

LA SUPLANTACIÓN DEL LEGISLADOR DEMOCRÁTICO

Pedro SALAZAR UGARTE

SUMARIO: I. *Breve nota introductoria*. II. *Preliminares del caso*. III. *Dilemas constitucionales*. IV. *Apuntes críticos*. V. *Reflexiones finales*.

Breve nota introductoria

En 2007 se aprobó —con el amplio respaldo de las principales fuerzas políticas del país— una reforma a la Constitución mexicana que, entre otras muchas cosas, estableció lo siguiente:

Los partidos políticos en ningún momento podrán contratar o adquirir, por si o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión.

Ninguna otra 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 o de candidatos a cargos de elección popular. Queda prohibida la transmisión en territorio nacional de este tipo de mensajes contratados en el extranjero.

En contra de este párrafo constitucional un grupo de intelectuales, algunos líderes de opinión, miembros del Consejo Coordinador Empresarial y, en particular, los grandes grupos empresariales de radio y televisión³⁸⁸ promovieron diversos amparos ante el Poder Judicial. El principal argumento jurídico de los solicitantes fue que la nueva disposición violentaba la libertad de expresión y el derecho a la información recogidos en otro artículo de la propia Constitución:³⁸⁹

“Artículo 6º. “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el estado.

(...)"

³⁸⁸ Se calcula que esta reforma constitucional supuso una pérdida de 2 mil millones de pesos para las grandes cadenas de radio y televisión. Dinero que, en su enorme mayoría, elección tras elección provenía del erario público. A partir de la elección de 2009 las campañas políticas en los medios de comunicación tendrán lugar en los llamados “tiempos del Estado”.

³⁸⁹ Vale la pena recordar que el artículo 1º. de la Constitución mexicana señala lo siguiente: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará (de los derechos) que otorga esta constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece (...).” En realidad la verdadera finalidad de algunos de los solicitantes de los amparos —sobre todo de los empresarios— era boicotear la reforma electoral. Después del primer fallo de la Suprema Corte (29 de septiembre de 2008) el abogado del Consejo Coordinador Empresarial, Adolfo Arrijoa, declaró a la prensa lo siguiente: “lo primero que haremos será plantear la suspensión de los actos reclamados. Porque si obtenemos esa suspensión mientras se resuelven los amparos, va a quedar en suspenso la reforma constitucional y entonces se van a poder contratar espacios en radio y televisión en las elecciones federales de 2009”.

Dejando de lado las consecuencias políticas del caso, centraré mi atención exclusivamente en los dilemas teóricos que plantea el caso y que están relacionados con los alcances de las facultades de la Suprema Corte para revisar reformas a la constitución. Pero, primero, es necesario describir cuáles fueron las posiciones de los ministros de la Suprema Corte (que, como veremos, se encuentran divididos en el tema).

II. PRELIMINARES DEL CASO

Los amparos fueron precedidos por dos acciones de inconstitucionalidad presentadas por dos partidos minoritarios³⁹⁰ que, en un primer momento, fueron desechadas por ser “notoriamente improcedentes” en virtud de que la Suprema Corte ya había dictado en el año 2002 —cuando se intentó interponer una acción similar en contra de la reforma constitucional en materia indígena— una jurisprudencia en el siguiente sentido: “PROCEDIMIENTOS DE REFORMA Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL CONSTITUCIONAL”.³⁹¹ Sin embargo, ante un recurso de reclamación interpuesto por los partidos en contra del desechamiento, sorprendentemente, una mayoría de seis ministros (contra cinco) ordenó la admisión de las acciones “por no existir una notoria y manifiesta causa de improcedencia”.³⁹²

Con esa decisión se sentaron las bases para un posible cambio de criterio con respecto a la (im) procedencia de los actos (acciones y/o controversias) para impugnar la inconstitucionalidad de reformas constitucionales. De hecho, al leer las posiciones de los ministros, no queda siquiera claro cuántos de ellos estarían a favor de que dicho control abarcara incluso cuestiones materiales.³⁹³ Lo único que sabemos es que, en principio, cinco de ellos piensan que dicho control es improcedente: *a)* por no estar contemplado en la Constitución; *b)* porque sólo podría ser incorporado en la misma por el poder reformador de la Constitución ya que éste se encuentra por encima de los tres poderes y de “cualquier órgano público sea federal o local” en virtud de que es el único que puede modificar la Constitución³⁹⁴. Pero, por el momento, la tesis de 2002 está en el aire.

El desacuerdo aumentó de intensidad en el caso de los amparos. Los jueces de distrito que los recibieron, como era de esperarse, también los rechazaron por ser “notoriamente improcedentes”. Sin embargo, los interesados interpusieron un recurso de revisión contra dicha decisión y, ante esta acción —y dada la trascendencia del asunto—, la Suprema Corte decidió ejercer su facultad de atracción. De esta forma, el asunto pasó desde los juzgados ordinarios hasta el pleno de los jueces constitucionales. La decisión de éstos determinaría si el amparo —ya no la acción de inconstitucionalidad— podía ser una vía idónea para impugnar reformas constitucionales. Como ya había sucedido en el caso de las acciones antes descritas, una mayoría de seis ministros revocó los autos de desechamiento y ordenó a los jueces distritales dictar otro “mediante el cual, de no existir diverso motivo manifiesto e indudable

³⁹⁰ Los partidos actores eran Convergencia y Nueva Alianza.

³⁹¹ P.J.39/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XVI, septiembre de 2002, p. 1136.

³⁹² Al final se terminó decretando el sobreseimiento de las acciones (26 de junio de 2008) con el voto de siete ministros. Pero los dos que se sumaron a la anterior minoría lo hicieron con argumentos distintos a los que sostienen la improcedencia por tratarse de una reforma constitucional. Así que el tema que nos interesa no quedó resuelto. Reconstruyo el caso a partir del artículo del Fernando Franco (ministro de la Corte), “La Reforma ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Córdova, Lorenzo y Salazar, Pedro, *Estudios sobre la reforma electoral 2007. Hacia un nuevo modelo*, México, TEPJF, 2008, pp. 95-121.

³⁹³ *Ibidem*, pp. 105 y 106.

³⁹⁴ Como se verá más adelante en lo personal comparto en lo fundamental la postura de estos cinco ministros que, en lo sustutivo, fue reiterada por una parte de ellos cuando se decidió la procedencia de los juicios de amparo (el presidente de la Corte que, en el caso de las acciones se encontraba en este grupo minoritario, cuando se resolvió el tema de los amparos, cambió de posición).

de improcedencia (...) admita la demanda de garantías".³⁹⁵ Esto significa que, los jueces de distrito, en principio, "podrían entrar a revisar forma y fondo"³⁹⁶ de la reforma constitucional.

Los argumentos de los seis ministros que abrieron esta posibilidad fueron, entre otros, los siguientes: *a)* los actos de poder reformador de la Constitución son actos de gobierno y, por lo tanto, susceptibles de control vía amparo y; *b)* una sentencia reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que debían existir mecanismos de protección de los derechos humanos independientemente del poder que las cometió.³⁹⁷ Este último argumento venía a reforzar el 'sentido garantista' que, para dichos ministros, tenía la decisión. En lo que sigue del apartado centraré mis críticas a la postura de estos jueces constitucionales.

III. DILEMAS CONSTITUCIONALES

Los dilemas que plantea la decisión son múltiples. Tres me parecen medulares:

1. *Competencia*

En primer lugar destaca el tema de la competencia. Dada la importancia del tema que nos ocupa —¿pueden los jueces valorar la constitucionalidad de una reforma a la propia Constitución?— necesitamos una norma de competencia. Dicha norma, en un Estado constitucional, necesariamente, debe provenir de alguna autoridad estatal facultada para emitirla. Una posibilidad es que la norma en cuestión se encuentre en la Constitución. Es decir, que sea producto del poder constituyente originario (el que aprobó la Constitución en 1917) o creación del poder reformador de la Constitución en una fecha posterior. La otra alternativa, si la norma no está en la Constitución, es que tenga un origen jurisdiccional. Es decir, que mediante una interpretación constitucional sean los propios jueces —en el caso mexicano la Suprema Corte— los que se autofacultan para controlar las reformas constitucionales.³⁹⁸

2. *Parámetros normativos*

Un segundo dilema tiene que ver con los parámetros normativos que sirven para determinar la inconstitucionalidad de una norma general. En los casos de control de constitucionalidad sobre leyes (y, en general, sobre normas de rango secundario) no parece existir mayor problema. Sabemos que una norma es inválida cuando contradice a la norma que está por encima de ella. Si la Constitución es la última norma a la que deben ajustarse todas las normas de un ordenamiento, los jueces, deben expulsar del ordenamiento las normas que la

³⁹⁵ De esta manera, siguiendo la interpretación liderada por el ministro José Ramón Cossío, se admitieron veintisiete de los cuarenta y dos amparos presentados. Como ya señalamos uno de los ministros de la minoría en el caso anterior pasó a la mayoría (Guillermo Ortiz Mayagoitia, Presidente de la Corte) y otro de ellos, Mariano Azuela, que había formado parte de la mayoría anterior, no estuvo presente el día de la decisión.

³⁹⁶ La interpretación es del ministro Franco (en minoría). *Cfr.* Franco, Fernando, "La reforma ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación", *op. cit.*, pp. 120-121.

³⁹⁷ Se trató de otro caso electoral: Caso Castañeda Gutman contra Estados Unidos Mexicanos (sentencia del 6 de agosto de 2008). El argumento fue expuesto por el presidente de la Corte y, como él mismo aceptó con posterioridad, se basó en una lectura equivocada de la sentencia en cuestión.

³⁹⁸ Esta postura fue defendida por algunos ministros de la Suprema Corte. Su argumento fue que el artículo 105 de la Constitución, al establecer que la Corte es competente para conocer "las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución", los facultaba para controlar reformas a la constitución porque las mismas producen "normas generales".

contradicen. El parámetro para determinar dicha invalidez es la Constitución misma. En este terreno cobra particular sentido la tesis ferrajoliana de la distinción entre vigencia y validez de las normas. Pero, ¿qué pasa cuando alegamos la inconstitucionalidad de una norma constitucional como exigen los impugnadores de la reforma electoral? En ese caso tenemos, al menos, tres alternativas:

- a) Si existen cláusulas de intangibilidad —límites expresos a la reforma constitucional— utilizamos dichas normas como criterio para determinar la (in)validez de la reforma.
- b) Pero, si dichas cláusulas no existen expresamente, tenemos que asumir que existen límites implícitos a la reforma. Es decir, los jueces determinarán que una parte de la constitución —por ejemplo, en la que se recogen los derechos y algunos principios fundamentales como la división de poderes— está por encima del resto y la utilizarán como parámetro para valorar que tan ‘constitucional’ son las demás normas de la propia constitución;³⁹⁹
- c) Otra posibilidad es, de plano, recurrir a consideraciones extraconstitucionales —una teoría jurídica determinada, algunos principios morales, convicciones religiosas, criterios políticos, etcétera— para ‘valorar’ si la norma constitucional se ajusta o no a lo que *debe* ser constitucional.

3. *Legitimidad de las decisiones*

En el fondo subyace un problema de legitimidad de las decisiones. La llamada “dificultad contramayoritaria” adquiere su máxima expresión cuando los jueces controlan la “constitucionalidad” de reformas constitucionales. No podemos olvidar que la Constitución tiene una dimensión jurídica pero también una dimensión política; por lo que el poder que tiene la última palabra para determinar su contenido (ya sea vía una reforma a su texto o a través de la interpretación del mismo) será el poder soberano en el Estado. Por lo mismo las objeciones democráticas que se oponen, por un lado; a la supremacía y a la rigidez constitucionales y, por el otro, sobre todo, al control de constitucionalidad jurisdiccional sobre leyes;⁴⁰⁰ se potencian al extremo cuando los jueces constitucionales enfrentan al poder reformador de la Constitución.⁴⁰¹ El conflicto, entonces, deja de ser estrictamente jurídico para convertirse también en un breve político en el que está en juego la legitimidad de las decisiones fundamentales.

³⁹⁹ Sobre estos dos tipos de límites a la reforma constitucional: expresos (como los que existen en Alemania) e implícitos —que pueden ser textuales o tácitos— (y principios básicos del constitucionalismo: derechos y separación de poderes), *cfr.*, Díaz Revorio, Francisco Javier, *La “constitución abierta” y su interpretación*, Lima, Palestra, 2004, p. 54. Sobre el mismo tema, *cfr.*, entre otros, los siguientes títulos citados por éste autor y consultados por quien esto escribe: Aragón, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989; Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985; García-Atance, María Victoria, “La reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad”, *Revista de Derecho Político de la UNED*, Madrid, núm. 1, 1992, pp. 324 y ss. También se recomienda: Cabo Martín, Carlos de, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, Madrid, Trotta, 2003.

⁴⁰⁰ Las objeciones a la rigidez y, en particular, a la súper rigidez constitucionales (como la del artículo 128 de la Constitución española), como ha advertido, Juan Carlos Bayón, deben mantenerse distintas de las objeciones que se oponen al control de constitucionalidad en manos de los jueces. *Cfr.* Bayón, Juan Carlos, “Diritti, democrazia, Costituzione”, *Ragion Pratica*, Génova núm. 10, 1998.

⁴⁰¹ Sobre este tema, *cfr.* Salazar, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2006.

IV. APUNTES CRÍTICOS

Ya dijimos que la Constitución mexicana no contiene cláusulas de intangibilidad.⁴⁰² Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la mayoría de los ministros de la Suprema Corte se inclinaron por aceptar la teoría de los límites implícitos a la reforma constitucional y, en virtud de esta tesis —que según algunos autores tiene una inspiración garantista—⁴⁰³ decidió abrir la puerta del control judicial a las reformas constitucionales. Pero, al hacerlo, no reparó en que una cosa no se desprende de la otra: suponiendo sin conceder la existencia de dichos límites implícitos, no se sigue necesariamente que la custodia de los mismos deba quedar en manos de los jueces. Pero, además, y esto es más delicado, rompió con el principio de legalidad al auto-otorgarse una facultad que la Constitución no le otorga expresamente. Para decirlo con uno de los ministros de la minoría, Fernando Franco: "...la Suprema Corte de Justicia efectivamente es la garante de la constitucionalidad, pero (...) precisamente por ello debe someterse de manera precisa a la competencia que le ha otorgado el Constituyente, no puede por vía de interpretación, prorrogar sus competencias".

Si valoramos el principio de certeza, esta posición, en apariencia formalista, es más acorde con la teoría garantista que la que terminó por imponerse. Ello por la simple razón de que es más respetuosa del "imperio de la ley" y de sus implicaciones como límite al poder de los órganos del Estado. Pero, además, la tesis de los "límites implícitos" a la reforma constitucional, cuando se enfrenta —como en este caso— un potencial conflicto entre derechos y/o principios constitucionales nos conduce indefectiblemente al terreno de los argumentos "metaconstitucionales". La decisión de los jueces deberá basarse en algún criterio que permita establecer jerarquías entre los bienes enfrentados y que no se encuentra en la constitución (o, al menos, no totalmente). Al final, inevitablemente, la decisión se fundará en criterios —además de subjetivos— políticos, morales, religiosos, etcétera.

Este hecho incrementa el grado de tensión entre el poder de reforma constitucional y los jueces constitucionales. Esto es así porque, si bien las decisiones del primero son eminentemente políticas —no podría ser de otra manera: es un poder materialmente legislativo que tiene su origen en los principios de autonomía y de representación democrática—, las de los segundos deberían ser primordialmente jurídicas. Sin duda, al actuar, los órganos políticos deben ceñirse al derecho pero el motor de su actuación es legítimamente político y sus decisiones responden a razones de esa misma naturaleza. Por lo que hace a los jueces, aunque ya no desaparecen detrás de la ley, como quería Montesquieu, sí deben desaparecer detrás

⁴⁰² Si nos atenemos al texto del artículo 39 de la Constitución, de hecho, podríamos llegar a la conclusión opuesta: "La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno".

⁴⁰³ Según Díaz Revorio "La idea de límites implícitos surge del concepto político (o material-garantista) de Constitución". Díaz Revorio, *op. cit.*, p. 65. Si miramos a la jurisprudencia comparada encontraremos experiencias contradictorias. Como nos informan Julio Ríos y Andrea Pozas: La Suprema Corte de Irlanda sentenció categórica que "Ningún órgano del Estado, incluida ésta Suprema Corte, es competente para revisar o nulificar una decisión del pueblo" en 1995 cuando la XIV reforma constitucional, que garantiza el derecho a recibir e impartir información relacionada con servicios abortivos, fue cuestionada argumentando su inconstitucionalidad con base en que otro artículo de la Constitución irlandesa que garantiza "la vida del no-nacido". En cambio, "otros tribunales constitucionales han decidido que sí tienen la facultad de revisar la constitucionalidad de las reformas. Para ello, necesariamente han tenido que definir los criterios bajo los cuales una reforma es inconstitucional. El criterio establecido por la Suprema Corte de la India —que es particularmente activista en este tema— se basa en el concepto de 'identidad constitucional'. En esta estrategia se debe distinguir de entre todos los artículos y principios constitucionales cuáles son 'básicos' o 'fundamentales', los que dan identidad a la constitución". Cfr. Ríos, Julio y Pozas, Andrea, "Puede ser inconstitucional una enmienda constitucional", *Nexos*, México, núm. 370, octubre de 2008, p. 90.

de un razonamiento sólido y jurídicamente fundado⁴⁰⁴ y deben ceñir sus decisiones a consideraciones estrictamente jurídicas.

Por todo lo anterior, si los jueces constitucionales se apoderan del contenido de la Constitución (auto-facultándose para redefinir el instrumento normativo supremo que sirve de base para controlar la validez de todos los actos jurídicos inferiores), amenazan a la certeza jurídica y abandonan su misión constitucional. Pero, sobre todo, se convierten en un poder autárquico, desvinculado. Además, de paso, generan un contexto en el que el enfrentamiento entre los poderes puede desviarse del cauce constitucional.⁴⁰⁵ De hecho, mediante esta operación, de manera intencional o culposa, abren la puerta a múltiples consecuencia insospechadas.

Incluso, si llevamos la lógica de la decisión al extremo, no es posible saber en dónde se detendrán. Aunque, en principio, los jueces, sólo intervienen cuando son "llamados en causa", desde un punto de vista práctico, una vez que se Autofacultaron para decidir cuándo un artículo constitucional recién aprobado es incompatible con los principios del constitucionalismo democrático, ¿Por qué no podrían facultarse para hacer lo mismo con las disposiciones constitucionales preexistentes? En México, por ejemplo, el artículo 33 constitucional establece que el presidente "tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente" y, de paso, prohíbe a los extranjeros "inmiscuirse en los asuntos políticos del país".⁴⁰⁶ Esta disposición contraviene los principios elementales del "debido proceso" y, sin duda, no es afín con el sentido del paradigma garantista y, por si no bastara, contradice algunas disposiciones de tratados internacionales celebrados por México.⁴⁰⁷ Siguiendo la extraña interpretación de la Suprema Corte nada impide que se propusieran derogar también esta clase de disposiciones constitucionales —hasta ahora— vigentes.

Pero el caso concreto que nos ocupa implica otras posibles consecuencias, si se puede, aún más delicadas. Para empezar la decisión de la mayoría de ministros permitió que —a través del amparo— cualquier juez, y no sólo la Suprema Corte, pueda conocer esta clase de demandas. Con ello, de paso, rompió con la lógica —buena o mala— que descansa detrás de las acciones de inconstitucionalidad en nuestro país en el sentido de que éstas sólo pueden ser iniciadas por instancias legislativas o de la administración pública (recordemos que los

⁴⁰⁴ Cfr. "Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta", *El Cronista del Estado y democrático de derecho*, Madrid, núm. 0, octubre 2008, p. 55.

⁴⁰⁵ Ante la decisión de la Corte, la reacción de los dirigentes de los principales partidos en el Senado no se hizo esperar: Beltrones advirtió que "sería un exceso por parte de la Corte tratar de limitar el ejercicio del Poder Constituyente, porque la división de poderes sufriría en consecuencia..."; Creel advirtió "la tensión que origina este fallo es muy fuerte, porque el Constituyente Permanente es un poder que constituye a otros, incluida la Corte"; Monreal fue más lejos: la Corte "aceptó solamente los que promovieron los intelectuales y los empresarios. Fíjense que grave precedente para el país, de nueva cuenta la justicia se compra, la justicia es para los poderosos". En respuesta, el abogado de los empresarios arremetió contra "...los pronunciamientos exaltados y hasta groseros de algunos senadores que no entienden ni respetan el principio constitucional de la división de poderes que se expresa en la independencia de nuestro Máximo Tribunal...". En el fondo merodeaba una pregunta: ¿quién es el soberano?

⁴⁰⁶ Sobre los alcances de esta disposición y las interpretaciones que ha hecho la Corte mexicana de la misma, cfr. Becerra, Manuel, "El artículo 33 constitucional en el siglo XXI", en Cienfuegos Salgado, David y López Olvera, Miguel Alejandro (coord.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

⁴⁰⁷ Por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en su artículo 9o. señala que: "Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado". Asimismo son conocidas las disposiciones de múltiples tratados —destacadamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos— que prohíben toda discriminación, entre otras, por razones de nacionalidad. Sobre el tema en particular, el artículo 22 de este documento, en su párrafo 6 señala lo siguiente: "El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. [...]" El mismo artículo en su párrafo 9 señala: "Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros".

amparos pueden ser promovidos por cualquier persona).⁴⁰⁸ Ello conlleva una consecuencia ulterior: mientras que las acciones de inconstitucionalidad contra normas secundarias sólo pueden ser resueltas —declarando la inconstitucionalidad de la norma— por una mayoría calificada de ocho ministros (sobre once),⁴⁰⁹ los amparos, como acabo de advertir, pueden ser otorgados por un juez o tribunal ordinarios. Y, por si no bastara, dados los efectos relativos del amparo mexicano, esto podría provocar una fractura del principio de igualdad jurídica en México: en los hechos puede terminar existiendo una Constitución para los amparados y otra para el resto de los mortales.⁴¹⁰

V. REFLEXIONES FINALES

Nadie niega que los legisladores —en este caso el poder reformador de la Constitución— puedan excederse en su actuación y vulnerar principios/derechos constitucionales. De hecho, el protagonismo de los jueces que ahora critico ha sido provocado en gran medida por la irresponsabilidad y voracidad de los gobernantes y representantes democráticos. Pero, como ha señalado Lorenzo Córdova, “la tiranía de la mayoría es tan peligrosa para la democracia como un control tiránico de la constitucionalidad lo es para el constitucionalismo”.⁴¹¹ Existen controles democráticos —pluralidad, opinión pública, prensa— para frenar las tendencias antigarantistas que puede impulsar la dinámica democrática. Y, cuando éstas se plasman en normas secundarias, también existe el control jurisdiccional de constitucionalidad. Lo que no encuentro justificado es que los jueces constitucionales amplíen los alcances de ese mecanismo de garantía para colocarse por encima de los representantes democráticamente electos. Lo que sucede es que, para mí, no es claro porqué la desconfianza a los representantes populares no es extensiva a los miembros Poder Judicial. Por ejemplo —aunque en los últimos años la Suprema Corte ha comenzado a abrirse a la ciudadanía—, los jueces y magistrados son personajes invisibles por no decir opacos. Nadie los conoce, ni puede exigirles cuentas. A los diputados y senadores, por lo menos, los elegimos periódicamente en un contexto de elecciones competitidas.

Al analizar el caso que ocupó nuestra atención dejé de lado la dimensión política del garantismo que se funda en la premisa básica de que los derechos fundamentales son los derechos del más débil. Temo para mí que, más allá de las consideraciones jurídicas expuestas por la mayoría de los jueces constitucionales, en el caso concreto, están en juego intereses muy poderosos. No olvidemos que los promotores de los amparos fueron, en su mayoría, grupos empresariales, televisoras e intelectuales que trabajan para las mismas. Desde esta perspectiva, más allá de las objeciones que puedan hacerse a la decisión de los seis ministros y que he intentado delinear en los párrafos precedentes, es revelador que lo que se negó de manera tajante cuando se intentó impugnar algunas disposiciones constitucionales de la llamada “reforma indígena” en 2002 (y que, según algunas organizaciones populares, ponían en riesgo los derechos de los indígenas), ahora, cuando están en juego los intereses de

⁴⁰⁸ Debo esta observación a Pablo Larrañaga. Según el artículo 105, II) de la Constitución sólo pueden iniciar acciones de inconstitucionalidad (para diferentes tipos de normas): a) el equivalente al treinta y tres por ciento de los diputados y senadores; el Procurador General de la Repùblica; el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de las legislaturas locales (incluida la del Distrito Federal); los Partidos Políticos (sólo contra leyes electorales); la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y los organismos equivalentes de los Estados de la Repùblica.

⁴⁰⁹ Esta mayoría también es necesaria para que las consideraciones de la decisión tengan un carácter vinculante para el resto de las autoridades jurisdiccionales.

⁴¹⁰ Esto mismo sucede, como me advirtió Alejandro Madrazo, si bien en un nivel normativo distinto en virtud de la llamada “Cláusula Otero” que limita los alcances de las sentencias de amparo. Obviamente mi posición al respecto es que dicha cláusula debería ser definitivamente superada.

⁴¹¹ Exposición oral presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, febrero de 2008.

los poderosos, resultó posible. Por ahí tampoco encuentro el ánimo garantista de los jueces constitucionales.

Al calor del debate suscitado por la decisión de la Suprema Corte se ha dicho que el control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales es necesario para evitar que el poder reformador de la Constitución apruebe normas que, por ejemplo, permitan la esclavitud o la tortura. Esto es, para evitar que los legisladores, desfonden el “coto vedado” que Ernesto Garzón Valdés, con tanto tino, nos ha enseñado a defender. A mí me parece que, en un contexto en el que reformas de esa naturaleza son verdaderamente posibles —que implicaría una amplia mayoría de representantes populares alineados con una concepción autoritaria y anti-constitucionalista— no quedaría defensa institucional alguna para proteger dicho “coto vedado”. Por lo menos no en el ámbito interno (y cualquier intento de defensa en el circuito internacional podría tener un importante valor simbólico pero no derivaría en decisiones vinculatorias para el Estado mexicano).⁴¹²

En un caso extremo como los ejemplos citados (introducción de la esclavitud o de la tortura en la Constitución), la mutación constitucional sería tal que lo único que nos quedaría es ejercer el legítimo derecho a la resistencia (que, de hecho, podría incluir el recurso ante instancias internacionales). Para decirlo con Ermanno Vitale, tendríamos que convertirnos en ‘conservadores de la constitución’; en personas que:

En el caso extremo, una vez agotada toda posibilidad de oposición legal, resisten. (Y lo hacen) teniendo como objetivo la defensa de los principios y de las normas constitucionales porque consideran que los mismos se encuentran seriamente amenazados o, incluso, que han sido subvertidos no sólo mediante su abrogación, sino incluso a través de mecanismos que los debilitan o vacían su contenido por lo que comprometen sus efectos dentro del ordenamiento jurídico y en la realidad social.⁴¹³

En ese supuesto la lucha por los derechos adquiere un carácter político porque el paradigma democrático constitucional habría quedado desfondado. Y ese desfondamiento, permítaseme insistir en el punto, también puede provenir de las decisiones de un tribunal constitucional que deforme la teoría garantista para erigirse en el poder soberano de un estado cualquiera.

⁴¹² Quienes sostienen una postura contraria a la que he argumentado en este texto recuerdan el caso *Olmedo Bustos y otros vs Chile*, conocido como “La última tentación de Cristo” en el que la Corte Interamericana de Derechos ordenó al Estado chileno modificar su Constitución. El caso es un buen ejemplo del valor político y simbólico que pueden llegar a tener los tribunales internacionales pero, en definitiva, la decisión de la CIDH pudo ser ignorada por el Estado chileno sin que existieran medidas coercitivas para sancionar el eventual desacato.

⁴¹³ Cfr. Vitale, Ermanno, “Cambio político, Constitución y derecho de resistencia”, ponencia presentada en el Instituto Electoral del Distrito Federal, México, diciembre de 2008. Vitale en su texto reproduce la siguiente reflexión de Rawls en la misma dirección: “La teoría de la desobediencia civil enriquece una concepción puramente legalista de la democracia constitucional. Ésta intenta formular los motivos mediante los cuales es posible disentir de la autoridad democrática legítima mediante acciones que, a pesar de haber sido declaradas contrarias a la ley, siguen expresando una fidelidad a ésta y un llamado a los principios políticos fundamentales de un régimen democrático. Por ello es posible agregar a las formas jurídicas del constitucionalismo ciertas modalidades de protesta ilegal que no violan los objetivos de una constitución democrática, a la luz de los principios por los que está guiado el disenso”.