

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NAYARIT**  
**UNIDAD ACADÉMICA DE DERECHO**  
**MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NAYARIT



SISTEMA DE BIBLIOTECAS

**TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRÍA**  
**TEMA: EL CONTROL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN**  
**MÉXICO POR ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.**

**ALUMNO: EDGAR RIVERA SÁNCHEZ**

**ASESOR DE TESIS: JOSÉ MIGUEL MADERO ESTRADA**

**TEPIC, NAYARIT; JULIO DE 2017**

**TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRÍA**  
**TEMA: EL CONTROL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN**  
**MÉXICO POR ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.**  
**ALUMNO: EDGAR RIVERA SÁNCHEZ**  
**ASESOR DE TESIS: JOSÉ MIGUEL MADERO ESTRADA**

**TEPIC, NAYARIT; JULIO DE 2017**

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco infinitamente a mis padres y mis hermanos su paciencia por las ausencias prolongadas en la convivencia familiar y por su apoyo para llegar a este grado. A mis maestros quienes me ilustraron en todo momento con la finalidad de hacerme crecer. A aquellos que me motivaron a ser parte de esta experiencia, al personal académico y funcionarios que hicieron posible esta maestría, y por supuesto a mis tutores quienes siempre me tuvieron la paciencia para guiarme en este trabajo.

## ÍNDICE

I. Planteamiento del problema.....	V
II. Justificación. ....	VI
III. Objetivo General.....	VI
IV. Objetivos específicos. ....	VII
V. Hipótesis.....	VII
VI. Introducción. ....	VIII

## CAPITULO I

<b>ELEMENTOS TEÓRICOS-CONCEPTUALES DEL CONTROL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>9</b>
I.1. Consideraciones y precisiones. ....	9
I.2. Elementos del procedimiento de la reforma constitucional.....	12
I.2.1. Análisis de los elementos para establecer una Reforma Constitucional o una Nueva Constitución. (Poder constituyente y poder constituido). ....	14
I.2.2 Poder Constituyente y Poder Reformador o Poder Constituido..	17
I.3. Análisis general de los modelos de procedimientos de reformas.	21
I.3.1. En relación a los entes que participan.....	21
I.3.2. En relación a las porciones de los entes que participan.....	22
I.4. El Control constitucional. ....	23
I.4.1. Político. ....	25
I.4.2. Jurisdiccional. ....	26

## CAPITULO II

<b>POSTURAS TEÓRICAS Y PARÁMETROS PARA EL CONTROL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y RESPUESTA A LA PROBLEMÁTICA SEGÚN LA DOCTRINA. ....</b>	<b>32</b>
II. 1. Nota introductoria. ....	32
II.2. Alcances del Poder Constituyente y del Poder Reformador. ....	32

II.2.1. Postura rígida sobre el Poder Constituyente. ....	33
II.2. 2. Conservación de principios. ....	36
II.3. Posturas en favor del Control de las Mayorías, en contra del Control Jurisdiccional de la Constitución. ....	38
II.3.1. En favor de la Dificultad Contramayoritaria. ....	38
II.3.2. Quienes sostienen que la voluntad del pueblo, expresada a través de la mayoría, difícilmente puede considerar o concebir la participación de un órgano elegido de forma antidemocrática. ....	39
II.3.3. La teoría británica de la confianza, expuesta por Burke y Locke. ....	40
II.3.4. La teoría francesa del mandato representativo, difundida por Montesquieu, Condorcet y Sieyès. ....	41
II.3.5. Las teorías idealistas de la representación reflejan la justificación germánica frente a los criterios pragmáticos ingleses y los criterios ideológicos franceses. ....	41
II.3.6. Desacuerdo y reglas de decisión colectiva: la crítica de Waldron al constitucionalismo. ....	41
II.3.7. La dinámica de la regla de la mayoría y el principio de Blackstone. ....	43
II.3.8. Dualismo democrático y pre compromiso. ....	44
II.4. El Control Jurisdiccional de la Constitución. Principios, entes y características. ....	47
II.4.1. Según la teoría de Sagüés. ....	50
II.4.2. Postura de Hans Kelsen. ....	53
II.4.3. Las razones de Dahl. ....	54
II.4.4. La posición de Bickel. ....	56
II.4.5. La tesis de Nino fundamenta su argumentación sobre la legitimidad del control jurisdiccional a partir de su concepción original sobre la justificación de la democracia. ....	60
II.5. Análisis de la conjugación de los modelos mediante los cuales se pretende dirimir los roces entre democracia y control jurisdiccional. ....	63

<b>II.5.1. Procedimentalismo: la constitucionalización de la democracia.</b>	<b>64</b>
<b>II.5.2. Observancia del núcleo intangible de la Constitución como parámetro de observancia en las reformas constitucionales.</b>	<b>66</b>
II.5.2.1. Límites Expresos e Implícitos.....	66
II.5.2.2. Cláusulas de Intangibilidad. ....	69
II.5.2.3. Supremacía constitucional. ....	73
II.5.2.4. Protección de Forma de Gobierno. ....	77
II.5.2.5. Valores del Estado Democrático. ....	79
II.5.2.6. Derechos Humanos. ....	81

### **CAPÍTULO III**

<b>CONTROL JURISDICCIONAL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO. ESPECIAL ANÁLISIS EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO MECANISMO DE CONTROL.....</b>	<b>89</b>
III.1. Introducción.....	89
II.2. Procedimiento de reforma a la Constitución.....	91
III.3.- Análisis de los mecanismos de control del Juicio de Amparo y Controversia Constitucional, con enfoque especial en los que se han planteado el control de reformas a la Constitución.....	95
III.3.1. El Juicio de Amparo. ....	95
III.3.2. Caso de reforma Constitucional en Materia de Política (radio y televisión).....	101
III.3.3. Caso "Camacho " (amparo en revisión 1334/98).....	104
III.3.4. El amparo "Asociación de Industriales y Empresarios de Morelos". Un primer límite al poder constituyente constituido (amparo 1753/2007) .....	105
III.4. Las controversias Constitucionales. ....	110
III.4.1. Controversia constitucional 82/2001.....	114
III.5. Concepto y fundamento legal de la Acción de Inconstitucionalidad.....	115
III.5.1. Modelo italiano. ....	117

III.5.2. Modelo alemán.....	117
III.5.3. Modelo español .....	119
III.6.- Objeto de la acción de inconstitucionalidad (formal y material) y Legitimación, enfoque especial en México.....	120
III.7. Legitimación. ....	121
III.8.- Casos relevantes en los que la Corte Mexicana ha fijado criterios sobre el Control de las reformas constitucionales por Acción de Inconstitucionalidad.....	124
III.8.1. Acción de Inconstitucionalidad promovido por los partidos políticos Convergencia y Nueva Alianza. ....	124
III.8.2. Acción promovida por minorías de la Legislatura de Michoacán. ....	132
III.9.- Puntualizaciones finales. Argumentos en favor del Control formal de la reforma a la Constitución por Acción de Inconstitucionalidad.....	134
III.9.1. Necesidad de control formal de la reforma. ....	134
III.9.2. Necesidad de Control material de la reforma a la Constitución. ....	136
IV. CONCLUSIONES.....	141
V. ANEXO DE FUENTES Y CITAS (BIBLIOGRAFICAS, JURÍDICAS, JURISPRUDENCIA E INTERNET). ....	143
V.ABREVIATURAS.....	153

## **I. Planteamiento del problema.**

La reforma constitucional en nuestro país, es un tema controvertido en el ámbito político, social y jurídico, sobre todo porque la Constitución es el parámetro que rige los lineamientos jurisdiccionales al ser una fuente del marco normativo. Por ello, cuando este tema es objeto de estudio surgen algunos criterios respecto si los controles establecidos son adecuados para garantizar que no trastoque los principios contenidos en la Constitución, como lo son la división de poderes, la forma de gobierno, la protección y progresividad de los derechos humanos y la renovación constante de poderes.

Frente a este panorama se considera riesgoso que la reforma no sea objeto de control y que solo participen los poderes ejecutivo y legislativo, ejemplo de ello es el Pacto por México en el cual las principales fuerzas políticas acordaron aprobar las reformas energética, educativa y laboral, y a la fecha la Corte Mexicana no puede intervenir en la revisión de este procedimiento ya que no tiene facultades para conocer de este tema, y así lo ha resuelto en los casos que se le ha planteado, vedándose de un sistema de contrapesos, por tanto las reformas a la Constitución pueden trastocar derechos y libertades fundamentales.

En este tema, existe una confrontación constante entre dos posiciones adversas, la primera que se refiere al principio democrático y de respeto a la decisión de las mayorías y el otro tiene que ver con la protección jurisdiccional de la Constitución por órganos no elegidos por voto directo y es evidente que el mismo procedimiento no dispone límites al poder reformador, por tanto se considera que la reforma no puede quedar sujeta a



la decisión de las mayorías, resultando necesario un mecanismo de control jurisdiccional y un órgano que lo vigile.

## **II. Justificación.**

El presente trabajo se justifica porque es necesario hacer un análisis sobre los límites y parámetros que deben de observarse al momento que se quiera desarrollar una reforma constitucional, pues en la medida en que se desconocen estos, es susceptible que se vulneren y por tanto se trastoquen derechos y libertades fundamentales. Además es prioritario hacer un estudio de los diversos procedimientos y medios de control e instituciones jurídicas desarrollados en otros países con el objeto de tener un panorama amplio del tema y de esta forma analizar si es posible su adaptación en el sistema jurídico mexicano. Además, es necesario hacer un estudio de las diversas teorías que han tratado las diferencias entre el principio democrático y la protección de la reforma por organismos jurisdiccionales, y de esta forma encontrar una posible solución al problema. Es importante estudiar las resoluciones en las que la Corte Mexicana ha desechado el control de las reformas a la Constitución por los diversos mecanismos para encontrar las razones y hacer una reflexión sobre esas determinaciones. Finalmente, se hace necesario analizar si la reforma a la Constitución puede ser objeto de control del mecanismo de acción de inconstitucionalidad en nuestro país.

## **III. Objetivo General.**

Hacer un estudio sobre los parámetros y límites a la constitución en el ámbito internacional, las teorías que han estudiado la problemática entre el principio democrático y la protección jurisdiccional y de esta forma encontrar soluciones a este planteamiento, verificar cuales son los parámetros básicos

que toda reforma debe de contener, incluyendo los límites de la constitución, y determinar sobre la idoneidad de que el procedimiento de reforma y adición a la constitución sea objeto de control de la acción de inconstitucionalidad.

#### **IV. Objetivos específicos.**

1. Estudiar los mecanismos de control de la reforma constitucional en otros países y en México.

2. Identificar las vulneraciones formales y materiales a la reforma constitucional y los límites del poder reformador.

3. Analizar las ventajas y desventajas de los diversos mecanismos de control y determinar la idoneidad del mecanismo de acción de inconstitucionalidad para el control de la reforma constitucional.

#### **V. Hipótesis.**

En la actualidad se excluye toda posibilidad de que la reforma constitucional sea objeto de control y con el fin de no vulnerar derechos y libertades fundamentales se hace necesario sujetarla al control jurisdiccional, en específico la acción de inconstitucionalidad.

## **VI. Introducción.**

El presente trabajo aborda un tema que ha sido motivo de controversia en nuestro país, lo anterior debido a que en la actualidad el procedimiento de reforma contemplado en el artículo 135 de nuestra Constitución Federal tiene lineamientos específicos que a consideración de la doctrina y a criterio de este autor, en el proceso de reforma se pueden trastocar Derechos Humanos de los ciudadanos, máxime cuando el control con el que cuenta es de carácter procedimental, ya que al cumplirse este procedimiento se cumplen con los requisitos para tener por válida la reforma.

En nuestro primer capítulo, abordaremos los conceptos elementales de la reforma y los mecanismos de control, lo anterior para estar en condiciones de entender a profundidad sobre los elementos que integran nuestro tema, pues si no tenemos conocimientos de los significados de nuestros elementos difícilmente podremos adentrarnos en el tema.

En el capítulo II abordaremos las posturas de los doctrinistas para conocer los lineamientos que han adoptado para los procedimientos de reforma, es decir, los parámetros y los límites a la reforma.

Finalmente en nuestro capítulo III analizaremos el procedimiento de reforma desde los lineamientos de la Constitución, los mecanismos de protección constitucional, en específico al caso mexicano y lo resuelto por la SCJN, enfocados a los mecanismos con el Juicio de Amparo, la Controversia Constitucional, con especial enfoque en la Acción de Inconstitucionalidad desde sus elementos y en comparativa con algunos otros sistemas de protección o mecanismos similares, ello para dar luz a nuestro trabajo de investigación sobre la factibilidad de controlar las reformas a la Constitución. VIII  
...

## CAPITULO I.

### ELEMENTOS TEÓRICOS-CONCEPTUALES DEL CONTROL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL.

#### I.1. Consideraciones y precisiones.

Es importante que para iniciar a estudiar nuestro objeto de estudio, se conozcan a profundidad los conceptos básicos que se utilizarán, esto para no crear confusiones que nos lleven a planteamientos erróneos. Además antes de entrar al estudio de un tema en específico, se debe establecer el contexto en que se utiliza, ya que de no hacerlo así, estaríamos atribuyéndole diversas concepciones a un solo término, dependiendo el campo o lugar en que se utilice; en tal sentido, es importante desglosar los conceptos en cada una de sus partes, desde una filosofía analítica, en la que como lo han señalado diversos autores<sup>1</sup>, esta comprende un énfasis en la claridad y la argumentación, comúnmente alcanzadas a través de la lógica formal y el análisis del lenguaje, en el sentido de definir cada uno de los elementos que integran el objeto de estudio, desglosándolos y desarrollando su concepción desde el lenguaje gramatical y en este estudio será desde los diversos contextos en que se han desarrollado todos esos elementos de los conceptos abordar. Esto nos permitirá una claridad en las concepciones que tengamos desde nuestro objeto de estudio y así podremos puntualizar a donde queremos llegar, excluyendo en su momento los elementos que no

---

<sup>1</sup>La filosofía analítica es un movimiento desarrollado en la segunda mitad del siglo XX, pero iniciado en la primera. Su origen está en las teorías del atomismo lógico expuestas por Bertrand Russell y Luis Wittgenstein. Autores como Habermas, Jürgen, La Lógica de las Ciencias Sociales, Tecnos, 4ª ed, España, 2007. Rapp, Friedrich, Garzón Valdez, Ernesto Filosofía analítica de la técnica. Buenos Aires. Alfa, España, 1981 Stroll, Avrum, La Filosofía Analítica del Siglo XX, Siglo veintiuno de España Editores, España, 2002, pp. 8 y 9, han desarrollado esta filosofía aplicada principalmente a las ciencias sociales.

abordaremos en la investigación, ya que de un mismo elemento, de acuerdo a su análisis se pueden encontrarse un sinfín de clasificaciones o concepciones, como lo veremos más adelante.

El tema en estudio, en relación al Control de la Reforma Constitucional por Acción de Inconstitucionalidad, es complicado, ya que existen diversas formas de entender este concepto.

Atendiendo a lo anterior, analizaremos cada uno de sus elementos para establecer el significado y alcances de los mismos. En primer término, analizaremos nuestro elemento principal, que es la reforma a la Constitución, y este se analiza en el aspecto eminentemente procedimental que se refiere a la actividad normativa tendiente a modificar una Constitución a través de órganos especiales o procedimientos diferentes a los establecidos para la legislación ordinaria y que producen siempre una alteración expresa de dicho documento constitucional<sup>2</sup>, es decir la modificación del texto constitucional mediante los procedimientos que la misma establece y con los actores facultados para ello, en ese sentido, se debe de hacer una distinción de la Reforma desde un sistema de producción de normas, en el que se deben de destacar dos factores importantes.

El primero, que se refiere a las normas de competencia para determinar quiénes están facultados para llevarla a cabo y es aquí donde desglosaremos estos elementos en los entes que intervienen. Además las normas de procedimiento para estudiar los mecanismos<sup>3</sup>, ya que si bien la propia Constitución señala los lineamientos fundamentales, se debe

---

<sup>2</sup>Vera Santos, José Manuel, *La Reforma Constitucional en España*, La Ley, Madrid, 2007, p. 34.

<sup>3</sup>De Cabo Martín, Carlos, *La Reforma Constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 29 y 30.

entender como un eminente procedimiento. Es importante precisar que el concepto en estudio se analizará en dos sentidos, primeramente desde los elementos que integran el procedimiento, desde un punto de vista eminentemente procedimental y en segunda, desde los elementos que en ella intervienen, es decir los actores facultados para llevarla a cabo.

Además, la reforma se puede entender en dos sentidos, desde el punto de vista de juristas, como un instrumento técnico de modificación y como un instrumento político<sup>4</sup> aunque ambos vayan encaminados al mismo objeto, es decir, uno eminentemente jurídico, entendiendo como el procedimiento contemplado por la ley fundamental, en el que se analizan todos los elementos necesarios para que se lleve a cabo y el segundo como un elemento de perspectiva social en el que intervienen los actores políticos, incluyendo el estudio de los efectos que provocan tal modificación.

Es importante tener en cuenta, que aparte del sentido formal de modificación de una constitución, es decir, mediante el procedimiento establecido, existe otra forma en la **que de facto** se transforma el sentido de esta, me refiero a la interpretación que de ella hacen las Cortes Constitucionales de cada uno de las disposiciones normativas de la Constitución, en donde como intérpretes, le dan sentido a cada uno de los preceptos, atendiendo a los valores de cada época y atendiendo a la dinámica social<sup>5</sup>, haciendo esto previo a la necesidad de una reforma en sentido formal, es decir, cuando la interpretación no permite encontrar el

---

<sup>4</sup> Ragone, Sabrina, El Control Judicial de la Reforma Constitucional. Aspectos Teóricos y Comparativos, Traducc. Español Rodrigo Brito Meigarejo, Revista Mexicana de Derecho Procesal Constitucional, número 63, México, Porua, p. 11.

<sup>5</sup> Uribe Arzate, Enrique, "Principios Constitucionales y Reforma a la Constitución", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 2006, enero-abril, número 115 enero-abril, p. 237.

sentido de la propia Constitución, es necesario el procedimiento del que se habló en líneas anteriores.

Es preciso señalar que en algunos sistemas constitucionales, se han adoptado diversos vocablos del tema de estudio<sup>6</sup>, sin embargo, se trata de una modificación al texto constitucional en una forma que no altere de manera sustancial el sentido de la misma Constitución, ya que de las llamadas " reformas totales" hablaremos posteriormente.

## **1.2. Elementos del procedimiento de la reforma constitucional.**

Para establecer con claridad el estudio de los elementos de la reforma, se establecerán los sentidos adoptados por Carlos de Cabo Martín, el cual nos parece más adecuado el establecer elementos de procedimiento, del que se abordará primeramente y después sujetos que en ella intervienen, entendiendo a estos como los actores que detentan el poder y son parte de los poderes constituidos, de los que hablaremos en forma específica más adelante.

Como parte del análisis de los elementos que integran el procedimiento de reforma, podemos hablar que en diversos países de sistemas constitucionales, existen distintos procedimientos para reformar una Constitución y derivado de estos se establece la *rigidez o flexibilidad*<sup>7</sup>. La

---

<sup>6</sup> En países como los Estados Unidos, se utiliza el vocablo *amendment*, en su traducción al español enmienda, refiriéndose al mismo procedimiento, sin embargo en países como Venezuela, se hace una diferenciación entre *enmienda* que se refiere a modificaciones mínimas al texto constitucional y el de *reforma*, que se refiere a modificaciones mayores, véase de igual forma Ragone, Sabrina, El Control Judicial de la Reforma, op. cit.; 7).

<sup>7</sup> En este sentido, se puede establecer que la rigidez o flexibilidad de una constitución, se da en el sentido del grado de dificultad en el procedimiento que cada una de ellas prevé para modificar el texto constitucional, para una mayor ilustración véase Cappelletti, Mauro, II, El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado, trad. de Cipriano Gómez Lara y Héctor FixZamudio, UNAM, México, 1966. Este ha señalado que la Constitución de Estados Unidos es el

división de las constituciones en rígidas, estacionarias o no elásticas y en flexibles, modificables o elásticas, se debe a la obra de Bryce<sup>8</sup>. Dicho autor expone la mencionada clasificación en su libro denominado "Constituciones Rígidas y Flexibles" Esta división parte de la base del mayor o menor grado de dificultad de la reforma de las constituciones. Así, la constitución será rígida, estacionaria o firme, si para su reforma, hay que seguir un procedimiento más estricto que el que se requiere para la reforma de las leyes ordinarias; dichas constituciones entonces, pueden ser modificadas, únicamente mediante el cumplimiento de determinadas prescripciones especiales. En cambio cuando el procedimiento no varía, o sea que se aplica para reformar o modificar la constitución, los mismos trámites o pasos, mediante los cuales se sancionan las leyes ordinarias, entonces decimos que estamos frente a las constituciones flexibles, elásticas o modificables, según la terminología que se adopte.

Se ha discutido mucho en relación a las justificaciones de las Constituciones rígidas y se ha dicho que estas contemplan procedimientos más difíciles para proteger el principio de supremacía, entendiendo que este principio de supremacía constitucional que afirma la sujeción del gobernante y los poderes constituidos y de todos sus productos normativos a la Constitución,<sup>9</sup> para lograr una mayor legitimidad, ya que se entiende como el sistema de fuentes de todo ordenamiento normativo. Lo anterior para proteger los lineamientos establecidos en ella, además se ha establecido

---

representante natural de las constituciones rígidas. Esto se origina derivado de la experiencia para evitar la regresión del imperio inglés, como medida de auto protección.

<sup>8</sup> Bryce, James, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, 2ª. Edición, Colección Civitas, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962. P.124.

<sup>9</sup> Vidal Beltrán, José María, García Herrera, Miguel Ángel. prólogo de Jordi Sevilla Segura, *El Estado Autonómico: Integración, Solidaridad, Diversidad*, Volume 1, Instituto Nacional de Administración Pública (España), editorial Colex 2005, p. 180.



que los autores que crean el pensamiento revolucionario piensan que la Constitución es el acto inicial de soberanía de la comunidad y la Constitución se entendía no sólo como expresión del nuevo orden, sino también como su garantía, por ello se auto protegen para la no devolución<sup>10</sup>, sin embargo, las constituciones tienen una representación eminentemente social e histórica, en la que se protege a si misma para conservar su identidad y valores adquiridos, mediante procedimientos eminentemente hiper rígidos, más no imposibles.

Sin que hasta el momento entremos a los mecanismos de protección de la Constitución, podemos entender que el mismo procedimiento, ya es uno de estos y se puede justificar en el sentido de que requiere una legitimación por ser el origen del sistema de fuentes normativas, lo que garantiza su observancia.

Por tanto a contario sensu, se puede establecer que las constituciones flexibles, son aquellas que son susceptibles de ser modificadas, abrogadas o derogadas legítimamente por el órgano legislativo, mediante el procedimiento ordinario y estas se encuentran al mismo nivel que las demás leyes<sup>11</sup>.

### **1.2.1. Análisis de los elementos para establecer una Reforma Constitucional o una Nueva Constitución. (Poder constituyente y poder constituido).**

Es importante establecer que elementos se deben de reunir para saber si estamos ante una Reforma Constitucional, porque pudiéramos establecer

---

<sup>10</sup> Cabo de la Vega, Antonio de, Elementos de flexibilidad en una Constitución pretendidamente (super)rígida: rigidez y justicia constitucionales, en prensa, p. 238.

<sup>11</sup>Guastinni, Ricardo, *"Rigidez Constitucional y Límites a la Reforma en el Ordenamiento Italiano"*,

el supuesto de la modificación del texto constitucional en gran medida, que pueda cambiar la esencia de la anterior. Por ello la importancia de señalar los elementos procedimentales de una reforma. Si entendemos a la Constitución como una totalidad coherente y conexa de los valores éticos y políticos de un pueblo, en donde descansan el conjunto de valores y que contienen los elementos que la distinguen de otros países. Si esos valores políticos-jurídicos se alteran en forma sustancial que le dan un sentido diferente a los establecidos, en ese orden de ideas estaríamos ante una nueva constitución. Según Guastinni<sup>12</sup>, entendiendo a la Constitución como un conjunto de normas, desde el punto de vista formal, para que se dé una reforma deben de existir los siguientes elementos:

a) La introducción de una norma nueva;

b) La supresión de una norma preexistente y la supresión de una norma existente.

En ese sentido podemos explicar que: ese nuevo texto implique un hacer o dejar de hacer distinto al texto viejo<sup>13</sup>. En segundo lugar la eliminación del texto viejo y finalmente la composición de los dos para adoptar una modificación. Además señala que cuando se da esta modificación, desde el punto de vista sustancial, estamos ante una nueva Constitución. Sin embargo es claro que aunque una modificación sea

---

<sup>12</sup>Guastinni, Ricardo. Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional, ISSN-e 1405-9193, N° 1, 1999, p.34.

<sup>13</sup> En ese sentido y para una mayor ilustración de los modelos de normas véase R, Dworkin, Los Derechos en Serio, Barcelona, Edil. Ariel S.A. pp. 61-101.

marginal o mínima, se tienen que cambiar los elementos valorativos en su totalidad.

Continuando con los elementos que participan en la Reforma, podemos hablar del Poder Constituyente, el cual algunos autores han definido como el poder que instaura una Constitución sin que exista precedente de alguna otra y que regularmente esta surge posteriormente de una revolución es decir *extra ordinem*, y este atiende a una soberanía auténtica para poder definirse<sup>14</sup>, sin embargo la facultad del Poder Constituyente ha sido una polémica en cuanto a su poder soberano, ya que se dice que este no arranca su legitimidad a otro ordenamiento preexistente<sup>15</sup> y le deja en la vía política a los poderes facultados para ello y designados mediante el mismo procedimiento, modificarla para los momentos sociales, atendiendo a las necesidades de la actualidad. Derivado de ese proceso de protección de su esencia, es que adopta los elementos de norma suprema, en donde se requiere de elementos más rígidos para configurar su modificación. Sin embargo hay quienes han cuestionado el Poder Pleno de partir de la nada, según la teoría de Sieyes, al establecer que este poder es el creador pleno del nuevo marco normativo que le da sustento a un estado; sin embargo, derivado del derecho natural y de los lineamientos establecido en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, en donde se establece el contenido ideológico de división de poderes y respeto de los

---

<sup>14</sup>Véase Del Rosario-Rodríguez, MF, *Dikaion*, 2011 - [dikaion.unisabana.edu.co](http://dikaion.unisabana.edu.co), así como Guastinni, Idem, p.11.

<sup>15</sup> Calzada Patrón, Feliciano (1990). *El poder constituyente*, en el *Derecho Constitucional*. México, DF: Harla, p. 159.

derechos humanos de los ciudadanos,<sup>16</sup> en ese sentido y un ejemplo claro es la adopción del sistema americano en diversas constituciones de América latina. A efecto de reforzar este argumento por ello, se ha dicho que el proceso constituyente de tipo originario se basa principalmente de los valores y principios: pacta sunt servanda, libertad, igualdad, justicia, irretroactividad de la ley penal, non bis in idem, dignidad del ser humano, consagradas en las declaraciones universales<sup>17</sup>. Un ejemplo claro de ello es el caso mexicano del Constituyente de 1824, en donde se ha establecido que "el gobierno federal, las relaciones de este con los estados federados y el sistema de frenos entre los diversos sistemas federales se asemejan a la Constitución de Filadelfia"<sup>18</sup>

### **1.2.2 Poder Constituyente y Poder Reformador o Poder Constituido.**

Una vez hecho un análisis superficial de los elementos del Poder Constituyente, podemos establecer que su eminente poder soberano, su nula influencia y adopción de otros sistemas, es inverosímil, pues es claro que todo Poder Constituyente no puede partir de la nada. Un caso similar

---

<sup>16</sup> Para una mayor ilustración de este planteamiento véase, Aláez Corral, Benito, *Las Normas Preconstitucionales y el mito del Poder Constituyente*, Revista de estudios políticos, ISSN 0048-7694, N° 103, 1999, pp. 322-340.

<sup>17</sup> En ese sentido se ha establecido una globalización del Derecho y derivado de ello se han adoptado los tratados y convenciones internacionales en los ordenamientos internos. Por ello se dice que se debe de resituar la Teoría del Poder Constituyente en el escenario del Estado, el Derecho y la soberanía operando dentro del proceso de globalización, fenómeno que no alcanzó a ser considerado por los grandes clásicos del tema, como Segundo Linares Quintana, Jorge R. Vanossi, Carlos Sánchez Viamonte y Alejandro Silva Bascañán, que lo trataron en la segunda mitad del siglo XX. Para una mayor ilustración de este fenómeno véase Linares Quintana, Segundo V. (1953): *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*. Buenos Aires, T. II; Sánchez Viamonte, Carlos. (1957): *El poder constituyente*, Buenos Aires; Silva Bascañán, Alejandro (1963): *Tratado de Derecho Constitucional*, Ts. I y III, Santiago; Vanossi, Jorge Reinaldo (2000): *Teoría Constitucional*, T. I. Buenos Aires. Ver también Spota, Alberto Antonio (1970): *Origen y naturaleza del poder constituyente*, Buenos Aires.

<sup>18</sup> EO Rabasa - 1994 - info.bibliojuridica.org, p. 13.

sucede con el poder reformador, un poder eminentemente constituido del que hablaremos más adelante, en donde, en una premisa preliminar se puede establecer que este se encuentre subsumido a la globalización del Derecho y a una influencia de los tratados internacionales, no solo de Derechos Humanos, sino de los Tratados Comerciales.

Una vez establecido el formador de la Constitución, es importante entrar al estudio de los sujetos legitimados para su reforma, entre ellos encontramos el "poder constituyente derivado", "poder constituyente permanente", "poder reformador" o "poder revisor". Además debemos de diferenciándolo del poder constituyente original o revolucionario y, por supuesto, de los demás poderes constituidos, ya que este tiene una función propia que se verá su diferencia a continuación. Independientemente de que su connotación sea puramente teórica, el nombre del órgano indica una jerarquía política que le es propia debido a que su actuación no está supeditada a ningún poder constituido<sup>19</sup>.

Es importante analizar las características siguientes de los poderes constituidos en sentido general<sup>20</sup>:

- a) Son poderes derivados de la Constitución;
- b) Son Poderes creados por el Poder Constituyente;
- c) Están completamente limitados, ya que no pueden actuar más allá de su competencia;
- d) Tienen múltiples funciones y;

---

<sup>19</sup> Estrada, JMM. *La Reforma Constitucional Estatal – 2009* - diputados.gob.mx, p. 2.

<sup>20</sup> Calzada Patrón, Feliciano (1990). El poder constituyente, en el Derecho Constitucional, p. cit., p13.

e) Fueron precisamente creados para gobernar. Desde este aspecto general del Poder Constituido o Poder Reformador se puede establecer que tiene facultades exclusivas, porque la misma Constitución se las señala, sin embargo, en relación a la facultad de reformarla, esta es amplia, en atención a que no le establece parámetros de lo nuevo que se introducirá en ella, estableciendo con esta una diferencia de los demás poderes constituidos. Ya que es este mismo poder, quien crea las disposiciones a las que se sujetarán los demás poderes constituidos.

De esta manera, Sieyès definió el poder constituyente como la potestad que tiene un pueblo de constituir un Estado y de darse la organización jurídica y política que más le convenga. Por otro lado, Carl Schmitt lo define como la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto, sobre el modo y forma de la propia existencia política<sup>21</sup>.

El poder constituyente se caracteriza por ser un poder ilimitado, originario y que establece un nuevo orden. Es expresión de la soberanía y tiene una eficacia actual. No obstante, al referirnos al poder constituyente como un poder ilimitado debemos matizar que en un Estado democrático esto no es igual a un poder absoluto, sino que existen ciertos límites. Por ejemplo; el orden natural, límites heterónomos (ordenamiento internacional: Declaración Universal de los DH).

Por poder constituido entenderemos aquel poder derivado que tiene unos límites. La doctrina tiene dos posiciones: Existe una parte que sostiene que el poder constituyente tiene una naturaleza diferente a la del poder

---

<sup>21</sup> Schmitt, Carl, Teoría de la Constitución. Alianza Universidad Textos, 1985. 2ª Ed. 1996, p. 50.

constituido, mientras que una segunda posición doctrinal entiende que no existe diferencia, sino que esta relación realmente son dos etapas de un mismo procedimiento (una primera originaria y una segunda de continuidad).

La obra del poder constituyente es la constitución, mientras que la ley es la obra del poder constituido.

Ahora bien, un híbrido de los dos anteriores, es el poder constituyente constituido – al que la doctrina francesa conoce con el nombre de "Pouvoir constituant institué". Es un poder con capacidad de reforma, con el que se intenta salvar el principio democrático como el principio de supremacía constitucional. Debe su existencia a la propia constitución, teniendo unos límites: existen unos procedimientos ad hoc (previos a su elaboración y específicos).<sup>22</sup>

Se debe precisar que la denominación de "Constituyente Permanente", como lo han establecido y al que nos adherimos, no resulta satisfactoria, en primer término, porque parece conferirle un peso, rango y jerarquía mayor a la del Poder Constituyente propiamente dicho, que es un poder originario y el cual por su naturaleza tiene una existencia transitoria y fugaz; en segundo lugar, dicha denominación es criticable por inexacta, ya que dicho poder no tiene una existencia permanente, toda vez que su existencia es, en todo caso, intermitente, puesto que su presencia se concretiza solo cuando se pone en movimiento el mecanismo para reformar la Constitución, lo que puede tener lugar una o varias veces durante un gobierno o no actualizarse durante dicho término y, por último, la denominación "Poder Constituyente

---

<sup>22</sup> Hernández Valle, Rubén, "El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 37, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 145.

permanente" resulta criticable por cuanto choca frontalmente con el principio de "seguridad jurídica", que resulta esencial en el Estado de derecho, ya que en caso de que existiera realmente un Poder Constituyente permanente, ello le imposibilitaría a la ciudadanía saber a qué atenerse, toda vez que la Constitución podría modificarse cotidianamente y en ese sentido se propone denominarle "Poder Constitucional Reformador"<sup>23</sup>.

### **1.3. Análisis general de los modelos de procedimientos de reformas.**

Resulta importante desglosar qué actores en el procedimiento de reforma intervienen. Pues en cada sistema, el "Poder Constitucional Reformador", cambia, como se dijo, atendiendo a los diversos procedimientos establecidos en sus constituciones. Hasta el momento, la doctrina se ha preocupado mayormente en la clasificación de los procedimientos de reforma, respecto a su rigidez o flexibilidad, y escaso ha sido el estudio de los entes que en cada procedimiento intervienen, por tanto, es necesario especificar que dependiendo de los sujetos que en ella participan, ese ente se compone en diversos países, de varios sujetos.

#### **1.3.1. En relación a los entes que participan.**

A continuación haremos un estudio en forma generalizada de los modelos de reformas, en atención a los entes que participan en cada procedimiento desde el punto de vista formal<sup>24</sup>:

---

<sup>23</sup> Patiño Camarena, Javier, Presupuestos Indispensables Para Procurar La Complementariedad De Las Instituciones Democráticas Representativas Con El Referéndum En Los Procesos De Reforma Constitucional, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 25, julio-diciembre, 2011, pp. 135-136.

<sup>24</sup>Para mayor profundidad en este estudio véase Vergottini, Giuseppe de, traducción de Herrera, Claudia. *DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO*, IJ UNAM, pp 164-170.



**Existen la participación parlamentaria**, en donde esta se da solo por procedimiento es flexible- como se dijo antes al igual que el procedimiento para modificar las normas ordinarias-.

*Con el mismo ente, aunado la Participación del Rey*, caso muy peculiar de Etapa (Conocido como Baiona) que reserva la iniciativa al rey. Existe la Participación de los parlamentarios (en unión de cámaras), en los sistemas presidenciales y federados, más la participación de los parlamentarios (de los estados confederados).

Con la Intervención Parlamentaria, solo con las variantes en relación a los siguientes modelos de aprobación:

### **I.3.2. En relación a las porciones de los entes que participan.**

*Mayoría Absoluta, acompañada de dos votaciones conformes sucesivas*<sup>25</sup>

Es importante puntualizar que si bien los mecanismos de aprobación van más encaminados al procedimiento y no a los entes, sin embargo, estos son quienes dan la aprobación en conjunto, por ello se entra a su estudio.

*Mayoría de dos tercios (por lo general con una misma votación)*<sup>26</sup>

*Unanimidad*, (o dos votaciones sucesivas con la mayoría de tres cuartos)<sup>27</sup>. Dentro de la intervención parlamentaria se analiza la participación

---

<sup>25</sup> Véase a manera de ejemplo los procedimientos establecidos en las Constituciones de Prusia 1850 (artículo 107), Brasil 1967 (artículo 51)

<sup>26</sup> Véase a manera de ejemplo los procedimientos establecidos en las Constituciones de Alemania, 1949 (artículo 79) y Portugal, 1976 (artículo 276).

<sup>27</sup> Véase a manera de ejemplo el procedimiento establecido en la Constitución de Liechtenstein, 1921 (artículo 111).

de estas según su función: En Asambleas de iniciativa y Asambleas deliberativas<sup>28</sup>

Con la Participación parlamentaria mediante una asamblea preexistente o por una asamblea creada para ello, seguido por la participación ciudadana, mediante referéndum popular, con la participación del representante del ejecutivo o del jefe de estado, por medio del veto o ratificación<sup>29</sup>.

Mediante la unión de Órganos Federales (Congreso de la Unión), representantes parlamentarios de los Estados miembros, o mediante consultas populares con alcance de ratificación o de veto<sup>30</sup>

#### **1.4. El Control constitucional.**

Otro de los elementos de nuestro objeto de estudio es el control de la reforma constitucional, en donde analizaremos los diversos matices que engloban este concepto, es preciso puntualizar que se analizará el control constitucional, de forma mayoritaria el Control Jurisdiccional tanto en el procedimiento de Reforma Constitucional como de forma objetiva y real. En ese sentido analizaremos procedimiento y entes que en ellos intervienen, por considerarlo metodológicamente más fácil de explicar. Analizar el tema del control constitucional, es hablar del control de los poderes públicos en cualquier Estado contemporáneo, en términos generales, reflexionar acerca de las relaciones entre democracia y estado de derecho<sup>31</sup>. Es así como el

---

<sup>28</sup> Véase a manera de ejemplo las Constituciones de Noruega 1814 (artículo 112), Portugal, 1826 (artículo 40).

<sup>29</sup> Véase el ejemplo de la Constitución Alemana, 1919, artículo 76.

<sup>30</sup> Estos entes participantes en los procesos de reforma, se dan en los estados federales, privilegiando la aprobación ocasionalmente de la mayoría de las legislaturas parlamentarias de los estados, ejemplos de ellos tenemos el de México, 1917 (artículo 135) y Estados Unidos.

<sup>31</sup> Ferrada Bórquez, Juan C. Los Derechos Fundamentales y el Control Constitucional, Revista de Derecho, Vol. XVII, diciembre 2004, p. 113.

control constitucional, lo debemos de entender como un elemento necesario de toda constitución, pues no solo la separación de los poderes es un elemento necesario para la observancia de una Constitución, sino el que los mismos poderes ejerzan esa pluralidad de control unos sobre otros<sup>32</sup> y de esa forma garantizar que estos mismos poderes conserven la vigencia de la Constitución. Es preciso puntualizar que en este caso nos referiremos al estudio de control constitucional y de este se engloban los poderes que en cada una de las constituciones se ejercen (político, social, judicial división de poderes), todos ellos con la finalidad de proteger el estado constitucional y la supremacía de la Constitución, como una forma de mantener la armonía social. Estos controles se dividen en diversos criterios, entre ellos *el de estructuración* en el que se especifican las divisiones de competencias y de los poderes, el segundo consistente en los *órganos técnicos destinados a la tutela* de la propia constitución ejercidos desde lo global desde los demás órganos constitucionales, en tercero, *las normas destinadas a la protección del poder constituido*, en el que se proteja la vigencia de estos, pues si estos no se protegen, la misma constitución queda en peligro.

Dentro de estos criterios se encuentran diversas concepciones del control constitucional, sin embargo, nuestro estudio como se precisó anteriormente, se basará eminentemente **en el estudio del control constitucional político y judicial**, por ser estos poderes quienes nos interesan para los fines de esta investigación, por ello la importancia de analizar estos elementos.

---

<sup>32</sup> Aragón, Manuel, Constitución, Democracia y Control, IJ UNAL, 2002, pp. 86 y 87. A estos elementos de control propios de una Constitución se le han denominado "Constitución bien equilibrada" o *balance of Powers*.

#### **I.4.1. Político.**

En relación al primero, es decir el control político, que se ejerce en el proceso de reforma, tiene ciertas características, el primero de ellas es su carácter subjetivo y se analizará en relación a lo siguiente:

a) Al agente: que este siempre es uno de carácter político y se basa en su propia voluntad para fiscalizar y es un poder institucionalizado con dependencia plena de sus entes partidarios a los que pertenecen;

b) En relación al objeto: este se encarga sobre los órganos u organizaciones y finalmente;

c) En relación al parámetro de control: que este se realiza de manera eminentemente subjetiva, pues este no cuenta con una ley que determine las sanciones o cánones que se tomarán en cuenta para determinar sus resoluciones, sino que este es ampliado o reducido, según la voluntad del propio agente. Sin embargo se debe puntualizar que este tipo de control en la actualidad no puede quedar vagamente indeterminado, pues sus cánones deben de estar sustentados en los principios que la misma constitución rige<sup>33</sup>.

Al respecto se debe puntualizar, que este es en sí un poder que atiende a la participación de los entes mayoritarios, pues la sola conformación de los grupos es la que ejerce el control de los actos del mismo poder público. En consecuencia, al ser ejercido por actores de grupos, estos son representados por corrientes ideológicas y que con el solo hecho de

---

<sup>33</sup> Se ha criticado la ausencia de parámetros los cánones de control del poder político, sin embargo, los principios constitucionales deben de regir independientemente de esta postura, ejemplos como el debido proceso en los procedimientos de control político, la certeza jurídica en las determinaciones y la existencia anterior de órganos previamente instituidos. Hay avances en este sentido, al momento en que los parlamentos en sus leyes orgánicas han establecido dichos procesos y de igual forma en legislaciones secundarias que los regulan.

activarse, tienen una fuerza vigente en las decisiones al interior, recordemos pues, que las reformas se dan en este ente, cuya representación popular, se ve en muchas ocasiones distanciada de elementos objetivos, sino que atiende a aspectos eminentemente partidistas o de corrientes.

#### **I.4.2. Jurisdiccional.**

Por otra parte, tenemos el control jurisdiccional, el cual en oposición al control político, este es un control objetivado, porque sus cánones y procedimientos están instituidos previamente en una ley. En relación a los elementos que lo integran, de acuerdo a la clasificación que realiza Manuel Aragón, son los siguientes:

a) En relación al agente: Los órganos que ejercen el control jurídico son órganos generalmente verificadores de limitaciones preestablecidas, órganos que, como señala Manuel Aragón, "no mandan, sino que sólo frenan;

b) En relación al objeto: Se enfoca a conflictos que se promueven dentro del Estado respecto de las materias o actos que la Constitución determine, garantizando la fuerza normativa de la Constitución por encima de cualquier acto o ley y finalmente;

c) En relación al parámetro de control: El parámetro de control está previamente definido por una norma abstracta, y el agente que lo utiliza no está limitando al poder de los demás poderes, sino que está garantizando la constitucionalidad de las leyes secundarias y de los actos. Este control, como parámetro cuenta con los principios constitucionales, los cuales van inmersos en todas sus resoluciones, de tal suerte que prevalezcan sobre todo el marco normativo y de actos globales de los demás poderes

constituidos<sup>34</sup> Así mismo existen diversos autores que han clasificado el control judicial de constitucionalidad, **en la perspectiva del derecho comparado**<sup>35</sup>. Destacando las siguientes:

a) La primera variable se da en la atribución de la competencia a una pluralidad de órganos o a un órgano único, teniendo que diferenciar bajo tal perfil entre *control difuso* y *control concentrado*. Ejemplos claros del primero es el sistema americano y el segundo el Mexicano, aunque en la actualidad esos conceptos no son plenos, sino que existe una dualidad de combinaciones en el control.<sup>36</sup>

***El control a través de tribunales constitucionales***, que están integrados por miembros letrados, donde una parte importante de ellos no provienen del Poder Judicial y son nombrados por órganos políticos representativos, como son el Parlamento o el Gobierno o por ambos. Ejemplos de ellos son los tribunales constitucionales de Andorra, Alemania, Austria, Bélgica, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, España, Francia, Guatemala, Hungría, Italia, Perú, Portugal, Polonia, entre otros. Es necesario precisar que por regla general los tribunales constitucionales no forman parte del Poder Judicial. Esta regla tiene excepciones, como son los casos de los tribunales constitucionales de Alemania, de Bolivia y de Colombia, los cuales

---

<sup>34</sup> Una crítica interesante va encaminada a que el agente que utiliza estos principios no tiene forma de ser controlada, pues resuelve en relación a la concepción que tiene de cada uno de esos principios constitucionales o parámetros establecidos en las disposiciones normativas que tiene a su alcance. En ese sentido véase Desdentado Daroca, Eva, Civitas, Madrid, 1997. Linares, Sebastian, Marcial Pons, España, 2008.

<sup>35</sup> La clasificación de los sistemas y modelos de justicia constitucional en el derecho comparado ha sido propuesta por acreditados estudiosos de culturas jurídicas, las obras de García Belaunde, Pegoraro, Ruggero y Spadaro, Weberio, Harutyunyan y Maucic Calamandrei, Cappelletti, Vanossi, Sagués, Brewer—Carias, Nogueira, Von Brünneck, Favoreu, Pasquino, a las cuales se les remite por la originalidad que singularmente las caracteriza.

<sup>36</sup> Highthon, Elena I. *Sistemas Concentrado y Difuso de Control de Constitucionalidad*, IJUNAM, México. Pp. 109-110. [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2894/10.pdf\\_pp](http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2894/10.pdf_pp).

forman parte de la estructura orgánica del Poder Judicial aun cuando cuentan con plena independencia para el ejercicio de sus funciones específicas.<sup>37</sup>

En este sentido, este control, de forma específica, será nuestro objetivo principal de estudio, ya que, es a este el que en su momento le corresponde el control abstracto de inconstitucionalidad de las Leyes elaboradas por el poder político, en tanto, resulta importante analizar que este control lo ejerce el Poder Judicial en el ámbito de diversas competencias y mecanismos de control, ello dependiendo del País o región en donde se lleve a cabo y **atendiendo a nuestro principal objeto de estudio, siendo el Control Judicial de Constitucionalidad.**

En el contexto antes descrito, el control constitucional aparece como un tipo específico de control que se caracteriza, más que por la actividad misma, por el parámetro de verificación utilizado –las normas constitucionales– y, como consecuencia de esto, de los criterios utilizados para la interpretación adecuada de éste y de los órganos constitucionalmente facultados para ejercerlo.

Así, en cuanto a lo primero –el contenido mismo de las normas constitucionales–, éstas, como se sabe, tienen densidades normativas diversas, lo que hace que junto a disposiciones orgánicas y funcionales de contenido específico convivan normas sustanciales o dogmáticas de mayor amplitud y alcance y, aun, normas generales y abstractas en que se definen los valores y principios que informan el ordenamiento jurídico en su conjunto.

---

<sup>37</sup> Para una mayor ilustración véase Bachof, O. *Jueces y Constitución* (1985). Ed. Civitas, Madrid, España, página 61, Fix Zamudio, Héctor (2000). "Voz Tribunales Constitucionales". *Diccionario Jurídico Mexicano*. Ed UNAM, México., Ferrer MacGregor, Eduardo (2002). "Los tribunales constitucionales en Iberoamérica". Ed. Funda, México, Bachof, O. *Jueces y Constitución* (1985). Ed. Civitas, Madrid, España.

De este modo, junto a normas constitucionales que señalan específicamente los requisitos, calidades y forma de designación de ciertas autoridades y funcionarios públicos, composición y atribuciones de los órganos constitucionales o de relevancia constitucional y, aun, las reglas básicas de funcionamiento regular de éstos.

En ese contexto, se podría deducir que si bien el Poder político (legislativo) es quien rige las reglas y procedimientos a los cuales se deberá de sujetar el control constitucional, ello no implica una sujeción plena al poder político, sino que se desarrolla lo que la doctrina y la jurisprudencia constitucional alemana denominan la libertad de configuración normativa, y que permite a aquél su función de desarrollo de la Constitución y no de ejecución de ésta. De ahí la importancia de la distribución equilibrada de los poderes políticos y jurisdiccionales de control constitucional. Por tanto la Libertad de ejercicio en la expedición de las reglas del legislador no implica, evidentemente, atribuir al legislador un poder discrecional para determinar sus contenidos normativos<sup>36</sup>, sino un reconocimiento a la libertad política de aquél para optar entre distintas opciones igualmente admisibles constitucionalmente, en el marco que le dirigen y limitan éstas.

La amplitud y flexibilidad normativa del control constitucional se ve complementada por dos factores adicionales: el reconocimiento del carácter eminentemente político que ostenta la Constitución y las facultades dadas al control constitucional y a quienes lo ejercen,<sup>39</sup> donde las opciones de política

---

<sup>36</sup> García de Enterría, E. y Fernández, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1996 (7ª edición), p. 117.

<sup>39</sup> Como sostiene Triepel, el Derecho público no tiene absolutamente otro objeto que lo político. Y más adelante agrega que toda la investigación jurídica y debate doctrinal en Alemania sólo se puede entender a partir de esta afirmación, lo que supone entender a la Constitución como una declaración política, además de norma jurídica. Triepel, H. *Derecho público y política*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1986, pp. 42-43.



institucional que hace el constituyente deben entenderse de modo flexible, adaptadas y adaptables a la realidad social de cada momento, ajustándose así a los requerimientos que plantea la comunidad política que pretende regular. En este sentido, es usual que los operadores del sistema político incorporen conceptos meta jurídicos o, al menos, no estrictamente normativos en la interpretación de las normas constitucionales, lo que precisamente permite la vigencia de éstas a lo largo del tiempo, realizándose una verdadera mutación constitucional a través de la interpretación.

Sin embargo, es necesario que dentro de la propia interpretación se tome en cuenta el núcleo esencial del principio de Interpretación Conforme a la propia Constitución, en donde la Propia norma Constitucional deberá seguir el parámetro de que la ley no debe ser declarada nula, si puede ser interpretada de acuerdo con la Constitución; pues no sólo hay una presunción a favor de la constitucionalidad de la ley, sino que el principio que aparece en esta presunción exige también, en caso de duda, una interpretación de la ley conforme a la Constitución".<sup>40</sup> En ese sentido el intérprete constitucional deberá observar los propios parámetros y principios señalados por la Constitución para efectos de no trastocarla al interpretar en abstracto.

De este modo, es evidente que el control constitucional aparece como una actividad bastante más compleja, ya que el parámetro de verificación que se debe utilizar para el ejercicio de esta actividad de control es bastante más impreciso que el ordinario, lo que requiere de un proceso de interpretación más amplio que la sola aplicación literal del precepto o de la

---

<sup>40</sup> Al respecto véase Figueroa Mejía, Giovanni A., *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, México, Porrúa, 2011.

derivación de consecuencias jurídicas causales normativas a la mera constatación de un hecho que las anteceden y que le sirven de fundamento a su aplicación.

## CAPITULO II

### POSTURAS TEÓRICAS Y PARÁMETROS PARA EL CONTROL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y RESPUESTA A LA PROBLEMÁTICA SEGÚN LA DOCTRINA.

#### II. 1. Nota introductoria.

Para estar en condiciones de abundar sobre el tema, es necesario conocer las posturas y los lineamientos que la doctrina ha adoptado para los procedimientos de reforma, es decir, es necesario analizar los parámetros y alcances desde un punto de vista doctrinal y de esa forma proyectarlo a nuestro objeto final de estudio.

Entonces, es necesario analizar cada una de los puntos de vista a favor y en contra de la reforma y de los elementos que deberán de seguirse para la efectividad de esta, por tanto analizaremos las principales, de acuerdo los elementos establecidos por la propia doctrina.

#### II.2. Alcances del Poder Constituyente y del Poder Reformador.

Los alcances a los poderes constituyentes y al poder reformador han sido discutidos por la doctrina en diversos escenarios, principalmente, considero por cuidar los principios contenidos en el propio ordenamiento inicial de cada nación, y por ello ha tomado una relevancia el respeto a los lineamientos establecidos por el poder constituyente.

Por otro lado, es claro que el mismo poder constituido deberá estar ceñido al procedimiento instituido y a lo establecido por el poder creador de la norma constitucional.

Por tanto, se debe de decir que se han creado discusiones sobre los alcances de ambos poderes, destacando los siguientes:

### **II.2.1. Postura rígida sobre el Poder Constituyente.**

Esta postura va encaminada a establecer que la obra del poder constituyente es la única y auténtica manifestación de la soberanía popular, por lo que el órgano reformador no puede subrogarse en él;

Como primer punto debemos decir que las constituciones no pueden ser estáticas, sin embargo Pedro de la Vega ha establecido que: *"en la medida en que el poder constituyente realiza su obra, y desaparece como tal, con él se extingue y desaparece también el dogma de la soberanía popular"*<sup>41</sup>.

Por tanto, atiende a que el poder creador, una vez que culmina su función delega las facultades al Poder Constituido (poder legislativo revisor) de modificar y analizar lo creado por este.

Pedro de Vega ha establecido que: *"o se considera que la Constitución como ley suprema puede prever y organizar sus propios procesos de transformación y de cambio, en cuyo caso el principio democrático queda convertido en una mera declaración retórica, o se estima que, para salvar la soberanía popular, es al pueblo a quien le corresponderá siempre, como titular del poder constituyente, realizar y aprobar cualquier modificación de la Constitución, en cuyo supuesto quien se verá corrosivamente afectada será la idea de supremacía"*<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Cfr. De Vega, Pedro. La reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente. p. 20.

<sup>42</sup>Idem, p. 21

Así por su parte Del Cabo Martín, ha afirmado que el poder constituyente es un poder incondicional, sin límites, soberano<sup>43</sup>. Lo afirmado con antelación atiende a la perfectibilidad del derecho, pues no puede concebirse una Constitución perfecta de inicio, máxime cuando el contexto social y temporal cambia de forma constante.

Sin embargo, a título personal, no puede existir un poder inicial de creación de la constitución que no haya nacido de la nada, por tanto la influencia externa para la creación de una constitución nueva que, nos lleva a la conclusión de que el creador inicial de la norma constitucional de entrada no puede concebirse por sí solo como poder omnipotente, sino que los mismos contextos históricos y movimientos sociales, lo posicionaron en la misión de adoptar parámetros, no solo propios de la nación sino externos<sup>44</sup>.

De igual forma considero que de entrada el Poder Constituyente carece de legitimación plena de representación del pueblo, de ahí que la elección de sus integrantes no precisamente surge de un procedimiento democrático.

Al respecto, Carlos Santiago Nino comenta que el argumento usual de identificar a las constituciones históricas con la expresión más alta de la voluntad del pueblo es erróneo, pues la mayoría de ellas no fueron sancionadas por un procedimiento democrático genuino.<sup>45</sup> En sus palabras: "Consideremos las constituciones de Estados Unidos y

---

<sup>43</sup> De Cabo Martín, Carlos. *La Reforma Constitucional y el Sistema de Fuentes*. Editorial Trota. P. 31.

<sup>44</sup> En ese sentido Fioravanti, M. *Los Derechos Fundamentales apuntes de historia de las constituciones*. Trad. M. Martínez Neira, segunda edición, Madrid, Trota, 1998, p. 75.

<sup>45</sup> Cfr. Nino, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Ob. Cit., p. 33.

Argentina, sólo una fracción de la población, en su mayoría hombres blancos y ricos, participaron en el proceso constitucional".<sup>46</sup>

Sin embargo las constituciones de diversos países, tienen influencia de principios a manera de ejemplo tenemos la Revolución Francesa, que influyó sobre la soberanía del pueblo, entendida como el poder del pueblo soberano de decidir sobre la constitución y sobre las reglas del juego.

Es claro que las funciones del Poder Creador o constituyente culminan y los procedimientos de mejora le son atribuibles al poder Constituido, de ahí la importancia de su participación.

Pero ¿Cuál es la principal función del Poder Reformador? La respuesta a esta pregunta nos lleva a establecer el objetivo principal del poder constituido y sin entrar a fondo, tenemos que su objetivo principal es revisar el texto constitucional y modificarlo, claro sujetándose a los lineamientos establecidos por el Poder Constituyente, de ahí que si no se siguen estos, ya sea en cuanto al procedimiento son carentes de nulidad.

Pero ¿Acaso, las propias modificaciones no pueden contener vulneraciones graves ya sea al procedimiento o a los propios principios establecidos por el Constituyente?, de acuerdo a nuestro criterio si, máxime cuando no se cuenta con un estudio detallado de los lineamientos esenciales que deberán de prevalecer, por ello la importancia de su estudio.

---

<sup>46</sup> idem

En ese sentido, se deberá analizar nuestro siguiente punto de discusión:

## **II.2. 2. Conservación de principios.**

Esta postura nos establece que los principios legitimadores del constitucionalismo son presupuestos lógicos inderogables;

No se pueden contravenir los principios creados y establecidos por el poder constituyente, si los elementos torales de la Constitución se pierden, se deberá decir que se ha contravenido lo ordenado por el poder creador y por tanto existe una vulneración real a la propia Constitución.

De ahí la importancia de analizar los principios constitucionales, como se verá más adelante. En el entendido que en la etapa en que nos encontramos analizamos las posiciones doctrinarias de forma general.

Pues bien, Riccardo Guastini ha planteado que: revisar la Constitución existente (sin alterar su identidad material o axiológica) es diferente a modificar su "espíritu", esto es, alterar, perturbar o subvertir los valores ético-políticos que la caracterizan.

Continúa: "reforma e instauración constitucional se distinguen, entonces, no bajo un perfil formal —por el hecho de que una adviene en forma legal y otra de forma ilegal, extra ordinem— sino bajo el perfil sustancial".

Guastini explica que esta doctrina se basa en una concepción sustancialista de la Constitución. De acuerdo con ella, la Constitución es "una totalidad coherente y conexa de valores ético-políticos". En otras

palabras, el concepto designa a un conjunto de normas con determinada identidad axiológica.

En contraposición a dicha concepción sustancialista está la que el mismo Guastini llama formalista. En sus palabras, de acuerdo con ésta: "una Constitución no es más que un conjunto de normas. [...] un conjunto (cualquier tipo de conjunto) se identifica — extensionalmente— por la simple enumeración de los elementos que lo componen".

Por tanto podemos concluir que existen dos concepciones de la Constitución, como un conjunto de normas o se puede entender como un conjunto de principios y valores contenidos en ella. De ahí que en las reformas a esta deberán prevalecer los valores axiológicos contenidos en ellos, entendiéndose estos como los principios de la propia Constitución establecidos por el Poder Constituyente.

Por tanto si se vulneran estos principios dentro del procedimiento de reforma, debe decirse que el Poder reformador está contraponiéndolos y por tanto deberá de existir una contravención a esos lineamientos y por ende viciada de nulidad.

Por lo anterior, es importante analizar que principios constitucionales son fundamentales para una Constitución, desde el punto de vista doctrinal, como se verá más adelante.



### **II.3. Posturas en favor del Control de las Mayorías, en contra del Control Jurisdiccional de la Constitución.**

#### **II.3.1. En favor de la Dificultad Contramayoritaria.**

**En ese contexto se cuenta con las posturas que se encuentran a favor de la Dificultad Contra mayoritaria**, de ahí que la crítica más contundente que se hace al control judicial de la reformas es la que sostiene una práctica contra mayoritaria o antidemocrática.

Existen seguidores de las ideas expresadas por Madison en el "Federalista"<sup>47</sup> justifican la democracia como un sistema pensado en desconcentrar el poder y evitar la tiranía, pueden sostener con coherencia, que el control judicial de las reformas es democrático porque implica un importante control a los demás poderes.

El judicial review <sup>48</sup>cobró gran auge y divulgación a partir de la obra de Alexis de Toqueville "La Democracia en América"<sup>49</sup>, quien al narrar el funcionamiento del Poder Judicial de los Estados Unidos de Norteamérica, señaló:

"Cuando un Estado de la Unión produce una ley de esa naturaleza (contraria a la Constitución), los ciudadanos lesionados por la ejecución de la misma pueden apelar a las cortes federales. Así, la jurisdicción de

<sup>47</sup> De forma fundamental, véase, Hamilton, Madison y Jay, "The Federalist Papers", No 10.

<sup>48</sup> La sentencia pronunciada por la Corte al resolver el caso (en el que intervenían intereses de los partidos federalista y republicano), se refería principalmente a los puntos siguientes: "1.- La Ley de la judicatura que impedía a la Corte conocer el asunto en cuestión era inconstitucional, porque el Congreso no puede, por ningún medio, ampliar la jurisdicción original que otorga la Constitución; 2.- La naturaleza de la Constitución escrita es superior a la ley; 3.- El Poder Judicial se extiende a todos los casos surgidos de la Constitución de los Estados Unidos de América". Reyes Reyes, Pablo E. La Acción de Inconstitucionalidad. Ed. Oxford. México 2000. Págs. 92 y 93.

<sup>49</sup> De Toqueville, Alexis. La Democracia en América. Fondo de Cultura Económica. México 1984. Pág. 138.

las cortes federales se extiende no solamente a todos los procesos que tienen su fuente en las leyes de la Unión, sino también a todos aquéllos que nacen de las leyes que los Estados particulares han confeccionado, contrarias a la Constitución”.

### **II.3.2. Quienes sostienen que la voluntad del pueblo, expresada a través de la mayoría, difícilmente puede considerar o concebir la participación de un órgano elegido de forma antidemocrática.**

Partiendo de las posturas de Habermas, Ackerman y Nino<sup>50</sup>, se puede decir que lo que justifica la democracia no es la sola voluntad mayoritaria, sino la manera en que dicha voluntad se construye.

En mi opinión, se deberá atender a la protección fáctica más benéfica a los gobernados, de ahí que para la existencia y prevalencia de los principios constitucionales y derechos que le permitan el pleno desarrollo, se deberá atender a los pesos y contrapesos del poder. Se debe atender a que en la mayoría de las elecciones de los actores de los Poderes Constituidos, es decir los poderes de control de la reforma, pasan por el proceso de elección del resto de los poderes, pasando por el proceso denominado de Democracia representativa, es decir, no son elegidos de la nada, sino que los representantes populares son quienes con sus facultades conferidas por la voluntad popular deciden quienes forman parte de esos entes.

Hay quienes afirman que dentro de los procesos de reforma a la Constitución, el poder reformador realiza un control constitucional de las

---

<sup>50</sup> De manera fundamental estos doctrinistas justifican la democracia en valores de autonomía personal y de la imparcialidad, presupuestos de la práctica social de construir consensos en forma argumentativa.

normas que reforma a la Constitución **y se auto limita a los lineamientos establecidos en el procedimiento de reforma que rige la Constitución, elementos contundentes para establecer que el resultado de ese procedimiento resulta legítimo.**

En ese contexto podemos decir que los poderes mayoritarios o representativos, de forma nata no representan el poder del pueblo, pues existen los lineamientos del partido que representan o los principios estatutarios de estos, sin que se observe la opinión popular, conllevando con ello a un riesgo inminente para que

De forma general, es necesario analizar las formas de democracia que nos plantea el profesor español Antonio Torres del Moral<sup>51</sup>, quien ha sistematizado en tres grupos las diferentes teorías legitimadoras del sistema representativo:

### **II.3.3. La teoría británica de la confianza, expuesta por Burke y Locke.**

Parte de la idea de que los *diputados* son elegidos porque inspiran confianza (*trust*) a los electores, quienes les otorgan un cheque en blanco para la defensa de los intereses generales.

---

<sup>51</sup> Dalla Via, Alberto R. Revista Sección Doctrinal. "Representación Política, Democracia Y Mercado". Revista Sección Doctrinal. <https://tecnologias-educativas.te.gob.mx/RevistaElectoral/content/pdf/a-2004-02-019-011.pdf>. Visto a las 12:00 horas del día 10 de diciembre del año dos mil quince.

### **II.3.4. La teoría francesa del mandato representativo, difundida por Montesquieu, Condorcet y Sieyès.**

Se sustenta sobre la soberanía nacional: el pueblo ejerce su soberanía eligiendo a sus diputados; estos, una vez elegidos, ejercen la soberanía nacional como un poder indiviso. Esta fue la idea predominante en Francia, excepto durante la Constitución Girondina que no llegó a estar vigente y que reflejaba el ideal rousseauiano y;

### **II.3.5. Las teorías idealistas de la representación reflejan la justificación germánica frente a los criterios pragmáticos ingleses y los criterios ideológicos franceses.**

De tal modo, Kant, Fichte y Hegel ahondaron sobre la interpretación rousseauiana de la voluntad general. También Carl Schmitt ha replanteado la representatividad desde «presupuestos idealistas»: la representación política del pueblo se haría en su «unidad política» de naturaleza espiritual (no en su unidad natural, orgánica)

### **II.3.6. Desacuerdo y reglas de decisión colectiva: la crítica de Waldron al constitucionalismo.**

Según Waldron es que esa intuición, por arraigada que pueda estar, es engañosa. O dicho de otro modo, que afirmar que el constitucionalismo establece que hay cosas que las mayorías no pueden decidir es contar una historia incompleta: porque antes, en ausencia más que previsible de unanimidad al respecto, ha habido que tomar de algún modo la decisión sobre qué es lo que las mayorías no podrán decidir<sup>52</sup>; y después, por

---

<sup>52</sup>10 Vease. Jeremy Waldron, «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», P.344.

cierto, habrá que seguir tomando decisiones sobre la delimitación exacta de los confines sólo genéricamente establecidos a lo que pueden decidir. En suma, la idea de Waldron es que cuando se trata de organizar la vida política de una comunidad en la que reina el desacuerdo acerca de qué es lo justo, antes de la sustancia y después de ella son ineludibles los procedimientos.

De ahí que existan momentos de política constituida, el límite real al funcionamiento del procedimiento mayoritario no viene dado tampoco por un conjunto de criterios sustantivos, sino por los resultados que arroje otro procedimiento más, el de control jurisdiccional de constitucionalidad, cualesquiera que éstos sean. El límite real al poder de decisión de la mayoría no son los derechos constitucionalizados, sino lo que el órgano que ejerza el control jurisdiccional de constitucionalidad –o incluso meramente la mayoría de sus miembros– establezca que es el contenido de esos derechos: porque, por discutibles o infundadas que puedan parecernos las decisiones que adoptan, su firmeza no está condicionada a su corrección material<sup>53</sup>.

Sin embargo debe decirse que las decisiones del control jurisdiccional nacen precisamente para sostener un equilibrio necesario entre las mayorías democráticas, más allá de la limitación a este principio, sin embargo el propio sistema constitucional establece estos mecanismos como medios de control del propio poder mayoritario, pues sin este no se puede concebir un Estado constitucional, recordemos pues que la funcionalidad de un sistema requiere de una institucionalización de

---

<sup>53</sup> 11 Jeremy Waldron, «Freeman's Defense of Judicial Review», *op. cit.*, p. 41. P. 324.

controles, entre ellos el Jurisdiccional, como medida para garantizar en base a procedimientos objetivos, el Estado Constitucional en el que se constituye una nación.

A criterio del escriba, es necesaria la vinculación directa entre los poderes constituidos democráticamente.

### **II.3.7. La dinámica de la regla de la mayoría y el principio de Blackstone.**

Al igual que Waldron sugiere que nos enfrentamos a una elección última entre dos reglas de decisión colectiva, como son la **regla de la mayoría y el constitucionalismo**, habría olvidado una posibilidad: que una de las cosas que cabría decidir usando la primera es la adopción de la segunda, de manera que, aun concediendo como hipótesis la justificación última de la regla de la mayoría, justificado quedaría igualmente a causa de esta. Tendríamos entonces un sistema político en el que los derechos no serían concebidos como un límite externo y previo al procedimiento mayoritario, sino como un producto generado por su propio funcionamiento.

Sin embargo, se debe decir que **no es posible concebir una democracia sin controles del resto de los poderes constituidos, e incluso del propio poder reformador, ya que la concepción de la Constitución queda supeditada de forma prioritaria a los controles y a las garantías de los controles.**

### **II.3.8. Dualismo democrático y pre compromiso.**

De igual forma se debe decir que es posible sortear el principio de Blackstone sin que para ello sea imprescindible rechazar las premisas que nos han conducido hasta él (que la regla de la mayoría posee una calidad moral de la que carecen otros procedimientos de decisión y que las razones que la justifican avalan su versión continua o cerrada al cambio). La idea consiste en que el principio de Blackstone sólo se seguiría de esas premisas si se cierra los ojos al diferente valor de las circunstancias en que se adopta cada decisión. Cuando, por el contrario, éste se toma en cuenta, lo que nos sugiere esta forma de argumentación es que es racional que una comunidad, en los momentos en que reflexiona colectivamente con mayor seriedad y altura de miras, decida incapacitarse para tomar ciertas estas decisiones que sabe que pueden tentarla en sus momentos menos brillantes y que, a la larga, lamentaría haber tomado. En suma, ver la vida política de una comunidad como una sucesión de decisiones de calidades diferentes nos proporcionaría una razón para sostener que las de calidad superior (constituyentes) sí pueden trazar límites no removibles por decisiones posteriores de calidad inferior (de política ordinaria); y ese dualismo bastaría para reconciliar la primacía constitucional con el ideal democrático<sup>54</sup>.

De lo anterior se puede decir que las decisiones democráticas dependen en específico de sus actores y si estos no cuentan con la voluntad de respetar los principios de la democracia, estaríamos en grave riesgo de que se vulneren estos principios, conllevando así a una tiranía

---

<sup>54</sup> Bruce Ackerman, *We The People*. Vol. I: Foundations, op. cit., pp. 6-7; Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 155-157.

formal democrática. Y la verdadera reflexión en el ejercicio del poder dependería de la eficacia de los actores detentadores del poder, sin que pase inadvertido que los poderes mayoritarios hoy día, no siempre se encuentran legitimados por una mayoría absoluta o real, ya que en diversos casos, las democracias se han ido debilitando con la nula participación de la ciudadanía que los elige, por tanto los poderes mayoritarios no representan los verdaderos intereses sociales.

Al respecto, Habermás, a propósito de los grandes retos del Sistema Político y los retos del Estado Constitucional, señaló:

Ante el inmenso desafío que representan la necesidad ecológicamente el crecimiento económico y la creciente necesidad de la situación económica y social en el norte y ante la tarea históricamente única de pasar en las sociedades articuladas en términos de socialismo de Estado a mecanismos de un sistema económico diferenciado de lo político; bajo la presión de las corrientes migratorias de las regiones del sur reducidas a la miseria, y ahora también el este; en vista de los riesgos de guerras nuevamente de tipo étnico, nacional y religioso, de chantajes atómicos **y de luchas internacionales por la distribución de bienes y recursos**, ante este estremecedor trasfondo la política pierde orientación , seguridad y autoconciencia, también en las sociedades de occidente articuladas en **términos democráticos y de Estado de Derecho** ... lo que reina es la pluslanimidad... Pero los estados de ánimo- y las melancolías filosóficas



que los reflejan – no justifican el **abandono derrotista de aquellos contenidos radicales del Estado democrático de Derecho.**<sup>55</sup>

Advirtiendo así que, existe la percepción de inconformidad social a los entes mayoritarios, pues por una parte las decisiones ahí tomadas, no siempre son benévolas para las masas que los eligen; pensemos pues, en una Ley que impone la obligación de pagar impuestos, en este caso, ¿A quién le resulta benéfico o acertado pagar más impuestos?, sin embargo el sistema Constitucional se sostiene de los tributos de las masas y no por ello se está representando a la voluntad ciudadana. Como conclusión debemos decir que los propios entes políticos elegidos democráticamente y de forma directa, tienen que ir en contra de la voluntad ciudadana, razón suficiente por el que ha crecido la confianza en estos entes y por consecuencia se ha depositado la confianza en los Controles Jurisdiccionales.

En particular, se debe de puntualizar, que el respetar las formalidades procedimentales, **no conlleva a respetar el fondo de los principios de la propia constitución, en especial los derechos humanos de las personas.**

De ahí que, existen momentos históricos en los que el poder reformador no siempre toma decisiones de reforma en atención a la voluntad del pueblo. Es claro que el poder reformador, atiende inclusive a presiones externas de los compromisos internacionales, ya sea en materia de derechos humanos, comerciales o económicos.

---

<sup>55</sup> Habermas, Jürgen, Factilidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso, trad de Manuel Jiménez, Madrid Trotta, 1998, p p 60 y 61.

En el contexto analizado anteriormente, podemos concluir que los roces entre las posturas a favor del Control Judicial de la Reforma a la Constitución y la postura de la influencia de las Mayorías en las decisiones Jurídicas existen, sin embargo, al tratarse ambos entes de poderes constituidos deberán de aprender a convivir y a entrelazar los argumentos jurídicos frente al poder representativo de las mayorías. De tal forma que se encuentre coherencia entre ambas posturas en favor de un sistema normativo constitucional que adopte los principios de una nación y que a su vez tenga rumbos claros y acordes a los tiempos y acontecimientos sociales, sin dejar de observar los principios elementales que inicialmente forman parte de la Constitución. Es importante mencionar que en ambas posturas convergen elementos históricos y sociales acontecidos en las naciones en las que ha imperado el constitucionalismo y ello no significa que se deberá atender al pasado de acontecimientos que vivieron las personas que en la actualidad no viven, sino que se deberán adoptar las experiencias de la historia del constitucionalismo en un aspecto práctico, sin despreciar los logros alcanzados en el proceso constitucional.

#### **II.4. El Control Jurisdiccional de la Constitución.Principios, entes y características.**

Una vez analizadas las teorías en contra del control jurisdiccional de Constitucionalidad, es necesario analizar sobre los tipos de control Jurisdiccional de la Constitución

Es aquí en donde se hace necesario analizar **el origen del control de constitucionalidad, definiciones y caracteres del mismo.**

Se puede decir que el control de constitucionalidad surge por un lado del Derecho Constitucional, entendido como una rama del derecho público interno que tiene por objeto el estudio de la estructura fundamental del Estado, con respecto a la organización y funcionamiento de los poderes públicos y a la protección de las garantías y libertades individuales. Y por otro lado nace como una derivación lógica de la supremacía de la propia Constitución, como mecanismo tendiente a preservar la supremacía constitucional.

Por tanto el ejercicio del control judicial de constitucionalidad deriva de la estricta vigencia de la Supremacía Constitucional y tiene como finalidad aplicar un método que en este caso es el control judicial de constitucionalidad.

El control puede definirse como: "el mecanismo o herramienta procesal para controlar la validez constitucional de las normas y actos inferiores a la constitución misma". (Miguel Angel Ekm ekdjian ), y al decir de Vanossi, "tiene como meta principal preservar la Supremacía Constitucional". En el mismo sentido el Dr. Néstor Pedro Sagüés: "Poco vale la Supremacía Constitucional si no se planifica un aparato de control de esa supremacía, esto es una magistratura constitucional que opere como órgano de control y procesos constitucionales, mediante los cuales puede efectivizarse la superioridad de la constitución".

Los principios que describen el control Constitucional se pueden establecer de la siguiente manera:

- a) La Constitución es una ley superior;

- b) Un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley;
- c) Es siempre deber judicial decidir entre leyes en conflicto;
- d) Si la Constitución está en conflicto con un acto legislativo el juez debe rehusar aplicar este último;
- e) Si así no se hace se habría destruido el fundamento de todas la Constituciones escritas.

En ese contexto podemos decir que las inclusiones del texto constitucional ya sea desde el sentido interpretativo o mediante el procedimiento formal de reforma contrario a los propios principios constitucionales es precisamente contrario a la Constitución y por ende deberá ser objeto de control Constitucional.

De ahí que de acuerdo de la teoría de Hamilton<sup>56</sup> destaca que: **“La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los Tribunales.** Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria.

Se debe de decir que la sujeción de la revisión a la norma elaborada por el Legislativo, no supone de ningún modo la sujeción de un poder a otro, sino que se complementa como un ente que fortalece al poder legislativo en

---

<sup>56</sup> HAMILTON, “El Federalista”, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, cap. LXXVIII, p. 332.

sus funciones y la norma, perfeccionándola acorde a la interpretación de la Constitución de forma material como órgano revisor del control de constitucionalidad. Es claro que estas disposiciones de control dejan un roce entre los poderes Legislativo y el Judicial, pero ello no deben de existir, pues sería como afirmar que el Poder Judicial se encuentra sujeto al Legislativo al momento que aplica las normas elaboradas por el primero. Es claro que, al ser poderes constituidos, cada uno de ellos tiene diversas funciones y atribuciones para lograr la funcionalidad del estado constitucional.

Entonces, debemos dejar en claro que el Control Jurisdiccional de la Constitución es un fortalecimiento al sistema de normas, pero fácticamente se puede entender como una limitante a la voluntad del Legislativo. Situación que no acontece de facto, pues las resoluciones emitidas por los Tribunales Jurisdiccionales, se encuentran legitimadas por la propia disposición normativa, pues su actuar se encuentra supeditado a la misma norma, es decir no resultan ser actos tiránicos, sino que se encuentran basadas en disposiciones emanadas de la voluntad del poder democrático y atendiendo a sus mecanismos de control, son susceptibles de ser revisados, por tanto no existe poder absoluto en ellas.

#### **II.4.1. Según la teoría de Sagüés.**

Es importante analizar las características del control Jurisdiccional siguiendo a los conceptos de criterios de Sagüés<sup>57</sup>, podemos señalar las siguientes características principales:

---

<sup>57</sup> Sagüés, Nestor, "Derecho Procesal...", Troita, 1985. p. 99.

a) **Es jurisdiccionalmente difuso:** En nuestro país el control de constitucionalidad está a cargo de todos los Jueces del Poder Judicial (sistema federal o local), éste es el denominado "sistema de control difuso", dicho sistema no implica la existencia de diversidad de criterios ya que el último y gran intérprete, custodio y guardián de la Constitución es el Tribunal Constitucional o la Suprema Corte de las naciones. Corresponde a todos los jueces, sin distinción de categoría. Todos los jueces, de cualquier categoría y fuero, pueden interpretar y aplicar la Constitución y leyes en las causas cuyo conocimiento les corresponda". María Angelica Gelli, nos recuerda que implica que cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de una ley.

b) **Se requiere la existencia de un caso concreto:** El control de constitucionalidad sólo puede ejercerse sobre la base de un caso, es decir, una causa judicial donde dos o más partes controvierten sus derechos y expresen sus agravios de modo actual y concreto. Existencia de vías indirectas o directas de control de constitucionalidad: es posible plantear el control en cualquier tipo de proceso (indirecta) o bien, mediante vías directas como el amparo, el habeas corpus.

c) **Fundamentalmente letrado:** Es ejercido por jueces con título de abogado.

d) **Permanente:** Es ejercido por órganos que tienen continuidad incluso en los periodos de feria judicial.

e) **Sujetos que lo promueven** – Legitimación amplia: de modo general, quien pueda ser parte en el proceso puede pedir el control de constitucionalidad.

Una vez analizadas las características del control de Constitucionalidad, y de los que la ejercen, se concluye que mientras no se garanticen los lineamientos analizados, no se puede tener la confianza de un verdadero poder, me refiero a las garantías mismas que debe de gozar el órgano jurisdiccional en su aplicación y no me refiero solo a las formales, sino a las materiales, pues el ejercicio de la jurisdicción no debe de estar limitado a factores de intromisión, sino que de forma plena deberá de desplegar su absoluto poder en el ejercicio de sus funciones.

Me refiero a los factores fácticos que rigen las condiciones de cada Estado Constitucional y a los poderes como la presión social, los grupos de poder- me refiero al político y económico en específico- ya que de no acatarse los lineamientos, estamos ante un Estado Constitucional deficiente, al no contar con una adecuada garantía de protección.

Debemos recordar que no existe derecho o procedimiento vigente o eficaz, si no existe una garantía de control, en específico el control material de la propia constitución y de los principios fundamentales que la integran.

De ahí que los mecanismos de defensa a la Constitución sea un sistema de mecanismos jurídicos y procesales establecidos para conservar la supremacía, prevenir su violación y para lograr la evolución.

En relación a nuestro tema, en específico, hablaremos que los principios contenidos en la Constitución y en el procedimiento de reforma, deberá ser en análisis del **Control Jurisdiccional**, ya que según nuestra concepción **este es objetivo y existe un parámetro de control que son las normas que lo integran**, de ahí que quienes lo ejerzan deberán de

contar con características como las de imparcialidad, permanencia y competencia técnica, aunado a la facultad legal para ello. De tal forma que lo que resuelvan tenga peso dentro de un contexto democrático y de esa forma sea observado de manera puntual.

#### **II.4.2. Postura de Hans Kelsen.**

Para Kelsen, es fundamental que para que un ordenamiento jurídico funcione necesita de la existencia de un control jurisdiccional de constitucionalidad, de un mecanismo que se encargue de verificar que la legislación y los demás actos respeten los procedimientos y los contenidos específicos que establece la Constitución y en caso de ser necesario remedie la violación cometida.

Por tanto el sistema normativo de la Constitución, también deberá ser sujeto de un control para evitar abusos de los actos de poder, de ahí que se encuentren garantizados los propios principios Constitucionales.

En mi opinión, con independencia de los límites a la Constitución y al poder reformador, como se analizó con antelación, es necesaria la presencia de pesos y contrapesos del poder, de tal forma que los poderes constituidos se limiten a sí mismos en beneficio de los ciudadanos y evitar el poder avasallante en perjuicio del propio sistema de protección de garantías y derechos, ya sea para quienes detentan el poder y para los propios ciudadanos. Es claro que, existen opiniones encontradas sobre la legitimidad de los entes que ejercen el control constitucional, frente a los entes eminentemente políticos. Sin embargo en la actualidad existe directrices que permiten frenar al poder reformador, como a continuación se verá. Por tanto, la existencia de un órgano especializado que ejerza



el control de constitucionalidad, se justifica por los principios de supremacía a la constitución y división de poderes, principios estos contenidos y establecidos por los propios poderes constituyentes.

De ahí que existan dos parámetros a considerar:

a) La interpretación de la Constitución es una tarea jurídica que debe ser confiada a quienes conocen el derecho, cuidando siempre el sentido de objetividad;

b) La Constitución y su defensa jurisdiccional permea y promueven el pluralismo político garantizando las mismas condiciones que hacen posible el juego democrático, los derechos son protegidos por un órgano independiente, entrando así en el sistema de pesos y contrapesos a través del control de poderes y;

c) La protección de la Constitución tiene que estar encaminada a los derechos de las minorías. Ello es así, porque es claro que no precisamente las mayorías en la democracia son quienes toman las decisiones mayormente legítimas, sino que son producto del poder abrumador de las corrientes políticas que detentan el poder en turno.

#### **II.4.3. Las razones de Dahl.**

En la obra "Pluralist democracy in the United States: Conflict and Consent, DAHL ensaya una óptica diferente para el examen de la cuestión contramayoritaria ("undemocratic" difficulty).

Este autor considera que la decisión de la Corte que declara inconstitucional una ley, tiende a preservar los derechos legítimos de la minoría frente a la posibilidad de una decisión mayorista "tiránica".

Después de todo, dice, la mayoría que actúa a través de la firma del presidente y se expresa en el voto de sus representantes en el Congreso, puede ser considerada como la mayoría creadora del derecho (law-making majority). Si se asume como evidencia que las votaciones nacionales avalan la formación de las leyes por parte del Congreso y el Poder Ejecutivo, las normas deben ser tenidas como la expresión de la voluntad de la mayoría.

En consecuencia, cuando la Corte, a través de su potestad de contralor, declara la inconstitucionalidad de una ley, está desafiando directamente la expresa voluntad de la mayoría. En tales circunstancias, la Corte podría ser vista como si estuviera protegiendo a la minoría cuyo agravio la insta a declarar la inconstitucionalidad. A este razonamiento DAHL agrega algunos datos estadísticos muy interesantes. Así, señala que cada presidente puede nombrar un promedio de dos nuevos jueces para la Corte Suprema de los Estados Unidos en cada período de gobierno. DAHL considera que la Corte nunca estará "fuera de línea" por demasiado tiempo respecto de los puntos de vista políticos dominantes entre las mayorías "creadoras de derecho", llega a la conclusión que las decisiones en esta materia se producen, en la mitad de los casos, luego de los primeros cuatro años desde la sanción de la ley. Esto implica que las mayorías representadas en el Congreso han debido pasar por dos elecciones antes de la declaración de inconstitucionalidad de la Corte.

#### **II.4.4. La posición de Bickel<sup>58</sup>.**

Este autor desgrana con maestría la problemática de la objeción contra mayoritaria, señalando sus más importantes implicancias. En primera Instancia apunta que las democracias representativas funcionan a través de la elección de ciertos hombres por determinados períodos, que pasan regularmente por el juicio del electorado a través del sufragio. Pero los hombres electos delegan parte del trabajo en personas elegidas por ellos mismos y que permanecen al margen de la consideración pública en punto a su desempeño. La totalidad del mecanismo opera entonces a través del escrutinio y la crítica del electorado, pero no en todo momento y en todas sus partes.

Por ello, lo que generalmente entendemos por democracia es en la realidad un proceso mucho más complejo y sofisticado. Es verdad que muchas veces las decisiones sometidas al electorado son dejadas de lado o bien continuadas indefinidamente sin volver a someterlas a la consideración pública. Así, una vez obtenida la aquiescencia necesaria muchas decisiones gubernamentales permanecen vigentes aun a despecho de los cambios y fluctuaciones operados en la voluntad mayoritaria. El énfasis en la necesaria actualidad de dichas decisiones se transforma así en un factor contramayoritario.

**La perspectiva de Ely<sup>59</sup>.** Este autor desarrolla un punto de vista a través de tres argumentos que tienden a una valorización del control judicial

---

<sup>58</sup> Bickel, Alexander M., *The least dangerous branch*, Indianapolis, Bobbs-Merrill Educational Publishing, 1978. P. 132.

<sup>59</sup>Ely, John H., *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Harvard University Press, 1980

dentro del contexto democrático como proceso de participación orientada (participatio-oriented) o representación reforzada (representationreinforcing), y en oposición a las aproximaciones que ven en él un proceso de protección de ciertos valores fundamentales. El primer argumento concierne a la Constitución misma, en la cual ve ELY un intento de instaurar y asegurar ciertas estructuras e instituciones perdurables para la resolución de los conflictos políticos. En contra de la caracterización habitual de la Ley Suprema como declaración de valores fundamentales, generales, perdurables y evolutivos, ELY sostiene que, de hecho, estos valores sustantivos son dejados en manos del proceso político en lo que respecta a su selección y determinación. La Constitución, en cambio, se ocupa por un lado de proveer procesos justos para la resolución de las disputas individuales, y por el otro, de asegurar una amplia participación en la distribución de los cargos de gobierno. La conservación y enunciado de ciertos valores fundamentales no es, por ende, una labor constitucional apropiada. El cuerpo de la Constitución norteamericana está dedicado casi enteramente a la estructura y planificación de los diferentes actores institucionales: gobierno federal, gobiernos estatales, Congreso, Ejecutivo y Poder Judicial; sus respectivas funciones; y muy detalladamente, los procesos de selección para desempeñar estas funciones y sus competencias.

Aun cuando a primera vista parecieran observarse disposiciones destinadas a asegurar resultados concretos, lo cierto es que el análisis atento lleva a concluir que dichas disposiciones conciernen en mayor medida a procedimientos. Incluso en el Preámbulo, donde podrían verse ciertos valores, la tendencia es a declarar la instauración de una

estructura durable y a ordenar la solución de las controversias políticas. Los intentos de proveer soluciones particulares y sustancias en la Constitución han sido, para este autor, escasos y, en general, infructuosos. El segundo argumento de Ely pretende que la aproximación que sugiere al tema del control judicial desde una perspectiva de representación reforzada es consistente y sostenible dentro del sistema democrático representativo americano: la protección del gobierno popular y la protección de los derechos de las minorías, ideales esenciales de la democracia norteamericana, pueden ser comprendidos como provenientes de una fuente común, el deber básico de representación. Se trata pues de despejar los mecanismos para que el sistema asegure que los representantes elegidos asuman real y plenamente su deber de representación. Los jueces no son, de acuerdo a la tesis de Ely, los mejores "reflectores" de los valores convencionales, ni son más idóneos, en este sentido, que los representantes elegidos. Existen muchas razones para sostener esto, pero sin duda la más importante es la que sugiere que las motivaciones que subyacen a las leyes o actos cuya constitucionalidad se cuestiona, no resultan siempre aprehensibles por los jueces. El autor americano propone al respecto un ejemplo muy ilustrativo: supongamos que un sargento selecciona tres hombres de su escuadrón de seis miembros para una misión particularmente riesgosa. La Constitución, obviamente, no resulta ofendida si los tres hombres fueron escogidos por sus habilidades superiores comprobadas. Pero qué sucedería si la elección fue hecha por tratarse de negros, metodistas o republicanos; o aun, qué sucedería si el sargento eligió a esos hombres porque sentía más afecto por el resto de los miembros del escuadrón. Bajo estas circunstancias -dice ELY- nuestra intuición nos indica que los

tres elegidos han sido tratados inconstitucionalmente. Por supuesto que los problemas de prueba en tal caso, serían insalvables, pero lo interesante del ejemplo es que muestra claramente cómo el mismo acto de gobierno puede ser constitucional o inconstitucional de conformidad con su motivación. Y muchas veces esa motivación no resulta, en la práctica, fácilmente reconocible por el juez. Por ello, ELY considera que los tribunales no tienen ninguna especial vocación como guardianes de los valores esenciales de una sociedad. La aproximación sugerida por este autor, es descrita por él mismo, con el estilo gráfico que lo caracteriza, como el equivalente a una orientación antitrust en economía (vale decir: opuesta a regulación económica): antes que dictar soluciones sustantivas, se interviene para encauzar cuando el mercado (en este caso el mercado político) está funcionando mal de manera sistemática. Como un árbitro que interviene cuando un equipo obtiene una ventaja injusta, pero no porque el equipo "equivocado" está ganando. En una democracia representativa, los valores son determinados por los representantes elegidos; y si los resultados no son los esperados, el electorado no votará de nuevo por ellos. El mal funcionamiento se produce cuando el proceso deja de inspirar confianza, y ello ocurre: a) cuando los de dentro cierran todos los canales políticos de cambio para asegurarse que ellos permanecerán dentro y que los excluidos seguirán afuera; b) aunque de hecho no se niegue ni voz ni voto, cuando los representantes que se deben a una mayoría perjudican a alguna minoría, negándole la protección acordada a otros grupos por el sistema representativo.



#### **II.4.5. La tesis de Nino fundamenta su argumentación sobre la legitimidad del control jurisdiccional a partir de su concepción original sobre la justificación de la democracia<sup>60</sup>.**

En lo que respecta a la llamada teoría de la soberanía popular, la misma - sostiene el jurista argentino conduce a un sistema de control de tipo francés. La justificación democrática desde este ángulo otorga prevalencia al Poder Legislativo (**y en especial a la cámara Baja**) como órgano de expresión de la soberanía popular. En consecuencia, los tribunales deben reducir su interferencia por cuanto no son detentadores directos de la soberanía popular. Observa NINO que en los EE.UU., Ackermann ha realizado interesantes estudios con el objeto<sup>61</sup> de adaptar la idea de soberanía popular para proveer una defensa plausible del control de constitucionalidad. El profesor americano sostiene que la acción política se desarrolla **en dos** niveles diferentes: la política constitucional, que abarca las expresiones políticas fundamentales como el dictado de una Constitución, las enmiendas, y las decisiones fundamentales a nivel constitucional; y la política cotidiana, que comprende la actuación habitual del Congreso y las legislaturas locales. Los jueces estarían habilitados para interferir la acción legislativa como intérpretes que son del consenso popular expresado en la Constitución.

El eminente jusfilósofo argentino no comparte la distinción de Ackermann. En primer lugar porque resulta ambigua y vaga, toda vez que

---

<sup>60</sup>Nino, Carlos S., La filosofía del control judicial de constitucionalidad, "Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Nº 4, setiembre-diciembre 1989, p. 120.

<sup>61</sup> Nino, Carlos S., La filosofía del control judicial de constitucionalidad, "Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Nº 4, setiembre-diciembre 1989, p. 127.

no llega a determinar con precisión el sentido y alcance cabal del término "pueblo". Y en segunda instancia, porque no se justifica hablar de una expresión superior y otra inferior de soberanía popular, pues no existe, una razón válida para sostener que una sociedad que vivió hace doscientos años deba tener prioridad sobre otra que vive actualmente. Nino resalta el valor epistemológico de la democracia a través de los procesos de discusión y decisión mayoritaria que la caracterizan. Se trata pues de un mecanismo apto para llegar a soluciones con mayor probabilidad de ser moralmente correctas que las soluciones a las que se arribarían por otros procedimientos. Se lleva a cabo así una suerte de función especular, que a través de procedimientos que tienden a la imparcialidad, permite conocer con mayor exactitud las decisiones moralmente correctas. De esta justificación surge una limitación a los órganos mayoritarios que el Poder Judicial está llamado a proteger y controlar. La mayoría no puede decidir legítimamente la restricción de las condiciones y presupuestos que hacen a la esencia del proceso democrático: "La misma mayoría que podría estar viciada por fallas en las condiciones de la discusión amplia, abierta y de la decisión mayoritaria es obvio que no puede decidir sobre si esos presupuestos y esas condiciones se dan, porque esa decisión estaría afectada por los mismos defectos que se estaría discutiendo, si se satisfacen o no". La función judicial de contralor en este contexto surge de la necesidad de contar con órganos que, no estando afectados por estas fallas - en tanto órganos independientes de los avatares de las mayorías- puedan controlar la efectiva satisfacción de los requisitos y presupuestos del proceso de discusión democrática. En este punto, Nino agrega que lo antedicho es plausible de una interpretación en sentido restringido y otra en sentido



amplio. En el primer caso la función jurisdiccional se limita a la constatación de las condiciones del proceso de decisión democrática. En el segundo, se maximiza el valor epistemológico del sistema, verificando "la existencia de una relativa" igualdad en los recursos para participar en ese debate democrático, del acceso a la educación que permite a cada uno estar en igualdad de condiciones y en la ausencia de condiciones que presionen, de condiciones que amenacen. En cuanto a los límites de esta facultad de contralor, el autor que analizamos sostiene que, en definitiva, los mismos constituyen una cuestión de razonabilidad, pues no existen límites fijos que puedan ser señalados a priori. La tesis de NINO tiene el gran mérito de encuadrarse dentro de una concepción más amplia de la democracia, que le permite nutrirse de sus elementos esenciales para encontrar así un modelo de justificación completo y coherente. Es claro que si la objeción contra mayoritaria ataca la potestad judicial de contralor sobre la base de los elementos considerados esenciales en una democracia, la justificación de dicho control sólo lo puede provenir de los fundamentos mismos del sistema, vale decir, surgir como corolario de la justificación de la democracia en si misma. A través del fundamento primigenio de la totalidad del sistema se puede encontrar la justificación de cada uno de sus componentes. El Poder Judicial no es, de acuerdo con esta concepción, el guardián o protector de los valores fundamentales de una sociedad, sino un órgano independiente de las mayorías y calificado, por esa sola circunstancia, para controlar el cumplimiento de las condiciones inherentes al proceso democrático. El debate respecto de la legitimidad de la potestad judicial de contralor no está en manera algún cerrado. Por el contrario, es una discusión en constante evolución cuyos argumentos se van tornando cada vez más sutiles y elaborados.

Probablemente nunca lleguemos a una tesis que pueda sostenerse como definitiva, pero lo interesante de esta evolución es que cada paso de la misma implica un esfuerzo intelectual renovado por comprender y afianzar las instituciones democráticas.

A manera de conclusión se puede decir que no puede existir una eficacia plena del ejercicio de los principios y derechos de la Constitución, ya sea en el procedimiento de reforma o al contenido de la misma, si no existe un adecuado órgano de control Constitucional que vele por la propia Constitución y, que si bien existen estándares que indican el respeto a las mayorías políticas, también es cierto que en ese contexto se podrán vulnerar gravemente el sistema de garantías y derechos.

Por tanto, no se puede concebir un derecho o una garantía plena, si no existe un mecanismo de protección adecuado y con la efectividad que al caso requiera. Sin estos mecanismos de protección efectivos, el texto normativo de reforma, sería un marco inobservable, de ahí que la característica del derecho sea la coercibilidad, en caso de incumplimiento de la norma, ya sea por omisión o por acción.

Por tanto, se debe decir que los poderes del Estado deberán de garantizar de forma efectiva la vigencia de la Constitución y por ende sus reformas. De no hacerse así se limita el mismo sistema constitucional.

## **II.5. Análisis de la conjugación de los modelos mediante los cuales se pretende dirimir los roces entre democracia y control jurisdiccional.**

Para limar las asperezas entre las posturas analizadas, y lograr la convergencia de que se ha hablado, existen lineamientos establecidos

por la doctrina que han sido analizados y se les puede denominar de la siguiente forma.

### **II.5.1. Procedimentalismo: la constitucionalización de la democracia.**

Esta estrategia consiste en que la regla de decisión por mayoría posee una calidad moral especial y que las razones que la justifican avalan su versión continua o cerrada al cambio, en esas dos premisas está contenida ya una justificación satisfactoria del constitucionalismo (aunque de un constitucionalismo, eso sí, de alcance y pretensiones diferentes de las de aquél al que estamos acostumbrados).

Por tanto se debe de decir que si la democracia es valiosa, es valioso protegerla de sí misma; y que el ideal que hace valioso el procedimiento democrático -la participación en pie de igualdad en la toma de decisiones- quedaría desfigurado sin la satisfacción previa de ciertas condiciones (un proceso de deliberación y conformación de las voluntades auténticamente abierto a todos sobre bases equitativas). Y de ello se alcanzaría que el valor de la democracia justifica su constitucionalización, lo que implicaría el atrincheramiento constitucional no sólo de un mecanismo procedimental, sino también de aquellos derechos que cabe considerar como presupuestos de una legítima decisión democrática

Se debe decir que *el procedimentalismo* nos brinda una defensa condicionada *del constitucionalismo* que, se tendría como resultado el análisis profundo a los procedimientos que en la actualidad se cuentan. En primer lugar, desde una posición procedimentalista todos los derechos deberían ser el resultado de decisiones ordinarias del legislador

democrático con la única excepción de aquellos que tienen un carácter constitutivo o definitivo del procedimiento democrático mismo, el procedimentalismo exige no sólo que se constitucionalizarán el procedimiento democrático y sus presupuestos, sino además que se proclamaran irreformables (y desde ese punto de vista las formas más usuales del constitucionalismo pecarían ahora por defecto). Pero incluso en esa defensa condicionada no ha dejado de señalarse un problema de fondo<sup>62</sup>

En la toma de decisiones por mayoría en una democracia representativa exige, como condición de posibilidad, un conjunto de reglas que establezcan quiénes pueden ser electores y elegibles, con qué periodicidad y en qué circunscripciones se vota, qué mecanismos de agregación traducirán votos individuales a resultados electorales.

Hart<sup>63</sup>, ha establecido que estas actuaciones son «constitutivas del soberano»: son el trasfondo de decisiones ya tomadas sin el que no es posible la toma de decisiones por mayoría. Existen muchas concepciones diferentes acerca de cómo deberían quedar articuladas cada una de estas «reglas constitutivas» del procedimiento democrático. Lo mismo sucede con el contenido y límites precisos de los derechos que constituyen sus presupuestos, que obviamente son objeto de controversia. En realidad,

---

<sup>62</sup> Véase. Lawrence Tribe, «The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories», *Yale Law Journal*, 89 (1980), 1063-1080; Bruce Ackerman, «Beyond Carolene Products», *Harvard Law Review*, 98 (1985) 713-746; Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985, pp. 59 ss.; Cass Sunstein, *The Partial Constitution*, Cambridge, Mass./London, Harvard University Press, 1993, pp. 143-145; y sobre todo Jeremy Waldron, «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», *op. cit.*, pp. 39-41, y Ferderick Schauer, «Judicial Review of the Devices of Democracy», *Columbia Law Review*, 94 (1994) 1326-1347, pp. 1335-1336 y 1343-1344.

<sup>63</sup> Hart, *The Concept of Law*, 2nd.ed., P.A. Bulloch and J. Raz, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 149 entre dos sentidos en que cabe concebir la omnipotencia del parlamento.

todos esos desacuerdos tienen su raíz en diferentes concepciones del ideal de la igualdad de poderes constituidos ante la sociedad y en el aspecto político.

## **II.5.2. Observancia del núcleo intangible de la Constitución como parámetro de observancia en las reformas constitucionales.**

### **II.5.2.1. Límites Expresos e Implícitos.**

En este capítulo analizaremos los límites que la doctrina ha planteado para el procedimiento de reforma, de los cuales de no observarse, atentarian gravemente el sistema constitucional, al considerar que se trastocan principios de validez. Algunos de estos límites se encuentran contenidos en las propias constituciones de forma expresa y clara (explícitos) y otros derivados de la interpretación o de las buenas prácticas constitucionales (implícitos).

Lo importante es analizar ¿Cómo se encuentran estatuidos estos límites al procedimiento de reforma y de qué forma se materializan esos límites en el procedimiento?.

Los límites que caracterizan al órgano reformador pueden ser formales y materiales. – Los límites formales referidos a todos y cada uno de los requisitos objetivamente reconocidos por la Constitución para que la reforma prospere. En esta perspectiva pueden vislumbrarse diversas variables:

a) En primer lugar, la Constitución individualiza al órgano investido con la capacidad para ejercer la potestad modificatoria. En el caso del

Perú, como de la mayoría de países, este órgano es, en principio, el Congreso de la República, en calidad de poder constituido.

b) En segundo lugar, la Constitución describe cuál es el procedimiento que ha de seguir el órgano legitimado, lo que a su vez ha de comprender el número de legislaturas empleadas, el sistema de votación a utilizar, la habilitación o prohibición de observaciones en el proyecto, etc.

c) En tercer lugar, es la misma norma fundamental la que se encarga de establecer si el proyecto de reforma constitucional es sometido o no a una ratificación por parte del pueblo, que de esta forma participa en el proceso de reforma de la norma fundamental.

**Los límites a la Constitución** se refieren a los contenidos en ella misma. Con ellos no se indica la presencia de condicionamientos de tipo procedimental, sino algo mucho más trascendente; esto es, la presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional, inmunes a toda posibilidad de reforma. – Aunque toda Constitución se caracteriza por ser un cuerpo normativo integral, donde cada disposición cumple un determinado rol; ciertas cláusulas asumen una función que resulta mucho más vital u omnicomprensiva que las del resto. Se trata de aquellos valores materiales y principios fundamentales que dan identidad o que constituyen la esencia del texto constitucional (la primacía de la persona, la dignidad, la vida, la igualdad, el estado de derecho, la separación de poderes, etc.). Sin ellos, la Constitución sería un texto formalmente supremo pero, en cambio, materialmente vacío de sentido. – Los límites materiales, entonces, están constituidos por aquellos principios supremos

del ordenamiento constitucional que no pueden ser tocados por la obra del poder reformador de la Constitución. Éstos, a su vez, pueden ser de dos clases:

**Los Límites materiales expresos**, llamados también cláusulas pétreas; son aquéllos en los que la propia Constitución, expresamente, determina que ciertos contenidos o principios nucleares del ordenamiento constitucional están exceptuados de cualquier intento de reforma.

**Los límites materiales implícitos**, son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación implicaría la "destrucción" de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado. Como puede verse de lo anotado, la existencia de cláusulas pétreas exceptuadas de la reforma constitucional no niega la posibilidad de que, por fuera de ellas, se consideren otros principios supremos como impedidos de ser modificados.

Lo analizado con antelación, nos permitirá establecer los choques entre dos principios básicos, la voluntad del pueblo representado por las mayorías (poder legislativo), contra el control de esas mayorías, por otro poder de igual jerarquía.

**Analicemos pues estos límites adoptados por la doctrina.**

### II.5.2.2. Cláusulas de Intangibilidad.

Como parte del modelo de límites a las reformas constitucionales, la doctrina ha definido estas cláusulas contenidas en la Constitución, como normas inamovibles, pues atendiendo a los contenidos expresos, son el producto de los principios asentados por el Poder que crea la Constitución y son los elementos rectores de la Constitución.

Esta limitante conlleva a un principio denominado el *constitucionalismo revolucionario*, en virtud del cual el poder constituyente pone trabas al poder reformador del futuro, de tal forma que prevalezcan los logros alcanzados en ellos—como afirma de Vega<sup>64</sup>.

En mi opinión es necesario que prevalezcan los elementos introducidos por el poder Constituyente original, pues lo adoptado es derivado de un acontecimiento histórico y que derivó en forma previsiva en contra un evento social del que no se quiere se repita- de forma fundamental una acción que atente contra los gobernados y el sistema constitucional o de garantías- de alejarnos de la historia, pero principalmente de los errores de la historia nos hará repetirlos.

Es claro que la sociedad evoluciona al igual que los retos de las sociedades modernas, pero estos no pueden ser vulnerados de forma contundente, sino que abra que seguir los parámetros y visión del poder creador de la norma constitucional, pues recordemos que las Constituciones desde el aspecto social son la perspectiva de nación y los mecanismos para llegar a ellos, pero si la sociedad y los contextos

---

<sup>64</sup> De Vega, Pedro, La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente. Ob. Cit. 31 p. 29.



cambias, estos no deben variar, de ahí que las cláusulas en estudio, son el producto de una protección no jurisdiccional, sino legislativa, pues son reconocidas de forma expresa, que deriva de su función previa del poder Constituyente, pero compatibilizándola a su vez con la función de defensa, que tal instituto asume, como ha afirmado De Otto Pardo, Ignacio<sup>65</sup>.

En efecto, el Legislador deberá ser el principal observador de estas, pues es el primer contacto o ente que puede modificarlas, pero al estar contenidas de forma expresa, su intento de modificación conllevaría a una contravención a lo expresado por el poder Constituyente originario.

De ahí la importancia que los entes reformadores (poderes legislativos), tengan claro esta apreciación y por ende, es claro que el principio democrático en la época de reforma se ve supeditado a la voluntad de personas quizá muertas, pues tendrán que obedecer a una democracia inexistente en la época de reforma.

En ese contexto, tenemos que las Cláusulas de intangibilidad, forman parte de un antecedente previo, que no puede ser tocado por el Poder Reformador, esto atiende a que su modificación conllevaría a un retroceso social y en perjuicio de los gobernados.

Existe la postura de la no limitación a la reforma a la Constitución, representada por Pérez Royo<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> De Otto Pardo, Ignacio: Defensa de la Constitución y partidos políticos. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 34.

<sup>66</sup> Pérez Royo, Javier: La reforma de la Constitución. Madrid. Congreso de los Diputados, 1987, pág. 211: para el supuesto de materias reservadas al legislador que reforma la Constitución, pero ante la dificultad procedimental para su actuación, oblige a intervenir al intérprete constitucional.

En mi criterio, de atender a la postura de Pérez Royo, estaríamos ante una nueva postura o lo que le denomino la creación de una nueva constitución, desaprobando esta afirmación, ya que de no existir limitaciones a la reforma, mediante estas cláusulas de intangibilidad, estaríamos quizá ante un procedimiento deliberativo de nueva creación de la constitución y no a un procedimiento de reforma, ya que los actores que intervienen en ella, de facto, propondrían nuevas formas de gobierno- por ejemplo- o una nueva forma de organización, división o unificación de poderes, lo que no abonaría ala perspectiva de lo creado por el Constituyente originario o a la visión de nación esperada.

En la misma línea de aceptación de límites en nuestra norma constitucional se manifiesta De Otto Pardo", que justifica la necesidad de una limitación a la actividad de reforma desde su consideración de función de defensa no jurisdiccional del orden constitucional que dicha actividad asume.

En ese sentido, consideramos que las cláusulas de intangibilidad deberán de prevalecer, atendiendo a la influencia histórica y social en que se introdujeron las clausulas a que hacemos referencia, pues él no limitarlas, sería destruir los logros del pasado, que en la mayoría de los casos fueron productos de luchas que derramaron sangre humana. De ahí que el texto normativo contenido en las Constituciones atiende a valores fundamentales de la sociedad pasada.

De ahí que la determinación de normas intocadas a la acción del poder de revisión en la Constitución como afirma de Vega "equivale a reconocer la naturaleza constituida o limitada del poder de reforma.

Desde esta consideración, este poder de reforma resultará incompetente tanto para suprimir la Constitución —en los supuestos de reforma total— como para reformar parcialmente algunos de los contenidos que configuran el núcleo sustancial de la Constitución, ya que el poder constituido es incompetente para cercenar el fundamento jurídico que le sirve de base, e incompetente, en definitiva, para alterar la decisión política fundamental asumida por el constituyente,

Por la supremacía de la norma constitucional respecto a las normas de revisión, existiendo entre ellas una graduación jerárquica que impediría la desconstitucionalización de aquélla por una ley de revisión.

Por la función de defensa no jurisdiccional del orden constitucional que asume la actividad de reforma cuando se contemplan límites a la misma, pues a través de los cuales el constituyente pretende identificar con mayor o menor precisión un núcleo constitucional irreductible, objeto de la defensa constitucional de orden no jurisdiccional.

Es necesario hacer un paréntesis, en relación a que las Constituciones son modificadas constantemente en atención a coyunturas entre diversos Estados, derivados del derecho comunitario, imperando en sí en las formas expresas contenidas en las Constituciones. De ahí que lo construido al interior de las Naciones, desde el derecho externo, en ocasiones no se adapta a los mandatos y principios emanados de los Tratados, por tanto existen adecuaciones según las necesidades del Derecho Internacional.

### **II.5.2.3. Supremacía constitucional.**

Una Constitución no sirve para representar la voluntad común del pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones de gobierno, no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea en derechos vitales conferidos a todos, como límites y vínculos, precisamente, frente a las leyes y los actos de gobierno expresados en las contingentes mayorías.

Como indica Pedro de Vega, el procedimiento de reforma constitucional está llamado a cumplir dos finalidades adicionales al aseguramiento de la supremacía; a saber, permitir la adaptación de la Constitución a la realidad histórica y garantizar la continuidad jurídica del Estado<sup>67</sup>

Si bien en un principio se llegó a considerar que la obra del constituyente significaba tan importante triunfo que no debía someterse a cambio alguno, después se esgrimieron distintos argumentos para hacer ver que esto no iba sino en detrimento de la estabilidad misma del Estado constitucional.

En efecto, ya desde entonces se entendió que la legitimidad democrática de la Constitución podía frustrarse en el momento en que los valores y pretensiones por ella recogidos chocaran con los de las futuras

<sup>67</sup> Cfr. De Vega, Pedro op. cit. p. 31.

generaciones y éstas no pudieran hacer algo al respecto. Pedro de Vega señala que, en atención a esta preocupación, los primeros constituyentes entendieron que “la Constitución no podía ni debía.

Sobre esto, él mismo opina: Porque las Constituciones necesitan adaptarse a la realidad, que se encuentra en constante evolución, porque su normativa envejece con el paso del tiempo y porque la existencia de lagunas es un fenómeno obligado, que deriva de la compleja e inabarcable realidad que con ellas se pretende regular, su modificación resulta inexorable.

En el mismo sentido, Fix-Zamudio y Valencia Carmona indican que si bien los preceptos constitucionales no pueden ser volátiles, ni fugaces, también es cierto que las normas primarias no son entelequias y deben, por tanto, ir al paso de los cambios sociales y políticos.<sup>66</sup>

Aunque refiriéndose a la materia de derechos y libertades, Ferreres también ilustra este dilema al señalar que:

...la rigidez constitucional puede parecer excesiva si las mayorías parlamentarias actuales consideran que determinada decisión adoptada en el pasado en materia de derechos y libertades es errónea. [...] Por otro lado, la rigidez constitucional puede parecer insuficiente si creemos que los individuos son titulares de ciertos derechos morales que el Estado debe reconocer, y es por esta razón por la que los recogemos en la Constitución...

---

<sup>66</sup> Cfr. Fix-Zamudio Héctor y Valencia Carmona Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, segunda edición, Porrúa-UNAM, México, 2001, p. 101.

Ferrajoli lo explica señalando que el grado de rigidez que debe atribuirse a una Constitución y, en particular, a los diferentes tipos de normas constitucionales, plantea problemas similares a los que suscita la relación entre democracia política y derechos fundamentales<sup>69</sup>

En relación a estas posturas, a mi criterio se debe decir que la Supremacía constitucional se da en dos vertientes, la primera desde el punto de vista de la rigidez de reforma, atendiendo a los lineamientos que la propia Constitución establece y la posición jerárquica normativa respecto al resto de leyes que emanan de ella, de ahí que la supremacía no impere solo en relación al texto, sino que de forma piramidal deberán de seguir los lineamientos constitucionales el resto de disposiciones normativas, de ahí que la Constitución resulte ser el rumbo de la totalidad del sistema normativo y de contravenirse a esta, atenta contra ella misma.

Este proceso, nos lleva a un sistema de fuentes del derecho en una línea vertical ascendente a los principios contenidos en la Constitución.

Por tanto es necesario que en estos procedimientos de derivación normativa, el poder reformador, analice claramente las disposiciones normativas a reformar, pues formarán parte del marco normativo de una nación. De ahí que la supremacía constitucional, no sola proteja los principios, sino los procedimientos establecidos y las garantías del poder y la división del poder misma, puesto que se hace necesario un análisis profundo para no trastocar este principio. En el marco de leyes derivadas, existe intervención directa del poder reformador, pero no deja de lado la

---

<sup>69</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, op. cit. "Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías", p. 93

intervención del Control de Constitucionalidad principalmente, aunque en principio atiende a un control de legalidad. Estos controles de las leyes derivadas, pueden ser en dos aspectos, uno en aspecto abstracto, es decir en análisis del sistema normativo frente a los principios y lineamientos constitucionales y otro al caso concreto, es decir cuando la aplicación del sistema normativo se aplica al caso en concreto y causa una vulneración ya sea procesal o de fondo.

Con lo anterior se puede arribar a la conclusión de que el sistema normativo deberá ser coherente con la Constitución, ya que el resto de las disposiciones normativas, no pueden contradecirse al núcleo central de la Constitución, si así sucede, no se reúnen los requisitos de propósito ya sea del poder originario o del poder reformador.

Pero ¿Qué sucede de origen si inicialmente el poder reformador introduce disposiciones normativas en la Constitución que atentan gravemente a principios mismos contemplados en la Constitución? La respuesta es clara, se crea un sistema contrapuesto y crea un grado de inseguridad normativa, pues los lineamientos son contrarios y anversos a los lineamientos. Sin embargo, esto resulta un riesgo inminente en el actuar del poder reformador, el cual deberá de ponderar el actuar apegado a los principios constitucionales. Este es un riesgo inminente, por ello la importancia de analizar la Supremacía, pero no solo desde un punto de vista de poder, frente al resto del sistema jurídico, sino desde el punto de vista de la coherencia con la propia Constitución.

Finalmente, debemos decir que la supremacía Constitucional resulta ser un límite expreso, pues considero que esta misma establece los

procedimientos para llevarse a cabo y en algunos casos nos remite a disposiciones secundarias de procedimiento. ¿Y acaso este procedimiento no puede ser objeto de incoherencias en el proceso?, es decir, ¿No pueden existir distorsiones constitucionales? E ahí la tarea tan significativa del poder reformador, pues al final este determina los procedimientos secundarios de formalidad de sus actos.

Por ello podemos decir que la Supremacía Constitucional deberá analizarse desde un punto de vista procedimental y desde un punto de vista de fondo, en donde el primero tiene vigencia prevalente frente al segundo, pues el segundo es analizado después de emitida la disposición normativa. En este sentido se deberán analizar que los procedimientos de reforma, sean coordinador por expertos del derecho y bajo una revisión previa.

#### **II.5.2.4. Protección de Forma de Gobierno.**

Para evitar distorsiones en la aplicación del poder es necesario que cada uno de los entes que lo detenten cuenten con funciones específicas, pues de no hacerlo así, en el tiempo de ejercicio del poder, este sería desproporcional a las mayorías, máxime a las minorías. Por tanto, el poder ilimitado en específico la acumulación en dos entes o más, puede acarrear serias vulneraciones a la estructura Constitucional.

En el caso mexicano, tenemos como forma de gobierno el Republicado, contenido por una división de poderes, en donde cada uno de ellos ejerce diversas funciones competentes al Estado, esto existe en dos sentido, el primero, en relación a las funciones que cada ente desempeña y esto tiene como finalidad la de separarse las funciones y de esa forma tener coherencia en el desarrollo del poder, sin que ello



implique contrariedad en sus determinaciones, pues debe existir un principio de competencias plenamente delimitadas.

En segundo, tenemos una división de poderes en aspecto de autocontrol de los mismos, pues los actos en específico los políticos se ven supeditados al resto de los poderes, en los que la propia constitución ejerce procedimientos específicos que controlan el Poder. Entre ellos tenemos la elección de los Integrantes del Poder Judicial Federal, de la Suprema Corte o la del procedimiento de designación del presidente.

Es decir, estos lineamientos deberán de ser analizados a cabalidad cuidando siempre las formas de gobierno y como estas ejercen el poder, en específico la forma de Gobierno se encuentra contemplada en nuestra Constitución<sup>70</sup> De ahí se derivan los principios democráticos, laicos y federalistas, bajo los cuales se ejercerá el Poder. Del análisis del artículo en mención, se advierte una cesión del poder a los entes representativos, en los que se les faculta para detentar el poder de forma en como la Constitución lo establece.

En ese sentido tenemos que la propia constitución determina las competencias y de invadirse estas esferas<sup>71</sup>, se está ante actos contrarios a la misma. Sin que ello implique que el poder no pueda tener dualidad de funciones, como lo son las jurisdicciones concurrentes o competencias

---

<sup>70</sup> Artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

<sup>71</sup> En el ámbito Judicial la Suprema Corte ha definido criterios jurisprudenciales que señalan: FACULTADES CONCURRENTES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. SUS CARACTERÍSTICAS GENERALES. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XV, Enero de 2002. Controversia Constitucional, Tesis: P/J. 142/200,1Página: 1042.

igualitarias, es decir, cuando existen temas prioritarios para la nación en donde es necesaria la participación de todos los poderes, en el ámbito federal y estatal, son conferidas estas competencias<sup>72</sup>.

Por tanto podemos decir que la protección de forma de gobierno es una de las cláusulas de intangibilidad que no pueden modificarse, pues resultan ser elementos del Constitucionalismo que ha adoptado una nación, en el caso nuestro, el sistema republicano.

#### **II.5.2.5. Valores del Estado Democrático.**

Los valores del estado democrático tienen que ver con lo contenido en la Propia Constitución, es decir la adopción del respeto de las mayorías en las tomas de decisiones de la nación.

Podemos encontrar dos tipos de democracias, la directa y la representativa.

La primera es la participación de los gobernados en las decisiones del País, como lo son la elección de representantes o el presidente de la República, de tal forma que esta se ejerce sin intermediarios, pues con ello se garantiza que los elegidos se encuentren legitimados en la toma de decisiones.

Por otra parte, contamos con la democracia representativa, es decir la que ejerce el poder legislativo en la toma de decisiones con motivo de las facultades contenidas en la Constitución.

---

<sup>72</sup> Mendoza Ruiz, Joel, El principio de subsidiariedad en el federalismo mexicano, pp. 39-40.

El principio democrático se da en el ámbito federal y estatal<sup>73</sup>, de tal forma que quienes la ejercen, tienen la posibilidad de adoptar decisiones en el ámbito de sus preocupaciones, y esto tiene un principio fundamental de acercamiento a la sociedad en las decisiones de gobierno.

Sin embargo tenemos que el ejercicio del poder no puede estar supeditada siempre a las decisiones de la totalidad de los ciudadanos, pues existen reservas en las decisiones que son inherentes al poder legislativo.

Una de las críticas al control del Poder Judicial es la elección antidemocrática de sus funcionarios, situación que no comparto, pues la elección de los principales ejecutores, en el caso de los ministros, se da en relación a la democracia representada por los poderes del Estado, en virtud de las facultades conferidas por los ciudadanos al momento de su elección.

Por tanto, se puede decir que en el aspecto jurisdiccional son otros parámetros que deberán adoptarse para la elección de sus integrantes. En específico los que tienen que ver con los principios de la función jurisdiccional. No obstante lo anterior la existencia o la razón del ser del Poder Judicial, se encuentra sustentado en una forma de contrapeso y de ejercicio de controles jurisdiccionales.

---

<sup>73</sup> Barragán Barragán, José, Op. Cit., El federalismo mexicano, visión histórico constitucional, p. 99.

### **II.5.2.6. Derechos Humanos.**

Como parámetro de control elemental tenemos a los Derechos Humanos dentro de una reforma Constitucional. Por tanto el análisis de este limitante tiene que ver con un aspecto positivo y otro negativo, es decir el primero implica las acciones que el Estado deberá de desplegar para el cuidado efectivo de esos derechos inherentes a los habitantes de la nación y otro en sentido negativo, es decir las abstenciones que el Estado deberá de realizar para el ejercicio pleno de esos derechos.

Para tener bien claro los límites es necesario conocer la concepción y características de los derechos humanos, por ello su análisis de la siguiente forma:

#### **a) Estudio de significado y características de los derechos humanos.**

Como parte central de nuestro objeto de estudio como forma de protección, es necesario profundizar más aún en el concepto y características de los derechos Humanos, entendiendo este concepto de como la expresión derechos humanos significa según el Diccionario de la Lengua Española en primer término: Especialmente en el ámbito internacional, derechos fundamentales. Ésta definición como se observa es verdaderamente oscura, pero con la referencia que hace nos conduce a la voz derechos fundamentales, que según el citado documento por estos se entienden:

Los que, por ser inherentes a la dignidad humana y por resultar necesarios para el libre desarrollo de la personalidad, suelen ser recogidos por las constituciones modernas asignándoles un valor jurídico

superior. No obstante lo anterior y según se ha venido desentrañando las palabras derechos y humanos, mismas que etimológicamente provienen del latín: *directum* y *humānus* respectivamente. En este orden de ideas, si derecho significa: no apartarse del buen camino, seguir el sendero señalado por la ley, lo que dirige o es bien dirigido, y en general se entiende por derecho el "conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva", o bien como "un conjunto de normas bilaterales, externas, generalmente heterónomas y coercibles, que tienen por objeto regular la conducta humana en su interferencia intersubjetiva".

Y si humanos es aquél "conjunto de todos los seres animados racionales, ya sean estos: varones o mujeres". Se entiende por la expresión "*derechos humanos*": el seguir el sendero de aquél conjunto de principios y normas<sup>74</sup> inherentes a la dignidad humana, expresivas de una idea de justicia y de orden; que tienen por objeto regular las relaciones del conjunto de seres animados racionales (ya sean estos: varones o mujeres); cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva para garantizar el libre desarrollo de la personalidad.

Pues bien, tenemos que los Derechos Humanos, son prerrogativas a favor de las personas como tal, las cuales coadyuvan a su pleno desarrollo y si estas prerrogativas se restringen existe una limitación en el desarrollo pleno. Por tanto con independencia del reconocimiento o no

---

<sup>74</sup>Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Madrid. consultada en internet en la siguiente dirección  
<http://buscon.rae.es/draeI/Srvlt/ObtenerHtmi?origen=RAE&LEMA=derecho&SUPiND=0&CAREXT=100>

del Estado, eso no significa su ausencia, sino la falta de ejercicio o reconocimiento como tal.

- b) **Características de los Derechos Humanos.** Siendo la forma de distinción inherente a todo individuo de la especie humana, cuyas características son: universalidad, indivisibilidad, interdependencia, individualidad, imprescriptibilidad, indelegabilidad, irrenunciabilidad, inalienabilidad e inviolabilidad. Estas características imponen límites al poder del estado y constituyen instrumentos de protección ante cualquier clase de ataque o vulneración, ya sea que provengan de órganos o agentes estatales o de simples particulares. En este sentido, la Declaración de Viena de 1993 ha sido asertiva al señalar expresamente: "Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso".<sup>75</sup>

Es una característica de los derecho humanos el reconocimiento internacional, sin embargo existen doctrinistas como McDougal, Lasswell y Chen que afirman que una de las situaciones más importantes que afectan a la comunidad internacional para el cumplimiento que otorgue seguridad a la protección de los derechos humanos puede ser descrita como una simple confusión intelectual, pues es claro que a la fecha no

---

<sup>75</sup> Véase: Declaración y Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, A/CONF. 157/23, 12 de julio de 1993, pag. 5.

existe una definición o caracterización estática y definida por su constante dinamismo.

Por tanto en cada reforma se deberá de considerar los principios y características de los derechos humanos. Los derechos fundamentales adquieren una posición preferente en el ordenamiento jurídico y, por tanto, una fuerza expansiva en el actual Estado constitucional, esto es, tales derechos deben extenderse tanto en la actuación de los poderes públicos, como en la elaboración, aplicación e interpretación del resto de las normas del ordenamiento jurídico. Este sentido transversal adquiere vigencia tanto en el deber de los sujetos obligados por los derechos fundamentales para asegurar su cumplimiento, como en la capacidad de los titulares de tales derechos para exigirlos.

Otra cuestión relevante del constitucionalismo desarrollado a partir de la segunda mitad del siglo XX es el reconocimiento o positivización de los valores en el texto constitucional, los cuales incluso imponen a los operadores jurídicos, particularmente a las autoridades, la obligación de procurarlos, garantizarlos y desarrollarlos, lo que implica un límite al poder y discrecionalidad en sus funciones, en virtud que son derechos directamente aplicables que subsanan, corrigen, remueven y eliminan las violaciones y ataques de los que pudieran ser objeto.<sup>76</sup>

Asimismo, las Constituciones plantean un nuevo esquema de relación entre el derecho interno y el derecho internacional, particularmente aquel que se refiere a la protección de los derechos humanos, lo que hace variar

---

<sup>76</sup> Torres Moran, Antonio. *Principios de derecho constitucional español*, 4a. ed., Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1998, pp. 56 y 57.

los modelos de recepción del segundo en el primero, e incluso se revalora en muchos casos la jerarquía de las normas internacionales en el sistema jurídico de los Estados.<sup>77</sup>

Corresponde normalmente al Poder Constituyente la tarea de delimitar los derechos fundamentales, esto es, identificar el ámbito protegido por ellos y la naturaleza de esa protección, lo que se conoce como delimitación inmediata, no obstante, en muchas ocasiones corresponde al legislador ordinario llevar a cabo una delimitación mediata, cuando se le señala implícita o explícitamente la tarea de precisar o culminar la definición o alcance de determinado elemento del derecho.

Por tanto, el legislador queda vinculado por los derechos fundamentales en el sentido de una delimitación y desarrollo posterior, cuando en las normas relativas a éstos la Constitución establece fórmulas tales como: "en los términos que establezca la ley", "tal y como lo establezca la ley", "la ley definirá", "la ley establecerá los mecanismos", y otras similares.

Incluso, si acudimos al derecho comparado, podemos encontrar en distintos sistemas jurídicos el principio de reserva de la ley en materia de derechos fundamentales, que implica un mandato específico para que tales derechos únicamente puedan ser desarrollados en leyes emanadas del legislador democráticamente electo, imposibilitando el desarrollo de los derechos por otros operadores jurídicos. En algunos casos, las leyes de

---

<sup>77</sup> Cfr. Rey Cantor, Ernesto. *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa-IMDPC, México, 2008, pp.1354-1321.



desarrollo de los derechos fundamentales, denominadas leyes orgánicas, tienen un estatus especial en el sistema de fuentes de derecho.<sup>78</sup>

La amplia esfera jurídica de protección de la personas, sobre todo las de libertad, nos dan como resultado posturas encontradas en la sociedad y en el mundo moderno, pues por un lado existen posiciones de no cambio en las libertades, sobre todo las que van ligadas al aspecto sociocultural o religioso.

Es claro que los derechos humanos, deben de evolucionar, pero probablemente la evolución de los mismos sea en detrimento de las creencias o convicciones del resto de la sociedad, sin embargo el parámetro en este caso lleva aparejado la extensión de libertades del ser humano, reconocida por el Estado.

Como elemento fundamental de protección de las reformas a la Constitución, encontramos el reconocimiento que los Estados hacen a nivel internacional, de adopción a las naciones. Tenemos entonces, un mecanismo de concentración del poder político acompañado de una ampliación en la esfera jurídica de la persona. Es por ello que para que la reforma constitucional en materia de derechos humanos tenga los efectos positivos, es necesario pensar en un proceso de limitación o parámetros del poder reformador.

Es por ello que es importante puntualizar que los derechos humanos, son una es una serie de lineamientos que sirven para moldear una política

---

<sup>78</sup> Respecto a una propuesta en materia de establecimiento de leyes orgánicas en México, sugerimos consultar: Sepúlveda Iguiniz, Ricardo. "Una propuesta para el establecimiento de leyes orgánicas constitucionales en México", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, UNAM, México, No. 15, julio-diciembre de 2006, pp. 224-251.

pública, un presupuesto o, en general, decisiones políticas vinculantes. La idea principal es darle un espacio relevante a los derechos humanos en la planificación de políticas públicas, si no es de esta forma y si las reformas a la Constitución no van aparejadas de acciones legales y fácticas, no es posible obtener los resultados esperados.

Dentro de estos lineamientos para el desarrollo de las personas, deberá de tener un impacto en la participación de la política pública.<sup>79</sup>

Tras la concepción restringida del Poder Constituyente como dogma o fuente de producción omnipotente de normas jurídicas reside la amplitud del concepto tal como nos recuerda Zúñiga citando a Schmitt: "la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre el modo y forma de la propia existencia política"

En mi opinión es necesario una vigilancia plena de los Derechos Humanos en los procesos de reforma, sin embargo me queda claro que debido a la movilidad social en que vivimos, existirán reformas en materia de derechos humanos que trastoquen esferas jurídicas de personas distintas, pues para otorgar derechos, se hace en la mayoría de las veces limitar otros.

Por tanto deberá de existir coherencia en su introducción al marco constitucional, pues forman parte del sistema de normas inferiores y principios aplicados. Es así que se deberá de hacer un análisis de ponderación en la aplicación de ciertos derechos.

Así mismo, es importante que en materia de Derechos Elementales como la vida, la libertad, la salud, la dignidad humana, se ponderen frente al

<sup>79</sup> Vázquez Isonomía. Daniel. Los Límites de la Reforma Constitucional. No. 39. octubre 2013. pp 161-161

resto de los derechos, pues sin ellos existe una limitación total al desarrollo del resto de los Derechos. Es así que los textos normativos deberán de encontrar una adecuación en el momento social en se encuentran, pues la inaceptación de esos derechos, conlleva a una observancia parcial o total.

## CAPÍTULO III

### CONTROL JURISDICCIONAL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO. ESPECIAL ANALISIS EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO MECANISMO DE CONTROL.

#### III.1. Introducción.

En este apartado analizaremos el procedimiento de reforma desde los lineamientos de la Constitución, los mecanismos de protección constitucional, en específico al caso mexicano y lo resuelto por la SCJN, enfocados a los mecanismos con el Juicio de Amparo, la Controversia Constitucional, con especial enfoque en la Acción de Inconstitucionalidad desde sus elementos y en comparativa con algunos otros sistemas de protección o mecanismos similares, ello con la finalidad de no desviarnos de nuestro objeto principal de estudio, sin que pasen inadvertidos algunos otros mecanismos en sistemas diversos en los que se utiliza este medio de control constitucional, ello para dar luz a nuestro trabajo de investigación sobre la factibilidad de controlar las reformas a la Constitución.

Una de las características del sistema político mexicano durante buena parte del siglo XX fue la instauración de un presidencialismo exacerbado, arropado por facultades constitucionales y meta constitucionales de gran alcance, lo que permitió subordinar a los otros dos poderes federales

En una gran medida el control político ejercido por los Gobiernos Gobernados por el Partido Revolucionario Institucional, permeaba sobre el resto de los poderes ya que el control Ejecutivo sobre el órgano judicial implicaba que el poder político estaba por encima de la impartición de

justicia, por lo que esta función carecía de autonomía. No fue sino hasta los años noventa cuando comenzó a atenuarse el ejercicio del presidencialismo, cuando se estableció un pluralismo de partidos en las dos cámaras del Congreso y también cuando el Poder Judicial comenzó a adquirir mayor autonomía respecto de la influencia del Ejecutivo. Las dos figuras jurídicas más utilizadas por la Suprema Corte de Justicia para ejercer el control del poder político son la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad (art. 105).

La reforma al Poder Judicial de 1994 amplió el esquema de facultades de la SCJN, modificando su estructura orgánica, su marco jurisdiccional y el alcance de sus competencias, además de que cambió el método para nombrar a los jueces y magistrados. A partir de estas modificaciones, algunos especialistas manifestaron sus reservas pues consideraron que la Suprema Corte no terminó por convertirse en un auténtico tribunal constitucional como era el caso de otros países. José Ramón Cossío, por su parte, afirmó que si se pretendía que la SCJN cumpliera la función de un auténtico tribunal constitucional, "era necesario dotarla de atribuciones para controlar la constitucionalidad de cualquier acto de autoridad, permitir que los órganos del Estado defendieran sus competencias, facultar el planteamiento de cuestiones de constitucionalidad de tipo abstracto, y darle a las resoluciones efectos generales", ello contribuiría, según este autor, a que la Suprema Corte se constituyera en "un verdadero garante del proceso democrático".

Desde que se instauró en México un gobierno sin mayoría en las elecciones intermedias de 1997, el Ejecutivo perdió el control que tradicionalmente tenía sobre la legislatura, y esto potenció la posibilidad de

que sus iniciativas de ley o reforma pudieran ser rechazadas por la oposición. Después de aquel año, la representatividad en el Poder Legislativo quedó fragmentada como consecuencia de las reformas electorales que implantaron esquemas igualitarios en proporciones. Esto ha derivado, en algunos momentos, en una situación de bloqueos entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, por lo que el presidente ha debido usar con mayor frecuencia sus facultades de decreto para emitir reglamentos, sobre todo en el interior de la administración pública federal, a la vez que el Legislativo comenzó a utilizar sus instrumentos de fiscalización para vigilar el manejo de recursos públicos por parte del Ejecutivo. Esto ha provocado un aumento del número de controversias entre estos dos poderes, y ha dado paso a la intervención del Poder Judicial, órgano que no solo amplió sus competencias sino que adquirió un nuevo protagonismo dentro del sistema político con las reformas de los años noventa.

## **II.2. Procedimiento de reforma a la Constitución.**

A partir de 1917, el artículo 135 que establece el procedimiento de reforma constitucional ha sido reformado en una sola ocasión, en 1966, para facultar a la Comisión Permanente a realizar el cómputo de los votos de las legislaturas locales y la declaratoria de que la adición o reforma ha sido aprobada. En esta forma se perseguía que no se tuviera que esperar hasta el inicio del periodo de sesiones o convocar al Congreso a sesiones extraordinarias. Es únicamente un trámite administrativo, aunque de la mayor importancia, y puede presentarse algún problema como examino más adelante.

El actual artículo 135 establece la regla general del procedimiento de reforma constitucional y con el cual se llevan a cabo casi todas las reformas y adiciones. En la propia Constitución se encuentra un procedimiento más rígido que el establecido en dicho artículo y dos casos de flexibilidad, que en la original Constitución fueron tres.

El texto del artículo 135 dispone que:

*“La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los estados.*

*El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas”.*

Del procedimiento establecido en la Constitución se puede establecer que este da un juego importante en el rol de reforma al sistema federal a través de las entidades federativas por conducto de las legislaturas estatales y es una de sus defensas y protecciones en un doble sentido.

Por una parte, las entidades federativas al intervenir en el procedimiento están garantizando su existencia y la del propio sistema federal, porque se supone que lo van a defender y a no permitir que se cree un sistema central o uno que afecte las facultades que la Constitución les señala y que son necesarias para el buen funcionamiento del sistema federal.

Por la otra, es una garantía de que la Federación no va a ver mermadas sus competencias a grado tal que se afecte la unidad del estado y su correcto funcionamiento. Hay facultades que deben ser competencia de la Federación, porque se necesita que las normas sean aplicables en todo el territorio. Esta situación cambia conforme a la configuración de cada Estado federal, en la cual intervienen aspectos históricos y políticos relevantes.

El órgano que realiza la reforma o adición no es la suma de las legislaturas de las entidades federativas y de la federal. Es un órgano complejo cuya naturaleza responde a la función que tiene encomendada: *reformular o adicionar* las normas supremas que gozan de una protección especial; la obra de este órgano se convierte en parte de la propia Constitución, con la misma jerarquía a la que decidió el Poder Constituyente, que sólo puede ser el pueblo o, por decisión de éste, una asamblea o Congreso Constituyente como su representante.

El modelo señalado, atiende a la democracia representativa por medio de los Cuerpos de Representación Política con los que cuenta el sistema político mexicano. Sin embargo dentro de este procedimiento se ven inmersos diversos factores que atienen a las formalidades del mismo procedimiento, entre las que destacan las formalidades de las sesiones, el quorum legal y las formas de votación.

De acuerdo al procedimiento de reforma contemplado en nuestra Constitución, el artículo 135 cataloga a nuestra Constitución como rígida en contraste con las flexibles; rígida en cuanto tiene un procedimiento más complicado para reformar la norma constitucional que aquel que se sigue para alterar la norma ordinaria, y así preservar la supremacía constitucional



y la estabilidad que cualquier ley fundamental debe poseer dentro de la continua adecuación a la cambiante realidad.

Sin embargo encontramos un problema mayúsculo, al puntualizar que el artículo no señala quien tiene la facultad de iniciativa para la reforma constitucional, y este aspecto es importante, en razón de que entonces se tiene la oportunidad de fijar la agenda de las reformas constitucionales.

Quienes tienen esa potestad en nuestro orden constitucional son los mismos que pueden presentar un proyecto de ley de acuerdo con el artículo 71 de la Constitución, por las siguientes razones: al no establecerse una regla específica para tal fin, hay que aplicar la regla general contenida en el artículo mencionado para presentar iniciativas, o sea, **el presidente de la República, los diputados federales, los senadores y las legislaturas de las entidades federativas**; la interpretación y la práctica constitucionales así lo han consagrado, habiéndose formado una costumbre, que es una de las fuentes del derecho constitucional mexicano;<sup>80</sup>

Los argumentos anteriores son cien por ciento aplicables para sostener que la tramitación de la iniciativa de reforma debe seguirse conforme al artículo 72: se examina y se discute la iniciativa en el Congreso de la Unión, actuando cada cámara en forma separada y sucesiva. Una razón adicional: el Congreso federal únicamente puede sesionar en cámara única en los supuestos que la Constitución expresamente así lo indica. Téngase en

---

<sup>80</sup> Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel, *Derecho constitucional*, 6a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 7.

cuenta que este aspecto es importante, porque el número de legisladores es diferente en cada cámara.

### **III.3.- Análisis de los mecanismos de control del Juicio de Amparo y Controversia Constitucional, con enfoque especial en los que se han planteado el control de reformas a la Constitución.**

Para estar en condiciones de ingresar a nuestro objeto principal de estudio, es necesario realizar un camino breve sobre los mecanismos que existen en México para conocerlos y evaluarlos, pues podremos encontrar algunas características que nos permitan abrir el panorama en relación a la efectividad de los mecanismos de control Constitucional y si estos pueden ser los medios para el control de las reformas a la Constitución, descartando o adoptando opciones que nos permitan entablar el mecanismo idóneo diverso a nuestro objeto principal de estudio (acción de inconstitucionalidad). Por ello se pretende un análisis superficial, respecto al sustento legal, el objeto de control, entre otras puntualizaciones, lo anterior para estar en condiciones de llegar a nuestro objeto de estudio sobre la reforma a la Constitución, vallamos pues a su análisis:

#### **III.3.1. El Juicio de Amparo.**

Este es un mecanismo de control que deriva de la Constitución, acorde a lo establecido en el artículo 103, en relación al artículo 1 de la Nueva Ley de Amparo<sup>81</sup> y tiene por objeto lo siguiente:

---

<sup>81</sup> Ley publicada en México Distrito Federal, el día 20 de marzo del año 2013, en el Periódico Oficial de la Federación.

a) Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

b) Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencias del Distrito Federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;  
y

c) Por normas generales, actos u omisiones de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal, que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley.

Las partes que intervienen en el Juicio de Amparo, según la nueva Ley de Amparo en su artículo 5, al definir la capacidad y personería, establece que las partes son:

I. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre

que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1o de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

El juicio de amparo podrá promoverse conjuntamente por dos o más quejosos cuando resienta una afectación común en sus derechos o intereses.

La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.

Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.

**El tercero interesado, pudiendo tener tal carácter:**

a) La persona que haya gestionado el acto reclamado o tenga interés jurídico en que subsista;

b) La contraparte del quejoso cuando el acto reclamado emane de un juicio o controversia del orden judicial, administrativo, agrario o del trabajo; o tratándose de persona extraña al procedimiento, la que tenga interés contrario al del quejoso;

c) La víctima del delito u ofendido, o quien tenga derecho a la reparación del daño o a reclamar la responsabilidad civil, cuando el acto reclamado emane de un juicio del orden penal y afecte de manera directa esa reparación o responsabilidad;

d) El indiciado o procesado cuando el acto reclamado sea el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal por el Ministerio Público;

e) El Ministerio Público que haya intervenido en el procedimiento penal del cual derive el acto reclamado, siempre y cuando no tenga el carácter de autoridad responsable.

IV. El Ministerio Público Federal en todos los juicios, donde podrá interponer los recursos que señala esta Ley.

De igual forma, existen dos tipos de amparo de manera fundamental, el directo o indirecto.

Finalmente, se debe de decir, que el Juicio de Amparo, ha tomado relevancia en México, al ser un mecanismo de control de los actos del poder o leyes que atentan contra la propia Constitución o tratados Internacionales, o ante las omisiones de los detentadores del poder, de ahí que el Control Jurisdiccional sea por primacía la meta de concentración de la mayoría de los actos del poder en contra o a favor de los gobernados. De ahí que se ha pasado a un sistema de legalidad procedimental a un sistema de control constitucional.

Para los efectos de nuestro objeto de estudio, es claro que de manera formal el Juicio de Amparo no prevé de manera formal o expresa con objeto de control la Reforma Constitucional, sin embargo es a través

de este mecanismo como se protegen los principio, derechos humanos y procedimientos establecidos en la Constitución y en las normas que de ella derivan, luego entonces nos abre un panorama para que las disposiciones que rigen el procedimiento de reforma, me refiero a las Leyes Orgánicas del Congreso de la Unión y la Cámara de Senadores, pueda ser sujeto de un Juicio de Amparo en abstracto, es decir porque del contenido no se contemplen los principios o procedimientos rectores de la Constitución, como lo son la garantía del procedimiento legislativo, la vigilancia de los actos en los procedimientos de reforma. Es decir se abre un panorama amplio de protección de los procedimientos a la reforma de la Constitución.

En específico, el artículo 61 de la Nueva Ley de Amparo, en lo que respecto al Legislativo, establece las causales de improcedencia, destacando lo siguiente:

*"Artículo 61.*

*El juicio de amparo es improcedente:*

***I. Contra adiciones o reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;***

*V. Contra actos del Congreso de la Unión, su Comisión Permanente o cualquiera de sus cámaras en procedimiento de colaboración con los otros poderes que objeten o no ratifiquen nombramientos o designaciones para ocupar cargos, empleos o comisiones en entidades o dependencias de la Administración Pública Federal, centralizada o descentralizada, órganos dotados*

*de autonomía constitucional u órganos jurisdiccionales de cualquier naturaleza;*

*VII. Contra las resoluciones o declaraciones del Congreso Federal o de las Cámaras que lo constituyen, de las Legislaturas de los Estados o de sus respectivas Comisiones o Diputaciones Permanentes, en declaración de procedencia y en juicio político, así como en elección, suspensión o remoción de funcionarios en los casos en que las Constituciones correspondientes les confieran la facultad de resolver soberana o discrecionalmente;”*

Por tanto al ser el poder reformador un poder constituido y a la vez una autoridad que emite actos legislativos, es claro que se rige por reglas específicas y no precisamente todas contenidas en la Constitución, me refiero a las Leyes secundarias.

Es claro que del precepto analizado, existen limitaciones formales en específico al contenido expreso de las reformas constituciones, pero no es claro al mencionar los actos en el procedimiento de reforma o las leyes secundarias, luego entonces si adoptamos el criterio de procedibilidad del amparo analizado en el artículo 1 de la Propia Ley citada, es claro que los actos del legislativo o poder reformador, pueden constituir actos u omisiones en su procedimiento de reforma.

Sin embargo, este asunto fue discutido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los siguientes casos:

### **III.3.2. Caso de reforma Constitucional en Materia de Política (radio y televisión).**

Este interesante caso en contra del procedimiento a la reforma Constitucional, publicado el día 13 de noviembre de 2007, en el Diario Oficial de la Federación el Decreto que reformó los artículos 6º, 41, 85, 99, 108, 116 y 122; adicionó el artículo 134 y derogó un párrafo del artículo 97 de la Constitución Federal.

Los quejosos inconformes con dicha modificación constitucional, diversos quejosos promovieron juicio de amparo en contra del Congreso de la Unión y otras autoridades, en el que reclamaron:

a) El procedimiento de reforma constitucional que conllevó a la publicación del decreto antes mencionado, mediante el cual se modificaron diversas disposiciones de la Constitución Federal, en específico, la reforma del artículo 41, fracción III, párrafo tercero;

b) En relación con el aludido procedimiento de reforma constitucional, impugnaron el cómputo de los votos de las legislaturas de los Estados; y,

c) Todas las consecuencias y efectos inmediatos de la enmienda constitucional.

Por ello, en relación a este tema mediante el procedimiento de atracción de la Suprema Corte, conoció luego de que un Juez de Distrito



sobresyera el asunto, luego de determinar que el Juicio de Amparo era improcedente en contra de las reformas a la Constitución<sup>62</sup>.

La discusión estribo en los siguientes sentidos.

a) Sobre los alcances de la restricción del Juicio de Amparo, en específico determinar si era posible controlar el procedimiento o de forma directa la adición.

b) En relación a la competencia respecto al Juicio de Amparo o ante la improcedencia al tratarse de materia eminentemente electoral;

c) La posibilidad de que un poder constituido como el caso de la Corte, pudiera conocer del control de la reforma constitucional y;

d) Los límites al poder reformador, dentro de un estado Constitucional democrático.

Consecuentemente, por mayoría de siete votos de los señores Ministros Aguirre Anguilano, Luna Ramos, Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales, Valls Hernández y Ortiz Mayagoitia se resolvió que el juicio de amparo **era improcedente para revisar el procedimiento de reformas reclamado.**

En el caso se estimó actualizada la causa de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción XVIII de la Ley de Amparo, en relación con el diverso artículo 76 de ese ordenamiento y el 107, fracción II de la

---

<sup>62</sup> CRÓNICA DEL AMPARO EN REVISIÓN 2021/2009 TRIBUNAL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. "IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2007 EN MATERIA ELECTORAL". Visto en Internet: <https://www.scjn.gob.mx/cronicas/cronicas%20del%20pleno%20y%20salas/cr-280311-giom-electoral.pdf>.

Constitución Federal, toda vez que los efectos de la probable concesión del amparo en contra del artículo 41, fracción III, párrafo tercero, de la Constitución Federal, tendrían implicaciones que se alejan del principio de relatividad que rige en el juicio de amparo, pues se beneficiaría no sólo a quienes obtuvieran la protección constitucional, sino también a las personas que no promovieron el juicio de amparo.

Esto es, se consideró que la potencial declaración de inconstitucionalidad tendría un efecto expansivo más allá de la esfera jurídica de los quejosos, pues los partidos y candidatos a quienes quisieran apoyar los demandantes verían incrementadas sus posibilidades de triunfo, pasando por la realización de operaciones de lucro con los concesionarios de la radio y la televisión, a quienes tampoco podría impedirseles contratar y obtener utilidades con la venta de tiempo en esos medios de difusión, a pesar de la prohibición expresa que tienen para hacerlo y de las sanciones previstas para asegurar su cumplimiento.

En este caso, considero que al interpretar la causal de improcedencia la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no tomo en cuenta que los actos del procedimiento del poder reformador, al existir la posibilidad de estar viciados, se estaría en presencia ante la tiranía manifiesta, pues al no observar la propia norma que rige sus actos y al no ser sujeta de revisión, se estaría ante una vulneración grave a los derechos de las personas, y de esa forma se atenta y se demerita la confianza de las Instituciones Legislativas, como el caso del poder reformador, pues al no existir mecanismo de vigilancia y control, estaríamos ante una fuente del derecho viciada en el origen y por ende en su aplicación.

### III.3.3. Caso "Camacho " (amparo en revisión 1334/98).

En 1999 la SCJN resolvió el famoso caso planteado por Manuel Camacho Solís, cuya resolución sentaría las bases de una doctrina jurisprudencial que afirmaba que el poder constituyente constituido no era un poder ilimitado o exento de control, al señalar en la parte conducente del criterio que el contenido del dispositivo constitucional [aprobado por el poder reformador de la Constitución] resulta inimpugnabile a través de la demanda de garantías, siendo sólo atacable el proceso de reforma correspondiente [toda vez que son] los actos que integran el procedimiento legislativo que culmina con su reforma, lo que se pone en tela de juicio, por lo que pueden ser considerados como autoridades responsables quienes intervienen en dicho proceso, por emanar éste de un órgano constituido, debiendo ajustar su actuar a las formas o esencias consagradas en los ordenamientos correspondientes, conducta que puede ser controvertida mediante el juicio de amparo, por violación al principio de legalidad...<sup>83</sup>

Cabe señalar que con el criterio anterior, la SCJN aceptaba que las reformas constitucionales deberían ser revisadas al menos formalmente, lo que representaba una cierta apertura del máximo tribunal mexicano a considerar la necesidad de que el poder constituyente permanente estuviera controlado, bajo el argumento de que al ser un órgano constituido, no podía ser considerado un poder ilimitado.

---

<sup>83</sup> Tesis P. LXII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, septiembre de 1999, p. 11, registro 193250.

No se puede concebir una fuente tirana, dentro de un procedimiento legítimo, por más democrático que sea su autor, pues precisamente el no ser sujeto de control, atenta contra las disposiciones de la propia constitución, al no contar con mecanismo que garantice el efectivo procedimiento de creación de normas.

En ese sentido se deberá analizar claramente sobre el contenido de las disposiciones y procedimientos establecidos para el Poder de Reforma, no me refiero a las establecidas por la Constitución, que esas como se ha dicho en el presente estudio atienden a la supremacía de la Constitución y su rigidez, pero deberá de hacerse un análisis claro de las leyes secundarias que conllevan el procedimiento de reforma, de tal forma que la mismas leyes cuenten con un mecanismo, al menos parlamentario para su control, ya no digo jurisdiccional, esto a fin de evitar que en los procedimientos se vea afectado el procedimiento democrático y constitucional.

#### **III.3.4. El amparo "Asociación de Industriales y Empresarios de Morelos". Un primer límite al poder constituyente constituido (amparo 1753/2007)**

Como ya lo mencionábamos, en la resolución emitida por la SCJN en el amparo en revisión 186/2008 se concluyó que las demandas de amparo promovidas en contra de la cuestionada reforma constitucional de noviembre de 2007, no actualizaban el supuesto determinado por el artículo 145 de la Ley de Amparo, debido a que no existía en ellas un motivo manifiesto e indudable de improcedencia.

Esta resolución generó todo tipo de reacciones en el foro jurídico, pero sobre todo en el ámbito del Poder Judicial federal, toda vez que la resolución de la SCJN contiene un mensaje muy claro para los integrantes de dicho Poder:

se debe admitir el juicio y el juez de distrito estará en su libertad de analizar las condiciones de la procedencia o improcedencia con fundamento en otras causales o, en su caso, dictar una sentencia de fondo, analizar las condiciones de los efectos, en fin, todos ellos temas complejos, pero no desecharlo de plano...<sup>52</sup>

Pues en uso de esa autonomía jurisdiccional reconocida por la SCJN a los juzgadores de amparo, fue que Florida López Hernández, jueza séptima de distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, con sede en San Andrés Cholula, Puebla, con fecha 8 de mayo de 2009, resolvió el recurso de amparo 1753/2007 promovido por el representante legal de la "Asociación de Industriales y Empresarios de Morelos", Sindicato Patronal (ADIEM-COPARMEX), en contra del decreto que reforma los artículos 6o., 41, 85, 99, 108, 116 y 122, adiciona el artículo 134 y deroga un párrafo del artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 13 de noviembre de 2007.

Sin temor a equivocarnos, debemos afirmar que esta resolución será un referente en la historia de la justicia constitucional mexicana, pues se trata de la primera sentencia en la que se otorgó el amparo y protección de justicia federal en contra de una enmienda a la carta magna, es decir, en contra de un acto del poder reformador de la Constitución.

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

*"SEGUNDO. La justicia de la Unión ampara y protege a "ASOCIACIÓN DE INDUSTRIALES Y EMPRESARIOS DE MORELOS", SINDICATO PATRONAL, ADIEM-COPARMEX a través de Manuel Juan Rodríguez Lomelí en su carácter de presidente, contra del Congreso de la Unión, del presidente de la República, del secretario de Gobernación y del director del Diario Oficial de la Federación, respecto del decreto de reforma del artículo 41 apartado "A" penúltimo párrafo, constitucional, publicado en el Diario Oficial de la Federación el trece de noviembre de dos mil siete, en términos y para los efectos precisados en el último considerando de este fallo".*

Ahora bien, es importante mencionar que la inconstitucionalidad del mencionado precepto de nuestra ley fundamental fue derivada de un control de tipo formal, es decir, que aun cuando en el análisis de la jueza López Hernández, se abordaron muchos de los argumentos mencionados en el precedente analizado en el apartado anterior, lo cierto es que centró su estudio en el proceso legislativo que siguió la reforma constitucional impugnada, concluyendo que al no llevarse conforme a lo previsto en el artículo 135 constitucional, el proceso legislativo de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el trece de noviembre de dos mil siete, del artículo 41 apartado "A", penúltimo párrafo constitucional, procede el amparo y la protección de la justicia federal para el efecto de que al quejoso no se le aplique en el presente y para el futuro el artículo reclamado todo ello para restituirlo en la garantía individual violada, conforme al artículo 180 de la Ley de Amparo.

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

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

1. Que aun cuando no se haya realizado un control material de las reformas constitucionales, con el solo ejercicio del control formal, parecería que la doctrina jurisprudencial a la que nos hemos referido en este capítulo se acerca a la necesidad de limitar al poder reformador, al menos desde el punto de vista formal.

2. Desde ahora queremos advertir que este tipo de resoluciones, aunque pudieran considerarse de vanguardia, lo cierto es que generan problemas constitucionales de gran magnitud. Esto es así debido al principio de relatividad de las sentencias que priva en el juicio de amparo mexicano, según el cual, la sentencia emitida sólo beneficia al sujeto que acuda a solicitar la protección de la justicia constitucional, por lo que en este caso, es sólo a la persona moral quejosa a la que no le será aplicable esa porción normativa de la Constitución, lo que podría llegar a generar —multiplicando el número de quejosos y de amparos concedidos en condiciones similares— tantas Constituciones como mexicanos hayan solicitado y obtenido amparos en contra de enmiendas a la ley fundamental, es decir, habría tantas Constituciones como personas amparadas.

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

Por ello, consideramos oportuno realizar una primera advertencia en el sentido de que el control de reformas constitucionales no debe ser a *posteriori*, es decir, no puede realizarse una vez que la reforma ya ha entrado en vigor. De tal advertencia quizá debamos arribar a una conclusión *prima facie*, en el sentido de que cualquier medio de control



que se establezca sobre las enmiendas constitucionales debe ser *a priori*, a efecto de no generar problemas como los descritos.

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

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

#### **III.4. Las Controversias Constitucionales.**

Las controversias constitucionales son juicios que se promueven ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando se suscitan conflictos entre poderes –Ejecutivo, Legislativo o Judicial– o niveles de gobierno –Federal, Estatal, Municipal o del Distrito Federal–, por una invasión de esferas de competencia que contravenga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Se encuentran contempladas en la propia Constitución Federal en el artículo 105.

Es decir, para que proceda la controversia es necesario que el ámbito de competencia de quien promueva el juicio se vea afectado por un acto concreto o una disposición de carácter general –por ejemplo una ley, un reglamento o un decreto, excepto los de materia electoral–, que sea contrario a lo que dispone la Constitución Federal. Es posible que mediante una controversia constitucional se declare la invalidez absoluta de una norma general, es decir, que la ley impugnada no vuelva a tener efecto alguno para nadie. Para ello es necesario que, en primer término, la controversia se haya promovido en alguno de los siguientes supuestos (de forma genérica):

(1) Contra disposiciones generales de los Estados o de los Municipios impugnadas por la Federación;

(2) Contra disposiciones generales de los Municipios impugnadas por los Estados;

(3) Conflictos entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión, cualquiera de sus Cámaras o la Comisión Permanente, y;

(4) conflictos entre dos Poderes de un mismo Estado o entre dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales. Además, es indispensable que la resolución que emita la Corte sea aprobada por el voto de, cuando menos, ocho Ministros. Solamente en los casos aludidos la sentencia podrá tener efectos generales; en todos los demás, producirá únicamente efectos para las partes.

De igual forma se puede decir que existen las siguientes tipologías de controversias, según Alfonso Herrera García<sup>84</sup> :

**"1) Controversias constitucionales internas.** Son aquéllas que se suscitan entre los diversos poderes de una misma entidad, es decir, dentro de la Federación, dentro de un Estado o dentro del Distrito Federal. Aquí ubicamos los siguientes supuestos generales, según se desprende de la fracción I del artículo 105 constitucional:

a) *Dentro de la Federación:* Encontramos 4 hipótesis: 1) El Poder Ejecutivo contra el Congreso de la Unión; 2) El Poder Ejecutivo contra la Cámara de Diputados; 3) El Poder Ejecutivo contra el Senado de la República; y 4) El Poder Ejecutivo contra la Comisión Permanente (inciso c del artículo 105-I constitucional).

b) *Dentro de un Estado:* Existen 5 hipótesis: 1) El Poder Ejecutivo contra la Cámara de Diputados del Estado; 2) El Poder Ejecutivo contra la Diputación o Comisión Permanente del Congreso del Estado; 3) El Poder Ejecutivo contra el Tribunal Superior de Justicia del Estado; 4) La Cámara de Diputados contra el Tribunal Superior de Justicia del Estado; y 5) La Diputación o Comisión Permanente del Congreso contra el Tribunal Superior de Justicia del Estado (inciso h del artículo 105-I constitucional).

c) *Dentro del Distrito Federal:* Hay 5 hipótesis: 1) El Jefe de Gobierno contra la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; 2) El

---

<sup>84</sup>LA CONTROVERSIDAD CONSTITUCIONAL. "PARTICULARIDADES DEL PROCESO RESPECTIVO EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO". Revista IUS UNIVERSITAS LATINA DE AMERICA. Visto en Internet en el siguiente link: <http://www.unla.mx/iusunla19/reflexion/La%20controversia%20constitucional%20-Alfonso%20Herrera%20-UNLA1.htm>

*Jefe de Gobierno contra la Diputación Permanente de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; 3) El Jefe de Gobierno contra el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; 4) La Asamblea Legislativa contra el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; 5) La Diputación Permanente de la Asamblea Legislativa contra el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (inciso k del artículo 105-I constitucional).*

**2) Controversias constitucionales externas.** *Son las que se entablan entre las propias entidades entre sí, incluyendo a los municipios. Se clasifican en horizontales y verticales:*

*a) Controversias constitucionales horizontales. Son aquellas que surgen entre órganos del mismo nivel de descentralización política. Aquí pueden observarse 3 hipótesis: 1) Un Estado contra otro Estado; 2) Un Estado contra el Distrito Federal; y 3) Un Municipio de un Estado contra otro Municipio de diverso Estado (incisos d, e, y g del artículo 105-I constitucional).*

*b) Controversias constitucionales verticales. Son aquellas que se presentan cuando las entidades enfrentadas tienen diferente nivel en la organización política. Existen 6 hipótesis: 1) La Federación contra un Estado; 2) La Federación contra el Distrito Federal; 3) La Federación contra un Municipio; 4) El Distrito Federal contra un Municipio; 5) Un Estado contra un Municipio del propio Estado; y 6) Un Estado contra un Municipio de otro Estado (incisos a, b, f, i, y j del artículo 105-I constitucional)\*...*

Luego entonces, procederá a analizar los casos más relevantes que ha decidido la Corte en este mecanismo, en el proceso de reforma a la Constitución:

### III.4.1. Controversia constitucional 82/2001.

Promovida por el Municipio de San Pedro Quiatoni, Tlacolula, Estado de Oaxaca, contra la validez de los actos del proceso legislativo que reformó la Constitución Federal en materia de Derechos y de Cultura Indígena, realizados por el Ejecutivo Federal, el Legislativo Federal y las Legislaturas de los Estados de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

En este asunto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó por mayoría de ocho votos que si bien se impugna la validez del proceso de reformas, el hecho de que los supuestos vicios de que se adolece ocurrieron durante éste, no puede jurídicamente desvincularse de su objeto, que es la aprobación y declaración de reformas a la Carta Magna y en virtud de que estas reformas emanan de una autoridad no incluida en el artículo 105 constitucional, resulta improcedente la controversia constitucional, toda vez que la Constitución no le confiere facultad expresa a la Corte para controlar, a través de este medio de control constitucional, los actos que emita el Órgano Reformador.

El anterior criterio de la Corte, se cristalizó en dos tesis de jurisprudencia<sup>65</sup> que vienen a ratificar la postura que adoptó el Máximo

---

<sup>65</sup>De la controversia constitucional 82/2001, derivaron las dos tesis de jurisprudencia que se indican, las cuales fueron aprobadas por mayoría de ocho votos de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su sesión pública del 6 de septiembre de 2002, publicados en el Semanario Judicial de la

Tribunal Judicial de nuestro país sobre esta situación: **“Procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución Federal. No es susceptible de Control Jurisdiccional.”** y **“Controversia constitucional. Es improcedente para impugnar el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución Federal.”**

Sobre este asunto hay que destacar que los argumentos que se dieron en la Suprema Corte de Justicia de la Nación al momento de resolver este asunto, se hicieron extensivos para las más de 200 controversias constitucionales que Municipios, el Congreso del Estado de Chiapas y el Poder Ejecutivo del Estado de Tlaxcala, interpusieron en contra de los actos del proceso de reformas constitucionales en materia indígena.

### **III.5. Concepto y fundamento legal de la Acción de Inconstitucionalidad.**

La acción de inconstitucionalidad se puede definir como:

(...) un mecanismo procesal-constitucional por virtud del cual determinadas personas, cumpliendo los requisitos procesales en cada caso establecidos, pueden plantear directamente una demanda ante el correspondiente órgano judicial de la constitucionalidad para que, previa la tramitación procesal que corresponda, éste determine en abstracto si una norma es o no compatible con el pertinente texto constitucional y consiguiente nulidad<sup>86</sup>.

---

Federación y su Gaceta del mismo mes y año, Novena Época, tomo XVI, con los números de tesis P./J. 39/2002 y P./J. 40/2002, respectivamente.

<sup>86</sup> Brage Camazano, Joaquín (2007). “La Acción Mexicana de Inconstitucionalidad”, en el colectivo Procesos Constitucionales, Memoria del I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional

Ésta acción tiene como objetivo el declarar la inconstitucionalidad de las nuevas leyes, es decir, persigue la regularidad constitucional de las normas generales, nótese que no de los actos, con la posibilidad de, al ser declarada inconstitucional, obtener una declaratoria de invalidez con efectos generales. Para comprender mejor ésta figura, a continuación se desarrollaran los aspectos relativos a: las partes legitimadas, el objeto, aspectos especiales de su tramitación y cualidades específicas de las sentencias dictadas en ellas.

La legislación española menciona ambos términos –acción y recurso refiriéndose a ellos en forma indistinta haciendo alusión a la misma herramienta procesal, así se desprende del artículo 33.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, que establece lo siguiente:

"33. 1 El recurso de inconstitucionalidad se formulará dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de ley impugnado mediante demanda presentada ante el Tribunal Constitucional, en la que deberán expresarse las circunstancias de identidad de las personas u órganos que ejercitan la acción y, en su caso, de sus comisionados, concretar la Ley, disposición o acto impugnado, en todo o en parte, y precisar el precepto constitucional que se entiende infringido".

En el caso Español, tiene una concepción diversa, como lo es el denominarle "recurso", sin embargo al hacer una comparativa, la finalidad del objeto de control lo son la ley, disposiciones o actos con fuerza de ley, como parámetro para controlar los actos de autoridad.

---

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coords.), Ed. Porrúa, México, pág. 164.

De ahí que en el caso Mexicano, la acción se refiere a un contexto inicial para activar el organismo Jurisdiccional para el estudio y análisis en abstracto, sobre la constitucionalidad o no de norma de carácter general o un tratado internacional y la Constitución, y no dentro de un procedimiento, entendiéndose esta "acción", como un actuar inicial de los organismos legitimados por la propia Constitución.

Sin que se pase por alto que la "acción" reviste un **control de Constitucionalidad en abstracto**, es decir no sobre un caso en particular y concreto.

### **III.5.1. Modelo italiano.**

En el modelo italiano, el gobierno puede cuestionar la constitucionalidad de una ley regional por considerar que se excede en las competencias dadas a las regiones, pero éstas a su vez también pueden acudir ante la Corte en aquellos casos pasados, y posiblemente para impedir su vuelta, que la de introducir la justicia constitucional en su forma de gobierno".

En los casos en los que consideren que una ley de orden estatal o acto con su mismo valor invaden una o varias de sus competencias, en ambos casos establece el término perentorio de sesenta días para impugnar la norma, la acción de inconstitucionalidad italiana cumple claramente una función territorial<sup>87</sup>.

### **III.5.2. Modelo alemán.**

En Alemania el Tribunal Constitucional está facultado para revisar si una norma de menor jerarquía está acorde o no con la Constitución alemana.

---

<sup>87</sup> 7 Constitución de la República Italiana. Art. 127.



Esta posibilidad se encuentra consagrada en el artículo 93, numeral 2°, es el llamado *Abstrakte Normenkontrolle*. Es un control abstracto, pues el análisis de constitucionalidad no se realiza sobre los efectos de la aplicación de una norma a un caso concreto.

Todas las normas son susceptibles de este control de constitucionalidad, ya sean federales o de los *Länder*, vigentes antes o después de la expedición de la ley fundamental de Bonn. Puede incluso existir control de constitucionalidad previo, es el caso de las leyes de aprobación de tratados internacionales que, según ha dicho el Tribunal Constitucional, se realiza con el propósito de evitar que se genere responsabilidad internacional del Estado alemán en una posible declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado internacional.

Si la norma cuestionada es federal, el referente será la Constitución, pero si es una norma de uno de los *Länder*, entonces deberá cumplir con los preceptos constitucionales y el resto de normas federales.

En Alemania la legitimación activa obedece a criterios territoriales y de protección a minorías parlamentarias, pues pueden hacer uso de la acción el gobierno federal y el gobierno de cada uno de los *Länder* y un tercio de los parlamentarios del Bundestag o cámara baja y le es negada esta posibilidad a los miembros de la cámara alta o Bundesrat.<sup>88</sup>

El gobierno federal, el de los *Länder* y los miembros de la cámara baja en el porcentaje exigido, no están sujetos a iniciar la acción dentro de un plazo perentorio, lo que le da en Alemania cierto dinamismo a la figura.

<sup>88</sup> Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Art. 93, n° 2.

En el caso alemán la legitimación se otorga sólo a determinados órganos políticos y/o territoriales, como es característica general desde Kelsen de los sistemas de control concentrado de constitucionalidad, en contraste con lo que ocurre en Colombia, donde está legitimado cualquier ciudadano, constituyéndose en un derecho político, que no está dado a ninguna autoridad por razones territoriales, políticas o funcionales.

### III.5.3. Modelo español

El modelo español de legitimación para el control abstracto de constitucionalidad se aproxima bastante al alemán que, a su vez, sigue de cerca el modelo italiano. La institución del recurso de inconstitucionalidad está consagrada en los artículos 161-1 y 162-1, de la Constitución española de 1978.

En España se le da el nombre de recurso de inconstitucionalidad, a pesar de no existir un proceso previo y están legitimados para instaurarlo: el presidente del gobierno y los órganos legislativos y ejecutivos autonómicos, las minorías parlamentarias (50 diputados y 50 senadores) y el defensor del pueblo; esta es tal vez una de las particularidades más destacadas de este sistema.<sup>89</sup>

España ha sido el primer país en donde se ha legitimado al defensor del pueblo<sup>90</sup> para interponer el recurso de inconstitucionalidad y su ejemplo ha sido seguido por varios países europeos y latinoamericanos, atribuyéndole a su ombudsman (defensor del pueblo) la legitimación para impugnar

---

<sup>89</sup> Para estudiar más a fondo la figura del recurso de inconstitucionalidad en España ver: María Luisa Balaguer C. El recurso de inconstitucionalidad. CEPC. Madrid. (2001); Asunción García

Martínez. El recurso de inconstitucionalidad: el proceso directo de inconstitucionalidad. Ed. Trivium S.A. Madrid. (1992). entre otros.

<sup>90</sup> Su legitimación constitucional es ratificada en la LO 3/81.

directamente la constitucionalidad de las leyes. Es el caso, por ejemplo, de Polonia o Ucrania, en el viejo continente; y en América tenemos como ejemplos la Constitución guatemalteca de 1985, la peruana de 1993, la ecuatoriana de 1998 o la venezolana de 1999<sup>91</sup>.

Esta posibilidad acercaría el modelo español a una acción popular, por la afinidad teórica y competencial de este funcionario con el pueblo; sin embargo, esto no se ha materializado, haciendo del caso español mucho más compatible al modelo de legitimación restringida, a pesar de ello es más amplio que el italiano o el alemán.

### **III.6.- Objeto de la acción de inconstitucionalidad (formal y material) y Legitimación, enfoque especial en México.**

El objeto, como ya es bien sabido, son las normas que pueden ser impugnadas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que esta examine su conformidad a la Constitución, en principio son las leyes de cualquier materia y los tratados internacionales. Las leyes de tipo reglamentaria o infra legal quedan excluidas.

En este caso debemos destacar dos tipos de inconstitucionalidades desde un punto de vista general y de acuerdo a la forma generalizada y de forma posterior y después de analizar la naturaleza y composición de la Acción de Inconstitucionalidad (en su naturaleza y normatividad actual) podremos realizar un análisis sobre la posibilidad de que las reformas a la Constitución sean susceptibles de ser objeto de control de este mecanismo. Veamos pues los tipos de inconstitucionalidad:

---

<sup>91</sup> Joaquín Camazano Brage. La acción abstracta de inconstitucionalidad. Pág. 172. Primera edición. Universidad Autónoma de México, Ciudad de México. (2005).

El recurso de inconstitucionalidad puede plantearse por razones formales (vulneración del procedimiento establecido por la constitución o del rango normativo exigido por ésta para regular una determinada materia) o de fondo (vulneración del contenido material de la constitución) y el órgano encargado de resolverlo puede tener naturaleza jurisdiccional -sea un órgano judicial cualquiera o un órgano jurisdiccional ad hoc- o naturaleza política -como el Consejo Constitucional francés<sup>92</sup>.

### III.7. Legitimación.

El legislador mexicano, y otros legisladores<sup>93</sup>, ha establecido una legitimación claramente restringida ya que corresponde a órganos del Estado en sentido amplio que actúan con carácter objetivo en defensa de la Constitución. Según el artículo 105, fracción II:

*Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:*

*II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:*

<sup>92</sup> Definiciones vistas en internet en el siguiente link: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/recurso-de-inconstitucionalidad/recurso-de-inconstitucionalidad.htm>.

<sup>93</sup> En el caso de Italia tiene una clara dimensión territorial y no de protección de minorías, al legitimarse al Consejo de Ministros y a las Juntas (Gobiernos) de las Regiones; al primero en defensa de los intereses generales y al segundo en representación de los intereses propios de su territorio; en el caso alemán, se otorga legitimación a los Länder, al gobierno federal y a un tercio de los miembros del Bundestag; el español con una legitimación territorial y del defensor del pueblo más cercana a la idea restringida; en el caso de los países latinoamericanos se habla de una actiopopularis de la acción.

**a. El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;**

**b. El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;**

*c. El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;*

**d. El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano, y**

*e. El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea.*

*f. Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro.*

*g. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de*

*tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución. Asimismo los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.*

Sin dejar pasar por alto que en este apartado nos enfocaremos a este mecanismo como un medio de control eminentemente **de origen político**, con la finalidad de proteger a las minorías, es decir nos enfocaremos de forma principal a las minorías parlamentarias a que se refieren las fracciones **a, b y d**, puesto que son estas quienes en su caso participan en el proceso de reforma constitucional y son quienes en su caso podrían activar la acción de inconstitucionalidad correspondiente, conforme al propio procedimiento establecido en el artículo 135 de la Propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

***“Artículo 135.** La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados.*

*El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.”*

La legitimación minoritaria persigue así dos objetivos: en primer lugar permite que las minorías defiendan las competencias objetivas del órgano al que pertenecen y, en segundo lugar, abre también una vía para garantizar los derechos políticos de la minoría<sup>94</sup>.

Los números que se han propuesto para la legitimación minoritaria, al margen de los plenos, son diversos. Regularmente, se ha sugerido homologar la situación con respecto a la acción o recurso de inconstitucionalidad<sup>95</sup>. Fuera de consideraciones señaladas en el caso mexicano representa un 33% de la Cámara, lo cual resulta abrir la puerta, a un solo grupo minoritario (o al grupo mayoritario cuando existen presidentes sin mayorías).

### **III.8.- Casos relevantes en los que la Corte Mexicana ha fijado criterios sobre el Control de las reformas constitucionales por Acción de Inconstitucionalidad.**

#### **III.8.1. Acción de Inconstitucionalidad promovido por los partidos políticos Convergencia y Nueva Alianza.**

En la Acción de inconstitucionalidad 168/2007 y su acumulada 169/2007 promovida por los partidos políticos Convergencia y Nueva Alianza, cuando por mayoría<sup>96</sup> de siete votos determinó en la tesis aislada P.V/2009, que el

<sup>94</sup> Tomamos la distinción de Carpentier, Élise, *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, París, Fondation Varenne, 2006, p. 167. Así, Carpentier argumenta que "La procédure de résolution des conflits entre organes constitutionnels apparaît alors comme la voie idoine puisque, ainsi qu'il a été montré, elle a pour objectif de garantir les droits des minorités politiques".

<sup>95</sup> Torres Muro, Ignacio, *La legitimación en los procesos constitucionales*, Op. Cit., p. 179.

<sup>96</sup> La minoría la integraron los Ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Ramón Cossío Díaz, Genaro David Góngora Pimentel y Juan N. Silva Meza

objeto de tutela de la acción de inconstitucionalidad no puede ser la Constitución Federal, en los siguientes términos:

*"ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SU OBJETO DE TUTELA, RESPECTO DE "NORMAS GENERALES", SÓLO COMPRENDE LEYES ORDINARIAS, FEDERALES O LOCALES Y NO LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Del artículo 105, fracción II, de ese ordenamiento, así como del procedimiento que le dio origen, se advierte que el Órgano Reformador estableció a la acción de inconstitucionalidad como un medio de control de "normas generales", entendidas éstas como leyes ordinarias, federales o locales, expedidas por los órganos legislativos así como los tratados internacionales enunciados en la indicada fracción II, sin comprender otro tipo de normas, entre ellas, las reformas constitucionales. En efecto, dicho precepto distingue el término "disposiciones generales" o "normas generales", e incluso, "leyes electorales federales", "leyes electorales locales" y "tratados internacionales" de la acepción "Constitución", la cual, de acuerdo con el propio numeral, es el referente para examinar la ley o tratados, es decir, lo que se sujeta a control es que dichas "disposiciones generales", incluidas las electorales, sean conformes con la Ley Suprema, por lo cual no puede interpretarse que al aludir el citado artículo 105, fracción II, a "normas generales", se hubiera comprendido a la propia Constitución, pues de su interpretación integral se entiende que limita su objeto de examen a las leyes en sentido estricto, esto es, a las expedidas por el legislador ordinario, sea federal, de los Estados o del Distrito Federal. Además, el indicado precepto constitucional sólo legitima para promover aquel medio de control a un porcentaje*



*determinado de los integrantes de las Cámaras del Congreso de la Unión, de las Legislaturas Locales y de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal que, precisamente, las hubieran expedido, por lo que no comprende al Órgano Reformador de la Constitución que no constituye un órgano legislativo ordinario, de los enunciados en el artículo 105 constitucional.*<sup>97</sup>

De la misma acción de inconstitucionalidad, se derivaron cuatro criterios jurisprudenciales más, en las que estableció:

1. Que la SCJN no tiene competencia para conocer de la acción de inconstitucionalidad cuando se impugnen reformas a la CPEUM.

2. Que la CPEUM no es una ley –ni federal ni local- a efectos de la acción de inconstitucionalidad.

3. Que la acción de inconstitucionalidad no es la vía idónea para ejercer el control de constitucionalidad del procedimiento de reforma a la CPEUM o del contenido de la misma, y,

4. Finalmente, que los partidos políticos no pueden impugnar a través de la acción de inconstitucionalidad reformas a la CPEUM en materia electoral.

A continuación transcribimos en el orden arriba citado, el contenido de la jurisprudencias emitidas acorde a los lineamientos establecidos por la SCJN:

***“ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. AL NO SER LA VÍA PARA IMPUGNAR REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE***

<sup>97</sup> Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, novena época, tomo XXIX, abril 2009, pág. 1106.

LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN NO TIENE COMPETENCIA PARA CONOCER DE ELLA. A través de la acción de inconstitucionalidad sólo puede plantearse la no conformidad de "normas generales" en sentido estricto, esto es, de leyes federales o locales y tratados internacionales, mas no de cualquier otro tipo de normas generales, como podrían ser los reglamentos u otra normatividad que pudiera revestir las características de generalidad y abstracción, pues fue el propio Órgano Reformador de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el que limitó la procedencia de las acciones de inconstitucionalidad a las leyes, o bien, a los tratados internacionales y, de ahí, la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para su conocimiento, por lo que como parte también de un poder constituido, el Poder Judicial de la Federación únicamente puede actuar dentro de los límites y en los supuestos que el texto constitucional lo establezca, sin que pueda llegar al extremo de ampliar su ámbito competencial o el objeto de un medio de control constitucional, so pretexto de salvaguardar la supremacía de la Constitución. Así, es improcedente que el Alto Tribunal se avoque al conocimiento de una acción de inconstitucionalidad que conforme al texto constitucional no se estatuyó para impugnar reformas constitucionales, y a partir de ahí otorgue legitimación a entes que no cuentan con ella para ejercer dicha vía en su contra, lo que conllevaría, asimismo, una problemática mayor en cuanto a su sustanciación, pues el artículo 105, fracción II, constitucional, enuncia los entes legitimados para promoverla a partir del ámbito de aplicación de la norma general impugnada y, en otros supuestos, atendiendo a su ámbito material. En consecuencia, en

*relación con una acción de inconstitucionalidad promovida en esos términos, se actualiza la causal de improcedencia prevista en la fracción VIII del artículo 19 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el propio artículo 105, fracción II, constitucional, así como con los diversos 59 y 65 de la Ley Reglamentaria, toda vez que no es la vía para impugnar una reforma constitucional.*<sup>98</sup>

De igual forma se derivó la siguiente Jurisprudencia, que establece:

*"ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS NO PUEDE CONSIDERARSE COMO LEY NI CONFERÍRSELE UN ÁMBITO FEDERAL O LOCAL Y, MENOS AÚN, CLASIFICARSE EN UNA MATERIA EN CONCRETO, PARA LA PROCEDENCIA DE DICHA VÍA. Si bien es cierto que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es, en sentido amplio, un conjunto de normas, también lo es que por su propia definición, como documento político, contiene las bases de un Estado constitucional, al comprender, esencialmente, la forma de gobierno y su organización, el reconocimiento de derechos fundamentales y los medios de control constitucional, así como los principios y valores fundamentales del Estado, por lo que no puede considerarse como ley ni conferírsele un ámbito federal o local y, menos aún, clasificarse en una materia en concreto, según el precepto o preceptos de que se trate, para los efectos de la procedencia de la*

<sup>98</sup> Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, novena época, tomo XXIX, abril 2009, pág. 1106.

*acción de inconstitucionalidad; por consiguiente, aun cuando una reforma constitucional se hubiese denominado "reforma del Estado", "reforma judicial", "reforma indígena", etcétera, la Constitución es un documento que conforma toda la base del Estado mexicano, sin que pueda encuadrarse en una materia en particular. Así, al no tener un ámbito federal o local, ni material, no puede considerarse que sus reformas y adiciones sean objeto de control a través de la acción de inconstitucionalidad y, por ende, que un porcentaje minoritario de los órganos legislativos enunciados en el artículo 105, fracción II, constitucional, los partidos políticos, las minorías parlamentarias, el Procurador General de la República o las comisiones de derechos humanos, tengan legitimación para ejercerla.*<sup>99</sup>

Y se estableció respecto a la vía de la Acción de Inconstitucionalidad para atacar reformas a la Constitución, al señalar:

*"ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. NO ES LA VÍA IDÓNEA PARA EJERCER EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE REFORMA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS O RESPECTO DEL CONTENIDO DE LAS REFORMAS RELATIVAS. De la evolución histórica de las acciones de inconstitucionalidad se advierte que la intención del Constituyente Permanente fue establecer un mecanismo de control abstracto, por virtud del cual tanto las minorías parlamentarias y el Procurador General de la República, en principio,*

---

<sup>99</sup> Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, novena época, tomo XXIX, abril 2009, pág. 1100.

*como los partidos políticos y las comisiones de derechos humanos, con motivo de las reformas posteriormente realizadas, se encontraran legitimados para plantear la posible inconstitucionalidad de una norma general emitida por el Congreso de la Unión, las Legislaturas Locales o la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; sin que al establecer dicho mecanismo de control, ni en las sucesivas reformas de que ha sido objeto el artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se haya contemplado la posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación pueda ejercer control sobre el procedimiento de reforma previsto en el artículo 135 constitucional, ni mucho menos que pueda hacerlo respecto de la constitucionalidad del contenido de tales reformas.*<sup>100</sup>

Finalmente, se determinó la ilegitimidad de los partidos políticos para promover la Acción de Inconstitucionalidad:

*"ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LOS PARTIDOS POLÍTICOS NO TIENEN LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR A TRAVÉS DE ESE MEDIO DE CONTROL CONSTITUCIONAL LAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS EN MATERIA ELECTORAL. Tratándose de los supuestos para impugnar una ley electoral por parte de los partidos políticos, el artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos exige que los nacionales la ejerzan a través de sus dirigencias contra leyes electorales federales o locales, y los locales únicamente contra leyes expedidas por la entidad federativa que*

<sup>100</sup> Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, 9ª época, tomo XXIX, abril 2009, pág. 1104.

*les otorgó registro como partido, esto es, se trata de un supuesto limitado tanto por el contenido material como por su ámbito de aplicación, pues su legitimación se circunscribe a las leyes electorales que, precisamente, tendrán aplicación en los procesos electorales en que participarán, ya sea como partidos nacionales o locales, sin que la Ley Suprema pueda catalogarse como una ley electoral. Sostener lo contrario implicaría afirmar que le son aplicables las reglas previstas en el indicado artículo 105, fracción II, esto es, que debiera promulgarse y publicarse por lo menos 90 días antes de que inicie el proceso electoral en que vaya a aplicarse, y durante el mismo no podría modificarse sustancialmente, lo cual es insostenible, dado su carácter de Norma Fundamental, que irradia a todo el orden nacional y no frente a procesos electorales en concreto, máxime si se parte del hecho de que éstos se llevan a cabo a nivel federal, estatal -incluidos los Municipios- y del Distrito Federal, en fechas distintas. Por tanto, los partidos políticos no tienen legitimación para impugnar, vía acción de inconstitucionalidad, el procedimiento de reforma constitucional, pues para ello se tendría, primero, que conceptualizar a la Constitución como una ley, además, darle un rango federal o local y, por último, clasificarla como electoral, lo cual, como se dijo, no es posible.*"<sup>101</sup>

De lo anterior se puede advertir que se cierra la puerta al análisis de las reformas ya sea formal o material mediante este mecanismo, al puntualizarse:

1. Que la SCJN niega tener competencia para conocer de la acción de inconstitucionalidad cuando se impugnen reformas a la CPEUM, sin

embargo resolvió la acción de inconstitucionalidad 168/2007 y su acumulada 169/2007 antes citada, por lo que es dable concluir que contrario a lo que esgrime, si fue competente –por lo menos en esa ocasión-, de lo contrario ¿a qué se debe que la haya resuelto?

2. Que la CPEUM no es una Ley –ni federal, ni local-, sin embargo en el texto de la propia Constitución Federal podemos apreciar que así se autodenomina en diversos artículos.

3. Si la SCJN afirma que la acción de inconstitucionalidad no es la vía idónea para ejercer el control de constitucionalidad del procedimiento de reforma a la CPEUM y de esa forma no da los lineamientos para su control, sino que los deja a aspectos materialmente formales previamente establecidos conforme a la propia constitución.

### **III.8.2. Acción promovida por minorías de la Legislatura de Michoacán.**

En el recurso de reclamación 592/2001-PL, comenzó a posicionarse con respecto al tema desechando por improcedente la acción de inconstitucionalidad 33/2001, ejercitada por diputados integrantes de la sexagésima octava legislatura del Estado de Michoacán, emitiendo la tesis jurisprudencial P./J. 66/2005, la cual establece lo siguiente:

*"ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ES IMPROCEDENTE LA PROMOVIDA POR LA REPRESENTACIÓN PARLAMENTARIA MINORITARIA DE UNA LEGISLATURA LOCAL EN CONTRA DE REFORMAS O ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De conformidad con el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el proceso de reformas y adiciones a ésta*

*se requiere que el Congreso de la Unión, por una mayoría calificada, apruebe las que fueron sujetas a su consideración y, hecho lo anterior, que sean aprobadas por la mayoría de las Legislaturas de los Estados; sin embargo, la participación de éstas no implica que sean ellas, en forma exclusiva, las que aprueben y expidan la norma general, siendo este requisito al que se refiere el artículo 105, fracción II, inciso d), de la Constitución Federal para la procedencia de la acción de inconstitucionalidad, cuando señala que procede en contra de leyes expedidas por el propio órgano, más no respecto de aquellas en las que sólo haya participado para su aprobación, conjuntamente con diversos órganos legislativos. En congruencia con lo anterior y de acuerdo con una interpretación armónica de los artículos 105, fracción II, inciso d), y 135 constitucionales, se infiere que las acciones de inconstitucionalidad promovidas en contra de reformas o adiciones a la propia Constitución por la representación parlamentaria minoritaria de una legislatura local, es improcedente, en virtud de que no fue esa legislatura quien en forma exclusiva expidió la norma general materia de impugnación."*

De la tesis analizada, se desprende lo siguiente:

1. La SCJN reconoce la participación y el rol de las Legislaturas de los Estados, solo para participar en el procedimiento de Reforma, es decir solo para la validación.
2. Priva la legitimación a las Legislaturas de los Estados para accionar el mecanismo de control en estudio en tratándose de reformas a la Constitución.

En ese sentido, se debe decir, que en el criterio analizado, la SCJN, limita el actuar y el control de la Reforma únicamente al mismo procedimiento



establecido, sin entrar por supuesto al fondo de los planteamientos realizados por las partes, sino de plano la desecha como notoria improcedencia en su análisis. Advirtiendo de esta manera, una postura totalmente democrática y mayoritaria.

### **III.9.- Puntualizaciones finales. Argumentos en favor del Control formal de la reforma a la Constitución por Acción de Inconstitucionalidad.**

En este caso debemos decir que en relación a nuestro objeto de estudio, es decir las reformas a la Constitución, tienen un símil en relación a las modalidades de inconstitucionalidad (formal y material) conforme al modelo actual de la Acción de Inconstitucionalidad en México, de ahí que en la actualidad las reformas a la constitución se llevan a cabo mediante un procedimiento complicado, con reglas definidas pero confusas, en cuyo desarrollo pueden presentarse vicios como en cualquier otro, sin que se sigan los procedimientos señalados por las propias Leyes Orgánicas de los órganos que la autorizan o el procedimiento y formalidades en sí.

#### **III.9.1. Necesidad de control formal de la reforma.**

Considerando que si en nuestra Constitución el propio numeral 14 señala las formalidades esenciales del procedimiento y la nulidad de actuaciones en todas las materias derivado de la inobservancia de las reglas previamente establecidas, resulta necesario que exista certeza de que las modificaciones a la Norma Constitucional son realizadas conforme a lo previsto por la propia Constitución y, para ello, el control jurisdiccional del órgano reformador deberá resultar indispensable.

Sería muy grave que el consenso básico representado por los Órganos Legislativos fuera reformado sin cumplir con los requisitos constitucionales y los procedimientos y formalidades a que haya lugar.

Así mismo resulta necesario la posibilidad de control de las reformas constitucionales implica una garantía básica para las entidades federativas, pues éstas deben tener la certeza de que efectivamente se han cumplido los requisitos constitucionales, que se ha tomado en cuenta el parecer de todas las legislaturas y se ha logrado el consenso de la mayoría de éstas, para que una norma llegue a ser efectivamente constitucional y, como tal, les obligue.

Por ello, me parece adecuado la propuesta del proyecto, de apartarnos del criterio de que la reforma constitucional encuentra su control en sí misma.

En el caso en estudio se debe decir que el artículo 135 constitucional establece un procedimiento para realizar el cómputo de los votos de las legislaturas y la forma en que se realiza la declaración de aprobación.

Sin embargo a la fecha la Propia Corte ya ha emitido criterios al respecto<sup>102</sup>, estableciendo lo siguiente:

*"PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL. De acuerdo con el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución no es susceptible de control jurisdiccional, ya que lo encuentra en sí mismo; esto es, la función que realizan el Congreso de la Unión, al acordar las modificaciones, las*

<sup>102</sup> Tesis de Jurisprudencia bajo los siguientes datos de identificación: 1000492. 178. Pleno. Novena Época. Apéndice 1917-Septiembre 2011. Tomo II. Procesal Constitucional 4. Controversias constitucionales Primera Parte - SCJN. Pág. 4714.

*Legislaturas Estatales al aprobarlas, y aquél o la Comisión Permanente al realizar el cómputo de votos de las Legislaturas Locales y, en su caso, la declaración de haber sido aprobadas las reformas constitucionales, no lo hacen en su carácter aislado de órganos ordinarios constituidos, sino en el extraordinario de Órgano Reformador de la Constitución, realizando una función de carácter exclusivamente constitucional, no equiparable a la de ninguno de los órdenes jurídicos parciales, constituyendo de esta manera una función soberana, no sujeta a ningún tipo de control externo, porque en la conformación compleja del órgano y en la atribución constitucional de su función, se encuentra su propia garantía."*

Si bien, el artículo 135 constitucional prevé única y exclusivamente una norma de procedimiento legislativo, pues constituye una mera verificación formal, **sin una opción de actuación en caso de que la regla prevista se incumpla.**

### **III.9.2. Necesidad de Control material de la reforma a la Constitución.**

Las reformas a la Constitución puede ser materia de control de tipo material ya que las propias modificaciones pueden ir en contra de los límites expresos o cláusulas de intangibilidad que otorgan una protección especial a ciertas materias frente a la actuación del órgano reformador, como lo hemos establecido con anterioridad.

Sin embargo, la Constitución no se reforma a sí misma, lo hace el Congreso de la Unión y las legislaturas locales como órganos constituidos, que están sometidos, por lo cual existen límites como lo hemos venido

señalando y que si bien la mayoría no están expresamente pero existen en una forma de protección de la Constitución conforme a sus existencias.

Por otra parte es claro que la progresividad y la adaptación Constitucional constituye un elemento básico de protección y progresividad del sistema constitucional, previendo siempre la consolidación de las expectativas de los creadores de la misma, ello sin pasar por alto la posible confrontación entre el derecho interno del nuevo llamado derecho supranacional dentro de un mundo globalizado.

Resulta un argumento contrario la permisibilidad de del análisis de control de Constitucionalidad de Leyes y tratados Internacionales, y el permitir que reformas o adiciones a la Constitución no sean sujetos de revisión, máxime cuando en ellos está en juego no solo la voluntad popular, sino la duda de que la adición o reforma a introducirse, sea contraria a la propia constitución.

De igual forma, resulta incongruente que el contenido del texto adicionado o reformas introducidas en la Ley Suprema y como fuente de derechos parámetros del Estado y de su función, exista la imposibilidad de que el texto ahí agregado sea contrario a parámetros mínimos de control, por tanto estaríamos ante una fuente con contenidos formal o materialmente contrarios a ella; atendiendo únicamente a un procedimiento confuso, dejando así la posibilidad de participación solamente a las mayorías, que no siempre resultan actuar acorde a los principios de la Constitución, sino procedente de acontecimientos y acciones acorde a las tendencias del Partido en turno y no con una visión de fortalecimiento de las estructuras básicas del Estado.

Es sabido que en la actualidad las Reformas a la Constitución no son

objeto del parámetro de control en estudio de acuerdo a los lineamientos establecidos en el artículo 105 de la Constitución Federal. Ya que se ha establecido que al promover la acción de inconstitucionalidad, los distintos órganos se encuentran legitimados para impugnar, exclusivamente, las leyes ordinarias, federales o locales e, inclusive, los tratados internacionales **que, consideren, contravienen lo dispuesto en la propia Constitución; no así, las propias normas constitucionales.**

Es preciso puntualizar que en el sistema Estatal, si se encuentra aceptado el control de Constitucionalidad respecto a las Constituciones Locales, como lo ha establecido la propia Corte<sup>103</sup>, resultando contrario el

---

<sup>103</sup> 2 Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XIII, Marzo de 2001

Página: 469

Tesis: P./J. 18/2001

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. TIENE LEGITIMACIÓN PARA PROMOVERLA EN CONTRA DE REFORMAS ADICIONES A LAS CONSTITUCIONES LOCALES, EL TREINTA Y TRES POR CIENTO DE LOS INTEGRANTES DEL CONGRESO O LEGISLATURA CORRESPONDIENTE SIN TOMARSE EN CONSIDERACIÓN A LOS AYUNTAMIENTOS CUANDO LOS MISMOS DEBAN INTERVENIR. De lo previsto en los artículos 105, fracción II, inciso d), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 62 de la ley reglamentaria de la materia, se desprende que en los casos en que la acción de inconstitucionalidad se ejercite por integrantes de algún órgano legislativo estatal en contra de leyes expedidas por el propio órgano, la demanda correspondiente deberá estar firmada cuando menos por el equivalente al treinta y tres por ciento de quienes integran el mismo. En este sentido, por "órgano legislativo estatal" debe entenderse aquel en el que se deposita el Poder Legislativo de un Estado conforme a su propia Constitución, pues éste y no otro es el depositario de dicha función legislativa. Por tanto, cuando en la mencionada vía se plantea la invalidez de una reforma o adición a una Constitución Local para lo cual la misma norma requiera la intervención de los Ayuntamientos del propio Estado, como lo establece la Constitución de Tabasco, tal circunstancia no modifica la naturaleza del Congreso Estatal como depositario del Poder Legislativo y órgano emisor de la ley, por lo que el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de dicho cuerpo legislativo sí está legitimado para impugnar dicha reforma o adición.

Ello es así, porque del mismo modo en que la aprobación, promulgación y publicación de las leyes

que realiza el titular del Poder Ejecutivo no hace que éste forme parte integrante del Congreso, ni que deba tomarse en cuenta para calcular el treinta y tres por ciento de sus miembros, la participación de los Ayuntamientos en el acto de aprobación de las reformas constitucionales que expida el Congreso, no da lugar a que se les considere parte integrante del "órgano legislativo" pues no actúan como diputados, ni

no permitir este control en el sistema Federal, ello bajo el argumento de que una reforma de tal envergadura no puede ser objeto de control por un órgano constituido, como lo es el caso de la Suprema Corte en este caso que nos ocupa. En ese sentido vemos un control preponderante hacia la Libertad del Legislador Local.

En ese sentido a nivel Estatal, se ha previsto el Control de Constitucionalidad sobre Leyes, en un desarrollo de Salas Constitucionales, en el que incluyó un sistema Integral de la Defensa de la Constitución, con un catálogo de mecanismos de Competencia exclusiva a la Sala Constitucional Electoral que forma parte de la estructura Orgánica del Poder Judicial del Estado, dentro de los que destacan las Acciones de Inconstitucionalidad<sup>104</sup>

De ahí que se plantea la inquietud de la necesidad de hacernos este planteamiento y con ello analizar una expectativa que permita la inclusión de este mecanismo como control Constitucional de la propia constitución. Como hemos venido razonando, es claro que el poder Político puede resultar avasallante contra los principios de la propia constitución, si bien desde un punto de vista doctrinario, pero es claro que se puede atender desde un punto de vista material, conllevando con ello a la afectación de la armonía constitucional con la propia. De ahí la importancia de la protección Constitucional en cualquiera de sus esferas, entablando así el llamado bloque de Constitucionalidad. Por tanto abrimos la Posibilidad a que si las

---

forman un órgano deliberante, sino que, en su carácter de entidades políticas, componentes del Estado, tienen la potestad de manera individual y separada de aprobar o no las nuevas disposiciones que pretendan incorporarse a la Constitución Estatal; esto es, son entes públicos que intervienen en el proceso de formación de las normas locales supremas para validar con su voto las modificaciones a la Constitución, discutidas y aprobadas previamente por el Congreso Local como órgano legislativo que permanentemente ejercita esa función.

<sup>104</sup> Madero Estrada, José Miguel, *Reforma Constitucional Relevante, Libertades Fundamentales y Control Judicial de la Constitución*, p. 238. Vista en Internet: <http://bibliohistorica.juridicas.unam.mx/libros/8/3845/10.pdf>.

Constituciones Locales, según lo ha Definido la SCJN, resultan ser Leyes sujetas a revisión, también existe una posibilidad que las reformas a la misma puedan ser sujetas de revisión por este Órgano Colegiado, como ente protector de Constitucionalidad.

#### IV. CONCLUSIONES.

1.- El origen del control jurisdiccional de la Constitución **resulta necesario**, precisamente, para sostener un equilibrio entre las mayorías democráticas, más allá de la limitación a este principio, sin embargo el propio sistema constitucional establece estos mecanismos como medios de control del propio poder mayoritario, pues sin este no se puede concebir un Estado constitucional con una debida garantía de protección al Marco Constitucional y los derechos y libertades fundamentales, recordemos pues que la funcionalidad de un sistema requiere de una institucionalización de controles, entre ellos el Jurisdiccional, como medida para garantizar en base a procedimientos objetivos, el Estado Constitucional en el que se constituye este país, resultando necesario reforzar los roles del Poder Politico en el procedimiento de las reformas constitucionales.

2.- Si bien de acuerdo al modelo actual de control constitucional con el que se cuenta en México, permea de forma avasallante el sistema mayoritario concedido a los órganos representativos que participan en el procedimiento, lo que al momento resulta legalmente inconcebible que un Poder Constituido, como lo es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, analice por cualquiera de los mecanismos mediante los cuales se ejerce el control de Constitucionalidad de la Reformas, ya sea de manera formal o material. Significando que si bien la propia Constitución prevé un procedimiento específico, este puede resultar en violaciones formales y materiales en el contenido de la norma constitucional.

3.- Resulta inconcebible que la Constitución como sistema de fuentes normativas y parámetro para el funcionamiento del Estado Constitucional, no pueda tener un propio mecanismo mayormente eficaz, más que el control



político que se ejerce en su procedimiento, existiendo peligro inminente de la introducción de disposiciones normativas adversas a la Constitución y a capricho de las mayorías.

## V. ANEXO DE FUENTES Y CITAS (BIBLIOGRÁFICAS, JURÍDICAS, JURISPRUDENCIA E INTERNET).

<sup>1</sup> La filosofía analítica es un movimiento desarrollado en la segunda mitad del siglo XX, pero iniciado en la primera. Su origen está en las teorías del atomismo lógico expuestas por Bertrand Russell y Luis Wittgenstein. Autores como Habermas, Jürgen, La Lógica de las Ciencias Sociales, Tecnos, 4ª ed, España, 2007. Rapp, Friedrich, Garzón Valdéz, Ernesto **Filosofía analítica de la técnica**. Buenos Aires. Alfa, España, 1981. Stroll, Avrum, La Filosofía Analítica del Siglo XX, Siglo veintiuno de España Editores, España, 2002, pp. 8 y 9, han desarrollado esta filosofía aplicada principalmente a las ciencias sociales.

<sup>2</sup> Vera Santos, José Manuel, La Reforma Constitucional en España, La Ley, Madrid, 2007, p. 34.

<sup>3</sup> De Cabo Martín, Carlos, La Reforma Constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho, Trotta, Madrid, 2003, pp. 29 y 30.

<sup>4</sup> Ragone, Sabrina, El Control Judicial de la Reforma Constitucional. Aspectos Teóricos y Comparativos, Traducc. Español Rodrigo Brito Melgarejo, Revista Mexicana de Derecho Procesal Constitucional, número 63, México, Porrúa, p. 11.

<sup>5</sup> Uribe Arzate, Enrique, "Principios Constitucionales y Reforma a la Constitución", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 2006, enero-abril, número 115 enero-abril, p. 237.

<sup>6</sup> Ragone, Sabrina, El Control Judicial de la Reforma, op. cit.; 7).

<sup>7</sup> Cappelletti, Mauro, II, El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado, trad. de Cipriano Gómez Lara y Héctor FixZamudio, UNAM, México, 1966. Este ha señalado que la Constitución de Estados Unidos es el representante natural de las constituciones rígidas. Esto se origina derivado de la experiencia para evitar la regresión del imperio Ingles, como medida de auto protección.

<sup>8</sup> Bryce, James, Constituciones flexibles y Constituciones rígidas, 2ª. Edición, Colección Civitas, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962. P.124.

<sup>9</sup> Vidal Beltrán, José María, García Herrera, Miguel Ángel, prólogo de Jordi Sevilla Segura, El Estado Autonomico: Integración, Solidaridad, Diversidad, Volume 1, Instituto Nacional de Administración Pública (España), editorial Colex 2005, p. 180.

<sup>10</sup> Cabo de la Vega, Antonio de, Elementos de flexibilidad en una Constitución pretendidamente (super)rigida: rigidez y justicia constitucionales, en prensa, p. 238.

<sup>11</sup>Guastinni, Ricardo, "Rigidez Constitucional y Límites a la Reforma en el Ordenamiento Italiano",

<sup>12</sup>Guastinni, Ricardo, Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional, ISSN-e 1405-9193, N.º. 1, 1999, p.34.

<sup>13</sup> R, Dworkin, Los Derechos en Serio, Barcelona, Edit. Ariel S.A. pp. 61-101.

<sup>14</sup>Del Rosario-Rodríguez, MF, Dikaion, 2011 - dikaion.unisabana.edu.co, así como Guastinni, Idem, p.11.

<sup>15</sup> Calzada Patrón, Feliciano (1990). El poder constituyente, en el Derecho Constitucional. México, DF: Harla, p. 159.

<sup>16</sup>Aláez Corral, Benito, *Las Normas Preconstitucionales y el mito del Poder Constituyente*, *Revista de estudios políticos*, ISSN 0048-7694, N.º 103, 1999, pp. 322-340.

<sup>17</sup>Segundo Linares Quintana, Jorge R. Vanossi, Carlos Sánchez Viamonte y Alejandro Silva Bascañán, que lo trataron en la segunda mitad del siglo XX. Para una mayor ilustración de este fenómeno véase Linares Quintana, Segundo V. (1953): *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, T. II; Sánchez Viamonte, Carlos. (1957): *El poder constituyente*, Buenos Aires; Silva Bascañán, Alejandro (1963): *Tratado de Derecho Constitucional*, Ts. I y III, Santiago; Vanossi, Jorge Reinaldo (2000): *Teoría Constitucional*, T. I. Buenos Aires. Ver también Spota, Alberto Antonio (1970): *Origen y naturaleza del poder constituyente*, Buenos Aires.

<sup>18</sup> EO Rabasa - 1994 - info.bibliojuridica.org, p, 13.

<sup>19</sup> Estrada, JMM. *La Reforma Constitucional Estatal – 2009* - diputados.gob.mx, p, 2.

<sup>20</sup> Calzada Patrón, Feliciano (1990). El poder constituyente, en el Derecho Constitucional, p, cit., p13.

<sup>21</sup>Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*. Alianza Universidad Textos, 1985. 2ª Ed.1996, p. 50.

<sup>22</sup> Hernandez Valle, Rubén, "El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 37, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p.145.

<sup>23</sup> Patiño Camarena, Javier, Presupuestos Indispensables Para Procurar La Complementariedad De Las Instituciones Democráticas Representativas Con El Referéndum En Los Procesos De Reforma Constitucional, Cuestiones Constitucionales, núm. 25, julio-diciembre, 2011, pp. 135-136.

<sup>24</sup> Vergottini, Giuseppe de, traducción de Herrera, Claudia. DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO, IJ UNAM, pp 164-170.

<sup>25</sup> Constituciones de Prusia 1850 (artículo 107), Brasil 1967 (artículo 51)

<sup>26</sup> Constituciones de Alemania, 1949 (artículo 79) y Portugal, 1976 (artículo 276).

<sup>27</sup> Constitución de Liechtenstein, 1921 (artículo 111).

<sup>28</sup> Constituciones de Noruega 1814 (artículo 112), Portugal, 1826 (artículo 40).

<sup>29</sup> Constitución Alemana. 1919, artículo 76.

<sup>30</sup> Estos entes participantes en los procesos de reforma, se dan en los estados federales, privilegiando la aprobación ocasionalmente de la mayoría de las legislaturas parlamentarias de los estados, ejemplos de ellos tenemos el de México, 1917 (artículo 135) y Estados Unidos.

<sup>31</sup> Ferrada Bórquez, Juan C, Los Derechos Fundamentales y el Control Constitucional, Revista de Derecho, Vol. XVII, diciembre 2004, p. 113.

<sup>32</sup> Aragón, Manuel, Constitución, Democracia y Control, IJ UNAL, 2002, pp, 86 y 87. A estos elementos de control propios de una Constitución se le han denominado "*Constitución bien equilibrada*" o *balance of Powers*.

<sup>33</sup> Se ha criticado la ausencia de parámetros los cánones de control del poder político, sin embargo, los principios constitucionales deben de regir independientemente de esta postura, ejemplos como el debido proceso en los procedimientos de control político, la certeza jurídica en las determinaciones y la existencia anterior de órganos previamente instituidos. Hay avances en este sentido, al momento en que los parlamentos en sus leyes orgánicas han establecido dichos procesos y de igual forma en legislaciones secundarias que los regulan.

<sup>34</sup> Desdentado Daroca, Eva, Civitas, Madrid, 1997. Linares, Sebastian, Marcial Pons, España, 2008.

<sup>35</sup> García Belaunde, Pegoraro, Ruggero y Spadaro, Weberio, Harutyunyan y MaucicCalamandrei, Cappelletti, Vanossi, Sagüés, Brewer—Carias,

Nogueira, Von Brünneck, Favoreu, Pasquino, a las cuales se les remite por la originalidad que singularmente las caracteriza.

<sup>36</sup> Highthon, Elena I. *Sistemas Concentrado y Difuso de Control de Constitucionalidad*, IJUNAM, México. Pp. 109-110. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/10.pdf>. pp.

<sup>37</sup> Bachof, O. *Jueces y Constitución* (1985). Ed. Civitas, Madrid, España, página 61, Fix Zamudio, Héctor (2000). "Voz Tribunales Constitucionales". *Diccionario Jurídico Mexicano*. Ed UNAM, México., Ferrer MacGregor, Eduardo (2002). "Los tribunales constitucionales en Iberoamérica". Ed. Funda, México, Bachof, O. *Jueces y Constitución* (1985). Ed. Civitas, Madrid, España.

<sup>38</sup> García de Enterría, E. y Fernández, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1996 (7ª edición), p. 117.

<sup>39</sup> Triepel, H. *Derecho público y política*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1986, pp. 42-43.

<sup>40</sup> Figueroa Mejía, Giovanni A, *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, México, Porrúa, 2011.

<sup>41</sup> Cfr, De Vega, Pedro, *La reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*. p. 20.

<sup>42</sup> De Cabo Martín, Carlos. *La Reforma Constitucional y el Sistema de Fuentes*. Editorial Trota. P. 31.

<sup>43</sup> Fioravanti, M. *Los Derechos Fundamentales apuntes de historia de las constituciones*. Trad. M. Martínez Neira, segunda edición, Madrid, Trota, 1998, p. 75.

<sup>44</sup> Cfr, Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*. Ob, Cit., p 33.

<sup>45</sup> Ídem.

<sup>46</sup> Hamilton, Madison y Jay, "The Federalist Papers", No 10.

<sup>47</sup> La sentencia pronunciada por la Corte al resolver el caso (en el que intervenían intereses de los partidos federalista y republicano), se refería principalmente a los puntos siguientes: "1.- La Ley de la judicatura que impedía a la Corte conocer el asunto en cuestión era inconstitucional, porque el Congreso no puede, por ningún medio, ampliar la jurisdicción original que otorga la Constitución; 2.- La naturaleza de la Constitución escrita es superior a la ley; 3.- El Poder Judicial se extiende a todos los casos surgidos

de la Constitución de los Estados Unidos de América". Reyes Reyes, Pablo E. La Acción de Inconstitucionalidad. Ed. Oxford. México 2000. Págs. 92 y 93.

<sup>48</sup> De Toqueville, Alexis. La Democracia en América. Fondo de Cultura Económica. México 1984. Pág. 138.

<sup>49</sup> De manera fundamental estos doctrinistas justifican la democracia en valores de autonomía personal y de la imparcialidad, presupuestos de la práctica social de construir consensos en forma argumentativa.

<sup>50</sup> Dalla Via, Alberto R. Revista Sección Doctrinal. "Representación Política, Democracia Y Mercado". Revista Sección Doctrinal. <https://tecnologias-educativas.te.gob.mx/RevistaElectoral/content/pdf/a-2004-02-019-011.pdf>. Visto a las 12:00 horas del día 10 de diciembre del año dos mil quince.

<sup>51</sup>10 Jeremy Waldron, «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», P.344.

<sup>52</sup> 11 Jeremy Waldron, «Freeman's Defense of Judicial Review», op. cit., p. 41. P. 324.

<sup>53</sup> Bruce Ackerman , We The People. Vol. I: Foundations , op. cit., pp. 6-7; Gustavo Zagrebelsky, Il diritto mite: legge, diritti, giustizia, Torino, Einaudi, 1992, pp. 155-157.

<sup>54</sup> Habermas, Jurgen, Factilidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso, trad de Manuel Jiménez, Madrid Trotta, 1998, p p 60 y 61.

<sup>55</sup> HAMILTON, "El Federalista", México, Fondo de Cultura Económica, 1957, cap. LXXVIII, p. 332.

<sup>56</sup>Sagüés, Nestor, "Derecho Procesal...", Trotta. 1985. p. 99.

<sup>57</sup> Bickel, Alexander M., The least dangerous branch, Indianapolis, Bobbs-Merrill Educational Publishing, 1978. P. 132.

<sup>58</sup> Ely, John H., Democracy and distrust. A theory of judicial review, Harvard University Press, 1980

<sup>59</sup> Nino, Carlos S., La filosofía del control judicial de constitucionalidad, "Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N° 4, setiembre-diciembre 1989. p. 120.

<sup>60</sup> Nino, Carlos S., La filosofía del control judicial de constitucionalidad, "Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N° 4, setiembre-diciembre 1989. p. 127.

<sup>61</sup> Lawrence Tribe, «The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories», *Yale Law Journal*, 89 (1980), 1063-1080; Bruce Ackerman, «Beyond Carolene Products», *Harvard Law Review*, 98 (1985) 713-746; Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985, pp. 59 ss.; Cass Sunstein, *The Partial Constitution*, Cambridge, Mass./London, Harvard University Press, 1993, pp. 143-145; y sobre todo Jeremy Waldron, «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», *op. cit.*, pp. 39-41, y Ferderick Schauer, «Judicial Review of the Devices of Democracy», *Columbia Law Review*, 94 (1994) 1326-1347, pp. 1335-1336 y 1343-1344.

<sup>62</sup> Hart, *The Concept of Law*, 2nd.ed., P.A. Bulloch and J. Raz, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 149 entre dos sentidos en que cabe concebir la omnipotencia del parlamento.

<sup>63</sup> De Vega, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Ob. Cit. 31.p. 29.

<sup>64</sup> De Otto Pardo, Ignacio: *Defensa de la Constitución y partidos políticos*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 34.

<sup>65</sup> Pérez Royo, Javier.; *La reforma de la Constitución*. Madrid. Congreso de los Diputados, 1987, pág. 211: para el supuesto de materias reservadas al legislador que reforma la Constitución, pero ante la dificultad procedimental para su actuación, obligue a intervenir al intérprete constitucional.

<sup>66</sup> Cfr, De Vega, Pedro *op. cit.*, p. 31.

<sup>67</sup> Cfr, Fix-Zamudio Héctor y Valencia Carmona Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, segunda edición, Porrúa-UNAM, México, 2001, p. 101.

<sup>68</sup> Cfr, Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, "Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías", p. 93

<sup>69</sup> Artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

<sup>70</sup> Suprema Corte criterios jurisprudenciales que señalan: FACULTADES CONCURRENTES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. SUS CARACTERÍSTICAS GENERALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XV*, Enero de 2002, *Controversia Constitucional*, Tesis: P./J. 142/200,1Página: 1042.

<sup>71</sup> Mendoza Ruiz, Joel, El principio de subsidiariedad en el federalismo mexicano, pp. 39-40.

<sup>72</sup> Barragán Barragán, José, Op. Cit., El federalismo mexicano, visión histórico constitucional, p. 99.

<sup>73</sup> Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, Madrid., consultada en internet en la siguiente dirección:  
<http://buscon.rae.es/draef/Srvlt/ObtenerHtml?origen=RAE&LEMA=derecho&SUPIND=0&CAREXT=100>

<sup>74</sup> Declaración y Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, A/CONF. 157/23, 12 de julio de 1993, pag. 5.

<sup>75</sup> Torres Moran, Antonio. *Principios de derecho constitucional español*, 4a. ed., Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1998, pp. 56 y 57.

<sup>76</sup> Cfr . Rey Cantor, Ernesto. *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa-IMDPC, México, 2008, pp.1354-1321.

<sup>77</sup> Sepúlveda Iguiniz, Ricardo. "Una propuesta para el establecimiento de leyes orgánicas constitucionales en México", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, UNAM, México, No. 15, julio-diciembre de 2006, pp. 224-251.

<sup>78</sup> Vázquez Isonomía, Daniel. Los Límites de la Reforma Constitucional. No. 39, octubre 2013, pp.161-181.

<sup>79</sup> Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel, *Derecho constitucional*, 6a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 7.

<sup>80</sup> Ley publicada en México Distrito Federal, el día 20 de marzo del año 2013, en el Periódico Oficial de la Federación.

<sup>81</sup> CRÓNICA DEL AMPARO EN REVISIÓN 2021/2009 TRIBUNAL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. "IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2007 EN MATERIA ELECTORAL". Visto en Internet:  
<https://www.scjn.gob.mx/cronicas/cronicas%20def%20pleno%20y%20salas/cr-280311-giom-electoral.pdf>.

<sup>82</sup> Tesis P. LXII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, septiembre de 1999, p. 11, registro 193250.



<sup>83</sup> LA CONTROVERSIAS CONSTITUCIONAL. "PARTICULARIDADES DEL PROCESO RESPECTIVO EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO". Revista IUS UNIVERSISAS LATINA DE AMÉRICA. Visto en Internet en el siguiente link:

<http://www.unla.mx/iusunla19/reflexion/La%20controversia%20constitucion%20-Alfonso%20Herrera%20-UNLA1.htm>.

<sup>84</sup> Controversia constitucional 82/2001, derivaron las dos tesis de jurisprudencia que se indican, las cuales fueron aprobadas por mayoría de ocho votos de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su sesión pública del 6 de septiembre de 2002, publicados en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta del mismo mes y año, Novena Época, tomo XVI, con los números de tesis P.J.J. 39/2002 y P.J.J. 40/2002, respectivamente.

<sup>85</sup> Brage Camazano, Joaquín (2007), "La Acción Mexicana de Inconstitucionalidad"; en el colectivo Procesos Constitucionales, Memoria del I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coords.), Ed. Porrúa, México, pág. 164.

<sup>86</sup> Constitución de la República Italiana. Art. 127.

<sup>87</sup> Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Art. 93, nº 2.

<sup>88</sup> María Luisa Balaguer C. El recurso de inconstitucionalidad. CEPC. Madrid. (2001); Asunción García Martínez. El recurso de inconstitucionalidad: el proceso directo de inconstitucionalidad. Ed. Trivium S.A. Madrid. (1992). entre otros.

<sup>89</sup> Su legitimación constitucional es ratificada en la LO 3/81.

<sup>90</sup> Joaquín Camazano Brage. La acción abstracta de inconstitucionalidad. Pág. 172. Primera edición. Universidad Autónoma de México, Ciudad de México. (2005).

<sup>91</sup> Definiciones vistas en internet en el siguiente link: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/recurso-de-inconstitucionalidad/recurso-de-inconstitucionalidad.htm>.

<sup>92</sup> En el caso de Italia tiene una clara dimensión territorial y no de protección de minorías, al legitimarse al Consejo de Ministros y a las Juntas (Gobiernos) de las Regiones; al primero en defensa de los intereses generales y al segundo en representación de los intereses propios de su territorio; en el caso alemán, se otorga legitimación a los Länder, al gobierno federal y a un tercio de los miembros del Bundestag; el español con una legitimación

territorial y del defensor del pueblo más cercana a la idea restringida; en el caso de los países latinoamericanos se habla de una actiopopularis de la acción.

<sup>93</sup> Carpentier, Élise, *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, París, Fondation Varenne, 2006, p. 167. Así, Carpentier argumenta que "La procédure de résolution des conflits entre organes constitutionnels apparaît alors comme la voie idoine puisque, ainsi qu'il a été montré, elle a pour objectif de garantir les droits des minorités politiques".

<sup>94</sup> Torres Muro, Ignacio, *La legitimación en los procesos constitucionales*, Op. Cit., p. 179.

<sup>95</sup> La minoría la integraron los Ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Ramón Cossío Díaz, Genaro David Góngora Pimentel y Juan N. Silva Meza.

<sup>96</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, novena época, tomo XXIX, abril 2009, pág. 1106.

<sup>97</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, novena época, tomo XXIX, abril 2009, pág. 1106.

<sup>98</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, novena época, tomo XXIX, abril 2009, pág. 1100.

<sup>99</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, 9ª época, tomo XXIX, abril 2009, pág. 1104.

<sup>100</sup> Tesis de Jurisprudencia bajo los siguientes datos de identificación: 1000492. 178. Pleno. Novena Época. Apéndice 1917-Septiembre 2011. Tomo II. Procesal Constitucional 4. Controversias constitucionales Primera Parte - SCJN, Pág. 4714.

<sup>101</sup> 2 Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*  
XIII, Marzo de 2001

Página: 469

Tesis: P./J. 18/2001

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. TIENE LEGITIMACIÓN PARA PROMOVERLA EN CONTRA DE REFORMAS ADICIONES A LAS CONSTITUCIONES LOCALES, EL TREINTA Y TRES POR CIENTO DE LOS INTEGRANTES DEL CONGRESO O LEGISLATURA CORRESPONDIENTE SIN TOMARSE EN CONSIDERACIÓN A LOS AYUNTAMIENTOS CUANDO LOS MISMOS DEBAN INTERVENIR. De lo previsto en los artículos 105, fracción II, inciso d), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 62 de la ley reglamentaria de la materia, se desprende que en los casos en que la acción de inconstitucionalidad se ejercite por integrantes de algún órgano legislativo estatal en contra de leyes expedidas por el propio órgano, la demanda correspondiente deberá estar firmada cuando menos por el equivalente al treinta y tres por ciento de quienes integran el mismo. En este sentido, por "órgano legislativo estatal" debe entenderse aquel en el que se deposita el Poder Legislativo de un Estado conforme a su propia Constitución, pues éste y no otro es el depositario de dicha función legislativa. Por tanto, cuando en la mencionada vía se plantea la invalidez de una reforma o adición a una Constitución Local para lo cual la misma norma requiera la intervención de los Ayuntamientos del propio Estado, como lo establece la Constitución de Tabasco, tal circunstancia no modifica la naturaleza del Congreso Estatal como depositario del Poder Legislativo y órgano emisor de la ley, por lo que el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de dicho cuerpo legislativo sí está legitimado para impugnar dicha reforma o adición.

Ello es así, porque del mismo modo en que la aprobación, promulgación y publicación de las leyes

que realiza el titular del Poder Ejecutivo no hace que éste forme parte integrante del Congreso, ni que deba tomársele en cuenta para calcular el treinta y tres por ciento de sus miembros, la participación de los Ayuntamientos en el acto de aprobación de las reformas constitucionales que expida el Congreso, no da lugar a que se les considere parte integrante del "órgano legislativo" pues no actúan como diputados, ni forman un órgano deliberante, sino que, en su carácter de entidades políticas, componentes del Estado, tienen la potestad de manera individual y separada de aprobar o no las nuevas disposiciones que pretendan incorporarse a la Constitución Estatal; esto es, son entes públicos que intervienen en el proceso de formación de las normas locales supremas para validar con su voto las modificaciones a la Constitución, discutidas y aprobadas previamente por el Congreso Local como órgano legislativo que permanentemente ejercita esa función.

<sup>102</sup> Madero Estrada, José Miguel, *Reforma Constitucional Relevante, Libertades Fundamentales y Control Judicial de la Constitución*, p. 238. Visto en Internet: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/8/3845/10.pdf>.

#### V.ABREVIATURAS.

- 1.- SCJN: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
2. TC: Tribunal Constitucional Español.