

## LOS LÍMITES AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

María del PILAR HERNÁNDEZ<sup>333</sup>

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares*. II. *Límites teóricos al control de constitucionalidad*. III. *Quién y cuáles son los límites al control de constitucionalidad*. IV. *Puede darse o se da el abuso al poder de control constitucional*. V. *Ante el eventual abuso ¿quién controla al controlador?* VI. *Fuentes de consulta*.

### I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El signo de los tiempos a partir de la segunda mitad del siglo XX, marca la impronta focalizadora de la Constitución como estándar supremo de positivación y garantía de los derechos fundamentales, de organización y funcionamiento de los órganos constitucionales del Estado, así como de los valores y principios que informan el ordenamiento jurídico en su conjunto y, particularmente, de la trascendencia de los tribunales constitucionales, como órganos de justiciabilidad de los propios contenidos de la Constitución.

Tal transformación, consustancial a la consolidación de la democracia (que inopinadamente reconoce su base fundacional en los derechos fundamentales), trae aparejada la superación del protagonismo de los parlamentos,<sup>334</sup> para poner el énfasis en la calidad de garante de los tribunales constitucionales bien del contenido esencial (*Wesensgehalt*)<sup>335</sup> de aquellos derechos, ya de los actos de potestad y resoluciones de los órganos del Estado.

A la inuestionable globalización del derecho no ha escapado lo propio de los modelos de control constitucional que, cada vez más, tienden a justiciabilizar, en un esquema explicativo que va más allá de la teoría de la horizontalidad y control recíproco de los órganos del Estado, los actos de uno de los órganos que, en la visión argumentativa de Sieyés, se entendía como una encarnación misma del poder constituyente originario, a saber: el *poder constituyente permanente o revisor de la Constitución*, órgano intermedio entre aquél y los órganos constituidos e inopinadamente, depositario del poder de reforma.

<sup>333</sup> Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, [mphm@servidor.unam.mx](mailto:mphm@servidor.unam.mx).

<sup>334</sup> Clara evidencia la constituyen en su origen y evolución histórica el *principio de autorregulación normativa* del propio Parlamento, la no justiciabilidad de los actos internos y prerrogativas parlamentarias a través de la doctrina *de los acta interna corporis*.

<sup>335</sup> Que en el caso de la doctrina alemana se determina como un límite a la afectación del núcleo irreductible de los derechos (cualesquier derecho fundamental), de cara a su eventual restricción o limitación por parte del legislador ordinario, en principio, y su consecuente peligro de vaciamiento (*aushöhlen*).

## II. LÍMITES TEÓRICOS AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Si bien las reflexiones teóricas en torno a la naturaleza y límites del poder constituyente originario y los consecuentes de los poderes constituidos aportaron esquemas explicativos respecto del ejercicio de la fuerza creadora de los órdenes jurídicos nacientes en el siglo XVIII, bajo el esquema de Estado liberal de derecho, y que han determinado los marcos racionalizadores de entendimiento de tales entes hasta nuestros días, ya se trate de la teoría francesa de *pouvoir constituant* que adquiere su máxima expresión en Emmanuel Joseph Sieyès,<sup>336</sup> ya desde la teoría norteamericana consolidada en el Federalista que transita entre la supremacía del *common law*, específicamente de la Magna Carta o *Great Charter*, en Inglaterra (así lo evidenció el celeberrimo caso *Boham's*) y, en su momento, la supremacía del Parlamento, pero que, inopinadamente, se consagra en cláusula de supremacía en la Constitución Federal norteamericana de 1787.

Hablar de Constitución es remontarnos, esencialmente, al siglo XVIII en donde adquiere plena vigencia en razón de las teorías pactistas. Sólo ante la transformación de conceptos fundamentales como lo son pacto *subjectionis*, *pacto societatis*, *lex regia*, *imperium*, *potestas*, *auctoritas*, *traslato imperii*, *concessio imperii*, *societas civilis sive politica*, *inter alia*, adquiere sentido la teoría del contrato social que da pleno fundamento al Estado constitucional y que sólo fue posible virtud las explicaciones como la de Althusius, Grozio, Puffendorf, Spinoza, Locke, Sidney, Hobbes, Kant y, finalmente, Rousseau.<sup>337</sup> Sólo bajo la comprensión del acto de traslación del concepto de soberanía del pueblo en el acto constitucional del documento mismo denominado Constitución —en sentido formal y considerado en su rigidez—<sup>338</sup> en términos de supremacía cabe hablar de poder constituyente originario y de poder revisor de la Constitución.

Virtud el *iter* teórico que ha explicado la naturaleza, legitimidad y límites del poder constituyente originario, baste en esta sede sentar cada uno de tales aspectos, a saber: que es un poder de facto que se legitima en razón del consenso (*pacto societatis*, que implica siempre la mayoría y no unanimidad), que es ilimitado (por lo que hace a lo jurídico), trascendente, inmanente, teleológico, histórico, coyuntural; a contrario, el poder constituyente permanente, órgano revisor de la Constitución, poder constituyente derivado, es un poder jurídico constituido, cuyo estándar de legitimidad lo es la legalidad (*rectius*: constitucionalidad) y, consecuentemente los procedimientos; en tanto constituido, se encuentra limitado bajo el principio de derecho público “todo lo que no está expresamente permitido, se encuentra prohibido” y, consecuentemente, sus actos y resoluciones encuentran su condición de validez en las normas constitucionales (esquema que contemporáneamente se ha visto complementado vía el control de constitucionalidad de las normas mediante un órgano *ad hoc*, al caso: tribunales constitucionales).

<sup>336</sup> Qué es el Tercer Estado, Madrid, Alianza Universidad, 2003.

<sup>337</sup> Vega, Pedro de, “En torno a la legitimidad constitucional”, en varios autores, *Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, T. I, Derecho constitucional, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988. Puede verse en versión electrónica: <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/641/38.pdf>, pp. 807-810.

<sup>338</sup> Recuérdese el clásico libro de Bryce, James, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1952, pp. 19 y 20, en donde sentenciaba: “Su proclamación no corresponde a la autoridad ordinaria, sino a alguna persona o corporación superior con poder especial. Si es susceptible de cambio, éste se llevará a efecto únicamente por dicha autoridad, persona o corporación especial. Cuando alguna de sus medidas entre en colisión con alguna otra de la ley ordinaria, prevalece la primera y la ley ordinaria debe ceder”. Al hilo discursivo, sólo son rígidas aquellas Constituciones que contienen en sus propios dispositivos un procedimiento dificultado de reforma, bajo ningún concepto se acepta reforma alguna a una norma constitucional por medio de una ley ordinaria, lo que se ha traducido en una cuestión de grado que implica que, en sí mismas, las normas constitucionales son condición de validez de las normas ordinarias.

Inopinadamente se acepta, doctrinal y jurisprudencialmente, que el *poder revisor, reformador o permanente*,<sup>339</sup> cuente con límites en tanto poder juridificado y, en consecuencia, no le es dable concretar acciones que no le estén expresamente conferidas por la propia Constitución. De hecho tales limitaciones son apreciables en los propios textos constitucionales, al caso el mexicano, en donde se regula su existencia (aún cuando no se explice la denominación de Poder Constituyente Permanente se anuncia en el artículo 135 de la CPEUM, título octavo de las “Reformas a la Constitución”), su estructura e integración por el Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y las legislaturas estatales; el procedimiento “dificultado” que marca el quórum de votación para la realización de las modificaciones al propio texto constitucional (votación de la iniciativa por dos terceras partes de los miembros presentes, más la mayoría absoluta de las legislaturas estatales, procedimientos que, en última instancia, denotan el contenido formal de la Constitución (dicho de otro modo la democracia procedimental)). En el más estricto sentido jurídico el artículo 135 en forma alguna contiene un procedimiento de reformas, ha menester acudir a la aplicación supletoria de los artículos 70, párrafo primero, 71 y 72 constitucionales en lo que hace, en al desahogo de la aprobación bicameral, en principio, del decreto de reformas constitucionales.

Más allá de lo expresado, la doctrina constitucional ha desarrollado argumentos en torno a los límites expresos e implícitos a la Constitución, sin ánimo reduccionista podemos asentar que en el caso del orden jurídico nacional, la Constitución federal no explicita ningún tipo de límite a la labor del poder de reforma; sin embargo, no dudamos en afirmar que sí existen límites materiales que se erigen en cláusulas pétreas o de no reformabilidad que recuerdan a las “decisiones políticas fundamentales” de Carl Schmitt, normas, principios y valores (*contenido material*) que históricamente han determinado a las sociedades, a cada sociedad, así: la forma de Estado, el sistema de gobierno, el catálogo de derechos fundamentales, *inter alia, sin obviar que tales decisiones tienen como excepción natural el propio avance temporal de las sociedad políticas y, ergo, son susceptibles de actualizarse*. En tal sentido recuérdense las reformas constitucionales de 1992 que modificaron el contenido social del agro, la relación entre Estado y asociaciones religiosas, que evidencian la relatividad de los límites vía cláusulas pétreas.

### III. QUIÉN Y CUÁLES SON LOS LÍMITES AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Resultaría incuestionable que a la luz de las facultades formales como de su propio *iter* de actuación del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de controversias, acciones y revisión de amparo, es el órgano a quien le compete tanto interpretar, como resolver los eventuales conflictos constitucionales. Sin olvidar que tanto en el control abstracto como concreto, lo actualiza en tratándose de constitucionalidad de actos, disposiciones generales que tengan como parámetro de validez las propias normas constitucionales.

Al hilo discursivo y en lo que hace a los límites al poder de control de constitucionalidad de las reformas constitucionales por parte del mencionado Tribunal pleno sentaríamos que, bajo la lógica de su naturaleza de órgano constituido (Poder Judicial federal) no le es dable actualizar potestades que no le son expresamente conferidas por el propio texto, más allá que de la

<sup>339</sup> Es por demás interesante la diferenciación que entre la potestad del poder reformador de la Constitución, de cara al denominado poder constituyente derivado realiza Rubén Hernández Valle, este último concretado vía la erección de una Asamblea Constituyente que no admite límite material a su poder, salvo los de naturaleza formal. Véase, “El poder constituyente derivado y los límites jurídicos al poder de reforma constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 37, enero-abril de 1993, pp. 146 y 147.

aceptación de lo obvio: que en su labor interpretativa la Suprema Corte actualiza el contenido de las normas constitucionales, como no puede ser de otra forma, pero que, en ningún caso puede ser, por analogía, el caso de ejercer facultades que no le han sido conferidas.

En consecuencia, estoy convencida que en tratándose del conocimiento de la constitucionalidad de la actuación del poder reformador de la Constitución federal, sólo le es dable cuando existan vicios de procedimientos, concretándose, así, el control formal.

#### IV. PUEDE DARSE O SE DA EL ABUSO AL PODER DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Resulta incontrovertible que el presupuesto lógico del funcionamiento de la democracia, la eficacia de los derechos fundamentales del hombre y de la misma supremacía constitucional, sea un orden constitucional que prescriba y posibilite el control del poder. La existencia de límites jurídico constitucionales, mecanismos políticos e institucionales que funcionan y dinamizan las competencias de los órganos constituidos en tanto *checks and balances*, pesos y contrapesos, sujetan también al propio órgano que ejerce la jurisdicción constitucional y cuya competencia corresponde a los tribunales constitucionales, *id est*, Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien habrá de velar por garantizar el pleno cumplimiento de las prescripciones constitucionales y, en consecuencia de su supremacía.

De hecho en tanto sirva de contención al ejercicio de las potestades estatales conferidas a los órganos constitucionales de origen democrático electivo, pesos y contrapesos, límites que se establecen en la propia Constitución, ambos tienden a evitar los abusos entre los poderes constituidos.

El *quid* de la cuestión, al menos en el orden jurídico mexicano es que en este carácter de árbitro imparcial (¿? No olvidamos las negociaciones cupulares de los partidos políticos representados en las Cámaras y el mismo titular del Ejecutivo federal, en "cuotas" en los cargos de designación) que, como bien lo ha expresado Luis Favoreu "...al controlar a los poderes públicos, pese a que su actividad y métodos sean de naturaleza jurídica, el alcance de sus decisiones tiene con frecuencia un carácter inevitablemente político".<sup>340</sup>

*Ergo*, los órganos de control constitucional jurisdiccional pueden incurrir en la tentación de abusar, incuestionablemente: sí, "... el peligro letal que acecha siempre al Tribunal Constitucional, es el de su politización".<sup>341</sup>

#### VI. ANTE EL EVENTUAL ABUSO ¿QUIÉN CONTROLA AL CONTROLADOR?

Platón ya se planteaba la cuestión: ¿quién vigila al vigilante? Me resulta claro que escritas las líneas finales del párrafo anterior y bajo la lógica de los límites expresos al poder de control constitucional el único que tiene potestad para poner límites al poder de control lo es el Poder Constituyente Permanente, me explico: vía facultades expresas que evite que, *so* pretexto de interpretaciones conforme, históricas, exegéticas, o bien, ante lagunas o contradicciones y con el ánimo de resolver la cuestión jurídica que se plantea, que dicho sea de paso toda controversia que implique la eventual invalidez de una norma ha de ser resuelta, no incurra en la tentación como ya lo ha hecho en tratándose de inconstitucionalidad por omisión legislativa —que bien sabemos que para conocerla y resolverla ha de estar expresa

<sup>340</sup> Favoreu, Luis *et al.*, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 21.

<sup>341</sup> Ríos Álvarez, Lautaro, "La generación del Tribunal Constitucional", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, Montevideo, Uruguay, Konrad – Adenauer- Stiftung, núm. 20041, 2004, p. 83.

la facultad en favor del Tribunal Pleno— o en tratándose del veleidoso veletear de si procede conocer de la eventual inconstitucionalidad de las reformas constitucionales.

Dicho de otra forma y tal como en la eventualidad lo trató en su sesión del 2 de octubre de 2008, y concretó en iniciativa de reformas constitucionales los senadores Ricardo García Cervantes y José Guillermo Anaya Llamas, se tiene en estudio la modificación en los siguientes términos y precisamente a la sazón de la atracción que el Pleno de la Suprema Corte ejerció en el amparo 168/2008:

INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO PARA ADICIONAR UNA FRACCIÓN XIX AL ARTÍCULO 107 Y UN TERCER PÁRRAFO AL ARTÍCULO 135, AMBOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Único. Se adiciona una fracción XIX al artículo 107 y un tercer párrafo al artículo 135, ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 107.- ...

I a XVIII. ...

XIX. El juicio de amparo no procede en contra de las reformas y adiciones hechas a esta Constitución en términos de lo dispuesto por el artículo 135.

Artículo 135. ...

...

Emitida y publicada la declaratoria de adiciones o reformas constitucionales, no procederá en contra de dichas reformas o adiciones el juicio de amparo.

La iniciativa en su exposición de motivos apuntala:<sup>342</sup>

Poderes federales estableciendo, implícitamente, los límites dentro de los cuales dichos poderes pueden actuar.

Por ello, en tratándose de la reforma a normas constitucionales, podemos claramente sustentar que la propia Constitución establece una competencia exclusiva al Congreso de la Unión y a las legislaturas de los estados y establece una limitación de participación en el proceso a cualquier otro órgano público o privado.

En ese orden de ideas, debe entenderse que *ante un Decreto de reforma constitucional la improcedencia del juicio de amparo es manifiesta, por lo que cualquier interpretación en contrario derivaría en un abuso de las facultades constitucionales otorgadas al Poder Judicial de la Federación.*

En consecuencia, sólo es dable el control del contralor, en virtud del acotamiento de sus facultades expresas, amén que, complementariamente, se busquen procedimientos más óptimos de designación de las/los ministras/os de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

## VI. FUENTES DE CONSULTA

BRYCE, James, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1952.

FAVOREU, Luis *et al.*, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

Grupo Parlamentario del PAN, jueves 2 de octubre de 2008, consulta electrónica: [www.pan.senado.gob.mx](http://www.pan.senado.gob.mx)

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, "El poder constituyente derivado y los límites jurídicos al poder de reforma constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 37, enero-abril, de 1993.

<sup>342</sup> Grupo Parlamentario del PAN, jueves 2 de octubre de 2008, consulta electrónica: [www.pan.senado.gob.mx](http://www.pan.senado.gob.mx).

Ríos ÁLVAREZ, Lautaro, "La generación del Tribunal Constitucional", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, Montevideo, Uruguay, Konrad – Adenauer- Stiftung, núm. 20041, 2004.

SIEYÉS, Emmanuel, *Qué es el Tercer Estado*, Madrid, Alianza Universidad, 2003.

VEGA, Pedro de, "En torno a la legitimidad constitucional", en varios autores, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas, t. I: Derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988.