



## ***SOBRE LA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN Y SU CONTROL: A PROPÓSITO DE LAS IMPLICACIONES Y LIMITACIONES DEL AMPARO 186/2008\****

Imer B. FLORES\*\*

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares.* II. *Tensiones auténticas (y no-auténticas o aparentes).* III. *Nociones básicas.* IV. *Distinciones analíticas (y no-analíticas).* V. *Problemas de ‘diseño constitucional’.* VI. *Problemas de ‘decisión constitucional’.* VII. *Consideraciones finales.*

### I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Reflexionar sobre la reforma a la Constitución y su control, *i.e.* el de su constitucionalidad, es de por sí un tema polémico en lo abstracto y teórico, pero que a raíz de la resolución del amparo 186/2008, por parte del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resultó ser —en el caso de México— además bastante problemático en lo concreto y práctico: ¿Es posible o no que una reforma a la Constitución sea declarada inconstitucional en todo o en parte?

La ambivalencia en las respuestas por parte de la comunidad jurídica refleja, en nuestra opinión, grandes tensiones no sólo entre dos concepciones de ‘democracia’, de ‘derecho’ y de ‘Estado de derecho’ sino también entre dos condiciones: una jurídica ‘constitucional’ y otra política ‘democrática’, así como sobre la primacía o no de la una sobre la otra o viceversa. De igual forma, consideramos que hace falta ser mucho más analíticos tanto en la construcción de las nociones básicas con las que operamos como en la de las distinciones que realizamos, incluidos los problemas de diseño constitucional sobre la posibilidad de declarar inconstitucional una reforma a la Constitución y de decisión constitucional sobre la inconstitucionalidad de la reforma en cuestión.

Así, en esta ponencia, antes de proceder al análisis de los problemas de la decisión constitucional sobre la procedencia o no del control de constitucionalidad de una reforma a la Constitución en el caso de México, es necesario identificar algunas tensiones auténticas y

\* Versión revisada de la ponencia presentada en la Mesa 4 “La Suprema Corte y el control de la reforma” del Seminario “Reforma y Control de la Constitución: Implicaciones y Límites”, en el IIJ-UNAM, en la Ciudad de México, el 4 de febrero de 2009.

\*\* Investigador, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, adscrito a las áreas de “Derecho Constitucional” y “Filosofía y Teoría del Derecho”; y, Profesor por oposición de las materias de “Argumentación Jurídica” y “Filosofía del Derecho”, Facultad de Derecho, UNAM. Correo electrónico: imer@servidor.unam.mx. El autor agradece: a César Astudillo y Lorenzo Córdova la convocatoria e invitación para debatir sobre este tema en el seminario, así como el formato con el cual privilegiaron la deliberación y el formulario —o problemario— que elaboraron para guiar la discusión; y a Jorge Carpizo, Héctor Fix-Zamudio y Diego Valadés, con quienes ha intercambiado algunas impresiones sobre estos problemas.

no-auténticas (o aparentes) entre dos concepciones de ‘democracia’, ‘derecho’, y ‘Estado de derecho’, así como entre dos cualidades ‘constitucional’ y ‘democrático’. De igual forma, vamos a revisar nuestras nociones básicas sobre ‘Constitución’, ‘reforma constitucional’ y ‘reforma a la constitución’, ‘control constitucional’ y ‘control de la constitucionalidad’, así como a realizar algunas otras distinciones analíticas y no-analíticas sobre ‘poder constituyente’ y ‘poder(es) constituido(s)’, ‘límites formales’ y ‘límites materiales’, ‘límites explícitos’ y ‘límites implícitos’, y hasta ‘límites competenciales’, y (problemas de) ‘diseño constitucional’ y ‘decisión constitucional’; y, finalmente, formular a modo de conclusiones algunas consideraciones finales.

## II. TENSIONES AUTÉNTICAS Y NO-AUTÉNTICAS (O APARENTES)

Cabe comenzar por acentuar cómo este debate —sobre las implicaciones y limitaciones de la reforma a la constitución y su control— se inserta en discusiones más amplias al reflejar en su interior tres grandes tensiones entre al menos dos concepciones de ‘democracia’, ‘derecho’ y ‘Estado de derecho’, mismas que dan lugar a una cuarta tensión, más aparente que auténtica, entre dos condiciones: una democrática y otra constitucional, al interior del moderno Estado constitucional y democrático de derecho (o de las democracias constitucionales).

### 1. Dos concepciones de ‘democracia’

Sobre la democracia se han escrito infinidad de libros, tantos como para tener que dedicar bibliotecas enteras —o buena parte de las mismas— para su clasificación. No obstante, es posible *prima facie* agrupar —a la Ronald Dworkin— las diferentes concepciones de democracia en dos grandes grupos. De un lado, una adjetiva o formal (*representativa* o *mayoritaria*); y, del otro, una sustantiva o material (*asociativa* o *societaria*).<sup>316</sup> La primera representada por Norberto Bobbio cuando expresa una definición mínima de democracia “caracterizada por un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen *quién* está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué *procedimientos*.<sup>317</sup> La segunda por Luigi Ferrajoli cuando contrasta dos tipos de reglas “las reglas sobre *quién* puede y sobre *cómo* se debe decidir, y las reglas sobre *qué* se debe y no se debe decidir”.<sup>318</sup> Aun cuando, éste identifica a las primeras con la democracia y a las últimas con el derecho, en nuestra opinión, lo anterior —aunado al hecho de haber criticado el principio o la regla de la mayoría— da lugar a una concepción de democracia más sustantiva —o al menos limitada por el derecho— diferente a la de aquél.<sup>319</sup> Sin embargo, en el supuesto sin conceder que lo anterior no sea sino una

<sup>316</sup> Vid. Dworkin, Ronald, “Is Democracy Possible Here?” en *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Princeton, Princeton University Press, 2006, pp. 131-138. (Hay versión en español: *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, trad. de Ernest Weickert García, Barcelona, Paidós, 2008.)

<sup>317</sup> Bobbio, Norberto, “El futuro de la democracia”, en *El futuro de la democracia*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 14.

<sup>318</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 1995, p. 858.

<sup>319</sup> *Ibidem*, p. 11: “En la base de estas comunes políticas de la justicia se encuentra la confusión entre democracia y principio de mayoría, explícitamente profesada por muchos hombres de gobierno. Así, la democracia no sería más que el poder de la mayoría legitimado por el voto popular, de manera que todo le estaría consentido a la mayoría y nada que no fuera, directa o indirectamente, querido o mediado por ésta sería democráticamente legítimo. Semejante concepción politicista de la democracia ignora la que es la máxima adquisición y al mismo tiempo el fundamento del estado constitucional de derecho: la extensión del principio de legalidad

interpretación peregrina, me permite citar al propio Dworkin para tener una idea más clara de cómo estas dos concepciones están en tensión:<sup>320</sup>

Las dos concepciones de la democracia que están en pugna son las siguientes. De acuerdo con la concepción *mayoritaria*, la democracia es el gobierno de la voluntad de la mayoría, esto es, de acuerdo con la voluntad del número mayor de personas, expresadas en elecciones con sufragio universal o casi universal. No hay garantía de que la mayoría decidirá justamente; sus decisiones pueden ser injustas para las minorías cuyos intereses la mayoría ignora sistemáticamente. Si éste es el caso, entonces la democracia es injusta pero no menos democrática por esa razón. No obstante, de acuerdo con la concepción rival *societaria* de democracia, ésta significa que las personas se gobiernan a sí mismas cada una como un asociado pleno en una empresa política colectiva de manera que las decisiones de la mayoría son democráticas solamente cuando ciertas otras condiciones se cumplen que protegen el estatus y los intereses de cada ciudadano como un asociado pleno en esa empresa. En la concepción societaria, una comunidad que ignora frecuentemente los intereses de alguna minoría u otro grupo es por esa sola razón no democrática aunque elija a sus oficiales por medios impecablemente mayoritarios.

En pocas palabras, en tanto que la concepción *representativa o mayoritaria* identifica a la democracia con el gobierno de la mayoría a través de sus representantes, la concepción *asociativa o societaria* lo hace con el gobierno de todos los asociados o socios: tanto de la mayoría como de la minoría, tanto de los gobernantes como de los gobernados, tanto de los pobres como de los ricos conforme al ideal aristotélico de la *politeia*, i.e. la constitución en la que los dos extremos viciosos caracterizados por él, como 'democracia', es decir el gobierno de los pobres, y como 'oligarquía', esto es el gobierno de los ricos, están balanceados o en equilibrio en un término medio virtuoso.

## 2. Dos concepciones de 'derecho'

De igual forma, desde los griegos se ha hablado de la existencia de dos órdenes —uno natural y otro humano— y como tal de un conflicto entre dos concepciones del derecho, a saber: el iusnaturalismo, el cual aboga en caso de conflicto por la preeminencia de la ley natural sobre la humana, y el iuspositivismo, el cual postula en cambio la preponderancia de la ley humana sobre la natural. Ahora bien, en la actualidad la tensión entre estas dos concepciones, aunque con algunos matices, subsiste: una, formalista o positivista que tiende a reducir el derecho a lo explícito y a lo formalmente válido o vigente, es decir a las normas o reglas (formal); y, una no-formalista o no-positivista a lo implícito y a lo naturalmente válido o justo, esto es a los principios (sustancial).

también al poder de la mayoría y, por consiguiente, la rígida sujeción a la ley de todos los poderes públicos, incluido el legislativo, y su funcionalización a la tutela de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados.”

<sup>320</sup> Dworkin, Ronald, "Is Democracy Possible Here?" cit. en la nota 1, p. 131: "The two views of democracy that are in contest are these. According to the *majoritarian* view, democracy is government by majority will, that is, in accordance with the will of the greatest number of people, expressed in elections with universal or near universal suffrage. There is no guarantee that a majority will decide fairly; its decisions may be unfair to minorities whose interests the majority systematically ignores. If so, the democracy is unjust but no less democratic for that reason. According to the rival *partnership* view of democracy, however, democracy means that the people govern themselves each as a full partner in a collective political enterprise so that a majority's decisions are democratic only when certain further conditions are met that protect the status and interests of each citizen as a full partner in that enterprise. On the partnership view, a community that steadily ignores the interests of some minority or other group is just for that reason not democratic even though it elects officials by impeccably majoritarian means."

De forma tal que para unos la validez del derecho está equiparada con su mera existencia o vigencia, *i.e.* reconocimiento formal por la autoridad competente, en cambio para los otros no basta con dicha declaración formal sino que es necesario que la norma cumpla además con ciertas características o principios de justicia para contar con validez. Al respecto, el mismo Ferrajoli ha calificado a una como paleo-positivismo (o positivismo tradicional) y a la otra como constitucionalismo (o positivismo constitucional);<sup>321</sup> y el propio Dworkin ha caracterizado a una como el modelo de reglas y a la otra como el modelo de principios.<sup>322</sup>

### *3. Dos concepciones de 'Estado de derecho'*

Paralelamente, en años recientes, se ha reconocido una tensión entre dos concepciones de Estado de Derecho: una, legislativa —donde la legalidad es equiparada con la estricta legalidad— como “Estado legislativo de derecho”; y otra, constitucional —donde la legalidad es identificada con la constitucionalidad— como “Estado constitucional de derecho”. Donde los principios de gobierno de las leyes (*per leges*) y de supremacía legal (*sub leges*) vienen a tomar una forma superlativa bajo el epíteto de supremacía constitucional. Al respecto, Gustavo Zagrebelsky ha afirmado:<sup>323</sup>

La respuesta a los grandes cambios y graves problemas de los que tal cambio es consecuencia, y al mismo tiempo causa, está contenida en la fórmula “Estado constitucional”. La novedad que la misma contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. De por sí, esta innovación podría presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a excepción, por tanto, sólo de la función constituyente). Con ello, podría decirse, se realiza de la forma más completa posible el principio del gobierno de las leyes, en lugar del gobierno de los hombres, principio frecuentemente considerado como una de las bases ideológicas que fundamentan el Estado de derecho. Sin embargo, si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho.

### *4. Dos condiciones: 'democrática' y 'constitucional'*

Aun cuando es ya un lugar común decir e inclusive repetir que en el tema que nos ocupa y preocupa, *i.e.* el control de la constitucionalidad de una reforma a la constitución, implica no sólo una tensión entre estas dos condiciones, una democrática correspondiente al poder u órgano reformador/revisor de la constitución, y otra constitucional perteneciente al poder u órgano controlador/defensor de la constitución, sino también la primacía del primero sobre el segundo por la calidad aparentemente electiva y representativa de uno y la no electiva ni

<sup>321</sup> Vid. Ferrajoli, Luigi, “Jueces y política”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, año IV, núm. 7, enero, 1999, pp. 63-79.

<sup>322</sup> Vid. Dworkin, Ronald, “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, vol. 35, 1967, pp. 14-46. (Hay versión en español: “¿Es el derecho un sistema de reglas?”, trad. de Javier Esquivel y Juan Rebolledo G., *Cuadernos de crítica*, núm. 5, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, 1977, pp. 5-54.) y Flores, Imer B., “¿Es el derecho un modelo aplicativo?” (en prensa).

<sup>323</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Valladolid, Trotta, 1995, p. 34.

representativa del otro. No obstante, lo anterior incurre en una falacia lógica conocida como petición de principio (*petitio principii*), al asumir (1) la caracterización democrática del poder u órgano reformador de la constitución y la constitucional del poder u órgano controlador de la constitución; y (2) la primacía de la caracterización democrática sobre la constitucional.

Por el contrario, tanto el poder u órgano controlador como el reformador son y deben ser constitucionales y democráticos, así mismo ninguno de los dos tiene porque tener supremacía sobre el otro. En otras palabras, ambos son y deben ser ejercidos dentro del marco constitucional y fundados en credenciales democráticas. Ahora bien, las diferencias entre uno y otro radican en la naturaleza de las diferentes decisiones que deben tomar y funciones que deben realizar: las del poder u órgano controlador son jurídico-políticas (más jurídicas que políticas), es decir controlar la constitucionalidad de todos los actos de las autoridades para garantizar la supremacía constitucional, en tanto que las del reformador político-jurídicas (más políticas que jurídicas), esto es reformar la constitución para mantener —y hasta recobrar— su viabilidad y, en consecuencia, garantizar su supremacía.

### III. NOCIONES BÁSICAS

Antes de proceder al análisis de los problemas de la decisión constitucional sobre la procedencia o no del control de constitucionalidad de una reforma a la constitución en el caso de México, es imperativo revisar algunas nociones básicas, así como realizar algunas otras distinciones analíticas, para establecer y estipular las formas en que usaremos cada una de estas nociones y distinciones. Este apartado lo dedicamos al estudio de las nociones básicas:

#### 1. 'Constitución'

En primerísima instancia, la palabra '*constitución*' está afectada por la ambigüedad actividad/proceso-producto/resultado, al ser definida lisa y llanamente como la "acción y efecto de constituir", *i.e.* la actividad o proceso necesario para dar forma o reconocimiento constitutivo y el producto o resultado de haber dado dicha forma o reconocimiento. De un lado, como actividad o proceso debe ser equiparado con el poder u órgano constituyente *ad hoc* u originario; y, del otro, como producto o resultado debe ser identificado como una forma de ley o legislación, conocida como constitución, pero denominada además como ley fundamental o suprema. De lo anterior deriva el principio de la supremacía constitucional y de ésta al menos dos garantías constitucionales, a la sazón: 1) el procedimiento dificultado de reforma a la constitución; y 2) el procedimiento de control (judicial) de la constitucionalidad de las actividades/procesos-productos/resultados (o simplemente de "actos" y "leyes") de autoridad, incluidos los legislativos ordinarios y los extraordinarios, como son las reformas a la constitución.<sup>324</sup>

Cabe adelantar que tanto los actos legislativos y reformatorios tanto de leyes como de la constitución misma son funciones habituales del Estado y como tal son encargadas a los poderes constituidos, a diferencia de los actos constitutivos o constituyentes que son fun-

<sup>324</sup> Cabe recordar que la aparición y evolución del control constitucional o de la constitucionalidad estuvo ligada originalmente a la célebre polémica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, acerca de a quién le correspondía ser el protector de la Constitución, ya sea al poder ejecutivo o al judicial. Una vez que el control constitucional o de la constitucionalidad corresponde *prima facie* al judicial, ya sea ordinario o extraordinario, la pregunta es si debe ser concentrado o desconcentrado/difuso. *Vid.* Flores, Imer B., "Derecho y poder en la defensa e ingeniería de la Constitución", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva Serie, año XXXI, núm. 92, mayo-agosto, 1998, pp. 346-347; y "Reflexión sobre la defensa y la ingeniería constitucional en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXI, núm. 93, septiembre-diciembre, 1998, pp. 612-613.

ciones no-habituales y como tal son encargados al poder constituyente convocado *ad hoc*. Aunado a lo anterior, aquéllos son calificados como poderes soberanos limitados —en su ejercicio— dentro del marco constitucional y como tal son posteriores a la constitución del mismo (*ex post*), en cambio éste es considerado como un poder soberano ilimitado —en su título— y como tal anterior a su constitución (*ex ante*).

## 2. '*Reforma constitucional*' y '*reforma a la constitución*'

En segundo lugar, el término '*reforma constitucional*', a su vez, también, está afectado por la ambigüedad actividad/proceso producto/resultado y se usa para señalar la "acción y efecto de reformar la constitución", *i.e.* volver a dar forma o reconocimiento constitutivo, al adicionar, cambiar, o modificar, pero sin alterar, sustituir o suplantar la constitución. Así, se trata más bien de un cambio sin ruptura (evolución), en lugar de un cambio con ruptura (revolución). En este orden de ideas, puede referirse tanto a la actividad o proceso para volver a dar forma o reconocimiento constitucional, como al producto o resultado de haber vuelto a dar dicha forma o reconocimiento. Por un lado, como actividad o proceso debe ser equiparado con el procedimiento (dificultado) de reforma de la constitución, el cual en México es básicamente el proceso legislativo ordinario más la votación calificada de dos terceras partes (66.66%) de los diputados y senadores presentes, así como la votación favorable de la mayoría de las legislaturas de los estados (50% + 1), lo cual ha dado lugar a un proceso legislativo extraordinario. Por el otro, como producto o resultado debe ser identificado con una forma de legislación no ordinaria sino extraordinaria a la que consideramos como constitución (reformada) o bien como reforma a la ley fundamental o suprema.

De esta manera, la expresión '*reforma constitucional*' alude a la actividad o proceso de reformar a la constitución, pero se podría prejuzgar sobre el carácter constitucional del producto o resultado de dicha reforma. Por ello usamos '*reforma constitucional*' para referirnos a la actividad o proceso y utilizamos '*reforma a la constitución*' para el producto o resultado, sin prejuzgar sobre la naturaleza '*constitucional*' de la reforma, la cual queda —o podría quedar— sujeta al control constitucional o de la constitucionalidad.

## 3. '*Control constitucional*' y '*control de la constitucionalidad*'

En tercer término, la voz '*control constitucional*', por su parte, también, está afectada por la ambigüedad actividad/proceso producto/resultado y se utiliza para sugerir la "acción y efecto de controlar la constitucionalidad de ciertos actos y leyes, *i.e.* garantizar que sean conformes a la constitución. En este sentido, puede referirse tanto a la actividad o proceso de controlar la constitucionalidad de ciertos actos o leyes, como al producto o resultado de dicho control. Por una parte, como actividad o proceso debe ser equiparado con el procedimiento para controlar la constitucionalidad de los actos y leyes de la autoridad, el cual en México en ciertos supuestos requiere de una votación de ocho de los once (72.72%) ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en pleno y cuatro de cinco en sala (80%). Por otra parte, como producto o resultado debe ser identificado con una forma de adjudicación o resolución no ordinaria sino extraordinaria.

De este modo, el voquible '*control constitucional*' alude a la actividad o proceso de controlar la constitucionalidad, pero podría prejuzgar sobre el carácter constitucional del producto o resultado de dicho control. Por ende, usamos '*control constitucional*' para referirnos a la actividad o proceso y utilizamos '*control de la constitucionalidad*' para el producto o resultado, con lo cual tampoco se prejuzgaría su naturaleza constitucional o no.

#### IV. DISTINCIONES ANALÍTICAS (Y NO-ANALÍTICAS)

Como ya lo anunciamos en el apartado anterior, antes de proceder al análisis de los problemas de la decisión constitucional sobre la procedencia o no del control de constitucionalidad de una reforma a la constitución en el caso de México, era imperioso revisar algunas nociones básicas, así como realizar algunas otras distinciones analíticas, para establecer y estipular las formas en que usaremos cada una de estas nociones y distinciones. Este apartado lo dedicamos al examen de algunas distinciones analíticas:

##### 1. 'Poder constituyente' y 'poder(es) constituido(s)'

Como ya adelantamos, las funciones habituales del poder soberano —tales como adjudicar y legislar— son encargadas a los poderes u órganos constituidos, a diferencia de ciertas funciones no-habituales —como la de promulgar una (nueva) constitución— que son encomendadas a poderes u órganos constituyentes convocados *ad hoc*. Así mismo, los constituidos son calificados como poderes soberanos limitados en su ejercicio al ser posteriores a la constitución que los ha creado o reconocido —o vágase la redundancia constituido— pero que también los ha reglamentado o regulado y como tal son poderes derivados, en cambio los constituyentes son considerados como poderes soberanos ilimitados al ser anteriores a la constitución y en principio no necesitan ser creados o reconocidos ni reglamentados o regulados y como tal son poderes originarios.

Ahora bien, la pregunta es si las funciones tanto de controlar la constitucionalidad como de reformar la constitución son habituales o no-habituales y como tales si son o deben ser encargadas a poderes u órganos constituidos, o bien a constituyentes. En nuestra opinión, con independencia de que no sean necesarias y ordinarias sino contingentes y extraordinarias, las funciones tanto de controlar la constitucionalidad como de reformar la constitución resultan ser más o menos habituales, así mismo son y deben ser encomendadas a los poderes constituidos y no a los constituyentes.

En este sentido, los poderes constituyentes tienen funciones no-habituales como la de promulgar una (nueva) constitución y como tales son no-permanentes (o temporales); en tanto que los poderes constituidos tienen funciones habituales y como tales son permanentes (o no-temporales). De tal suerte, mientras los poderes constituyentes son ilimitados y como tales pueden ser el resultado de una revolución e inclusive entrañar un cambio con ruptura, los poderes constituidos son limitados y como tales deben ser el resultado de la evolución e incluso envolver un cambio sin ruptura. Lo anterior implica la existencia no sólo de poderes u órganos reformadores de la constitución y controladores de la constitucionalidad como poderes constituidos sino también la posibilidad de controlar la constitucionalidad de una reforma constitucional como actividad/proceso (el acto reformador o reformatorio) y de una reforma a la constitución como producto/resultado (la reforma a la constitución en sí).

El problema es que para algunos el poder u órgano reformador es un poder soberano ilimitado, con lo cual lo equiparan a un poder constituyente, el mal llamado "constituyente permanente",<sup>325</sup> y sugieren que no tiene porque estar sujeto al control de constitucionalidad. Sin embargo, se trata más bien de un poder soberano limitado, correspondiente —en el caso de México— a un poder constituido, compuesto de dos poderes constituidos, *i.e.* el poder legislativo (federal) y el poder federativo (encarnado en las legislaturas de los estados), los

<sup>325</sup> Esta desafortunada caracterización constituye una *contradiccio in terminis*, pues como ya vimos el poder constituyente es no-permanente (o temporal) en tanto que los poderes constituidos son permanentes (o no-temporales). De forma tal que no puede ser constituyente y permanente al mismo tiempo: si es constituyente debe ser no-permanente (o temporal) y si es permanente debe ser constituido, no constituyente. Cfr. Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1993, pp. 45-64.

cuales al estar reglamentados o regulados por la constitución tienen límites y por lo mismo son y deben ser objeto del control de constitucionalidad, por parte de otro poder constituido, el cual también está reglamentado o regulado por la misma constitución.

En palabras del mismísimo Tena Ramírez:<sup>326</sup>

La separación en el tiempo del Poder Constituyente, autor de la Constitución, y de los Poderes constituidos, obra y emanación de aquél, no presenta dificultad; en el momento en que la vida del primero se extingue, por haber cumplido su misión, comienza la de los segundos. La diferenciación teórica tampoco es difícil de entender: el Poder Constituyente únicamente otorga facultades, pero nunca las ejercita, al contrario de los Poderes constituidos, que ejercitan las facultades recibidas del constituyente, sin otorgárselas nunca a sí mismos.

No obstante, este mismo autor apunta que el poder u órgano reformador de la constitución puede cumplir con una función constituyente. Su equívoco se explica pero no se justifica en el hecho de que distingue, además del “constituyente originario”, un “constituyente reformador” —al que denomina “constituyente permanente”— y otro “constituyente revolucionario”, los cuales en un momento dado podrían cambiar la Constitución vigente en su totalidad por una distinta, ya sea cambio sin o con ruptura, respectivamente.<sup>327</sup>

## 2. 'Límites formales' y 'límites materiales', 'límites explícitos' y 'límites implícitos', y ¿'límites competenciales'?

Si bien hemos insistido que el poder u órgano reformador de la constitución es un poder constituido que está reglamentado o regulado por la propia constitución que le impone ciertos límites, todavía hace falta precisar cuáles son éstos.<sup>328</sup> Ciertamente, hay varias clasificaciones, pero para efectos de esta ponencia basta con distinguir entre límites: (A) formales, y (B) materiales, de un lado; y (C) explícitos, e (D) implícitos, del otro.

Los (A) formales derivan de vicios en la forma o el procedimiento de reforma constitucional como actividad-proceso: el acto reformatorio en sí; y los (B) materiales de vicios en el fondo o el contenido de la reforma a la constitución como producto o resultado: la reforma a la constitución en sí. Los (C) explícitos están contenidos en el texto de la misma constitución como cláusulas de intangibilidad o pétreas; y los (D) implícitos derivan del espíritu de la propia constitución, la cual tiene como principio fundamental garantizar tanto los derechos como la división de poderes. A partir de estas dos distinciones resulta que los límites pueden ser explícitos y formales (CA) o explícitos y materiales (CB), pero también implícitos pero no son solamente formales (DA) sino también materiales (DB). Lo anterior ha dado lugar a los llamados límites competenciales o vicios de competencia, el poder u órgano reformador tiene competencia: en una tesis débil para hacer las reformas pero solamente en cierta forma para no violar ni violentar la propia constitución (DA); o bien, en una tesis fuerte para adicionar, cambiar o modificar la constitución pero no para destruir, suplantar o sustituir la misma (DB).

<sup>326</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>327</sup> *Ibid.*, pp. 45-64 y 65-74.

<sup>328</sup> Vid. B. Flores, Imer “Sobre las formas y los límites de la legislación: A propósito de la constitucionalidad de una reforma constitucional”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (eds.), *El estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, t. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 271-292. Vid. también “Legisprudence: The Forms and Limits of Legislation”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 1, 2007, pp. 247-266.

### 3. *Diseños y decisiones constitucionales*

Para cerrar este apartado es imperativo establecer una distinción más entre dos preguntas: 1) una normativa de ‘diseño constitucional’, referente al tema abstracto y genérico de si debe estar sometido el poder u órgano reformador de la constitución al poder u órgano controlador de la constitucionalidad; y, otra empírica de ‘decisión constitucional’, respecto al tema concreto y específico de si —en el caso de México— está sometido el poder u órgano reformador de la constitución al poder u órgano controlador de la constitucionalidad. En nuestra opinión, la respuesta a ambas preguntas es afirmativa: sí, si debe estar sometido el poder u órgano reformador de la constitución al poder u órgano controlador de la constitucionalidad, y si está sometido —en el caso de México— el órgano o poder reformador de la constitución al poder u órgano controlador de la constitucionalidad.

Cabe destacar que la distinción entre ‘diseño constitucional’ (Di) y ‘decisión constitucional’ (De) es importante porque permite aclarar y precisar que al parecer: para algunos el poder u órgano reformador de la constitución debe estar sometido al poder u órgano controlador de la constitución (Di) pero no lo está todavía (nDe); para otros el poder u órgano reformador de la constitución no debe estar sometido al poder u órgano controlador de la constitución (nDi) pero lo está ya (De); para unos el poder u órgano reformador de la constitución no debe estar sometido al poder u órgano controlador de la constitución (nDi) ni lo está (nDe); y para algunos más como nosotros el poder u órgano reformador de la constitución debe estar sometido al poder u órgano controlador de la constitución (Di) y lo está ya (De). Así mismo, la distinción es relevante porque nos permite identificar problemas tanto de (o en el) diseño constitucional como de (o en la) decisión constitucional. De tal suerte, los dos apartados siguientes están dedicados a dichos problemas.

## V. PROBLEMAS DE ‘DISEÑO CONSTITUCIONAL’

Por una parte, intentamos acentuar algunos de los problemas de (o en el) diseño constitucional correspondiente a la pregunta de si debe estar sometido el poder u órgano reformador de la constitución al poder u órgano controlador de la constitucionalidad en lo abstracto o teórico. La existencia de algunas deficiencias en el diseño parecen dar en parte la razón a quienes afirman que debe estar pero que de hecho no lo está y que para que lo esté son necesarias una serie de reformas en la materia de control constitucional o de la constitucionalidad, para incluir explícitamente dicho control en el caso de las reformas a la constitución.

En primerísima instancia, ciertamente, en ningún lugar dice de manera expresa cuál de las formas de control constitucional, incluido el juicio de amparo, es procedente ante reformas a la constitución, pero tampoco dice que ninguna proceda. Por el contrario, la Constitución mexicana dice al menos de modo explícito que el amparo procede contra actos y leyes de autoridad que vulneren las garantías constitucionales. Por lo pronto, como hemos visto, hay actos de autoridad que son reformatorios inclusive de la constitución y la reforma a la constitución es en sí una forma de legislación o de ley. Por ello, somos de la opinión que si procede y debe proceder su control de constitucionalidad, ya sea como acto de autoridad o como ley (fundamental o suprema). Al respecto, cabe la posibilidad como también vimos, que algunos de estos actos o leyes violen o violenten los principios de la constitución misma aunque no sean explícitos, como límites implícitos, ya sean formales o materiales, conocidos como límites competenciales o vicios de competencia.

En segundo lugar, la subsistencia del principio de la relatividad de las sentencias de amparo, mejor conocida como fórmula Otero, ofrece otro gran problema. En caso de conceder el amparo, en principio, los efectos serían particulares. Con lo cual coexistirían al menos dos órdenes constitucionales, según interpusieron el amparo o no, y si se los concedieron o no.

Al grado tal de llegar al extremo de tener a la gente que lo promovió amparada y no contra la misma reforma a la constitución. Consideramos oportuno recordar que hoy en día esto de hecho ya sucede al tener al menos dos órdenes constitucionales paralelos: el de aquéllos que interpusieron el amparo y no, y el de aquéllos a los que se los concedieron o no, digamos contra una ley ordinaria. Por supuesto que si reconocer que hay al menos dos órdenes constitucionales paralelos tangentes a leyes (ordinarias) ya es de por sí grave sería todavía más grave que lo fueran tocantes a leyes (extraordinarias), como en el caso de la constitución o ley fundamental o suprema. Nótese que si la existencia de estos dos órdenes constitucionales paralelos es razón suficiente para poner el grito en el cielo en el caso de la reforma a la constitución, no deja de ser grave que suceda en otros casos, en los cuales también habría razón de alarma. Este problema se podría matizar si la Suprema Corte de Justicia de la Nación, primero, ejerciera su facultad de atracción por la relevancia de la materia; y, después, resolviera todos los asuntos en una misma sesión o serie de sesiones como un "paquete". (Por cierto, el antecedente de esta práctica lo encontramos en los casos de militares con VIH.) No obstante, como soluciones de diseño constitucional habría que eliminar la fórmula Otero y con ello el principio de relatividad de las sentencias de amparo; o bien, incluir las acciones colectivas, de clase, o de tutela con lo cual la sentencia tendría efectos generales y ya no meramente particulares (como de por sí se contempla en el proyecto de nueva ley de amparo).

En tercer término, resulta que al parecer la Suprema Corte de Justicia de la Nación es ambivalente al tener sentimientos encontrados respecto a su naturaleza dual tanto de corte suprema y cabeza del Poder Judicial (federal) como de tribunal constitucional y poder controlador de la constitución. En este sentido, si bien somos de la idea de que el poder u órgano reformador de la constitución debe estar sometido al poder u órgano controlador de la constitucionalidad, esta atribución le corresponde al pleno de la Suprema Corte en su calidad de tribunal constitucional y no en calidad de corte suprema del Poder Judicial (federal).

Finalmente, como colofón de esta parte, nos gustaría insistir en que, aun cuando el diseño actual es deficiente, en nuestra opinión, si debe proceder el control de la constitucionalidad de una reforma a la constitución, para que ésta pueda ser considerada como constitucional. No obstante, concurremos con quienes ante la duda les gustaría ver explicitado el supuesto de dicha procedencia y en ese sentido nos pronunciamos en principio por un control *ex post*, es decir posterior a su aprobación. Sin embargo, en caso de inclusive reformar el procedimiento de reforma a la constitución para incorporar la figura del referéndum constitucional habría que incluir al menos un control *ex ante*, esto es anterior al refrendo popular.

## VI. PROBLEMAS DE DECISIÓN CONSTITUCIONAL

Por otra parte, pretendemos enfatizar algunos de los problemas de (o en la) decisión constitucional correspondiente a la pregunta de si está sometido —en el caso de México— el poder u órgano reformador de la constitución al poder u órgano controlador de la constitucionalidad. Como se puede apreciar en mayor o menor medida los problemas de la decisión constitucional están relacionados con las deficiencias de diseño constitucional.

### *1. Estado de los diversos mecanismos de control de constitucionalidad en México*

El panorama de la justicia constitucional en México es mucho más alentador que en el pasado reciente cuando el único medio de defensa usado —y hasta abusado— era el amparo, una especie de "hoyo negro" que atrapaba todo para utilizar una afortunada metáfora de Héctor Fix-Fierro, en tanto que ahora contamos además, como garantías procedimentales,

con las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales desde la reforma constitucional de 1994-1995, así como con las comisiones de derechos humanos tanto nacional como locales desde la reforma constitucional de 1992, y las figuras de juicio político y procedimiento investigatorio.<sup>329</sup> Sin embargo, todavía hay —como ya vimos— deficiencias en su diseño, mismas que tiene un impacto negativo en la materia en cuestión, así como ambivalencia e inconsistencia en su aplicación, sobre todo al no existir criterios claros y precisos, estables y más o menos permanentes.

## *2. Evolución de los criterios (desde el amparo "Camacho" hasta los amparos contra la reforma electoral de 2007) y opinión de los mismos*

La primera ocasión en que se planteó en México la cuestión de si procedía algún medio de control constitucional de una reforma a la Constitución fue, en 1997, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el amparo en revisión, promovido por Manuel Camacho Solís, y conocido como el "amparo Camacho".<sup>330</sup> En el amparo se impugnó la constitucionalidad de la reforma a la constitución en materia político-electoral de 1996, en lo relativo al Distrito Federal y a los requisitos para ser Jefe de Gobierno del Distrito Federal, contenidos en la fracción I, en la Base Segunda, del artículo 122 de la Constitución. Concretamente, se impugnó la porción normativa que según Camacho Solís lo lastimaba al impedirle contender por dicho cargo en la elección de 1997 y que a la letra dice "Para ser Jefe de Gobierno del Distrito Federal deberán reunirse los requisitos que establezca el Estatuto de Gobierno, entre los que deberán estar: ...no haber desempeñado anteriormente el cargo de Jefe de Gobierno del Distrito Federal con cualquier carácter."

En síntesis, ante la negativa del juez de distrito para conocer de la constitucionalidad de la reforma a la Constitución, la Corte conoció y declaró, sin entrar al fondo, su procedencia, y devolvió los autos al juez *ad quo* para que resolviera sobre el fondo. Con lo anterior estableció un importantísimo criterio: "el Poder Judicial Federal, a través del juicio de amparo, sí puede conocer de la constitucionalidad del procedimiento legislativo desarrollado para dar vida a una reforma constitucional."<sup>331</sup> Con lo cual parece sugerir que el poder u órgano reformador de la constitución sí tiene límites, al menos, implícitos, pero, en principio, solamente formales y que el poder u órgano controlador de la constitución puede conocer de los mismos.

Ahora bien, es conducente elaborar algunos comentarios:

Primero, el juez de distrito nunca resolvió el fondo de la cuestión y al final de cuentas tuvo que declarar el sobreseimiento al quedarse sin materia, toda vez que la elección de 1997 ya era un acto consumado. Lo anterior destaca un problema relacionado con la ambivalencia en el actuar de nuestra Suprema Corte, porque en lugar de entrar a conocer y a resolver sobre el fondo de la constitucionalidad de la reforma a la Constitución en su calidad de tribunal constitucional se limita a fungir como corte suprema (de legalidad) y remitir el expediente al juez de distrito para que el resolviera sobre una cuestión de la mayor envergadura por su importancia y trascendencia, misma que debería haber resuelta la misma Suprema Corte de una vez.

Segundo, el agravio para algunos no era sino aparente y como tal inexistente: Manuel Camacho Solís había sido Jefe del Departamento del Distrito Federal y no Jefe del Gobierno

<sup>329</sup> *Vid.* Flores, Imer B., "Reflexión sobre la defensa y la ingeniería constitucional en México", *cit.*, nota 9, pp. 621-626.

<sup>330</sup> *Vid.* Flores, Imer B., "Sobre las formas y los límites de la legislación...", *cit.*, nota 13, pp. 284-290.

<sup>331</sup> Góngora Pimentel, Genaro David, "¿Puede plantearse en Juicio de Amparo la inconstitucionalidad del procedimiento de reforma constitucional? (El caso del señor Manuel Camacho Solís)", *Lex. difusión y análisis*, México, 3a. época, año III, núm. 24, junio, 1997, p. 6. *Cfr.* Carranco Zúñiga, Joel "El juicio de amparo de Manuel Camacho Solís, un nuevo enfoque constitucional", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 7, 2000, pp. 77-125; y Arteaga Nava, Elisur, "El amparo Camacho. La impugnación de una reforma constitucional", *Alegatos*, México, núm. 46, septiembre-diciembre, 2000, pp. 511-542.

del Distrito Federal, y como tal la prohibición de “no haber desempeñado... el cargo de Jefe de Gobierno del Distrito Federal” no le era aplicable. Aunado a lo anterior, el hecho de que el texto se refiriera a “anteriormente” o bien “con cualquier carácter”, no podría extenderse a su caso ni a ningún otro Jefe del Departamento sino tan sólo a quienes quieren ser candidatos al puesto pero que ocuparon “anteriormente” el cargo de Jefe de Gobierno del Distrito Federal del Distrito Federal “con cualquier carácter”, como en el caso de Rosario Robles quien quería ser candidata en 2006 pero que había fungido como Jefe de Gobierno en calidad de sustituto al renunciar Cuauhtémoc Cárdenas para contender por la presidencia de la República en 2000.

Tercero, el hecho de que ni el pleno de la Corte entrara a conocer la cuestión ni el juez de distrito a resolver el fondo, lo único que obsequio fue la posibilidad de impugnar por vía de amparo una reforma a la constitución, en principio, por vicios en el procedimiento, pero sin precisar cuáles podrían haber sido estos vicios o en qué consistían o consistirían. Al respecto, en el supuesto sin conceder que existiera la violación en el caso concreto, pues como vimos era más aparente que realmente existente, se podría alegar que la norma impugnada no era impersonal sino personal. Con lo cual la violación radicaría más bien en una falta de técnica legislativa: durante el procedimiento reformatorio se debía haber aclarado en un artículo transitorio que por ningún motivo la prohibición a quienes “anteriormente” hayan ocupado el cargo de Jefe de Gobierno del Distrito Federal “con cualquier carácter” sería extensiva a quienes con anterioridad ocuparon el encargo de Jefe del Departamento del Distrito Federal e independientemente de la calidad en la que lo ocuparon.

En una segunda ocasión, ya con el “amparo Camacho” como antecedente, se impugnó la constitucionalidad de la reforma a la constitución en materia indígena de 2001, pero por la vía de las controversias constitucionales, lo cual dio lugar a las llamadas “controversias constitucionales en materia indígena”. En dichas controversias, algunas entidades federativas impugnaban tanto el fondo como la forma de la reforma. De un lado, dentro de las cuestiones de fondo alegaban que el contenido de la reforma a la Constitución era regresivo, en tanto que el de las legislaciones locales era —al menos en algunos aspectos— más progresivo, con lo cual al tener que reformar las disposiciones legales para adecuarlas a la Constitución federal se restringirían los derechos (adquiridos) y expectativas de los indígenas; y, del otro, dentro de las cuestiones de forma argumentaban que el procedimiento de reforma se había violado al aprobarse al “vapor” en la Cámara de Diputados, como cámara de revisión, sin entrar a discutir a fondo los méritos y deméritos de la reforma más allá de que cada partido fijara su postura; o bien, al realizarse el cómputo y la declaratoria de la reforma con la aprobación del voto mayoritario de los primeros dieciséis estados, sin esperar a tomar el parecer de los restantes.

En síntesis, la Suprema Corte decidió en un primer momento darles entrada, pero luego varios meses después resolvió, otra vez sin entrar al fondo, que el asunto era “notoriamente improcedente”, por tratarse de una reforma a la constitución. Con ello, sin abandonar de manera explícita el criterio del “amparo Camacho”, pues no se trataba de un amparo, sino de una controversia constitucional, pero eso sí de modo implícito parece sugerir que no procedía ningún medio de control de la constitucionalidad de una reforma a la constitución, ni siquiera por vicios de procedimiento.

Al respecto, es conveniente expresar algunos comentarios:

Primero, la Suprema Corte al no entrar al fondo y al limitarse a decretar el sobreseimiento por notoria improcedencia no sólo dejó de resolver la cuestión que nos interesa sino también cambió aparentemente el criterio del “amparo Camacho”. En nuestra opinión, lo anterior no implicaba como necesidad que hayan abandonado su criterio sino tan sólo que para ellos la controversia constitucional no era la vía idónea o bien que al menos en dicho caso no había materia de controversia, pues los poderes u órganos (constituidos) con facultad para reformar la constitución participaron en dicho procedimiento o al menos presumieron que fue

así. No obstante, el caso evidenció una serie de deficiencias en el diseño constitucional del procedimiento de reforma a la constitución, el cual se limita en el artículo 135 de la Constitución federal a exigir que las reformas sean aprobadas por “el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes... y... por la mayoría de las legislaturas de los Estados”, tales como: que si para hacer el cómputo y la declaración de la reforma era necesario esperar a todas las legislaturas de los estados, e inclusive que si en el cómputo se debía contabilizar a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal como si fuera equivalente a la “legislatura de los estados”, y —en consecuencia— requerir de la aprobación no de diecisésis estados de treinta y uno, sino diecisiete entidades federativas de treinta y dos, entre otras cuestiones, varias de ellas, muy controvertibles y discutibles, mismas que por razones del espacio disponible dejamos para otra ocasión.

Segundo, el hecho de que no hayan entrado a resolver el fondo y que se limitaran a declarar la “notoria improcedencia” viene a reforzar no sólo la ambivalencia de la Suprema Corte al conocer de este tipo de asuntos en los cuales parece regirse más por la lógica de la (estricta) legalidad que el de la misma constitucionalidad, sino también las deficiencias en el diseño tanto del procedimiento de reforma a la constitución como del control de su constitucionalidad. Es más, el hecho de decir varios meses después —por cierto cuando ya no se podía interponer algún otro recurso— que eran “notoriamente improcedentes” es —o al menos resulta ser— contra-intuitivo y por demás contrario a sus propios criterios y tesis jurisprudenciales. En los cuales en forma de por sí tautológica se repite una y otra vez que algo es “notoriamente improcedente” cuando es “claro”, “evidente”, “manifestado”, “notorio”, “obvio”, “patente” que “no procede”, cuando en realidad el criterio está y debe estar ligado más bien a una cierta inmediatez —e incluso rapidez— con la que se detecta a simple vista que no ha lugar a entrar a analizar la cuestión por ser infundada.

En este sentido, no sería sino hasta después de la reforma a la constitución en materia electoral del 2007 que el debate se tendría que reabrir. En nuestra opinión, no es que la Suprema Corte haya cambiado radicalmente de criterio, sino que lisa y llanamente retomó el precedente establecido en el “amparo Camacho” para entrar a conocer sobre la posible violación a garantías individuales derivadas de la violación en el procedimiento de reforma a la constitución y enviar el asunto al juez de distrito para que éste entre a estudiar el fondo y resuelva en consecuencia.

En síntesis, no es que la Corte haya dicho que procedía el amparo en el caso concreto sino que al menos no era “notoriamente improcedente” y que como tal el juez de distrito tendría que entrar a analizar el fondo del asunto. Con lo cual, aun cuando no lo diga de manera explícita retoma y aplica el criterio establecido en el caso del “amparo Camacho”, mismo que nunca abandonó de modo expreso.

Así que, es pertinente formular algunos comentarios:

Primero, la Suprema Corte al dar entrada al asunto no prejuzga sobre la inconstitucionalidad de la reforma a la constitución en materia electoral de 2007 sino que meramente ordena al juez de distrito entrar a juzgar sobre su constitucionalidad. Lo anterior, si bien constituye un avance al retomar y aplicar el precedente del “amparo Camacho”, no deja de ser motivo de alguna alarma, puesto que de nueva cuenta la Suprema Corte es ambivalente en su actuar, de un lado, al darle entrada a un asunto de la mayor envergadura; y, del otro, al remitir los autos a un juez de distrito, cuando por la importancia y trascendencia del asunto lo debería resolver en pleno a su interior en calidad de tribunal constitucional y en ejercicio de su facultad de atracción, tal y como lo solicitó el Tribunal Colegiado de Circuito.

Segundo, el hecho de dar entrada al asunto no prejuzga sobre la inconstitucionalidad de la reforma a la constitución. Ciertamente, al reabrir la puerta para entrar al análisis de su constitucionalidad, también se puede abrir una ventana de oportunidad para conocer cuáles son o podrían ser los vicios o si solamente se trata de vicios en el procedimiento, y en qué consistirían o podrían consistir. En este sentido, aunque la reforma a la constitución no debe ser

declarada necesariamente como inconstitucional se podría avanzar muchísimo si al entrar al estudio del asunto en cuestión se precisaran no sólo la procedencia de los medios de control de constitucionalidad sino también sobre qué tipo de vicios y en qué consistían o consistirían. En nuestra opinión, si es posible que una reforma a la constitución sea inconstitucional al violar o violentar los principios más fundamentales que dan sustento a una constitución, a saber: los derechos humanos y la división de poderes.

### 3. *Vía idónea: Acción de inconstitucionalidad*

Ante las deficiencias en el diseño del control de constitucionalidad y al no estar cancelada ninguna, a la sazón: el juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, todas son procedentes, aunque quizás ninguna sea idónea por completo. Así, el amparo procede conforme a lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución federal: "Por leyes o actos de autoridad que violen garantías individuales"; y, en consecuencia, procede como mecanismo de defensa para los ciudadanos quienes ciertamente podrían dolerse de una reforma a una constitución que vulnere sus derechos. No obstante, en tanto que no se derogue el principio de la relatividad de las sentencias de amparo, podríamos llegar a tener al menos dos órdenes constitucionales.

En el caso de las controversias constitucionales, estás proceden conforme a lo prescrito por la fracción I del artículo 105 de la Constitución federal, en caso de controversia entre los diferentes poderes u órganos y en los distintos niveles de gobierno; y, en consecuencia, procede como mecanismo de defensa para dichos poderes u órganos de gobierno los cuales podrían sentir que la reforma violenta sus atribuciones o facultades al reducirlas o restringirlas a su mínima expresión. Aun cuando, parecería que muy difícilmente se podría dar este supuesto baste pensar en una reforma a la constitución que redujera las atribuciones o facultades de uno de los órganos o poderes a su mínima expresión, o bien que de plano lo subordinara a otro poder u órgano. Sin embargo, de manera análoga a lo que sucede en el caso del amparo, para que la declaratoria de invalidez —y en este caso de inconstitucionalidad— pueda surtir efectos generales se requiere del voto de ocho de los once ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en caso contrario los efectos solamente serán particulares.

Por último, las acciones de inconstitucionalidad conforme a lo previsto en la fracción II del artículo 105 de la Constitución federal, sería procedente si la promueven el 33% de los integrantes de la Cámara de Diputados o del Senado; o bien, el Procurador General de la República. Con lo cual se podría evitar el hecho de que una aparente mayoría de diputados o de senadores aprobara una reforma a la constitución sin contar en realidad con la mayoría. Aunque parecería que muy difícilmente se podría dar este supuesto cabe la posibilidad de que una reforma a la constitución fuera aprobada con una mayoría calificada pero con el mínimo del quórum requerido en alguna de las cámaras. Ahora bien, al igual que en el caso de las controversias constitucionales, para que la declaratoria de invalidez —y en este caso de inconstitucionalidad— pueda surtir efectos generales se requiere del voto de ocho de los once ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en pleno o cuatro de cinco en sala, en caso contrario los efectos solamente serán particulares.

Si bien las tres vías parecen ser procedentes, por las deficiencias en su diseño ninguna resulta ser idónea por completo. No obstante, de los mecanismos de control de constitucionalidad, en nuestra opinión, el que mejor funciona —o podría funcionar— en el caso de las reformas a la constitución son las acciones de inconstitucionalidad. A diferencia tanto del amparo que se limita a violaciones a las garantías individuales como de la controversia constitucional que se restringe al final de cuentas a invasiones competenciales, la acción de inconstitucionalidad tiene por "objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta constitución", ya sea que el decreto de reforma a la constitución —

como ley (fundamental y suprema) es una norma de carácter general— vulnere las garantías individuales o cuestiones competenciales, ya incluidas en la misma constitución.

Para reforzar no sólo cómo operan y han operado las acciones de inconstitucionalidad sino también cuáles han sido sus alcances respecto a conocer vicios formales y materiales, explícitos e implícitos, me permito recordar unos cuantos casos.<sup>332</sup> Sin embargo, antes de proceder a su estudio, cabe destacar que todos los casos fueron resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que en todos ellos se demandaba la inconstitucionalidad de una reforma a la constitución, pero en todos los casos se trataba de la estatal, por contravenir lo establecido en la misma Constitución local y por supuesto en la Constitución federal. Curiosamente en todos los casos la reforma en cuestión era en materia político-electoral y en todos los casos la votación contó con el voto de al menos ocho ministros y como tal la declaración de inconstitucionalidad tuvo efectos generales.

#### *A. Vicios formales y explícitos (forma)*

La Suprema Corte resolvió en la acción de inconstitucionalidad, identificada como AI 52/2006, o y conocida como “caso Baja California” que la reforma a la Constitución estatal había sido inconstitucional por vicios de forma al haber obviado por una supuesta urgencia la “discusión” previa a la “aprobación” de la reforma a la Constitución. Por supuesto que haberlo discutido y aprobado en comisiones no hace las veces de la discusión y aprobación prevista en las constituciones federal y estatal.

En síntesis, la Corte afirmó que no era posible obviar ninguno de los pasos esenciales del procedimiento legislativo extraordinario que da lugar a la reforma, sobre todo cuando no se acredita la supuesta urgencia. Con lo cual en aquella ocasión resolvió que la acción de inconstitucionalidad era procedente por vicios formales pero explícitos, al no respetar el procedimiento establecido expresamente en la Constitución estatal y en la federal, en lo relativo a la discusión del proyecto de reforma a la constitución previo a su aprobación.

#### *B. Vicios materiales y explícitos (fondo)*

La Suprema Corte resolvió en las acciones de inconstitucionalidad, identificadas como AI 39/2006 y AI 41/2006, y conocidas como “caso Michoacán” y “caso Oaxaca” respectivamente, que sendas reformas a la correspondiente Constitución estatal habían sido inconstitucionales. Lo anterior por vicios de fondo al pretender, con el objeto de hacer concurrentes las elecciones federal y locales en el mismo año al uniformar los calendarios electorales, crear un período con un gobernador “interino” o de “transición”, el cual en lugar de ser electo mediante voto directo sería designado o nombrado por el Congreso estatal.

En síntesis, la Corte anotó que no era posible sin violar las constituciones estatales y la federal el designar o nombrar a un gobernador, cuando la Constitución federal en la fracción I del artículo 116 señala que “La elección de los gobernadores de los Estados... será directa” y que si bien es posible que los Congresos locales designen o nombren —con independencia de la denominación— a un gobernador interino, provisional o substituto, lo hacen pero precisamente bajo la premisa de que había un gobernador constitucional electo a quien han de suplir. Con lo cual en aquella ocasión resolvió que la acción de inconstitucionalidad era

<sup>332</sup> Vid. Flores, Imer B., “Sobre la (in)constitucionalidad de «reformas constitucionales»: A propósito de los casos de Chiapas, Michoacán y Oaxaca”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 17, julio-diciembre, 2007, pp. 259-280; y “Sobre los límites de las reformas constitucionales: A propósito de tres acciones de inconstitucionalidad recientes”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (eds.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. t. VIII *Procesos Constitucionales Orgánicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 831-856.

procedente por vicios materiales pero explícitos, al violentar lo establecido expresamente en la Constitución estatal y en la federal, en lo relativo a la elección directa de los gobernadores.

### *C. Vicios competenciales (forma-fondo)*

La Suprema Corte resolvió, además de en las dos acciones de inconstitucionalidad anteriores, en una tercera acción de inconstitucionalidad identificada como AI 47/2006 y conocida como “caso Chiapas”, misma que fue resuelta con anterioridad a ambas, que las reformas a la correspondiente Constitución estatal habían sido inconstitucionales por vicios que nunca precisaron pero que corresponden a los que hemos identificado como vicios competenciales (en los cuales a partir de una violación a la forma se violenta el fondo de la constitución misma). En dado caso de que la reforma hubiera sido hecha en una forma diferente no violaría ni violentaría el fondo de la constitución, pero al haber sido hecha en una cierta forma si resulta ser contraria a los principios implícitos en la misma.

En síntesis, la Corte apuntó que so pretexto de hacer concurrentes las elecciones federal y local no era posible ampliar un año el mandato de los miembros tanto de los ayuntamientos como del Congreso estatal en funciones. Nótese que el problema no era si es posible ampliar o no los períodos tantos de los ayuntamientos como de los congresos, digamos de tres a cuatro años, sino que no es posible ampliar el mandato de aquéllos que están funciones, lo cual sería violatorio de varios principios constitucionales relacionados con la división de poderes, en general, y la división de poderes temporal, en particular. No obstante, en todo caso no se viola ni violenta una norma explícita sino algún o algunos principios implícitos tanto formales como materiales, por ejemplo, se rebasaría el mandato expreso otorgado por tres años en las urnas al ampliar el mandato de ciertos funcionarios que curiosamente están en funciones y que participaron en el procedimiento de reforma a la constitución.

En nuestra opinión, la racional es simple: la Suprema Corte al decidir que una reforma a la Constitución local debe ser declarada inconstitucional si excede ciertos límites, ha resuelto que una reforma a la Constitución federal también debe ser declarada inconstitucional si excede esos mismos límites. Imaginemos que el poder reformador amplíe o prorrogue el mandato de ciertos representantes federales en funciones para un lapso más allá del período para el cual fueron electos originalmente. Lo coherente y congruente con el precedente de las acciones de inconstitucionalidad anteriores sería declarar inconstitucional dicha reforma a la Constitución federal pero los vicios no serían explícitos sino implícitos y como tales competenciales.

### *4. Implicaciones en el futuro*

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo 186/2008 ejerció la facultad de atracción por las características de interés y trascendencia que revestía el caso y en el Considerando Tercero precisa que se limitaría —sin entrar al fondo del asunto— a “determinar si la función reformadora de la Constitución está sujeta a medios de control constitucional y, en su caso, si el juicio de amparo es uno de ellos”. La respuesta a ambas cuestiones fue afirmativa: la función reformadora si está sujeta a medios de control constitucional y el juicio de amparo si es uno de ellos.

En ese sentido, la decisión aunque un tanto limitada era del mayor interés y trascendencia por sus implicaciones. Entre ellas, por un lado, destacaríamos que la Suprema Corte al resolver que si procedía el control de constitucionalidad de una reforma a la constitución por la vía del amparo, aun cuando no lo diga de manera explícita retoma y aplica el criterio establecido en el caso del “amparo Camacho”, mismo que nunca abandonó de modo expreso, como ya vimos. Por el otro, diríamos que se tropieza con la misma piedra que en el dicho

caso al remitir los autos al juzgado de distrito de origen cuando precisamente por el interés y trascendencia del tema, en ejercicio de su facultad de atracción, lo debió resolver en su pleno y en calidad de tribunal constitucional.

## VII. CONSIDERACIONES FINALES

Para concluir procedemos a enfatizar que a pesar de sus limitaciones la ‘decisión constitucional’ por parte de la Suprema Corte de Justicia de las Nación fue acertada al estimar que si procede el control de la constitucionalidad de una reforma a la Constitución y que el juicio de amparo es uno de sus mecanismos. No obstante, consideramos que la decisión de remitir los autos al juzgado de distrito no fue del todo acertada, ya que dado el interés y la trascendencia del tema debió resolverlo la misma Suprema Corte en ejercicio de su facultad de atracción y en funciones de tribunal constitucional. Ahora bien, como vimos, varios de los problemas de la decisión supervienen de las deficiencias en el ‘diseño constitucional’ de la materia. En este orden de ideas, para finalizar formulamos algunas propuestas concretas:

Primera: Explicitar la procedencia del control de constitucionalidad ante reformas a la constitución al señalar cuál es o cuáles son las vías idóneas, ya sean las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales, y el juicio de amparo, así como bajo qué supuestos;

Segunda: Eliminar la fórmula Otero y los efectos relativos de las sentencias de amparo; y, además, incluir las acciones colectivas, de clase, o de tutela con lo cual la sentencia tendría en algunos supuestos efectos generales y ya no meramente particulares; y

Tercera: Repensar, ante la ambivalencia —al interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación— entre cumplir con su función como corte suprema o tribunal constitucional, si es necesario reformar a la Suprema Corte para que sea una Corte Suprema (de legalidad) o un Tribunal Constitucional (de constitucionalidad) y, en consecuencia, crear a la par una Corte Suprema (de legalidad) o un Tribunal Constitucional (de constitucionalidad).