	¿EN QUÉ CONSISTE?
Valores	Axiología	Se refieren a las realidades pre-jurídicas que sirven de fundamento para todos los derechos fundamentales.
Norma de Principio	Filosofía del Derecho	Art. 49 CPEUM. No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo. <i>(Este principio constitucional sirve como medio para hacer explícitos -en el ámbito del Derecho- los valores constitucionales superiores)</i>
Norma de Regla	Ciencia Jurídica	Art. 16° CPEUM. No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. <i>(Esta norma jurídica concreta el principio)</i>

¹⁶² “Ocurre lo mismo que con la Constitución, que no nació como mero documento organizativo sino como límite al poder...” (Véase: Pereira Menaut, Carlos – Antonio, *Lecciones de Teoría Constitucional*, op. cit., p. 109)

Visto lo anterior, podemos entender cuál es la relación que guardan los valores, principios y normas *strictu sensu*, afirmando que éstas encuentran su explicación, justificación y control en los principios¹⁶³, y a su vez, éstos la encuentran en los valores. De hecho, cuando las normas de principio o de regla, no derivan de los valores constitucionales superiores, es muy probable que nos encontremos ante pseudo-principios jurídicos que, a la postre, llegan a configurarse en peligrosas arbitrariedades.¹⁶⁴

Por otra parte, la diferencia entre las normas de principio y las normas de regla resulta fundamental para efectos de nuestra investigación, toda vez que “...de no existir esta clase de principios resultaría incomprensible e injustificable hablar, como se hace con frecuencia en los textos constitucionales y en la jurisprudencia constitucional, del contenido sustancial, esencial o inalterable de los derechos.”¹⁶⁵

¹⁶³ Diría Betti que “...los principios generales del Derecho hay que concebirlos no ya como resultado, recabado a posteriori, de un árido procedimiento de sucesivas abstracciones y generalizaciones, sino como sumas valoraciones normativas, principios y criterios de valoración que, constituyendo el fundamento del orden jurídico, tienen una función genética respecto a las normas singulares...” (Citado por Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, op. cit., p. 91)

¹⁶⁴ Como ejemplo de la arbitrariedad que puede llegar a generarse cuando las normas de principio, o las normas de regla, se alejan de los valores constitucionales, citaremos dos casos cuyas resoluciones resultan paradigmáticas para la Teoría Constitucional, debido a las nefastas consecuencias que produjeron. En primer lugar, haremos referencia al caso de *Dred Scott vs. Sanford* (1865), en el cual, la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica optó por dejar sin aplicación un principio jurídico que venía siendo empleado por los jueces ordinarios de Missouri, y el cual establecía que un esclavo que entrara a un Estado en el que se prohibía la esclavitud, debía ser considerado libre por siempre (*once free, always free*). No obstante, la sentencia emitida desconoció tales precedentes y decidió que la situación de Dred Scott (esclavo que pretendía le fuera reconocida su libertad conforme al precedente *once free, always free*), al regresar a Missouri (Estado pro esclavitud), debería ser resuelta conforme a las leyes de ese Estado, no pudiendo tener efectos la ley del Estado de Illinois donde había vivido (Estado pro libertad), lo que se tradujo en el no reconocimiento a su libertad, señalando además que las personas de color, aunque fueran libres, nunca podrían tener la ciudadanía, produciéndose así la polarización social suficiente que devino en la guerra civil de aquella nación. Es claro que en este caso, la decisión de la Corte se alejó del valor constitucional de la libertad. En segundo lugar, nos referiremos al caso *Plessy vs. Ferguson* (1806), en el cual, a pesar de haberse prohibido la esclavitud y reconocerse la igualdad de las personas de color a través de las enmiendas XIII y XV de la Constitución norteamericana, la Corte Suprema justificó, mediante la creación del (pseudo) principio jurídico: “*somos iguales pero debemos permanecer separados*”, la expedición de normas secundarias que permitían la segregación racial, ya que a dicho de la Corte, la segregación era socialmente aceptada. Es evidente que, en este caso, la decisión de la Corte se alejó del valor constitucional de la igualdad. Cabe señalar que este pseudo principio se mantuvo vigente hasta 1954, año en el que se presentaron resoluciones como la del caso *Bronw vs. Board of Education*, en el que Earl Warren –*chief justice* de la Corte– señaló que la Constitución es ciega al color de la piel, por lo que toda discriminación motivada por cuestiones de raza, debía ser considerada inconstitucional. En este último caso, a diferencia de los litigios antes analizados, la Corte acoge como propio uno de los valores constitucionales superiores: la igualdad. (Véase: Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, UNAM-Porrúa-CNDH, 2005, pp. 217-245)

¹⁶⁵ Cianciardo, Juan, “La utilidad y los límites de la distinción entre principios y reglas en la interpretación constitucional”, en Báez Silva, Carlos, Cienfuegos Salgado, David y Vázquez-Mellado García, Julio César (coords.), *Interpretación, Argumentación y Trabajo Judicial*, México, Porrúa-Facultad de Derecho UNAM-Universidad Panamericana, 2009, pp. 46-47

Ahora bien, como segundo criterio para diferenciar las normas de principio de las normas de regla, se suelen utilizar diversos parámetros que fueron mencionados por Dworkin para demostrar que los sistemas jurídicos no se encuentran formados solamente por reglas, como lo sugirió Hart, sino que también se integran por normas de principio. Tales parámetros son entre otros: el *test de aplicabilidad*, el *test de tensión* y el *test de origen-pedigrí*.

Por el *test de aplicabilidad* podemos distinguir una norma de principio de una norma de regla debido a que la primera “...no pretende establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular (...) los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión de peso o importancia”¹⁶⁶, en cambio, las normas de regla “...son aplicables de forma disyuntiva (*all-or-nothing*). Por ello si los hechos que estipula una norma están dados (...) la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada...”,¹⁶⁷ lo que significa que la norma de regla se aplica a todo o nada. Si se da el supuesto debe producirse la consecuencia. Muy por el contrario, la norma de principio sólo orienta, no puede aplicarse directamente al caso concreto, ya que requerirá de una construcción argumentativa que justifique el por qué de su utilización para la resolución del caso al que nos enfrentemos.

Por lo que hace al *test de tensión*, éste ayuda a distinguir a las normas de regla de las normas de principio, toda vez que “...en caso de conflicto entre dos reglas, una de ellas pierde su validez o funciona como excepción a la aplicación de la otra; en cambio, cuando entran en colisión dos principios, se acude a la valoración del peso o la importancia de cada uno de ellos”¹⁶⁸; es decir, las normas de regla nunca están en tensión, si hay una contradicción entre dos normas de este tipo, habrá que escoger cual es la aplicable, atendiendo para estos efectos a las reglas de jerarquía, temporalidad, competencia o especialidad. En cambio, las normas de principio siempre están en tensión, debido a que al resolver un caso concreto, podemos encontrar diversos principios implicados que se contraponen, por lo que, ante ello, será necesario realizar un ejercicio de ponderación.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Etcheverry, Juan Bautista, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México, UNAM-IIJ, 2006, p. 12, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2255>

¹⁶⁷ *Ibidem*, pp. 12-13.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 13.

¹⁶⁹ Un caso que resulta paradigmático para ejemplificar la forma en cómo las normas de principio entran en tensión, es el que resolvió la Corte Suprema de Argentina, denominado comúnmente con el nombre de “*Saguir y Dib*”. En este trascendente fallo, Juan Saguir y Nelida A. Dib de Saguir, por sus propios derechos, y en su carácter de padres de la menor Claudia G. Saguir y Dib (cuya edad en ese momento eran 17 años, 8 meses), solicitaron la autorización judicial para que dicha menor donara uno de sus riñones a su hermano Juan I. Saguir y Dib. Al respecto, la legislación argentina preceptuaba que los menores de edad no podían ser donadores de órganos. Así, las respuestas de los jueces de primera y segunda instancia fue en el sentido de que la función del derecho debe ser el generar seguridad jurídica, diciendo: “*el argumento de los recurrentes, respecto a que dentro de apenas 2 meses y 10 días la menor podrá decidir por sí misma y efectuar la donación –pudiendo la demora resultar fatal– conmueve al ánimo de quien no tenga plena conciencia de los principios básicos sobre los que se asienta el orden jurídico vigente en nuestra sociedad, pero carece de fuerza de convicción si se tiene presente que no es tarea de*

Por último, el *test de origen-pedigrí* hace diferenciar a la norma de regla de la norma de principio, señalando que aquella “...es reconocida como jurídica sólo en virtud de su origen, por ejemplo, por haber sido promulgada como ley, y no por su contenido. Sin embargo, los principios morales no pueden ser reconocidos mediante este test [ya que] su juridicidad parece depender de sus méritos sustantivos y no de condiciones fácticas enumeradas por una regla maestra”¹⁷⁰, es decir, la norma de regla tiene fecha de nacimiento, se sabe quien la proyectó, quién la aprobó y cuando se emitió. En cambio, la norma de principio no, por lo

los jueces juzgar la bondad de las leyes ni atribuirse el rol del legislador y crear excepciones no admitidas por aquél. Hoy son 17 años y 8 meses, ¿cuál será mañana la edad exceptuada? Que el derecho sea seguro, que no sea interpretado y aplicado hoy y aquí de una manera, mañana y allá de otra, es, al mismo tiempo, una exigencia de la justicia...”. Sin embargo, la Corte Suprema, al revisar las sentencias emitidas por los jueces ordinarios, señalaría que: “las excepcionales particularidades de esta causa, precedentemente expuestas, comprometen al tribunal, en su específica misión de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales, a ponderar cuidadosamente aquellas circunstancias a fin de evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales de la persona y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa (...) La misión judicial, ha dicho esta Corte, no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la “ratio legis” y del espíritu de la norma; ello así por considerar que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (...) el límite de edad establecido en el art. 13 de la ley 21.541 es una de esas presunciones rígidas de la ley, exigida por la naturaleza del derecho y la técnica jurídica. Sin embargo, cabe observar en primer lugar que la norma citada no prohíbe suplir la ausencia del citado requisito de edad por el asentimiento expreso de sus padres –como ocurre en el caso– o por la venia judicial. Situación que no puede dejar de tenerse especialmente en cuenta en las singulares circunstancias de autos en que a la dadora le faltan sólo dos meses para llegar a cumplir los 18 años y en ese lapso la vida de su hermano receptor está expuesta permanentemente al riesgo de muerte (...) es particularmente digno de tenerse en cuenta que del art. 13 de la ley 21.541 surge que ésta tiende a proteger el núcleo familiar más íntimo y natural, lo que tiene su raigambre constitucional en el art. 14 bis de la Carta Magna en cuanto enuncia la garantía de “la protección integral de la familia”; en este aspecto de la cuestión no sería razonable desconocer la relevancia que tiene en el caso la conformidad con el trasplante de parte de ambos progenitores y de los hermanos, dadora y receptor. Tampoco cabe prescindir de la ejemplar generosidad, muestra de amor fraterno y unión familiar que implica la espontánea decisión de la dadora, con suficiente discernimiento –según se dijo “supra”–, actitud que el derecho no puede reprobar si se tienen presentes los fundamentos morales del orden jurídico.” Así, la Corte Suprema ponderó entre dos principios constitucionales, por un lado, la seguridad jurídica que resulta ser misión de las normas jurídicas emitidas por el órgano legislativo, y por el otro, la justicia objetiva en el caso, que resulta ser la misión de los órganos judiciales. Y concluye su argumentación señalando que: “no se trata en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados precedentemente, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias concretas notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia.” (Véase: Corte Suprema de Argentina, noviembre 6-980. Saguir y Dib.)

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 14.

tanto no es susceptible de ser sometida a este tipo de test.¹⁷¹

Así las cosas, una vez que hemos aportado los elementos argumentativos para sostener que sí existe un núcleo intangible en toda Constitución, y a su vez, hemos diferenciado a los valores de las normas de principio y de las normas de regla, señalando la trascendente relación que guardan estos tres postulados entre sí, podemos ahora intentar acercarnos al contenido del núcleo intangible de la CPEUM.

¹⁷¹ Como ejemplo de la dificultad de someter a los principios jurídicos al *test de origen-pedigrí*, el principio de división de poderes suele ser identificado como uno de los principios constitucionales más antiguos, al punto de que es difícil esclarecer quién fue su autor. No pasa desapercibido que Locke y Montesquieu fueron los teóricos del contra absolutismo que desarrollaron ampliamente tal principio, pero muchos refieren que Aristóteles ya había hecho mención de tal principio en *La Política*, y otros refieren que su enunciación ya se encontraba desde siglos a.C. Así por ejemplo –tal y como ya lo hemos mencionado– en el antiguo testamento podemos ver, en Isaías 33:22, una frase que advierte ya, la división en las funciones de poder, en este caso, en relación al poder divino, señalando que: “... *el Señor es nuestro juez, el Señor es nuestro legislador, el Señor es nuestro Rey, Él nos salvará...*”

CAPÍTULO CUARTO

EL NÚCLEO INTANGIBLE DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

“¿es posible suponer o asignar un criterio para (...) ordenar y jerarquizar los preceptos del texto constitucional de 1917?... Una (...) solución puede darse de admitirse que la Constitución de 1917 es la actualización de una cierta filosofía política o teoría constitucional, de manera que sus preceptos puedan ordenarse a partir de esos criterios.”¹

José Ramón Cossío

a) Un primer acercamiento al tema.

Más allá de reconocer explícitamente una mayor jerarquía a las normas constitucionales que expresen las decisiones axiológicas y políticas fundamentales (valores superiores e inferiores), así como a los contenidos normativos que incorporan al ámbito jurídico tales decisiones (principios jurídicos fuertes), lo cierto es que éstas se encuentran presentes en toda Constitución, siendo lo suficientemente importantes como para generar todo tipo de reacciones cuando se pretende su alteración.

Así las cosas, antes de abordar una de las preguntas más complejas del presente estudio, consideramos necesario llevar a cabo un sumario de las conclusiones a las que arribamos en el capítulo anterior:

- El *núcleo intangible* es el elemento primordial o parte central e inalterable de la Constitución a la que se van agregando otros elementos para formar un todo: el texto constitucional.
- El reconocimiento de *la existencia de la constitucionalidad de la Constitución*, tiene una finalidad dual, por un lado, tal reconocimiento sirve

¹ Cossío Díaz, José Ramón, “Ordenación y jerarquización constitucionales”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002, p. 95

como elemento argumentativo en base al cual se debe concluir que en toda Constitución existe un núcleo intangible; y en segundo lugar, la constitucionalidad de la Constitución servirá para identificar cuál debe ser el contenido de dicho núcleo.

- *La constitucionalidad de la Constitución* se encuentra en el contenido ideológico que tenga la Constitución, el cual está determinado por los valores (axiología) de la sociedad concreta, pero también por la intrínseca valía de los valores que proponga la misma Constitución. Aspiraciones, valores, postulados fundamentales, son los términos que se utilizan para denominar ese contenido meta-jurídico que debe tener toda norma constitucional.
- Tal *contenido meta-jurídico* es el verdadero sentido de la ideología constitucional, un criterio que norme las conductas sociales y que se configure en un conglomerado de principios que son indudablemente expresables en términos de conductas sociales que signifiquen un parámetro para juzgar conforme a ellos.
- En este sentido, podemos decir que la constitucionalidad de la Constitución, y por lo tanto, el contenido del núcleo intangible al que hemos venido haciendo referencia, deberá integrarse, al menos, de la ideología constitucional que está representada en los valores (axiológicos y políticos), así como en los principios que tiene toda Constitución.
- Los *valores constitucionales* son realidades o proposiciones que clara y evidentemente constituyen el orden de convivencia política y son fundamento del ordenamiento jurídico, debido a que se admiten por la sociedad como estimables sin necesidad de demostración.
- Los valores constitucionales pueden ser clasificados en *superiores* e *inferiores*, consistiendo la diferencia en que aquellos son admitidos por cualquier sociedad como estimables sin la necesidad de demostración, mientras que éstos son estimables sólo por una sociedad concreta.
- Los *valores constitucionales superiores* son las decisiones axiológicas fundamentales que se configuran en los fundamentos de los derechos, es decir, la vida, la dignidad, la igualdad y la libertad, ya que claramente cumplen con la propuesta de definición que –del concepto de valor constitucional– hemos realizado.
- La *justicia* debe ser incluida dentro del conjunto de valores constitucionales superiores, pero debe ser vista desde otra perspectiva, ya que mientras la vida, la dignidad, la igualdad y la libertad son realidades pre-jurídicas que sirven de fundamento a todos los derechos, la justicia se configura en el <<catalizador>> que hace posible su protección y tutela.

- Los *valores constitucionales inferiores* son las decisiones políticas fundamentales, es decir, la forma de Estado, forma de gobierno, el sistema de organización estatal, etc., mismas que habrá que dilucidar en cada texto constitucional al que nos estemos refiriendo, ya que son elementos esenciales que se derivan de las concretas circunstancias políticas, sociales, culturales e históricas de los pueblos.
- Los valores constitucionales, al ser postulados meta-jurídicos², poco pueden hacer por sí mismos en el ámbito del Derecho. Por lo tanto, será necesaria la existencia de postulados, ya jurídicos, que posibiliten la realización práctica de aquellos, a los que debemos denominar *principios jurídicos*.
- Un *principio jurídico* en sentido amplio es una norma no legal, supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales.
- Los principios jurídicos habrá que distinguirlos en *fuertes* y *débiles*, reconociendo que los segundos, a diferencia de los primeros, son establecidos como tales a consecuencia de algún acto de autoridad, es decir, son producto de algún acto legislativo o jurisdiccional.
- Un *principio constitucional* es un principio jurídico fuerte, es decir, una norma pre-legal llevada al texto constitucional debido a que goza de general y constante aceptación en el ámbito jurídico, y que tiene como finalidad concretar y especificar los valores constitucionales, tanto superiores como inferiores.
- Así, aún y cuando un principio jurídico débil se encuentre en el texto constitucional, no podría formar parte del núcleo intangible de la misma, debido a que su alteración, o incluso, su eliminación de dicho texto, en nada afectaría los postes sobre los que se encuentra construido el constitucionalismo.
- Un *primer criterio diferenciador* entre los valores, principios y normas jurídicas (o de regla), es que mientras los valores son explicados por la axiología, los principios son producto de un análisis de los filósofos del derecho que toman aquellos valores y los proyectan al ámbito jurídico como mandatos de optimización; en cambio, las normas jurídicas son creadas/explicadas por la ciencia jurídica a través de reglas que resultan un tanto "*mecánicas*", debido a que poseen un supuesto y una consecuencia,

² Se hace hincapié en que los valores constitucionales, sean superiores (decisiones axiológicas fundamentales) o inferiores (decisiones políticas fundamentales) son postulados meta-jurídicos, ya que en ambos casos su origen atiende a razones éticas, morales, sociales, políticas, culturales o históricas; es decir, no son postulados que en su esencia tengan un contenido jurídico, sino por el contrario, dicho cariz lo obtienen una vez que son traducidos en principios jurídico-constitucionales, en derechos humanos, en derechos fundamentales, etc.

razón por la cual, a diferencia de los mandatos de optimización (principios), tales reglas se aplican a todo o nada, es decir, actualizado el supuesto se producirá la consecuencia, pero no acontecido lo primero, no podrá suceder lo segundo.

- Un *segundo criterio diferenciador* entre las normas de principio y las normas de regla, consiste en la aplicación de diversos parámetros propuestos por Dworkin, a saber: el *test de aplicabilidad*, el *test de tensión* y el *test de origen-pedigrí*.
- La relación que guardan los valores, principios y normas de regla consiste en que éstas encuentran su explicación, justificación y control en los principios, y a su vez, los principios las encuentran en los valores. De hecho, cuando las normas de principio no se fundamentan en los valores constitucionales, o bien, las normas de regla no derivan de las normas de principio, es muy probable que nos encontremos ante pseudo-principios jurídicos, o bien, frente a normas de regla arbitrarias.
- Es decir, los valores y los principios constitucionales son *normas de reconocimiento* para todo el ordenamiento jurídico, ya que son los parámetros que permiten identificar qué normas deben permanecer en el sistema, y cuáles no, generándose así una cadena que permite examinar con claridad el apego de las normas de regla a la constitucionalidad de la Constitución, es decir, al núcleo intangible de la misma.
- Es por lo anterior, que las normas de regla que se encuentren dentro del texto constitucional no deben formar parte del núcleo intangible de la Constitución, toda vez que dicho núcleo debe estar conformado por los *elementos primordiales o partes centrales e inalterables de la Constitución a las que se van agregando otros elementos para formar un todo: el texto constitucional*. Precisamente, esos otros elementos secundarios o periféricos que se agregan al núcleo intangible, son los principios jurídicos débiles y todas las normas de regla que se incluyan en el texto constitucional.

De esta forma podemos decir que el núcleo intangible de toda Constitución se integra por los valores constitucionales, tanto superiores como inferiores (decisiones axiológicas y políticas fundamentales) y por los principios constitucionales (principios jurídicos fuertes) que deriven directamente de tales valores.

Sin embargo, haciendo ya referencia a la CPEUM debemos partir por señalar que, en la misma, no existen normas que de manera explícita hagan referencia a los valores del Estado mexicano, de lo cual, no debemos concluir que no existan valores constitucionales en la Ley Fundamental mexicana, sino que, por el contrario, debemos concluir que están implícitos.

¿Dónde encontrar implícitos tales valores constitucionales?, pues en los principios constitucionales que tienen por objeto concretar las decisiones axiológicas y políticas fundamentales que les dan fundamento. Así es, en la CPEUM existen un sinnúmero de normas de principio, como por ejemplo, los derechos fundamentales, los cuales, al ser *derecho concentrado*³ resultan muy valiosos para concretar el contenido del núcleo intangible de la CPEUM, ya que detrás de ellos se encuentran ocultos los valores constitucionales del Estado mexicano.

No por nada, en su propuesta de reformas a la Constitución mexicana de 1857, Venustiano Carranza afirmaba ante el Congreso Constituyente en la sesión del 1º de diciembre de 1916 que: *“Siendo el objeto de todo Gobierno el amparo y protección del individuo, o sea de las diversas unidades de que se compone el agregado social, es incuestionable que el primer requisito que debe llenar la Constitución Política, tiene que ser la protección otorgada, con cuanta precisión y claridad sea dable, a la libertad humana, en todas las manifestaciones que de ella derivan de una manera directa y necesaria, como constitutivas de la personalidad del hombre (...) Partiendo de este concepto, que es el primordial, como es el que tiene que figurar en primer término, marcando el fin y objeto de la institución de Gobierno, se dará a las instituciones sociales su verdadero valor...”*⁴

En torno a estas afirmaciones, bien podríamos preguntarnos: *“¿puede decirse que para Carranza la Constitución debía ordenarse a partir de los derechos de la persona?, [a lo que Cossío contesta] A mi juicio sí, si atendemos a lo dicho en la parte final de su propio Informe, donde señalaba que las reformas [tenderían] a asegurar las libertades públicas por medio del imperio de la ley, a garantizar los derechos de todos los mexicanos por el funcionamiento de una justicia administrada por hombres probos y aptos...”*⁵

Es por ello que se afirma que las normas de principio que, por ejemplo, expresan los derechos fundamentales en la CPEUM, deben ser un primer contenido del núcleo intangible, al punto de que Carranza se refiere a ellos como *concepto primordial*⁶, coincidiendo esto con la noción que de núcleo intangible hemos propuesto: *elemento primordial o parte central e inalterable de la Constitución a la que se van agregando otros elementos para formar un todo: el texto constitucional.*

Así las cosas, para concretar el contenido del núcleo intangible de la CPEUM, partiremos de la conclusión a la que arribamos con el estudio de derecho

³ Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, op. cit., p. 4.

⁴ Diario de los Debates del Congreso Constituyente, Querétaro, 1º de diciembre de 1916, núm. 12, t. I, p. 262, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/Proy_CPEUM_expmot_01dic1916.pdf. (También puede consultarse, sobre este tema: Cossío Díaz, José Ramón, “Ordenación y jerarquización constitucionales”, op. cit., pp. 91-92)

⁵ Cossío Díaz, José Ramón, “Ordenación y jerarquización constitucionales”, op. cit., p. 92

⁶ <<Primordial>> Primitivo, primero. Se dice del principio fundamental de cualquier cosa. (Véase: *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit.)

comparado realizado en el capítulo anterior (*vid. supra*. CAPÍTULO TERCERO, incisos b.2 y b.3), según el cual, son sólo algunos tópicos los que, al ser establecidos como límites absolutos (cláusulas de intangibilidad) o límites relativos (procedimientos de reforma más rígidos) a la actuación de los Poderes constituyentes permanentes de otros países, han sido reconocidos como contenidos *supraconstitucionales* o *hiperconstitucionales* respectivamente.

Estos tópicos son: **(i)** los derechos fundamentales; **(ii)** la forma de Estado; **(iii)** la forma de gobierno; **(iv)** la separación de poderes; **(v)** las garantías constitucionales establecidas para la protección de los derechos fundamentales; y **(vi)** el procedimiento de reforma constitucional.

b) De la intangibilidad de facto a la intangibilidad de iure.

Antes de detallar uno de los métodos que utilizaremos para identificar objetivamente el contenido de núcleo intangible de la CPEUM, y con ello explicar el título del presente apartado, debemos precisar que la connotación de *inalterable* de tal núcleo no debe entenderse como la imposibilidad definitiva y cerrada de modificación, ya que si <<inalterable>> significa “*que no se puede alterar; que no se altera*”⁷, y <<alterar>> es el acto de “*estropear, dañar, o descomponer*”⁸; cuando decimos que el núcleo intangible es inalterable, a lo que hacemos referencia es a que no debe ser estropeado, dañado o descompuesto, no a que sea inmodificable.

Así, no hay duda en que todas las cosas siempre serán susceptibles de perfeccionamiento, lo que de actualizarse, implicaría sólo su modificación, no su alteración, ya que lejos de estropear, dañar o descomponer tales cosas, estaríamos realizando lo opuesto, es decir, las estaríamos mejorando, beneficiando o componiendo.

De igual manera, cuando decimos que el núcleo intangible de la Constitución es inalterable, no queremos contradecir lo que Loewenstein ya apuntaba en 1973, en el sentido de que “*...no existe ningún campo de acción abierto a la actividad humana en donde la flexibilidad y la facultad de adaptación sean tan esenciales como lo son el ejercicio y la protección jurisdiccional de las libertades...*”⁹

Por ello, cuando hablamos de intangibilidad queremos referirnos a esa garantía de no retroceso que deben tener los muros de carga sobre los que descansa toda Constitución, lo que no significa que no puedan ser susceptibles de mejoras, tanto por la vía de la reforma constitucional, como por la vía de la

⁷ *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima segunda edición, Real Academia Española, <http://buscon.rae.es/drael/>

⁸ *Idem.*

⁹ Loewenstein Karl, “Reflexiones sobre la caduque de la Constitución Federal Norteamericana”, *Boletín de Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año V, núm. 16-17, enero-agosto de 1973, p. 155, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/16/art/art5.pdf>

interpretación judicial.

En definitiva, cuando hablamos de la defensa del núcleo intangible de las Constitución, y de la necesidad de limitar al Poder constituyente permanente, no queremos decir que dicho núcleo sea inmodificable, sino más bien, que debemos defenderlo ante cualquier acto que pretenda alterarlo.

Así por ejemplo, si el Poder constituyente permanente modifica el núcleo intangible de la Constitución para incrementar la nómina de derechos fundamentales, tal reforma constitucional no podría entenderse como una alteración a dicho núcleo, ya que no lo estropea, daña o descompone, sino que por el contrario, lo mejora y lo beneficia, lo cual –dicho sea de paso– no sólo sería posible sino deseable.

Una vez aclarado lo anterior, el primer método de interpretación al que recurriremos para determinar objetivamente el núcleo intangible de la CPEUM, será a la interpretación histórica. La SCJN ha señalado, en jurisprudencia firme, que para fijar el justo alcance de las disposiciones constitucionales es factible acudir, tanto a su interpretación histórica tradicional como histórica progresiva.

La interpretación histórica tradicional consiste en "...analizar los antecedentes legislativos que reflejan con mayor claridad en qué términos se reguló anteriormente una situación análoga y cuál fue el objeto de tales disposiciones, dado que por lo regular existe una conexión entre la ley vigente y la anterior; máxime, si a través de los diversos métodos de interpretación del precepto constitucional en estudio se advierte que fue intención de su creador plasmar en él un principio regulado en una disposición antes vigente, pues en tales circunstancias, la verdadera intención del Constituyente se puede ubicar en el mantenimiento del criterio que se sostenía en el ayer, ya que todo aquello que la nueva regulación no varía o suprime de lo que entonces era dado, conlleva la voluntad de mantener su vigencia..."¹⁰

La interpretación histórica progresiva consiste en tomar "...en cuenta tanto las condiciones y necesidades existentes al momento de la sanción del precepto constitucional, como las que se advierten al llevar a cabo su interpretación y aplicación, ya que toda Norma Fundamental constituye un instrumento permanente de gobierno, cuyos preceptos aseguran la estabilidad y certeza necesarias para la existencia del Estado y del orden jurídico; por tanto, ante un precepto constitucional que por su redacción permite la adecuación de su sentido a determinadas circunstancias, ya sea jurídicas, o de otra índole, para fijar su alcance, sin imprimirle un cambio sustancial, debe atenderse precisamente a la estabilidad o modificación que han sufrido esas circunstancias, sin que con ello sea válido desconocer o desnaturalizar los propósitos que llevaron al

¹⁰ Tesis P. /J. 61/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XI, junio de 2000, p. 13, registro n° 191,673.

*Constituyente a establecer la disposición en estudio.*¹¹

Así, al profundizar en los antecedentes constitucionales de las normas de nuestra Ley Fundamental (interpretación histórica tradicional), así como en las reformas que ha sufrido en sus 93 años de vigencia (interpretación histórica progresiva), nos daremos cuenta de la existencia de una *intangibilidad de facto*, ya que, aún y cuando no existan vías jurídicas para proteger ciertos tópicos constitucionales de los actos del Poder revisor de la Constitución, lo cierto es que, en los hechos, tales contenidos no han sido alterados. Con ello, este primer método interpretativo nos ayudará a comprobar la existencia de la *intangibilidad de facto*, fortaleciendo así nuestro argumento de la necesidad de transitar a una *intangibilidad de iure*.

Tal método de comprobación nos permitirá acercarnos objetivamente al contenido del núcleo intangible, ya que si se parte de la base que la CPEUM, aún y cuando sea rígida, ha sufrido 500 reformas (189 decretos), promediando con esto 5.4 reformas por año en sus 93 años de vigencia, sería paradigmático pensar que, con una Constitución tan enmendada, pudieran existir artículos constitucionales que permanezcan sin alteración alguna.

Así las cosas, tal y como ya lo hemos mencionado, el análisis antes referido lo realizaremos partiendo de los temas que han sido dotados de *supraconstitucionalidad* o *hiperconstitucionalidad* en el derecho comparado (los derechos fundamentales, la forma de Estado, la forma de gobierno, la separación de poderes, las garantías constitucionales establecidas para la protección de los derechos fundamentales y el procedimiento de reforma constitucional), para después poder señalar qué principios constitucionales, relativos a tales rubros, no han sido reformados en forma alguna, y qué principios, aún y cuando hayan sido reformados, no han sido alterados.

b.1) Artículos constitucionales no reformados.

Consideramos muy importante resaltar que el criterio que nos servirá para realizar un primer acercamiento al contenido del núcleo intangible de la Constitución, es un criterio objetivo que consistirá en analizar qué artículos de la Ley Fundamental han permanecido sin modificación alguna. De igual manera, dicho análisis nos permitirá inducir los valores que, a pesar de no ser señalados expresamente por la CPEUM, se encuentran en ellos implícitos por servir de fundamento a los principios constitucionales.

Así las cosas, los principios constitucionales que no han sido modificados en los 93 años de vigencia de la CPEUM¹², gozando así de esa *intangibilidad de facto* a la que nos hemos referido, y que además podemos ubicar dentro de los

¹¹ *Idem.*

¹² La fuente consultada para esta investigación fue el portal web de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión (Véase: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm)

contenidos constitucionales a los que el derecho comparado les ha reconocido una especial constitucionalidad, son los siguientes:

b.1.1) En materia de derechos fundamentales.

Artículo	Principio constitucional reconocido	Valor constitucional superior concretado
7°	Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia.	Libertad
8°	Los funcionarios públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición. ¹³	Libertad
9°	No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito.	Libertad
11°	Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo-conducto u otros requisitos semejantes.	Libertad
12°	No se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios.	Igualdad
13°	Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales.	Igualdad
15°	No se autoriza la celebración de tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano.	Vida, Dignidad, Igualdad y Libertad
23	Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. ¹⁴	Justicia

¹³ Es de resaltarse que el establecimiento de principios como el derecho de petición pueden conducir a una justicia que permita consolidar el constitucionalismo, ya que al ser *máximas de optimización*, posibilitan que el poder judicial pueda arribar a interpretaciones como la siguiente: “...de un análisis histórico progresivo, histórico teleológico y lógico del numeral 8o. de la Carta Magna, se obtiene que a fin de salvaguardar la garantía ahí contenida, el derecho de petición no sólo puede ejercerse por escrito, sino también a través de documentos digitales, como serían los enviados por internet...” De esta forma, la flexibilidad de los principios permiten la adecuación del texto constitucional a las necesidades actuales, sin la necesidad de reformarlo, lo que además posibilita preservar el núcleo intangible de la Constitución. (Véase: Tesis VIII.5o.1 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, noviembre de 2006, p. 1039, registro n° 173930).

¹⁴ El origen del principio *non bis in ídem*, se puede ubicar en Roma, ya que en los procesos judiciales que se instauraban en esa época, se reconocía ya, la prohibición de promover un nuevo juicio a través de la promoción de una segunda demanda sobre la misma materia, por la misma o diferente acción, una vez nacida la relación jurídica procesal. Incluso, el propio Santo Tomás de Aquino, en la *Quaestio 68 de la IIª Ilae* de la *Summa*, hace referencia a dicho principio estableciendo que ya había sido utilizado por el profeta Nahúm en el antiguo testamento (Profetas menores. Nahúm. III-9) Dicho texto señala lo siguiente: “¿Qué pensáis contra Jehová? El hará consumación; no tomará venganza dos veces de sus enemigos.” De lo anterior, claramente se desprende que se trata de uno de los principios que –en tratándose de tutelar y concretar el valor superior de la justicia- es de los más elementales. No por nada, uno de los documentos que puede ser considerado como detonante del constitucionalismo, recogió esta garantía que resulta una de las más importantes que limitan la actividad jurisdiccional. Nos referimos a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787, la cual señala en su 5ta enmienda que: “*tampoco se*

Artículo	Principio constitucional reconocido	Valor constitucional superior concretado
33	Los extranjeros tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo I, Título Primero, de la presente Constitución.	Igualdad
39	Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste.	Vida, Dignidad, Igualdad y Libertad

b.1.2) En materia de forma de Estado y/o forma de gobierno.

Artículo	Principio constitucional	Valor constitucional inferior concretado
39	La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.	Democracia
40	Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental. ¹⁵	Republicanismo, democracia y federalismo

pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito". Ahora bien, por lo que hace a nuestro país, el principio *non bis in ídem*, hace su aparición en los textos constitucionales en la *Constitución Política de la República* sancionada el 12 de febrero de 1857, estableciendo, en el artículo 24 que: "Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva ó se le condene." Con ello, se debe afirmar que principios como el principio *non bis in ídem* resultan ser parte del núcleo intangible de la Constitución, ya que su no inclusión derivaría en consecuencias sumamente injustas y contrarias a las ideas básicas del constitucionalismo. Quizá por ello se ha reconocido y respetado su intangibilidad dentro del sistema constitucional mexicano, desde su origen hasta nuestros días (158 años).

¹⁵ Cabe señalar que aún y cuando el texto constitucional señale que los Estados de la República son soberanos, debe decirse que son autónomos, ya que este sistema de organización estatal fue obra de los constituyentes norteamericanos, quienes dejaron trazadas las líneas del federalismo en la Constitución de 1787. Sin embargo, a diferencia de la experiencia norteamericana, el Estado mexicano nace con un sistema de organización centralista, ya que derivado de la independencia –concretada en 1821–, se constituye un imperio, y con ello, un Estado unitario. No obstante, el imperio fracasa ya que en 1822 se establece un Congreso Constituyente que no realiza su la Constitución, razón por la cual se comienzan a generar molestias y conspiraciones en contra de Iturbide. Incluso se llega a pensar en solicitar nuevamente la presencia española, o bien, en que los diversos centros de poder que albergaba nuestro novel Estado, pudieran segregarse y constituir así sus propias naciones. Así las cosas, Iturbide decide disolver al Congreso Constituyente de 1822 e instala una Junta Nacional Instituyente, la cual promulga el *Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano* el 23 de febrero de 1823, cuya vida es efímera. Ese mismo año, Iturbide abdica, pero antes de esto reinstala el Congreso Constituyente de 1822, el cual surge muy debilitado por lo que se auto-disuelve, no sin antes emitir el *Voto del Congreso por la República Federada de 1823* a fin de disipar las tendencias secesionistas de algunos de los núcleos de poder político –como Yucatán y Jalisco–. Con este *voto del Congreso*, cuya génesis jurídica no fue nada grata, debido a que cuando es emitido, el Congreso ya no era Poder constituyente sino convocante para otro constituyente, se tranquilizaron las aspiraciones separatistas, y se delineó el contenido de la Constitución de 1824 de carácter federalista. De aquí nace el texto actual del artículo 40 constitucional. Tal voto del Congreso señalaba que: "El soberano congreso constituyente, en sesión extraordinaria de esta noche, ha

Artículo	Principio constitucional	Valor constitucional inferior concretado
81	La elección del Presidente será directa y en los términos que disponga la ley electoral.	Republicanismo y democracia
124	Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados. ¹⁶	Federalismo
128	Todo funcionario público prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen.	Constitucionalismo
136	Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia.	Constitucionalismo
50	El poder legislativo de los Estados Unidos Mexicanos se deposita en un Congreso general, que se dividirá en dos Cámaras, una de diputados y otra de senadores. ¹⁷	Bicameralismo

tenido á bien acordar, que el gobierno puede proceder a decir a las provincias estar el voto de su soberanía por el sistema de república federada, y que no lo ha declarado en virtud de haber decretado se forme convocatoria para nuevo congreso que constituya á la nación. Junio 12 de 1823.” Derivado de este antecedente que forma parte de nuestra historia constitucional, queda clara la diferencia entre el federalismo norteamericano y el mexicano, ya que mientras las colonias inglesas en Norteamérica ya existían antes de la aprobación de la Constitución de 1787, en nuestro país, los Estados fueron creados por la Constitución, es decir, no existieron hasta que así fueron previstos por la Constitución Federal de 1824. Esto explica –por ejemplo– la aún vigente tendencia centralizadora de los poderes federales en el Estado mexicano, razón de más para mantener como *intangible* en nuestra Constitución tal decisión política fundamental.

¹⁶ Conforme a la doctrina contemporánea puede afirmarse que existen dos grandes sistemas de federalismo. Por un lado, el modelo dual de asignación de competencias que se inspira en el sistema federal norteamericano, y por el otro, lo que se conoce como federalismo cooperativo, inspirado en el sistema federal alemán, y el cual, ha instituyendo el Estado mexicano. Así, aunque *“originalmente la Constitución había establecido un modelo de federalismo dual en el que existían varias esferas competenciales perfectamente separadas y definidas (...) en los últimos años se han agregado en el texto constitucional una serie importante de materias de carácter concurrente, es decir, materias que deben ser realizadas por más de uno de los cuatro niveles de gobierno que establece la propia Constitución, normalmente a partir de una regulación-marco que dicta el Congreso de la Unión, [razón por la cual,] el texto constitucional se ubica dentro de un denominado modelo de federalismo: el que se ha llamado ‘federalismo cooperativo’, desarrollado desde hace años en muchos países, especialmente en Alemania.*” Sin embargo, un problema subyace en torno a la adopción de tal modelo, consistente en que el federalismo cooperativo mexicano no cuenta con una cláusula de prevalencia que pueda resolver las antinomias que se susciten entre el derecho federal y el derecho estatal, lo que sí acontece en el sistema alemán, el cual previó este problema al señalar en el artículo 31 de su Ley Fundamental que: *“El derecho federal prevalecerá sobre el derecho de los Estados.”* (Véase: Carbonell, Miguel, “La reforma constitucional al artículo 73 en materia de turismo”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 11, julio-diciembre de 2004, p.250, <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/885/88501109.pdf>)

¹⁷ La historia constitucional mexicana nos acerca más a un sistema bicameral que a un sistema unicameral. No por nada, la Constitución de 1824 –primera Constitución federalista– estableció el sistema bicameral al prever una cámara de diputados electa por el voto de los ciudadanos y una cámara de senadores electa por el voto de las legislaturas de los Estados (dos senadores por Estado). De igual forma, aún en la Constitución centralista de 1836, se conservó el

Artículo	Principio constitucional	Valor constitucional inferior concretado
80	Se deposita el ejercicio del Supremo Poder Ejecutivo de la Unión en un solo individuo, que se denominará "Presidente de los Estados Unidos Mexicanos." ¹⁸	Presidencialismo

Todos estos artículos, aunado a que han permanecido sin reforma alguna durante la vigencia de la CPEUM, señalan principios constitucionales de los que aquí hemos denominado *fuertes*, toda vez que derivan directamente de los valores constitucionales superiores e inferiores.

Así, mediante la interpretación histórica progresiva, podemos afirmar objetivamente que este conjunto de preceptos son el primer contenido de la constitucionalidad de la CPEUM, y por ello, del núcleo intangible de la misma, al punto de que han permanecido sin alteración alguna, desde su sanción en 1917, hasta nuestros días.

De igual forma, de una interpretación histórica tradicional de los principios anteriormente señalados, se puede advertir que la mayoría de ellos, como lo son los principios constitucionales determinados en los artículos 7°, 8°, 9°, 11°, 12°, 13°, 15°, 23, 33, 39, 40, 80, 124, 128, 136, ya se encontraban dentro de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos sancionada el 5 de febrero

sistema bicameral a pesar de la inexistencia de Estados federados, razón por la cual su número se redujo a veinticuatro miembros. Posteriormente, con las Bases Orgánicas de 1843, el Senado se convirtió en un órgano aristocrático, ya que dos tercios de sus integrantes se elegían de mineros, propietarios, comerciantes o fabricantes que tuviesen un bien inmueble no menor a los 40,000 pesos, y el otro tercio se componía de distinguidos miembros de la iglesia, así como connotados ciudadanos designados por la Cámara de Diputados, el Presidente de la República y la SCJN. Debido al descrédito obtenido por un Senado de origen aristocrático, la Constitución federal de 1857 parecía terminar con la tradición bicameral del Estado mexicano, ya que instituyó sólo una cámara de diputados electos cada año, los cuales serían mandatarios populares. No sería sino hasta la reforma de 1874, cuando el presidente Lerdo de Tejada propusiera la modificación de la Constitución de 1857 para darle vida nuevamente al Senado, bajo la idea de crear un contrapeso al poder que había adquirido la Cámara de Diputados. Así, se retomaba al sistema en el que los senadores representarían a los Estados, eliminando –claro está– el tan repudiado elemento aristocrático. Cabe señalar que aún y cuando nuestro país parezca tener dicha tradición bicameral, lo que deja ver a tal institución como una de las decisiones políticas fundamentales en México, Tena Ramírez señala –y coincidimos en ello– que “*el bicameralismo ha sido entre nosotros, una de tantas instituciones que espera, en el ejercicio democrático, la prueba de su eficiencia*”. (Véase: Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano, op. cit.*, p. 273.)

¹⁸ De una interpretación sistemática resulta evidente concluir que el Poder constituyente originario ha establecido el presidencialismo como forma de gobierno, debido a que: (i) el órgano ejecutivo es unipersonal, por lo que al no existir un poder neutro, el Presidente es, tanto Jefe de Estado como Jefe de Gobierno (Art. 80 y 89 fracción 10 de la CPEUM); (ii) el Presidente es nombrado directamente por el pueblo, lo que lo hace responsable ante éste, y no ante el legislativo; (Art. 81 de la CPEUM); (iii) no hay procedimientos parlamentarios como los votos de confianza o los votos de censura, aún y cuando existan algunas instituciones de cariz parlamentario como el permiso que debe solicitar el Ejecutivo para ausentarse de territorio nacional (Art. 88), o el refrendo (Art. 92); (iv) al no existir un poder neutro, no existe la facultad para disolver las cámaras; (v) la duración del mandato del ejecutivo es fija (Art. 83); (vi) no se pueden acumular cargas gubernamentales y legislativas al mismo tiempo (Art. 62 de la CPEUM).

de 1857, por lo que su intangibilidad se ha reconocido y protegido desde hace 152 años.¹⁹

De lo anterior es claro que el Constituyente de 1917, al observar el contenido esencial (axiológico y político) de algunos de los principios sancionados por el Constituyente de 1857, optó por mantener su vigencia, sin variar o suprimir su contenido, y con ello, reconoció implícitamente su intangibilidad, lo cual –dicho sea de paso– ha sido reiterado por el Poder revisor de la Constitución a lo largo de los 93 años de vigencia de la CPEUM de 1917.

Ahora bien, ¿por qué tales principios constitucionales han gozado de estabilidad? Una de las respuestas posibles es, sin duda, que al ser principios que tutelan y protegen valores constitucionales del Estado mexicano se han hecho merecedores de tal estabilidad.

No pasa desapercibido el hecho de que existen otros artículos en la CPEUM que no han sido modificados en los 93 años de vigencia de la misma, (vgr. 38, 47, 57, 62, 64, 68, 71, 86, 87, 91, 118, 120, 121, 125, 126, 129, 132). Sin embargo, si se analiza cada uno de ellos podrá advertirse claramente la diferencia que, en su momento, señaló Zagrebelsky entre Constitución esencial (núcleo intangible) y Constitución instrumental (periferia constitucional), siendo esta última un conjunto de normas de regla que sirven para concretar a la primera, es decir, a las decisiones axiológicas y políticas fundamentales.

Por último, cabe señalar que por lo que hace a los artículos relativos a las garantías constitucionales establecidas para la protección de los derechos fundamentales, así como los preceptos relativos al procedimiento de reforma constitucional, no fueron objeto de análisis en el presente apartado, debido a que han sido objeto de reformas o modificaciones aún y cuando hayan permanecido inalterados, razón por la cual se abordarán a continuación.

b.2) Artículos constitucionales reformados pero sin alteración alguna.

Ya hemos dicho que la intangibilidad a la que nos hemos referido a lo largo de la presente obra, no significa que las cláusulas constitucionales sean inmodificables, sino más bien, dicha intangibilidad se refiere a que no deban ser alteradas, es decir, que no sean estropeadas, dañadas o descompuestas.

Así las cosas, una vez que ya hemos analizado los artículos constitucionales que no han sido modificados en forma alguna, debemos ahora analizar, partiendo también de los rubros temáticos derivados del análisis de derecho comparado que

¹⁹ Descubrir que tales principios constitucionales han permanecido estables durante 152 años, resulta altamente relevante, sobre todo, si tomamos en consideración que el Estado mexicano cumplirá, en el año 2010, ciento ochenta y nueve años de existencia como nación independiente. No es menor que dichos contenidos hayan permanecido intangibles durante tanto tiempo.

hemos realizado, qué artículos, aún y cuando hayan sido reformados, no han sido alterados.

Lo anterior será fundamental, ya que muchas de las reformas aprobadas por el Poder revisor mexicano obedecen, por ejemplo, a simples cambios formales, es decir, cambios en la ubicación de los principios constitucionales, sin que tales principios se hayan modificado o alterado.

Ahora bien, será importante precisar que los criterios que utilizaremos para determinar si los principios constitucionales que, a pesar de que hayan sido objeto de reformas constitucionales, no han sido alterados, serán los siguientes:

(i) En relación a los principios que contengan derechos fundamentales:

Para identificar qué principios constitucionales no han sido alterados, aún y cuando el artículo que los contenga haya sido reformado, atenderemos al concepto de *derechos en sentido fuerte* utilizado por Ronald Dworkin. Los derechos en sentido fuerte son aquellos que han hundido sus raíces, más o menos directamente en los valores constitucionales superiores, es decir, aquellos principios que derivan directamente de la vida, la dignidad, la igualdad, la libertad y la justicia.²⁰

De esta forma, para identificar si un derecho fundamental ha sido o no alterado, deberemos preguntarnos si sus raíces se han arraigado o distanciado de los valores constitucionales superiores.

De igual forma, aquellos artículos que hayan sido reformados para incorporar nuevos derechos en sentido fuerte, evidentemente serán considerados como intangibles, ya que el objeto de tales enmiendas no ha sido otro que el de ensanchar la nómina de los derechos fundamentales reconocidos por la CPEUM.

(ii) En relación con la forma de Estado, la forma de gobierno, las garantías constitucionales establecidas para la protección de los derechos fundamentales y el procedimiento de reforma constitucional:

Para identificar qué principios constitucionales no han sido alterados, aún y cuando el artículo que los contenga haya sido reformado, atenderemos al concepto de constitucionalismo y sus fines, es decir, tendremos que preguntarnos si con la enmienda se ha perfeccionado o no el control del poder a través del Derecho, es decir, el *Rule of law*. Para estos efectos, tomaremos como referencia la explicación realizada por Fix-Zamudio en relación a las líneas maestras del constitucionalismo contemporáneo. A dicho del profesor mexicano, tales líneas maestras “...representan una

²⁰ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, op. cit., pp. 188 y 269 y Pereira Menaut, Carlos-Antonio, *Lecciones de Teoría Constitucional*, op. cit., p. 290.

*consistente e integral respuesta a los retos que plantean los radicales cambios y transiciones políticas que se están presentando a escala mundial*²¹, es decir, son referentes que nos permiten identificar la esencia del constitucionalismo a pesar de la verdadera revolución que, por su enriquecido método y ampliado campo de conocimiento, experimenta actualmente el Derecho Constitucional.

Así las cosas, podemos decir que los artículos a los que también se les ha reconocido una *intangibilidad de facto*, por no haber sido alterados, o bien, por haber sido perfeccionados a la luz de los valores constitucionales superiores y del constitucionalismo contemporáneo, a pesar de haber sido objeto de reformas, son los siguientes:

b.2.1) En materia de derechos fundamentales.

Artículo	Principios constitucionales	Valor constitucional superior concretado
1°	En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución.	Igualdad
	Las garantías individuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece. (<i>Supremacía de los derechos fundamentales</i>)	Vida, Libertad, Igualdad, Dignidad y Justicia
	Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos.	Libertad
	Queda prohibida toda discriminación que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.	Dignidad e Igualdad

El artículo 1° ha sufrido dos reformas (2001 y 2006), la primera con el objeto de incorporar a su texto el principio de libertad (ya existente en el artículo 2° del texto original de 1917), así como incrementar la nómina de derechos fundamentales al incorporar el principio constitucional de no discriminación. La segunda reforma (2006) sólo tuvo por objeto modificar, dentro del principio de no discriminación, el concepto de “*capacidades diferentes*” por el de “*discapacidades*”. Por lo que hace a los principios derivados del primer y segundo párrafos, como lo son el de igualdad y el de libertad, han permanecido intangibles desde 1917.

²¹ Para Héctor Fix-Zamudio son seis las líneas maestras del constitucionalismo contemporáneo, de las cuales, para efectos de nuestro estudio, nos hemos concentrado en las siguientes: (a) el derecho constitucional constituye a la vez una técnica de la libertad y una técnica del poder, que se estima indispensable para el funcionamiento de la democracia; (b) para que una Constitución tenga pleno sentido en la actualidad, debe estar concebida esencialmente como un instrumento de control y de limitación del poder; (c) en las leyes fundamentales contemporáneas debe imperar la idea de “Constitución abierta”; (d) aunque tuvieron este propósito desde un principio, las Constituciones en la actualidad tienden a incorporar todavía más los valores constitucionales como elementos identificadores del sistema político. (Véase: Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 27-28).

Artículo	Principios constitucionales	Valor constitucional superior concretado
2°	Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación.	Libertad

El artículo 2° sólo ha sufrido una reforma (2001) que tuvo por objeto reconocer la composición pluricultural de la nación mexicana, la cual está sustentada en sus pueblos indígenas.

Artículo	Principios constitucionales	Valor constitucional superior concretado
3°	Todo individuo tiene derecho a recibir educación.	Igualdad y Dignidad
	Toda la educación que el Estado imparta será gratuita.	Igualdad
	La educación que imparta el Estado será laica.	Libertad

En relación al artículo 3°, después de seis reformas (1934, 1946, 1980, 1992, 1993 y 2002), se advierte que se han mantenido como constantes desde su texto original de 1917, el principio de gratuidad y el principio de laicidad, incorporándose expresamente con la reforma de 1993, el derecho fundamental a la educación.

Artículo	Principios constitucionales	Valor constitucional superior concretado
4°	El varón y la mujer son iguales ante la ley.	Igualdad
	La ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia.	Vida
	Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.	Libertad
	Toda persona tiene derecho a la protección de la salud.	Vida
	Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.	Vida
	Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa.	Dignidad e Igualdad
	Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.	Vida, Dignidad, Igualdad y Libertad
	Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia.	Igualdad y Dignidad

Sin duda, el artículo 4° ha sido uno de los artículos constitucionales (relativos a derechos fundamentales) que ha sufrido un número considerable de reformas, ya que ha sido modificado en nueve ocasiones (1974, 1980, 1983, 1983, 1992, 1999, 2000, 2001, 2009). Sin embargo, tales reformas se han encaminado a incrementar derechos fundamentales de muy diverso tipo, al punto de que a este artículo se le ha denominado en el *argot constitucional* como “el cajón del sastre” del Poder revisor.

Artículo	Principios constitucionales	Valor constitucional superior concretado
5°	A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos.	Libertad
	Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.	Justicia

El artículo 5° ha sido objeto de cuatro reformas (1942, 1974, 1990, 1992), pero ninguna de ellas alteró los dos principios enunciados, los cuales han permanecido intangibles desde la Constitución Federal de 1857.

Artículo	Principios constitucionales	Valor constitucional superior concretado
6°	La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa.	Libertad
	El derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley.	Libertad y Dignidad
	El derecho a la información será garantizado por el Estado.	Libertad
	La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida.	Vida y Dignidad

El artículo 6° ha sido reformado en tres ocasiones (1977, dos en 2007) a través de las cuales el principio de libertad de expresión se ha mantenido intangible desde la Constitución Federal de 1857. En este sentido, las tres reformas han tenido por objeto incluir el derecho a la información (1977), así como el derecho de réplica, la protección de la vida privada, la intimidad y los datos personales (2007).

Artículo	Principios constitucionales	Valor constitucional superior concretado
10°	Consideramos que el derecho de posesión y portación de armas no es un “derecho en sentido fuerte” porque no resulta claro que derive de los valores constitucionales superiores.	

Cabe señalar que no es del todo claro que el derecho a poseer armas tenga como finalidad, el que todos los habitantes de una nación posean los medios adecuados para la legítima defensa de su vida e integridad personal. Por el contrario, si se analiza cuidadosamente la segunda enmienda de la Constitución norteamericana (*Siendo necesaria una milicia bien ordenada para la seguridad de un Estado Libre, no se violará el derecho del pueblo a poseer y portar armas*) pareciera ser que tal derecho se encuentra ligado al servicio militar como medio de defensa de la soberanía nacional, al punto de que los partidarios del control de distribución y comercialización de armas en aquel país, interpretan tal enmienda en el sentido de que sólo alude a entidades oficiales como el ejército. Es por ello que consideramos que este derecho no debe ser visto como un “derecho en sentido fuerte”.

Artículo	Principios constitucionales	Valor constitucional superior concretado
14°	A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.	Justicia e Igualdad
	Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.	Vida, Libertad y Justicia

El artículo 14° sólo ha sufrido una reforma (2005) con el objeto de excluir la posibilidad constitucional de imponer la pena de muerte, por lo que no sólo fue perfeccionado tal precepto a la luz del valor constitucional superior de la vida, sino que además, hace que los principios en él enunciados se mantengan intangibles desde hace 152 años, toda vez que ya aparecen mencionados en la Constitución Federal de 1857.

Artículo	Principios constitucionales	Valor constitucional superior concretado
16°	Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.	Justicia e Igualdad
	Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales.	Vida y Dignidad
	Las comunicaciones privadas son inviolables.	Vida y Dignidad

El artículo 16° ha sido objeto de seis reformas (1983, 1993, 1996, 1999, 2008, 2009). Cabe señalar que este artículo es un ejemplo claro de que al incorporar demasiadas normas de regla en la Constitución, se genera poca estabilidad y permanencia normativa, y con ello, la necesidad de constantes enmiendas constitucionales. A pesar de ello, el principio establecido en el primero de sus párrafos ha permanecido intangible desde la Constitución Federal de 1857. Asimismo, con la reforma de 1996 se incorpora el principio de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, y con la reforma de 2009 se eleva a rango constitucional el derecho a la protección de datos personales, lo que incrementa la nómina de derechos fundamentales.

Artículo	Principios constitucionales	Valor constitucional superior concretado
17°	Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia.	Justicia e Igualdad
	La administración de la justicia será gratuita.	Igualdad
	Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.	Libertad

El artículo 17° ha sido reformado en dos ocasiones (1987 y 2008), sin embargo, los tres principios constitucionales en él determinados se han mantenido intangibles desde la Constitución Federal de 1857.

Artículo	Principios constitucionales	Valor constitucional superior concretado
18°	Consideramos que el sub-principio relativo a que sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva, establecido en este artículo, no es un “ <i>derecho en sentido fuerte</i> ”, ya que más bien, deriva del segundo de los principios establecidos en el artículo 14° constitucional.	
19°	Consideramos que el sub-principio relativo a que ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, establecido en este artículo, no es un “ <i>derecho en sentido fuerte</i> ”, ya que más bien, resulta una derivación del segundo de los principios establecidos en el artículo 14° constitucional.	
20	Consideramos que todos los sub-principios y normas establecidos en este artículo son sumamente procedimentales, pero sobre todo que se derivan claramente del segundo de los principios establecidos en el artículo 14° constitucional, el cual, sí se configura en un “ <i>derecho en sentido fuerte</i> ”.	
21	Consideramos que este artículo contiene normas de regla, existiendo sólo un sub-principio que ha permanecido intangible desde la Constitución Federal de 1857 (la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial), sin embargo, tal principio deriva del segundo de los principios establecidos en el artículo 14° constitucional, el cual, sí se configura en un “ <i>derecho en sentido fuerte</i> ”.	

Además de las razones ya expresadas en torno a los artículos 18°, 19°, 20 y 21, debemos decir que contienen un sinnúmero de normas de regla, lo que ha generado que, en conjunto, dichos artículos sumen diecinueve reformas totales. Por ello afirmamos que seguirán siendo enmendados, máxime, si el Estado mexicano se encuentra en pleno desarrollo, tanto del proceso de implementación del sistema penal acusatorio, como del proceso para garantizar la seguridad pública. Así, no resulta aventurado señalar que nuestra Constitución requerirá de constantes revisiones en ambos rubros.

Estos artículos son un claro ejemplo de la inestabilidad constitucional que se provoca por llevar a la Constitución demasiadas normas de regla.

Artículo	Principios constitucionales	Valor constitucional superior concretado
22	Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.	Vida y Dignidad
	Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.	Justicia

El artículo 22 ha sido reformado en cinco ocasiones (1982, 1996, 1999, 2005, 2008) permaneciendo intangible el primero de los principios mencionados. Asimismo, con la reforma de 2005 se prohibió expresamente la pena de muerte, dándole una posición relevante al valor constitucional de la vida, y con la reforma de 2008, se incorporó el principio de proporcionalidad en materia penal.

Artículo	Principios constitucionales	Valor constitucional superior concretado
24	Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo.	Libertad

El artículo 24 sólo ha sido reformado en una ocasión (1992), modificación que no alteró el principio de libertad de creencia religiosa y el principio de libertad cultural arriba señalados, lo que les ha permitido mantenerse como principios intangibles desde 1917. La única reforma de la que ha sido objeto tuvo como finalidad proteger y ampliar tales principios, ya que por un lado, se estableció la prohibición para el Congreso de la Unión de dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna, así como para posibilitar que las ceremonias de culto puedan realizarse fuera de los templos.

Artículo	Principios constitucionales	Valor constitucional superior concretado
25	Consideramos que el contenido de este artículo no reconoce ningún “ <i>derecho en sentido fuerte</i> ”. Por el contrario, lo que establece es una serie de obligaciones para el Estado mexicano a efecto de que garantice que el desarrollo nacional será integral y sustentable. Cabe señalar que así lo ha considerado el Poder Judicial de la Federación.	

Al respecto, la Segunda Sala de la SCJN ha establecido jurisprudencia en el sentido de que el artículo 25 sólo establece “...*los principios de la rectoría económica del Estado para garantizar el crecimiento económico del país (...), no concede garantía individual alguna que autorice a los particulares a exigir, a través del juicio de amparo, que las autoridades adopten ciertas medidas para cumplir con tales encomiendas constitucionales, pues el pretendido propósito del artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se dirige a proteger la economía nacional mediante acciones estatales fundadas en una declaración de principios contenida en el propio precepto de la Ley Fundamental...*”²², razón para considerar que en su contenido no existe derecho alguno.

Artículo	Principios constitucionales	Valor constitucional superior concretado
27	Consideramos que este artículo, aunque podría pensarse que reconoce el derecho a la propiedad privada, lo cierto es que un sector importante de la doctrina señala que tal derecho no es fundamental, aunado a que es claro que no puede ser considerado un “ <i>derecho en sentido fuerte</i> ” debido a que no deriva de los valores constitucionales superiores.	

Así, Jorge Carpizo señala que “...*la propiedad privada, reconocida en el primer párrafo del artículo 27, se expresa en términos totalmente distintos a lo que había sido en el constitucionalismo decimonónico. Bajo la Constitución de 1917, la propiedad privada pierde su sentido individualista, heredado del Código*

²² Tesis 2a. /J. 1/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, febrero de 2009, p. 461, registro n° 167856.

*Napoleónico y, reconociéndola como un derecho público subjetivo, la estatuye como propiedad precaria, limitada por el interés colectivo*²³, lo que nos permite concluir que no se trata de un derecho en sentido fuerte.

Incluso la propia SCJN ha señalado que, tratándose del derecho a la propiedad privada, *“...la Constitución Federal lo limita a su función social, toda vez que conforme al indicado artículo 27, el Estado puede imponer modalidades a la propiedad privada por causas de interés público o bien, podrá ser objeto de expropiación por causas de utilidad pública y, por tanto, es ella la que delimita el derecho de propiedad en aras del interés colectivo, por lo que no es oponible frente a la colectividad sino que, por el contrario, en caso de ser necesario debe privilegiarse a esta última sobre el derecho de propiedad privada del individuo, en los términos que dispone expresamente la Norma Fundamental.”*²⁴

Artículo	Principios constitucionales	Valor constitucional superior concretado
28	En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos.	Libertad e Igualdad

Comencemos por decir que el artículo 28 ha sido objeto de cinco reformas (1982, 1983, 1990, 1993, 1995), a través de las cuales el principio antes referido se ha mantenido intocado desde la Constitución Federal de 1857.

Es importante mencionar que el Pleno de la SCJN ha señalado que el artículo 28° constitucional *“...prohíbe los monopolios, esto es, todo acto que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción industrial o comercial y, en general, todo lo que constituye una ventaja exclusiva e indebida en favor de una o varias personas, con perjuicio del pueblo en general o de una clase social; pero en este señalado aspecto de dirección estatal no conceden garantía individual alguna que autorice a los particulares a exigir, en vía de amparo, que para cumplir con tales encomiendas constitucionales, el Estado deba adoptar ciertas medidas y seguir determinadas direcciones...”*²⁵, es decir, niega que en tal artículo se encuentren derechos a favor de los particulares.

Por lo anterior, al incluirlo dentro de la nómina de principios que deberán formar parte del núcleo intangible de la Constitución, debemos hacer la siguiente precisión, ya que tal principio puede llegar a tener dos efectos jurídicos diversos, a saber: **(i)** que de la prohibición ahí contenida se pueda derivar un derecho a favor de los mexicanos para que puedan concurrir libremente a la producción industrial o comercial (derecho que la SCJN no quiso catalogar como tal, excluyéndolo de la

²³ Carpizo, Jorge, “Artículo 27”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, México, UNAM-IIJ, 1985, p. 74)

²⁴ Tesis: P. /J. 37/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, marzo de 2006, p. 1481, registro n° 175,498.

²⁵ Tesis P. CXIV/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, agosto de 2000, p. 149, registro n° 191,360.

posibilidad de sustentar en él una demanda de amparo); y *(ii)* que de la prohibición ahí determinada se derive un derecho para todos los mexicanos consumidores a fin de que no quedemos a la merced de las grandes industrias y comercios.

Por lo que hace al primero de los efectos mencionados, es decir, el que beneficia a los productores y comerciantes, pensamos que no debe ser considerado como derecho en sentido fuerte, y no precisamente por lo señalado por la SCJN, sino porque a nuestro parecer, la libre concurrencia en la producción industrial o comercial se deriva del principio de libertad de trabajo, que es el derecho que sí hunde profundamente sus raíces en el valor constitucional de la libertad.

Ahora bien, por lo que hace al segundo de los efectos mencionados, es decir, aquel que beneficia a los consumidores, nos parece que es aquí donde debemos identificar un derecho en sentido fuerte de la CPEUM, que aunque no lo reconozca explícitamente, lo hace de forma implícita al prohibir los monopolios y señalar en el párrafo segundo de este artículo que *“...la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios...”*. Por ello consideramos que al momento en que el Poder revisor de la Constitución incluyó, en la reforma de 1983, una decidida defensa y protección a la clase consumidora en relación con los artículos de consumo necesario, se puede llegar a inferir que hay un cierto reconocimiento a uno de los derechos que ya se incluyen en las Constituciones contemporáneas y en los tratados internacionales en la materia; nos referimos al derecho a la alimentación, mismo que aunque se encuentre reconocido en el artículo 4º constitucional, dicho reconocimiento sólo se hace a favor de los niños.

Así lo reconoce –por ejemplo– el artículo 12, inciso 2 (Derecho a la Alimentación) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al señalar que *“...con el objeto de hacer efectivo este derecho y a erradicar la desnutrición, los Estados partes se comprometen a perfeccionar los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos...”*

De esta forma, y a pesar de que no se diga así en el texto constitucional, la prohibición de los monopolios y su efecto en relación con la clase consumidora, se convierte en el medio que el Estado mexicano tiene para dar cumplimiento a la obligación internacional consistente en respetar el derecho a la alimentación.

Por lo anterior, es que consideramos que tal principio (prohibición de los monopolios) en relación con el efecto jurídico que produce en torno a la clase consumidora, sí debe ser considerado para integrar el núcleo intangible de la Constitución, claro está, hasta en tanto no se incluya explícitamente el derecho a la alimentación en la nómina mexicana de derechos fundamentales.

Artículo	Principios constitucionales	Valor constitucional superior concretado
35	Es prerrogativa del ciudadano votar en las elecciones populares.	Libertad
	Es prerrogativa del ciudadano ser votado para todos los cargos de elección popular, y nombrado para cualquier otro empleo o comisión.	Libertad

Aún y cuando existen doctrinas que sustentan que los derechos políticos, no son derechos fundamentales, señalando que *“...para la procedencia del amparo se requiere necesariamente que la litis verse sobre violación a garantías individuales, y no solamente respecto de transgresión a derechos políticos, los cuales no son reparables mediante el juicio de garantías”*²⁶, lo cierto es que, hoy en día, defender tal postura resulta casi imposible, toda vez que el derecho al voto ha sido reconocido, de forma tal, por el derecho internacional de los derechos humanos, que la posición del Comité de Derechos Humanos de la ONU parece haber evolucionado hacia el rechazo categórico de la privación del derecho al voto, incluso, en relación con personas condenadas por delito privativo de la libertad, señalando que: *“...no ve justificación a semejante práctica en la actualidad, considerando que equivale a un castigo adicional, que no contribuye a la reforma y la readaptación social de los penados y es contraria al párrafo 3 del artículo 10 así como al artículo 25 del Pacto. El Estado Parte debería reconsiderar su ley por la que se priva a los presos convictos del derecho de voto.”*²⁷

Aunado a ello, hoy no podría concebirse un Estado constitucional y democrático de Derecho en el que no se reconozca el derecho político al voto, pasivo y activo, como derecho fundamental, ya que la vida en democracia implica, como requisito esencial de la misma, el que los ciudadanos puedan participar en el gobierno.

Artículo	Principios constitucionales	Valor constitucional superior concretado
49	No podrán reunirse dos o más Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo.	Vida, Dignidad, Igualdad, Libertad y Justicia

Anteriormente hemos señalado que el principio de división de poderes, no es parte de las decisiones políticas fundamentales, tal y como lo señaló Carl Schmitt, sino que más bien, dicho principio deriva también de las decisiones axiológicas fundamentales (valores constitucionales superiores).

Consideramos que debe ser así, ya que dicho principio tiene divergentes explicaciones. Algunos doctrinarios lo han concebido como un mecanismo constitucional a través del cual se puede organizar mejor al Estado, ya que al

²⁶ Tesis P. LXII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, septiembre de 1999, p. 11, registro n° 193250.

²⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación final (Irlanda del Norte), CCPR/CO/73/UK, 2001, párr. 10, <http://www.ohchr.org/SP/Pages/WelcomesPage.aspx>

repartir las funciones autoritativas en varios órganos, el servicio público podrá prestarse eficientemente. Otras posturas señalan, por el contrario, que su formulación tiene como objetivo primordial, frenar al poder, dividiendo al leviatán hobbesiano y soberano, para asegurar los derechos del individuo. De tales posturas nos parece que la correcta es la segunda, ya que *“...la simple idea de distribuir funciones sin otro fin que el buen funcionamiento es tan antigua como las primeras civilizaciones y no tiene que ver con la separación de poderes o con el constitucionalismo sino con las necesidades de la más elemental organización social.”*²⁸

Aunado a lo anterior, el principio antes expresado se ha mantenido intangible desde la Constitución Federal de 1857, siendo objeto de dos reformas (1938 y 1951) que han tenido como finalidad el precisar que no pueden delegarse facultades extraordinarias para legislar en el Ejecutivo, salvo lo dispuesto en los artículos 29 y 131. Este tipo de reformas son un ejemplo ideal de enmiendas que deberían someterse a control constitucional, a fin de que se determine, si es coherente con el constitucionalismo el permitir, en dichos casos, la concentración del poder ejecutivo y legislativo en un solo individuo.

b.2.2) En materia de forma de Estado.

Artículo	Principios constitucionales	Valor constitucional inferior concretado
83	El ciudadano que haya desempeñado el cargo de Presidente de la República, electo popularmente, o con el carácter de interino, provisional o sustituto, en ningún caso y por ningún motivo podrá volver a desempeñar ese puesto. (Principio de no reelección)	Republicanismo

Tomando en consideración que la república es conceptualmente lo opuesto a la monarquía, debido a que en la primera la jefatura de Estado no es vitalicia, sino de renovación periódica mediante elecciones populares y libres, es que consideramos que el principio de no reelección es un principio que concreta la decisión política fundamental del Estado mexicano de constituirse como una república.

Aunado a esto, el artículo 83 sólo ha sido objeto de tres reformas (1927, 1928, 1933). La primera de ellas con tendencias antirrepublicanas ya que posibilitó la reelección del titular del Poder ejecutivo, y las dos posteriores con la idea de imposibilitar en cualquier caso, y bajo cualquier circunstancia, una posible reelección.

Así, el principio de no reelección ha retomado una especial vigencia en México, sobre todo ante casos como el venezolano y el boliviano, en los cuales, aún y cuando sean considerados formalmente Estados republicanos, tal característica se ha puesto en entredicho debido a que han reformado sus

²⁸ Pereira Menaut, Carlos – Antonio, *Lecciones de Teoría Constitucional*, op. cit., p. 109.

Constituciones para posibilitar la reelección indefinida, lo que los aleja de ser Estados constitucionales democráticos de Derecho y los acerca a la configuración de Estados totalitarios.

b.2.3) En materia de forma de gobierno.

Artículo	Principios constitucionales	Valor constitucional inferior concretado
69	Principio de rendición de cuentas.	Presidencialismo moderado

El artículo 69 constitucional ha sido objeto de tres reformas (1923, 1986, 2008). No obstante, del contenido de tal precepto se debe concluir que el principio de rendición de cuentas es uno a los que se les ha reconocido la *intangibilidad de facto*, ya que la idea de que el Ejecutivo deba cumplir con la obligación constitucional de informar al Legislativo el estado que guarda la administración pública, es una obligación que ya se encontraba consignada desde la Constitución Federal de 1857 (Art. 69), la cual pasó, con idéntico numeral, al texto original de la Constitución 1917.

Este artículo, como ya lo hemos dicho, ha sufrido tres reformas. Las dos primeras (1923 y 1986) tuvieron por objeto precisar los medios y la forma en que el Ejecutivo debería cumplir con tal obligación ante el Legislativo, sin embargo, el principio comentado permaneció intocado. Asimismo, en el 2008 se modificó este precepto a efecto de “perfeccionar” el esquema de rendición de cuentas, pero sobre todo, a efecto de generar nuevos modelos de colaboración entre poderes.

Así, en 2008, se adicionó a este artículo el mecanismo conocido como *pregunta parlamentaria*, la cual tiene por objeto facilitar un diálogo-debate entre el Ejecutivo y el Legislativo en el que se aborden los temas de relevancia nacional, pero sobre todo, se puedan establecer puntos de colaboración entre poderes a fin de sacar adelante tales temas. Sin duda, este tipo de instituciones de corte parlamentario serán la clase de instituciones que habrá que fortalecer en nuestro país, a fin de pasar de la tradicional fórmula de división de poderes a la moderna fórmula de equilibrio y colaboración entre poderes, e incluso, de un presidencialismo sin adjetivos, a un presidencialismo moderado o semipresidencialismo.

Podrá parecerle extraño al lector que en este caso se establezca como valor constitucional inferior el presidencialismo moderado, sobre todo atendiendo a la forma en que se desarrolló el poder ejecutivo mexicano durante todo el s. XX. Sin embargo, no debe olvidarse que la CPEUM de 1917 estableció –al menos en su letra– tal forma de gobierno. Otra cosa bien diferente es que a través de mutaciones constitucionales, en este caso derivadas de prácticas políticas, se haya configurado un presidencialismo exacerbado, mismo que devino de la configuración del sistema político de partido hegemónico, así como de la considerable nómina de facultades meta-constitucionales a favor del titular de

dicho poder.

Artículo	Principios constitucionales	Valor constitucional inferior concretado
72	Principio de colaboración legislativa. (<i>Facultad de veto</i>)	Presidencialismo moderado

El artículo 72 constitucional ha sufrido una sola reforma (1923) que tuvo por objeto adecuar el listado de los casos excepcionales en los que el Ejecutivo no puede colaborar en el proceso de formación de leyes o decretos, por lo que todos los principios generales ahí establecidos han permanecido intangibles desde 1917.

Lo trascendente de este precepto constitucional es que concretiza una de las decisiones políticas fundamentales del Estado mexicano, que es –al menos en el papel– la forma de gobierno denominada presidencialismo moderado. Es propio de este tipo de gobiernos que el Ejecutivo no sólo promulgue y publique las leyes (como ocurre en los sistemas parlamentarios con el Jefe de Estado), sino que la participación del Jefe de Estado y de Gobierno (Ejecutivo unipersonal) dentro del proceso legislativo tenga mayor relevancia.

Guillermo Molinelli, en el análisis de los antecedentes del veto en la Constitución argentina, destaca que el tema ya había sido considerado para la sanción de la Constitución de 1819, y el propósito de la inclusión de la facultad de veto, según las actas del congreso del 14 de noviembre de 1818, fue “...*dar al Poder Ejecutivo alguna intervención que le es indispensable [para] responder de la salud y prosperidad del Estado; pues debiendo gobernar según las leyes, sería una enorme injusticia hacerle cargo del mal que ellas produjesen sin haber tenido parte alguna, ni autoridad para representarlo oportunamente [y por ello afirmaría que] el veto y la insistencia son parte de un mecanismo de frenos y contrapesos...*”²⁹

En palabras de George Edwards, “...*el veto es la mayor limitación que tiene el poder del Congreso*”³⁰, razón por la cual nos parece que tal principio debe ser parte del núcleo intangible de la CPEUM.

Por último, tal y como ya lo hemos mencionado, otro de los tópicos a los que se les ha reconocido especial constitucionalidad en el derecho comparado, es el relativo a los procedimientos de reforma constitucional, así como al de las garantías constitucionales establecidas en la misma Ley Fundamental para su defensa. Pasemos pues al análisis del primero de ellos.

²⁹ Citado por Sagripanti, Sandra, “Veto e Insistencia”, *Revista de Derecho Parlamentario*, Argentina, núm. 10, p. 192, <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Nuevo/revista1010.pdf>

³⁰ Citado por Alcántara Sáez, Manuel y Sánchez López, Francisco, “Veto, insistencia y control político en América Latina: Una aproximación institucional”, *Perfiles Latinoamericanos*, México, núm. 019, diciembre 2001, p.171.

b.2.4) En materia del procedimiento para aprobar reformas constitucionales.

Artículo	
135	Procedimiento de reforma constitucional.

El procedimiento a través del cual se pone en funcionamiento al Poder constituyente permanente en el sistema constitucional mexicano, debe ser considerado como uno de los elementos constitucionales que, a pesar de sus modificaciones, ha permanecido sin alteraciones, y con ello, se le ha reconocido la *intangibilidad de facto* a la que nos hemos referido.

El artículo 135 constitucional ha sido objeto de una sola reforma (1966) a lo largo de los 93 años de vigencia de la CPEUM de 1917.

Tal reforma tuvo como finalidad el perfeccionar el procedimiento, toda vez que adicionó un segundo párrafo para establecer que la realización del cómputo de los votos de las Legislaturas, así como la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas, no sólo es facultad del Congreso de la Unión, sino que también lo podrá realizar la Comisión Permanente en los recesos de aquél. Ahora bien, es importante mencionar que la *intangibilidad de facto* reconocida a este procedimiento, data desde la Constitución Federal de 1857, la cual, contenía en el artículo 128 un texto idéntico al que posteriormente sería el artículo 135 de la Constitución de 1917.

Es por lo anterior que debemos decir que el procedimiento de reforma constitucional debe ser considerado como parte del núcleo intangible de nuestra Constitución, sobre todo porque es ahí donde se establece el principio de rigidez constitucional. Ahora bien, no debemos dejar de reconocer que dicho procedimiento puede ser perfeccionado a través de algunas adiciones, tales como: **(i)** el plazo con el que cuentan las legislaturas para pronunciarse a favor o en contra de la enmienda; **(ii)** la previsión de la negativa ficta ante la ausencia de contestación en tales plazos; **(iii)** los órganos facultados para plantear iniciativas de reformas constitucionales, ya que no necesariamente deben ser los mismos que se encuentran legitimados para iniciar el procedimiento legislativo ordinario (Art. 71 de la CPEUM); entre otros.

Por último, debemos ahora entrar al estudio de las garantías constitucionales que se establecen para la defensa y protección de la propia Ley Fundamental.

b.2.5) En materia de garantías constitucionales.

Es, en este rubro, donde veremos mayor ímpetu innovador por parte del Poder revisor de la Constitución, ya que el Derecho Procesal Constitucional *“...constituye la rama más reciente de la ciencia procesal, que se encarga esencialmente del estudio sistemático de las garantías constitucionales en su sentido contemporáneo, es decir, esta disciplina comprende el análisis de aquellos*

*instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder.*³¹

En palabras de Sagüés, las garantías a las que nos referimos son “...procesos que son especialmente constitucionales, [que están] puntualmente programados para defender la supremacía de la Constitución.”³²

Así las cosas, es claro que cuando hablamos de garantías constitucionales estamos haciendo referencia a aquellos procesos establecidos en la Constitución, cuya finalidad es la defensa del orden constitucional y su supremacía, por lo que “...el derecho procesal constitucional representa una de las vertientes para lograr la efectividad de las disposiciones de carácter fundamental”³³, razón por la cual deben ser parte del núcleo intangible de la Constitución.

No obstante, aún y cuando tengamos claridad en cuanto al concepto de lo que debe entenderse por garantía constitucional, se vuelve un poco más complejo determinar cuáles son las garantías constituciones.

Al respecto, es importante mencionar que existen, como en casi todos los temas jurídicos, dos posturas divergentes. En primer lugar, la *postura restrictiva* defendida por aquellos que señalan que los procesos o garantías constitucionales son sólo unas cuantas, limitándolas quizá, al juicio de amparo, a la controversia constitucional y a la acción de inconstitucionalidad.

No obstante, también existe la *postura extensiva*. De conformidad con ella, sus defensores establecen que existen un número más amplio de garantías constitucionales, incluyendo así, a la facultad de investigación de la SCJN, al juicio político, al sistema de defensa denominado *ombudsman*, a los juicios en materia electoral, etc.³⁴

³¹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al Derechos Procesal Constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I, p. 216.

³² Sagüés, Néstor Pedro, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México, Porrúa, 2004, colección Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, t. 1, p. 65.

³³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al Derechos Procesal Constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I, p. 211.

³⁴ Sin duda alguna existen discrepancias entre “...los cultivadores de esta disciplina. Así, para Sagüés, Gzaíni y Bidart Campos, aunque con ciertas variantes y matices, le otorgan un campo más extenso al abarcar en general a las instituciones procesales reguladas por las normas fundamentales, mientras que para Fix-Zamudio su ámbito se reduce estrictamente a las garantías constitucionales, dejando aquella parcela a la otra rama ya señalada, que denomina derecho constitucional procesal...” (Véase: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al Derechos Procesal Constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de

Ante esta divergencia, nosotros consideramos adecuada la segunda postura, ya que al abrir el abanico de los procesos que pueden llegar a ser considerados garantías constitucionales, se expanden en igual proporción las probabilidades de concretar de mejor manera el constitucionalismo, debido a que son los medios predominantemente procesales que tienen como fin, reintegrar el orden constitucional cuando ha sido alterado por los órganos del poder.

En este sentido, Ferrer Mac-Gregor, apoyándose en Mauro Cappelletti, ha señalado una clasificación que nos ayuda a comprender el alcance del Derecho Procesal Constitucional y su contenido. A pesar de que no sea el objeto primario de nuestro estudio, deseamos abordar brevemente este punto ya que será definitivo determinar, con toda la exactitud posible, cuáles son doctrinalmente las garantías constitucionales a efecto de poder analizar el texto de la CPEUM, y esclarecer si han sido favorecidas con esa *intangibilidad de facto* de la que hemos hablado.

Así las cosas, se puede afirmar que el Derecho Procesal Constitucional se divide en cuatro sectores:

- **Jurisdicción constitucional de la libertad**, cuyo objeto dentro del sistema jurídico mexicano es el estudio de los procesos y/o procedimientos que tengan como fin defender los derechos fundamentales, es decir, la parte dogmática de nuestra Constitución, o lo que dicho en palabras de Mauro Cappelletti es “...*el estudio de los instrumentos consagrados a nivel constitucional para tutelar los derechos humanos establecidos en la propia norma constitucional o en los tratados internacionales sobre la materia.*”³⁵
- **Jurisdicción constitucional orgánica**, cuyo objeto es el estudio de los procesos y/o procedimientos que tengan como fin defender la parte orgánica de la Constitución, por lo que se encuentra integrado por “...*aquellas garantías constitucionales dirigidas a la protección directa de las disposiciones y principios constitucionales que consagran las atribuciones y competencias de los diversos órganos de poder.*”³⁶
- **Jurisdicción constitucional transnacional**, cuyo objeto de estudio se deriva de los “...*conflictos entre la aplicación de las disposiciones internas y las que pertenecen al ámbito internacional y comunitario, especialmente las relativas a derechos humanos, creándose tribunales supranacionales que se encargan de resolverlos*”³⁷, comprendiendo así “...*el análisis de la*

Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I, p. 217.

³⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al Derechos Procesal Constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I, p. 217.

³⁶ *Ibidem*, p. 218.

³⁷ *Idem*.

*protección de ciertos instrumentos internacionales que previamente han sido reconocidos y aceptados por los estados, y el reconocimiento por parte de éstos de auténticas jurisdicciones para la protección de los derechos humanos, previstos en los tratados y convenciones internacionales. En esta dirección se dirigen las Cortes Europea, Interamericana y Africana de Derechos Humanos.*³⁸

- **Jurisdicción constitucional local**, cuyo objeto de estudio en el contexto del sistema jurídico mexicano, se deriva de la creación de mecanismos de control constitucional dentro de los ámbitos locales de algunas de las entidades federativas de la República mexicana.³⁹

Es, en atención a lo anterior, que existan doctrinarios que con una visión extensiva del concepto de *garantía constitucional*, lleguen a señalar como procesos constitucionales dentro de la CPEUM, a los siguientes:

1. Intervención reconstructiva del Senado en las entidades federativas (Art. 76, fracción 5 de la CPEUM)
2. Intervenciones políticas del Senado en las entidades federativas (Art. 76, fracción 6 de la CPEUM)
3. Facultad de investigación de la SCJN (Art. 97, párrafo 3° de la CPEUM)

³⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Del amparo nacional al amparo internacional*, Ponencia preparada para el XVII Congreso Mexicano de Derecho Procesal y VI Curso Anual de Preparación y Capacitación para profesores de Derecho Procesal (Ciudad de México, 18-21, julio, 2004). Los planteamientos surgen de la intervención del Dr. Ferrer en el Seminario sobre instrumentos de protección regional e internacional de derechos humanos, panel 3: "La incorporación práctica de las recomendaciones y estándares internacionales en la protección de los derechos humanos en México"; Secretaría de Relaciones Exteriores, México, Distrito Federal, 20 y 21 de mayo de 2004, www.realidadjuridica.uabc.mx/realidad/files/amparo.doc

³⁹ David Cienfuegos Salgado señala que "Las entidades federativas mexicanas están transformando poco a poco el modelo federal imperante. Lo hacen desde pequeñas trincheras, con minúsculos avances sobre el terreno minado por una concepción federalista de carácter central, con los desafíos valientes de legislaturas que buscan ir conquistando los derechos elementales que les corresponden como formadoras del ente federal, con concesiones graciosas o urgentes que se dan desde el centro político del país. Una de esas pequeñas trincheras es la justicia constitucional local, de amplia discusión académica en estos días. Hablar de justicia constitucional o de control constitucional en las entidades federativas es ante todo hablar de federalismo, éste es el que ordena y sujeta los regímenes constitucionales locales, señalando los límites y los alcances que pueden tener las instituciones locales. Lo hemos visto en las reformas de Veracruz, Tlaxcala, Quintana Roo, Chiapas, Coahuila; se trata de un ámbito de estudio en el cual poco a poco, especialmente en la última década, se ha construido un acervo común del que pueden echar mano los estados a la hora de reformar e innovar su organización política y jurídica." (Véase: Cienfuegos Salgado, David, "Una propuesta para la justicia constitucional local en México", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 4, julio-diciembre 2005, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional-Porrúa, p. 115, http://www.iidpc.org/revistas/4/pdf/129_147.pdf)

4. Juicio para la protección de derechos político – electorales del ciudadano (Art. 99, fracción 5 de la CPEUM)
5. Sistema Ombudsman (Art. 102, apartado B de la CPEUM)
6. Juicio de Amparo (Art. 103 y 107 de la CPEUM)
7. Controversia constitucional (Art. 105, fracción 1 de la CPEUM)
8. Acción de inconstitucionalidad (Art. 105, fracción 2 de la CPEUM)
9. Juicio político (Art. 110 de la CPEUM)
10. Responsabilidad patrimonial del Estado (Art. 113 de la CPEUM)

De esta forma, y una vez que tenemos cierta claridad en cuanto al concepto y contenido del Derecho Procesal Constitucional, podremos determinar a cuáles de estas garantías y procesos constitucionales se les ha reconocido la *intangibilidad de facto* de la que hemos venido hablando, en el entendido de que tal intangibilidad debe hacerse consistir en que, una vez incluidas dentro del texto constitucional, no hayan sido objeto de exclusión, debido a que deben ser consideradas como verdaderas conquistas del Estado constitucional y democrático de Derecho que posibilitan el control constitucional efectivo sobre los actos de los poderes constituidos.

Pasemos pues a su análisis:

Artículo	Proceso constitucional
76, V	Intervención reconstructiva del Senado en las entidades federativas.

El artículo 76 constitucional ha sido modificado en nueve ocasiones (1928, 1944, 1974, 1977, 1982, 1993, 1994, 2005, 2007), sin embargo la fracción 5 ha permanecido intangible desde su sanción en 1917.

Muchos podrán manifestar su desacuerdo en que la facultad que posee el Senado para declarar la desaparición de los poderes de un Estado, y en su caso, nombrar a un gobernador provisional, sea incluida en el catálogo de los procesos constitucionales. No obstante, hemos considerado que esta facultad configura una garantía o proceso constitucional debido a que, en ella, se hace presente la *trilogía estructural del proceso*, es decir, en el ejercicio de esta facultad encontramos los componentes de acción, jurisdicción y proceso, lo que la convierten materialmente en tal.⁴⁰

⁴⁰ Fix-Zamudio, Héctor, “Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*,

Si existiere duda en torno a lo anterior, sólo bastaría con revisar lo que al respecto señala la Ley Reglamentaria de la Fracción V del Artículo 76 de la CPEUM, en la cual, queda claramente determinado: **(i)** quiénes pueden ejercer la acción, **(ii)** el proceso que debe seguir el Senado para resolver, y **(iii)** la jurisdicción, la cual, aún y cuando recaiga en un órgano político como lo es el Senado, lo cierto es que la resolución que emite es un claro ejemplo de un acto formalmente legislativo pero materialmente jurisdiccional.

Asimismo, consideramos que esta facultad es trascendente para la protección del Estado constitucional y democrático de Derecho, debido a se ejerce cuando las instituciones de los Estados de la República están hondamente desnaturalizadas y corrompidas, al punto de que no hay manera alguna de regularizarlas o restaurar su funcionamiento, razón por la cual se declara la desaparición de poderes.

En adición a lo anterior, sólo bastaría con analizar el artículo 2° de la Ley Reglamentaria de esta facultad para darnos cuenta que los supuestos en los que resultaría procedente incoar este proceso constitucional, cumplen a cabalidad con la finalidad de restablecer el orden constitucional cuando éste ha sido quebrantado por los órganos de poder, ubicándose tales supuestos, tanto en la *jurisdicción constitucional de las libertades*, como en la *jurisdicción constitucional orgánica*.

Así las cosas, el artículo 2° de mérito señala que se configura la desaparición de los poderes de un Estado en los casos de que los titulares de los poderes constitucionales: **(i)** quebrantaren los principios del régimen federal; **(ii)** abandonaren el ejercicio de sus funciones, a no ser que medie causa de fuerza mayor; **(iii)** estuvieren imposibilitados físicamente para el ejercicio de las funciones inherentes a sus cargos o con motivo de situaciones o conflictos causados o propiciados por ellos mismos, que afecten la vida del Estado, impidiendo la plena vigencia del orden jurídico; **(iv)** prorrogaren su permanencia en sus cargos después de fenecido el período para el que fueron electos o nombrados y no se hubieran celebrado elecciones para elegir a los nuevos titulares; **(v)** promovieren o adoptaren forma de gobierno o base de organización política distintas de las fijadas en los artículos 40 y 115 de la Constitución General de la República.

En este sentido, de no existir procesos como el analizado, y so pretexto de la autonomía constitucional de la que gozan los Estados de la República, los derechos fundamentales de los ciudadanos de dichos Estados podrían quedar a la merced de las aspiraciones antirrepublicanas, antidemocráticas e inconstitucionales de los titulares de los poderes locales, razón por la cual debe ser considerado como un proceso constitucional en toda la extensión del término.

Artículo	Proceso constitucional
76°, VI	Intervención política del Senado en las entidades federativas.

Como ya lo hemos apuntado, el artículo 76° constitucional ha sido modificado en nueve ocasiones (1928, 1944, 1974, 1977, 1982, 1993, 1994, 2005, 2007), sin embargo, la fracción 6 ha permanecido intangible desde su sanción en 1917, habiendo sido alterada sólo en cuanto a su ubicación, toda vez que en el texto original de 1917 se localizaba en la fracción 8.

Ahora bien, de la misma forma en que hemos afirmado que la intervención reconstructiva del Senado es un proceso constitucional, afirmamos que la intervención política también lo es, debido a que vemos presente en ella la *trilogía estructural del proceso*. Así lo refiere la Ley Reglamentaria de la Fracción VI del Artículo 76 de la CPEUM.

Asimismo, consideramos que debe ser catalogada como proceso constitucional debido a que su finalidad es la de resolver las cuestiones políticas que hayan interrumpido el orden constitucional, lo que sin duda la hace participar del concepto que de garantía constitucional hemos mencionado.

Artículo	Proceso constitucional
97	Facultad de investigación de la SCJN.

El artículo 97 constitucional ha sido objeto de nueve reformas (1928, 1940, 1951, 1951, 1977, 1982, 1987, 1994, 1999, 2007), sin embargo, tal garantía constitucional ha permanecido intangible desde la sanción del texto original de la CPEUM de 1917.

Independientemente de los comentarios en torno a que es una facultad inútil que debería desaparecer, lo cierto es que en el 2007, el Poder constituyente permanente aprobó una reforma por la cual derogó tal facultad, pero sólo por lo que hace a investigaciones que pudieran iniciarse para averiguar violaciones al voto público, dejando sin modificación alguna la facultad relativa a las investigaciones por violaciones graves a las garantías individuales.

Asimismo, y de manera divergente a la posición de la mayoría de la doctrina –en el sentido de que es una facultad anacrónica e inútil– Manuel González Oropeza señala que dicha atribución no ha sido interpretada a partir de los antecedentes históricos⁴¹ que le dieron origen y que la llevaron a ser considerada por el Poder constituyente originario de 1917.

Así, derivado de una interpretación histórico tradicional y de una interpretación funcional del texto constitucional, González Oropeza sostiene que tal facultad “...debe ser tratada como equivalente a la investigación que hace la Cámara de Diputados en materia de responsabilidad política de un servidor público, porque los derechos humanos es la parte dogmática de la cualquier Constitución; y la violación grave a los derechos humanos es una violación a la

⁴¹ Voto improvisado de Andrés Quintana Roo de fecha 13 de junio de 1835 y acontecimientos suscitados en Veracruz el 24 de junio de 1879.

Constitución; es decir, que tan pronto como ejerza sus facultades la Suprema Corte en esta materia, su resolución equivalga a la declaración o a la acusación que haría la Cámara de Diputados ante el Senado.”⁴²

Artículo	Proceso constitucional
99, V	Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano.

Como ya lo advertíamos, debido a la reciente configuración del Derecho Procesal Constitucional como una rama independiente, tanto del Derecho Procesal como del Derecho Constitucional, será precisamente en tratándose de garantías y procesos constitucionales donde encontraremos mayor ímpetu innovador del Poder revisor mexicano.

Por ello, en el caso de esta garantía constitucional no encontraremos la tan mencionada *intangibilidad de facto* a la que nos hemos referido a lo largo de este capítulo, debido a que fue creación del Poder reformador en el año de 1996.

Sin embargo, consideramos que debe incluirse dentro del catálogo de garantías o procesos constitucionales que deben gozar de intangibilidad ya que este medio de control constitucional en materia electoral ha resultado una verdadera conquista para limitar los actos de la autoridad frente a violaciones de los derechos políticos fundamentales (voto activo y pasivo).

De hecho, “...aludir al derecho procesal constitucional y no abordar algunos de los medios de control con que cuenta el derecho electoral es desconocer el contenido y alcances de esta rama del derecho... [Así,] la finalidad esencial de la justicia electoral es la protección auténtica o tutela eficaz del derecho a elegir o ser elegido para desempeñar un cargo público, mediante un conjunto de garantías a los participantes...”⁴³

Artículo	Proceso constitucional
102, B	Sistema de protección a los derechos humanos “Ombudsman”

De igual manera que en el caso del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, el sistema de defensa de los derechos humanos denominado “*ombudsman*”, es de reciente creación.

Fue en 1992 cuando el Poder constituyente permanente aprobó la reforma

⁴² González Oropeza, Manuel, “Los orígenes y el Futuro de la Facultad de Investigación de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación”, *Proceso instruido por la 2ª Sección del Gran Jurado con motivo de los acontecimientos ocurridos en la ciudad de Veracruz la noche del 24 al 25 de junio de 1879*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Imprenta del Comercio de Dublán y Cia, México, 2006, p. LXII.

⁴³ Elizondo Garperín, María Macarita, “La justicia electoral en el concierto del derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. II, pp. 1149 y 1154.

constitucional a través de la cual se mandata al Congreso de la Unión y a las legislaturas de los Estados a establecer organismos para la protección de los derechos humanos que otorga el orden jurídico mexicano.

A partir de 1992 el artículo en comento ha sido objeto de dos reformas (1994 y 1999), la primera de las cuales no tuvo impacto alguno en el sistema *ombudsman*. Por lo que hace a la reforma de 1999, ésta es un claro ejemplo de que se le ha reconocido *intangibilidad de facto* a dicho sistema, ya que tal reforma tuvo por objeto perfeccionar dicha institución.

No por nada hoy se afirma “...que el ombudsman es una institución que llegó a México para quedarse y de ahí que, en las actuales circunstancias políticas y jurídicas de nuestro país, no sólo se requiere mantener y reforzar sus funciones tradicionales (...) sino dotarla de otras que le permitan complementar a las instituciones de defensa del orden jurídico emparentadas con él.”⁴⁴

La reforma de 1999 tuvo las siguientes finalidades:

1. Modificar los conceptos de “*legislaturas de los Estados*” por “*legislaturas de las entidades federativas*”, con lo cual se incluyó al Distrito Federal como ente obligado de establecer un órgano de protección de los derechos humanos;
2. Modificar el concepto de “*los derechos humanos que otorga el orden jurídico mexicano*” por “*los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano*”, con lo que se acepta explícitamente que los derechos humanos son anteriores al Estado, razón por la cual lo propio es ampararlos y no otorgarlos;
3. Se le otorga autonomía constitucional a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, categoría con la cual ya no estará supeditada a ninguno de los tres poderes tradicionales;
4. Se determina que la elección del Presidente de tal organismo le corresponderá al Senado de la República a partir de las propuestas que al efecto realicen las organizaciones de la sociedad civil;
5. Se crea el Consejo Consultivo de dicho organismo con el objeto de que sea una institución íntimamente ligada a la ciudadanía; y
6. Se le confiere a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos la

⁴⁴ Sánchez Gil, Rubén, “El ombudsman en la acción de inconstitucionalidad”, en Astudillo, César y Carbonell, Miguel (coords.), *Las Comisiones de Derechos Humanos y la acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM-IIJ, 2007, p. 148, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2474>

competencia para conocer de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas, lo que precisamente nos da la posibilidad de hablar de un sistema nacional de protección a los derechos humanos.

Por último, debe comentarse que existe otra reforma constitucional que, aún y cuando no haya impactado en el artículo 102, sin duda viene a dotar de mayores recursos jurídicos a los organismos que comprenden el sistema.

Nos referimos a la reforma del artículo 105, fracción 2 publicada el 14 de septiembre de 2006, enmienda constitucional que otorgó, tanto a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, como a los organismos equivalentes en las entidades federativas, la legitimación activa para plantear ante la SCJN las acciones de inconstitucionalidad en contra de normas de carácter general que a su juicio vulneren los derechos humanos.

Esta reforma “...podría ser un parteaguas en la historia reciente de la justicia constitucional en México; pues un instrumento (las acciones de inconstitucionalidad) diseñado originalmente como vía de derecho procesal constitucional del poder –como defensa principalmente de las minorías parlamentarias y de los intereses que defiende la Procuraduría General de la República– participa ahora del derecho procesal constitucional de los derechos.”⁴⁵

Artículo	Proceso constitucional
103	Juicio de amparo

El artículo 103 constitucional sólo ha sido objeto de una reforma (1994) en los 93 años de vigencia de la CPEUM de 1917. Cabe señalar que dicha reforma sólo tuvo por objeto adicionar las fracciones 2 y 3 a efecto de incluir en la protección del llamado “*amparo soberanía*”, el ámbito competencial del Distrito Federal.

Asimismo, no puede pasar desapercibido que la *intangibilidad de facto* que se le ha reconocido al juicio de amparo mexicano data desde 1847, ya que es en el artículo 25 del Acta Constitutiva y de Reformas, el documento constitucional mexicano en donde ya aparece consignada, a cargo de los tribunales federales, la obligación de amparar a los habitantes de la República en el ejercicio y conservación de los derechos fundamentales.

Posteriormente sería la Constitución Federal de 1857 el documento en el que

⁴⁵ Zaldívar, Arturo, “Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional en México. A doce años de la reestructuración de la Suprema Corte y a propósito de la reforma constitucional del 14 de septiembre de 2006”, en Astudillo, César y Carbonell, Miguel (coords.), *Las Comisiones de Derechos Humanos y la acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM-IIJ, 2007, p. 167, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2474>

ya encontraremos, en su artículo 101, el texto que después se convertiría en el texto original de la Constitución de 1917. Así las cosas, el amparo mexicano goza de una *intangibilidad de facto* que se extiende a lo largo de 162 años.

Por último, no queremos dejar de mencionar que actualmente el juicio de amparo mexicano atraviesa una fuerte crisis, ya que lejos de lo que ha ocurrido en otras latitudes, se ha convertido en el único medio de control constitucional para reclamar actos de muy diversa índole, lo que ha generado una complejidad que violenta su original naturaleza.⁴⁶

Así, aunque el amparo sea una institución que es reconocida internacionalmente como creación mexicana, lo cierto es que el mundo es hoy distinto del de hace cincuenta años. México ha cambiado, los mexicanos estamos comprometidos con el cambio, por lo que no existe razón jurídica, política o social que justifique que el juicio de amparo siga atado a una mitología decadente y anquilosada.⁴⁷

Quizá sea este el mejor ejemplo de que la *intangibilidad* a la que hemos hecho referencia a lo largo de estas líneas, no debe ser entendida como petrificación o inmovilidad, ya que entenderlo así es abandonar el espíritu de innovación y mejora que debe poseer cualquier órgano legislativo, en este caso, el Poder revisor de la Constitución.

Artículo	Proceso constitucional
105, I	Controversias constitucionales.

El artículo 105 constitucional ha sido objeto de seis reformas (1967, 1993, 1994, 1996, 2005, 2006). Pese a ello, debemos comenzar por decir que este

⁴⁶ Los procedimientos que hoy en día aglutina el amparo mexicano son los siguientes: (a) *Habeas Corpus*.- su objetivo es proteger la libertad por lo que es conocido como “*amparo libertad*”, mismo que se tramita por la vía indirecta en materia penal en contra de órdenes de aprehensión; (b) *Amparo Casación*.- su objetivo es la revisión de sentencias definitivas, por lo que no necesariamente se convierte en un control de constitucionalidad, debido a que terminan por examinarse cuestiones de mera legalidad, éste se tramita vía directa en contra de sentencias definitivas; (c) *Amparo contra leyes*.- su objetivo es que se revisen las normas jurídicas a través de un control constitucional *a posteriori*, el cual puede ser abstracto (leyes auto-aplicativas) o concreto (leyes hetero-aplicativas), éste se tramita vía indirecta y no tiene efectos generales; (d) *Proceso contencioso administrativo*.- su objeto es proteger al ciudadano en contra actos de autoridades administrativas, el cual se tramita en la vía indirecta, haciendo la aclaración que comienza a desaparecer por la creación de tribunales especializados en materia administrativa; (e) *Amparo agrario*.- su objetivo es tutelar los núcleos de población ejidal o comunal y los derechos agrarios de los ejidatarios y comuneros en sus derechos agrarios; (f) *Habeas Data*.- en general, su objetivo es proteger los datos personales y la autodeterminación informativa, y en particular, proteger los derechos de acceso a la información, de actualización de la información que se consigna en las bases de datos, de corrección o modificación de la información, de confidencialidad de la información proporcionada, así como el derecho de excluir la información sensible.

⁴⁷ Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, “Hacia una nueva ley de amparo”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I, p. 824.

proceso constitucional ya se encontraba en la Constitución Federal de 1857, la cual, en su artículo 98 disponía: *“Corresponde a la Suprema Corte de Justicia, desde la primera instancia, el conocimiento de las controversias que se susciten de un Estado con otro, y de aquellas en que la unión fuere parte.”*

Con anterioridad al texto constitucional de 1857, es decir, en la denominada Constitución *“De las Siete Leyes”* de 1836, se otorgó –de acuerdo con el artículo 12, fracciones 2 y 3 de la Segunda Ley Constitucional– la facultad al Supremo Poder Conservador para: *“Declarar, excitado por el poder legislativo o por la Suprema Corte de Justicia, la nulidad de los actos del poder Ejecutivo, cuando sean contrarios a la Constitución o a las leyes, haciendo esta declaración dentro de cuatro meses contados desde que se comuniquen esos actos a las autoridades respectivas [y] declarar en el mismo término la nulidad de los actos de la Suprema Corte de Justicia, excitado por alguno de los otros poderes, y solo en el caso de usurpación de facultades.”*

Estos fueron los antecedentes que motivaron al Poder constituyente originario de 1917 para incluir este proceso constitucional en el artículo 105 de su obra, señalando que: *“Corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados, entre los Poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos, y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como de aquellas en que la Federación fuese parte.”*

Como podrá observarse, tal garantía constitucional ha permanecido sin modificación desde hace 152 años, siendo objeto de reformas que sólo han tenido como finalidad revitalizarla –lo que dicho sea de paso– se ha producido más por la transición democrática y pluralidad política, que por tales enmiendas.

Así por ejemplo, a pesar de la reforma de 1993 que incorporó a la competencia de la SCJN el conocer de las controversias en las que se vea involucrado el Distrito Federal, lo cierto es que tal proceso se ha incoado con sorprendente regularidad, no por tal reforma, sino debido a que desde 1997 la capital ha sido gobernada por un partido político opositor al gobierno federal.

No obstante, la reforma que sí marcaría el parteaguas para este instituto procesal fue la de 1994, en la cual se amplía considerablemente el número de órganos que contarían con legitimación activa y pasiva.

Sólo para darnos cuenta de la reacción que generó la reforma constitucional de 1994, antes de ese año sólo se habían planteado 28 controversias constitucionales, promediando 0.36 controversias por año en los 77 años que comprendieron el periodo 1917-1994; en cambio, en el periodo 1994-2009, se han planteado aproximadamente 1,450 controversias constitucionales, generando un promedio de 96.66 procesos por año en los 15 años que comprenden tal periodo.

No por nada se afirmaba, a mediados de los años noventa, que *“...la*

controversia constitucional redefinida en 1994 se convertía por antonomasia en la acción por excelencia para ventilar conflictos (en esencia) políticos, pero por la vía jurisdiccional. Las querellas políticas tomaban forma de juicio y se ventilaban como auténticos litigios entre partes. De este modo, el derecho se imponía a la política, para encauzarla y llevar a esta última –o intentarlo por lo menos– a buen puerto.”⁴⁸

Posteriormente la fracción 1 del artículo 105 constitucional fue reformada en el año de 2005 con el objeto de excluir de las controversias constitucionales, y por ello, de las facultades de la SCJN, las controversias limítrofes que pudieren surgir entre las entidades federativas, para que ahora sean resueltas por el Senado, lo cual en nada altera este proceso constitucional.

Artículo	Proceso constitucional
105, II	Acciones de inconstitucionalidad.

La fracción 2 del artículo 105 constitucional fue incorporada con la reforma de 1994, ya que las acciones de inconstitucionalidad –como hoy las conocemos– nunca habían sido objeto de regulación en el sistema constitucional mexicano.

Sin embargo, al igual que en el caso de las controversias constitucionales, existen antecedentes de la acción de inconstitucionalidad que datan de 1836 con la denominada “*Constitución de las Siete Leyes*”, la cual le otorgó al Supremo Poder Conservador la facultad para: “*Declarar la nulidad de una ley o decreto, dentro de dos meses después de su sanción, cuando sean contrarios a artículo expreso de la Constitución, y le exijan dicha declaración, o el supremo poder Ejecutivo o la alta Corte de Justicia, o parte de los miembros del poder legislativo, en representación que firmen diez y ocho por lo menos.*”

Sin embargo, a pesar del mencionado antecedente, quizá el Poder constituyente originario de 1917 no incluyó este proceso constitucional en su obra debido a la desafortunada experiencia que significó el Supremo Poder Conservador.

No obstante, lo que debemos reconocer para efectos de la presente investigación es que a partir de 1994, la fracción 2 del artículo 105 constitucional sólo ha sido objeto de dos reformas (1996 y 2006). La primera de ellas tuvo como finalidad incluir, como objeto de las acciones de inconstitucionalidad, a las leyes electorales; y con la segunda reforma (2006) se amplió el universo de los órganos que pueden acudir a este proceso constitucional para solicitar que se lleve a cabo un control constitucional de tipo abstracto sobre normas de carácter general, otorgándole legitimación activa a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y a los órganos análogos en las entidades federativas.

⁴⁸ Hernández Chong Cuy, Ma. Amparo y Olvera López, Juan José, “El artículo 105 constitucional y la redefinición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como estabilizadora del poder público”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. II, pp. 1016 y 1017.

Así, las acciones de inconstitucionalidad han llegado para quedarse, lo que nos invita a reconocerles la *intangibilidad de facto* de la que han gozado durante casi catorce años. Aunado a ello, no debe pasar desapercibido que en el periodo de 1994-2009, se han presentado 670 acciones de inconstitucionalidad, lo que promedia un total de 44.66 acciones presentadas por cada año de los comprendidos en tal periodo. Debido a ello, las acciones de inconstitucionalidad se han configurado en un medio muy importante para consolidar la transición democrática mexicana, ya que la SCJN “...*sabe cumplir dignamente su misión, sin excederse ni quedarse tampoco corto en el ejercicio de sus atribuciones de control de la constitucionalidad de las leyes, habrá de tocarle sin duda desempeñar un importante papel integrador, especialmente mediante la protección de las minorías y la resolución de conflictos políticos que, de otra forma, y en un clima de mayor pluralismo político como el que comienza a vivirse en México no encontrarían una adecuada vía de escape y se encontrarían en la vida política.*”⁴⁹

Artículo	Proceso constitucional
110	Juicio político.

Muchos podrán preguntarse si el juicio político debe incluirse dentro del catálogo de procesos constitucionales a los que hemos estado haciendo referencia, y sobre todo, si tal juicio está dotado de *intangibilidad de facto*.

En torno al primer cuestionamiento, debe decirse que si hemos afirmado que los procesos constitucionales son aquellos que prevé la propia Ley Fundamental para casos en los que se ha violentado el orden constitucional, lo primero a lo que deberemos atender para determinar si el juicio político es o no un proceso constitucional, es precisamente a su finalidad.

Si analizamos el propio artículo 110 constitucional podremos ver que en relación con los Gobernadores y otros altos funcionarios locales, el juicio político procede por violaciones graves a la Constitución y a las leyes que de ella emanen. Ahora bien, por lo que hace a los altos funcionarios federales, aún y cuando la Constitución no menciona los supuestos que pudieren dar lugar a incoar el juicio político, la ley reglamentaria respectiva (Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos) establece en el artículo 6° que procede el juicio político “*cuando los actos u omisiones de los servidores públicos (...) redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho.*” Por su parte, el artículo 7° detalla con claridad qué debe entenderse por actos u omisiones que redunden en los intereses públicos fundamentales, a saber:

1. El ataque a las instituciones democráticas;
2. El ataque a la forma de gobierno republicano, representativo, federal;

⁴⁹ Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM-IJ, 2005, serie Doctrina Jurídica, núm. 248, pp. 430-431.

3. Las violaciones graves y sistemáticas a las garantías individuales o sociales;
4. El ataque a la libertad de sufragio;
5. La usurpación de atribuciones;
6. Cualquier infracción a la Constitución o a las leyes federales cuando cause perjuicios graves a la Federación, a uno o varios Estados de la misma o de la sociedad, o motive algún trastorno en el funcionamiento normal de las instituciones;
7. Las omisiones de carácter grave, en los términos de la fracción anterior; y
8. Las violaciones sistemáticas o graves a los planes, programas y presupuestos de la Administración Pública Federal o del Distrito Federal y a las leyes que determinan el manejo de los recursos económicos federales y del Distrito Federal.

Es claro que los actos u omisiones que redundan en perjuicio de los intereses públicos fundamentales son –de una u otra manera– violaciones graves al orden constitucional, por lo que si el juicio político tiene como finalidad sancionar a un alto funcionario por tales actos u omisiones, a efecto de destituirlo e inhabilitarlo, debe concluirse que el juicio político sí es un proceso que sirve para restablecer el orden constitucional cuando este ha sido violentado.

No por nada se ha dicho que “...la Constitución prevé otros instrumentos, como el juicio político, la facultad de investigación de la Suprema Corte y los procedimientos ante los organismos autónomos protectores de los derechos humanos, que si bien no comparten la naturaleza jurisdiccional de los anteriores [controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad], representan procedimientos específicos configurados para la defensa de la normativa constitucional, lo que, en principio, impone sean estudiados de manera conjunta y sistemática con los referidos procesos jurisdiccionales.”⁵⁰

Ahora bien, por lo que hace a la *intangibilidad de facto*, debemos decir que la responsabilidad política de los funcionarios públicos ha sido regulada desde la Constitución Federal de 1824, la cual, en su artículo 164, disponía que “el congreso dictará todas las leyes y decretos que crea conducentes, a fin de que se haga efectiva la responsabilidad de los que quebranten esta constitución o la acta constitutiva.”

Posteriormente a 1824, la denominada “*Constitución de las Siete Leyes*” de

⁵⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, año 2006, núm. 20061, t. I, p. 360, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20061/pr/pr18.pdf>

1836 estableció, en el artículo 48 de la Tercera Ley Constitucional, un procedimiento muy similar al juicio político actual, dándole participación a la Cámara de Diputados como cámara acusadora, y a la Cámara de Senadores como jurado.

Por su parte, la Constitución Federal de 1857 también incluyó un procedimiento de responsabilidad política en el artículo 105, pero atribuyéndole a la SCJN la facultad para decidir como jurado de sentencia.

Finalmente, el texto original de la CPEUM de 1917, incluyó en su artículo 111 el procedimiento de juicio político, pero recobrando nuevamente el esquema de la Constitución de 1836, es decir, con la participación de ambas cámaras del Congreso de la Unión.

De lo anterior puede observarse que a lo largo de la historia constitucional mexicana, siempre ha existido el interés de regular y reconocerle al juicio político un lugar como un medio para el restablecimiento del orden constitucional cuando los funcionarios públicos lo violenten, razón por la cual ha permanecido inalterada por 185 años. Lo anterior es entendible si tomamos en consideración que *“...el juicio político es el único instrumento que posee el Poder Legislativo para hacer prevalecer la Constitución contra actos que la contravienen.”*⁵¹

Ahora bien, cabe señalar que el artículo 110 constitucional ha sufrido cinco reformas (1982, 1987, 1994, 1996, 2007).

La primera de ellas (1982) tuvo como finalidad el reformar todo el Título Cuarto de la CPEUM, relativo a las responsabilidades de los servidores públicos, razón por la cual el juicio político pasó del artículo 111 del texto original al actual artículo 110.

En 1987 fue objeto de una segunda reforma por la cual se agregaron algunos servidores públicos al catálogo de funcionarios que pueden ser sometidos a tal procedimiento.

La tercera y cuarta reforma (1994 y 1996) tuvieron exactamente el mismo objetivo, es decir, incrementar la nómina de funcionarios.

Por último, la reforma de 2007 tuvo como finalidad eliminar del catálogo de funcionarios sujetos a juicio político, a los Jefes de Departamento Administrativo, pero no porque quisiera exentárseles de responsabilidad, sino porque la figura de derecho público conocida como *departamentos administrativos* desaparecería de nuestra Constitución formalmente, debido a que su desaparición material data de

⁵¹ González Oropeza, Manuel, “El juicio político como medio de protección de la Constitución mexicana”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. II, p. 1319.

1997, año en el que fenece el otrora Departamento del Distrito Federal para convertirse en el actual Gobierno del Distrito Federal.

Así, es claro que al juicio político se le ha reconocido esa *intangibilidad de facto* de la que hemos venido haciendo referencia.

Artículo	Proceso constitucional
113	Responsabilidad patrimonial del Estado.

La figura de la responsabilidad patrimonial del Estado como proceso constitucional se configura también en una de las conquistas e innovaciones recientes del Poder constituyente permanente mexicano.

Así, aunque el artículo 113 haya sido objeto de dos reformas (1982 y 2002), la enmienda constitucional que incluyó este proceso constitucional fue la de 2002, adicionando un último párrafo en el siguiente sentido: *“La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.”*

La ley reglamentaria de tal proceso constitucional (Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado), establece que su objetivo primordial es *“fijar las bases y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización a quienes, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran daños en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado.”*

Si existiere duda en cuanto a si el procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado es o no un proceso constitucional, bastaría con apelar nuevamente al concepto que hemos venido mencionando, es decir, aquellos instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder. Consideramos pues que este proceso sí debe estar dentro de la nómina de procesos que sirven de garantía para los derechos, ya que a pesar de que hoy en día se discuta si debe o no ser considerado como tal, lo cierto es que al servir para la defensa jurídica de la Constitución, así como por razones de sistémica y conveniencia doctrinal, el mecanismo por el que se puede reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado debe ser estudiado en el marco del Derecho Procesal Constitucional.⁵²

Así por ejemplo, Fix-Zamudio ha señalado que este tipo de procesos sí resultan verdaderas conquistas que no sólo concretan el control del poder, sino que además, sirven como medios procesales para garantizar los derechos de la

⁵² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma”, *op. cit.* p. 370.

ciudadanía. Por ello, referirá en un trabajo intitulado *El juicio político y la responsabilidad patrimonial del Estado en el ordenamiento mexicano*, publicado en la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional que “...la aceptación de este criterio de la responsabilidad objetiva y directa fue el resultado de una larga evolución que puede dividirse en cuatro amplias etapas: **a)** La primera, que abarca varios siglos, puede calificarse como de irresponsabilidad patrimonial del Estado, que comprende el derecho romano clásico y la Edad Media que no concebían la posibilidad de que el Estado estuviese obligado a compensar los daños causados por su actividad, que debería ser soportada por los súbditos, ya que la soberanía debía imponerse sin compensación, de acuerdo con la frase acuñada en la Inglaterra Medieval, ‘the King can do not Wrong’, que tanto en la misma Inglaterra como en los Estados Unidos se mantuvo hasta el siglo XIX, con algunas excepciones; **b)** la siguiente fase se caracteriza por el predominio de la responsabilidad indirecta de la Administración Pública, en virtud del principio de la culpa, es decir la conducta ilícita de los agentes o funcionarios, que se traducía en la obligación de demandar por la vía civil primeramente a estos últimos, y sólo si eran insolventes, se podía exigir la reparación a los organismos públicos respectivos; **c)** a partir de la evolución de la notable jurisprudencia del Consejo de Estado francés en las últimas décadas del siglo XIX, se impuso de manera paulatina en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, el concepto de la responsabilidad primeramente directa, sin abandonar totalmente el principio de la culpa, para posteriormente, transformarse en objetiva, por conducto de las doctrinas orgánica y posteriormente, del riesgo. Esta responsabilidad objetiva fue consagrada expresamente en algunas Constituciones expedidas en la segunda posguerra, como las de Italia de 1948 y española de 1978, y posteriormente en algunas de Latinoamérica; **d)** finalmente, la etapa de la responsabilidad internacional de los Estados por la conducta de sus agentes, especialmente en cuanto a la violación de los derechos humanos consagrados en los instrumentos de carácter internacional, los que también establecen algunos supuestos de reparación interna.”⁵³

Es por todo lo anterior que consideramos que este mecanismo debe ser considerado un proceso constitucional que goza de la *intangibilidad de facto*.

Una vez que ya hemos hecho un objetivo y exhaustivo análisis de los preceptos constitucionales mexicanos y de su paso por el tiempo, a fin de detectar la *intangibilidad de facto* que se les ha reconocido, consideramos que no es una alegre coincidencia que sean tales artículos los que precisamente protegen a los valores superiores e inferiores del Estado mexicano, a los principios constitucionales que les permiten a dichos valores tener operatividad en el ámbito jurídico, y a los procesos o procedimientos que sirven de garantía de aquellos valores y principios.

⁵³ Fix-Zamudio, Héctor, “El juicio político y la responsabilidad patrimonial del Estado en el ordenamiento mexicano”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 3, enero-junio 2005, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, pp. 115 y 116, http://www.iidpc.org/revistas/3/pdf/115_144.pdf

Así, pese a que consideramos haber comprobado la existencia de una *intangibilidad de facto* en los tópicos analizados, misma que podría transitar a una *intangibilidad de iure*, deseamos ahora adentrarnos en otro análisis que nos permita, a partir de conceptos teórico-constitucionales, determinar cuál debe ser el contenido de la Constitución, o más bien, cuál no puede dejar de ser el contenido de una Constitución. De esta forma podremos arribar a una conclusión teórica y doctrinaria del contenido mínimo de toda Ley Fundamental, con lo cual, estaremos en la posibilidad de determinar el nivel de coincidencias que puede llegar a suscitarse entre la práctica (*intangibilidad de facto*) y la teoría (*minímus constitucional* o *contenido constitucional mínimo*), para que así, definamos con la mayor exactitud y objetividad posible, el contenido del núcleo intangible de la CPEUM de 1917.

c) Del “minímus constitucional” al núcleo intangible de la Constitución.

Como ya advertimos, si nuestro objetivo es determinar desde el ámbito de la Teoría Constitucional cuál es el *minímus constitucional*⁵⁴ o contenido mínimo de la Constitución, es fundamental que comencemos por preguntarnos cuál es la finalidad de la Ley Fundamental, toda vez que de la respuesta que obtengamos, determinaremos también el concepto de *Constitución* que consideramos más adecuado, y con ello, los contenidos mínimos que debe poseer.

De esta manera, así como en el apartado anterior realizamos un análisis de lo que ha permanecido sin alteración en la CPEUM, en este apartado lo que haremos será –atendiendo a la Teoría Constitucional– determinar qué no puede dejar de estar en la Constitución, es decir, cuál es su contenido esencial (constitucionalidad de la Constitución) que la hace ser eso y no otra cosa.

Así por ejemplo, Kelsen señalaba que la Constitución es el fundamento del Estado. Sin embargo, le atribuye una finalidad que a nuestro parecer se queda muy limitada, ya que sostiene que su propósito es ser “...*la base del orden jurídico (...) un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas en un momento determinado, es la norma que regula la elaboración de leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, tribunales y autoridades administrativas. [Y concluye que] esta regla de creación de las normas jurídicas esenciales del estado, de determinación de los órganos y del procedimiento de la legislación, forma la Constitución en sentido propio, originario y estricto del término.*”⁵⁵ Sin duda es importante que la Constitución atienda a tal finalidad, pero limitándonos a ella, es decir, concibiendo a la Constitución únicamente como instrumento de racionalización y ordenación, el

⁵⁴ Del latín <<minímus>> Mínimo; límite inferior, o extremo a que se puede reducir algo, y <<constitucional>> Perteneciente o relativo a la Constitución de un Estado. Por lo que <<minímus constitucional>> será el mínimo o límite inferior a que se puede reducir el contenido de la Constitución. (Véase: *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit.)

⁵⁵ Kelsen, Hans, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM-IIJ, 2001, serie Ensayos Jurídicos, núm. 5, p. 21.

fin al que podremos aspirar es a que la Constitución organice y sistematice la realidad social y política.

La visión kelseniana de la Constitución la concibe como la *norma normarum* o *grundnorm* del sistema jurídico, y por ello es que deba ubicarse en la cúspide de la pirámide normativa, por lo que el *minímus constitucional* que debe poseer es lo siguiente: **(i)** los principios generales del derecho penal, civil, mercantil, tributario, administrativo; **(ii)** una nómina clara de las normas sobre la producción jurídica; y **(iii)** procedimientos previstos para la reforma constitucional.

De manera diversa, pero con resultados similares en cuanto a lo limitado de la concepción, André Hauriou señala que el Derecho Constitucional es el conjunto de “...reglas jurídicas según las cuales se establece, ejerce y transmite el poder político...”⁵⁶, lo que sin duda nos orilla a concebir a la Constitución con una visión estatista, cuya finalidad es servir de instrumento para la realización de una adecuada técnica del poder.

Con tal visión estatista de la Constitución, el *minímus constitucional* deberá pasar por temas como: **(i)** las reglas de la administración pública; **(ii)** las reglas relativas a las relaciones entre poderes; **(iii)** los mecanismos en base a los cuales se designan a los altos funcionarios y se suplen las faltas absolutas en la titularidad de los órganos de poder; y **(iv)** una nómina clara y detallada de las facultades de cada órgano de poder, entre otros.

Otros tratadistas como Manuel de Aragón, encuadran el concepto de Constitución en el de control, afirmando que “...al margen de cualquier tipo de objetivaciones, hablar de la Constitución tiene sentido cuando se le concibe como un instrumento de limitación y control al poder”⁵⁷, lo que nos hace pensar que el contenido constitucional mínimo en base a esta concepción debería ser: **(i)** un mecanismo para evitar la concentración del poder, y **(ii)** una nómina de garantías constitucionales a través de las cuales los ciudadanos se puedan defender de los abusos de autoridad.

Lo sobresaliente de esta última concepción es que, con ella, se comienza a gestar una concepción de la Constitución más acorde a su origen y naturaleza, ya que la pregunta obvia ante conceptualizaciones de este tipo sería: ¿para qué limitar y controlar?

Con un agudo sentido común, Pereira Menaut señala que “...para conocer la finalidad de la Constitución sería conveniente seguir el criterio de preguntárselo a los padres fundadores del constitucionalismo [de la siguiente manera] ¿Por qué se movían las guerras y revoluciones en nombre de la Constitución? ¿Por qué decían ‘Constitución o muerte sea nuestra divisa’ los liberales románticos españoles?, [y

⁵⁶ Citado por Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, México, Porrúa-UNAM, 1999, p. 28

⁵⁷ *Ibidem*, p. 31

concluye Pereira Menaut] *Si pudieran respondernos nos dirían que, desde luego, no era un documento legal formalmente ordenado y fundamentador por el que (...) daban incluso sus vidas.*⁵⁸

De esta forma y retomando la interrogante planteada de para qué limitar y controlar el poder, podremos encontrarnos concepciones de Constitución que nos acercan más a sus orígenes y a su naturaleza: la defensa de los derechos y libertades del hombre.

El tratadista alemán C. J. Friedrich será uno de los doctrinarios que defenderían esa concepción, al decir que “...*si preguntamos cuál es la función política de una constitución, encontraremos que el objetivo nuclear de la misma estriba en la salvaguarda de cada miembro de la comunidad política en tanto que persona, que ser humano (...) La Constitución está dispuesta para proteger el yo (...) pues éste constituye el valor primero y último.*”⁵⁹

Sin duda este tipo de concepciones nos alejan de aquella técnica del poder de la que hablaba Hauriou, y nos acercan, como bien dice Fix-Zamudio, a una técnica de la libertad.

De hecho, otro de los autores que siguieron la línea anterior fue el profesor ruso Mirkin Guetzevitch, quien postulaba al derecho como técnica de libertad, al decir que “...*la técnica constitucional tiene sus métodos, sus procedimientos; pero no constituye un fin. La técnica constitucional es solamente un medio. El derecho constitucional es solamente un procedimiento para asegurar la libertad política; y la técnica constitucional es la técnica de la libertad. La democracia resulta en el derecho público moderno un postulado y un criterio.*”⁶⁰

En este sentido, conforme a esta concepción ciertamente humanista de Constitución, debemos decir que el *minímus constitucional* deberá pasar por temas como: **(i)** catálogo de derechos fundamentales enunciados clara y concretamente; **(ii)** reglas en torno a la relación entre los órganos de poder y el pueblo; y **(iii)** garantías constitucionales que sirvan de protección a los derechos fundamentales.

Así las cosas, y a efecto de ir definiendo una postura en torno al contenido mínimo que debe poseer toda Constitución, preliminarmente podemos decir que “...*tanto el crudo realismo del poder como la simpática posición a favor de la libertad, (...) tienen en parte razón, pues lejos de ser exclusivas son correlativas, ya que el derecho constitucional es esencialmente la técnica de conciliación de la libertad y del poder en el marco del Estado.*”⁶¹

⁵⁸ Pereira Menaut, Carlos–Antonio, *Lecciones de Teoría Constitucional*, op. cit., pp. 25-26.

⁵⁹ Citado por Pereira Menaut, Carlos–Antonio, *Lecciones de Teoría Constitucional*, op. cit., p. 26.

⁶⁰ Citado por Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, México, Porrúa-UNAM, 1999, p. 28

⁶¹ *Idem.*

Quizá por ello a esta conciliación entre la técnica del poder y la técnica de la libertad, hoy puede definírsele en un solo concepto: <<democracia>>.

No por nada a la denominación actual de Estado constitucional de Derecho se le ha acompañado del calificativo de *democrático*, lo que precisamente nos hace recordar que *“...la democracia implica, por esencia, respeto a la dignidad humana, [pero no debemos olvidar que] democracia es libertad y derecho simultáneamente; o en otras palabras, la autonomía individual contribuye a fortalecer la democracia de acuerdo con las normas del orden jurídico. Sin derecho no existe la posibilidad de libertad ni de democracia.”*⁶²

A lo que la propia SCJN agregaría, al referirse al <<mínimo vital>>, que el *“...derecho busca garantizar que la persona -centro del ordenamiento jurídico- no se convierta en instrumento de otros fines, objetivos, propósitos, bienes o intereses, por importantes o valiosos que ellos sean.”*⁶³

En base a esta concepción humanista de Constitución, es que ya habíamos afirmado que así como las cosas más importantes en la vida de un individuo, no se ven, sino que por el contrario se sienten, la Constitución debe ser susceptible de experimentarse, de reflejarse en la vida común de las personas. Así por ejemplo, es claro que las sesiones del congreso o la resolución de controversias limítrofes en nada mejoran la calidad de vida del pueblo. De ahí que debamos aceptar que hay partes en la Constitución que son más constitucionales que otras, porque son esas partes las que le permiten al pueblo vivir con libertad, entender el sentido de la responsabilidad y luchar por su felicidad.

No por nada al inicio de esta obra cité al Dr. Vázquez Gómez, quien al aceptar la mañana del 17 de abril de 1910 la candidatura a la Vicepresidencia de la República por parte del Partido Antirreeleccionista, manifestaba que *“...un pueblo sin ideales (...) no debe existir. ¿Por qué son necesarios estos ideales? Porque ellos tienen la valiosísima propiedad de reunir a todos los hombres [y] hacernos comprender que hay un ideal supremo que nos reúne, y que ese ideal es la felicidad de la patria. Y esta aspiración, que tiene el mágico poder de hacer olvidar las penas y los intereses de cada uno, borra también esa división artificial de las clases, hace desaparecer el interés mezquino de los negocios y no alienta el orgullo infundado de las diferentes categorías...”*⁶⁴

Así, el cumplimiento de esos ideales, de esas partes en la Constitución son las que posibilitan que los ciudadanos, quizá implícitamente, refrenden diariamente su deseo de vivir en sociedad. Pensarlo de otra forma sería tanto como decir que la Constitución es para el Estado y su pueblo lo que unos

⁶² Carpizo, Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM-IIJ, 2007, pp. 246 y 248, <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2473>

⁶³ Tesis: 1a. XCVII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 793, n° de registro 172,545.

⁶⁴ Vázquez Gómez, Francisco, *Memorias Políticas (1909-1913)*, México, Imprenta Mundial, 1933, p. 36.

binoculares son para un ciego: nada.

Por ello la Constitución debe ser no solo limitación, estructura y organización del poder, sino que debe orientar el actuar de los ciudadanos y las autoridades. Sus grandes pinceladas, su ideología, su axiología, sus valores y principios deben guiar no solo las sentencias de los tribunales, sino el actuar de las personas que han decidido vivir en sociedad.

En definitiva, si a la Constitución no se le da ese lugar, es más, si la propia Constitución –por su *minímus constitucional*– no se da a sí misma ese lugar, poco podremos esperar de las personas que gobiernan conforma a ella. Así, lo único claro es que en un Estado constitucional y democrático de Derecho, la Constitución es la piedra angular, y si a ella no se le protege desde su núcleo, se corre el peligro de convertirla en un programa político que puede ser colocado –ideológicamente hablando– a la derecha o a la izquierda según convenga.

Así las cosas, y a fin de construir una concepción equilibrada, pero sobre todo, una concepción humanista de la Constitución, podemos decir que es el documento que debe contener *el conjunto de valores, principios y normas base del orden jurídico* (Kelsen), *y que al ser esencialmente la técnica de conciliación entre la técnica de la libertad y la técnica del poder en el marco del Estado, debe servir como instrumento de limitación y control al poder* (de Aragón), *disciplinando la forma según la cual el poder se establece, ejerce y transmite* (Hauriou) *con el objeto de salvaguardar a cada miembro de la comunidad política* (Friedrich) *reconociendo, garantizando y protegiendo sus derechos y libertades* (Guetzevich) *a fin de que la persona –centro del ordenamiento jurídico– no se convierta en instrumento de otros fines, objetivos, propósitos, bienes o intereses, por importantes o valiosos que ellos sean* (SCJN⁶⁵).

Una vez que ya hemos arribado a una concepción equilibrada de lo que es una Constitución, podremos ahora, atendiendo a dicha noción, construir una nómina de contenidos mínimos (*minímus constitucional*) que nos ayudará a continuar en la identificación del núcleo intangible de la misma.

No debe pasar desapercibido que cuando hablamos de *minímus constitucional*, lo hacemos en el entendido de que el juez Marshall dijo con acierto que: *“La naturaleza de una constitución requiere que sólo se establezcan sus grandes líneas, que se consignent únicamente sus objetivos principales y que los ingredientes menores que los componen sean deducidos de la naturaleza misma de estos objetivos, [pues de lo contrario] el público probablemente no la comprendería...”*⁶⁶

⁶⁵ Tesis: 1a. XCVII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 793, n° de registro 172,545.

⁶⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos de Norteamérica, *McCulloch vs. Maryland*, 1819, p. 17, U.S. 407, <http://supreme.justia.com/us/17/316/case.html> (“A Constitution, to contain an accurate detail of all the subdivisions of which its great powers will admit, and of all the means by which they may be carried into execution, would partake of the prolixity of a legal code, and could

De igual forma, ya hemos dicho que “...al hablar de la constitucionalidad de la Constitución implícitamente se establece una diferenciación entre Constitución y ley, ya que la constitucionalidad le corresponde a la Constitución, como la legalidad a la ley. Sin embargo, es necesario llevar esta diferencia genérica a sus específicas manifestaciones. En la etapa del mayor formalismo jurídico, la diferencia entre ley y Constitución se diluyó considerablemente, precisamente porque desde el punto de vista formal, la distinción entre ambos ordenamientos es meramente accidental. En cambio, al entrar en la etapa del neoconstitucionalismo, son los aspectos materiales (sociales, históricos, políticos) los que más destacan.”⁶⁷

Así, teniendo como premisas estas dos ideas, no resultará extraño que Loewenstein afirme que “...una buena Constitución debe satisfacer tres fines superiores. En primer lugar, sus instituciones y sus órganos, así como su proceso político, deben estar concertados y pensados de tal manera que el gobierno pueda actuar con eficacia y prontitud. En segundo lugar, la responsabilidad en que se incurre, ya sea por las acciones o las omisiones de los poderes públicos, debe poder ser fácilmente descubierta y acompañada, según los casos, ya sea de sanciones o de recompensas. En tercer lugar, por último, las libertades y los derechos deben gozar de una protección efectiva contra las amenazas de violación, emanen éstas de los poderes públicos o de poderosos intereses privados.”⁶⁸

En suma, podemos afirmar que los elementos esenciales de una Constitución deben ser: **(i)** un mecanismo para evitar la concentración del poder; **(ii)** un mecanismo que establezca la cooperación entre los diversos poderes; **(iii)** un mecanismo que evite los bloqueos entre los diversos poderes; **(iv)** un método de reforma constitucional; y **(v)** reconocimiento y protección eficaz de los derechos fundamentales.

De lo anterior debe destacarse, en primer lugar, que tales contenidos constitucionales mínimos hacen probable la materialización del concepto de Constitución al que hemos arribado, y en segundo lugar, que tales contenidos

scarcely be embraced by the human mind. It would probably never be understood by the public. Its nature, therefore, requires that only its great outlines should be marked, its important objects designated, and the minor ingredients which compose those objects be deduced from the nature of the objects themselves. That this idea was entertained by the framers of the American Constitution is not only to be inferred from the nature of the instrument, but from the language. Why else were some of the limitations found in the 9th section of the 1st article introduced? It is also in some degree warranted by their having omitted to use any restrictive term which might prevent its receiving a fair and just interpretation. In considering this question, then, we must never forget that it is a Constitution we are expounding.”)

⁶⁷ Sepúlveda Iguiniz, Ricardo, “Una propuesta para el establecimiento de las leyes orgánicas constitucionales en México”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 15, julio-diciembre de 2006, p. 227.

⁶⁸ Loewenstein Karl, “Reflexiones sobre la caducidad de la Constitución Federal Norteamericana”, *op. cit.* pp. 146-147, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/16/art/art5.pdf>

coinciden en casi todos sus puntos con los tópicos que se derivaron, tanto del análisis que realizamos con el objeto de identificar la *supraconstitucionalidad* y la *hiperconstitucionalidad* en el derecho comparado, como de la interpretación histórica (tradicional y progresiva) de los artículos de la CPEUM a los que se les ha reconocido una *intangibilidad de facto*.

Así lo demuestra el siguiente cuadro, en el cual se hace una confluencia de la información desde las tres ópticas que hemos utilizado, a saber: **(1)** el *minímus constitucional*; **(2)** la *supraconstitucionalidad* y la *hiperconstitucionalidad* en el derecho comparado; y **(3)** la *intangibilidad de facto* que se le ha reconocido a determinados preceptos de la CPEUM.

(1) Mínimus constitucional	(2) Derecho Comparado	(3) Intangibilidad de Facto	
		Artículos y principios no reformados	Artículos y principios reformados, pero no alterados.
Mecanismo para evitar la concentración del poder.	Separación de poderes.	50, 80 y 81	49
Mecanismo que establezca la cooperación entre los diversos poderes.	Forma de gobierno.	50	69 y 72
Mecanismo que evite los bloqueos entre los diversos poderes.	Forma de Estado.	39, 40, 124, 128 y 136	76 fracciones V y VI, 83, 105 fracciones I y II,
Método de reforma constitucional.	Procedimiento de reforma constitucional.		135
Reconocimiento y protección de los derechos individuales y libertades fundamentales.	Derechos fundamentales.	7°, 8°, 9°, 11, 12, 13, 15, 23, 33 y 39	1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 14, 16, 17, 22, 24, 28, 35 y 49.
	Garantías constitucionales.		97, 99 fracción V, 102 apartado B, 103, 105 fracción II, 110, 113

Como puede observarse, existe una compatibilidad muy interesante entre los tópicos que hemos determinado atendiendo a tres diversos métodos de análisis, todo ello encaminado a establecer, con la mayor objetividad posible, el contenido del núcleo intangible de la CPEUM de 1917.

Así las cosas, una vez realizados los análisis preliminares que consideramos necesarios, ahora nos encontramos en la posibilidad de definir con mayor precisión, el contenido de tal núcleo.

d) El núcleo intangible de la Constitución mexicana de 1917.

Una vez que ya hemos realizado un análisis atendiendo a elementos objetivos, podemos decir que el núcleo intangible de la CPEUM de 1917 se hace consistir de lo siguiente:

1. Valores constitucionales superiores:

- La vida.
- La dignidad.
- La igualdad.
- La libertad.
- La justicia.⁶⁹

2. Valores constitucionales inferiores:

- Estado constitucional o constitucionalismo.
- Estado democrático o democracia.
- Estado republicano o republicanismo.
- Estado federal o federalismo.
- Bicameralismo.
- Presidencialismo moderado.

3. Principios constitucionales:

- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución.
- Las garantías individuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.
- Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos.
- Queda prohibida toda discriminación que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.
- Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación.
- Todo individuo tiene derecho a recibir educación.
- Toda la educación que el Estado imparta será gratuita.
- La educación que imparta el Estado será laica.
- El varón y la mujer son iguales ante la ley.
- La ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia.
- Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.
- Toda persona tiene derecho a la protección de la salud.
- Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.
- Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa.
- Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.
- A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos.
- Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.
- La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa.
- El derecho a la información será garantizado por el Estado.
- La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será

⁶⁹ La *justicia* debe ser incluida dentro del conjunto de valores constitucionales superiores, pero debe ser vista desde otra perspectiva, ya que mientras la vida, la dignidad, la igualdad y la libertad son realidades pre-jurídicas que sirven de fundamento a todos los derechos, la justicia se configura en el <<catalizador>> que hace posible su protección.

protegida.

- Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia.
- Los funcionarios públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición.
- No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito.
- Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo-conducto u otros requisitos semejantes.
- No se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios.
- Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales.
- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.
- Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.
- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.
- Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales.
- Las comunicaciones privadas son inviolables.
- Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia.
- El servicio de administración de la justicia será gratuito.
- Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.
- No se autoriza la celebración de tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano.
- Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.
- Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.
- Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene.
- Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo.
- En los Estados Unidos Mexicanos están prohibidos los monopolios.
- Los extranjeros tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo I, Título Primero, de la presente Constitución.
- Es prerrogativa del ciudadano votar en las elecciones populares.
- Es prerrogativa del ciudadano ser votado para todos los cargos de elección popular, y nombrado para cualquier otro empleo o comisión.
- No podrán reunirse dos o más Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo.
- Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste.
- La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.
- Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida

según los principios de esta ley fundamental.

- El poder legislativo de los Estados Unidos Mexicanos se deposita en un Congreso general, que se dividirá en dos Cámaras, una de diputados y otra de senadores.
- Se deposita el ejercicio del Supremo Poder Ejecutivo de la Unión en un solo individuo, que se denominará "Presidente de los Estados Unidos Mexicanos."
- La elección del Presidente será directa y en los términos que disponga la ley electoral.
- El ciudadano que haya desempeñado el cargo de Presidente de la República, electo popularmente, o con el carácter de interino, provisional o sustituto, en ningún caso y por ningún motivo podrá volver a desempeñar ese puesto. (Principio de no reelección)
- Principio de rendición de cuentas.
- Principio de colaboración legislativa.
- Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.
- Todo funcionario público prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen.
- Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia.

4. Garantías constitucionales:

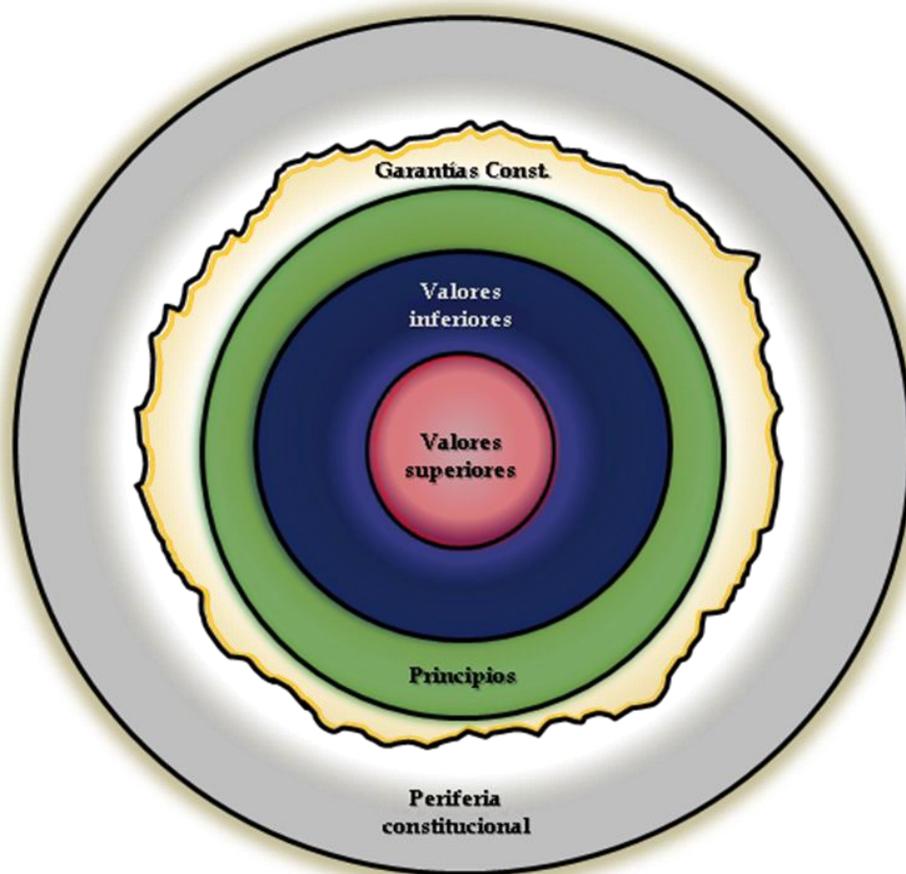
- Intervención reconstructiva del Senado en las entidades federativas.
- Intervenciones políticas del Senado en las entidades federativas.
- Facultad de investigación de la SCJN.
- Juicio para la protección de derechos político – electorales del ciudadano.
- Sistema Ombudsman.
- Juicio de Amparo.
- Controversia constitucional.
- Acción de inconstitucionalidad.
- Juicio político.
- Responsabilidad patrimonial del Estado.

De esta forma, los valores y principios constitucionales antes mencionados, así como las garantías que sirven para la protección de los mismos son la esencia de la Constitución, razón por la cual, el aceptar que el Poder de revisión constitucional pueda alterar tales contenidos sería tanto como arrogarle facultades que lo convertirían en Poder constituyente originario.

Por ello, si llegáramos a aceptar como correcta tal afirmación, implícitamente estaríamos nulificando la garantía de no retroceso que se encuentra dentro de todas y cada una de las conquistas y avances que ha tenido el constitucionalismo.

Para un mejor entendimiento del núcleo intangible de la Constitución, se propone el siguiente esquema en el cual, los valores (superiores e inferiores), los principios constitucionales y las garantías que sirven de protección a tales valores y principios se configuran el *elemento primordial o parte central e inalterable de la Constitución a la que se van agregando otros elementos para formar un todo: el texto constitucional.*

**EL NÚCLEO INTANGIBLE DE LA
CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917**



CAPÍTULO QUINTO

LA DEFENSA DEL NÚCLEO INTANGIBLE DE LA CONSTITUCIÓN

“...el poder para reformar la Constitución no incluye el poder de destruirla...”¹

William L. Marbury

a) Un primer acercamiento al tema.

A lo largo de la presente obra, no sólo hemos argumentado sobre la existencia de un núcleo intangible en la Constitución, sino que además, hemos intentado delimitar su contenido. No obstante, consideramos impostergable adentrarnos a otro de los temas centrales de esta investigación: ¿cómo defender el núcleo intangible de la Constitución?

En este propósito, queremos comenzar por precisar una cuestión que pareciera ser innecesaria, pero que en el fondo, resulta de suma trascendencia para nuestro objeto.

Cuando se habla de defender el núcleo intangible de la Constitución, y se parte de la definición que aquí hemos propuesto (*elemento primordial o parte central e inalterable de la Constitución a la que se van agregando otros elementos para formar un todo: el texto constitucional*), surge necesariamente una relación entre varias nociones: defensa/intangible/inalterable.

Desde ahora queremos ser enfáticos en este punto, ya que esa inalterabilidad a la que hemos aludido, puede ser interpretada de dos formas distintas: **(i)** como límite material al Poder revisor de la Constitución en cuanto ámbito mínimo, o bien, **(ii)** como límite material que acota y delimita ese ámbito de manera definitivamente cerrada.

¹ Citado por Fernández Rodríguez, José Julio y Auzmendi del Solar, Montserrat, “Reforma Constitucional y Constitución Española de 1978”, en Del Rosario Rodríguez, Marcos (coord.), *Supremacía Constitucional*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2009, p. 98.

De acuerdo a la primera de estas interpretaciones, podríamos afirmar que el núcleo intangible de la Constitución es un mínimo que no puede ser violado por el Poder constituyente permanente, pero que no significa que no pueda ser modificado, ya que si la modificación tiene como finalidad desarrollarlo o fortalecerlo, tal alteración sería no sólo posible sino deseable.

Por el contrario, de acuerdo a la segunda interpretación, se podría afirmar que el núcleo intangible se hace consistir de elementos claramente definidos, y sobre los cuales, no cabría posibilidad de agregarles o despojarles nada, debido a que son inmodificables.

Al respecto consideramos que *“...esta segunda interpretación no debe aceptarse, ya que los bienes constitucionales se protegen pero no se limitan, como se pone de manifiesto continuamente en materia de derechos, respecto de los cuales nadie podría sostener (...) que se configuren como numerus clausus [o] que el contenido de cada derecho no sea susceptible tanto de ampliarse como de irse progresivamente especificando frente al formalismo y la abstracción.”*²

En otras palabras, no podemos perder de vista que el Derecho Constitucional es dinámico, no estático, razón por la cual *“...en la medida que la Constitución armoniza con los procesos reales [señala Lucas Verdú] dura, se renueva y, sin embargo, continúa. De lo contrario, la Constitución es desbordada por esos procesos e incapaz de asumirlos, se ha roto, ha sido violada, incumplida y, a la postre, cede el paso, sin importar su vigencia retórica, a la revolución o a otra nueva Constitución...”*³ Ahora bien, tal dinamismo –afirma Lucas Verdú– no puede ser ilimitado, ya que *“...la limitación del poder de reforma de la Constitución es algo connatural a la misma reforma, [siendo tal limitación] una garantía indispensable para el mismo mantenimiento de la Constitución, para que conserve su identidad...”*⁴

La anterior aclaración nos parece fundamental para el desarrollo del presente capítulo, ya que no debemos confundir los conceptos de violación o quebranto del núcleo intangible con la modificación del mismo, máxime, cuando esta última pueda importar un fortalecimiento, un desarrollo o un perfeccionamiento de tal núcleo.

b) ¿Defender el núcleo intangible configura otro poder ilimitado?

Bien podría decirse que si se acepta que el Poder revisor de la Constitución debe ser controlado por los jueces constitucionales, o por cualquier otro órgano, sobre éstos podrían esgrimirse todos los argumentos que hemos vertido respecto de la inconveniencia de que no exista un control constitucional sobre aquél, ya que

² De Cabo Martín, Carlos, *La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, op. cit., p. 48.

³ Lucas Verdú, Pablo, *Curso de Derecho Político*, op. cit., t. II, p. 649.

⁴ *Ibidem.*, p. 650.

se estaría generando, también así, un esquema en el que otro poder constituido –en este caso el órgano encargado de defender el núcleo intangible de la Constitución– quedaría exento de control.

Esto nos hace recordar el ingenioso argumento utilizado por Thomas Hobbes, quien al desarrollar las teorías estatistas del absolutismo afirmaba, entre otras cosas, que: “...una cuarta opinión, repugnante a la naturaleza de un Estado es que quien tiene el poder soberano esté sujeto a las leyes civiles (...) Este error que coloca las leyes por encima del soberano, sitúa también sobre él un juez, y un poder para castigarlo; ello equivale a hacer un nuevo soberano, y por la misma razón un tercero, para castigar al segundo, y así sucesivamente, sin tregua, hasta la confusión y disolución del Estado.”⁵

Fue precisamente con tal argumento como Hobbes quiso justificar la idoneidad –o necesaria resignación– del absolutismo como única forma de Estado que garantizaría su permanencia. Sin embargo, consideramos que se equivocó, ya que han sido las teorías contra absolutistas, sus ideas y principios básicos, como lo son la división de poderes y el reconocimiento y protección de los derechos y libertades de la persona, las que nos han permitido transitar con mediana tranquilidad a lo que hoy es el Estado constitucional y democrático de Derecho.

Sin embargo, también debemos aceptar que Hobbes tuvo algo de razón. No por nada “...Schmitt se preguntaba dramáticamente por quién controla a los controladores, con lo que implícitamente quería advertir los riesgos de un gobierno de los jueces.”⁶

En el mismo sentido, pero quizá con un tono menos alarmante, Charles Evans Hughes, antes de ser el decimoprimer *chief justice* de la Corte Suprema de Estados Unidos, señalaba en 1907 siendo gobernador de Nueva York, que en un Estado constitucional “...todos estamos bajo la Constitución, pero los jueces dicen qué es la Constitución...”⁷

Por ello, el argumento *hobbesiano* debe ser para nosotros una llamada de atención, ya que no debemos perder de vista que el hecho de que exista control sobre las reformas a la Constitución, puede claramente configurar otro poder ilimitado, ante lo cual, quedarían dos alternativas: **(i)** prescindir del Estado constitucional y democrático de Derecho para darle la razón al *leviatán*, debido a que la limitación del poder no sólo es ilusoria, sino hasta peligrosa, en tanto que pone en riesgo la permanencia del Estado mismo, o **(ii)** determinar algunos controles que limiten al órgano que revise las enmiendas constitucionales, así como poner manos a la obra en algunas prevenciones que nos alejen de la

⁵ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, op. cit., Capítulo XXIX. p. 132.

⁶ Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, op. cit., p. 221.

⁷ Textualmente señalaba: “We live under a Constitution; but the Constitution is what the judges say it is.” (Véase: Hughes, Charles Evans, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, México, F.C.E., 1971 y Landa, César, “Teorías de la interpretación judicial”, op. cit., t. IV, p. 3483)

posibilidad de que tal órgano se configure en un poder soberano y absoluto.

Nos parece que de las alternativas señaladas, racionalmente sólo podríamos optar por la segunda, ya que la primera sería desconocer por completo, tanto las luchas que se han librado a lo largo de los tres últimos siglos para proteger los derechos y libertades del ser humano, como los resultados y victorias tangibles que hoy tenemos por haber librado tales batallas.

No por nada, “...de lo que se trata es de tener en claro cuánto agotamiento y ficción conlleva el modelo decimonónico [léase Estado Liberal o Legislativo de Derecho y su crisis], para de ese modo poder ir orientando los cambios que acerquen la teoría y las estructuras institucionales al derecho real y a la comunidad que lo necesita”⁸, es decir, no importa cuánto nos equivoquemos en el intento, lo verdaderamente trascendente es no renunciar a la materialización del concepto de *Constitución humanista* que hemos construido.⁹ (vid. supra. CAPÍTULO CUARTO, inciso c)

Es por ello que al preguntarnos si el control de las reformas constitucionales generaría otro poder ilimitado, consideramos que la respuesta dependerá de las formas en que esto pueda realizarse, y no de la simple realización de tal control; es decir, será necesario determinar los límites a los que tendrá que sujetarse el órgano que controle al Poder revisor de la Constitución.

No perdamos de vista que el control es medio, no fin, por lo que su conveniencia o inconveniencia dependerá de la forma en cómo lo estructuramos. Es justo aquí donde se encuentra el reto para los procesal-constitucionalistas.

Así por ejemplo, lejos de pensar que el control de las reformas constitucionales generarían en sí otro poder ilimitado, quizá debemos partir de la idea de que “...los límites que regulan las resoluciones judiciales pueden agruparse [refiere Vigo] en **controles jurídicos** (decisiones judiciales propias anteriores y criterios jurisprudenciales consolidados, doctrinas mayoritarias, instancias revisoras, etc.), **controles políticos** (mecanismos de supervisión y sanción sobre el desempeño e idoneidad de los jueces) y **controles sociales** (necesidad de una sintonía entre las sentencias y los requerimientos sociales de modo que las mismas logren la adhesión de la opinión pública que fortalece la eficacia que necesita el derecho).”¹⁰ Es decir, debemos entrar al estudio y análisis de los diversos tipos de control, para que de esta forma, podamos plantear un

⁸ *Ibidem*, p. 178.

⁹ Conjunto de valores, principios y normas base del orden jurídico, que al ser esencialmente la técnica de conciliación entre la técnica de la libertad y la técnica del poder en el marco del Estado, debe servir como instrumento de limitación y control al poder, disciplinando la forma según la cual el poder se establece, ejerce y transmite, con el objeto de salvaguardar a cada miembro de la comunidad política reconociendo, garantizando y protegiendo sus derechos y libertades, a fin de que la persona -centro del ordenamiento jurídico- no se convierta en instrumento de otros fines, objetivos, propósitos, bienes o intereses, por importantes o valiosos que ellos sean.

¹⁰ Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, op. cit., p. 221.

diseño que nos aleje del peligro ya mencionado.

Así pues, tal y como ya lo mencionamos, consideramos que el reto de todo procesal-constitucionalista no es sólo conocer y profundizar en los procesos o medios de control constitucional que existen actualmente, sino proponer la creación de nuevos instrumentos que atiendan a las necesidades sociales, políticas y jurídicas, procurando con ello, la regularidad constitucional de todo acto que dimane de los poderes constituidos, entre ellos, los actos del Poder constituyente constituido.

No por nada, en un artículo intitulado *Los desafíos del Derecho Procesal Constitucional*, Néstor Pedro Sagües señaló que “...el rol instrumental o servicial del derecho procesal constitucional parece innegable: es mejor en la medida en que más fielmente opera para mantener la supremacía de la Constitución, cosa que en buen romance significa reprimir las evasiones, las alteraciones o los desvíos de ella, tanto normativos como ideológicos. Y al afirmar a la Constitución, le toca habitualmente mantenerla, es decir, conservarla. De ahí su inexorable pose preservacionista.”¹¹

Es por lo anterior que analizaremos cuáles podrían ser los controles a los cuales debe someterse el órgano que revise las reformas constitucionales, dividiendo dicho análisis en tres grandes rubros, a saber: **(i)** las posibles y/o necesarias modificaciones a las instituciones hoy existentes; **(ii)** las propuestas de nuevos procesos constitucionales que posibiliten controlar la función del Órgano reformador de la Constitución; y **(iii)** los riesgos y posibles prevenciones que deberemos adoptar, independientemente de la opción que se elija, ante la actual configuración del Estado constitucional y democrático de Derecho.

c) Modificaciones posibles y/o necesarias a las instituciones hoy existentes.

Si pensáramos en dotar a la SCJN de la facultad de llevar a cabo el control jurisdiccional de las enmiendas constitucionales, sin duda alguna emergerían los detractores en contra de la existencia de dicho control, debido a que tal órgano, ya no sólo sería el último intérprete de la Constitución, sino que ahora, exento de cualquier tipo de límite, se erigiría en el controlador del Poder reformador, esquema el cual hemos criticado ampliamente a lo largo de la presente investigación.

No habría más que recordar la frase que, en relación con los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos, hiciera célebre el juez Jackson: “No somos infalibles porque tengamos la última palabra, sino que por tener la última palabra somos infalibles.” Sin duda alguna, una frase como la anterior, deja ver el peligro al que nos hemos referido.

¹¹ Sagües, Néstor Pedro, “Los desafíos del Derecho Procesal Constitucional”, en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I, p. 516

Asimismo, debemos recordar otro de los argumentos de Pedro Salazar anteriormente comentado: “...las reformas constitucionales son, nos guste o no, la expresión jurídica de decisiones políticas. Mediante ellas se modifica el documento en el que se expresa el contrato social que ofrece sustento al Estado mexicano. Por ello, el órgano facultado para aprobarlas debe tener una legitimidad democrática incuestionable...El mismo, sin duda, puede equivocarse, pero, ¿por qué pensar que los jueces no puedan hacerlo?”¹²

Por ello, a fin de concretar algunas propuestas de modificaciones a las instituciones hoy existentes, es que consideramos que si se facultara a la SCJN para realizar la función de controlar jurisdiccionalmente al Poder revisor de la Constitución, podría pensarse en las siguientes alternativas:

c.1) La unanimidad como requisito para la declaración de inconstitucionalidad de reformas constitucionales.

Comencemos por realizar una aclaración. Lo que aquí se propone va dirigido a que el medio de control constitucional que, dentro de los existentes en el sistema jurídico mexicano, consideramos como el más adecuado para ser la vía de control a las enmiendas constitucionales, es la acción de inconstitucional. Sin embargo, desde ahora deseamos manifestar nuestra reticencia a que sea esa la vía jurídica debido a que tal proceso configura un control *a posteriori*. Más adelante veremos su problemática concreta (*vid. infra*. inciso d.2).

Asimismo, también deseamos mencionar desde ahora que el juicio de amparo tampoco resulta ser la vía adecuada, debido al principio de relatividad de las sentencias, el cual, históricamente se ha configurado en uno de los “pilares” del amparo mexicano.

Si la vía de control a las enmiendas constitucional fuera el juicio de amparo, consideramos que se generarían consecuencias muy graves y absolutamente contrarias al sistema constitucional, ya que si se otorgara un amparo en contra de una reforma constitucional, estaríamos ante el supuesto de que a una o varias personas no les sería aplicable un precepto de la Constitución, con lo cual, habría tantas constituciones como sentencias de amparo emitidas. Así, podrían generarse escenarios en los que unos mexicanos tuvieran una Constitución, y otros mexicanos otra diversa, dependiendo si están o no amparados por el Poder Judicial de la Federación.

Lo anterior nos hace avizorar una inseguridad jurídica de amplias magnitudes, y lo que es peor, de insospechadas consecuencias.

Por lo anterior, consideramos que el control a las reformas constitucionales debe ser, en primer lugar, *a priori*, a fin de que no exista incertidumbre en cuanto a

¹² Salazar Ugarte, Pedro, “Y, ¿dónde quedó el soberano?”, *Revista NEXOS*, año 31, vol. XXX, núm. 369, septiembre de 2008, p. 10.

la publicación y vigencia de una enmienda; y en segundo lugar, con efectos *erga omnes*, debido a que no puede pensarse en que existan tantas Constituciones como sentencias se emitan.

Una vez hechas las consideraciones anteriores, procederemos a explicar cuáles podrían ser las modificaciones al proceso de acción de inconstitucionalidad para que sea este medio de control constitucional, el que se utilice para limitar al Poder reformador.

Retomando lo dicho por Vigo, en torno a que los principales tipos de control son los jurídicos, los políticos y los sociales, consideramos que uno de los límites o controles a los que pudiera someterse a la SCJN al momento de revisar enmiendas a la Constitución, sería –por ejemplo– reformar el artículo 105 fracción 2 de la CPEUM, a fin de explicitar que las reformas constitucionales pueden ser objeto de control por parte de la SCJN, pero estableciendo, como requisito *sine quo non*, que para proceder a la declaratoria de que dicha reforma es violatoria del núcleo intangible de la Constitución, sería necesaria la unanimidad de votos, es decir, que todos los ministros debieran votar en el mismo sentido. Con ello se estaría generando un *control jurídico*. Veamos por qué.

La unanimidad aseguraría que sólo fueran declaradas inconstitucionales las reformas que claramente atenten contra los derechos fundamentales, las instituciones democráticas o la división de poderes, en suma, las reformas que atenten, objetiva y claramente, contra las decisiones políticas y axiológicas fundamentales.

Así, no sólo se requeriría, al momento de resolver, de una correcta y basta argumentación por parte de los ministros, sino que se requeriría que todos razonaran en un mismo sentido, lo cual, hoy en día, por la pluralidad ideológica que existe en todo tribunal constitucional, sería difícil de conseguir, lo que nos hace pensar que dicha unanimidad sólo sería posible si la violación al núcleo intangible de la Constitución fuera clara y objetiva.

Asimismo, bajo el esquema propuesto, se incrementaría el denominado “*self-restraint*” o prudencia judicial con la que debe actuar todo tribunal constitucional. No por nada, “...*el que los tribunales resuelvan conforme con razones y sean capaces de explicarlas constituye, a juicio de Dworkin, uno de los rasgos más reconocidos de la jurisdicción, del cual depende la legitimidad de la jurisdicción como instrumento gubernamental (...) esto es lo que Hamilton tenía en mente cuando en El federalista escribió, que si bien el poder judicial no tiene el poder de la espada, ni el poder de la bolsa, tiene el poder del discernimiento (judgement). Y hablar de discernimiento es hablar de razón, razonabilidad, de argumentación jurídica convincente*”¹³, a lo que precisamente estaría obligada la

¹³ Orozco, Jesús, “Justicia Constitucional y desarrollo democrático en México”, *Tribunales Constitucionales y Consolidación de la Democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007, p. 315.

SCJN al momento de declarar que una reforma constitucional violenta el núcleo intangible de la Constitución, lo que además, tendría que resolver por unanimidad, configurando así un control jurídico sobre la función de la Corte.

c.2) Sometimiento de las declaratorias de la SCJN a una mayoría absoluta súper calificada del Poder constituyente constituido.

Otra de las modificaciones que podrían realizarse al proceso de la acción de inconstitucionalidad, con el fin de limitar el ejercicio de esta facultad de control sobre las enmiendas constitucionales, sería el establecer la posibilidad de que el Poder revisor de la Constitución, en una segunda votación, pudiera dejar sin efecto la declaratoria emitida por la SCJN en la que se determine que una reforma viola el núcleo intangible.

Cabe señalar que en esta segunda votación, deberá exigirse una mayoría absoluta súper calificada del Órgano reformador (vgr. 4/5 de los integrantes de las cámaras del Congreso de la Unión y 2/3 partes de las legislaturas locales), a fin de que sea claro que el poder político quiere imponerse a las razones jurídicas que esgrimiera el órgano judicial. Así, en el ejemplo mencionado, se requerirían 400 votos aprobatorios en la Cámara de Diputados, 102 votos aprobatorios en la Cámara de Senadores y 20 votos aprobatorios de las Legislaturas locales para desatender la resolución del órgano jurisdiccional.

Respecto a la réplica que pudiere surgir, en torno a que muchas de las últimas reformas constitucionales han generado consensos y mayorías importantes, haciendo inoperante con ello la modificación propuesta, nos permitimos mostrar en el siguiente cuadro los votos aprobatorios alcanzados en los últimos quince procesos legislativos referentes a enmiendas de nuestra Ley Fundamental, a fin de demostrar que, la mayoría súper calificada a la que nos hemos referido, sí tendría sentido y aplicabilidad.

REFORMA CONSTITUCIONAL	PUBLICACIÓN	PROCESO LEGISLATIVO
DECRETO por el que se reforman y adicionan los artículos 75, 115, 116, 122, 123 y 127 de la CPEUM.	24 de agosto de 2009.	CD: 365 votos en pro, 1 en contra y 2 abstenciones. CS: 83 votos en pro y 0 en contra. LL: 17 votos aprobatorios.
DECRETO por el que se adiciona un segundo párrafo al artículo segundo transitorio y un artículo tercero transitorio al decreto por el que se declaran reformado el párrafo cuarto y adicionados los párrafos quinto y sexto, y se recorre el orden de los últimos dos párrafos del artículo 18 de la CPEUM, publicado el 12 de diciembre de 2005.	14 de agosto de 2009.	CD: 279 votos en pro, 0 en contra y 1 abstención. CS: 99 votos en pro y 0 en contra. LL: 17 votos aprobatorios.
DECRETO por el que se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la CPEUM.	1 de junio de 2009.	CD: 340 votos en pro, 0 en contra y 2 abstenciones. CS: 97 votos en pro, 0 en contra y 1 abstención.

REFORMA CONSTITUCIONAL	PUBLICACIÓN	PROCESO LEGISLATIVO	
		LL:	18 votos aprobatorios.
DECRETO por el que se reforma el párrafo primero de la fracción XXI del artículo 73 de la CPEUM.	4 de mayo de 2009.	CD:	351 votos en pro y 2 en contra.
		CS:	96 votos en pro, 0 en contra y 1 abstención.
		LL:	17 votos aprobatorios.
DECRETO por el que se adiciona la fracción XXIX-O al artículo 73 de la CPEUM.	30 de abril de 2009.	CD:	371 votos en pro y 0 en contra.
		CS:	99 votos en pro y 0 en contra.
		LL:	19 votos aprobatorios.
DECRETO por el que se adiciona un párrafo noveno al artículo 4o.; se reforma la fracción XXV y se adiciona una fracción XXIX-Ñ al artículo 73 de la CPEUM.	30 de abril de 2009.	CD:	334 votos en pro y 0 en contra.
		CS:	94 votos en pro y 0 en contra.
		LL:	19 votos aprobatorios.
DECRETO por el que se reforma el párrafo quinto de la fracción I del artículo 116 de la CPEUM.	26 de septiembre de 2009.	CD:	340 votos en pro, 31 en contra y 19 de abstenciones.
		CS:	88 votos en pro.
		LL:	16 votos aprobatorios y 1 en contra.
DECRETO por el que se reforma el artículo 88 de la CPEUM.	29 de agosto de 2009.	CD:	295 votos en pro, 94 en contra y 19 abstenciones.
		CS:	77 votos en pro, 15 en contra y 3 abstenciones.
		LL:	16 votos aprobatorios y 1 en contra.
DECRETO por el que se reforman los artículos 69 y 93 de la CPEUM.	15 de agosto de 2008.	CD:	349 votos en pro, 28 en contra y 11 abstenciones.
		CS:	107 votos en pro y 3 abstenciones
		LL:	18 votos aprobatorios.
DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la CPEUM.	18 de junio de 2008.	CD:	462 votos en pro, 6 en contra y 2 abstenciones.
		CS:	71 votos en pro y 25 en contra.
		LL:	19 votos aprobatorios.
DECRETO que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la CPEUM.	7 de mayo de 2008.	CD:	463 votos en pro y 2 abstenciones
		CS:	118 votos en pro.
		LL:	19 votos aprobatorios.
DECRETO que reforma los artículos 6o., 41, 85, 99, 108, 116 y 122; adiciona el artículo 134 y deroga un párrafo al artículo 97 de la CPEUM.	13 de noviembre de 2007.	CD:	408 votos en pro, 33 en contra y 9 abstenciones.
		CS:	110 votos en pro y 11 en contra.
		LL:	30 votos en pro y 1 negativo.
DECRETO por el que se reforma la fracción IV del artículo 99, de la CPEUM.	27 de septiembre de 2007.	CD:	225 votos en pro, 75 en contra y 3 abstenciones.
		CS:	83 votos en pro y 2 abstenciones.
		LL:	22 votos aprobatorios.

REFORMA CONSTITUCIONAL	PUBLICACIÓN	PROCESO LEGISLATIVO	
DECRETO por el que se adiciona una fracción XXIX-N al artículo 73 de la CPEUM.	15 de agosto de 2007.	CD:	333 votos en pro y 4 abstenciones.
		CS:	111 votos en pro.
		LL:	17 votos aprobatorios.
DECRETO por el que se reforman los artículos 29, 73, 90, 92, 93, 95, 110 y 111 de la CPEUM.	2 de agosto de 2007.	CD:	330 votos en pro y 1 abstención
		CS:	101 votos en pro.
		LL:	22 votos aprobatorios.

Abreviaturas (CD: Cámara de Diputados; CS: Cámara de Senadores; LL: Legislaturas locales).

Como puede observarse, y por asombroso que parezca, el único proceso legislativo en el que se obtuvo la mayoría absoluta súper calificada a la que nos hemos referido, fue el relativo a la reforma constitucional en materia electoral publicada el 13 de noviembre de 2007, mismo que utilizamos para justificar y detonar el desarrollo de la presente investigación.

No obstante, y a pesar de que pudieren existir procesos legislativos de reforma constitucional en los cuales se alcanzara inicialmente la mayoría a la que nos hemos referido, no perdamos de vista que uno de los controles que pueden llegar a instrumentarse respecto de las decisiones jurisdiccionales es el denominado *control social*, el cual –a dicho de Rodolfo Luis Vigo– se hace consistir en la “...necesidad de una sintonía entre las sentencias y los requerimientos sociales de modo que las mismas logren la adhesión de la opinión pública que fortalece la eficacia que necesita el derecho...”¹⁴

De esta manera, si se llegara a plantear una acción de inconstitucionalidad en contra de una reforma que haya sido aprobada por un consenso que alcanzare la mayoría súper calificada referida, y la SCJN decidiese declararla violatoria del núcleo intangible de la Constitución, el Poder constituyente constituido tendría la posibilidad de reflexionar en torno a las razones jurídicas esgrimidas por el órgano jurisdiccional, y optar por imponerse a las mismas con pleno conocimiento de causa, o bien, atender tales argumentos, y con ello, adherirse a la posición de la SCJN para salvaguardar el núcleo intangible de la Constitución.

Así, el control social que generaría la opinión pública, tanto de la resolución de la Corte como de la posible imposición del Poder revisor a los razonamientos jurídicos vertidos por aquella, sería altamente significativo y democrático, ya que además, con esquemas como el propuesto se genera un mecanismo que asienta sus bases en el sistema de frenos y contrapesos (*checks and balances*) al que ya nos hemos referido con anterioridad (*vid. supra*. CAPÍTULO SEGUNDO, inciso d.2) y sobre cual profundizaremos más adelante, razón por la cual no mencionaremos más en estos momentos (*vid. infra*. inciso d.1).

¹⁴ Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, op. cit., p. 221.

c.3) Acotar y dificultar la legitimación activa de los órganos que pudieren impugnar una reforma constitucional.

En adición a lo anterior, no sólo debería pensarse en mecanismos que limiten o controlen el ejercicio de las facultades de la SCJN al momento de realizar el control sobre las reformas constitucionales, sino que también, deberá pensarse en límites y controles que tengan como finalidad que este tipo de procesos constitucionales sean excepción y no regla general.

Así por ejemplo, un mecanismo consistiría en acotar el universo de los órganos que al día de hoy cuentan con la legitimación activa para plantear las acciones de inconstitucionalidad, dificultando además, los requisitos para que dicha legitimación exista, a fin de que las acciones de inconstitucionalidad que versaren sobre enmiendas constitucionales sean un recurso de carácter verdaderamente extraordinario.

En este propósito, y tomando como punto de partida la fracción 2 del vigente artículo 105 de la CPEUM, consideramos que podría otorgarse legitimación activa para plantear la revisión de reformas a la Constitución a los siguientes órganos y minorías parlamentarias:

1. El Ejecutivo Federal, por conducto de la Consejería Jurídica, siendo necesario el refrendo del Secretario de Gobernación, así como de los titulares de las Secretarías de Estado en las que la materia de la reforma constitucional tuviera impacto directo.
2. El veinte por ciento de los diputados del Congreso de la Unión, siendo necesario que dichos diputados se hayan abstenido de votar la reforma constitucional impugnada, o bien, hayan votado en contra de la misma.
3. El veinte por ciento de los senadores del Congreso de la Unión, siendo necesario que dichos senadores se hayan abstenido de votar la reforma constitucional impugnada, o bien, hayan votado en contra de la misma.
4. Al menos dos de los órganos constitucionales autónomos establecidos en la CPEUM, siendo necesario que soliciten de manera conjunta la revisión de la reforma constitucional.
5. Al menos cinco Gobernadores de los Estados de la República, siendo necesario que soliciten de manera conjunta la revisión de la reforma constitucional impugnada.
6. Al menos cinco legislaturas de los Estados de la República, siendo necesario que soliciten de manera conjunta la revisión de la reforma constitucional impugnada, y que dichas legislaturas no hayan emitido su voto en torno a dicha reforma, o bien, que hayan votado en contra.

7. Al menos cinco tribunales superiores de justicia de los Estados de la República, siendo necesario que soliciten de manera conjunta la revisión de la reforma constitucional impugnada.
8. A los ciudadanos que representen un número no menor al cero punto uno por ciento del padrón electoral que satisfagan los requisitos que para el ejercicio del voto establezca la ley.¹⁵

Con el esquema anterior, se estarían generando dos efectos altamente positivos, a saber: **(i)** la legitimación activa para solicitar la revisión de reformas constitucionales se estaría dificultando, con lo que se garantizaría que dicha revisión, fuera planteada sólo en aquellos casos en que sea altamente probable que el Poder revisor de la Constitución, haya vulnerado el núcleo intangible de la Constitución; y **(ii)** los supuestos anteriormente planteados encuentran, dentro de ellos, controles inter-órganos e intra-órganos, ya que para que se actualice la legitimación activa será necesario entrar en una dinámica de diálogo y consenso entre diversos órganos del Estado mexicano si se quiere solicitar la revisión de una reforma constitucional, lo cual –dicho sea de paso– siempre será benéfico en cualquier régimen democrático.

De hecho, será Fix-Zamudio quien, al hablar de las *líneas maestras del constitucionalismo contemporáneo*¹⁶, mencionará que toda Constitución debe ser un instrumento de control. Menciona que la Constitución es el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder, o bien, que hablar de Constitución tiene sentido cuando se le concibe como un instrumento de limitación y control del poder, es decir, la Constitución debe establecer las reglas para la distribución del poder, para la fijación de facultades, así como para su delimitación. De otra forma, la Constitución no cumple con su finalidad inmediata: controlar y limitar al poder político.

Por ello, la Constitución no sólo debe crear, dividir y establecer las reglas de transmisión del poder, sino que además debe instaurar las reglas para controlar su ejercicio, lo que precisamente es objeto de este apartado, al proponer la forma en que diversos órganos del Estado, podrían obtener la legitimación activa para impugnar las enmiendas constitucionales.

En este propósito, Fix-Zamudio establece que hay dos grandes tipos de control:

¹⁵ Si se toma en consideración que al mes de enero de 2010 existían 79 millones 093 mil 047 ciudadanos inscritos en el padrón electoral del Instituto Federal Electoral, se requerirían de 79 mil 093 firmas de ciudadanos para incoar el procedimiento, lo que nos parece altamente democrático ya que si de lo que se trata es de defender el núcleo intangible de la Constitución, el cual se hace consistir de valores y principios que la sociedad pretende concretar, lo menos que se puede esperar es que la propia sociedad cuente con algún medio directo para solicitar la revisión de enmiendas constitucionales, que además, cumpla con ser un medio lo suficientemente accesible.

¹⁶ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 27-37

- **Controles horizontales.**- aquellos que se dan al mismo nivel entre los poderes u órganos del Estado, pudiendo ser estos controles intra-órganos o inter-órganos
- **Controles verticales.**- aquellos que surgen de los particulares o de la distribución del poder hacia los órganos supremos del Estado.

Así por ejemplo, si atendemos a las propuestas de legitimación activa que se realizan en el presente apartado, podemos llegar a la conclusión de que en los numerales 1, 2 y 3 se encuentran implícitos controles horizontales intra-órganos, y en los numerales 4, 5, 6 y 7 se encuentran implícitos controles horizontales inter-órganos, con lo cual, se estaría garantizando que el control constitucional de reformas constitucionales se realizara sólo en casos verdaderamente necesarios y excepcionales, y no como un medio para obstaculizar el trabajo del Poder constituyente permanente.

Asimismo, atendiendo al numeral 8 del esquema de legitimación activa propuesto, se estaría generando un control vertical consistente en que el cero punto uno por ciento de ciudadanos inscritos en el padrón electoral pudieran solicitar la revisión de las enmiendas constitucionales, lo que además permitiría una democratización de la sociedad civil y de la opinión pública.

c.4) Reformulación de la responsabilidad político-constitucional que podría generarse al realizar el control jurisdiccional de las reformas constitucionales.

Se ha mencionado en múltiples ocasiones que, el establecimiento de controles sobre las reformas constitucionales generarían la configuración de otro poder ilimitado.

Sin embargo, nos parece que una de las diferencias fundamentales que guardan actualmente las funciones que realiza el Poder reformador de la Constitución, con la función que pudiera realizar la SCJN al someter tales reformas a un control constitucional de tipo material, consiste en que, respecto de la primera función, el Poder constituyente permanente es irresponsable, y respecto de la segunda función, misma que pudiera llegar a realizar la SCJN, sí podría generarse responsabilidad.

Es decir, conforme al marco constitucional actual, los ministros de la SCJN pueden ser sujetos de responsabilidad político-constitucional de acuerdo a lo que establece el artículo 110 de nuestra Carta Magna, así como a la ley reglamentaria correspondiente¹⁷, por lo que si las resoluciones que emitieran al realizar un

¹⁷ Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Artículo 6o.- Es procedente el juicio político cuando los actos u omisiones de los servidores públicos a que se refiere el artículo anterior, redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho. Artículo 7o.- Redundan en perjuicio de los intereses públicos fundamentales y de su buen despacho: I.- El ataque a las instituciones democráticas; II.- El ataque a la forma de gobierno

control constitucional sobre las reformas constitucionales no se derivasen de correctas interpretaciones motivadas en sólidos argumentos, o bien, fueran claramente una extralimitación, bien podría incoarse juicio político en contra de ellos.

Previendo esta posibilidad, los ministros de la SCJN deberían actuar con plena responsabilidad, y sobre todo, poniendo especial cuidado en no extralimitarse en su función, ya que de no hacerlo así, podrían, una vez seguido el juicio político correspondiente, quedar separados de sus cargos e inhabilitados para desempeñar otros cargos públicos. Es aquí donde descansaría otro *control político* sobre la SCJN.

En cambio, si fuera el Poder revisor de la Constitución el que se excediera en sus funciones al momento de aprobar reformas constitucionales contrarias al núcleo intangible de la propia Constitución, sería fantasioso pensar que se pudiera someter a juicio político a todos los diputados y senadores del Congreso de la Unión, así como a los diputados de las treinta y un legislaturas locales, ya que el órgano facultado para dar trámite a dicho procedimiento es, precisamente, el Congreso de la Unión y los Congresos locales.

Con ello, queda nuevamente demostrado que los actos del Poder revisor de la Constitución, aún y cuando sea un poder constituido, permanecen al margen, no sólo de todo tipo de control, sino de todo tipo de responsabilidad.¹⁸

Ahora bien, para que este tipo de responsabilidad política pudiera deslindarse, y someter, en su caso, a los integrantes de la SCJN a dicho proceso, consideramos que sería necesario reformular el régimen de responsabilidad político-constitucional a fin de establecer en la CPEUM, que una causal para que cesen anticipadamente los ministros de la SCJN en sus funciones, sería la de extralimitación al realizar el control constitucional de los actos del Poder revisor de la Constitución.

En este propósito, también sería necesario incluir en el artículo 7° de la Ley

republicano, representativo, federal; III.- Las violaciones graves y sistemáticas a las garantías individuales o sociales; IV.- El ataque a la libertad de sufragio; V.- La usurpación de atribuciones; VI.- Cualquier infracción a la Constitución o a las leyes federales cuando cause perjuicios graves a la Federación, a uno o varios Estados de la misma o de la sociedad, o motive algún trastorno en el funcionamiento normal de las instituciones; VII.- Las omisiones de carácter grave, en los términos de la fracción anterior; y VIII.- Las violaciones sistemáticas o graves a los planes, programas y presupuestos de la Administración Pública Federal o del Distrito Federal y a las leyes que determinan el manejo de los recursos económicos federales y del Distrito Federal. No procede el juicio político por la mera expresión de ideas. El Congreso de la Unión valorará la existencia y gravedad de los actos u omisiones a que se refiere este artículo. Cuando aquellos tengan carácter delictuoso se formulará la declaración de procedencia a la que alude la presente ley y se estará a lo dispuesto por la legislación penal.

¹⁸ Recordemos el ya citado fracaso del Supremo Poder Conservador establecido por las Siete Leyes Constitucionales de 1836, el cual sólo era responsable ante Dios y la opinión pública, y a cuyos miembros no estaba permitido sujetárseles a juicio alguno.

Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, las causales claras, objetivas y precisas que detallen los supuestos, en base a los cuales, los integrantes de la SCJN podrían ser sometidos a juicio político por extralimitarse al momento de realizar el control constitucional de enmiendas constitucionales.

Luego, este esquema generaría un segundo control político sobre la SCJN, ya que, en primer lugar, el Poder constituyente constituido podría, a través de una mayoría súper calificada (*vid. supra.* inciso c.2), imponer la reforma constitucional a la sentencia que la declarara violatoria del núcleo intangible de la Constitución; y en segundo lugar, si la resolución de la SCJN fuera, por ejemplo, una aberración jurídica, o fuera peligrosamente deficiente en su argumentación, además podría incoarse el juicio político en contra de los miembros de la SCJN.

d) Propuesta de nuevos procesos constitucionales que posibiliten controlar la función del Órgano reformador de la Constitución

Ya hemos manifestado que, en otras latitudes, el *desiderátum* relativo a si deben o no ser controlados los actos del Poder revisor de la Constitución, ha sido resuelto de manera explícita.

Es por ello que, de manera previa a las propuestas concretas que formularemos para controlar al Poder constituyente permanente, haremos un breve análisis de las experiencias de derecho comparado que han establecido límites, tanto formales como materiales, a la actuación de tal poder.

Lo anterior persigue dos objetivos fundamentales, en primer lugar, demostrar que todo lo que se ha afirmado a lo largo de esta investigación no puede ser descalificado *a priori*, sobre todo si se toma en consideración que otros sistemas jurídicos ya han advertido la necesidad de limitar al Órgano revisor de la Constitución; y en segundo lugar, entender un poco más de estas experiencias, a fin de que sean el punto de partida para plantear nuevos procesos que atiendan a la configuración concreta del sistema político-constitucional mexicano.

d.1) Las experiencias del control constitucional de reformas constitucionales dentro del derecho comparado. Un punto de partida.

- **Colombia:**

Comencemos por recordar que en el sistema constitucional colombiano existe un proceso denominado *demanda de inconstitucionalidad*, mismo que sirve para someter a control formal las enmiendas a esa Carta Magna. En este sentido, el artículo 241 de la Constitución de Colombia dispone, en la parte que nos interesa, lo siguiente:

Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación...

Tal y como ya lo hemos mencionado en apartados anteriores, ha sido la Corte Constitucional de Colombia la que, en ejercicio de tal facultad, ha diseñado la *doctrina de la sustitución constitucional* (vid. supra. CAPÍTULO TERCERO, inciso d), según la cual, al tener facultad sólo para revisar formalmente las enmiendas constitucionales, ha señalado que una de las partes esenciales del control formal consiste en revisar la competencia con la que actúan las autoridades (en este caso del Poder de revisión constitucional), en el entendido de que si el Poder de reforma altera contenidos del núcleo intangible de la Constitución, incurriría en un vicio de competencia, ante lo cual, el juez constitucional debe analizar si la Constitución fue o no sustituida por otra, siendo necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, así como aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad.

Pensarlo de otra manera, ha sostenido la Corte colombiana, sería tanto como atribuirle la competencia al Poder constituyente constituido de, por ejemplo, sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana, por un Estado totalitario, por una dictadura o una monarquía, lo que sin duda no es parte de su competencia, debido a que ello significaría reemplazar la Constitución vigente por una diferente.

Ahora bien, pese a la duda o temor que pudieran causar esquemas de control similares, desde ahora queremos hacer notar que la Corte Constitucional de Colombia, aún y cuando haya diseñado la *doctrina de la sustitución constitucional*, ha conocido de 16 casos en los que se han formulado cargos por sustitución de la Constitución, sin embargo, *“en todas las acciones promovidas (...) ha advertido falencias en la formulación del cargo por sustitución, y en las últimas sentencias, sobre la reelección, no encontró probado este cargo. El balance jurisprudencial indica que la Corte ha optado por una auto restricción judicial para preservar las decisiones mayoritarias del Congreso.”*¹⁹

- **Chile:**

Asimismo, otra de las experiencias sudamericanas que encontramos en el derecho comparado, es la facultad que le otorga el artículo 82.2 de la Constitución chilena de 1980 al tribunal constitucional. En dicho precepto se establece lo siguiente:

Artículo 82. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

¹⁹ Cajas Sarria, Mario Alberto, "Acerca del control judicial de la reforma constitucional en Colombia", *op. cit.*, p. 39.

2. Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;

Así, esta atribución “...expresa la voluntad deliberada del constituyente para proteger la institucionalidad básica, los derechos fundamentales y los principios y valores esenciales contenidos en el texto constitucional.”²⁰

Esta competencia otorgada “...al Tribunal [chileno] es inmensa, porque eventualmente al resolver una cuestión de constitucionalidad durante la tramitación de una reforma constitucional, y declarar su inconstitucionalidad, la decisión del Tribunal se estaría sobreponiendo al poder constituyente derivado para ejercer una función de supraconstitucionalidad.”²¹

Sin embargo, de igual forma que en el caso colombiano, frente a los temores que pudieran surgir por establecer controles sobre los actos del Poder revisor de la Constitución, debe afirmarse que “...no existe aún jurisprudencia del Tribunal [chileno]. El único requerimiento presentado fue declarado inadmisibile el 17 de diciembre de 1997”²², lo que deja ver que ante casos como estos, el Tribunal Constitucional chileno ha actuado con *self-restraint* o prudencia judicial.²³

- **Ecuador:**

El caso ecuatoriano resulta paradigmático en relación con la tesis que ha pretendido comprobarse a lo largo de estas líneas, es decir, con la necesidad de transitar de la sola defensa de la Constitución, a la defensa de su núcleo intangible. Para contextualizar adecuadamente lo acontecido en aquel país latinoamericano, debemos recordar que el Estado ecuatoriano inició un proceso de refundación que culminó con la aprobación de la nueva Constitución de la República del Ecuador de 2008.

Dicha Constitución es clara en reconocer expresamente la existencia de un núcleo intangible integrado por los derechos fundamentales, señalando en el artículo 84 que “en ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.”

Así las cosas, y en cumplimiento del mandato contenido en la Disposición

²⁰ García Barzelatto, Ana María, “El artículo 82 n° 2 de la Constitución de 1980, como límite del Poder constituyente derivado”, *op. cit.*, p. 170, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650079>

²¹ *Idem.*

²² García Barzelatto, Ana María, “El artículo 82 n° 2 de la Constitución de 1980, como límite del Poder constituyente derivado”, *op. cit.*, p. 170.

²³ El Dr. Vigo señala que “...la experiencia confirma lo que Hughes llamó humildad de los jueces, en el sentido de que ellos no buscan notoriedad ni una extensión irrazonable de sus competencias y que son respetuosos de las competencias de otros poderes.” (Véase: Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, *op. cit.*, p. 221.)

Transitoria Primera de dicha Ley Fundamental, mismo que establece que el órgano legislativo deberá aprobar en un plazo máximo de trescientos sesenta días desde la entrada en vigor de la nueva Constitución, la ley que regule el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control de constitucionalidad, la Asamblea Nacional de aquella nación aprobó el 28 de julio de 2009 la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Dicha ley reglamentaria contiene un capítulo IV denominado “*Control constitucional de las enmiendas y reformas constitucionales*”, especificando en la sección cuarta, artículo 106, que las enmiendas, reformas y cambios constitucionales podrán ser demandados ante la Corte Constitucional de acuerdo a ciertas reglas. Cabe aclarar que, de tales reglas, se desprende que el control que realizará la Corte respecto de las reformas constitucionales será un control de tipo formal. Sin embargo, en el inciso 3 del precepto legal referido, señala que el examen de los vicios formales incluye el análisis de la competencia para reformar la Constitución, con lo que se apega a la *doctrina de la sustitución constitucional*, referida anteriormente, y que fuera diseñada por la Corte Constitucional de Colombia.

Es importante mencionar que, debido a la novel Constitución de dicha república, aún no existen precedentes que nos permitan analizar la forma en que la Corte Constitucional del Ecuador ha ejercido tal facultad. Por lo tanto, deberemos estar pendientes de revisar sus actuaciones, a fin de determinar si se conducirá con *self-restraint* o prudencia judicial, tal y como lo han hecho los tribunales constitucionales de Colombia y Chile.

- **Coahuila:**

Por último, haremos referencia al sistema de justicia constitucional local que se ha diseñado en el Estado de Coahuila, el cual se convierte en un verdadero paradigma para el federalismo mexicano, debido a que “...*las entidades federativas mexicanas están transformando poco a poco el modelo federal imperante. Lo hacen desde pequeñas trincheras, con minúsculos avances sobre el terreno minado por una concepción federalista de carácter central, con los desafíos valientes de legislaturas que buscan ir conquistando los derechos elementales que les corresponden como formadoras del ente federal, con concesiones graciosas o urgentes que se dan desde el centro político del país. Una de esas pequeñas trincheras es la justicia constitucional local, de amplia discusión académica en estos días. Hablar de justicia constitucional o de control constitucional en las entidades federativas es ante todo hablar de federalismo, éste es el que ordena y sujeta los regímenes constitucionales locales, señalando los límites y los alcances que pueden tener las instituciones locales. Lo hemos visto en las reformas de Veracruz, Tlaxcala, Quintana Roo, Chiapas, Coahuila; se trata de un ámbito de estudio en el cual poco a poco, especialmente en la última década, se ha construido un acervo común del que pueden echar mano los*

*estados a la hora de reformar e innovar su organización política y jurídica.*²⁴

Así las cosas, el artículo 158 de la Constitución Política del Estado de Coahuila de Zaragoza establece que “[l]a *Justicia Constitucional Local se erige dentro del régimen interior del Estado, como un medio de control para mantener la eficacia y la actualización democrática de esta Constitución, bajo el principio de supremacía constitucional*”, señalando que el Tribunal Superior de Justicia de dicho Estado, en su calidad de Tribunal Constitucional, es el órgano encargado de velar por tal principio mediante la resolución de diversos procesos constitucionales.

Uno de estos procesos es la acción de inconstitucionalidad, la cual, de acuerdo con el artículo 71 fracciones 2 y 4 de la Ley de Justicia Constitucional Local para el Estado de Coahuila de Zaragoza, es un medio de control para reclamar *“la inconstitucionalidad por norma constitucional intangible de acuerdo al estado humanista, social y democrático de derecho.”*

No pasa desapercibido que dicha norma no es lo suficientemente clara como para concluir que con ella se esté facultando al Tribunal Superior de Justicia de Coahuila para llevar a cabo el control de las reformas a la Constitución de dicha entidad federativa.

Sin embargo, atendiendo al argumento genético²⁵ o a una interpretación voluntarista²⁶ de tal precepto legal, consideramos que sí podemos arribar a esa conclusión, ya que del análisis del dictamen aprobado el 13 de junio de 2005 por la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales de la Quincuagésima Quinta Legislatura del Estado de Coahuila, al referirse a la inconstitucionalidad de una norma constitucional local frente a la norma constitucional nacional o norma constitucional local fundamental, se lee en su parte expositiva que *“...la supremacía constitucional local es, pues, el principio que legitima el control de la constitucionalidad local (...) En consecuencia, el juez constitucional se erige en el máximo controlador local dentro del régimen interior del estado, pues las decisiones del Constituyente Reformador Local están sujetas al control constitucional bajo tres supuestos: 1) Por irregularidades en el proceso legislativo para reformar la norma constitucional local; 2) Por normas constitucionales locales*

²⁴ Cienfuegos Salgado, David, “Una propuesta para la justicia constitucional local en México”, *op. cit.*, p. 115.

²⁵ Tal argumento consiste en *“...apelar al origen o gestación de por ejemplo una cierta norma o acto, como cuando se traen a colación a favor de un determinado enunciado o premisa los trabajos preparatorios, la exposición de motivos o el modo en que se han comportado las partes en el proceso...”* Vigo, Rodolfo Luis, “La argumentación constitucional”, *op. cit.*, p. 233)

²⁶ Por interpretación voluntarista debe entenderse que *“...en materia de interpretación de la ley la primera regla consiste en respetar la voluntad del legislador, pues es misión de los jueces dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir a éste (...) para averiguar la voluntad del legislador la Corte [Suprema de Argentina] recomienda, por ejemplo, la consulta a los antecedentes parlamentarios o la exposición de motivos de la ley, [o bien] los despachos de las comisiones legislativas o constituyentes...”* (Véase: Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2006, p. 149 y 150.

no conformes a la Constitución General de la República; y 3) Por normas constitucionales locales intangibles, por ser decisiones fundamentales locales: el control de la supra-constitucionalidad local que puede darse en la ampliación de los derechos fundamentales, en las instituciones democráticas, etc.”

Como puede observarse, es evidente que las normas citadas de la Ley de Justicia Constitucional Local del Estado de Coahuila (artículo 71 fracciones 2 y 4) le conceden la facultad al Tribunal Superior de Justicia para controlar, formal y materialmente, los actos del Constituyente reformador de dicha entidad federativa, siendo importante mencionar que, hasta la fecha, no se ha presentado ninguna acción de inconstitucionalidad, razón por la cual no existen precedentes al respecto.

Así, tales experiencias de derecho comparado, tanto internacional como nacional, son las que nos motivan a señalar que no resulta ilusorio pensar en la creación de nuevos procesos constitucionales que, dentro del sistema constitucional mexicano, pudieren servir no sólo para realizar el control formal de las enmiendas constitucionales, sino que además, sirvan para realizar un control material respecto de dichas enmiendas.

De esta forma, y una vez que hemos intentado disipar las dudas –ciertamente fundadas– que existen en torno a dotar de tales facultades a un tribunal constitucional, dentro de los siguientes apartados realizaremos dos propuestas de procedimientos concretos, a saber: *(i) la acción de constitucionalidad de la Constitución y (ii) la demanda de control constitucional intangible.*

El primero de los nombres propuestos (*acción de constitucionalidad de la Constitución*) atiende a que al defender el núcleo intangible de la Constitución a través de la realización de un control de las reformas a la Ley Fundamental, lo que se estará efectuando será defender la constitucionalidad de misma.

En cambio, el segundo de los nombres propuestos (*demanda de control constitucional intangible*) atiende a que al momento de realizar dicho control, lo que serviría como parámetro de validez para declarar de constitucionales o inconstitucionales las enmiendas a la propia Constitución, no sería todo su texto, sino sólo su núcleo intangible. En suma, es evidente que ambos nombres obedecen, en el fondo, a la misma razón: defender la constitucionalidad de la Constitución y su núcleo intangible. No obstante hemos querido proponer dos nomenclaturas diversas, a fin de distinguir las propuestas que desarrollaremos.

Antes de desarrollar las propuestas de nuevos procesos constitucionales, es importante detenernos brevemente en identificar qué es lo que hace a un proceso adquirir tal connotación.

En este sentido, *proceso constitucional* es aquel que busca declarar o interpretar irrevocablemente el mandato de carácter constitucional, reuniendo una

o más de las siguientes características: **(i)** el proceso será instado por órganos políticos o públicos, exclusiva o conjuntamente con los ciudadanos; **(ii)** en el proceso pueden intervenir órganos públicos o entes colectivos aportando su parecer en lo debatido; **(iii)** el juez cuenta con mayores poderes tanto materiales como procesales que los que tiene habitualmente en la justicia ordinaria y; **(iv)** la sentencia recaída en el proceso produciría efectos *erga omnes*.²⁷

Una vez identificadas las características que deben poseer los procesos constitucionales, pasemos pues, a explicar las propuestas ya mencionadas, analizando con detenimiento si cumplen o no con tales características.

²⁷ Bordalí Salamanca, Andrés, “La función judicial de defensa del orden constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I, pp. 23-24.

d.2) Acción de constitucionalidad de la Constitución. Un nuevo proceso constitucional que configure un control de tipo mixto (jurisdiccional-político-social) sobre los actos del Poder constituyente permanente.

Comencemos por recordar que los controles que generalmente pueden establecerse para limitar el poder son de tres tipos: *controles jurídicos* (decisiones judiciales precedentes, criterios jurisprudenciales consolidados, doctrinas mayoritarias, instancias revisoras, etc.), *controles políticos* (mecanismos de supervisión y sanción sobre el desempeño e idoneidad de los jueces) y *controles sociales* (necesidad de una sintonía entre las sentencias y los requerimientos sociales de modo que las mismas logren la adhesión de la opinión pública que fortalece la eficacia que necesita el derecho).

De igual manera, debemos tener presente que al intentar desarrollar cualquier idea nueva que impacte positivamente dentro del diseño constitucional de un sistema jurídico, es imprescindible atender a la teoría de los frenos y contrapesos (*checks and balances*).²⁸ Montesquieu esbozó algunas de las ideas fundamentales de tal teoría al mencionar que la experiencia advertía que todo hombre revestido de una potestad, se encuentra inclinado a abusar de ella, y no se para hasta que encuentra límites, por lo que “...resulta necesario que por la disposición de las cosas se modere una potestad a otra...”²⁹, con lo que deja en claro que todo poder debe encontrar límites en los demás poderes.

De hecho continuaría diciendo que “...para formar un gobierno moderado, es preciso cotejar las potestades, arreglarlas, templarlas, ponerlas en movimiento, y dar un lastre, por decirlo así, a la una, para ponerla en estado de resistir a la otra; es una obra maestra de legislación que el acaso hace rara vez, y que rara vez se deja hacer a la prudencia.”³⁰

Años después, sería Madison, en *El Federalista*, quien retome tales ideas y manifieste que “...ningún hombre puede ser juez en su propia causa, porque su interés es seguro que privaría de imparcialidad a su decisión y es probable que también corrompería su integridad...”³¹ Ambas razones las consideramos importantes para afirmar que todo proceso constitucional debe sustentarse, en la medida de lo posible, en la teoría de los frenos y contrapesos, a efecto de que los controladores no queden sin control. Dicho en palabras de Paolo Comanducci (*vid. supra*. CAPÍTULO SEGUNDO, inciso b), sería optar por el constitucionalismo de los contrapoderes (aquel que, a fin de limitar el poder y/o de garantizar los derechos

²⁸ El Dr. Antonio Carlos Pereira ha señalado que “cada uno de los poderes tiene, por derecho propio, la misión de corregir los desequilibrios generados por los otros, de igual manera que en el mundo físico se consiguen equilibrios gracias a los frenos y contrapesos existentes en las máquinas.” (Véase: Pereira Menaut, Carlos-Antonio, *Lecciones de Teoría Constitucional*, *op. cit.*, p. 117.)

²⁹ Montesquieu, M, *El espíritu de las leyes*, *op. cit.*, Libro XI, Capítulo IV, p. 237.

³⁰ *Ibidem*, Libro V, Capítulo XIV, p. 97.

³¹ Hamilton, A. *et al.*, *El Federalista*, número X (Madison), p. 19, http://www.historyandderecho.com.ar/constitucional/hamilton_madison%20el%20federalista.pdf

fundamentales, propone un sistema institucional de *checks and balances*), como medio para materializar el constitucionalismo fuerte (aquel que limita al poder, pero para garantizar los derechos fundamentales).

Teniendo claras las finalidades que perseguimos, es que consideramos que podría diseñarse un nuevo proceso constitucional bajo el nombre de *acción de constitucionalidad de la Constitución*. Dicho proceso se desarrollaría en tres distintas etapas, teniendo claro desde ahora, que para su promoción, sería necesario establecer un esquema de legitimación activa similar al propuesto en apartados anteriores (*vid. supra.* inciso c.3), por lo que no abundaremos más sobre este aspecto.

Una vez incoado el proceso, la primera de las tres etapas mencionadas la configuraría un *control jurídico*, ya que implicaría adicionar una fracción 4 al artículo 105 de la CPEUM, en la que se creara dicho proceso facultando a la SCJN para revisar formal y materialmente las enmiendas constitucionales, para lo cual, contaría con el lapso improrrogable de 4 meses.

Si se llegare el caso de declarar la invalidez de la reforma constitucional, dicha declaratoria sólo tendrá efectos si fuera adoptada por una mayoría calificada de 8 ministros, aunado a que los efectos que tendría serían parecidos a los del derecho de veto dentro del proceso legislativo, es decir, sería una especie de <<veto judicial>>.

Una vez que la SCJN declarara por mayoría calificada que la reforma constitucional violenta el núcleo intangible de la Constitución, estaríamos entrando a la segunda de las etapas, la cual se haría consistir de un *control político* que podría ejercer el Poder revisor de la Constitución sobre dicha declaratoria de la SCJN.³²

Como ya hemos dicho, la declaratoria de invalidez de la reforma constitucional que realizare la SCJN sería una especie de <<veto judicial>>, por lo que sólo representaría un obstáculo que podría ser salvado por el Poder constituyente permanente, en una segunda votación, a través de una mayoría absoluta súper calificada de 4/5 partes en el Congreso de la Unión, y de 2/3 partes de las legislaturas locales. (*vid. supra.* inciso c.2)

Por lo anterior, si tomamos en consideración la redacción actual del artículo 135 constitucional, para reformar actualmente la CPEUM se requieren, si todos los legisladores federales estuvieran presentes el día de la votación: 333 votos

³² En un artículo intitulado *¿Hacia una justicia constitucional "dúctil"?...*, Tania Groppi señaló que una forma de solucionar el problema de la difícil legitimación de la justicia constitucional podría ser *"la introducción de instrumentos que permitan al poder político superar las decisiones de los tribunales (...) En estos casos las decisiones de los tribunales tienden a aparecer como mensajes al parlamento en forma jurídica."* (Véase: Groppi, Tania, "¿Hacia una justicia constitucional "dúctil"?...", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I, pp. 346-347)

aprobatorios de la Cámara de Diputados; 85 votos aprobatorios de la Cámara de Senadores; y el voto aprobatorio de 16 legislaturas locales. Con el esquema propuesto, para salvar el <<veto judicial>> emitido por la SCJN, en una segunda votación se requerirían: 400 votos aprobatorios de la Cámara de Diputados; 102 votos aprobatorios de la Cámara de Senadores; así como el voto aprobatorio de 20 legislaturas locales.

En este sentido, debe precisarse que el Poder revisor de la Constitución contaría con el plazo de 4 meses contados a partir de la declaratoria que emitiera la SCJN, para salvar el veto judicial al que nos hemos referido, por lo que en tal periodo, entraríamos a una tercera etapa en la que se podrían presentar dos escenarios diversos.

Si el Poder revisor de la Constitución no alcanzara la mayoría absoluta súper calificada para salvar el veto judicial, la declaratoria de invalidez de la SCJN tendría efectos definitivos, y no podría enmendarse la Constitución, es decir, la reforma aprobada en la primera votación no sería promulgada y por lo tanto no entraría en vigor, aunado a que no podría volver a presentarse en el lapso de dos años; pero si el Poder revisor de la Constitución obtuviese la mayoría para salvar el veto judicial, la reforma sería inmediatamente publicada y promulgada, y por lo tanto, sería parte del texto constitucional.

Con lo anterior, ¿qué se lograría?

Desde nuestra óptica, además de proteger el núcleo intangible de la Constitución, se establecerían los tres tipos de control a los que hemos hecho referencia (*jurídico, político y social*), los cuales limitarían claramente las funciones de los órganos del Estado que participarían en el proceso constitucional propuesto, aunado a que se atendería a la teoría de los frenos y contrapesos ya mencionada. Expliquémoslo en partes.

En primer lugar, se generarían tres *controles jurídicos*, a saber: **(i)** el ejercido por la SCJN al revisar las reformas que aprobara en primera votación el Poder constituyente permanente; **(ii)** el que se encuentra implícito en la forma en cómo la SCJN pudiera llegar a declarar la invalidez de tales reformas, ya que para proceder en ese sentido, requeriría de una mayoría calificada de 8 votos; y **(iii)** el relativo al efecto de la declaratoria de invalidez, la cual no sería definitiva, ya que sólo representaría un veto judicial.

En segundo lugar, se generaría un *control político* ejercido por el Poder constituyente permanente sobre la SCJN y las declaratorias de invalidez que ésta pronuncie respecto de las reformas constitucionales, ya que dicho veto judicial, podría ser salvado por una mayoría absoluta súper calificada del Poder reformador de la Constitución. Con ello, se estaría respetando la legítima imposición de un órgano de carácter democrático y representativo, como lo es el Órgano de revisión constitucional.

Finalmente, y en tercer lugar, se concretaría también un *control social* ejercido por la sociedad civil y la opinión pública sobre la SCJN y sobre el Poder constituyente permanente, ya que una vez resuelto el caso por la SCJN, se abriría el espacio de tiempo necesario (4 meses) para que dicha opinión pública discerniera sobre el contenido de la reforma constitucional objeto de análisis, así como sobre los argumentos esgrimidos por la SCJN que sirvieran de justificación para la declaratoria de invalidez, propiciando así un espacio de reflexión para que el Poder constituyente permanente tome o no en consideración todo lo anterior, antes de proceder a una segunda votación que pudiera servir para salvar el veto judicial.

De esta forma, se respetaría el papel fundamental que otorga cualquier Constitución democrática al Poder revisor de la Constitución, ya que *"...si como se señala con acierto en los procesos de interpretación constitucional se deben insertar todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos, debiéndose abandonar la idea de la sociedad cerrada de los intérpretes jurídicos de la Constitución, de manera coherente con dicha posición cuando se trata no ya de la interpretación, sino de la propia configuración, una correcta producción del Derecho Constitucional sólo puede ser fruto del compromiso de una democracia de ciudadanos..."*³³

No podemos perder de vista que, por ideal que parezca, toda reforma constitucional debería implicar un amplio debate, una reflexión sosegada y un consenso democrático debido a que el *"...texto constitucional debe seguir siendo de todos y de nadie; sus reformas no pueden provenir de impulsos o de un estilo decisionista ajenos a la amplia reflexión que supuso, en su momento, el proceso constituyente"*³⁴, pensarlo de otra manera nos hace correr el riesgo de que *"...se pueda tomar el trascendente camino de la reforma constitucional como un mero punto del programa electoral de un Partido"*³⁵, que busca titulares de prensa, sin ir debidamente equipado de un ancho esfuerzo de pensamiento sobre los vicios de nuestro sistema político que pueden requerir de mutación constitucional.³⁶

De esta forma se estaría salvando la objeción de aquellos que sostienen, con fundamento en las teorías de Hobbes o Schmitt, que pensar en un control constitucional de reformas constitucionales es tanto como crear a un nuevo soberano, y con ello, un poder ilimitado.

³³ Ferreyra, Raúl Gustavo, "Reforma constitucional y cuestiones políticas", *op. cit.*, p. 125.

³⁴ Alzaga Villaamil, Oscar, *et al.*, *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*, *op. cit.*, p. 198.

³⁵ Consideramos que en gran medida esto es lo que ha ocurrido durante los 93 años de vigencia de la CPEUM, ya que nuestra Ley Fundamental ha sufrido –al día de hoy (enero de 2010)– 500 reformas en 189 decretos, promediando con esto, 5.4 reformas por año, lo que si se compara con el caso norteamericano, en el cual, su Poder revisor ha realizado 27 enmiendas en los 222 años de vigencia de su Constitución, promediando así 0.12 reformas por año, claramente se puede advertir que el Poder constituyente permanente de México ha sido un conducto de los partidos políticos gobernantes para llevar al texto constitucional sus programas políticos.

³⁶ Alzaga Villaamil, Oscar, *et al.*, *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*, *op. cit.*, p. 199.

Ahora bien, ¿qué pasaría con las reformas aprobadas a la Constitución en la primera votación?, ¿entrarían en vigor aún y cuando exista la posibilidad de que pudieran ser declaradas inválidas por la SCJN?, ¿no generaría esto una inseguridad jurídica de amplias magnitudes?

Las dudas son razonables, por ello, sería necesario precisar dos temas del proceso constitucional al que hemos venido denominando *acción de constitucionalidad de la Constitución*, a saber: **(i)** ¿cuál sería el plazo para que los órganos que cuentan con legitimación activa pudieran incoar tal proceso constitucional ante la SCJN?, y **(ii)** ¿qué efectos tendrían las reformas a la Constitución aprobadas por el Poder reformador mediante la primera votación?

Por lo que hace al plazo de presentación de la *acción de constitucionalidad de la Constitución*, consideramos que sería suficiente un plazo de 30 días contados a partir del día en que el Congreso de la Unión, o la Comisión Permanente, hicieran el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaratoria de haber sido aprobadas las reformas o adiciones a la Constitución. En este punto en particular, es importante enfatizar que deberá contarse el plazo de los 30 días a partir de la fecha de dicha declaratoria, y no a partir del día de su publicación, ya que si dentro de dicho plazo se inicia la *acción de constitucionalidad de la Constitución*, la publicación de la reforma constitucional impugnada deberá quedar suspendida hasta en tanto no se finalice el proceso constitucional.

Por lo que hace a los efectos que tendrían las reformas a la Constitución aprobadas mediante la primera votación, debemos decir que la propuesta implicaría, no sólo crear el proceso constitucional al que hemos hecho referencia, sino adicionar un tercer párrafo al artículo 135 constitucional en el que se clarifique que toda reforma constitucional deberá ser publicada 30 días después de la declaratoria de haber sido aprobada la reforma, así como una previsión de que en caso de que sea planteada la *acción de constitucionalidad de la Constitución* dentro de tal plazo, la publicación quedará supeditada al resultado del proceso.

Por lo anterior, podemos decir que la *acción de constitucionalidad de la Constitución* configuraría esencialmente un control previo (o *a priori*) de la constitucionalidad de las enmiendas a la Ley Fundamental, ya que si se llegara el caso de que la SCJN tuviera que conocer de este proceso, y por lo tanto, realizar el control jurídico al que hemos hecho referencia, la publicación de las reformas constitucionales impugnadas quedarían suspendidas, hasta en tanto no finalice su desahogo.

Lo anterior debe ser así, ya que, “...la promulgación de la nueva norma constitucional implica la imposibilidad de todo enjuiciamiento posterior, pues, como tal (...) ha de ser tenida por norma incondicionada en su validez”³⁷. Además, con

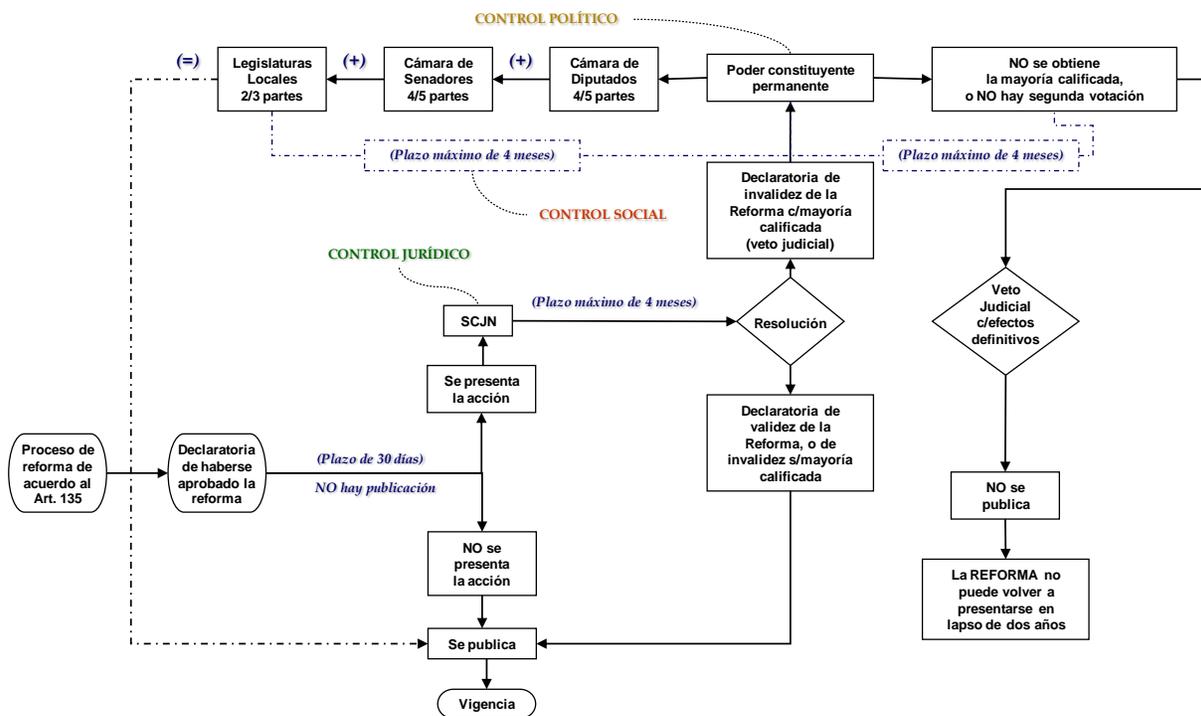
³⁷ Requejo, Juan Luis, “El Poder constituyente constituido”, *FUNDAMENTOS. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Universidad de Oviedo, España, núm. 1, 1998, p. 1, <http://www.uniovi.es/constitucional/fundamentos/primer/>

el esquema propuesto, se estaría generando la seguridad jurídica suficiente en torno a la posible impugnación de enmiendas constitucionales, ya que la reforma aprobada sólo podría ser promulgada y publicada, una vez transcurrido el plazo de 30 días, y siempre y cuando no se haya iniciado la *acción de constitucionalidad de la Constitución* en dicho plazo.

Así, las reformas que llegaren a promulgarse y publicarse, serían incondicionadas en su validez, no por el simple hecho de que deriven del Poder constituyente constituido (como hoy ocurre), sino porque una vez revisada la reforma sin que se declare violatoria del núcleo intangible, o bien, una vez transcurrido el plazo para la interposición de la acción de constitucionalidad de la Constitución, sin que ésta fuera promovida, la reforma adquiriría, ahora sí, una legitimidad democrática incuestionable.

A efecto de explicar de mejor manera el procedimiento de *acción de constitucionalidad de la Constitución*, a continuación hemos elaborado un diagrama que muestra su posible funcionamiento:

ACCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN



Por último, debemos analizar si la propuesta anterior cumple o no con las características de ser un proceso constitucional, para lo cual, formularemos las siguientes interrogantes:

- *¿El proceso es instado por órganos políticos o públicos, exclusiva o conjuntamente con los ciudadanos?*

Sin duda, ya que de acuerdo a la propuesta que realizáramos del esquema de legitimación activa, los órganos facultados para iniciar este proceso son, tanto órganos públicos como un porcentaje de los ciudadanos inscritos en el Registro Federal de Electores.

- *¿En el proceso pueden intervenir órganos públicos o entes colectivos aportando su parecer en lo debatido?*

Ampliamente, ya que por el esquema de controles que atienden a la teoría de frenos y contrapesos, son cuantitativamente considerables los órganos que intervienen en el proceso, pero sobre todo, controlándose los unos a los otros.

- *¿El juez cuenta con mayores poderes tanto materiales como procesales que los que tiene habitualmente en la justicia ordinaria?*

Lo cierto es que la presente propuesta no llega a este tipo de detalles, sin embargo, nos parece que en la labor que realizaría la SCJN al realizar el control jurídico dentro de la *acción de constitucionalidad de la Constitución*, los ministros deberán contar con las mismas potestades con las que cuentan al momento de resolver las acciones de inconstitucionalidad³⁸, lo que sin duda se traduce en poderes materiales y procesales mayores de los que tiene la justicia ordinaria.

- *¿La sentencia recaída en el proceso produciría efectos erga omnes?*

Por su puesto, ya que si el Poder constituyente permanente, al momento de realizar el control político sobre la declaratoria de invalidez de la SCJN, no obtiene la mayoría calificada para salvar el veto judicial, dicho veto estaría adquiriendo efectos de una sentencia definitiva *erga omnes*, al punto de que la reforma constitucional impugnada no podría ser publicada, y tampoco podría ser presentada nuevamente en el plazo de dos años.

Asimismo, y en caso de que el Poder constituyente permanente sí obtuviese la mayoría calificada para salvar el veto judicial, tal mayoría produciría la publicación inmediata, y entrada en vigor, de la reforma impugnada.

³⁸ Por citar algunos ejemplos a efecto de darnos cuenta de las amplias facultades con que cuenta la SCJN al resolver las acciones de inconstitucionalidad, mencionaremos sólo los artículos 68 y 71 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional, mismos que son del tenor siguiente: “Art. 68. *Hasta antes de dictarse sentencia, el ministro instructor podrá solicitar a las partes o a quien juzgue conveniente, todos aquellos elementos que a su juicio resulten necesarios para la mejor solución del asunto...*”, y “Art. 71. *Al dictar sentencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá corregir los errores que advierta en la cita de los preceptos invocados y suplirá los conceptos de invalidez planteados en la demanda. La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá fundar su declaratoria de inconstitucionalidad en la violación de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el escrito inicial...*”

De lo anterior, claramente se puede concluir que la *acción de constitucionalidad de la Constitución* cumple con los dos fines originalmente buscados: **(i)** limitar al Poder revisor de la Constitución y, **(ii)** no generar un nuevo poder ilimitado.

Pasemos ahora a la segunda de nuestras propuestas, la cual atiende al temor, quizá fundado en parte, de aquellos que dicen que con esquemas como el anterior se estaría generando el gobierno de los jueces, ya que se descarga en ellos, gran parte de la responsabilidad por concretar el constitucionalismo.

d.3) Demanda de control constitucional intangible. Otra propuesta para concretar el control sobre el Poder constituyente permanente.

Para nadie es desconocido el debate que sostuvieron, a inicios del siglo XX, Hans Kelsen y Carl Schmitt en torno a la defensa de la Constitución, concretamente, en torno a quién debería ser el guardián de la misma.

Como se sabe, será el autor de la Constitución austriaca de 1920 el que hiciera descansar la defensa de la Constitución en un órgano *ad hoc*, que se instituyera en el guardián de la ley fundamental, generando así el conocido sistema de control concentrado de la constitucionalidad, a diferencia del sistema de control difuso (o *judicial review*) establecido en el artículo 6° de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica³⁹, y concretado por el juez Marshall en la paradigmática sentencia del famoso litigio *Marbury vs. Madison* en 1803.

De tal debate, no debemos olvidar que una de las principales objeciones que se han presentado en contra del control difuso de la constitucionalidad, y que fue precisamente la causa para que Hans Kelsen propusiera el sistema de control concentrado, es que el *judicial review* terminaría por generar un gobierno de los jueces.⁴⁰

³⁹ Dicho artículo en la parte conducente establece que: “Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.”

⁴⁰ Se ha escrito que “Kelsen pretendía evitar el riesgo de un gobierno de los jueces, peligro sentido por amplios sectores de la doctrina europea de la época, como revela la clásica obra de Lambert (...) El propio Kelsen admitiría de modo expreso que aunque con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución austríaca de 1920, los tribunales austríacos tenían la facultad de apreciar la legalidad y constitucionalidad de los reglamentos, limitándose por el contrario, en lo que al control constitucional de las leyes se refería, al estrecho marco o límite de verificar su correcta publicación y una de las metas de la Constitución de 1920 fue la ampliación del control de constitucionalidad de las leyes, no se consideró, sin embargo, aconsejable conceder a cada tribunal el poder ilimitado de apreciar la constitucionalidad de las leyes.” (Véase: Fernández Segado, Francisco, *La Jurisdicción constitucional ante el siglo XXI*, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid. Discurso de recepción como académico correspondiente en España, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), 24 septiembre de 2002, p. 6, www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artjurisdiccionconstitucional/at_download/file)

El término de gobierno de los jueces “...es una expresión utilizada al inicio del siglo XX por estudiosos de orientación progresista para criticar la jurisprudencia de la magistratura americana, de tipo federal (...) La expresión, utilizada ya por estudiosos americanos, debe mucho de su notoriedad al libro de un estudioso francés de derecho comparado, Eduard Lambert que, luego de la primera guerra mundial, atacó vigorosamente las propuestas para introducir formas de control judicial de constitucionalidad en los ordenamientos de Europa continental. Según Lambert, esta innovación significaría dar a la magistratura un verdadero poder legislativo, aún superior al de los parlamentos (...) Lambert ciertamente exageraba el poder ejercitado por los jueces americanos –consideraba que podrían revisar también la constitucionalidad de las enmiendas a la Constitución–...”⁴¹

Nótese cómo, en la primera mitad del siglo XX, el darle facultades al órgano judicial de revisar la constitucionalidad de las enmiendas constitucionales generaba temor. La advertencia manifestada por Lambert y por Kelsen, ya la había hecho notar de diversa manera Alexis de Tocqueville, quien en su obra *La democracia en América*, manifestaba que “...el juez norteamericano [incluida la Corte Suprema] es llevad[a] a pesar suyo al terreno de la política, [pudiendo] incluso decir que sus atribuciones son casi enteramente políticas, aunque su constitución sea enteramente judicial (...) En las naciones de Europa, los tribunales no tienen sino a particulares como justiciables; pero se puede decir que la Suprema Corte de los Estados Unidos hace comparecer soberanos ante su barra. Cuando el ujier de estrados, adelantándose en las gradas del tribunal, llega a pronunciar estas palabras: ‘El Estado de Nueva York contra el de Ohio’, se siente que no se halla uno en el recinto de una corte de justicia ordinaria. Y cuando se piensa que uno de esos dos litigantes representa a un millón de hombres, y el otro a dos millones, se asusta uno de la responsabilidad que pesa sobre los siete jueces [ahora son nueve] cuyo fallo va a regocijar o a contristar a tan gran número de sus conciudadanos. En manos de los siete jueces federales descansan incesantemente la paz, la prosperidad y la existencia misma de la Unión.”⁴²

Por su parte, Schmitt criticaría a Kelsen, e indirectamente a Lambert y Tocqueville, al decir que “...el tribunal que falla el conflicto constitucional decide de un modo distinto a un fallo judicial, ejerce algo distinto a la tradicional justicia. El juez constitucional queda facultado para adoptar medidas políticas, o ha de impedir otras, procediendo activamente en ambos casos en el orden político, [concluyendo que] al juez no es posible transferirle la decisión en materia política,

⁴¹ Granieri, Carlo, “El gobierno de los jueces en Europa”, *Revista Puente@Europa*, Italia, núm. 1, marzo 2005, año III, www.obreal.unibo.it/File.aspx?IdFile=157

⁴² Tocqueville, Alexis De, *La Democracia en América*, 2ª ed., trad. de Luis R. Cuéllar, México, FCE, 1957, pp. 109, 146 y 147, <http://books.google.com.mx/> (También puede consultarse, sobre este mismo tema: Brage Camazano, Joaquín, *La Acción de Inconstitucionalidad*, México, UNAM-IIJ, 2000, Serie Estudios Doctrinales, núm. 191, p. 175, <http://www.scribd.com/doc/7850290/La-Accion-de-Inconstitucionalidad-Joaquin-Brage-Camazano-PDF>)

*que es propia del legislador, sin alterar su posición constitucional...*⁴³

Las advertencias anteriores no pueden ser consideradas menores. En su *Curso de Derecho Político* (1976), Lucas Verdú ya hacía referencia a “...las dificultades [que surgen] de las relaciones entre lo jurídico y lo político.”⁴⁴

Además, tales dificultades se incrementan cuando un Estado, como es el caso del mexicano, se encuentra en pleno proceso de transición democrática. Al respecto, Javier Couso refiere que “...la judicialización de la política en democracias no consolidadas, o es difícil de introducirse, o puede ser contraproducente (...) porque la experiencia histórica indica que en países con una débil tradición de respeto al Estado de derecho, la judicialización de la política suele acabar con la independencia de la judicatura, ya que los gobernantes (...) sucumben a la tentación de intervenir la judicatura con personas que les parezcan confiables (...) Por ello, alentar la judicialización de la política en democracias no consolidadas, antes de que hayan institucionalizado firmemente la independencia de la judicatura, conlleva el riesgo de que en lugar de una judicialización de la política, se produzca más bien una politización de la justicia...”⁴⁵

Así, bien puede actualizarse la conocida advertencia de Guizot, quien ya afirmaba en 1835 que “...el ejercicio de la política y el de la justicia son enteramente distintos [al punto de que] el uno no puede suplir al otro...”⁴⁶, razón por la cual, Pedro de Vega –parafraseando al mismo Guizot– sostendría que “...cuando se judicializa la política, la política nada tiene que ganar, mientras que la justicia tiene todo que perder...”⁴⁷ Son, éstas frases, más que un simple juego de palabras.

De todo lo anterior, rescato tres ideas que son fundamentales para el desarrollo del presente apartado: **(i)** las dudas e inquietudes razonables de Tocqueville, Lambert y Kelsen al referirse, con cierta cautela, respecto del sistema de control difuso de la constitucionalidad (o *judicial review*) toda vez que, con dicho sistema, se terminaría por generar un gobierno de los jueces; **(ii)** la crítica que hiciera Schmitt a Kelsen, consistente en que, aún ante un sistema de control concentrado, todo juez que decide sobre un conflicto constitucional está, al final de cuentas, procediendo activamente en el orden de lo político y; **(iii)** que alentar la judicialización de la política en democracias no consolidadas, conlleva el riesgo

⁴³ Citado por Bordalí Salamanca, Andrés, “La función judicial de defensa del orden constitucional”, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁴ Lucas Verdú, Pablo, *Curso de Derecho Político*, *op. cit.*, t. I, p. 2.

⁴⁵ Couso, Javier, “Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política”, *Tribunales Constitucionales y Consolidación de la Democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007, pp. 187-188.

⁴⁶ Guizot, Francois, *Tratado sobre la pena de muerte en materia política*, trad. por Agustín Alcayre Ibieta, Valladolid, Imprenta de la Viuda de Roldan, 1835, p. 138, <http://books.google.com.mx/>.

⁴⁷ De Vega, Pedro, “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa y UNAM, 2000, pp. 34-35.

–advierte Couso– de generar el efecto contrario, es decir, la politización de la justicia.

Por todo lo anterior, si la propuesta señalada en el inciso anterior pudiera ser objetada con los argumentos expuestos, debido a que consiste en crear un proceso constitucional en el que, dentro de la primera de sus etapas, la SCJN realizaría un control jurídico sobre las decisiones del Poder revisor de la Constitución, una alternativa sería hacer descansar dicho control en un órgano que posea similares características a las del Poder constituyente permanente, y que por lo tanto, no sea de naturaleza judicial sino de naturaleza política. A modo de propuesta, planteamos que tal órgano reciba el nombre de *Órgano de control constitucional intangible*.

En este propósito, comenzaremos por analizar cuáles son las características del Poder revisor de la Constitución, a fin de apegarnos a ellas en el desarrollo de este planteamiento.

En primer lugar, una de las más importantes características que posee el Poder reformador de la Constitución, es que no delibera y ejerce sus facultades de manera permanente, o si se prefiere, la función de reformar la Constitución es una función transitoria, ya que si tomamos en consideración que el Poder constituyente permanente se encuentra configurado por los legisladores del Congreso de la Unión y por los legisladores de las legislaturas de los Estados de la República, para nadie es desconocido que la mayoría de sus actos y decisiones las asumen en su calidad de funcionarios federales –los primeros– y de funcionarios locales –los segundos–, a través de la aprobación, derogación y reforma de la legislación federal y local respectivamente, siendo excepcional su proceder como Poder constituyente constituido, lo cual realizan, no como funcionarios federales o locales, sino como autoridades constitucionales.⁴⁸

Es decir, la primera característica que posee el Poder revisor de la Constitución, es que no delibera de modo permanente, sino sólo cuando lleva a cabo el análisis, y en su caso aprobación, de las iniciativas de reforma constitucional.

En segundo lugar, otra de las características esenciales de dicho Poder reformador es que, al estar configurado por los órganos legislativos, tanto de carácter federal, como de carácter local, desarrolla una función representativa de suma importancia, ya que en ellos deben verse representadas todas las voces de

⁴⁸ En este punto es importante realizar una salvedad, ya que por principio, la facultad que tiene el Poder revisor de aprobar enmiendas a la Constitución debe ser una facultad que se ejercite con cierta mesura, lo cual no se actualiza en el caso mexicano, debido a que nuestra Ley Fundamental ha sufrido –al día de hoy (enero de 2010)– 500 reformas en 189 decretos durante los 93 años que tiene de vigencia, promediando con esto, 5.4 reformas por año, lo que si se compara con el caso norteamericano, en el cual, su Poder revisor ha realizado 27 enmiendas en los 222 años de vigencia de su Constitución, promediando así 0.12 reformas por año, claramente se puede advertir que el Poder constituyente permanente de México, ha sido “*extraordinariamente*” activo.

la sociedad mexicana.⁴⁹

En tercer lugar, Sánchez Agesta refiere que el Poder constituyente constituido posee, además de las mencionadas, las siguientes características:⁵⁰

- Encuentra su legitimidad en la legalidad de su función, la cual, está regulada por la Constitución, es decir, su autoridad deriva de la misma Constitución que ha de reformar.
- Su poder y eficacia no se funda en una autoridad o en una fuerza material extraña al orden constituido, sino que es precisamente el orden constitucional vigente quien permite la efectividad de su ejercicio. El fundamento de su eficacia es el respeto al Derecho existente, por ello, más que hablar de su legitimidad cabe hablar de su legalidad.
- Está en una posición de supra a subordinación respecto ese Derecho ya existente y establecido, debido a que no es anterior a todo Derecho por fundarse en la Constitución, aunque puede reformarla.

Ahora bien, una vez que hemos advertido las principales características que debe poseer el Poder revisor de la Constitución, a saber: **(i)** ser un órgano que no delibera de modo permanente; **(ii)** plural y en donde se encuentren representados los diversos sectores de la sociedad mexicana; **(iii)** cuya legitimidad la encuentra en la legalidad de su función; **(iv)** el fundamento de su eficacia es el respeto al Derecho existente y; **(v)** está en una posición de supra a subordinación respecto ese Derecho ya existente y establecido.

Con base lo anterior, es que pudiéramos pensar en la configuración de un órgano dotado de similares características que fuera el encargado de revisar, material y formalmente, las enmiendas constitucionales que llegaren a impugnarse.

En este sentido, la *demanda de control constitucional intangible* sería un proceso constitucional de similares características y fases, que las que posee la acción de constitucionalidad de la Constitución, pero con la diferencia sustancial de que, en lugar de que fuera la SCJN (órgano judicial) la que realizara el control sobre los actos del Poder reformador de la Constitución, sería un órgano de naturaleza política (*Órgano de control constitucional intangible*) el que llevaría a cabo dicha función, con lo cual se garantizaría que esta facultad o poder de control, no estuviere focalizada, ni en el Poder judicial, ni en alguno de los poderes constituidos que actúan con regularidad.

⁴⁹ Lo cual, dicho sea de paso, ya hemos puesto en entredicho, debido a su cada vez mayor cercanía a los partidos políticos y su lejanía respecto del pueblo al que dicen representar. No obstante, dicha función representativa debe ser afirmada, al menos, desde el punto de vista teórico constitucional.

⁵⁰ Citado por Lucas Verdú, Pablo, *Curso de Derecho Político*, op. cit., t. II, p. 588.

No podemos desconocer que, aquellos que no comparten la opinión de la necesidad de someter al Poder revisor de la Constitución a límites y controles, arguyen que el órgano controlador estaría configurándose en soberano, y con ello, en un órgano con poder absoluto, razón por la cual, hemos considerado que es fundamental que en la integración de ese órgano, se atienda al principio de equilibrio y colaboración entre poderes, ya que *“...lo contrario al poder absoluto es el poder compartido, aquel que desagrega funciones y competencias, que encuentra en el equilibrio de fuerzas la mejor fórmula para legitimar sus actos frente a la sociedad; que además se opone al predominio unilateral, transita y se somete sin complejos a sus fuerzas equilibrantes”*⁵¹, con lo cual, estaríamos garantizando que el actuar de tal órgano tuviera un proceder equilibrado.

Asimismo, en la integración de dicho órganos debemos atender al sistema de federalismo cooperativo, ya que no debemos ignorar que a pesar de que la Constitución de 1917 había *“...establecido un modelo de federalismo dual en el que existían varias esferas competenciales perfectamente separadas y definidas (...) en los últimos años se han agregado en el texto constitucional una serie importante de materias de carácter concurrente, es decir, materias que deben ser realizadas por más de uno de los cuatro niveles de gobierno que establece la propia Constitución, normalmente a partir de una regulación-marco que dicta el Congreso de la Unión, [razón por la cual] el texto constitucional se ubica dentro de un denominado modelo de federalismo: el que se ha llamado ‘federalismo cooperativo’, desarrollado desde hace años en muchos países, especialmente en Alemania.”*⁵²

Por lo anterior, en la integración del *Órgano de control constitucional intangible*, deberá estarse a dicho modelo de federalismo, a fin de que en tal órgano, tengan voz y voto los diversos niveles de gobierno.

Una vez analizadas las características que deberá cumplir dicho órgano, y determinados los principios a los que debe atenderse para su integración, estamos en la posibilidad de realizar una propuesta concreta. En este propósito, el *Órgano de control constitucional intangible* podría estar integrado de la siguiente manera:

- 1) El Presidente de la República.
- 2) El Presidente de la mesa directiva de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.
- 3) El Presidente de la mesa directiva de la Cámara de Senadores del

⁵¹ Delgado, Fortino, “El equilibrio de poderes”, en Valadés, Diego y Gutiérrez, Rodrigo (coords.), *Democracia y Gobernabilidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, t. II, p. 207, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/93/10.pdf>

⁵² Carbonell, Miguel, “La reforma constitucional al artículo 73 en materia de turismo”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 11, julio-diciembre de 2004, p.250, <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/885/88501109.pdf>

Congreso de la Unión.

- 4) El Presidente de la SCJN.
- 5) El Presidente de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- 6) El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- 7) El Presidente del Consejo General del Instituto Federal Electoral.
- 8) El Presidente del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica.
- 9) El Gobernador del Banco de México.
- 10) Dos Gobernadores de los Estados de la República, elegidos a través del método de insaculación.
- 11) Dos Presidentes de las mesas directivas de las Legislaturas Locales, elegidos a través del método de insaculación.
- 12) Dos Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados de la República, elegidos a través del método de insaculación.

Como se puede observar, el *Órgano de control constitucional intangible*, estaría integrado por 15 miembros, a través de los cuales se ven representados los poderes federales, los poderes locales, los órganos constitucionales autónomos de carácter nacional que se encuentran establecidos en la propia CPEUM, así como el máximo tribunal en materia electoral de nuestro país.

Ahora bien, si hemos dicho que el *Órgano de control constitucional intangible* debe poseer similares características a las del Poder constituyente permanente, toca ahora preguntarnos si esto se actualiza con la propuesta anterior. Haremos pues, las siguientes interrogantes:

- *¿Es un órgano que no delibera de modo permanente, y por lo tanto puede decirse que sus funciones las ejercería transitoriamente?*

Sin duda alguna, ya que todos sus miembros, al ser titulares de órganos del Estado mexicano, estarán realizando con regularidad las funciones y tareas propias de sus encargos, y sólo deliberarán y se avocarán a realizar el control sobre las enmiendas constitucionales, cuando sea incoada la *demanda de control constitucional intangible*.⁵³

⁵³ Cabe aquí señalar, que respecto de la función transitoria del *Órgano de control constitucional intangible* que se propone, ya han existido algunas experiencias similares en

- *¿Es un órgano plural y en donde se encuentren representados los diversos sectores de la sociedad mexicana?*

Consideramos que sí, debido a que en él se encuentran representados los poderes federales, los poderes locales, los órganos constitucionales autónomos de carácter nacional que se encuentran establecidos en la propia CPEUM, así como el máximo tribunal en materia electoral de nuestro país.

- *¿Su legitimidad la encuentra en la legalidad de su función, es decir, su autoridad deriva de la misma Constitución?*

Sin duda, ya que su misión será velar por el respeto irrestricto del núcleo intangible de la Constitución, con base en los procesos que, al respecto, llegaren a establecerse en la Carta Magna.

- *¿Tiene como fundamento de su eficacia el respeto al Derecho existente?*

Por su puesto, debido a que no podría crear Derecho, sino simplemente erigirse en una especie de constituyente permanente de carácter negativo (legislador negativo), es decir, sólo podría declarar la validez o invalidez de las enmiendas a la Ley Fundamental, sin que ello implique una función de carácter judicial propositiva, y mucho menos, un activismo judicial.

En pocas palabras, el *Órgano de control constitucional intangible* sería un ente de similares características a las que Kelsen dotó al Tribunal Constitucional austriaco, es decir, un órgano de carácter político-legislativo que debía de actuar, de manera tal, que redujera al mínimo la irremediable dimensión subjetiva o

Latinoamérica. Concretamente nos referimos a la Corte de Constitucionalidad creada por los constituyentes guatemaltecos de 1965, quienes, con base en los proyectos aprobados durante el III Congreso Jurídico Guatemalteco, celebrado en la Ciudad de Guatemala en septiembre de 1964, y con base fundamentalmente en la estructura del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, incorporaron el Tribunal Constitucional con el nombre de *Corte de Constitucionalidad* (Art. 262), *de carácter transitorio* y no autónomo, integrado por doce magistrados, incluyendo al Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien lo presidía, cuatro magistrados de la misma y los siete restantes por sorteo global que se practicaba entre los magistrados de las Cortes de Apelaciones y de los Contencioso Administrativo. La Corte de Constitucionalidad organizada conforme a la Constitución de 1965 y su Ley Orgánica, poseía una competencia muy restringida y sus funciones se reducían exclusivamente a conocer ocasionalmente del recurso de inconstitucionalidad y, por esta vía procesal, a declarar por mayoría de ocho de sus miembros de la inconstitucionalidad de las leyes o disposiciones gubernativas de carácter general que contenían vicio parcial o total de inconstitucionalidad, pero excluía toda otra intervención respecto al amparo directo, el conocimiento en apelación de esta acción, de la apelación de inconstitucionalidad en casos concretos y de otras materias. El recurso de inconstitucionalidad únicamente lo podía interponer: a) el Consejo de Estado; b) el Colegio de Abogados y Notarios; c) el Ministerio Público; y d) cualquier persona o entidad a quien afectara directamente la inconstitucionalidad de ley o disposición gubernativa impugnada, con el auxilio de diez abogados. (Véase: página de Internet de la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, concretamente en el apartado relativo a su historia, <http://www.cc.gob.gt/>)

creativa que tiene todo órgano, sea Legislativo o Judicial.⁵⁴ De ahí la propuesta de que sea un órgano de carácter político.

- *¿Está en una posición de supra a subordinación respecto ese Derecho ya existente y establecido?*

Sin duda, de hecho, de tal característica del Poder revisor de la Constitución resaltada por Sánchez Agesta, debe inferirse que no es un poder ilimitado, ya que no es anterior a todo Derecho por fundarse en la Constitución, lo que nos permite concluir que, a pesar de que pueda reformar la Ley Fundamental, no puede alterarla o sustituirla por completo.

Así, tal característica también la vemos materializada en el *Órgano de control constitucional intangible*, ya que al momento de revisar las enmiendas constitucionales, deberá ajustarse al núcleo intangible de la Constitución, no pudiendo alterarlo o sustituirlo, sino sólo protegerlo, quedando así subordinado a dicho núcleo.

A modo de recapitulación, la *demanda de control constitucional intangible* sería un proceso constitucional que tendría las mismas características de la acción de constitucionalidad de la Constitución, pero con dos diferencias sustanciales, a saber: *(i)* que el control que se genera en la primera de sus etapas estaría a cargo de un órgano de naturaleza política, al cual hemos denominado *Órgano de control constitucional intangible* y, *(ii)* que las reglas para determinar a los órganos legitimados para promoverla tendrían que ser diferentes, a fin de no vulnerar el principio general de derecho que establece que nadie puede ser juez de su propia causa. Expliquémoslo a continuación.

Para que dicho proceso pudiera iniciarse, sería necesario el esquema de legitimación activa siguiente:

1. El veinte por ciento de los diputados del Congreso de la Unión, siendo necesario que dichos diputados se hayan abstenido de votar la reforma constitucional impugnada, o bien, hayan votado en contra de la misma. No podrá suscribir la demanda el Presidente de la mesa directiva.
2. El veinte por ciento de los senadores del Congreso de la Unión, siendo necesario que dichos senadores se hayan abstenido de votar la reforma constitucional impugnada, o bien, hayan votado en contra de la misma.

⁵⁴ De hecho, Kelsen afirmaría que “...mientras el legislador no está vinculado a la Constitución más que con respecto al procedimiento y solamente de forma excepcional respecto al contenido de las leyes (...) la actividad del legislador negativo, de la jurisdicción constitucional, está, por el contrario, absolutamente determinada por la Constitución (...) se trata principalmente de la aplicación y sólo en una débil medida de creación del Derecho.” (Véase: Prieto Sanchís, Luis, “Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa y Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I, p. 461)

No podrá suscribir la demanda el Presidente de la mesa directiva.

3. Al menos dos de los órganos constitucionales autónomos establecidos en la CPEUM, siendo necesario que soliciten de manera conjunta la revisión de la reforma constitucional. Los presidentes de los órganos constitucionales autónomos que suscriban la demanda, no podrán integrar al *Órgano de control constitucional intangible*, por lo que sólo en este caso, dicho órgano no estaría integrado por 15 miembros, sino sólo por 13.
4. Al menos cinco Gobernadores de los Estados de la República, siendo necesario que soliciten de manera conjunta la revisión de la reforma constitucional impugnada. Los cinco Gobernadores que suscriban la demanda, no podrán integrar el *Órgano de control constitucional intangible*, por lo que no entrarían al proceso de insaculación para determinar su integración.
5. Al menos cinco legislaturas de los Estados de la República, siendo necesario que soliciten de manera conjunta la revisión de la reforma constitucional impugnada y que dichas legislaturas no hayan emitido su voto en torno a la reforma constitucional impugnada, o bien, hayan votado en contra. Los cinco Presidentes de las mesas directivas de las Legislaturas Locales que suscriban la demanda, no podrán integrar el *Órgano de control constitucional intangible*, por lo que no entrarían al proceso de insaculación para determinar su integración.
6. Al menos cinco tribunales superiores de justicia de los Estados de la República, siendo necesario que soliciten de manera conjunta la revisión de la reforma constitucional impugnada. Los cinco Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia que suscriban la demanda, no podrán integrar el *Órgano de control constitucional intangible*, por lo que no entrarían al proceso de insaculación para determinar su integración.
7. A los ciudadanos que representen un número no menor al cero punto uno por ciento del padrón electoral que satisfagan los requisitos que para el ejercicio del voto establezca la ley.

Por lo que hace al plazo de presentación de la *demanda de control constitucional intangible*, consideramos que sería suficiente un plazo de 30 días contados a partir del día en que el Congreso de la Unión, o la Comisión Permanente, hicieran el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaratoria de haber sido aprobadas las reformas o adiciones a la Constitución. En este punto en particular, es importante enfatizar que deberá contarse el plazo de los 30 días a partir de la fecha de dicha declaratoria, y no a partir del día de su publicación, ya que si dentro de dicho plazo se inicia la *demanda de control constitucional intangible*, la promulgación y publicación de la reforma constitucional impugnada,

quedaría suspendida hasta en tanto no se finalice tal proceso constitucional.

Ahora bien, una vez incoado el proceso, la primera de las tres estas etapas mencionadas, la configuraría un *control cuasi jurisdiccional* realizado por el *Órgano de control constitucional intangible*, el cual deberá realizarse en el lapso improrrogable de 4 meses. De la misma forma que en la acción de constitucionalidad de la Constitución, si se llegare el caso de que el *Órgano de control constitucional intangible* declarara la invalidez de la reforma constitucional, dicha declaratoria tendría efectos si fuera adoptada por una mayoría calificada de 10 de sus miembros, o bien, por 9 de sus miembros si la demanda fuera interpuesta por dos de los órganos constitucionales autónomos, supuesto en el cual, la integración del *Órgano de control constitucional intangible* sería sólo de 13 personas.

Los efectos de la declaratoria de invalidez serían parecidos a los del derecho de veto dentro del proceso legislativo, configurándose así una especie de <<veto político>>.

Una vez que el *Órgano de control constitucional intangible* declarara por mayoría calificada que la reforma constitucional violenta el núcleo intangible de la Constitución, estaríamos entrando a la segunda de las etapas, la cual se haría consistir de un *control político* que podría ejercer el Poder revisor de la Constitución sobre dicha declaratoria de invalidez, por lo que las siguientes fases de la *demanda de control constitucional intangible*, serían exactamente las mismas que las que hemos propuesto para la acción de constitucionalidad de la Constitución, es decir, la declaratoria de invalidez de la reforma constitucional que realizare el *Órgano de control constitucional intangible* sería sólo un obstáculo que podría ser salvado por el Poder constituyente permanente, pero exigiendo, en una segunda votación, una mayoría absoluta de 4/5 partes en el Congreso de la Unión, y de 2/3 partes de las legislaturas locales.

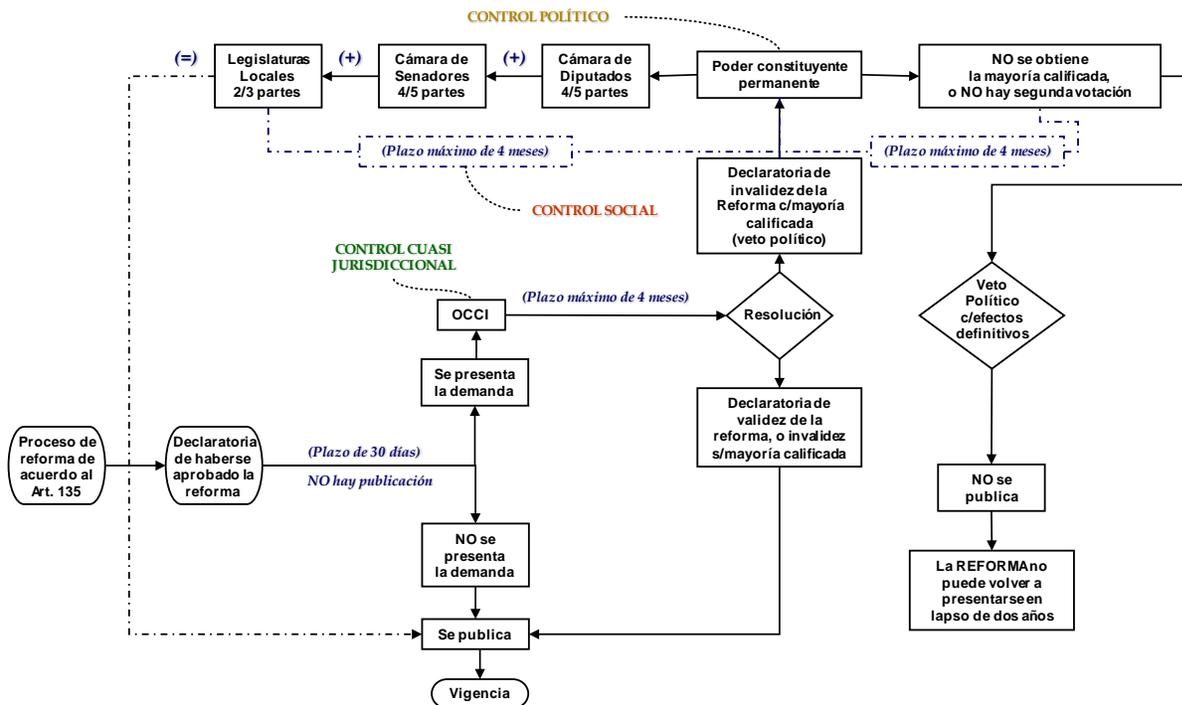
Por lo anterior, a efecto de generar la misma seguridad jurídica pretendida en la acción de constitucionalidad de la Constitución, la propuesta implicaría no sólo crear el proceso constitucional al que hemos hecho referencia, sino adicionar un tercer párrafo al artículo 135 constitucional en el que se clarifique que toda reforma constitucional deberá ser publicada 30 días después de la declaratoria de haber sido aprobada la reforma, así como la previsión de que, en caso de que sea planteada la *demanda de control constitucional intangible*, la promulgación y publicación de la reforma quedará supeditada al resultado del proceso.

Por lo anterior, podemos decir que la *demanda de control constitucional intangible* configuraría esencialmente un control previo (o *a priori*) de la constitucionalidad de las enmiendas a la Ley Fundamental, ya que si se llega el caso de que el *Órgano de control constitucional intangible* tenga que conocer de este proceso, y por lo tanto, realizar el control cuasi jurisdiccional al que hemos hecho referencia, la promulgación y publicación de las reformas constitucionales impugnadas quedarían suspendidas, hasta en tanto no termine por desahogarse

dicho proceso.

Veamos ahora en el siguiente esquema su funcionamiento:

DEMANDA DE CONTROL CONSTITUCIONAL INTANGIBLE



Consideramos que con esta propuesta, quedarían debidamente atendidas las preocupaciones y advertencias que realizara Tocqueville, Lambert, Kelsen, Schmitt y Couso, en el sentido de que arregarle facultades al Poder judicial para realizar un control sobre los actos del Poder revisor de la Constitución, sería tanto como configurar un peligroso gobierno de los jueces.

Aunado a lo anterior, lo trascendente de las propuestas que se han formulado, consiste en la pretensión de atender un temor que se ha venido actualizando en sistemas políticos similares al mexicano, como lo son, los de algunos países latinoamericanos, los cuales, al basar su democracia en la existencia de partidos políticos, han decaído en verdaderas partidocracias. Tales sistemas mantienen latente el peligro de que, las mayorías parlamentarias, aprueben verdaderas *contra-reformas constitucionales*, es decir, lo que en apartados anteriores hemos denominado *reformas demolitorias* (vid. supra. CAPÍTULO SEGUNDO, inciso d.3)

Así por ejemplo, Cajas Sarria narra que, en el año de 2006, la amplia popularidad de la cual gozaba el Presidente colombiano en ese entonces, no sólo le permitió su reelección, sino que, derivado de las elecciones legislativas de ese mismo año, llegó a contar con amplias mayorías en el Congreso, debido a que los

partidos que lo apoyaron, ganaron la mayoría de los escaños.

Con tales ingredientes, refiere Cajas Sarria, se ha generado la posibilidad de que se aprueben nuevas *contra-reformas* a la Constitución, como las que proponen disminuir el alcance de las acciones de tutela (recurso de amparo) contra sentencias, o para proteger derechos sociales, y en general, recortar las facultades de la Corte para ejercer el control constitucional.

Incluso, el 1° de septiembre de 2009, el congreso colombiano había dado luz verde al proyecto reeleccionista del presidente Uribe, tras aprobar la Cámara de Representantes la convocatoria a un referéndum para modificar la Constitución, y permitirle con ello, acceder a un tercer mandato presidencial, lo que sin duda representaría el quiebre del principio republicano de gobierno en aquel país. Por ello, y en torno al caso colombiano, en el que existe un contexto que parece configurar un presidencialismo desbordado, Cajas Sarria invita a la reflexión preguntándose: “¿quién y cómo se puede defender la Constitución?”⁵⁵

Una posible respuesta sería el establecimiento de procesos constitucionales que permitan revisar los actos del Poder reformador, a fin de que cualquier intensión contraria al constitucionalismo, y al núcleo esencial de la Constitución, pudiera ser atajada de plano, consolidando así un auténtico y eficiente *Imperio del Derecho*.

Así, una vez que ya hemos realizado las propuestas de nuevos procesos constitucionales, consideramos que es necesario identificar cuáles son los riesgos que se derivan de la actual configuración del Estado constitucional y democrático de Derecho, a fin de poder señalar qué prevenciones deben adoptarse para disminuir, en la medida de lo posible, el peligro de configurar un nuevo poder ilimitado en el órgano que llegare a revisar los actos del Poder constituyente constituido.

e) Otras prevenciones para limitar al órgano que lleve a cabo el control constitucional de los actos del Poder revisor de la Constitución.

Como ya lo habíamos adelantado, será importante no sólo establecer cuáles podrían ser los controles a lo que pudiera quedar sometido el Poder judicial, o cualquier otro órgano, a fin de que no se constituyera en un órgano ilimitado al momento de realizar el control constitucional de las reformas a la Ley Fundamental, sino también advertir con claridad los riesgos y prevenciones que actualmente se derivan de la configuración del Estado constitucional y democrático de Derecho.

Antes de continuar con el desarrollo de este apartado, queremos hacer patente que la mayoría de las ideas que se manifestarán han sido expresadas por

⁵⁵ Cajas Sarria, Mario Alberto, "Acerca del control judicial de la reforma constitucional en Colombia", *op. cit.*, p. 39.

Rodolfo Luis Vigo, filósofo del derecho que ha sido muy enfático a través de su obra escrita, en advertir los peligros que se pueden generar si se hace descansar, sólo en los órganos judiciales, la responsabilidad de concretar el constitucionalismo.⁵⁶

Una vez realizada la aclaración anterior, debemos comenzar por señalar que la actual configuración del Estado constitucional y democrático de Derecho, obedece en gran medida, al nuevo concepto que se viene haciéndose cada vez más presente cuando se habla del Estado constitucional. Nos referimos al concepto de *neoconstitucionalismo*.

Como ya lo hemos señalado, el neoconstitucionalismo “...puede hacerse coincidir [señala Mauro Barberis] con el ataque al positivismo jurídico capitaneado por Ronald Dworkin [quien] con el argumento de los principios, hace su aparición en el panorama filosófico-jurídico [con] una posición que muestra el principal rasgo distintivo del neoconstitucionalismo respecto al iuspositivismo y al iusnaturalismo: la idea de que el Derecho no se distingue necesariamente o conceptualmente de la moral, en cuanto incorpora principios comunes a ambos.”⁵⁷

De un análisis preliminar, el cambio de paradigma anterior podría parecer benéfico, ya que ante la crisis del positivismo formalista, pensadores como Hart, romperían con la visión *aséptica* y *avalorativa* de la labor del jurista, defendida por dicha ideología, admitiendo así, la crítica al Derecho desde el punto de vista de la moral.

De este modo, el Derecho ya no puede concebirse como un sistema *neutral*, cerrado y autosuficiente. Por el contrario, hoy más que nunca se admite que la moral influye continuamente en el orden jurídico, el cual siempre representa una opción moral ante un determinado problema humano. La decisión, y con ella la implicación personal y la consiguiente responsabilidad del operador jurídico, aparece en todos los niveles. Ello es especialmente evidente en relación a la función judicial, pero generalmente, en relación con la función interpretativa y argumentativa del Derecho.⁵⁸

Sin embargo, el panorama no es del todo claro, toda vez que con la aparición del *neoconstitucionalismo*, y la trascendencia que ha venido adquiriendo en la función interpretativa y argumentativa de lo jurídico, el actual Estado constitucional y democrático de Derecho presenta diversos riesgos, los cuales, para efectos del presente estudio, resultan de suma importancia a fin de evitar

⁵⁶ Cfr. Vigo, Rodolfo Luis, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: riesgos y prevenciones”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. VI, pp. 403-451, <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2560/21.pdf>

⁵⁷ Barberis, Mauro, “Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral”, *op. cit.*, p. 260.

⁵⁸ Aparisi Millares, Ángela, *Ética y deontología para juristas*, Madrid, Eunsa, 2006, pp. 73-75.

incurrir en ellos.

A modo de recapitulación, derivado de lo hasta ahora analizado, podemos claramente señalar que las diferencias sustanciales entre el *Estado liberal o legislativo de Derecho* y el *Estado constitucional y democrático de Derecho* son las siguientes:

Estado Liberal o Legislativo	Estado Constitucional y Democrático
La manera de frenar al poder era a través de las leyes emitidas por los parlamentos.	La manera de frenar al poder es a través de la Constitución y su rigidez.
Equiparación del Derecho a la Ley, por lo tanto el único Derecho existente era el emitido por el propio Estado.	Se transita de la Ley al Derecho. El Derecho ya no sólo es la ley, sino que se configura una entidad jurídica sobre la que el gobernante carezca de jurisdicción.
El Derecho sólo son normas jurídico - positivas. La Moral es separada del Derecho.	El Derecho son normas, principios y valores. La Moral se vincula nuevamente con el Derecho.
La soberanía radica en el parlamento, por lo tanto para saber si la ley es aplicable sólo se requiere que sea aprobado por éste y de acuerdo al procedimiento preestablecido.	La soberanía radica en la Constitución, por lo tanto, ya no basta que la ley sea emitida por el parlamento, sino que se realice el control constitucional para saber si las leyes son o no acordes con la misma.
La función de los jueces se limitaba a la aplicación automática de la ley, por lo tanto no son necesarios los tribunales constitucionales.	Los jueces asumen relevancia debido a que serán ellos los que califiquen de constitucional o no a las normas jurídicas, por lo tanto se crean los tribunales constitucionales y las garantías constitucionales.

Ahora bien, si además de identificar los cambios sustanciales entre los dos tipos de Estado de Derecho, no cerramos los ojos a una de las principales críticas que se han vertido, en torno a la estructura del actual Estado constitucional y democrático de Derecho, como lo es, el carácter *contra-mayoritario*⁵⁹ de los

⁵⁹ Si bien es cierto que con la estructura del actual Estado constitucional y democrático de Derecho se genera un amplio control, también es cierto que paceré generar un poder –casi desbordado- para el órgano judicial, ya que el garante de todos los elementos de la configuración de dicho Estado será, en última instancia, la magistratura constitucional, o quien tenga la misión de velar por el núcleo intangible de la Ley Fundamental. Por lo tanto, la idea del “*gobierno de los jueces*” resulta muy adecuada, si además analizamos con detenimiento de dónde debe derivarse la legitimidad de órganos con tales facultades, los cuales –por si no fuera poco- poseen un carácter contra-mayoritario. Hoy se nos presenta como un matrimonio indisoluble la relación entre Democracia y Constitución, sin embargo, ¿en realidad esta relación representa un matrimonio necesario e incuestionable?, es decir, ¿la Constitución es democrática? La verdad es que resulta bastante debatible, ya que por qué una generación del presente debe estar atada a lo decidido por una generación del pasado, ¿esto es democrático? No por nada hay autores que plantean la necesidad de pensar en esquemas más flexibles para el cambio constitucional, por ejemplo, proponiendo que la Constitución sea revisada cada quince o diecinueve años. Pues esta tensión entre Democracia y Constitución también la vemos reflejada dentro de las decisiones de la jurisdicción constitucional, ya que actualmente su papel dentro del Estado constitucional y democrático de Derecho, es velar por el cumplimiento de la Constitución, generándose así lo que los teóricos han denominado la “*brecha interpretativa*”, que no es otra cosa sino la diferencia entre el enunciado normativo constitucional y su aplicación en un caso concreto, es decir, lo mandado

órganos judiciales y tribunales constitucional, podremos plantearnos cuáles son los riesgos de esta estructura constitucional.

En este propósito, de manera muy breve enumeraremos los riesgos del actual Estado constitucional y democrático de Derecho a los que hace referencia Vigo, señalando sólo aquellos que tienen mayor relación con el presente trabajo:

1° La Sobre interpretación de la Constitución o “sobre constitucionalización”: este riesgo consiste en suponer que en la Constitución está todo el Derecho concentrado y que, por lo tanto, en ella se encuentran todas las respuestas jurídicas, lo cual es incorrecto ya que hay que ver a la Constitución como marco o referencia, no como el Derecho en sí.

2° La irrelevancia o debilitamiento del Poder Legislativo y de la ley: este riesgo consiste en pensar que no es necesario tener un órgano legislativo si con la Constitución y los jueces constitucionales sobra y basta. Si el Derecho parte de la razón práctica, bien cabe preguntarnos: ¿quién aporta más y mejores razones en sus actuaciones, los jueces constitucionales o los legisladores?, sin duda alguna los jueces constitucionales, por lo tanto, los legisladores y sus actos resultan innecesarios.

3° Debilitamiento de la Democracia: el riesgo se hace consistir en que ya no habrá democracia, sino una aristocracia, debido a que los responsables de dirigirnos será un grupo de personas (los jueces constitucionales) muy preparadas, doctas, provenientes de las Universidades y peritos en Derecho, pero con el problema de que no son elegidos democráticamente.

4° Nuevo iuspositivismo ideológico constitucional: el iuspositivismo ideológico consiste en que el aplicador jurídico o el destinatario de las normas positivas no pueden ejercer ninguna clase de crítica respecto del contenido y fundamento axiológico de tales normas, ya que el legislador era infalible, es decir, nunca se equivocaba. No habría más que recordar el razonamiento que plasmara Rousseau en su *Contrato Social*, en el sentido de que la voluntad general era la

por el texto y la forma en cómo al final de cuentas éste es interpretado y aplicado. Por ello, no podemos desconocer que si el sistema democrático se basa en que las decisiones se tomen por regla de mayoría, cómo entender que, al mismo tiempo, se conciba que un grupo de once personas nos digan qué puede un ciudadano decir y qué debe callar, cuando –por ejemplo- dotan de contenido al derecho fundamental de libertad de expresión a través de sus interpretaciones. Esto refleja un problema, y sólo haciéndonos conscientes del mismo podremos pensar en ciertas prevenciones. No por nada se afirma que “*el control judicial de la constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema [...] cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción de un Ejecutivo electo, ella tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora (...) El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente de la democracia, y ésta es la razón de que se pueda hacer la acusación de que el control judicial es antidemocrático.*” (Véase: Vázquez Cardozo, Javier, “Justicia constitucional y democracia. La independencia judicial y el argumento contramayoritario”, *Tribunales Constitucionales y Consolidación de la Democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007, p. 211.)

que el pueblo estatuye para sí mismo, de manera que la ley, cuando reunía las condiciones de generalidad y abstracción y resultaba del consenso popular, no podía ser injusta, ya que nadie lo es consigo mismo.

Pues ahora, lo que se pensaba de la ley y del legislador, se piensa de la Constitución y del Poder constituyente originario y del Poder constituyente permanente. Se transita así, del *mito del legislador perfecto* al *mito del constituyente perfecto*⁶⁰, afirmándose que “*el éxito del gobierno constitucional, la afirmación de la supremacía de la Constitución (...) necesita del mito de la Constitución perfecta –sabia, completa, sin lagunas ni contradicciones–, de la creencia de que correctamente interpretada, la Constitución proveerá la respuesta apropiada para cualquier tipo de conflicto...*”⁶¹

Lo anterior implica un riesgo, ya que este nuevo iuspositivismo ideológico resulta contraproducente, por ejemplo, en materia de interpretación de derechos fundamentales, al punto de que Carbonell señala que “*...conviene tener presente que en materia de interpretación de los derechos fundamentales se requiere de los aplicadores jurídicos nuevas perspectivas y, sobre todo, que se dejen atrás los tradicionales postulados iuspositivistas.*”⁶²

5° Desnormativización del Derecho: si tal y como refiere Alexy, la diferencia entre el legalismo y el constitucionalismo, radica en que aquél, a diferencia de éste, enarbola las normas y rechaza los principios y valores, ahora el neoconstitucionalismo despreciará a las normas, desbordando así su entusiasmo por los principios.⁶³

Así por ejemplo, Zagrebelsky diría que el Derecho del Estado constitucional está formado, sobre todo por principios, ya que de otra forma no sería apto para la aproximación *rígida*, y poco *dúctil*, del método iuspositivista, debido a que se terminaría por desatender las exigencias de justicia (sustancial y no meramente formal) que la realidad práctica del Derecho llevaría en sí mismo.⁶⁴ Ese es el riesgo, pensar que el Derecho debe estar configurado sólo por principios.

6° Hipermoralización del Derecho: si el Derecho concentrado lo encontramos en los principios, y los principios son planteamientos morales o axiológicos con forma jurídica, podemos concluir que el Derecho está en la moral. Se convierte a los juristas en moralistas. No por nada “*...para Dworkin los*

⁶⁰ Sagüés, Néstor Pedro, “La Interpretación Constitucional y la Alquimia Constitucional. (El arsenal argumentativo de los Tribunales Supremos)”, *op. cit.*, pp. 177-199.

⁶¹ Ahumada, Marian, “La expansión del control de constitucionalidad”, *Tribunales Constitucionales y Consolidación de la Democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007, p. 132.

⁶² Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, 2ª ed., México, Porrúa, 2005, p. 130.

⁶³ Vigo, Rodolfo Luis, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: riesgos y prevenciones”, *op. cit.*, p. 418.

⁶⁴ Cfr. Pozzolo, Susana, “Un constitucionalismo ambiguo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2006, pp. 194-195.

principios son exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moral...⁶⁵, por lo que termina por convertirse a la Constitución en una especie de religión civil.

7° Olvido del silogismo deductivo: tomando en consideración que los jueces y juristas ya no trabajan con normas sino con principios, se piensa equivocadamente que deben prescindir de la lógica-jurídica para dedicarse sólo a la ponderación. *“El entusiasmo argumentativo extendido entre los neoconstitucionalistas puede llevar al olvido del silogismo deducido y sus reglas, lo cual supone un marginamiento injustificado de estructuras que controlan formalmente al razonamiento, incluido el prudencial o el retórico.”⁶⁶*

8° Olvido de la ciencia jurídica: partiendo de la base que una de las diferencias entre normas y principios es que son objeto de estudio de disciplinas diferentes, siendo la ciencia jurídica la encargada de estudiar a las primeras y la filosofía del Derecho la encargada de estudiar a los segundos; y considerando que los principios son expresión viva del *derecho concentrado*, ya no es necesaria la ciencia jurídica, sino sólo la filosofía del Derecho.

9° La pérdida de la seguridad jurídica: como el derecho es lo que los jueces dicen que es, no hay cabida para la seguridad jurídica, sólo para las decisiones justas. *“Podemos coincidir en no reducir la axiología jurídica a la seguridad jurídica, pero nos parece casi una renuncia a las conquistas de la modernidad suprimir directamente ese valor y confiar dogmáticamente en la razón justa del juzgador, aunque éste sea el constitucional.”⁶⁷*

10° La jurisprudencia como única fuente del Derecho: ya no es necesario atender a otras fuentes, ya que todo el derecho positivo es interpretado a través de la jurisprudencia, por lo que ésta se convierte en la única fuente de verdadera relevancia.

11° Debilitamiento del Estado: El Estado sucumbe frente a los órganos supranacionales y la normativa de los tratados internacionales.

12° La producción de reformas constitucionales por vías inconstitucionales: los jueces constitucionales, al ser los intérpretes finales de la Constitución, la cambian por vías distintas a las establecidas. Se genera con ello, dentro de la teoría del cambio constitucional, las denominadas *mutaciones constitucionales*⁶⁸ por vía de interpretación.

⁶⁵ Vigo, Rodolfo Luis, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: riesgos y prevenciones”, *op. cit.*, p. 419.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 421.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 424.

⁶⁸ Salvador Valencia Carmona ha señalado que “...esta teoría comprende los diferentes incidentes y accidentes que puede sufrir una Constitución durante su vigencia, que son, principalmente, los siguientes: reforma constitucional, mutación constitucional, suspensión, quebrantamiento y supresión de la Constitución (...) La mutación constitucional puede originarse de distintas formas o procedimientos: por cambios a través de la ley ordinaria; por la propia

13° El Poder judicial como poder administrador: el protagonismo judicial ya no sólo afecta al Poder legislativo, sino que comienza a afectar al Poder ejecutivo. Así, vemos cada vez más a un Poder judicial decidiendo sobre cuestiones políticas, o bien, sobre cuestiones relativas al poder de bolsa y al presupuesto. No por nada, hoy se empieza a aceptar, con cierto dejo de esperanza, pero también de temor, que “...*el siglo XIX fue el del Poder Legislativo, el siglo XX el del Poder Ejecutivo, pero el XXI sería el del Poder Judicial.*”⁶⁹

Ante los riesgos anteriormente planteados, tenemos, al parecer, dos alternativas que se excluyen entre sí, a saber: **(i)** prescindir del Estado constitucional y democrático de Derecho, o **(ii)** identificar algunas prevenciones que nos alejen de la posibilidad de consolidar el gobierno de los jueces o de cualquier otro poder desbordado. Tales prevenciones, podrían ser las siguientes:

1ª Mejor técnica legislativa: que los que escriban la ley, sepan escribir la ley. Pensar y prever como encajará la nueva norma jurídica dentro del sistema constitucional, es decir, prever la inconstitucionalidad, tanto formal, como material de la ley.

Por ello, para Sáinz Moreno la técnica legislativa o normativa, “...*tiene por objeto formular directrices para construir un ordenamiento jurídico bien estructurado en sus principios e integrado por normas correctamente formuladas, esto es, un ordenamiento que cumpla el principio de seguridad jurídica. En su origen se trataba del arte de redactar cada precepto jurídico (...) pero hoy tiene que resolver, además, problemas más complejos que crea un sistema de fuentes en el que concurren múltiples titulares de potestades normativas.*”⁷⁰

Pedroza de la Llave, parafraseando a Bulygin, Atienza y Aguiló Regla, señala que “...*la técnica legislativa constituye el conjunto de recursos y procedimientos para elaborar un proyecto de norma jurídica, bajo los siguientes pasos: primero, la justificación o exposición de motivos de la norma y, segundo, la redacción del contenido material de manera clara, breve, sencilla y accesible a los sujetos a los que está destinada.*”⁷¹

interpretación jurisprudencial; por el ejercicio o desuso de las competencias o atribuciones concedidas por la ley fundamental; por la costumbre constitucional, en virtud de prácticas generalmente admitidas, diferentes o incluso opuestas a los preceptos de la Constitución.” (Véase: Valencia Carmona, Salvador, “Constitución y reforma constitucional en México”, *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, México, UNAM-IIJ, 1998, t. I, pp. 685-686, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/116/42.pdf>)

⁶⁹ Vigo, Rodolfo Luis, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: riesgos y prevenciones”, *op. cit.*, p. 432.

⁷⁰ Sainz Moreno, Fernando, “Problemas actuales de la técnica legislativa”, *Anuario Jurídico de La Rioja*, España, núm. 1, 1995, p. 59, <http://dialnet.unirioja.es/>.

⁷¹ Pedroza de la Llave, Susana Thalía y Cruz Velázquez, Jesús Javier, “Introducción a la técnica legislativa en México”, en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave, Susana Thalía (coords.), *Elementos de Técnica Legislativa*, México, UNAM, 2000, Serie Doctrina Jurídica, núm. 44, p. 41, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/21/tc.pdf>

Sólo por mencionar un ejemplo de la actual y deficiente técnica legislativa, normalmente al emitir una nueva ley se suelen establecer en los artículos transitorios lo que se conoce como *cláusula general de derogación*, estableciendo que esa nueva ley deroga a las anteriores en todo lo que se le oponga. Así, la falta de un adecuado análisis, será lo que posteriormente genere los problemas con la aplicación de tales normas, y es ahí, ante los conflictos normativos, donde se abre nuevamente el espacio de actuación para los jueces constitucionales, quienes vendrán a enmendarle la plana al legislador.⁷²

2ª Leyes más modestas: es necesario, sin olvidarse de las normas de regla, hacer leyes con principios. Los códigos de cuatro mil artículos generan más problemas que soluciones, debido a que entre más reglas tengan, más probabilidades de producción de antinomias habrá, y ahí es donde nuevamente entrará el juez constitucional a resolver los conflictos normativos. Las leyes deben provocar estabilidad, y cuanto más detalle tengan, más transitorias serán. Aunado a lo anterior, leyes más modestas impedirá que el juzgador adopte la decisión que se le ocurra, ya que establecerán márgenes que le permitirán conseguir “...que el derecho responda efectivamente al bien o interés de todo hombre.”⁷³

No por nada, *sir* Thomas Moore afirmaría en *La Utopía*, que los pueblos deben tener pocas leyes, y que además, éstas deben ser claras, ya que los gobiernos “...que llenan de glosas e interpretaciones [son inequitativos al] obligar a los hombres con tantas leyes que no se pueden leer, y tan oscuras que no son inteligibles.”⁷⁴

En un mismo sentido, otro de los síntomas de la actual crisis del Estado de Derecho, advertida por Ferrajoli, es que “...las leyes en todos los ordenamientos avanzados, se cuentan ahora ya por decenas de miles y están formuladas en un lenguaje cada vez más oscuro y tortuoso, dando lugar a veces a intrincados enredos y laberintos normativos; hasta el punto de que en Italia el Tribunal

⁷² Miguel Carbonell señalará que “la cláusula general de derogación, además de ser inútil (...) es sumamente perniciosa por varias razones, entre las que se pueden mencionar las siguientes: **a)** porque no aclara cuáles son exactamente las normas que quedan derogadas, **b)** como consecuencia de lo anterior los destinatarios de las leyes y los operadores jurídicos no saben con certeza el derecho aplicable a los diversos casos concretos, y **c)** la derogación hecha de esta forma debe ser determinada a través de la interpretación conjunta de la nueva norma y de la norma presuntamente derogada; esa interpretación la llevan a cabo los jueces —no únicamente ellos, pero sí que son los únicos que lo hacen de forma obligatoria—, de lo que resulta una disminución del papel del Poder Legislativo en la función de configuración del ordenamiento vigente, con todo lo que ello implica dentro de un ordenamiento democrático. Lo correcto es que el legislador elabore unas tablas de derogación en donde se señalen, todo lo exhaustivamente que se pueda, las normas que quedan derogadas.” (Véase: Carbonell, Miguel, “Los objetos de las leyes, los reenvíos legislativos y las derogaciones tácitas”, en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave, Susana Thalía (coords.), *Elementos de Técnica Legislativa*, México, UNAM, 2000, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 44, p. 220, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/21/tc.pdf>

⁷³ Vigo, Rodolfo Luis, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: riesgos y prevenciones”, *op. cit.*, p. 436.

⁷⁴ Moro, Tomas, *La Utopía*, 3ª ed., trad. de Gerónimo Antonio de Medinilla y Porres, Madrid, M. Repulles, 1805, p. 98, <http://books.google.com.mx/>

*Constitucional ha tenido que archivar como irreal el clásico principio de que la 'ignorantia legis' en materia penal no excusa...*⁷⁵

3ª Mayor argumentación justificativa en la producción normativa: en la medida en que el legislador justifique ante el pueblo la necesidad de las normas que emite, menos problemas se suscitarán en su cumplimiento y aplicación. El legislador está obligado a dar razones.

Sin embargo, vemos con preocupación cómo los criterios que conforman la doctrina jurisprudencial del Poder judicial mexicano, lejos de exigir lo anterior al Poder legislativo, ya que, ante la necesaria fundamentación y motivación al momento de legislar, lo eximen de toda responsabilidad, señalando que *"...el acto de promulgación de la ley forma parte del proceso legislativo que culmina con su vigencia y, por ende, para el cumplimiento de los requisitos de fundamentación y motivación requiere que provenga de la autoridad competente para ordenar la publicación y circulación de la ley a fin de que pueda ser obedecida (fundamentación), ya que ha cumplido con las formalidades exigidas para ello (motivación); sin que sea necesario, para la satisfacción de tales requisitos, que en el texto del acto promulgatorio se citen (...) las razones que lo llevaron a concluir, tanto que se cumplieron las formalidades exigidas para la expedición de la ley como que la misma no es violatoria de derechos fundamentales, ya que tal cita y razonamiento en el acto mismo de autoridad no se requiere tratándose de actos legislativos..."*⁷⁶

De igual forma, en aquellos apartados del acto legislativo, en donde pudieran encontrarse con facilidad los argumentos que justifican la emisión de la ley correspondiente, se dice que no forman parte de la ley, señalando que *"...las exposiciones de motivos contenidas en una iniciativa de ley, así como los debates del legislador suscitados con motivo de su aprobación, no forman parte del cuerpo legal de un ordenamiento y, por ende, carecen de todo valor normativo..."*⁷⁷, por lo que el legislador, aún y cuando esgrima muy pocos argumentos y efectúe pobres debates legislativos, podrá emitir cuantas leyes quiera sin cuidar su calidad. Nuevamente, estos defectos en la producción normativa, serán incubadoras idóneas para el activismo judicial.

4ª Más estudio y control sobre la jurisprudencia: Vigo señala que en un Estado en el cual las Constituciones y las leyes, dicen lo que los jueces constitucionales dicen que dicen, se debe estudiar *"...no sólo la ley, sino la jurisprudencia, que es otro modo –mucho más realista– de estudiar a la misma ley en cuanto se la ve en movimiento o en compleja capacidad resolutoria..."*⁷⁸ Sólo así,

⁷⁵ Ferrajoli, Luigi, "Pasado y Futuro del Estado de Derecho", *op. cit.*, p. 20.

⁷⁶ Tesis P. C/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. V, junio de 1997, p. 162, registro nº 198428.

⁷⁷ Tesis I.7o.A.55 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, octubre de 2003, p. 1008, registro nº 183060.

⁷⁸ Vigo, Rodolfo Luis, "Constitucionalización y neoconstitucionalismo: riesgos y prevenciones", *op. cit.*, p. 438.

podremos hacer responder a los jueces constitucionales por lo que han hecho con el Derecho. Es necesario que la ciudadanía en general, y el mundo académico en lo particular, se avoquen al estudio crítico de la jurisprudencia a fin de ejercer un control social sobre los jueces.

Así por ejemplo, durante una disertación intitulada *Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia*, Dieter Nohlen diría que “...es necesario promocionar una nueva ciudadanía, centrada en la participación y la cultura política democrática para la consolidación de estos sistemas (...) la participación está íntimamente ligada al acceso en la toma de decisiones en los asuntos políticos y tiene como función legitimar los sistemas políticos democráticos...”⁷⁹

5ª Hacer sistemas jurídicos flexibles y dinámicos: Pedro de Vega sostiene que “un derecho constitucional en el tiempo, que explica la Constitución no como entidad autónoma, sino como realidad jurídica determinada y condicionada por la permanente acción creadora de la sociedad [implica dejar atrás] el absolutismo del normativismo clásico (...) Frente a la idea de Constitución reducida a un conjunto de normas, y entendida como un dato estático, surgirá la idea de Constitución abierta, como algo no concluso y acabado. La Constitución perderá entonces su carácter de norma fija e inmutable para aparecer como un proceso de realización en el tiempo, sujeto a alteraciones y modificaciones continuas (...) Lo que el derecho constitucional en ningún caso puede hacer es seguir operando con los esquemas del pasado, como si el pavoroso fenómeno de la mundialización económica no estuviera produciéndose...”⁸⁰, de lo que claramente podemos concluir que es necesario crear sistemas jurídicos flexibles y dinámicos, que no conserven las cosas como perpetuas, ni siquiera, a la misma jurisprudencia.

Por ello, Vigo afirmará que el concepto de sistema jurídico “...debe ser planteado de manera modesta en el sentido de que sólo será posible un sistema ‘débil’, ‘poroso’ o ‘abierto’ en tanto necesariamente no impedirá que ingrese al mismo directamente material jurídico proveniente desde afuera del mismo.”⁸¹

6ª Más cultura constitucional: a fin de que la función jurisdiccional no se desborde, es necesario que la Constitución, tanto en su parte dogmática como en su parte orgánica, sea conocida por todos, a fin de que sea más factible su cumplimiento, y con ello, se generen menos controversias, con lo cual, menos casos llegarían ante el juez constitucional.

No por nada, Pedro de Vega afirma que “...en este contexto, rompiendo con

⁷⁹ Nohlen, Dieter, “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia”, *op. cit.*, p. 22.

⁸⁰ De Vega, Pedro, “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa y UNAM, 2000, pp. 39 y 44.

⁸¹ Vigo, Rodolfo Luis, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: riesgos y prevenciones”, *op. cit.*, p. 439.

los criterios clásicos de la interpretación establecidos por Savigny, la interpretación constitucional dejará de ser para Häberle, por ejemplo, el mecanismo intelectual que permite averiguar y comprender la voluntad de la ley (voluntas legis), o descubrir el sentido de la voluntad del Poder Constituyente (voluntas legislatoris), para pasar a convertirse en el proceso público en el que se expresan y realizan los deseos y exigencias de la sociedad pluralista. Por eso, intérpretes de la Constitución, en cuanto partícipes posibles de ese proceso público, pueden y deben serlo todos, desde el Tribunal Constitucional hasta el último ciudadano del Estado.”⁸²

7ª Más filosofía jurídica en la formación de los juristas: si se parte de la base que “...la Constitución, a diferencia de la ley, no sólo está formada por reglas, sino también por principios, por lo que presenta más zonas de penumbra, más estándares elásticos”⁸³, será necesario preparar a los juristas contemporáneos en la disciplina que tiene por objeto estudiar tales principios jurídicos, es decir, enseñar más filosofía jurídica en las universidades. Con ello, se podrá entender en su justa medida y proporción, el peso específico de los principios, generando así un sano equilibrio entre principios y normas que nos aleje del riesgo de que los jueces abandonen el silogismo deductivo, para dedicarse únicamente a la ponderación de principios.

No quiere decirse con esto que debe abandonarse el estudio de la ciencia jurídica y de las normas, sino sólo advertir que hoy es una realidad, en la mayoría de los países latinoamericanos, ver en las constituciones y leyes más de principios jurídicos. Así, hoy hay un falso debate entre las normas de principio y las normas de regla. Se dice que las primeras aumentan la inseguridad jurídica, mientras que las segundas la consolidan.

Partir de un prejuicio así, sería tanto como afirmar –señala Vigo– que en países en los que la tradición jurídica deriva del *common law* (vgr. Inglaterra), al encontrarse los aplicadores jurídicos habituados a derivar de los principios las respuestas jurídicas para los casos concretos, debería reinar la inseguridad jurídica; o bien, afirmar que en un país en el que la tradición jurídica deriva del *civil law*, o de derecho codificado y escrito (vgr. México), y por lo tanto, que se encuentra colmado con un sinnúmero de legislaciones impregnadas por normas de regla, deba reinar la seguridad jurídica.

Consideramos que no pueden sostenerse tales afirmaciones, ya que el problema de la inseguridad jurídica dependerá, más bien, de la forma en cómo los aplicadores jurídicos trabajen con los principios y con las normas. De ahí que, una de las prevenciones advertidas sea facilitar, a tales aplicadores, de las herramientas suficientes para entender y aplicar adecuadamente los principios

⁸² De Vega, Pedro, “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, *op. cit.*, pp. 39-40.

⁸³ Comanducci, Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2000, pp. 143.

jurídicos, los cuales, hoy vemos con mayor frecuencia en los textos constitucionales y legales de países, cuya tradición jurídica, no es el *common law*.

8ª Reformulación de los Poderes del Estado: ante esta nueva realidad en la que los jueces constitucionales pueden convertirse en un poder incontrollable, hay que replantear las facultades de los órganos de poder. De hecho, las propuestas relativas a la *acción de constitucionalidad de la Constitución* y la *demanda de control constitucional intangible* son ejemplo de ello, ya que lo que se pretende con tales proposiciones es que se pueda ejercer un control sobre los actos del Poder reformador de la Constitución, pero a su vez, que el órgano que realice tal control, no se erija en un poder ilimitado.

9ª Más ética profesional en la función pública: si una de las premisas que hemos venido sosteniendo a lo largo del presente trabajo, es la incuestionable crisis del Estado liberal y legislativo de Derecho, por lógica podemos (y debemos) afirmar, que dicha crisis ha impactado al positivismo formalista, y como efecto cascada, al modelo de *jurista legalista*. Ahora bien, dicha crisis “...ha potenciado una perspectiva más comprometida con la sociedad y la justicia [y con ello] se ha generado un cambio en relación a la consideración de la ética (...) Ello es especialmente evidente en relación a la función judicial.”⁸⁴ De lo anterior, claramente podemos concluir que es necesario que exista un mayor control para la selección de los jueces constitucionales en particular, y en general, para la selección de cualquier servidor público, a fin de que nuestros representantes estatales sean conscientes que su función “...conlleva siempre la exigencia de una responsabilidad moral que excede la meramente legal.”⁸⁵

10ª Generar una cultura jurídica premial: partiendo de la base que “...el derecho premial constituye un auténtico potenciamiento de la prevención, especial en tanto que la concesión de beneficios especial-preventivos solo se fundan sobre el constatado presupuesto de un comportamiento realmente meritorio del sujeto”⁸⁶, sería muy alentador transitar de una cultura sancionadora del Derecho, a una cultura premial y preventiva del mismo. En la medida que esto se logre, requeriremos menos al juez constitucional, debido a que se cumplirá la ley y con ello, surgirán menos *litis* constitucionales.

11ª Self-restraint judicial: fomentar en los jueces la cultura del autocontrol, a fin de que, por ejemplo, le otorguen a los precedentes, el peso específico que deben tener, debido a que, un tribunal constitucional no puede variar los criterios adoptados de un día para otro, y si lo hace, deberá fundamentar y motivar ampliamente el nuevo criterio sustentado, señalando con claridad por qué abandona el criterio anterior.

⁸⁴ Aparisi Millares, Ángela, *Ética y deontología para juristas*, op. cit., pp. 73 y 75

⁸⁵ *Ibidem*, p. 77

⁸⁶ Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco, *El colaborador con la justicia*, s.l.i., Editorial Dykinson, 2004, colección Ensayos Penales, p. 47, <http://books.google.com.mx/>

Tania Groppi señalará que una solución al problema de la difícil legitimación de los tribunales constitucionales “...son los tribunales mismos, a través de la propia jurisprudencia, los que han desarrollado técnicas para aumentar su soportabilidad para el sistema político. A esta exigencia pueden adscribirse algunas técnicas de decisión que hacen medible el juicio de razonabilidad, como la ponderación, la atención demostrada en la motivación de las sentencias, y, en general, por la transparencia de la motivación, también a través del uso de opiniones disidentes, el self-restraint judicial y la doctrina de las political questions, así como la creación de tipos de sentencias que hagan más circunscrito (en el tiempo o en el espacio) el impacto de las decisiones de inconstitucionalidad.”⁸⁷

Es éste el recuento de los riesgos que hoy parecen configurarse en el principal enemigo del Estado constitucional y democrático de Derecho, los cuales además podrían agravarse si se pensara en crear controles sobre los actos del Poder constituyente constituido, razón suficiente, no sólo para advertirlos, sino para mencionar algunas de las prevenciones que deben implementarse para no perder la magnífica oportunidad que genera nuevamente el constitucionalismo en los albores del siglo XXI: limitar auténtica y eficazmente al poder a través del Derecho.

No se olvide que, por esencia, el Derecho es medio, nunca fin. Por tal razón, su contenido encontrará una conveniente justificación en la medida de que lo acerque a su fin, el cual no es otro que el hombre mismo. Así, y a pesar de que algunos reduzcan, quizá sin quererlo, la finalidad del constitucionalismo a la protección de las libertades, lo cierto es que tales libertades significan poco o nada si no se protegen en función de su titular.

El ser humano es pues, la causa de creación de todo Derecho, por lo que siendo el hombre, el centro y eje, causa y fin de todo ordenamiento jurídico, la persona y su vida, constituyen el fin supremo y el más importante de los bienes jurídicos objeto de tutela legal, razón por la cual, un auténtico y eficaz *Imperio del Derecho* importará siempre el establecimiento de medios de control que aseguren, en la mayor proporción posible, aquellas partes de la Ley Fundamental especialmente constitucionales.

Nos referimos, claro está, a la imperiosa necesidad de transitar de la sola defensa de la Constitución, a la defensa del núcleo intangible de la misma, ya que –parafraseando al Estagirita– resulta evidente, en efecto, que podríamos diferenciar los bienes constitucionales según una doble acepción: unos por sí mismos, otros por razón de aquellos. Separando pues, los bienes constitucionales esenciales de los bienes constitucionales útiles.⁸⁸

⁸⁷ Groppi, Tania, “¿Hacia una justicia constitucional “dúctil”?...”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I, p. 347

⁸⁸ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, op. cit., p. 4.

CONCLUSIONES

*“...el pueblo tiene el derecho original para establecer para su futuro gobierno, los principios que en su opinión mejor logren su propia felicidad (...) los principios así establecidos, se estiman fundamentales. Y como la autoridad de la cual emanan es suprema y no puede obrar con frecuencia, la intención al establecerlos es de que sean permanentes...”**

John Marshall

Con la finalidad de facilitar al lector una síntesis que le permita conocer de manera muy concreta, lo que a lo largo de estas páginas se ha mencionado, a continuación nos permitiremos trazar, en breves párrafos, las conclusiones más importantes a las que hemos arribado en la presente investigación:

- Para poder distinguir en la Constitución, el núcleo de la periferia, debemos rescatar, en primer lugar, la idea de Miguel Reale, quien con toda agudeza nos invita a relacionar el derecho y la práctica jurídica con *el arte de distinguir sin separar, siempre que no haya razones esenciales que justifiquen la contraposición*, salvando así el carácter *jurisprudente* del profesional del derecho; y en segundo lugar, erradicar toda clase de subjetivismos o relativismos tramposos, no por capricho, sino porque –parafraseando a Kalinowski– decir que algunos artículos de la Constitución son más importantes que otros, lo cual es obvio atendiendo a su contenido y al sentido común, es reconocer que hay núcleo y periferia constitucional, pero afirmarlo es estimar, y estimar es medir, lo que implica necesariamente el empleo de una medida. Ahora bien: ella no puede ser sino absoluta; una medida subjetiva o relativa no es en realidad una medida y medir sin medida es simplemente una *contradictio in adjectio*.
- Estas ideas invitan a la reflexión dentro del ámbito del derecho, y muy particularmente, en el campo del Derecho Constitucional. Es por lo anterior que, so pretexto de una debatida reforma constitucional que, en materia electoral, fue aprobada por el Poder constituyente permanente del Estado mexicano, es que hemos querido adentrarnos a la distinción entre lo nuclear/periférico, lo sustancial/accidental y lo esencial/no esencial de la

* Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, Marbury vs. Madison, 1803.

CPEUM a efecto de determinar si, ante tal distinción, los contenidos constitucionales deben ser tratados de la misma forma por los actos de aquél Poder.

- La SCJN ya ha emitido diversas resoluciones en torno a los múltiples amparos promovidos en contra de la reforma constitucional cuestionada. En algunos casos ha desechado tales recursos, en otros ha señalado que son improcedentes, pero en otros ha resuelto devolver el asunto a los jueces de distrito que conocieron en primera instancia, a fin de que se revise la postura asumida por tales juzgadores, lo cual, sin duda alguna, deja abierta la posibilidad de que esos juicios regresen nuevamente al conocimiento del máximo tribunal mexicano.
- Las ideas vertidas por los ministros en el sentido de reconocer la necesidad de limitar al Poder constituyente permanente son trascendentes debido a que pueden ser el punto de partida para consolidar una doctrina jurisprudencial que permita realizar un control formal de las enmiendas a la Carta Magna, lo cual, podría generar en el futuro la idea de ejercer también un control material a partir de la identificación de su *núcleo intangible*.
- Más allá de la disputa política que se ha generado por este caso concreto, y al margen de lo que aseguran las organizaciones patronales en torno a que esta reforma lo que pretende es fortalecer el monopolio que los partidos políticos tienen respecto del sistema político mexicano, o bien, lo que los dirigentes partidistas aseveran respecto de las grandes empresas inconformes, en el sentido de que su molestia se deriva de que han sido tocados los múltiples intereses económicos de aquellos en beneficio de ese sistema político al que dicen defender; resulta de un gran interés el realizar un análisis teórico-interpretativo de los valores, principios y normas constitucionales a efecto de determinar, en la medida de lo posible, algunas cuestiones que pertenecen al ámbito de la Teoría Constitucional: ¿existe un núcleo intangible de la Constitución?, ¿cómo definir su contenido?, ¿una reforma a la misma Constitución debería ser sujeta de control constitucional a través del juicio de amparo o de cualquier otro proceso constitucional *ad hoc*?
- De ser afirmativas las respuestas a las interrogantes antes mencionadas, será importante analizar, desde el ámbito del Derecho Procesal Constitucional, si es factible estructurar un proceso constitucional a través del cual se posibilite el control de las reformas constitucionales, siendo necesario para tal efecto, no pasar por alto las características propias del sistema político-jurídico mexicano.
- Se considera que, al margen del debate en torno a que si deben o no ser susceptibles las reformas constitucionales de control constitucional material, lo que sí parece evidente es que no hay un argumento razonable para pensar que no podrían, tales reformas, ser objeto de un control constitucional formal,

es decir, que pudiere revisarse si el proceso de reforma se ha sido seguido o no, al píe de la letra.

- La conclusión anterior no es equivocada, al punto de que la propia SCJN en el año de 1999 dentro del primer precedente relativo al tema en cuestión, y que dio origen a la doctrina jurisprudencial analizada, había reconocido que *“el contenido del dispositivo constitucional [aprobado por el poder reformador de la Constitución] resulta inimpugnable a través de la demanda de garantías, siendo sólo atacable el proceso de reforma correspondiente...”*
- Por lo que hace al control material de las enmiendas constitucionales, hoy en día nos parece inaceptable afirmar apriorísticamente que no es viable, ya que si no se da una correcta justificación a tal afirmación, misma que parece más un *dogma constitucional* que un argumento lógicamente estructurado, estaríamos cayendo en un escenario peligroso debido a que el trabajo del Poder revisor de la Constitución sería un ámbito del cual el Derecho y la propia Constitución carecerían de jurisdicción.
- Por contradictorio que parezca, si el legislador constituyente sólo se encuentra limitado por requisitos procedimentales, en realidad no existe un verdadero límite, un límite sustancial, ya que materialmente podrá convertir en jurídico lo que le venga en gana o desaparecerlo si eso fuera su propósito. Por ello Alexy concluirá realizando una primera, pero elemental advertencia: *“El modelo puramente procedimental es incompatible con la vinculación jurídica del Legislador a los derechos fundamentales, porque el propio modelo se define precisamente mediante la negación de cualquier tipo de vinculación jurídico-material, como lo es la que se deriva de los derechos fundamentales...”*. Luego, si el Poder revisor de la Constitución no posee límites materiales, jamás podrá estar eficazmente obligado a respetar los derechos humanos.
- No perdamos de vista que el Poder constituyente permanente es, al igual que los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, un poder constituido, y como tal, ante advertencias como la que realiza Alexy no es del todo absurdo pensar en que sus actos deban estar sujetos a un control constitucional material.
- Si lo que pretendemos es encontrar criterios objetivos a la luz de la Teoría Constitucional a fin de determinar la conveniencia o no de que el Poder revisor de la Constitución, y por lo tanto, las reformas a la Ley Fundamental puedan ser objeto de control constitucional material, un tema que debe abordarse para conseguir el objetivo trazado, es el relativo a qué se ha venido entendiendo por Estado de Derecho y su diferencia con la idea original inglesa de *Rule of law*.
- El *Rule of law* debe ser entendido como *Imperio del Derecho*, que no es otra

cosa sino una ideología o procedimiento, invento del constitucionalismo, a través del cual el Derecho debe frenar al poder.

- De ahí que el hecho de que se afirme que el Poder revisor de la Constitución, aún y cuando debe ser considerado un poder constituido, no pueda ser sujeto de control constitucional, ni formal ni material, pareciera acercarnos a aquellas épocas de los Estados medievales en los que los monarcas dictaban el Derecho con cada palabra que pronunciaban, fueran éstas razonables o no, justas o injustas, coherentes o incoherentes. Simplemente eran Derecho porque provenían del monarca, es decir, del *leviatán hobbesiano*.
- No por nada, para Pereira Menaut, el *Imperio del Derecho* debe poseer las siguientes características: **(i)** sumisión de todos los poderes, incluidas las constituciones y los tribunales supremos o constitucionales, a los principios generales del derecho natural, a la igualdad, a la dignidad y, en suma, a los derechos humanos; **(ii)** sumisión de todos los poderes públicos a la Constitución; y **(iii)** sumisión del Ejecutivo a las leyes y a las sentencias judiciales.
- Así, el *Rule of law* y el control de la constitucionalidad configuran una *simbiosis constitucional*, ya que no puede entenderse el uno sin el otro, al punto de que la jurisdicción constitucional sólo tiene sentido en una democracia constitucional, con garantías constitucionales de los derechos humanos y los derechos políticos, con separación de poderes dentro de un Estado de derecho, un bloque de constitucionalidad que antecede de las decisiones que pueda tomar el pueblo a través de los canales de participación. Si al contrario, en una democracia participativa, toda estructura y toda decisión están sujetas al veredicto del soberano popular, incluso de liquidar derechos integrantes del bloque de constitucionalidad, de abdicar a la democracia y de establecer una dictadura, no habrá jurisdicción constitucional.
- Si no se reconoce que todo texto constitucional posee un núcleo intangible, implícitamente se está aceptando que es imposible limitar al poder a través del Derecho, y por lo tanto habría que identificar al constitucionalismo y al *Rule of law* como una *quimera constitucional*.
- El *Estado Liberal o Legislativo de Derecho* experimentó una grave crisis, debido a que comenzó a concebirse como un conjunto de autolimitaciones del Estado, es decir, se redujo el *Imperio del Derecho* o *Rule of law* a un conjunto de autolimitaciones que el Estado se impone a sí mismo.
- Luigi Ferrajoli señalaría que “*el Estado de Derecho moderno nace, con la forma del Estado legislativo de Derecho, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes*

aún existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido <<puesta>> por la autoridad dotada de competencia normativa”, con lo cual, queda claro que en esta primera fase no habrá más Derecho que el producido por el propio Estado.

- Para hablar de una vivencia efectiva del *Rule of law*, o bien, de la existencia de un Estado constitucional y democrático de Derecho, debemos decir que es requisito *sine qua non* la coexistencia de un eficiente sistema de control de constitucionalidad, ejercitado por órganos imparciales e idóneos, ya que éste configura la primera garantía para la tutela de los derechos constitucionales, y con ello, el primer límite al poder. Por ello, hablar hoy de Estado constitucional sin esquemas de control de la constitucionalidad es un contrasentido.
- Aquellos que siguen considerando que el Poder reformador de la Constitución debe quedar exento de cualquier tipo de control esgrimen argumentos como el siguiente: las reformas constitucionales son, nos guste o no, la expresión jurídica de decisiones políticas. Mediante ellas se modifica el documento en el que se expresa el contrato social que ofrece sustento al Estado mexicano. Por ello, el órgano facultado para aprobarlas debe tener una legitimidad democrática incuestionable. Él mismo, sin duda, puede equivocarse, pero, ¿por qué pensar que los jueces no puedan hacerlo?
- Ferrajoli diría que, muy por el contrario, la invitación que nos hace hoy el neoconstitucionalismo es a transitar de la <<democracia formal>> a la <<democracia sustancial>>, siendo esta última una forma de vida social en la que ni siquiera la unanimidad (legitimidad democrática) puede disponer de ese ámbito de lo no negociable, que coincide, por ejemplo, con los derechos humanos indisponibles.
- Si partimos por aceptar que el Poder reformador de la Constitución es ilimitado, tal y como lo han hecho muchos teóricos, tendríamos que arribar a la conclusión de que la única opción ante una reforma demolitoria o destructora de garantías individuales sería necesariamente un movimiento revolucionario.
- La historia de nuestro país nos enseña que en situaciones como la descrita, siempre hay liderazgos lo suficientemente fuertes e inteligentes como para combatir ese tipo de pretensiones. De hecho, Lucas Verdú, al hablar del <<concepto sustancial de Constitución>> señala que su contenido no puede ser rebasado por la reforma constitucional, porque de serlo “...se abandona el cauce de legitimidad constitucional y se inaugura un proceso revolucionario.”
- Por ello, la doctrina jurisprudencial analizada (*vid. supra*. CAPÍTULO PRIMERO), según la cual se establece la improcedencia del juicio de amparo –o de

cualquier otro medio de control constitucional- respecto de las reformas operadas por el órgano reformador de la Constitución, podría considerarse como un reconocimiento implícito del derecho a la revolución, debido a que, ante una reforma demolitoria se orillaría al pueblo a levantar las armas, lo que resulta a todas luces un contrasentido, en el entendido de que una de las funciones del Derecho constitucional debe ser el prever situaciones límite que pudieran poner en peligro la permanencia del Estado, a fin de darles un cauce jurídico e institucional.

- Pero, ¿existe un núcleo intangible en la Constitución? Cerra Jiménez señala que en toda Constitución “...*hay valores, o cuando menos, un valor alcanzado por la sociedad, así sea implícito o tácito, que de acuerdo con su experiencia histórica, su cultura e ideología toma como paradigma y garantía de no retroceso.*”
- Pensarlo de otra manera sería contradecir la tradición constitucional postmoderna, razón por la cual Zagrebelsky afirmaría que “*ya en tiempos de la Revolución francesa se distinguía una parte esencialmente constitucional, relacionada con los fundamentos últimos de la organización jurídica y política (entonces, los derechos individuales, la soberanía nacional y la separación de poderes), de una parte denominada Constitución instrumental, que no contenía los principios fundamentales, sino las técnicas particulares de su realización. A diferencia de la Constitución esencial, la Constitución instrumental se consideraba modificable, a la par de las exigencias contingentes.*”
- La Constitución responde a valores sociales que el constituyente consideró primordiales y básicos para toda la vida colectiva, y que las normas constitucionales deben adaptarse a ellos por ser la base del ordenamiento. Se trata de valores que no son programáticos, que tienen valor normativo y aplicación, y que presiden la interpretación y aplicación de las leyes. Ante la posibilidad de que normas constitucionales colidan con esos valores (*normas constitucionales inconstitucionales*), como nos lo recuerda García de Enterría, y ante la imposibilidad de demandar la nulidad por inconstitucionalidad del propio texto fundamental, la única vía para controlar estas anomalías es acudir a la interpretación constitucional, a la confrontación del texto con los principios que gobiernan la Constitución, de manera que el contenido y alcance de los principios constitucionales se haga vinculante, y evite los efectos indeseables de la anomalía.
- A efecto de resolver el problema antes descrito, Sagüés menciona –como otra de las recetas que pudieran servir para solucionar las controversias internas, ideológicas y normativas de la Constitución– la denominada “*tesis del orden jerárquico de las normas constitucionales*”, la cual establece que no todas las normas constitucionales tienen la misma jerarquía, ya que las hay superiores e inferiores, por lo que en caso de que haya oposición entre ellas, deberán

prevalecer las primeras.

- Un reconocimiento concreto de la *supraconstitucionalidad*, lo podemos encontrar en el artículo 44 de la Constitución de Colombia de 1991, a través del cual, el constituyente de aquél país manifestó la decisión de que los derechos de los niños deberán prevalecer sobre cualquier otro derecho, con lo cual, si se actualizara un caso de contradicción normativa entre normas, y una de estas normas tutelara algún derecho de los niños, deberá preferirse ésta debido a que le fue reconocida explícitamente una jerarquía superior respecto de cualquier otra, aún y cuando el choque normativo se diera a nivel constitucional.
- Otro ejemplo serían las denominadas *cláusulas de intangibilidad*, las cuales para efectos de la presente investigación resultan sumamente importantes, ya que nos permiten identificar el núcleo esencial de la Constitución, y son de suma utilidad a la hora de interpretar este ordenamiento, ya que su introducción en los textos constitucionales tiene como básica finalidad asentar claramente, en el más alto nivel normativo, los supuestos ideológicos y valorativos en que descansa el régimen político que con la Constitución se pretende establecer.
- Por lo que hace a un ejemplo en el que de manera implícita se reconozca la *hiperconstitucionalidad* de algunas cláusulas constitucionales sobre otras, lo encontramos en el Título X de la Constitución española, el cual establece dos diferentes procedimientos para la reforma constitucional; el primero, que podríamos denominar “*de la reforma ordinaria*”, y que opera por regla general; y el segundo, que lo podríamos denominar “*de la reforma extraordinaria*”, que opera sólo cuando la pretensión es reformar algunos contenidos previamente especificados.
- Hoy no debe existir temor alguno para hablar de supra o hiperconstitucionalidad, si tomamos en cuenta que a medida de que se diversifican los niveles de decisión, la jerarquía de las normas y de las fuentes se desarrolla cada vez más. La afirmación de la supraconstitucionalidad no es totalmente utópica como lo era a principios del siglo XX, cuando un control de la constitucionalidad de las leyes era impensable, y más aún el control de la supraconstitucionalidad de las leyes constitucionales.
- Algunos estados (Alemania, Austria, Italia) han dado este último paso al permitir el control de las leyes constitucionales por el juez constitucional y de ahí se desprende la idea cada vez más admitida y generalizada de una jerarquía entre las normas constitucionales, constituyendo algunas el núcleo intangible que no puede ser atacado ni siquiera por la aprobación de leyes constitucionales (Alemania).

- La *tesis del orden jerárquico de las normas constitucionales* no debe desecharse apriorísticamente, debido a que existen cartas magnas en la actualidad que de manera explícita (Colombia, Italia, Francia, Portugal, Salvador, Guatemala, Brasil, Rusia, Venezuela, Ecuador y Bolivia) o de manera implícita (España, Colombia y Sudáfrica) reconocen que existe diferencia entre los contenidos de las diversas cláusulas constitucionales, al punto de establecer límites absolutos mediante la inclusión de *cláusulas de intangibilidad*, o bien, límites relativos, determinando mayor rigor formal para reformar determinados artículos constitucionales.
- Por ello, si hoy no resulta aventurado hablar de la existencia de una *supra* o *hiperconstitucionalidad* que amerite una especial protección –ya sea mediante el establecimiento de límites absolutos o límites relativos al Poder de reforma–, tampoco lo será el afirmar que hay un orden jerárquico entre las normas constitucionales, lo que nos permite arribar a la conclusión de que en toda Ley Fundamental hay un núcleo intangible.
- ¿Qué es el núcleo intangible de la Constitución?, ¿cómo se encuentra configurado?, ¿cuáles son sus componentes?, ¿cómo determinarlo objetivamente?, ¿a través de qué medios o procesos de control de la constitucionalidad pudiera ser protegido?, son interrogantes de significativa magnitud y trascendencia que requieren para su esclarecimiento un estudio profundo, mismo que el lector podrá encontrar a lo largo de la presente obra.
- Lo único cierto es que, hoy más que nunca, se presenta como ineludible la necesidad de transitar de la sola defensa de la Constitución, a la defensa del núcleo intangible de la misma, ya que –parafraseando al Estagirita– resulta *evidente, en efecto, que podríamos diferenciar los bienes constitucionales según una doble acepción: unos por sí mismos, otros por razón de aquellos. Separando pues, los bienes constitucionales esenciales de los bienes constitucionales útiles*, distinción la cual nos obliga también a distinguir la tutela y protección que requieren, ya que los segundos dependen de los primeros.

BIBLIOGRAFÍA

a) Libros y obras consultadas.

- ALBERT MÁRQUEZ, Marta, *Derecho y valor. Una filosofía jurídica fenomenológica*, s.l.i., Encuentro, 2004.
- ALEXY, Robert, *A theory of constitutional rights*, trad. de Julian Rivers, Reino Unido, Oxford University Press, 2002.
- ALZAGA VILLAAMIL, Oscar. *et al.*, *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*, 4ª ed., s.l.i., Editorial universitaria Ramón Areces, s.a., t. I.
- APARISI MILLARES, Ángela, *Ética y deontología para juristas*, Madrid, Eunsa, 2006.
- ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, 17ª ed., trad. de Antonio Gómez Robledo, México, Porrúa, 1998, colección "Sepan cuantos..."
- ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional*, 3ª ed., México, Oxford, 2008.
- ASTUDILLO, César y Carbonell, Miguel (coords.), *Las Comisiones de Derechos Humanos y la acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM-IIJ, 2007.
- BÁEZ SILVA, Carlos (coords.), *Interpretación, Argumentación y Trabajo Judicial*, México, Porrúa-Facultad de Derecho UNAM-Universidad Panamericana, 2009.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, *El colaborador con la justicia*, s.l.i., Editorial Dykinson, 2004, colección Ensayos Penales.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La Acción de Inconstitucionalidad*, México, UNAM-IIJ, 2000, Serie Estudios Doctrinales, núm. 191.
- *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM-IIJ, 2005, serie Doctrina Jurídica, núm. 248.
- DE CABO MARTÍN, Carlos, *La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- CÁCERES NIETO, Enrique, Flores (coord.), *Problemas contemporáneos de la*

- Filosofía del Derecho*, México, UNAM-IIJ, 2005.
- CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002.
- (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2000.
- (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2006.
- y Pedroza de la Llave, Susana Thalía (coords.), *Elementos de Técnica Legislativa*, México, UNAM, 2000, Serie Doctrina Jurídica, núm. 44.
- *Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México*, México, Porrúa, 2000.
- *Los Derechos Fundamentales en México*, 2ª ed., México, Porrúa, 2005.
- *Una historia de los derechos fundamentales*, México, UNAM-Porrúa-CNDH, 2005.
- (coord.), *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, UNAM-ITAM-Siglo XXI Editores, 2002.
- CARPIZO, Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM-IIJ, 2007.
- CASAS MARTÍNEZ, María de la Luz. et al., *Bioética y Aborto. Hacia una cultura de la Vida*, México, Trillas, 2009.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, México, UNAM-IIJ, 1985.
- CONSTANT, Benjamín, *Curso de Política Constitucional*, 2ª ed., trad. de Marcial Antonio López, Francia, Imprenta de Lawalle Joven, 1823.
- CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *Democracia sin garantías. Las autoridades vs. la Reforma electoral*, México, UNAM-IIJ, 2009.
- DICEY, Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Elibron Classics, 2005.
- Diccionario de Términos Jurídicos. Español-Inglés*, Espasa Calpe, Madrid, 2002.
- Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima segunda edición, Real Academia Española.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, U.S., Harvard University Press, 1978.

- El significado actual de la Constitución. Memoria del simposio internacional*, México, UNAM-IIJ, 1998, Serie de Estudios Doctrinales, núm. 195.
- ETCHEVERRY, Juan Bautista, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México, UNAM-IIJ, 2006.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Dignidad y ciudadanía cosmopolita*, España, Dykinson-Instituto de derechos humanos "Bartolomé de las Casas"-Universidad Carlos III de Madrid, 2001, cuadernos "Bartolomé de las Casas".
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006.
- y Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, México, Porrúa-UNAM, 1999.
- GÁMIZ PARRAL, Máximo, *Derecho Constitucional y Administración de las Entidades Federativas*, México, UNAM-IIJ, 2003.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.), *Los valores en el derecho mexicano. Una aproximación*, UNAM-FCE, 1997, sección de Obras de Política y Derecho.
- GUIZOT, Francois, *Tratado sobre la pena de muerte en materia política*, trad. por Agustín Alcayce Ibieca, Valladolid, Imprenta de la Viuda de Roldan, 1835.
- GOÑI ZUBIETA, Carlos, *Recuerda que eres hombre*, s.l.i., Ediciones Rialp, 2003.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Fontamara-UNAM-IIJ, 2001, Doctrina Jurídica Contemporánea.
- GUTIÉRREZ CONTRERAS, Juan Carlos (coord.), *Derechos humanos. Instrumentos de protección internacional*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos: México-Comisión Europea, 2004.
- Hacia una Nueva Constitucionalidad*, México, UNAM-IIJ, 1999, Serie Doctrina Jurídica, núm. 8.
- HAMILTON, A. et al., *El Federalista*, número X (Madison), http://www.historiayderecho.com.ar/constitucional/hamilton_madison%20el%20federalista.pdf

- HARIOU, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Madrid, Ariel, 1980.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, Capítulo XXVI, <http://www.scribd.com/doc/2346332/Hobbes-Leviatán>
- HUGHES, Charles Evans, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, México, F.C.E., 1971.
- KELSEN, Hans, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM-IIJ, 2001, serie Ensayos Jurídicos, núm. 5.
- Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, México, UNAM-IIJ, 1998.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, España, ed. Ariel Barcelona, 1976.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *Curso de Derecho Político*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1977.
- MONTESQUIEU, M, *El espíritu de las leyes*, Libro III, Capítulo III, Madrid, 1821, <http://books.google.com.mx/>
- MORO, Tomas, *La Utopía*, 3ª ed., trad. de Gerónimo Antonio de Medinilla y Porres, Madrid, M. Repulles, 1805.
- O'DONNELL, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004.
- PEREIRA MENAUT, Carlos–Antonio, *Lecciones de Teoría Constitucional*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2005.
- Problemas actuales del Derecho Constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM-IIJ, 1994.
- Propuestas Universitarias para la Reforma Constitucional*, México, Secretaría de Gobernación, 2008.
- RAZ, Joseph, *Value, respect, and attachment*, U.K., Cambridge University Press, 2001.
- REALE, Miguel, *Introducción al Derecho*, Madrid, Ediciones Pirámide, s.a.
- DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos (coord.), *Supremacía Constitucional*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2009.

- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, s.l.e., Longseller, s.a.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México, Porrúa, 2004, colección Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, t. I.
- *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1998.
- *La interpretación judicial de la Constitución*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2006.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, México, Editorial Nacional, 1966.
- SCHWABE, Jürgen (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- SEPÚLVEDA IGUINIZ, Ricardo, *Leyes Orgánicas Constitucionales. Hacia una Nueva Constitucionalidad para México*, México, Porrúa-IIJ UNAM, 2006.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 30ª ed., México, Porrúa, 1996.
- TOCQUEVILLE, Alexis De, *La Democracia en América*, 2ª ed., trad. de Luis R. Cuéllar, México, FCE, 1957.
- *Leyes fundamentales de México, 1808-1979*, 9ª ed., México, Porrúa, 1980.
- Tribunales Constitucionales y Consolidación de la Democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007.
- VALADÉS, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM-IIJ, 2006, serie Doctrina Jurídica, núm. 357.
- y Gutiérrez, Rodrigo (coords.), *Democracia y Gobernabilidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- VÁZQUEZ GÓMEZ, Francisco, *Memorias Políticas (1909-1913)*, México, Imprenta Mundial, 1933.
- VIDAL GIL, Ernesto, *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas: Un análisis de algunos casos difíciles*, España, Universidad de Valencia, 1999.
- VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003.

b) Colaboraciones en obras colectivas.

- ACUÑA, Juan Manuel, "Jurisdicción constitucional y eficacia de los contenidos constitucionales", en Del Rosario Rodríguez, Marcos (coord.), *Supremacía Constitucional*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2009.
- AHUMADA, Marian, "La expansión del control de constitucionalidad", *Tribunales Constitucionales y Consolidación de la Democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007, p. 132.
- ARAGÓN, Manuel, "La Constitución como paradigma", en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2000.
- AYLLÓN GONZÁLEZ, María Estela, "Propuesta de Ley Reglamentaria del artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", *Propuestas Universitarias para la Reforma Constitucional*, México, Secretaría de Gobernación, 2008.
- BARBERIS, Mauro, "Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2006.
- BERNAL PULIDO, Carlos, "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales", en Cáceres Nieto, Enrique, Flores, Imer B., Saldaña, Javier y Villanueva, Enrique (coords.), *Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, México, UNAM-IIJ, 2005.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, "La función judicial de defensa del orden constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I.
- BRAGE CAMAZANO, Jorge, "El control abstracto de la constitucionalidad", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I.
- CARBONELL, Miguel, "Los objetos de las leyes, los reenvíos legislativos y las derogaciones tácitas", en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave, Susana Thalía (coords.), *Elementos de Técnica Legislativa*, México, UNAM, 2000, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 44.
- CARPIZO, Jorge, "Artículo 27", *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, México, UNAM-IIJ, 1985.
- CASTILLO PERAZA, Carlos, "Entre la Energía y la Dinámica", *Hacia una Nueva Constitucionalidad*, México, UNAM-IIJ, 1999, Serie Doctrina Jurídica, núm. 8.

- CIANCIARDO, Juan, “La utilidad y los límites de la distinción entre principios y reglas en la interpretación constitucional”, en Báez Silva, Carlos, Cienfuegos Salgado, David y Vázquez-Mellado García, Julio César (coords.), *Interpretación, Argumentación y Trabajo Judicial*, México, Porrúa-Facultad de Derecho UNAM-Universidad Panamericana, 2009.
- COMANDUCCI, Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2000.
- “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis meta-teórico”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2006.
- CÓRDOVA, Arnaldo, “La transformación de la Constitución”, *Hacia una Nueva Constitucionalidad*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, serie Doctrina Jurídica, núm. 8.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “Los supuestos de la constitucionalidad”, *Hacia una Nueva Constitucionalidad*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, serie Doctrina Jurídica, núm. 8.
- “Ordenación y jerarquización constitucionales”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002.
- COUSO, Javier, “Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política”, *Tribunales Constitucionales y Consolidación de la Democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007.
- CRUZ BARNEY, Oscar, “El Supremo Poder Conservador y el control constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. II.
- DE LA MADRID, Miguel, “Los valores en la Constitución mexicana”, en García Ramírez, Sergio (coord.), *Los valores en el derecho mexicano. Una aproximación*, UNAM-FCE, 1997, sección de Obras de Política y Derecho.
- DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La Reforma Constitucional como defensa de la Constitución y de la Democracia”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM-IIJ, 2006, serie Doctrina Jurídica, núm. 357, t. II.
- “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa y UNAM, 2000.

- DELGADO, Fortino, “El equilibrio de poderes”, en Valadés, Diego y Gutiérrez, Rodrigo (coords.), *Democracia y Gobernabilidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, t. II.
- ELIZONDO GARPERÍN, María Macarita, “La justicia electoral en el concierto del derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. II.
- ETO CRUZ, Gerardo, “John Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I.
- FAVOREU, Louis, “El problema de la supraconstitucionalidad en Francia y Europa”, *Problemas actuales del Derecho Constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM-IIJ, 1994.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio y Auzmendi del Solar, Montserrat, “Reforma Constitucional y Constitución Española de 1978”, en Del Rosario Rodríguez, Marcos (coord.), *Supremacía Constitucional*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2006.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al Derechos Procesal Constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I.
- “Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I.
- GARCÍA MORELOS, Gumesindo, “Hábeas Corpus, amparo y los detenidos – desaparecidos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006.
- GÓNZALEZ OROPEZA, Manuel, “Los orígenes y el Futuro de la Facultad de Investigación de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación”, *Proceso*

instruido por la 2ª Sección del Gran Jurado con motivo de los acontecimientos ocurridos en la ciudad de Veracruz la noche del 24 al 25 de junio de 1879, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Imprenta del Comercio de Dublán y Cia, México, 2006.

----- “El juicio político como medio de protección de la Constitución mexicana”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. II.

GONZÁLEZ SCHMAL, Raúl, “Una reforma a la Constitución puede ser inconstitucional”, *El significado actual de la Constitución. Memoria del simposio internacional*, México, UNAM-IIJ, 1998, Serie de Estudios Doctrinales, núm. 195.

GROPPI, Tania, “¿Hacia una justicia constitucional “dúctil”?...”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006.

GUASTINI, Riccardo, “Sobre el concepto de Constitución”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa y UNAM, 2000.

HÉBERLE, Peter, “La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006.

HERNÁNDEZ CHONG CUY, Ma. Amparo y Olvera López, Juan José, “El artículo 105 constitucional y la redefinición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como estabilizadora del poder público”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. II.

JÁUREGUI, Gurutz, “Estado, Soberanía y Constitución”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa y UNAM, 2000.

LANDA, César, “Teorías de la interpretación judicial”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006.

MADRAZO, Jorge y Beller, Walter, “Los valores éticos y los derechos humanos”, en García Ramírez, Sergio (coord.), *Los valores en el derecho mexicano. Una aproximación*, UNAM-FCE, 1997, sección de Obras de Política y

Derecho.

- NEGRETTO, Gabriel L., "Hacia una nueva visión de la separación de poderes", en Carbonell, Miguel, *et al.*, (coords.), *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, UNAM-ITAM-Siglo XXI Editores, 2002.
- NOHLEN, Dieter, "Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia", *Tribunales Constitucionales y Consolidación de la Democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007.
- OROZCO, Jesús, "Justicia Constitucional y desarrollo democrático en México", *Tribunales Constitucionales y Consolidación de la Democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007.
- PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía y Cruz Velázquez, Jesús Javier, "Introducción a la técnica legislativa en México", en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave, Susana Thalía (coords.), *Elementos de Técnica Legislativa*, México, UNAM, 2000, Serie Doctrina Jurídica, núm. 44.
- POZZOLO, Susana, "Un constitucionalismo ambiguo", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2006.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, "Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa y Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I.
- DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos, "Análisis sobre los diversos modos de conceptualización de la supremacía constitucional: desde la antigüedad hasta nuestros días", en Del Rosario Rodríguez, Marcos (coord.), *Supremacía Constitucional*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2009.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, "La Interpretación Constitucional y la Alquimia Constitucional. (El arsenal argumentativo de los Tribunales Supremos)", *La Justicia Constitucional de Bolivia 1998-2003*, CAECI, 2003.
- "Los desafíos del Derecho Procesal Constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, "Una Corte, una jueza y un réquiem para la reforma constitucional electoral", en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *Democracia sin garantes. Las autoridades vs. la Reforma electoral*, México, UNAM-IIJ, 2009.

- SÁNCHEZ GIL, Rubén, “El ombudsman en la acción de inconstitucionalidad”, en Astudillo, César y Carbonell, Miguel (coords.), *Las Comisiones de Derechos Humanos y la acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM-IIJ, 2007.
- SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo, “El reconocimiento de los derechos humanos y la supremacía de la Constitución”, en Del Rosario Rodríguez, Marcos (coord.), *Supremacía Constitucional*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2009.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, “Los valores jurídicos en la historia”, en García Ramírez, Sergio (coord.), *Los valores en el derecho mexicano. Una aproximación*, UNAM-FCE, 1997, sección de Obras de Política y Derecho.
- VALADÉS, Diego, “Constitución y control político”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2000.
- VALENCIA CARMONA, Salvador, “Constitución y reforma constitucional en México”, *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, México, UNAM-IIJ, 1998, t. I.
- VÁZQUEZ CARDOZO, Javier, “Justicia constitucional y democracia. La independencia judicial y el argumento contramayoritario”, *Tribunales Constitucionales y Consolidación de la Democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007.
- VÁZQUEZ GÓMEZ BISOGNO, Francisco, “Los principios de interpretación en materia de derechos fundamentales. Un ejemplo de su aplicación a partir de la despenalización del aborto en México”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. VI.
- “Intérpretes arqueólogos vs. Intérpretes artífices. El caso Lydia Cacho”, en Báez Silva, Carlos, Cienfuegos Salgado, David y Vázquez-Mellado García, Julio César (coords.), *Interpretación, Argumentación y Trabajo Judicial*, México, Porrúa-Facultad de Derecho UNAM-Universidad Panamericana, 2009.
- VIGO, Rodolfo Luis, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: riesgos y prevenciones”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. VI.
- “La argumentación constitucional”, en Báez Silva, Carlos, Cienfuegos Salgado, David y Vázquez-Mellado García, Julio César (coords.),

Interpretación, Argumentación y Trabajo Judicial, México, Porrúa-Facultad de Derecho UNAM-Universidad Panamericana, 2009, p. 234

ZAGREBELSKY, Gustavo, "La Constitución y sus normas", en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2000.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, "Hacia una nueva ley de amparo", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I.

----- "Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional en México. A doce años de la reestructuración de la Suprema Corte y a propósito de la reforma constitucional del 14 de septiembre de 2006", en Astudillo, César y Carbonell, Miguel (coords.), *Las Comisiones de Derechos Humanos y la acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM-IIJ, 2007.

c) Artículos de revistas especializadas.

ALCÁNTARA SÁEZ, Manuel y Sánchez López, Francisco, "Veto, insistencia y control político en América Latina: Una aproximación institucional", *Perfiles Latinoamericanos*, México, núm. 019, diciembre 2001.

ALEXY, Robert, "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", trad. de Carlos Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, núm. 66, septiembre-diciembre de 2002, p. 19, <http://www.cepc.es/>

APARICIO PÉREZ, Miguel A., "La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 3, mayo-agosto de 1989, <http://www.cepc.es/>

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, "Sobre principios y reglas", *Doxa*, núm. 10, 1991, <http://www.cervantesvirtual.com/>

AYALA CORAO, Carlos, "La sentencia 1.942 vs. La protección internacional de los Derechos Humanos", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 1, enero-junio 2004, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, <http://www.iidpc.org/>

BULNES ALDUNATE, Luz, "La fuerza normativa de la Constitución", *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 5, núm. 1, 1998, <http://dialnet.unirioja.es/>

BULYGIN, Eugenio, "Sobre el status ontológico de los derechos humanos", *Doxa*,

Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, núm. 4, 1987.

CAJAS SARRIA, Mario Alberto, "Acerca del control judicial de la reforma constitucional en Colombia", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 7, enero-junio 2007, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, <http://www.iidpc.org/>

CARBONELL, Miguel, "La reforma constitucional al artículo 73 en materia de turismo", *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 11, julio-diciembre de 2004, p.250, <http://redalyc.uaemex.mx/>

CASTILLA, Karlos, "El principio pro persona en la administración de justicia", *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 20, enero-junio de 2009, <http://www.juridicas.unam.mx/>

CERRA JIMÉNEZ, Luis Eduardo, "La Constitución no es el límite. Impugnación de actos legislativos. Los límites del Poder Constituyente", *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, Colombia, núm. 22, 2004, <http://dialnet.unirioja.es/>

CIENFUEGOS SALGADO, David, "Una propuesta para la justicia constitucional local en México", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 4, julio-diciembre 2005, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional-Porrúa, <http://www.iidpc.org/>

DE VEGA GARCÍA, Pedro, "El Poder moderador", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 7, julio-diciembre de 2002

ESCRIBANO, José Luis, "Reflexiones acerca del concepto de <<Núcleo>> en la gramática tagmémica", *Archivum*, Universidad de Oviedo, año 1979-1980, núm. 29-30.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, La Jurisdicción constitucional ante el siglo XXI, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid. Discurso de recepción como académico correspondiente en España, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), 24 septiembre de 2002, www.acaderc.org.ar/

FERRAJOLI, Luigi, "Iuspositivismo crítico y democracia constitucional", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Doxa, serie Positivismo crítico, derechos y democracia, núm. 16, abril de 2002.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Del amparo nacional al amparo internacional, Ponencia preparada para el XVII Congreso Mexicano de Derecho Procesal y

VI Curso Anual de Preparación y Capacitación para profesores de Derecho Procesal (Ciudad de México, 18-21, julio, 2004)

----- “El derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, año 2006, núm. 2006-1, t. I, p. 360, <http://www.juridicas.unam.mx/>

FERREYRA, Raúl Gustavo, "Reforma constitucional y cuestiones políticas", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 7, enero-junio 2007, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional-Porrúa, <http://www.iidpc.org/>

FIX-ZAMUDIO, Héctor, “El juicio político y la responsabilidad patrimonial del Estado en el ordenamiento mexicano”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 3, enero-junio 2005, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, pp. 115 y 116, <http://www.iidpc.org/>

GARCÍA BARZELATTO, Ana María, “El artículo 82 nº 2 de la Constitución de 1980, como límite del Poder constituyente derivado”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 5, núm. 1, 1998, <http://dialnet.unirioja.es/>

GRANIERI, Carlo, “El gobierno de los jueces en Europa”, *Revista Puente@Europa*, Italia, núm. 1, marzo 2005, año III, <http://www.obreal.unibo.it/>

GUASTINI, Riccardo, “Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento”, *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2006, <http://www.giuri.unige.it/>

HERNÁNDEZ, Ma. Del Pilar, “Reforma constitucional y Poder constituyente”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXIX, núm. 87, septiembre-diciembre de 1996, <http://www.juridicas.unam.mx/>

IRRAZÁBAL, Gustavo, “La Libertad Política y la DSI”, Pontificia Universidad Católica Argentina, <http://www2.uca.edu.ar/>

LOEWENSTEIN, Karl, “Reflexiones sobre la caducidad de la Constitución Federal Norteamericana”, *Boletín de Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año V, núm. 16-17, enero-agosto de 1973, <http://www.juridicas.unam.mx/>

LUCAS VERDÚ, Pablo, “Sobre los Valores”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 23, 2009, <http://dialnet.unirioja.es/>

----- “Lugar de la Teoría de la Constitución en el marco del Derecho Político”,

Revista de Estudios Políticos, Madrid, núm. 188, marzo-abril de 1973, <http://www.cepc.es/>

MIJANGOS BORJA, María de la Luz, "Estabilidad y límites a la reforma constitucional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXI, núm. 91, enero-abril de 1998, <http://www.juridicas.unam.mx/>

PACHECO GÓMEZ, Máximo, "Supraconstitucionalidad de los Derechos Fundamentales", *Revista de la Facultad de Filosofía*, Universidad de la Rioja, <http://dialnet.unirioja.es/>

PEÑA TORRES, Marisol, "Inaplicabilidad por inconstitucionalidad: reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 9, enero-junio 2008, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional-Porrúa, <http://www.iidpc.org/>

REQUEJO, Juan Luis, "El Poder constituyente constituido", *FUNDAMENTOS. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Universidad de Oviedo, España, núm. 1, 1998, <http://www.uniovi.es/>

ROETTI, Jorge Alfredo, "Aristóteles y el principio de (no) contradicción: fundamentación teórica y práctica", *Anuario filosófico*, España, Universidad de Navarra, vol. 32, núm. 63, 1999, <http://dialnet.unirioja.es/>

SAGRIPANTI, Sandra, "Veto e Insistencia", *Revista de Derecho Parlamentario*, Argentina, núm. 10, <http://www1.hcdn.gov.ar/>

SAINZ MORENO, Fernando, "Problemas actuales de la técnica legislativa", *Anuario Jurídico de La Rioja*, España, núm. 1, 1995, <http://dialnet.unirioja.es/>

SÁNCHEZ AGESTA, "El recurso de contrafuero y la protección del orden constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 181, enero-febrero de 1972, <http://www.cepc.es/>

SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria, "La fuerza normativa de la Constitución y la Constitución de la fuerza", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 13, núm. 37, enero-abril de 1993, <http://www.cepc.es/>

SALAZAR UGARTE, Pedro, "Y, ¿dónde quedó el soberano?", *Revista NEXOS*, año 31, vol. XXX, núm. 369, septiembre de 2008.

SEPÚLVEDA IGUINIZ, Ricardo, "Una propuesta para el establecimiento de las leyes orgánicas constitucionales en México", *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 15, julio-diciembre de 2006.

VIGO, Rodolfo Luis, "El iusnaturalismo clásico frente a las teorías de la interpretación y de la argumentación jurídica", *Ars Iuris*, México, núm. 37, enero-junio de 2007.

VON MÜNCH, Ingo, "La dignidad del hombre en el derecho constitucional", trad. de Jaime Nicolás Muñiz, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año II, núm. 5, mayo-agosto de 1982, <http://www.cepc.es/>

d) Sitios WEB consultados.

<http://books.google.com.mx>
<http://buscon.rae.es>
<http://dialnet.unirioja.es>
<http://info5.juridicas.unam.mx>
<http://supreme.justia.com/us>
<http://www.acaderc.org.ar>
<http://www.bibliojuridica.org>
<http://www.bogota.gov.co>
<http://www.cc.gob.gt>
<http://www.cce.org.mx>
<http://www.cepc.es/>
<http://www.corteconstitucional.gov.co>
<http://www.cortecostituzionale.it>
<http://www.corteidh.or.cr>
<http://www.cronica.com.mx>
<http://www.eleconomista.com.mx>
<http://www.giuri.unige.it>
<http://www.historiayderecho.com.ar>
<http://www.ieji.es>
<http://www.iidpc.org>
<http://www.jornada.unam.mx>
<http://www.juridicas.unam.mx>
<http://www.obreal.unibo.it>
<http://www.ohchr.org>
<http://www.scribd.com>
<http://www.supremecourt.gov>
<http://www.tsj.gov.ve>

<http://www.uniovi.es>

e) Artículos periodísticos y comunicados de prensa.

Consejo Coordinador Empresarial, 05 de diciembre de 2007.

Consejo Coordinador Empresarial, 07 de diciembre de 2007.

La Crónica de hoy. Jueves 06 de diciembre de 2007.

La Jornada. Viernes 07 de diciembre de 2007.

El Economista. 07 de diciembre de 2007.

f) Documentos constitucionales.

Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano el 23 de febrero de 1823.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.

Leyes Constitucionales de 1836.

Bases de Organización Política de la República Mexicana de 1843.

Acta Constitutiva y de Reformas de los Estados Unidos Mexicanos de 1847.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Constitución de la República Italiana de 1947.

Constitución Francesa de 1958.

Constitución de Portugal de 1976.

Constitución Española de 1978.

Constitución Política de la República de Chile de 1980 (con reformas de 2005).

Constitución de la República de El Salvador de 1983.

Constitución Política de la República de Guatemala de 1985.

Constitución Política de la República Federativa del Brasil de 1988.

Constitución Política de la República de Colombia de 1991.

Constitución de la Federación Ruda de 1993.

Constitución de la República de Sudáfrica de 1996.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

Constitución de la Confederación Suiza de 1999.

Constitución del Ecuador de 2008.

Constitución Política del Estado de Bolivia de 2009.

g) Tratados internacionales.

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988.

h) Leyes del Orden Jurídico Mexicano.

Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Reglamentaria de la fracción V del artículo 76 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Reglamentaria de la fracción VI del artículo 76 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Código Penal Federal.

Código Civil Federal.

Reglamento de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de 1 de agosto de 1990 (Derogado).

i) Precedentes nacionales e internacionales.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Haití, 1979.

----- caso Remolcadora vs. Cuba, 13 de marzo, 1996.

----- caso Sequieras Mangas vs. Nicaragua, 1997.

----- caso Edwards y otros vs. Bahamas, 2001.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, caso Polay vs. Perú, 1997.

----- Observación final (Irlanda del Norte), CCPR/CO/73/UK, 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-067/03, expediente D-4111, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 21 (parcial) de la Ley 734 de 2002, Nuevo Código Disciplinario Único, Actor: María Soleyne Mantilla de Arroyave, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá D.C., 04 de febrero de 2003.

----- Sentencia C-551/03, expediente CRF-001, Revisión de constitucionalidad de la Ley 796 de 2003, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett

----- Sentencia C-816/04, expedientes D-5121 y D-5122, Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo Número 02 de 2003, Actores: Gustavo Gallón Giraldo y otros (Expediente D-5121); Wilson Alfonso Borja Díaz (Expediente D-5122), Magistrados Ponentes: Dr. Jaime Córdoba Triviño y Dr. Rodrigo Uprimny Yepes.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, Sentencia 1146/1988, Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, 15 de diciembre de 1988.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988.

----- caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2001.

----- caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004.

----- caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia de 20 de junio de 2005.

----- caso Radilla Pacheco vs. México, sentencia de 23 de noviembre de 2009.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA,
Marbury vs. Madison, 1803.

----- Plessy vs. Ferguson, 1806.

----- McCulloch vs. Maryland, 1819.

----- Dred Scoot vs. Sanford, 1865.

----- Schenk vs. United States, 1919.

----- Bronw vs. Board of Education, 1954.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA, Saguir y Dib., noviembre 6-
980.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO, Amparo en
revisión 1334/98 promovido por Manuel Camacho Solís.

----- Controversia constitucional 82/2001 promovida por el municipio oaxaqueño
de San Pedro Quiatoní.

----- Amparo en revisión 123/2002 promovido por la Comunidad Indígena de
Zirahuén, Municipio de Salvador Escalante, Michoacán.

----- Acción de inconstitucionalidad 168/2007 y su acumulada 169/2007
promovidas por Nueva Alianza y Convergencia.

----- Amparo en revisión 186/2008 promovido por el Centro Empresarial de
Jalisco, Sindicato Patronal.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN, Recurso de Amparo,
Sentencia BVerfGE 33, 1, Resolución de la Segunda Sala, 14 de marzo de
1972.

----- Recurso de Amparo, Sentencia BVerfGE 30, 1, Resolución de la Segunda
Sala, 15 de diciembre de 1970

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Acción de Inconstitucionalidad, Exp.
Nº 0006-2003-AI/TC, resuelto el 1º de diciembre de 2003.

----- Acción de Inconstitucionalidad, Exp. N° 0050-2004-AI/TC, resuelto el 05 de junio de 2005.

----- Recurso de Agravio Constitucional, Exp. N° 5854-2005-PA/TC, resultado el 07 de noviembre de 2005.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA, Sala Constitucional, Acción de Interpretación Constitucional, Exp. N° 00-2908, resuelto el 03 de septiembre de 2001.

----- Sentencia N° 1.942 dictada el 15 de julio de 2003 (con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero).

j) Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Tesis XIX.2o. J/3, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. III, abril de 1996, p. 250, registro n° 202,834.

Tesis P. C/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. V, junio de 1997, p. 162, registro n° 198,428.

Tesis P. /J. 74/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, agosto de 1999, p. 5, registro n° 193,435.

Tesis P. LXII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, septiembre de 1999, p. 11, registro n° 193,249

Tesis P. LXIII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, septiembre de 1999, p. 11, registro n° 193,250.

Tesis P. /J. 61/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XI, junio de 2000, p. 13, registro n° 191,673.

Tesis P. CXIV/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, agosto de 2000, p. 149, registro n° 191,360

Tesis: P. /J. 21/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, Abril de 2002, p. 950, registro n°: 187,055.

Tesis P. /J. 39/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, septiembre de 2002, p. 1136, registro n° 185,941

Tesis 2a. CXLI/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, noviembre de 2002, p.455, registro n° 185,509.

Tesis I.7o.A.55 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, octubre de 2003, p. 1008, registro n° 183,060.

Tesis P. /J. 61/2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, diciembre de 2003, p. 887, registro n° 182,683.

Tesis 1a. /J. 80/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, octubre de 2004, p. 264, registro n° 180,240

Tesis P. XII/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 25, registro n° 175,912.

Tesis: P. /J. 37/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, marzo de 2006, p. 1481, registro n° 175,498.

Tesis VIII.5o.1 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, noviembre de 2006, p. 1039, registro n° 173,930

Tesis: 1a. XCVII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 793, n° de registro: 172,545.

Tesis P. /J. 19/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1651, registro n° 172,288.

Tesis 2a. /J. 1/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, febrero de 2009, p. 461, registro n° 167,856.