



**Universidad Nacional Autónoma de México**

---

**FACULTAD DE DERECHO**

**CONTROL PREVIO DE LA  
CONSTITUCIONALIDAD, UNA  
PROPUESTA DE CONTROL SOBRE LAS  
REFORMAS CONSTITUCIONALES**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

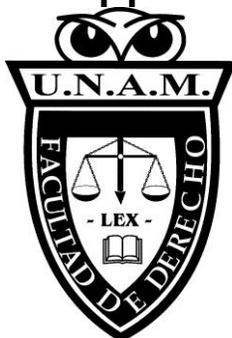
**LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA

**PABLO BERTHEL Y ARAIZA**

ASESOR:

DR. PEDRO EMILIANO HERNÁNDEZ GAONA



CIUDAD UNIVERSITARIA, CD. MX. 2018



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

UNIDAD DE SEMINARIOS "JOSÉ VASCONCELOS"  
FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y  
AMPARO

Cd. Universitaria, Cd. Mx., 25 de enero de 2018.

DIRECCIÓN GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN  
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.  
P R E S E N T E.

Por este conducto, me permito comunicar a usted, que el pasante **BERTHELY ARAIZA PABLO** con número de cuenta 30651453-9 bajo la supervisión de este Seminario, elaboró la tesis intitulada "**CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD, UNA PROPUESTA DE CONTROL SOBRE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES**", realizada con la asesoría del profesor **Dr. Pedro Emiliano Hernández Gaona**.

Con fundamento en los artículos 8° fracción V del Reglamento de Seminarios, 19 y 20 del Reglamento General de Exámenes de la Universidad Nacional Autónoma de México, por haberse realizado conforme a las exigencias correspondientes, se aprueba la nombrada tesis, que además de las opiniones que cita, contiene las que son de exclusiva responsabilidad de su autor. En consecuencia, se autoriza su presentación al Jurado respectivo.

*"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"*

**A T E N T A M E N T E**  
**"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"**  
**DIRECTOR DEL SEMINARIO**



**LIC. EDMUNDO ELÍAS MUSI**

EEM/\*mpm.



*A mi familia.*

*A mis amigos.*

*A la Universidad Nacional Autónoma de México.*

*Sobre todo, a mi abuelo Jaime por enseñarme el valor de los tres  
anteriores y por su cariño infinito.*

# Índice

Introducción .....	3
Capítulo I. Nociones básicas del control de la constitucionalidad.	
I.I. Concepto de Constitución .....	8
Supremacía constitucional .....	10
Rigidez constitucional .....	11
I.II. Concepto de Estado Democrático .....	13
Dos visiones de la democracia .....	14
Mínimo concepto de Estado de Derecho .....	17
La Democracia Constitucional .....	21
I.III. Poder constituyente y poderes constituidos .....	23
I.IV. Reforma constitucional y reformas a la Constitución .....	26
I.V. Control de la constitucionalidad .....	27
I.VI. Límites al control (cláusula de intangibilidad) .....	44
Capítulo II. La reforma de 2011: un nuevo paradigma constitucional	
II.I. Consideraciones preliminares .....	48
II.II. Expediente varios 912/2010 .....	52
II.III. La reforma de 2011 en materia de Derechos Humanos .....	58
II.IV. Nuevas interpretaciones sobre el control de la Constitución, después de la reforma .....	61

### Capítulo III. Controlar la Constitución desde la Constitución

III.I. Antecedentes judiciales .....	64
Amparo Camacho Solís .....	70
Reforma en materia indígena a la Constitución .....	75
Amparo 186/2008, reforma electoral .....	77
III.II. Un control constitucional de la reforma a la Constitución.....	80
III.III. Controlar la Constitución con base en los principios constitucionales .....	83
III.IV. Críticas y falsos debates .....	86
La tiranía de los jueces .....	86
El tribunal constitucional y la norma competencial .....	89
Problemas de la decisión constitucional .....	91

### Capítulo IV. Control previo: un análisis comparado y una propuesta legislativa

IV.I. Control previo de la constitucionalidad .....	94
IV.II. Análisis comparado .....	95
Europa .....	95
América Latina .....	116
IV.III. Una propuesta legislativa para el sistema constitucional mexicano .....	127

Conclusiones.....	130
-------------------	-----

Bibliografía .....	135
--------------------	-----

## Introducción

El centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es un momento inmejorable para presentar el presente trabajo monográfico que pretende plantear una idea propositiva para reflexionar acerca del incremento progresivo que ha tenido el texto constitucional y, sobre todo, la idoneidad de un control previo de la constitucionalidad como herramienta para tener un control eficiente de la Carta Magna.

En el capítulo uno se desarrollan aquellas nociones conceptuales básicas que deben preceder a una propuesta de un nuevo mecanismo de control constitucional, para que se pueda entender la necesidad y pertinencia del proyecto propuesto. Se abarcan los conceptos teóricos de supremacía y rigidez constitucional, la distinción entre poder constituyente y poder constituido, así como un registro histórico de los progresos y regresiones en los instrumentos de control de la constitucionalidad en nuestro país.

El constitucionalismo nacional del siglo XIX sirvió para fincar las bases de la supremacía constitucional. Sin embargo, durante el siglo en el que México nació como país, no se asimiló la importancia del principio de rigidez constitucional como garantía de estabilidad en la construcción de instituciones que permitieran modelar

un proyecto de nación. Así, durante buena parte del siglo ante pasado, las disputas políticas, muchas veces bélicas, mermaron la idea de un documento constitucional que abonara al desarrollo institucional del país.

En la materia que a este trabajo compete, se puede señalar que durante el siglo XIX y el siglo XX, se transitó de un modelo de control de la constitucionalidad prioritariamente político a un modelo de control jurídico. Es decir, si bien en el sentido amplio del concepto todo acto constitucional, incluyendo los mecanismos de control, tiene implicaciones políticas, en una concepción estricta se puede decir que la función del control de la constitucionalidad, cuando se lleva a cabo por los actores legislativos, sigue una lógica primordialmente política, pero cuando estas prácticas las ejercen órganos jurisdiccionales se sigue una lógica que debe ser meramente jurídica.

De esta manera, en 1917 en el contexto de una revolución se desarrolló una evolución de la teoría constitucional y se expidió un documento que cedía el control de la constitucionalidad a los jueces, a través de novedosos instrumentos, de referencia mundial, como era el entonces ya consagrado juicio de amparo. Así, se creyó en su momento que se contaba con un sistema jurídico lo suficientemente rígido para perpetuar el equilibrio institucional y ser inmune a las amenazas de las ocurrencias políticas que pusieran en peligro la estabilidad del orden constitucional.

Hoy en día, desde el mirador cómodo que es el presente para criticar al pasado, podemos echar la vista atrás y descubrir que de 1917 a la fecha se ha modificado casi seiscientas veces el texto constitucional. Originalmente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tenía cerca de veintidós mil palabras, hoy tiene casi sesenta mil palabras. Es decir, en cien años la norma fundamental del estado mexicano ha crecido casi por triplicado.

Lo anterior no debería ser un problema *per se*. El crecimiento exponencial de la Constitución se debe, en buena medida, a la falta de técnica legislativa que han tenido los operadores legislativos al incorporar en la Carta Magna normas que son prioritariamente reglamentarias y que no deberían ser incluidas en la norma suprema. Sin embargo, más allá de las críticas que se pueden hacer por la mala sistematización y por la carente comprensión de lo que debe ir en el texto constitucional y lo que no, el constante crecimiento de la constitución representa un desafío para la armonización, en una lógica de progresión de derechos fundamentales, de las normas que integran la Constitución.

Es decir, el actuar del poder reformador de la Constitución hoy en día se antoja riesgoso si no cuenta con un mecanismo que verifique la constitucionalidad de una norma antes de que ésta sea parte de la propia Constitución. Este trabajo, podrá advertir el lector, pretende proponer un control previo de la constitucionalidad de las reformas a la constitución y, sobre todo, a las reformas constitucionales.

El segundo capítulo de este trabajo atiende, nuevamente de manera monográfica, el cambio de paradigma que representó la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 2011 y la importancia que tuvo para intentar consolidar un orden constitucional que haga compatibles sus normas y que respete los principios rectores que lo rigen. El carácter interpretativo redobló importancia a raíz de la reforma de 2011, pero la evolución en ese sentido no se entiende sin estudiar algunos precedentes judiciales que a finales del siglo XX y principios del siglo XXI pusieron el tema, del control de la constitucionalidad sobre reformas constitucionales, en los escritorios de los ministros y jueces.

En el tercer capítulo se desarrolla el núcleo conceptual del trabajo, se busca responder el cuestionamiento: ¿se puede controlar la Constitución desde la misma Constitución? La respuesta que presento en este texto es categórica: sí.

De igual manera, se reflexiona sobre lo que he llamado críticas y falsos debates, donde se busca contrarrestar algunas ideas precisas que han planteado la nula idoneidad de contar con un control previo de la constitucionalidad. Ante la pregunta ¿debe tener el juez constitucional la última palabra y someter a su control la voluntad popular representada en la normas constitucionales emitidas por los legisladores? La respuesta nuevamente es afirmativa.

Finalmente, en el último capítulo del trabajo se presenta un análisis de derecho comparado, tanto normativo como de casos concretos, de algunos países europeos y algunos otros americanos, donde existen mecanismos de control previo de la constitucionalidad. De esos modelos se presenta una propuesta legislativa, a modo de conclusión de este trabajo, para incorporar esa herramienta en el sistema jurídico nacional, a través de algunas reformas al texto constitucional y las normas reglamentarias subsecuentes.

# Capítulo I. Nociones básicas del control de la constitucionalidad

No resultaría paradójico que un trabajo que se propone analizar un tema esencial de la teoría constitucional como lo es el control de las reformas a la Constitución, empiece definiendo los dos elementos que componen el tema en cuestión, es decir: la Constitución y el control a la misma. Sin embargo, creo que los dos conceptos antes mencionados no son excluyentes, por el contrario, de algunos otros conceptos que será necesario abordar para poder presentar de manera precisa el análisis y la propuesta que pretende este trabajo.

## I.I

### **Concepto de Constitución**

El concepto de Constitución no podría entenderse sin el concepto de Estado, ya que uno requiere de la existencia del otro. El Estado se entiende como una unidad política y administrativa conformada de elementos determinados: un territorio donde se ejerza la jurisdicción del Estado; una población que habite dicho territorio; un gobierno que administre el poder y la riqueza del Estado; un ordenamiento jurídico que regule la organización de dicho gobierno, su actuar y el actuar de los habitantes;

y una soberanía efectiva emanada de la voluntad del pueblo y que permita al Estado gobernarse de manera autónoma sin la intervención de poder externo alguno<sup>1</sup>.

Para que un Estado pueda existir y sostenerse en el tiempo, requiere de un ordenamiento jurídico y político que le dé forma. Es decir, necesita de un documento que lo organice y lo establezca. Dicho documento adopta el nombre de Constitución política, ya que “constituye” al Estado en cuestión y lo organiza como un ente de naturaleza política<sup>2</sup>.

El concepto de Constitución surgió en el siglo XVIII, durante el marco histórico de la Ilustración. Pensadores como Rousseau, Locke y Hobbes cuestionaron la legitimidad de la monarquía como forma de gobierno y reflexionaron sobre los elementos constitutivos del Estado, el propósito de su existencia y el lugar de la voluntad general en su conformación. La Constitución de los Estados Unidos de América de 1783 fue la primera en su tipo al incorporar el modelo republicano y la división de poderes, y ha fungido como un modelo de ordenamiento para diversos países en el mundo. Asimismo, la Constitución estadounidense es la más longeva en la actualidad<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> AGUILAR, Lidia. *Derecho constitucional: sistema constitucional mexicano*. México. Grupo Editorial Patria. 2014. Pág. 32

<sup>2</sup> *Ídem*.

<sup>3</sup> *Ibidem*. Pág. 36

#### a) Supremacía constitucional

Según Hans Kelsen, la Constitución puede ser entendida desde un sentido lógico-jurídico (material) y jurídico-positivo (formal). El sentido lógico-jurídico refiere a la naturaleza particular de la Constitución al ser una norma creada mediante un procedimiento especial, es decir, no es una norma positiva, sino que permite que las leyes que deriven de ella formen parte del Derecho positivo. En sentido material, la Constitución incorpora el proceso mediante el cual se crean las leyes, la descripción y delimitación los órganos del Estado, y la regulación de las relaciones entre particulares<sup>4</sup>.

Por otro lado, el sentido jurídico-positivo refiere a la naturaleza de la Constitución como la norma fundamental donde descansa todo el sistema jurídico de un Estado. En sentido formal, es el documento fundacional que constituye la norma suprema de todo Estado. De ella emanan y se originan las leyes presentes y futuras que regulan ámbitos específicos, siempre siguiendo el enfoque y el sistema descritos en la norma suprema.

De esta manera, la Constitución brinda congruencia y solidez a un proyecto de nación mediante la conformación de un Estado. A esta característica de norma fundamental y de jerarquía superior sobre las demás normas se le conoce como supremacía constitucional<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> KELSEN, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 1995. Pág 147.

<sup>5</sup> DEL ROSARIO, María. *De la Supremacía Constitucional a la Supremacía de Convencionalidad: La Nueva Conformación del Bloque de Constitucionalidad en México*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2013. Pp. 98-99

Es importante diferenciar los conceptos de Estado y gobierno, comúnmente confundidos. El gobierno es uno de los distintos elementos que constituyen al Estado, y refiere al cuerpo administrativo que dirige las acciones del mismo. En analogía, así como el pueblo representaría el alma del Estado, el gobierno podría describirse como su cerebro. La Constitución organiza y establece una forma de gobierno para que éste administre al Estado y lo lleve a los objetivos planteados del proyecto de nación. La norma suprema determina las facultades y las competencias del gobierno a establecer, con el fin de que exista un equilibrio de poderes y se garantice la supervivencia del Estado<sup>6</sup>.

Cuando la Constitución y las leyes derivadas de ella son respetadas y hechas valer por el gobierno constituido, se habla de la existencia de un Estado de derecho. Dentro de un Estado de derecho, la norma suprema se encuentra por encima de cualquier facción política y cualquier gobierno en turno; existe un control efectivo del territorio nacional; un manejo responsable del monopolio de la fuerza; y un sistema judicial efectivo que administra justicia conforme a la ley<sup>7</sup>.

#### b) Rigidez constitucional

Dado que no es una ley ordinaria, la Constitución debe poseer una esencia firme e inamovible en la medida de lo posible. Es por ello que su contenido debe ser de

---

<sup>6</sup> AGUILAR, Lidia. *Op. Cit.* p. 33

<sup>7</sup> VALADÉS, Diego. *Problemas constitucionales del estado de derecho*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2004. Pp. 130-156

difícil modificación por medio de procesos especiales. A esta característica se le conoce como el principio de rigidez constitucional<sup>8</sup>.

Según este principio, la Constitución no debería ser modificada mediante el mismo procedimiento por el que las leyes secundarias son elaboradas o reformadas. Esto permite que su carácter de suprema y fundamental se respete. De esta manera, los principios de supremacía y rigidez dotan a la Constitución de su naturaleza originaria que sustenta y brinda orden a todo el sistema jurídico.

Sin embargo, para Jorge Carpizo, la Constitución de un país debe ser también dinámica, ya que el documento trata permanentemente de responder a la realidad política, económica, social y jurídica de un Estado en el tiempo. Esa pugna entre lo que es y lo que debería ser es lo que vuelve a la norma fundamental un documento dinámico. La visión del poder constituyente que en su momento histórico definido elaboró la Constitución puede distar de la visión existente décadas después. Es decir, existe una lucha constante entre la norma y la realidad social<sup>9</sup>.

No obstante, para Ferdinand Lasalle es necesario que la Constitución responda a la realidad y voluntad del pueblo que pretende organizar. El documento fundacional no puede ir en contra de los valores, ideales y aspiraciones del pueblo, así como tampoco puede ignorar a los factores reales de poder. Es decir, no puede ignorar las fuerzas políticas que, aún antes de la existencia de un Estado, representan autoridad y generan cohesión en la comunidad. La Constitución debe legitimar la

---

<sup>8</sup> BURGOA, Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano*. México. Porrúa. 2003. Pp. 367-374

<sup>9</sup> AGUILAR, Lidia. *Op. Cit.* p.42 y CARPIZO, Jorge. *Estudios Constitucionales*. México. Porrúa. Octava edición. 2003. Pág. 43.

suma de dichos factores reales de poder y establecer la regulación adecuada para sus interacciones. En otras palabras, la norma suprema conforma también al sistema político<sup>10</sup>.

Empero, la Constitución no solamente establece la forma de gobierno del Estado ni describe sus facultades y competencias. Es decir, no solamente es orgánica. La norma fundamental también regula las relaciones entre habitantes mediante el otorgamiento y reconocimiento de derechos y obligaciones hacia los ciudadanos y extranjeros que residen en el Estado. Dicho de otra manera, también cuenta con una parte dogmática.

## I.II

### **Concepto de Estado Constitucional (y democrático) de Derecho.**

Aproximarse a un concepto de Estado Constitucional de Derecho me obliga, inevitablemente, a abordar y desentramar el concepto de Democracia. El reto no es poca cosa: posiblemente el lenguaje jurídico-político no tenga una palabra tan utilizada como “democracia”. El abuso discursivo del término ha provocado que el concepto navegue por un sinfín de significados y que cualquier idea jurídica o política abandere como propio el espíritu democrático.

---

<sup>10</sup> AGUILAR, Lidia. *Op. Cit.* p. 41.

Por lo anterior, resulta evidente que clasificar y definir qué es democracia no es una tarea sencilla, sin embargo para los fines de este trabajo basta con abordar el concepto desde su modalidad moderna de forma de gobierno. Así pues, advierto que desde mi postura la democracia es la única forma de gobierno compatible con un Estado Constitucional de Derecho y el único terreno desde donde se puede analizar la reforma a la Constitución y su control con un enfoque que ponga en el centro de la discusión a los derechos humanos.

#### a) Dos visiones de la Democracia

Norberto Bobbio para expresar una definición de democracia utilizó un puñado de reglas que él mismo bautizó como “universales procedimentales”<sup>11</sup>, se trata de principios normativos pertenecientes a los procedimientos de discusión colectiva, que todas las democracias deben tener en común<sup>12</sup>. Las reglas propuestas por Bobbio son las siguientes:

1- Igualdad como inclusión. Es el reconocimiento de los individuos como capaces de tomar decisiones por sí mismos. Basta con que cumplan con el requisito de mayoría de edad para ser parte de la toma de decisiones.

2- El voto de todas las personas tiene el mismo peso.

---

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto. “El futuro de la democracia”. México. Fondo de Cultura Económica. 1994. Pág. 19.

<sup>12</sup> VITALE, Ermanno. *Futuro de la democracia y “universales procedimentales”*, en Norberto Bobbio: cuatro interpretaciones. México. UNAM. 2006. Pág. 84.

3- El voto es libre, todos los titulares de derechos políticos deben tomar su decisión con información cierta, objetiva y oportuna.

4- Los ciudadanos deben de ser libres en la medida en que tienen una pluralidad de opciones políticas para elegir.

5- Regla de mayoría, quien obtiene el mayor número de votos es el que tiene la opción de tomar las decisiones.

6- Las mayorías no pueden limitar los derechos de las minorías

Bobbio concebía la democracia como la forma de gobierno que, si operaba de manera funcional, podía garantizar el reconocimiento de la pluralidad política. No como un tema teórico, sino como una cuestión de hecho presente en todas las sociedades.

La democracia también podía garantizar, desde la visión del profesor Bobbio, la igualdad política (respetando la primera y segunda de sus reglas); la libertad política, a través de los representantes populares, cualquiera podría impulsar las convicciones políticas que tiene.

Finalmente, lo que garantiza el sistema democrático es que las minorías estén pacíficamente en el juego: "La democracia es la única forma de gobierno que te permite deshacerte de tus gobernantes sin derramar sangre."<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 19.

La concepción de la democracia descrita en las líneas precedentes es la que teóricamente se ha clasificado y denominado como democracia procedimental. Además de Norberto Bobbio algunos pensadores que han construido esta postura han sido Robert Dahl, Joseph Schumpeter, Adam Przeworski y el propio Hans Kelsen.

En contraposición de la teoría de la democracia procedimental, existe una segunda visión de la democracia categorizada como democracia sustantiva. Desde la perspectiva de esta segunda visión, la democracia debe ser un proyecto político con una agenda de justicia social. La democracia, se afirma, es mucho más que meras reglas y procedimientos.

La agenda de la justicia social es el elemento esencial de esta postura, es el punto de encuentro entre el ideal socialista y la democracia.

Para la democracia sustantiva no solo importa quién y cómo deciden las acciones públicas, sino también importa qué cosas se deciden.

Algunas de las críticas a la democracia sustantiva se fundan en que es difícil sostener la idea de la democracia sustantiva debido a que el incorporar necesariamente la agenda social puede ser una cosa que no todos compartan ideológicamente.

En mi opinión, analíticamente es más precisa la democracia formal porque parte de la idea de establecerse en una sociedad que presuponga los mínimos sociales y

después, en el plano político, deliberar la discusión de una agenda social. Es decir no establecer ese debate político como elemento definitorio de la democracia.

Por otra parte, no considero que las posturas de la democracia formal sean pobres axiológicamente, son procedimientos con contenidos de igualdad y libertad.

#### b) Mínimo concepto de Estado de Derecho

Fue Maquiavelo el primero en utilizar de manera sistemática el concepto de “Estado”, para referirse a lo que hoy entendemos por Estado. A pesar de que ha sido un concepto usado desde la antigüedad, la concepción de Estado como organización política determinada nace en la modernidad.

Max Weber planteó algunas características que definen al Estado desde una visión del mundo moderno. Para él es necesario que exista un reconocimiento del dominio, es decir que el mandato de poder sea aceptado por los gobernados y por los gobernantes<sup>14</sup>. De igual manera, Weber señala la importancia de establecer una autonomía del poder político del poder ideológico y del poder económico.

---

<sup>14</sup> El concepto utilizado por Weber es *Herrschaft*.

La concepción de Estado, desde su entendimiento en la modernidad, ha transitado por lo menos en dos grandes cambios, plenamente identificadas por la teoría constitucional.

Históricamente los primeros Estados modernos surgen como resultado de confrontaciones bélicas en donde se buscaba la unificación y liderazgo de una figura que coordinara esos esfuerzos. Por eso la mayoría de los Estados modernos surgieron bajo la forma de gobierno monárquica. Francia, por ejemplo, buscó esa identidad unificadora tras la guerra de cien años, Inglaterra de igual manera con la guerra de las dos rosas, por su parte España vivió un proceso similar con la guerra de reconquista contra los árabes.

De esta manera, el Estado moderno nació con el calificativo de absoluto, el cual se consolidó durante el siglo XV y el siglo XVI. Las estructuras del poder y las normas que daban soporte a dichas estructuras eran dictadas por una autoridad exclusiva que monopolizaba el poder público. De manera que el monarca, rey, emperador o como quisiera llamarse al detentador del poder no encontraba mayores límites en el ejercicio de las decisiones públicas que aquellos que él mismo se estableciera.

El Estado absoluto presentó como característica definitoria la inexistencia de procedimientos preestablecidos para la creación de normas que regularan el actuar del poder público, la voluntad del soberano suplía cualquier laguna política que pudiera señalarse.

El soberano, de acuerdo a las ideas de Bodino<sup>15</sup>, tenía un poder ilimitado, indivisible, incontrastable, irresistible, imprescriptible e inalienable.

La relación de poder en los comienzos de la modernidad se daban *ex parte principis*<sup>16</sup>, es decir en una relación vertical donde el soberano ejercía su mandato sin la necesidad del reconocimiento de los gobernados.

La legitimación del soberano dependía de dos poderes de naturaleza no propiamente política pero con una gran influencia política: el poder ideológico representado frecuentemente por la ideología religiosa y el mandato de Dios para legitimar al soberano. Así como el poder económico.

El contractualismo rompió con las ideas de legitimación del soberano por mandato divino y/o económico y sustituyó esa legitimación por el consenso popular de reconocimiento de un gobernante.

En el siglo XVII cuando la supremacía del Estado absoluto era evidente y nadie cuestionaba la actuación del soberano, algunas ideas contractualistas fueron recogidas por una corriente emergente que planteaba postulados liberales que llegarían a consolidar el Estado de Derecho y, posteriormente, el Estado Constitucional de Derecho.

---

<sup>15</sup> Jean Bodin fue un pensador francés, teórico del Estado, que desarrolló el concepto de soberanía en el siglo XVI.

<sup>16</sup> La relación de poder que surge entre gobernantes y gobernados en un Estado, pueden ser analizadas desde dos aproximaciones: de la parte del príncipe (*ex parte principis*) o de la parte del pueblo (*ex parte populi*).

Ya en el siglo XVIII, el liberalismo político difundió la firme convicción de la necesidad de limitar el poder político, para garantizar las libertades de los individuos frente al poder. Esto terminó de zanjar la idea del poder como una concepción holística y dio paso a la división del poder y, sobre todo, a los límites y controles del mismo.

Así, se estableció lo que en la teoría se conoce como Estado de Derecho el cual encuentra su soporte en tres grandes pilares: las libertades individuales entendidas como derechos que deben ser garantizados, la división del poder como mecanismos de limitación y control<sup>17</sup>, y finalmente el principio de legalidad.

Los dos primeros de estos elementos fueron recogidos en el célebre artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: *Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución.*

El tercer elemento, sin duda igual de importante, representa el sometimiento del actuar público a un marco jurídico preestablecido. El derecho como instrumento de control del poder, para prevenir o sancionar arbitrariedades.

---

<sup>17</sup> Véase la clasificación de Ricardo Guastini en *¿Separación de los poderes o división del poder?*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

### c) La democracia constitucional

Además de los tres pilares en los que se sostiene el Estado de Derecho, la modernidad construyó técnicas de limitación al poder político que consagraron el Estado Democrático de Derecho. A finales del siglo XIX en Estados Unidos, y durante el siglo XX en Europa, se establecieron nuevos mecanismos jurídicos para garantizar un Estado que velara por los principios democráticos. La supremacía constitucional, la rigidez constitucional y el control de constitucionalidad fueron apuestas que dieron vida a lo que hoy conocemos como las democracias constitucionales.

Democracia y Constitución son dos conceptos complementarios que para algunos representan ciertos conflictos. Por ejemplo, la democracia y el control de la constitucionalidad coexisten en permanente tensión. Los promotores y defensores de la democracia constantemente proponen limitar, y en algunos casos suprimir, los controles constitucionales que realizan los jueces sobre leyes que fueron aprobadas mediante el método democrático legislativo que llevan al cabo los representantes populares.<sup>18</sup>

Para el profesor de la universidad de Nueva York Jeremy Waldron, la figura del control de constitucionalidad es antidemocrático y surge de un contexto de desconfianza de un grupo aristocrático (los jueces constitucionales) sobre las

---

<sup>18</sup> SALAZAR, Pedro. *La Democracia Constitucional. Una radiografía teórica*. México. Fondo de Cultura Económica. 2006. Pág. 254

decisiones democráticas (leyes emanadas por órganos legislativos constituidos a partir de procesos democráticos).<sup>19</sup>

Waldron refleja el polo extremo de una de las posturas de esta problemática que Carlos Santiago Nino ha llamado “la tensión terrible”. El propio Nino, nos recuerda Pedro Salazar, sugiere que la única forma de destensar esta controversia es no adoptando posturas absolutas, por el contrario es un tema que exige moderación de un lado y del otro.<sup>20</sup>

Si bien, decía, democracia y constitución son conceptos que se complementan lo cierto es que el segundo no depende del primero pero el primero sí depende del segundo. A lo largo de la historia hay diversos ejemplos de constituciones que no tuvieron un rasgo democrático.

La Constitución, entendida como el ordenamiento jurídico y político que le da forma al Estado, no está anclada a seguir principios democráticos. Una constitución puede ordenar el poder de manera no democrática. Sin embargo, una democracia no puede no hacer uso de los parámetros constitucionales para establecerse como una verdadera democracia.

Michelangelo Bovero ha llamado democracia aparente a aquellas en las que la vida política se desarrolla conforme a las cinco primeras reglas establecidas por Bobbio,

---

<sup>19</sup> WALDRON, Jeremy. *A Rights-Based Critique of Constitutional Rights*. Oxford Journal of Legal Studies. Número 13. 1993. Pág.51.

<sup>20</sup> SALAZAR, Pedro. *Op. Cit.* Pág. 257

pero haciendo caso omiso de la sexta regla.<sup>21</sup> Es decir aquellos regímenes con aspiraciones a ser una democracia pero que no lo son debido a que no garantizan que “ninguna decisión tomada por la mayoría debe limitar los derechos de la minoría”.

La sexta regla de Bobbio, la referente al respeto de las minorías, se puede materializar a través de las herramientas que el constitucionalismo le ofrece a la democracia, en particular el control de constitucionalidad sobre las decisiones que toman los representantes populares de manera mayoritaria.

Es por eso que me atrevo a afirmar que no toda constitución es democrática, pero sí toda democracia consolidada es, sin excepción, constitucional.

### **I.III**

#### **Poder constituyente y poderes constituidos**

La Constitución brinda legitimidad al ejercicio del poder. El gobierno constituido ejerce de manera legítima su autoridad cuando respeta los límites y las facultades que la misma Constitución le otorga. El poder legítimo surge del respeto y acatamiento de la norma fundamental. Sin embargo, dado que la Constitución es la fuente de legitimidad en el ejercicio del poder, ésta misma también debe ser legítima

---

<sup>21</sup> Las reglas a las que se refiere son los seis universales procedimentales propuestos por Norberto Bobbio.

al ser redactada por un poder autorizado. Dicho poder se denomina poder constituyente<sup>22</sup>.

La naturaleza del poder constituyente lo diferencia de otros órganos del Estado, ya que su fin último no es gobernar ni ejercer el poder, sino otorgarlo mediante la redacción de una Constitución. El poder constituyente tiene capacidad ilimitada de otorgar facultades y competencias a los poderes constituidos, ya que no está regulado por leyes o normas anteriores a éste, y desaparece una vez cumplida su función de dotar al Estado de su documento fundacional. De esta manera, el poder constituyente tiene la característica de originario y temporal<sup>23</sup>.

Dado que es la autoridad dedicada a redactar la norma suprema y la base del sistema jurídico de un Estado, el poder constituyente debe representar la voluntad general del pueblo, donde reside la soberanía. A diferencia de las monarquías y las autocracias, donde la soberanía reside en el gobernante, los regímenes democráticos pregonan que la soberanía se encuentra en la voluntad general de los ciudadanos. Son éstos quienes deciden su forma de gobierno y determinan su capacidad de acción por medio de representantes elegidos.

En ese orden de ideas, dentro de una democracia, el poder constituyente debe ser elegido por el pueblo para representar la voluntad general y la Constitución

---

<sup>22</sup> FERREYRA, Raúl Gustavo. *Poder, democracia y configuración constitucional*. Revista Cuestiones Constitucionales número 11. México. UNAM. 2004. Pág. 93.

<sup>23</sup> *Ibidem*. Págs. 107-108

resultante debe ser aprobada por los ciudadanos mediante diferentes instrumentos como el referéndum o el plebiscito. De esta manera, tanto la autoridad del poder constituyente como la Constitución redactada obtienen legitimidad al ser respaldadas por decisión del pueblo soberano.

Si bien el poder público es solo uno, se divide políticamente en tres, a efecto de satisfacer necesidades distintas y específicas. Por eso, el constituyente ha delegado actividades legislativas, ejecutivas y judiciales en los denominados poderes constituidos: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial. De ahí se infiere que el poder constituyente es distinto de los poderes constituidos, pues mientras éstos son los entes creados, aquél es el creador precisamente de los poderes constituidos.

Cada uno de los poderes constituidos tiene atribuciones, facultades y competencias diversas, que deben llevar a cabo, en principio, de manera individual, independiente y autónoma, sin que sus actuaciones sobrepasen las delimitaciones competenciales que la Constitución ha establecido y sin que un poder infiera u obstaculice injustificadamente el pleno desarrollo de los otros, ya que todos se ubican en el mismo nivel jerárquico.

Sin embargo, sería insostenible pensar que esos tres poderes constituidos no estén concatenados o que no se relacionen entre sí, pues eso sería como asumir que no son producto de un poder público único y que han sido creados indistintamente, lo que es incorrecto y por demás desnaturalizado. De hecho, al compartir esos

poderes un fin en común, el de obtener el bien colectivo, deben relacionarse necesaria y forzosamente y actuar en un plano de coordinación e interdependencia.

#### **I.IV**

#### **Reforma constitucional y reformas a la Constitución**

El artículo 135 establece el procedimiento que se debe seguir para poder llevar al cabo una adición o una reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Como es bien sabido, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México.

Suele utilizarse el término de reforma constitucional para hablar del proceso que se lleva al cabo para modificar la constitución. Sin embargo, también se utiliza para hablar del resultado que deriva de ese proceso.<sup>24</sup>

Las reformas a la constitución, desde una visión terminológica, presentan algunas ambigüedades que para efectos de los objetos que persigue el presente trabajo son necesarias de aclarar. Resulta necesario, pues, delimitar algunos conceptos y términos que en lo sucesivo se utilizarán en los próximos capítulos.

---

<sup>24</sup> FLORES, Imer. *Sobre la reforma a la constitución y su control: a propósito de las implicaciones y limitaciones del amparo 186/2008*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. 2011. p. 132.

*Reforma constitucional* se utilizará como la actividad-proceso que se sigue. Mientras que el concepto de *reforma a la constitución* será empleado como el resultado sustantivo de ese proceso que se emprendió para poder generar un cambio en el texto constitucional.

## **I.V**

### **Control de la Constitucionalidad**

#### a) Modelos de control

La clasificación más común para diferenciar los modelos de control constitucional ha sido, y sigue siendo, la tipología que divide en dos grandes categorías los modelos: aquellos que siguen el esquema norteamericano y, por el otro lado, aquellos que siguen la confección europea.

Si bien es necesario repetir que no existen modelos puros de estos dos grandes arquetipos y, por el contrario, los sistemas constitucionales en la actualidad presentan una tendencia a utilizar características de ambos modelos cada vez más pronunciada. Es importante establecer las características que estos dos grandes modelos presentan, con la finalidad de poder tener una mayor comprensión de los modelos que operan en la actualidad en la República Mexicana.

Héctor Fix Zamudio establece como distinción definitoria entre ambos modelos el hecho de que en la opción norteamericana las resoluciones del control de la constitucionalidad está conferida a los jueces ordinarios que opera todo el sistema

judicial, mientras que en los sistemas europeos —prioritariamente basados en regímenes parlamentarios— la facultad del control de la constitucionalidad es exclusivo de las cortes o tribunales constitucionales, los cuales son nombrados por procesos políticos diversos a los seguidos para designar jueces ordinarios.<sup>25</sup>

El segundo modelo, el europeo, es fácilmente identificable con las posturas kelsenianas que dieron vida a la Constitución austriaca de 1919, en donde, entre otras cosas, se propuso la consolidación de una jurisdicción especializada en materia constitucional, operada a través de un tribunal exclusivo para dichos fines.

Ésta distinción que responde a la pregunta quién es el encargado de llevar a cabo el control de la constitucionalidad, ha sido ampliamente desarrollada en la doctrina y regularmente es catalogada como control difuso y control concentrado.

### **Control difuso**

El control difuso puede ser definido, siguiendo lo escrito por José Ramón Cossío, como:

“la posibilidad que tiene todo juez para verificar la compatibilidad frente a la Constitución de todas las normas que debe aplicar, con independencia de que no pueda llegar a anularlas, sino únicamente desaplicarlas al caso concreto.”<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XX, núm.60, septiembre-diciembre de 1987, pp. 1006 y 1007.

<sup>26</sup> COSSÍO, José Ramón. *Sistemas y modelos de control constitucional en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2011. Pág. 131.

De esta manera, en términos generales, se puede afirmar que en el modelo puro de control difuso, identificado con la postura norteamericana, el ejercicio del control de constitucionalidad corresponde a todos los jueces ordinarios, sin importar el tipo de proceso. Es decir, un juez puede aplicar en un juicio de materia civil o de materia administrativa, el instrumento verificativo con la norma constitucional. Lo anterior sin importar si el resultado de ese control conlleva la desaplicación de esa norma en el caso concreto o, bien, la anulación de la misma del ordenamiento jurídico.

### **Control concentrado**

En contraposición al modelo difuso, el propio José Ramón Cossío dice que el modelo concentrado es aquel en el que el ejercicio de control puede confiarse al órgano vértice de la estructura jurisdiccional —como ocurre en Irlanda— o, bien, a un órgano creado específicamente para llevar a cabo procedimientos especiales que tengan como finalidad revisar la compatibilidad de las normas con la Constitución —como ocurre en Alemania, Italia y España—, excluyendo de esta función a todos los demás órganos con funciones jurisdiccionales.<sup>27</sup>

Las resoluciones de esta tipo de control suelen tener efectos de carácter generales, es decir la norma determinada inconstitucional, normalmente, es excluida del ordenamiento jurídico y no sólo es inaplicada en el caso en cuestión.

---

<sup>27</sup> *Ídem.*

Como he mencionado previamente, el control concentrado suele identificarse con el modelo europeo, esto a pesar de las enormes particularidades que presentan cada uno de los países en Europa, las cuales serán objeto de estudio en las páginas subsecuentes de este trabajo.

Una segunda tipología que se utiliza para caracterizar los modelos de control de la constitucionalidad, es aquella que centra su atención en valorar los efectos del control de constitucionalidad. Es decir, sin importar si quien realiza el control es un juez ordinario o un juez constitucional, la distinción parte de la idea de saber si la norma determinada como inconstitucional tiene una repercusión individualizada al caso concreto o, por el contrario, tiene impacto en la generalidad del sistema jurídico.

### **Control concreto**

El control concreto de constitucionalidad es aquél que se realiza con efectos individuales del asunto del que se ocupe. Es decir, una vez que se determina la inconstitucionalidad de la norma, procede la inaplicación de la misma en el caso concreto, sin que esto exija la exclusión de la norma del sistema jurídico.

## **Control abstracto**

El control abstracto es aquel en el que la norma valorada, al ser determinada como inconstitucional surte efectos generales. Lo que lleva a que dicha norma se calificada como nula con efectos *erga omnes* y sea desechada del sistema jurídico.

Como ejemplo de controles abstractos en México se puede citar la acción de inconstitucionalidad, contemplada en el artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

### b) El diseño del control en México

## **Antecedentes históricos**

A lo largo de siglo XIX, momentos en donde el institucionalismo nacional comenzaba a desarrollarse, se realizaron diversos esfuerzos por tener un control sobre la constitución. Desde luego no eran instrumentos con el grado de regulación jurídica que tenemos hoy en día, era mecanismos que no le otorgaban competencia a los órganos jurisdiccionales. De tal manera que como antecedentes podemos hablar de modelos de naturaleza de control política más que jurídica.

Es preciso señalar que si bien ambos conceptos no son excluyentes, pues un control de la constitucionalidad puede estar fundado en atribuciones meramente jurídicas pero, al mismo tiempo, tener efectos políticos, lo cierto es que en la primera mitad del siglo XIX no se concibió la cara jurídica de estos mecanismos en aquellas instituciones u órganos judiciales.

En la Constitución de Apatzingán, cuya importancia en la historia constitucional de México es bien conocida y no es objeto de estudio en este trabajo, se establecía en el artículo 128 que el Supremo Congreso era competente para representar en contra de la Ley. Ésto quiere decir que tanto el ejecutivo como el tribunal de justicia podían impugnar la expedición de una Ley, ante el órgano político por excelencia.

Este procedimiento de control político, menciona Ernesto de la Torre Villar, no tuvo mayor trascendencia en el constitucionalismo subsecuente de nuestro país, pero es claro que fue un mecanismo que no tuvo una influencia del entonces emergente constitucionalismo norteamericano, el cual ya vislumbraba un control estrictamente jurídico con efectos políticos.<sup>28</sup>

En el periodo entre 1814 y 1824, plazo entre la Constitución de Apatzingán y la primera Carta Magna del México independiente, hubo algunos intentos por desarrollar, por lo menos en el papel, ciertos controles de la constitucionalidad.

Para muestra de ello, vale recordar el documento denominado “Plan de la Constitución” de mayo de 1823 en el que se establecía que el Senado era competente para controvertir la constitucionalidad de las Leyes aprobadas por el Congreso, con el objetivo de proteger el sistema constitucional y dar coherencia al sistema jurídico en su conjunto.

En el documento mencionado en el párrafo anterior se vislumbra la influencia que iba adquiriendo el constitucionalismo norteamericano en el pensamiento dogmático

---

<sup>28</sup> DE LA TORRE, Ernesto. *La Constitución de Apatzingán y los creadores del Estado mexicano*. México. UNAM. 1978. Pág. 78.

constitucional de la nueva nación que un año más tarde adquiriría el nombre, de manera emulativa, de Estados Unidos Mexicanos.

De igual manera, por aquellas épocas son identificables los esfuerzos por desarrollar controles constitucionales de Stephen Austin y Prisciliano Sánchez<sup>29</sup>, el primero propuso un mecanismo mediante el cual algunos actores legitimados podían impugnar la constitucionalidad de una ley y ante tal situación las dos cámaras del Congreso debían valorar posibles incongruencias constitucionales y volver a aprobar la ley impugnada con una mayoría de dos terceras partes.

Por su parte, Prisciliano Sánchez propuso un mecanismo a través del cual el Tribunal de Justicia informaba al Congreso aquellas inconsistencias constitucionales que detectara en las normas que éste emitía.

### **La Constitución de 1824**

En el artículo 165 de la *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824* se estableció lo siguiente:

“Sólo el Congreso general podrá resolver las dudas que ocurran sobre inteligencia de los artículos de esta Constitución y del acta constitutiva.”

---

<sup>29</sup> Stephen Austin fue un empresario estadounidense nacido en Virginia en 1793. Conocido como el Padre de Texas, trabajó con el gobierno mexicano para apoyar la inmigración procedente de los Estados Unidos. Prisciliano Sánchez fue el primer gobernador constitucional del estado de Jalisco. Fue un constante promotor de la separación Iglesia-Estado.

El artículo 165 es parte del *Título VII Sección Única* sobre la observancia, interpretación y reforma de la Constitución y acta constitutiva<sup>30</sup>. Si bien en este apartado de la Constitución de 1824 no se habla de manera explícita del concepto de control de la constitucionalidad, si se puede inferir que con los vocablos observancia e interpretación los constituyentes de aquellas épocas buscaron incorporar atribuciones que podemos entender como de control.

Este artículo fue, precisamente, el que dio pie para que en 1824 dos magistrados del Tribunal Superior de Oaxaca, los cuales habían sido separados de sus cargos por decreto de una ley, presentaran una acción<sup>31</sup> ante la Corte Suprema de Justicia y, así, los ministros podían determinar si tenían facultades o no para atender este tipo de asuntos.

Ante la disyuntiva en la que algunos integrantes del órgano colegiado optaban por decir que no contaban con facultades y otros posicionaban que sí se tenían las facultades necesarias, se tomó la decisión de consultar al Congreso, con base en el artículo 165 constitucional, para que se pronunciara sobre los alcances del artículo 137 de la propia Constitución en donde se establecían — para algunos de manera taxativa— las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia.

Narra José Ramón Cossío que la comisión de puntos constitucionales elaboró un dictamen para dar respuesta a la consulta de la Corte Suprema, el 28 de marzo de

---

<sup>30</sup> Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1671/35.pdf>

<sup>31</sup> Los magistrados buscaban la indemnización de los sueldos que habían dejado de recibir desde la separación de sus cargos, así como la reinstalación del cargo o bien una justa jubilación del mismo. Al respecto, *cfr.* Tena Ramírez, Felipe. *El control de la constitucionalidad bajo la vigencia de la Constitución de 1824*, Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, vol. XII, núm 46, abril-junio de 1950, México, página 35.

1827, en el que se atendieron los siguientes cuestionamientos: ¿la ley que suprimió las plazas de los magistrados era contraria a la constitución? ¿Era la Corte Suprema quien debía realizar el examen de constitucionalidad?<sup>32</sup>

En cuanto a la primera interrogante, el Congreso manifestó que no había violaciones a la Constitución pues la legislatura local de Chiapas podía llevar a cabo las acciones convenientes para cumplir con su obligación constitucional de administración y gobierno del Estado.

Resulta más interesante la atención del segundo cuestionamiento, pues los miembros de la comisión de puntos constitucionales determinaron que no existía ningún elemento para suponer que la Corte Suprema tuviera facultades para ejercer un control de constitucionalidad.

De esta manera quedó claro que el control de la constitucionalidad durante el periodo de vigencia de la Constitución de 1824, no tuvo sede en los órganos de carácter jurisdiccional, por el contrario esa competencia recaía en el poder Legislativo, subrayando el peso político en la operación constitucional.

### **Siete Leyes Constitucionales de 1836**

Si bien a principios del siglo XIX, como he señalado anteriormente, el constitucionalismo mexicano se vio directamente influenciado por las corrientes

---

<sup>32</sup> COSSÍO, José Ramón. *Op. Cit.* Pág. 13.

norteamericanas, lo cierto es que el modelo europeo no fue ajeno a la instrumentación de un sistema constitucional en nuestro país.

Es bien sabido que una de las características cruciales de las Siete Leyes Constitucionales de 1836, fue la instauración del Supremo Poder Conservador<sup>33</sup>, el cual tenía la facultad de declarar la nulidad de leyes, decretos, actos o sentencias expedidas por cualquiera de los tres poderes, siempre y cuando se contraviniera algún artículo de la Constitución.<sup>34</sup>

Durante el periodo en el que el Supremo Poder Conservador tuvo atribuciones para efectuar un control de la constitucionalidad, se materializaron seis diferentes casos en los cuales se puede identificar una influencia del modelo europeo de control, en particular del francés que era propicio a depositar las facultades de control de la constitucionalidad en órganos políticos de representación nacional.<sup>35</sup>

### **Las Bases Orgánicas de 1843**

Durante este periodo no hubo grandes cambios en la forma en la que se lleva a cabo el control de la constitucionalidad en México, en realidad fue un periodo que se puede calificar como discreto en el que la Corte Suprema se reducía a ser un tribunal de instancia subsecuente que resolvía dudas de legalidad a los tribunales

---

<sup>33</sup> El Supremo Poder Conservador fue un cuerpo colegiado integrado por cinco personas que se creó en 1835 para garantizar la permanencia del orden constitucional centralista.

<sup>34</sup> Ver el artículo 12 de la segunda Ley Constitucional de 1836.

<sup>35</sup> COSSÍO, José Ramón. *La controversia constitucional*. Porrúa. México. 2014, pp. 72 y 73.

ordinarios. Por su parte, el Congreso mantuvo la misma línea que en años anteriores de tener una especie de mecanismo de control sobre la constitución.

Al respecto, el artículo 66 que señalaba las facultades del Congreso, en su fracción XVII decía lo siguiente: “Reprobar los decretos dados por las Asambleas departamentales cuando sean contrarios a la Constitución o a las leyes, y en los casos prevenidos en estas bases.”

### **Acta Constitutiva y de Reformas de 1847**

Es común que este periodo sea estudiado como el primero en el que existió un control de la constitucionalidad a través del ejercicio de órganos jurisdiccionales.

Lo cierto es que esa afirmación es correcta, pero debe limitarse únicamente a un control llamado juicio de amparo. Pues las instituciones de representación política como la Cámara de Senadores mantenían facultades de control de la constitucionalidad, como se aprecia en algunos de los artículos del Acta Constitutiva y de Reformas de 1847:

“Art. 22.- Toda ley de los Estados que ataque la Constitución ó las leyes generales, será declarada nula por el Congreso; pero esta declaración sólo podrá ser iniciada en la Cámara de senadores.

Art. 23.- Si dentro de un mes de publicada una ley del Congreso general, fuera reclamada como anticonstitucional, o por el Presidente, de acuerdo con su Ministerio, o

por diez diputados, o seis senadores, o tres Legislaturas, la Suprema Corte, ante la que se hará el reclamo, someterá la ley al examen de las Legislaturas, las que dentro de tres meses, y precisamente en un mismo día, darán su voto.

Las declaraciones se remitirán a la Suprema Corte, y esta publicará el resultado, quedando anulada la ley, si así lo resolviere la mayoría de las legislaturas.

Art. 24.- En el caso de los dos artículos anteriores, el Congreso general y las Legislaturas a su vez, se contraerán a decidir únicamente si la ley de cuya invalidez se trate es o no anticonstitucional; y en toda declaración afirmativa se insertarán la letra de la ley anulada y el texto de la Constitución o ley general a que se oponga.

Art. 25.- Los Tribunales de la Federación ampararán a cualquiera habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivare.”<sup>36</sup>

De las normas citadas se desprenden dos cuestiones importantes para analizar: la primera es que el órgano supremo del Poder Judicial, la Suprema Corte, fungía como una mera oficina de gestión para recibir las reclamaciones de inconstitucionalidad de normas generales y turnarlas al poder legislativo para que éste llevara a cabo el análisis de constitucionalidad y, en su caso, declarara la nulidad de la norma. La Suprema Corte era la encargada de publicar el resultado

---

<sup>36</sup> Acta Constitutiva y de Reformas de 1847.

del control que realizaba el poder legislativo, de tal manera que sus funciones en el procedimiento de control de constitucionalidad de normas generales se limitaban a algunas actuaciones de mera formalidad, pero no al análisis de fondo.

La segunda cuestión que vale la pena subrayar es el reconocimiento en la norma constitucional de la figura del amparo, pues, tal y como lo establecía el artículo 25, por primera vez se estableció de manera taxativa un control de la constitucionalidad operado por el poder judicial, a través de los *Tribunales de la Federación*.

A partir de este periodo México fue fraguando un control de la constitucionalidad mixto, pues los mecanismos utilizados tenían influencias del modelo europeo, pero, también, del modelo norteamericano. Los órganos legislativos realizaban funciones de control de regularidad constitucional con efectos generales y los órganos judiciales de la federación operaban un control de constitucionalidad con efectos relativos.

### **Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857**

La disrupción que permitió que el control de la constitucionalidad fuera una práctica prioritariamente realizada por instituciones de naturaleza judicial, en particular de la Suprema Corte de Justicia, se empezó a consolidar en las deliberaciones del Congreso Constituyente de 1856-1857.

Al respecto, vale la pena retomar un extracto del dictamen de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente:

“las deudas y controversias entre la Federación y los Estados, y entre éstas y aquellos, se resuelven y califican naturalmente por los mismos medios legales de que usan los individuos cuando litigan sus derechos”<sup>37</sup>

Esta idea se tradujo en el texto constitucional, en el artículo 97, como la facultad de los tribunales de la Federación de conocer de las controversias suscitadas entre dos o más Estados, pero sobre todo abrió la posibilidad de que en el artículo 101 se estableciera que el poder judicial resolviera las controversias ocurridas por leyes o actos de cualquiera autoridad que violaran las garantías individuales; leyes o actos de la autoridad federal que vulneraran o restringieran la soberanía de los Estados, así como por leyes o actos de las autoridades estatales que invadieran la esfera de la autoridad federal.

De este modo, se puede apreciar un antecedente directo de lo que hoy en día es conocido como controversia constitucional. Pero más allá de esa referencia, de cierto modo implícita, se estableció que todo control de la constitucionalidad sería de carácter jurisdiccional a través del poder judicial.

En 1857<sup>38</sup> se cerró uno de los capítulos de un debate en materia constitucional que al día de hoy perdura y que, en buena medida, inspira las razones de este trabajo:

---

<sup>37</sup> MONTIEL Y DUARTE. *Derecho Público Mexicano*. t. IV. México. Imprenta del Gobierno Federal. 1882. página 45.

<sup>38</sup> Como refiere el maestro Héctor Fix Zamudio, algunos de los diputados constituyentes señalaron como razones fundamentales el hecho de que los tribunales no podían intervenir en la declaración de invalidez de

¿quién debe tener la última palabra el legislador democrático o el poder judicial como garante de la constitución?

### **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917**

La segunda mitad del siglo XIX se vio influenciada por un control de la constitucionalidad prioritariamente judicial, pues el instrumento de mayor utilidad para esos fines, casi de manera exclusiva, fue el juicio de amparo.

Durante el porfiriato se fortaleció la sumisión del poder judicial y el funcionamiento de los tribunales a los deseos y decisiones de la figura del ejecutivo federal. Los avances en materia de control de la constitucionalidad de la Constitución de 57, fueron políticamente neutralizados. El derecho quedó subordinado al poder político.

El movimiento revolucionario planteó, entre otras cosas, diversas propuestas para otorgar autonomía a los jueces y así oxigenar la impartición de justicia. La agenda revolucionaria desde sus diversas atalayas se hizo cargo de la división de poderes como requisito mínimo en la organización de la función pública.

La Constitución de 1917 recogió algunas de las posturas constitucionales que la revolución mexicana había dejado. El 5 de diciembre de 1916 el entonces

---

las leyes emitidas por el Congreso (de acuerdo al modelo que se mantuvo hasta antes de 1857) porque eso supondría una invasión de las competencias de un poder soberano como lo era el legislativo.

presidente Venustiano Carranza, presentó su proyecto de Constitución. En los artículos 106 y 107 se abordaba el tema del juicio de amparo. Además de retomar lo establecido en la Constitución de 1857, se incorporaron nuevos elementos a través de doce fracciones que versaban sobre los siguientes temas: requerimiento de agravio, efectos relativos, limitaciones al amparo civil y penal, condiciones de ejecución de las sentencias dictadas en amparos civiles y penales, reglas de procedimiento y competencia, sanciones por violación a la suspensión, sanciones por el incumplimiento de la sentencia.<sup>39</sup>

Por su parte, en el artículo 104 del proyecto de Constitución presentado por Carranza, se estableció que se facultaba a la Suprema Corte de Justicia para conocer, de manera exclusiva, aquellas controversias entre dos o más Estados, entre los poderes de un mismo Estado “con motivo de sus respectivas atribuciones” o sobre la constitucionalidad de sus actos, así como en aquellas controversias en las que la Federación estuviera involucrada.

En los debates del constituyente fue muy cuestionada la frase “con motivo de sus respectivas atribuciones” pues algunos de los diputados constituyentes aducían que esa facultad correspondía al Senado.

El texto aprobado dio solución a la disputa en los siguientes términos:

“Artículo 105. Corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados, entre los poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos, y de los conflictos entre la

---

<sup>39</sup> COSSÍO, José Ramón. *Op. Cit.* pp. 77 y 78.

Federación y uno o más de sus Estados, así como de aquellos en que la Federación forme parte.”

De lo anterior, se desprende que el constituyente de 1916-1917 decidió abanderar la idea de que el Senado debía tener la facultad de resolver conflictos entre poderes de un mismo estado “con motivo de sus respectivas atribuciones”, pero no más allá.

A decir de José Ramón Cossío, el texto original de la Constitución de 1917 no es razón suficiente para considerar que el poder legislativo ejercía un control de la constitucionalidad, tal y como queda en evidencia tras la lectura del entonces artículo 105 constitucional.

#### c) Medios de control en México

Se han desarrollado innumerables debates, tanto en el plano académico como en el político, para definir el número de medios de control que en la actualidad existen en el ordenamiento jurídico mexicano. La clasificación más benevolente en número identifica por lo menos 10 distintos medios: el juicio de amparo, la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad, la facultad de investigación de la CNDH, la queja por violación de Derechos Humanos, el juicio de protección de derechos político-electorales del ciudadano, el juicio de revisión constitucional, el juicio político, la revisión de la materia de la consulta popular y la revisión de las prevenciones generales del poder ejecutivo en la suspensión de garantías.

En principio es importante señalar que si bien todos los instrumentos jurídicos mencionados guardan una relación con el funcionamiento de la Constitución, lo cierto es que eso no significa que se trate de mecanismo de control de la constitucionalidad. Pensar que la simple vinculación con la operación constitucional es razón suficiente para considerarlos medios de control sería un argumento que se podría llevar al límite al considerar que toda norma jurídica es de control de la constitucionalidad, pues cada una de ellas tiene una relación en mayor o menor medida con la Constitución.

## **I.VII**

### **Límites al control (cláusula de intangibilidad)**

En un Estado Constitucional de Derecho, el estudio de la reforma constitucional y de la reforma a la constitución cobra mayor importancia, pues el ciudadano tiene una intervención activa en el proceso de creación y renovación normativa y, sobre todo, donde los derechos fundamentales son el núcleo-motor que hace operar el sistema normativo.

Ahora bien, si todo acto público, incluyendo los legislativos, deben pasar por controles institucionales que limiten posibles arbitrariedades de los operadores, el acto de modificar la Constitución no debe ser la excepción, por el contrario el control que se ejerza sobre dichas pretensiones debe ser el más riguroso, pues de él

depende la salvaguarda de los valores y de las normas fundamentales que constituyen el estado Mexicano.

Si el control más importante que se debe cuidar es el de aquel que restringe los posibles cambios a la Constitución, resulta congruente afirmar que el diseño que se elabore sobre ese control debe tener límites muy precisos que no den ningún espacio a la ambigüedad en la operación de dicho control.

Existe una clasificación, desarrollada por Carlos de Cabo entre otros, que divide en dos grandes bloques los límites: explícitos e implícitos.<sup>40</sup>

Los límites explícitos también llamados cláusulas de intangibilidad son aquellos que funcionan como candados que imposibilitan la modificación de ciertos elementos constitucionales. A su vez, se dividen en dos categorías:

a) Temporales

Son aquellas que no se pueden modificar en cierto tiempo determinado. Es decir, son cláusulas que permiten la estabilidad de conceptos incluidos en la constitución señalando el periodo durante el cual no pueden sufrir ningún tipo de reforma o adición.

Asimismo, son cláusulas que determinan que durante cierto tiempo no se puede efectuar un cambio constitucional. Por ejemplo, limitar la posibilidad de efectuar

---

<sup>40</sup> CABO, Carlos. *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*. Ed. Trotta. 2003. Pág. 29.

reformas a la constitución siempre y cuando no exista un estado de excepción o un conflicto bélico en desarrollo.

Pedro de Vega, afirma que las cláusulas temporales no son verdaderas cláusulas de intangibilidad por constituir prohibiciones que se disuelven por sí mismas.<sup>41</sup>

#### b) Materiales

Los límites explícitos materiales, para de Vega las verdaderas cláusulas de intangibilidad, son aquellos que no pueden modificar el contenido de determinadas materias. Normalmente estas cláusulas buscan darle seguridad y estabilidad a aquellos aspectos fundantes del aparato constitucional como puede ser la forma de gobierno.

Las cláusulas de intangibilidad fueron productos ideológicos de la segunda posguerra. A finales de la primera mitad del siglo XX los sistemas constitucionales empezaron a incorporar este tipo de herramientas: Francia en 1946, Italia en 1947 y Alemania en 1949, son algunos ejemplos claros.

Luigi Ferrajoli ha denominado este tema como la *esfera de lo indecible* y, por su parte, Ernesto Garzón Valdés como un *coto vedado de derechos*. Ambos siguiendo la misma lógica que establece que no todos los contenidos constitucionales son sujetos de reforma.

---

<sup>41</sup> VEGA, Pedro de la. La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente. Madrid. Tecnos. 1999. Pp. 55 y 240.

En México algunos estudiosos del Derecho Constitucional señalan que el actual texto del artículo primero de la Constitución establece una cláusula de intangibilidad material, pues los derechos humanos son progresivos y no pueden sufrir modificaciones regresivas o sustracciones en la *Carta Magna*.

Los límites implícitos son aquellos que no aparecen expresamente en el texto constitucional. Son límites cuya concepción ha generado mayores disidencias doctrinales.

Algunos autores sostienen, bajo el cobijo de la teoría de los límites implícitos, la imposibilidad de modificar la norma que establece el proceso de reforma constitucional, pues argumentan que el constituyente otorgó al poder constituido encargado de reformar la Constitución únicamente la competencia de reformar la constitución, pero no la de transferir dicha facultad o modificar ese proceso.<sup>42</sup>

En mi opinión, esa imposibilidad debe ser matizada, pues si bien es difícil pensar en una transferencia de la competencia para reformar la constitución, no carece de lógica el incluir elementos que permitan verificar la idoneidad constitucional de esas incorporaciones en el propio procedimiento de reforma establecido.

Este trabajo pretende zanjar esas controversias y concluir con un proyecto propositivo sobre este asunto, en las próximas páginas.

---

<sup>42</sup> MORESO, José Juan. *Disposiciones de reforma constitucional*. Doxa, Alicante, número 10. 1991. Pp 206 y 207.

## Capítulo II. La reforma de 2011: un nuevo paradigma constitucional

### II.I.

#### **Consideraciones preliminares.**

La reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, representó el cambio más importante que ha tenido el sistema jurídico mexicano en lo que va del siglo XXI y, probablemente, en los cien años de vigencia que tiene la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Es preciso anotar que en la reforma se modificó la denominación del Capítulo Primero del Título Primero; el primero y quinto párrafos del artículo 1o.; el segundo párrafo del artículo 3o.; el primer párrafo del artículo 11; el artículo 15; el segundo párrafo del artículo 18; el primer párrafo del artículo 29; el primer párrafo del artículo 33; la fracción décima del artículo 89; el segundo párrafo del artículo 97; el segundo y tercer párrafos del apartado B del artículo 102; y el inciso g) de la fracción segunda del artículo 105; la adición de dos nuevos párrafos, segundo y tercero, al artículo 1o. y recorriéndose los actuales en su orden; un nuevo párrafo segundo al artículo 11, los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto al artículo 29; un nuevo párrafo segundo al artículo 33, recorriéndose el actual en su orden y los nuevos párrafos

quinto, octavo y décimo primero, recorriéndose los actuales en su orden, al artículo 102 del Apartado B.<sup>43</sup>

De esta pluralidad de cambios que se dieron a lo largo de la Carta Magna, este trabajo centrará su atención en lo referente al cambio de denominación del Capítulo Primero del Título Primero y en las modificaciones del artículo primero:

Texto antes de la reforma	Texto vigente
<p style="text-align: center;">Título primero</p> <p style="text-align: center;">Capítulo I</p> <p style="text-align: center;">De las garantías individuales</p> <p>Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.</p> <p>Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los</p>	<p style="text-align: center;">Título primero</p> <p style="text-align: center;">Capítulo I</p> <p style="text-align: center;">De los derechos humanos y sus garantías</p> <p>Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni</p>

<sup>43</sup> Cámara de Diputados. Información Parlamentaria. Reformas 2011. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/actual/2011\\_1.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/actual/2011_1.htm)

<p>esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.</p>	<p>suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.</p> <p>Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.</p> <p>Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.</p>
---	--

	<p>Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.</p>
--	--

Como se puede apreciar en el cuadro anterior, el cambio de denominación del título primero consistió en pasar *De las garantías individuales* a *De los derechos humanos y sus garantías*. Este cambio representa más de lo que la simple nomenclatura deja ver, pues al incorporar la expresión derechos humanos se armonizó el concepto con el utilizado en el derecho internacional.

De igual manera, incorporar el término de derechos humanos permitió establecer la diferencia conceptual entre el derecho y su garantía. Es decir, la reforma diseccionó de manera correcta el mal entendido término de garantías individuales, pues antes del cambio se homologaba al de derechos, sin hacer distinción y establecer que la garantía de un derecho es el mecanismo mediante el cual éste puede ser materializado, pero no es el derecho en sí. Las garantías individuales son la cara operativa de los derechos humanos o fundamentales.

## **II.II.**

### **Expediente varios 912/2010**

El 25 de agosto de 1974, el ciudadano Rosendo Radilla Pacheco, de sesenta años de edad, fue detenido por elementos del Ejército mexicano cuando se encontraba en compañía con su hijo de once años, Rosendo Radilla Martínez, en un autobús durante un retén militar en la carretera que une las ciudades de Atoyac de Álvarez y Chilpancingo en el estado de Guerrero.<sup>44</sup>

El señor Rosendo Radilla fue identificado por última ocasión en el Cuartel Militar de Atoyac de Álvarez con evidencia de tortura y tratos degradantes. Desde entonces, no hubo conocimiento alguno sobre su paradero, hasta la fecha. Los familiares de Rosendo denunciaron los hechos e interpusieron varios recursos con el fin de que las autoridades investigaran su desaparición, sin embargo, el Estado mexicano no

---

<sup>44</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009; Radilla Pacheco vs. México, 2009, párr. 2.

continuó con las averiguaciones y por ende no hubo sanción alguna a los responsables.

El caso quedó impune hasta el año 2001, cuando la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos presentó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) con el detalle de los hechos y las acusaciones hacia el Estado mexicano por desaparición forzada. La CIDH declaró la admisibilidad de la petición el 12 de octubre de 2005 y emitió las recomendaciones correspondientes al Estado, las cuales no fueron acatadas. El 13 de marzo de 2008, la CIDH remitió el caso de Rosendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), la cual realizó las audiencias correspondientes en 2009.

Ante los hechos ocurridos, la Corte IDH declaró en su sentencia del 23 de noviembre de 2009 que el Estado mexicano había sido culpable de violar los artículos 7.1 (derecho a la libertad personal), 5.1 y 5.2 (derecho a la integridad personal), 3 (derecho a la personalidad jurídica), 4.1 (derecho a la vida), 8.1 y 25.1 (garantías judiciales) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), en relación con los artículos 1.1 (deber de respetar y garantizar los Derechos Humanos) y 2 (adoptar disposiciones de derecho interno) al haber permitido la impunidad de la desaparición de Rosendo Radilla y no contar con el delito tipificado de desaparición forzada en su legislación interna<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Radilla Pacheco vs. México, 2009, párrs. 159, 172, 289, 298, 314, 315.

Además, la Corte IDH dispuso en su parte resolutive que el Estado mexicano debía publicar los párrafos del 1 al 7, del 52 al 66, y del 114 al 358 de la sentencia emitida en el Diario Oficial de la Federación en un plazo de seis meses desde su notificación. También se dispuso que el Estado publicara el texto completo del fallo en el portal oficial de la Procuraduría General de la República en un plazo de dos meses<sup>46</sup>.

Este caso constituye un hito paradigmático no solamente por la jurisprudencia que brindó para el sistema interamericano de protección a los Derechos Humanos, sino también para el ordenamiento jurídico mexicano a raíz de la reforma constitucional del año 2011. Ante la sentencia de la Corte IDH, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) elaboró el expediente Varios 489/2010, en el cual se estableció el objetivo de determinar cuáles eran las obligaciones y la participación del Poder Judicial en el acatamiento de dicha sentencia emitida.

Dicha participación fue descrita en nueve considerandos desarrollados en el expediente Varios 912/2010, publicada el 4 de octubre de 2011 en el Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro I, Tomo I.

Los considerandos quinto, sexto y séptimo son de suma importancia para la práctica jurídica y la administración de justicia en el Estado mexicano.

El quinto considerando del expediente 912/2010 resuelve si la SCJN está en posibilidad de analizar, revisar o discutir las disposiciones establecidas en las

---

<sup>46</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Radilla Pacheco vs. México, 2009, párr. 350.

sentencias emitidas por la Corte IDH donde México haya sido parte litigante. Dado que el Estado mexicano ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH y es parte de la CADH, ha determinado su sujeción a la misma de manera voluntaria, por lo que toda sentencia emitida por la Corte IDH donde México es parte litigante constituye cosa juzgada y la SCJN no tiene competencia de cuestionar su validez o de calificarla, aun siendo un tribunal constitucional. La SCJN sólo puede limitarse a acatar dicha sentencia, ya que es obligatoria para el Estado mexicano y vinculante para el Poder Judicial.

Además, el pleno de la SCJN desarrolló que las disposiciones y criterios establecidos por las sentencias de la Corte IDH donde México no sea parte litigante constituyen “criterios orientadores” para todos los jueces mexicanos. Es decir, si la Corte IDH realiza una interpretación sobre algún derecho codificado en la CADH en una sentencia donde México no sea parte litigante, el Poder Judicial puede adoptar dicha jurisprudencia como un criterio que oriente la interpretación jurídica en el territorio nacional.

En este sentido, el sexto considerando establece como obligación concreta del Poder Judicial para acatar la sentencia del caso Radilla Pacheco la realización de un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad. Es decir, la SCJN reconoce la existencia de dos controles que los tribunales mexicanos deben realizar al momento de aplicar la ley con el fin de que exista coherencia entre el sistema legal mexicano y las obligaciones internacionales del Estado: el control de constitucionalidad y el control de

convencionalidad. El séptimo considerando describe con mayor detalle cómo interactúan ambos filtros.

El párrafo 339 de la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso Radilla Pacheco establece lo siguiente:

“339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”

El séptimo considerando del expediente Varios 912/2010 explica cómo puede el Poder Judicial realizar el control de convencionalidad. Dado que el párrafo 339 determina que los Estados deben ejercerlo “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”, el Poder Judicial puede llevarlo a cabo por medio del control de constitucionalidad.

En ese orden de ideas, las autoridades del Estado mexicano deben realizar el siguiente análisis antes de aplicar o ejecutar alguna norma: ¿contraviene alguno de los Derechos Humanos consagrados en la Constitución o contraviene jurisprudencia alguna del Poder Judicial de la Federación?, ¿contraviene alguno de los Derechos Humanos consagrados en los tratados internacionales en la materia de los que México sea parte?, y finalmente ¿contraviene criterios vinculantes y orientadores de la Corte IDH?

Dado que los controles de constitucionalidad y de convencionalidad van de la mano en dicho análisis, ambos siguen los principios de interpretación conforme y *pro personae*. Quizá la diferencia más importante entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad es su fuente de origen y el órgano jurisdiccional último que determina su alcance. En el caso del control de constitucionalidad, su fuente de origen es la Constitución misma y el órgano último que puede determinar la interpretación correcta de la norma fundamental es la SCJN. En el caso del control de convencionalidad, surge de la CADH y sólo la Corte IDH puede determinar los límites y alcances de los derechos contenidos en la Convención<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> FAJARDO MORALES, Andrés. *Control de convencionalidad: Fundamentos y alcance. Especial referencia a México*. México. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 2015. Pág. 29.

FERRER MMAC-GREGOR, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén. *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad*. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. 2013. Pág. 14

### **II.III.**

#### **La reforma de 2011**

La reforma de 2011, como se ha mencionado antes, tuvo una pluralidad de cambios en diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin embargo las implicaciones de los elementos reformados e incorporados en el artículo primero constitucional son los que mayor relevancia representan para los efectos de este trabajo.

En razón de lo anterior, a continuación se presentaran y analizarán las novedades que contempló la reforma de 2011 y que hoy en día han provocado una nueva forma de entender el derecho constitucional y, por ende, el control de la constitucionalidad.

La tradición constitucional durante el siglo XX consolidó la idea de que los derechos los otorgaba la constitución, así lo establecía el artículo primero constitucional hasta junio de 2011. Hoy en día, a raíz de la reforma, se cambió el verbo utilizado en el texto constitucional y ahora se reconocen los derechos, los cuales son inherentes a las personas por lo que no pueden ser otorgados, pero sí reconocidos por un sistema jurídico.

Otro de los cambios importantes en el artículo primero fue el reconocimiento de los derechos y de los mecanismos de garantía en el plano internacional, en particular

en los tratados internacionales de la materia, que establece el párrafo segundo del artículo en comento.

Si bien se trata de una figura que abre la puerta al derecho internacional y que representa un avance nada despreciable, lo cierto es que la reforma se quedó corta pues lo que dice el artículo primero de la Constitución es que los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, de los que México sea parte, tienen rango de supremacía constitucional, pero existen tratados que por su naturaleza no son clasificados como “de derechos humanos” y sin embargo sí contemplan derechos humanos en su contenido, tal es el caso, para poner un ejemplo, de los tratados de Comercio Exterior o el TLCAN.

En ese sentido, el texto constitucional también es excluyente con los derechos humanos establecidos en otras normas de Derecho Internacional. Si bien es cierto que la redacción reconoce a aquellos derechos establecidos en algunos tratados internacionales, es también evidente que deja fuera a aquellos derechos humanos que están establecidos en las declaraciones y actas internacionales (por ejemplo: la Declaración Universal de los Derechos Humanos), pues éstas pueden llegar a adquirir el carácter de norma internacional por volverse costumbre, pero no se consideran tratados internacionales.

La puerta de acceso al plano internacional dio pie a lo que se ha denominado como interpretación conforme, esto es que aquellas normas relativas a derechos humanos, sin importar su jerarquía dentro del orden jurídico nacional, deberán ser

interpretadas bajo los estándares de la Constitución y de los tratados internacionales.

De igual manera, en el párrafo segundo del artículo primero constitucional, se incorporó el principio *pro personae*. Este principio se estableció como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Cuando existen distintas interpretaciones posibles de una norma jurídica, de acuerdo a este principio, se debe elegir aquella interpretación que más favorezca la protección del titular de un derecho humano.

Finalmente, otra de las grandes incorporaciones al texto constitucional de esta reforma fue la que hoy se lee en el párrafo tercero del artículo primero: la obligación del Estado mexicano de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. En este punto se debe precisar que el mandato constitucional es para todos los poderes públicos en todos sus niveles de gobierno, sin que quepa excepción alguna.

## II.IV.

### Nuevas interpretaciones sobre el control de la Constitución

#### Control de constitucionalidad

La reforma de 2011 elevó a rango constitucional las disposiciones de tratados internacionales en materia de Derechos Humanos de los que México es parte, incluida la CADH. El artículo primero constitucional lo señala de la siguiente manera:

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

De este artículo se desprende que los legisladores colocaron en un mismo bloque los Derechos Humanos reconocidos en el Derecho Internacional y aquellos reconocidos en la Constitución, bajo la misma nomenclatura. Dicho bloque se denomina “bloque de constitucionalidad” y representa la homologación de las disposiciones internacionales con la Constitución.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> CORCUERA, Santiago. *Los derechos humanos: aspectos jurídicos generales*. México: Oxford University Press. 2016. Pág. 70

Asimismo, el artículo primero establece que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. De esta redacción se desprenden dos principios: el principio de interpretación conforme y el principio *pro persona*<sup>49</sup>.

El primer principio determina que los tribunales deben interpretar la ley conforme a lo que el bloque de constitucionalidad establece, mientras que el segundo se refiere a que dicha interpretación de la ley no debe ir en detrimento de la persona, sino que de todas las normas aplicables y de las interpretaciones posibles, deben elegirse las que la protejan en mayor medida. Ambos principios deben imperar en el control de convencionalidad<sup>50</sup>.

Además, a partir de la reforma de 2011, el control de constitucionalidad abandonó el modo concentrado y adoptó un modo difuso. Antes de la reforma, el control de constitucionalidad sólo podía ser realizado por la SCJN y tribunales federales mediante las figuras de juicio de amparo, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. Es decir, la capacidad de realizar control de constitucionalidad estaba concentrada en determinados órganos jurisdiccionales<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> *Ídem*.

FERRER, Eduardo. *Op. Cit.* Págs. 13-18

<sup>50</sup> *Ídem*.

<sup>51</sup> *Ibidem*. Pag. 14.

A partir de 2011, el control de constitucionalidad adoptó un carácter difuso. Toda autoridad mexicana tiene el deber de llevarlo a cabo al momento de ejecutar o aplicar una norma. Si una norma contraviene lo establecido en la Constitución y en los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos de los que México sea parte, el control de constitucionalidad dictará su inaplicación. Es a partir del control de constitucionalidad que los tribunales locales también pueden realizar el control de convencionalidad.

### **Control de convencionalidad**

El control de convencionalidad se desprende del artículo 2 de la CADH, el cual establece que “los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”<sup>52</sup>.

Es decir, los países que ratificaron la CADH se comprometieron a realizar cambios en su legislación interna para incluir el contenido de la Convención, esto con el fin de armonizar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el derecho interno de los países. Con la reforma constitucional de 2011, México realizó un esfuerzo considerable para cumplir con este deber internacional al incorporar en su artículo primero el bloque de constitucionalidad.

---

<sup>52</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, art. 2.

## Capítulo III. Controlar la Constitución desde la Constitución

### III.I.

#### **Antecedentes judiciales**

La Constitución como norma fundamental contiene los valores y convicciones de la nación y los traduce en un sistema de gobierno que busca garantizar y proteger dichos valores. Es por ello que el concepto de rigidez constitucional resulta importante: al ser la norma suprema posee una naturaleza de mayor solemnidad en comparación con las leyes ordinarias. Debe ser un documento de difícil modificación que permanezca en el tiempo y de continuidad al proyecto de nación que pretende consolidar, de otra manera se pondría en riesgo la estabilidad y la mera existencia del Estado<sup>53</sup>.

Sin embargo, las sociedades humanas cambian a lo largo del tiempo y adoptan nuevos principios y valores. Estos cambios pueden deberse a factores económicos, sociológicos, históricos, demográficos e incluso generacionales. El Derecho, por tanto, como conjunto de normas reguladoras de la sociedad, debe adaptarse a la misma para responder ante las necesidades nacientes. La Constitución, como norma suprema, no es la excepción.

---

<sup>53</sup> FLORES, Imer. *Sobre la inconstitucionalidad de reformas constitucionales*. Revista Cuestiones Constitucionales número 17. México. UNAM. 2006. Pág. 83

El proyecto de nación que un congreso constituyente ideó en un momento histórico determinado puede distar de lo que las generaciones futuras desearán para sí mismas. Las naciones evolucionan y se reinventan mediante procesos históricos: algunas prosperan, otras son absorbidas por nuevos Estados, otras se dividen y otras desaparecen.

Las naciones que prevalecen en el tiempo conformadas en un mismo Estado logran transmitir los ideales, valores y factores de cohesión a las futuras generaciones, las cuales continúan con el proyecto de nación buscado. Si la Constitución representa esa visión primera de lo que la nación debe ser, su permanencia en el tiempo y su grado de conservación del contenido original son muestra de la fidelidad que guarda el pueblo con respecto al proyecto de nación que idearon los redactores de la norma fundamental.

El caso de Estados Unidos es ilustrativo de lo anteriormente expuesto. El pueblo estadounidense demuestra la fidelidad que posee hacia la visión de los padres fundadores al conservar la Constitución de 1789 con tan solo veintisiete enmiendas en 228 años. La figura mítica de los padres fundadores continúa prevaleciendo en los discursos políticos y en la conciencia colectiva del ciudadano estadounidense porque existe un respeto solemne hacia su proyecto de nación<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> KING, Anthony. *The Founding Fathers v. The People*. Cambridge. Harvard University Press. 2012. Pág. 27

No obstante, incluso una nación tan conservadora y celosa de su Constitución como Estados Unidos ha sufrido modificaciones en su norma suprema. Es decir, si bien hay un proyecto de nación sólido y definido que ha sobrevivido con el paso del tiempo, el ordenamiento jurídico ha tenido que ser modificado para adaptarse a los cambios que sufre la sociedad. La norma suprema tuvo que ser enmendada en veintisiete ocasiones para responder a las necesidades sociales, políticas y económicas del pueblo estadounidense<sup>55</sup>.

En el caso de México, nuestra Constitución posee una considerable longevidad de cien años con más de setecientas reformas. No es menester de este escrito determinar si la cantidad de reformas con respecto a la longevidad de la Constitución demuestran una transformación sustancial del proyecto de nación ideado por el Congreso Constituyente de Querétaro en 1917. Más bien, es importante señalar que nuestra norma suprema, con sus modificaciones respectivas, es un reflejo de los cambios históricos, sociales, políticos y culturales que ha sufrido nuestro país en los últimos cien años.

De esta manera, es relevante argumentar que una Constitución que no puede ser modificada resultará obsoleta ante los cambios en la sociedad que organiza. Deben existir mecanismos que permitan su modificación y que mantengan su naturaleza de norma suprema al mismo tiempo.

---

<sup>55</sup> VILE, John. *Encyclopedia of Constitutional Amendments, Proposed Amendments, and Amending Issues, 1789-2015*. Santa Barbara. ABC-Clio.2015. Pág. 394.

El procedimiento para modificar nuestra Constitución se encuentra en el artículo 135, el cual establece que para adicionar o reformar la Constitución, se necesitan dos terceras partes de los individuos presentes del Congreso de la Unión y la aprobación de la mayoría de las legislaturas de los estados y de la Ciudad de México. Es decir, dado que ahora son 32 entidades federativas contando la capital, se requiere la aprobación de 17 legislaturas.

Este artículo otorga al poder legislativo la facultad de adicionar, derogar o modificar artículos de la Constitución política, con la respectiva aprobación de las legislaturas locales. Es decir, se le brinda al poder legislativo y no a los demás poderes la capacidad de reformar la norma suprema en la cual descansa todo el sistema jurídico del Estado. Esto, sin duda, representa una facultad de sumo poder que podría poner en riesgo dicho sistema en caso de que se ejerciera irresponsablemente. En un sistema de pesos y contrapesos, necesario en cualquier democracia, debería existir un mecanismo que prevenga al legislativo de modificar la Constitución a voluntad y realice acciones como desaparecer a los demás poderes o derogar Derechos Humanos reconocidos en la Ley Suprema.

La SCJN, como poder judicial, tiene la facultad de invalidar aquellas normas emitidas por el legislativo que contravengan a la Constitución, a través de los medios de control constitucional. Dichos medios son: controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, juicio de amparo y determinaciones de constitucionalidad sobre consultas populares. Por el momento, se enfocará el

análisis solamente en el juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.

El juicio de amparo representa un mecanismo de protección personal ante cualquier acto de autoridad que atente contra los Derechos Humanos. Puede ser utilizado por cualquier persona que se encuentre en México, incluidos los menores de edad, extranjeros y personas morales. Existe el amparo indirecto, el cual se tramita ante Juzgados de Distrito y procede en contra de cualquier acto de autoridad excepto sentencias definitivas y laudos; y el amparo directo, que se tramita ante Tribunales Colegiados de Circuito. A partir de la reforma constitucional de 2011, los amparos pueden realizarse en contra de actos que violen Derechos Humanos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales y pueden tramitarse aun sin interés jurídico.

Las controversias constitucionales son un medio de control constitucional que resuelve conflictos de competencias y facultades entre los poderes de la Unión o poderes locales, y entre los tres ámbitos de gobierno. Por ejemplo, evita que el poder legislativo realice funciones que le competen exclusivamente al ejecutivo como celebrar tratados internacionales, o que un gobierno estatal decida absorber las funciones de algún gobierno municipal.

Por otro lado, las acciones de inconstitucionalidad resuelven el conflicto que se suscita cuando una norma expedida por el legislativo o un tratado internacional contravienen la Constitución. Es decir, si el poder legislativo, en cualquiera de los

tres órdenes de gobierno, emite una ley que contradice disposiciones constitucionales, o si el Senado ratifica un tratado internacional celebrado por México que viola la Ley Suprema, la SCJN puede dejar sin efecto dicha norma y dicho tratado.

Sin embargo, ambos medios de control constitucional son aplicables a leyes de menor jerarquía y a tratados internacionales, no a reformas constitucionales. Es decir, el poder judicial puede dejar sin efecto leyes ordinarias, reglamentos y decretos con tal de mantener la supremacía de la Constitución, pero no existe mecanismo alguno para dejar sin efecto una reforma constitucional llevada a cabo por el Congreso. La acción de inconstitucionalidad no es una vía para impugnar una reforma constitucional, así lo establece la SCJN en su tesis VIII/2009.

Esto es debido a una paradoja jurídica: el Congreso es el único facultado para modificar la Constitución; una reforma altera el contenido original de la Constitución, y una vez hecha, dicha modificación se vuelve parte de la misma; el poder judicial es el único facultado para proteger la supremacía de la Constitución al invalidar acciones que la contradigan o la violen; ¿cómo, pues, podría el poder judicial declarar inconstitucional una reforma a la Constitución, si esa alteración ya es parte del texto constitucional?

a) Amparo Camacho Solís.

Manuel Camacho Solís fue un político mexicano miembro del Partido Revolucionario Institucional que ocupó diversos cargos durante la presidencia de Salinas de Gortari, entre ellos jefe del Distrito Federal de 1988 a 1993. En esos años, el cargo de jefe del Distrito Federal no se confería por elección popular, sino por designación presidencial. Era un puesto que brindaba al portador una plataforma importante para buscar la presidencia de la República, cuestión que Camacho Solís intentó en las elecciones de 1994. Al no ser elegido como candidato de su partido a la presidencia, Camacho Solís rompió con su grupo político y buscó formar su propio movimiento<sup>56</sup>.

En 1996, se promovió una reforma a diversos artículos de la Constitución, entre ellos al 122 sobre la estructura y gobierno del Distrito Federal. La reforma al mencionado artículo introdujo la figura de Jefe de Gobierno del Distrito Federal, cargo que a partir de ese año sería sujeto a elección popular. Sin embargo, dado que existían tensiones entre el partido mayoritario y Camacho Solís, y dado que éste último tenía aspiraciones lógicas de contender por el nuevo cargo, los legisladores incluyeron una cláusula dentro de la reforma: "... y no haber desempeñado anteriormente el cargo de Jefe de Gobierno del Distrito Federal con cualquier carácter"<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> ARTEAGA NAVA, Elisur. *El amparo Camacho. La impugnación de una reforma constitucional*, en *Alegatos* número 46. México. Septiembre 2000. Pág. 516-517

<sup>57</sup> *Ídem*.

Además, la propuesta de reforma fue presentada ante la Cámara de Diputados firmada por el presidente de la República y algunos senadores. Es decir, hubo senadores que promovieron la reforma constitucional en una cámara distinta a la que pertenecen, cuestión que en ese tiempo violaba el artículo 71 de la Constitución.

Ese mismo año, Manuel Camacho presentó un amparo en contra de la reforma al artículo 122 constitucional. Su argumento estaba basado en el vicio de procedimiento que se siguió cuando fue presentada ante la Cámara de Diputados, ya que fue presentada violando la Constitución. El amparo 2996/96 invocó la violación de garantías de los artículos 1º, 14, 16 y 17 constitucionales por inobservancia de los artículos 49, 71 y 72 constitucionales. Es decir, Camacho Solís trató de impugnar una reforma constitucional al señalarla de inconstitucional en su proceso y al señalar que le impedía gozar de su derecho para contender por la Jefatura de Gobierno del Distrito Federal<sup>58</sup>.

El amparo fue revisado por una Juez cuarto de Distrito en materia administrativa del primer circuito, la cual resolvió que el amparo no buscaba proteger al quejoso de una ley, sino de una reforma constitucional, lo cual era improcedente por no cumplir con lo estipulado en el artículo 45 de la Ley de Amparo con respecto a los artículos 103 y 107 de la Constitución. Camacho Solís interpuso un recurso de revisión en contra de esa resolución el 9 de septiembre de 1996<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> *Ibidem*. Pág. 518

<sup>59</sup> *Ibidem*. Pág. 519

El pleno de la Suprema Corte, con base en la facultad de atracción, conoció el recurso de revisión y revocó la decisión de la Juez de Distrito. Asimismo, decidió que la Juez de Distrito conociera nuevamente del amparo y proveyera nuevamente sobre la admisión<sup>60</sup>.

El 29 de agosto de 1997, la Juez de Distrito resolvió que el juicio de amparo era improcedente, ya que dicho instrumento plantea una finalidad práctica, la cual es restituir los derechos afectados por el acto de autoridad en cuestión. Al no encontrar la finalidad práctica del amparo de Camacho Solís, la Juez de Distrito declaró su improcedencia<sup>61</sup>.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación dictó resolución definitiva el 9 de septiembre de 1999. En su sentencia, la SCJN resolvió: que el juicio de amparo es un recurso efectivo para impugnar iniciativas de ley, ya que son parte del proceso legislativo (Tesis XLVI/99); que el hecho de que el presidente de la República y senadores presentaran una reforma constitucional no contravenía al artículo 71 constitucional (Tesis LXVIII/99); que la celebración de elecciones a Jefe de Gobierno no hace improcedente el juicio de amparo si continúa el impedimento de contender en futuras elecciones (Tesis LXV/99); y que para que el amparo fuera procedente, su litis debería versar sobre garantías individuales y no solamente

---

<sup>60</sup> *Ibidem*. Pág. 520

<sup>61</sup> *Ídem*.

sobre derechos políticos, los cuales no pueden ser restituidos mediante juicio de amparo<sup>62</sup> (Tesis LXIII/99).

Sin embargo, la tesis de esta sentencia que nos compete de mayor manera es la tesis LXII/99. Este razonamiento por parte de la SCJN estableció un precedente sobre la competencia de la Corte para conocer de impugnaciones a reformas constitucionales<sup>63</sup>.

“El Pleno de la Suprema Corte de Justicia ha determinado que cuando se impugna el proceso de reforma constitucional no es la Carta Magna, sino 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. Asimismo, estableció que la circunstancia de que aun cuando el proceso de reforma hubiese sido elevado a la categoría de norma suprema, tal situación no podría desconocer la eficacia protectora del juicio de amparo como medio de control constitucional, puesto que de ser así no habría forma de remediar el posible incumplimiento de las formalidades consagradas en el artículo 135 de la Carta Magna ni, por ende, podría restablecerse a los agraviados en los derechos que estiman

---

<sup>62</sup> Es importante recordar que en 1996 no existía la redacción del artículo 1° constitucional actual, el cual modificó la nomenclatura de garantías individuales a derechos fundamentales, gracias a la reforma constitucional del año 2011. Antes, el juicio de amparo únicamente podía versar sobre violaciones a garantías individuales y no sobre transgresiones a derechos políticos. A partir de 2011, dado que los derechos políticos están reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos de los que México forma parte, y a partir de la nueva Ley de Amparo del año 2013, es posible presentar un juicio de amparo que verse sobre violaciones a derechos políticos.

<sup>63</sup> VÁZQUEZ-GÓMEZ, Francisco. *La Suprema Corte y el poder constituyente constituido. Hacia la defensa del núcleo intangible de la Constitución*. Revista Cuestiones Constitucionales número 22. México. UNAM. 2010. Pág. 292

violados, con lo que se autorizaría la transgresión a derechos fundamentales sin oportunidad defensiva. En consecuencia, si bien es cierto que el contenido del dispositivo constitucional resulta inimpugnable a través de la demanda de garantías, siendo sólo atacable el proceso de reforma correspondiente, (...), debe concluirse que el interés jurídico para promover el juicio contra el proceso de reforma relativo debe derivar directamente de los efectos que produce la vigencia del nuevo precepto constitucional, pues son éstos los que producen un menoscabo en la esfera jurídica del gobernado (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1999, tesis LXII/99)”

Esta tesis determina, entonces, que el juicio de amparo es un mecanismo viable y procedente para impugnar el proceso de reforma constitucional, mas no la reforma en sí. Es decir, no es posible impugnar el contenido de una reforma constitucional, únicamente su proceso de creación. Si el proceso de reforma constitucional viola el artículo 135 de la Ley Suprema, es posible impugnarlo mediante un juicio de amparo.

En resumen, la SCJN no le otorgó el amparo a Camacho Solís al concluir que el proceso de reforma constitucional del artículo 122 no transgredió el artículo 135 de la Constitución ni produjo violación de competencias entre poderes, además de que el juicio de amparo no puede reparar transgresiones a derechos políticos sino únicamente garantías. Sin embargo, aunque el amparo no fue concedido, esta sentencia sentó un precedente sobre el juicio de amparo como medio de control constitucional: la tesis XLII/99 permite que se impugne una reforma constitucional llevada a cabo de manera ilegal mediante un amparo.

## b) Reforma en materia indígena a la Constitución

El 14 de agosto de 2001 se realizó una reforma al artículo 2 constitucional sobre materia indígena. Se reconocieron derechos colectivos de los pueblos originarios de nuestro país y su reconocimiento constitucional. Los primeros párrafos establecen que la Nación mexicana es única e indivisible, pero pluricultural con base en los pueblos que habitaban el territorio desde antes de la colonización y que conservan sus instituciones autóctonas o parte de ellas.

Se reconoce también el criterio de la autoadscripción para determinar la identidad originaria de un individuo y la característica autónoma de las comunidades indígenas. El apartado A reconoce el derecho de los pueblos originarios a la libre autodeterminación, es decir, a decidir sus formas internas de convivencia y gobierno, su sistemas de solución de controversias y la elección de sus autoridades, todo dentro de los principios generales de la Constitución, el respeto a los Derechos Humanos y el respeto hacia la mujer.

Al respecto de la libre autodeterminación, el Senado incorporó la disposición del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo con el fin de respetar la auto identificación como criterio de identidad. Sin embargo, cometió una incoherencia jurídica al establecer que las entidades federativas donde se encuentren pueblos originarios deben reconocer a los mismos como “entidades de

interés público”, es decir, como órganos políticos del Estado, lo cual choca con el concepto de autonomía<sup>64</sup>.

El apartado B reconoce el deber de la Federación, de los estados y de los municipios para promover la igualdad jurídica de los pueblos originarios, evitar la discriminación hacia los mismos y fomentar el desarrollo integral de las comunidades indígenas. Es decir, se persigue una política indigenista que facilite la participación indígena en los asuntos públicos del Estado.<sup>65</sup>

No obstante, en el mismo año en que fue publicada la reforma, el municipio oaxaqueño de San Pedro Quiatóní interpuso la controversia constitucional 82/2001. La litis de esta controversia estuvo basada en la inconstitucionalidad del proceso de reforma al artículo 2 de la Constitución, ya que el municipio argumentó que la Comisión Permanente del Congreso de la Unión procedió al cómputo de los votos de las legislaturas de los estados sin haber contado con la totalidad de estos. Es decir, la Comisión Permanente no cumplió con el procedimiento establecido en el artículo 135 constitucional al desestimar del conteo a aquellas legislaturas que aún no había emitido su voto.

La SCJN llegó a una resolución sobre esta controversia en septiembre de 2002, la cual desestimó el recurso. La Tesis P./J.40/2002 argumenta que el Órgano

---

<sup>64</sup> GÓNZALEZ GALVÁN, Jorge Alberto. *La reforma constitucional en materia indígena*. Revista Cuestiones Constitucionales número 04. México. UNAM. 2002. Págs. 255-256

<sup>65</sup> *Ibidem*. Pág. 258

Reformador de la Constitución no es un órgano, poder o entidad que pueda ser parte de una controversia constitucional, ya que no posee funciones de gobierno sino de acuerdo en materia de adiciones y reformas a la Ley Suprema. Además, la controversia constitucional es improcedente para impugnar el contenido de una reforma constitucional o para impugnar el procedimiento de una reforma constitucional.<sup>66</sup>

La Tesis P./J.39/2002 establece que ni el procedimiento de reformas constitucionales ni las reformas constitucionales en sí pueden ser sujetos de control constitucional. Es decir, las reformas constitucionales ya no pueden ser impugnadas por razón alguna mediante ningún mecanismo. Esta Tesis contradice y revoca lo dicho por la SCJN en la resolución sobre el amparo de Camacho Solís, donde había señalado que el juicio de amparo podía ser un recurso viable para señalar la inconstitucionalidad de un proceso de reforma constitucional.<sup>67</sup>

a) Amparo 186/2008, reforma electoral

La cuestión sobre si es posible impugnar una reforma constitucional volvió a debatirse en la SCJN en 2008, cuando se resolvió un juicio de amparo en contra de la reforma electoral realizada en 2007. La sentencia sobre el amparo 186/2002 retomó lo dictado en la Tesis LXII/99 sobre el amparo de Camacho Solís, y no lo dictado en la Tesis P./J.39/2002 sobre la cuestión indígena. Es decir, la SCJN volvió

---

<sup>66</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002, tesis P./J:40/2002.

<sup>67</sup> CARBONELL, Miguel. *La reforma electoral ante la SCJN*. El Universal. 2 de mayo de 2008.

a considerar al juicio de amparo como un mecanismo viable para impugnar la constitucionalidad de una reforma constitucional.<sup>68</sup>

La reforma electoral citada fue publicada el 13 de noviembre de 2007 en el Diario Oficial de la Federación. En concreto, se adicionó un párrafo al apartado A del artículo 41 constitucional, en el cual se prohibió que persona física o moral alguna contratara propaganda en radio y televisión para influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, en favor o en contra de partidos políticos.

De nueva cuenta, la reforma constitucional fue impugnada bajo el argumento de que existieron vicios en la aprobación de la misma, ya que no se dieron a conocer cuál fue la mayoría de las legislaturas de los Estados que la aprobaron. El juez de distrito que conoció el amparo desechó la demanda al considerar que el juicio de amparo no es un mecanismo idóneo para cuestionar la validez de una reforma constitucional.<sup>69</sup>

El 28 de septiembre de 2008 la SCJN emitió su resolución sobre este amparo, en la cual abandonó lo interpretado en la Tesis P./J.39/2002, y reconoció que el poder reformador del Congreso tiene límites constitucionales establecidos en el artículo 135 de la Constitución, que deben ser respetados. En caso de que dichos límites

---

<sup>68</sup> *Ídem.*

<sup>69</sup> COSSÍO, José Ramón. *Sistemas y modelos de control constitucional en México. Op. Cit.* pág. 1

sean transgredidos, la acción violatoria del procedimiento constitucional puede ser impugnada mediante juicio de amparo.<sup>70</sup>

No obstante esta última interpretación, en 2013 se expidió la nueva Ley de Amparo, la cual regula los artículos 103 y 107 constitucionales. Esta nueva ley regula el uso del recurso de amparo bajo la reforma constitucional de 2011 en materia de Derechos Humanos, ya que antes de su promulgación, se continuó aplicando la ley de 1936.

El artículo 61, fracción I, de la nueva Ley de Amparo establece el juicio de amparo es improcedente “contra adiciones o reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. De esta manera, existe una contradicción entre la jurisprudencia más reciente en la materia de la SCJN y la ley vigente que regula este recurso. Sin embargo, cuando la SCJN emitió su resolución sobre el amparo 186/2008, determinó dentro de su razonamiento que no existía disposición legal o constitucional alguna que prohibiera expresamente utilizar el juicio de amparo para impugnar una reforma constitucional. Con esta nueva ley, ya existe esa disposición expresa, por lo que si llegara a existir un nuevo intento de impugnación de una reforma constitucional mediante juicio de amparo, es probable que la SCJN desestime dicha acción al ya haber una ley que lo prohíbe.

---

<sup>70</sup> *Ibidem.* Pág. 6

### III.II.

#### **Un control constitucional de la reforma a la Constitución**

Una reforma a la Constitución puede tener vicios tanto formales como materiales. Si una nueva norma constitucional incumple el procedimiento que la Constitución marca para su incorporación a la Carta Magna, se habla de vicios formales.

Ministros de la Suprema Corte de Justicia, como Ulises Schmill, han manifestado que la reforma a la Constitución nunca puede cuestionarse por los contenidos que llegarán a incorporar, pero sí por los vicios formales en el procedimiento.<sup>71</sup> Por su parte, Genaro Góngora también ha afirmado que los controles al poder reformador constituido, en su ejercicio de modificar la Constitución, sólo puede ser sometido a límites formales y no materiales.<sup>72</sup>

Al respecto, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dispuesto lo siguiente:

PROCEDIMIENTO DE REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. NO ES MANIFIESTA NI INDUDABLE LA IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO EN SU CONTRA. Cuando el Congreso de la Unión y las Legislaturas Locales actúan en su carácter de Poder Reformador de la Constitución, deben respetar las normas del procedimiento de reforma contenidas en el artículo 135 constitucional, lo cual implica que es jurídicamente posible que dicho poder emita alguna reforma

---

<sup>71</sup> SCHMILL, Ulises. *Las competencias jurisdiccionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Tribunales Constitucionales y defensa del orden constitucional. México. UNAM. 1994. Pág 54.

<sup>72</sup> GÓNGORA, Genaro. *¿Puede plantearse en juicio de amparo la inconstitucionalidad del procedimiento de reforma constitucional? (El caso del señor Manuel Camacho Solís)*. Lex, Difusión y análisis. México. Número 24, junio de 1997. Págs. 5-14.

con desapego a tal procedimiento. Cuando esto sucede y algún particular promueve juicio de amparo contra dicho acto, los Jueces de Distrito no pueden, sin más, considerar que en esos casos se actualiza de manera manifiesta e indudable la improcedencia del juicio, ya que de la mera remisión de la fracción XVIII del artículo 73 de la Ley de Amparo, a los artículos 103 constitucional y 1o., fracción I, de la propia Ley de Amparo, no puede obtenerse un enunciado normativo que contenga la improcedencia del amparo contra una reforma constitucional. Lo anterior lleva a concluir que ese fundamento no es válido para desechar de plano la demanda relativa contra un procedimiento de reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Amparo en revisión 186/2008. Centro Empresarial de Jalisco, Sindicato Patronal. 29 de septiembre de 2008. Mayoría de seis votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Disidentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán.

El Tribunal Pleno, el tres de noviembre en curso, aprobó, con el número LXXVI/2009, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a tres de noviembre de dos mil nueve.<sup>73</sup>

De esta manera se puede afirmar que existe consenso en que los actos del poder reformador de la Constitución de ninguna manera son incontrolables. Pues el máximo tribunal se ha pronunciado para determinar que por lo que hace a los vicios en el procedimiento de creación de la norma, se pueden ejercer mecanismos de control.

---

<sup>73</sup> Novena Época. Registro: 165708. Instancia: Pleno. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXX, Diciembre de 2009. Materia(s): Constitucional. Tesis: P. LXXVI/2009. Página: 15.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando la reforma o adición a la Constitución contradice, en contenido y no en forma, algún precepto establecido en la Constitución?

A diferencia del ministro Góngora y Schmill este trabajo promueve la posibilidad de que se pueda llevar al cabo un control constitucional, en su vertiente material, de la reforma a la Constitución.

El profesor español Pedro de Vega decía que sólo cuando el poder de reforma se considera como un poder constituido y limitado, la estructura de la organización constitucional democrática mantiene coherencia. De manera tal que restringir el control y límite del ejercicio del poder reformador de la Constitución a cuestiones de forma, provoca que el orden constitucional democrático quede vulnerable ante incongruencias materiales.

El Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados, es decir la autoridades que en conjunto tienen la función de actuar como poder reformador de la Constitución, tienen la obligación de atender las exigencias sociales, económicas y políticas que la sociedad demanda, con la enorme responsabilidad de crear normas constitucionales que no sean incompatibles con los principios fundamentales establecidos en la Ley Suprema. Función que, aunque parezca sencilla, no lo es. Solemos presenciar medidas demagógicas, altamente aceptadas en la sociedad, incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales y a los principios torales de la democracia mexicana.

Vale la pena repetir que el cuidado que debe tenerse al modificar la Constitución debe ser supremo, pues el texto constitucional pauta los principios jerárquicos superiores para presidir la interpretación del ordenamiento jurídico en su conjunto. Si en la Constitución se incorporaran normas incompatibles con las existentes, la consecuencia sería fatal, pues tendríamos una amenaza en todo el orden jurídico nacional que podría generar normas secundarias irremediablemente inválidas ante algunos conceptos constitucionales pero válidas a la luz de otros.

Por lo tanto, resulta indispensable que esa delicada tarea sea sometida al control y límite judicial en un estándar, también, supremo. El control constitucional de la reforma a la constitución debe ser completo y no exclusivo para vicios procedimentales, como sucede en diversas latitudes del mundo.

### **III.III.**

#### **Controlar la Constitución con base en los principios constitucionales**

La constitución si bien en conjunto es la norma suprema está compuesta por diversos elementos. Normas sustantivas y normas de carácter adjetivo. Principios interpretativos y principios fundacionales.

Las actuaciones del poder reformador de la Constitución está limitado por algunos elementos como las decisiones políticas fundamentales establecidas por el Constituyente originario. Por ejemplo, el principio de división de poderes, los derechos humanos y la soberanía popular.

Al respecto, el maestro Mario de la Cueva sostiene lo siguiente:

*“La tesis de la ilimitabilidad de sus atribuciones rompe el principio de la seguridad jurídica y del sistema de control de la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos, pues si el poder reformador puede hacerlo todo, si puede suprimir o cambiar los principios fundamentales de la Constitución, podría suprimir nuestro juicio de amparo y la jerarquía de las normas consignadas en el artículo 133[...] claro está que el poder reformador puede adicionar o reformar los preceptos que consignan los derechos humanos individuales y sociales, pero lo que no puede hacer es derogarlos totalmente.”<sup>74</sup>*

Desde luego, cualquiera pensaría que es disparatado que una reforma a la Constitución pretenda irrumpir con el principio de división de poderes, con los derechos fundamentales o con el principio de soberanía popular. Son temas que en el debate constitucional se entienden intocables.

---

<sup>74</sup> DE LA CUEVA, Mario. *Teoría de la Constitución*. México, 2008. Porrúa. Segunda Edición. Págs. 177 y 178.

Sin embargo, existen temas que sí generan mayor polémica y cuya solución pasa necesariamente por la interpretación que se haga de la norma constitucional.

El arraigo, por ejemplo, ha sido un asunto que ha generado diversas discusiones en el orbe constitucional.

En abril de 2015 el ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena presentó, al pleno de la SCJN, el amparo directo en revisión 1250/2012. En dicho asunto se discutió la constitucionalidad del artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, cuyo contenido establece la figura del arraigo penal.

El proyecto contempló que arraigo penal es constitucional debido a que la figura en cuestión constituye una excepción constitucional explícita a la regla general de libertad personal, como lo establece el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>75</sup>

Lo que el proyecto y, posteriormente, la doctrina han analizado como excepción constitucional explícita no es otra cosa sino que la propia Carta Magna contempla en su contenido la existencia de la figura del arraigo y, desde la lógica de algunos jueces constitucionales no puede declararse inconstitucional una figura jurídica existente en la Constitución.

---

<sup>75</sup> COSSÍO, José Ramón, Mejía Raúl y Rojas Laura. *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos*. México. Porrúa. 2015. Pág 117.

Sirva el ejemplo del caso del arraigo como una controversia entre conceptos constitucionales que se puede presentar frecuentemente sí el legislador democrático tiene la posibilidad de incorporar elementos a la Constitución sin que se realice un control previo que verifique la compatibilidad.

Ahora bien, ¿cómo se puede declarar algún elemento constitucional como inconstitucional?

### **III.IV.**

#### **Críticas y falsos debates**

Diversas críticas han invadido los espacios de debate y reflexión de la teoría constitucional, en el sentido de pregonar la imposibilitar del control judicial sobre reformas a la Constitución. Tres de esas grandes críticas se exponen a continuación y, adelante, se intentan analizar en sentido contrario, para abonar en el núcleo propositivo de este trabajo.

#### a) La tiranía de los jueces

No es nuevo el debate que enfrenta a la justicia constitucional con el ejercicio democrático. El hecho de que la última palabra sobre una decisión constitucional recaiga en el poder judicial (guardián de la constitución<sup>76</sup>) y no en el órgano que tiene la representación popular y que garantiza la pluralidad de los intereses

---

<sup>76</sup> Referencia al termino Kelseniano. Véase el debate sobre *¿quién debe ser el guardián de la Constitución?* Entre Kelsen y Schmitt.

sociales (como son los parlamentos o cámaras legislativas) ha sido motivo de interminables debates en la teoría constitucional en particular y en la ciencia política en lo general. De manera cotidiana se ha intitulado a esta disputa ideológica como: la tiranía de los jueces.

El profesor Jeremy Waldron<sup>77</sup> sostiene, por ejemplo, que los jueces, incluso los integrantes de las cortes constitucionales, carecen de legitimidad para invalidar los productos que resultan de un proceso democrático-legislativo. Waldron sobrepone la importancia del ejercicio deliberativo en los parlamentos que el control judicial en las cortes constitucionales. El hecho de que los jueces rijan sus interpretaciones en el apego a las premisas de un texto frecuentemente arcaico, como lo son muchas constituciones, imposibilita que enfrenten de manera eficiente las cuestiones sustantivas que subyacen a los desacuerdos políticos.<sup>78</sup>

Para superar la crítica que hace Waldron y los seguidores de esa postura ideológica que él representa, me parece imprescindible señalar dos argumentos. En principio vale recordar que la tarea de los jueces constitucionales no es la de representar a la ciudadanía, por el contrario es la de garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas. Digo “por el contrario” en la línea anterior, porque la protección de derechos que llevan a cabo los jueces es una labor que

---

<sup>77</sup> Quizá el principal jurista contemporáneo que han defendido esa idea. Ha sido profesor en prestigias universidades como Oxford, Yale y la Universidad de Nueva York.

<sup>78</sup> WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. *Yale Law Journal* 115. EE.UU. 2006.

constantemente se opone a los intereses ciudadanos, es decir a los intereses que un representante popular debe defender en un parlamento.

En segundo lugar, es preciso recordar que no todas las formas de representación política son compatibles con el modelo democrático. El hecho de que existan representantes sentados en escaños parlamentarios no quiere decir que esa representación siga una lógica democrática. Cuando la representación es por sectores económicos o por corporaciones, la representación es corporativa más no democrática. Cuando el ejercicio de representación recae sobre estratos sociales, se tiene una representación estamental, pero no democrática.

De tal suerte que una reforma a la Constitución puede ser un producto derivado de una representación no democrática, lo que debilitaría el argumento de la tiranía de los jueces sostenido por el profesor Waldron. Si a eso sumamos que esa reforma puede carecer de contenidos que sean compatibles con los derechos fundamentales preexistentes en el texto constitucional, se potencializa la necesidad de contar con un control operado por aquel órgano encargado de garantizar la protección de los derechos.

De esta manera podemos decir que el mandato de un juez constitucional no es un mandato popular sino un mandato, precisamente, constitucional. Es decir, un mandato que sirve para garantizar que los poderes públicos y privados, sean democráticos o no lo sean, se sujeten a los límites que la Constitución impone.

b) El tribunal constitucional y la norma competencial.

¿Un juez constitucional debe analizar la constitucionalidad de una reforma a la propia Constitución? Es la pregunta sembrada en el debate que pretende zanjar la posibilidad de que las reformas a la constitución sean materia de controles de constitucionalidad.

Un juez constitucional como cualquier autoridad pública puede actuar sí y sólo si existe una norma competencial que le permita llevar a cabo determinada acción. En cualquier Estado Constitucional de Derecho debe imperar el principio de legalidad incluso en la actuación de los órganos encargados de interpretar la norma suprema y, en algunos casos, de emitir las normas de competencia que permiten actuar al aparato público.

Al respecto, vale la pena detenerse en un recordatorio teórico que Hans Kelsen estableció hace más de medio siglo. Para Kelsen el principio de validez es lo que hace existente a la norma. Es decir, si una norma es válida es existente y si una norma es existente es porque es válida.

¿Qué es lo que le da validez a una norma? Según la teoría kelseniana, una norma es válida en la medida en la que ha sido creada por un poder jurídico determinado que ha sido autorizado por otra norma de mayor jerarquía.

Una norma le da la competencia a un poder jurídico para que éste, a su vez, pueda crear una segunda norma. Este proceso es progresivo y crea un ordenamiento de normas cuyo origen termina siendo el mismo: la fuente de validez es la Constitución. De manera tal que la validez de una norma, no puede estar aislada de la validez del ordenamiento jurídico en su conjunto.

En el caso que nos ocupa, definir si un tribunal constitucional puede hacer control de constitucionalidad sobre una reforma a la constitución, el dilema de la competencia no es muy distinto a lo que la teoría del principio de validez establece.

La norma que da la competencia al tribunal constitucional para efectuar control sobre reformas a la Constitución puede estar incluida en la propia Constitución, como sucede en muchos países del mundo cuyo análisis se desarrollará más adelante. Una segunda posibilidad es que la norma de competencia la emita la propia autoridad jurisdiccional a través de la interpretación que hagan de la Constitución.

En México los opositores a la idea de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación pueda valorar la constitucionalidad de reformas a la Constitución suelen decir que el máximo tribunal no tiene una norma de competencia que le permita hacer eso.

En mi opinión es atendible lo que algunas voces al interior de la propia Corte han manifestado: el artículo 105 constitucional establece que la Suprema Corte es competente para conocer “acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto

plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución” y toda vez que las reformas a la Constitución producen normas generales, la SCJN está facultada desde la propia norma suprema para ejercer ese tipo de controles.<sup>79</sup>

Además como fue expuesto en el apartado que antecede, los principios constitucionales establecidos por el poder reformador de la Constitución en el artículo primero constitucional, pueden servir de fuente para que el juez constitucional en su carácter de intérprete de la norma suprema, encuentre ahí la norma que le dota de competencia para poder realizar el control de constitucionalidad sobre reformas a la Constitución.

#### c) Problemas de la decisión constitucional.

Una vez que se puede decir que el dilema sobre la norma competencial no es una barrera para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación pueda ejercer un control sobre las reformas a la Constitución, por el contrario es un falso debate que fácilmente puede ser eludido, no es enfrentamos a un dilema mucho más complicado de analizar: los parámetros para determinar la inconstitucionalidad de una norma constitucional.

Cuando una norma general establecida en alguna ley es incompatible con la constitución, la teoría de la supremacía constitucional resuelve sin dificultad el

---

<sup>79</sup> SALAZAR, Pedro. *La suplantación del legislador democrático*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. 2011. Pág. 198.

conflicto invalidando la norma. El control de la constitucionalidad así opera sobre normas que están por debajo de la Constitución. El problema se potencializa cuando lo que queremos valorar como inconstitucional es una reforma a la propia constitución, es decir una norma con carácter constitucional.

Ante esta situación existen distintas salidas: una puede ser el uso de las cláusulas de intangibilidad<sup>80</sup>, analizadas en el capítulo uno de este trabajo, pues son límites tanto temporales como materiales a posibles reformas a la Constitución.

Otra alternativa es la interpretación que hagan los jueces de los principios establecidos en la Constitución como parámetro orientador sobre qué es y qué no es constitucional. De esta manera, podemos afirmar que el artículo primero puede servir tanto como cláusula de intangibilidad explícita pero también como un candado implícito considerando algunos de los principios que establece.

La tercera salida que encuentro ante este dilema es la institucionalización de este tipo *sui generis* de controles. Incorporar un control previo de la constitucionalidad sobre reformas a la Constitución tiene muchos beneficios, entre ellos el dotar al sistema constitucional de mayor seguridad ante la ambigüedad que pueda surgir en la interpretación que hagan los jueces. También sirven para controlar los intereses

---

<sup>80</sup> VEGA, Pedro de la. *La Reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid. Tecnos. 1999.

desmedidos de legisladores que, en voz de una supuesta representación democrática, puedan poner en problemas la coherencia del orden constitucional.

## Capítulo IV. Control previo: un análisis comparado y una propuesta legislativa

### IV.I.

#### **Control previo de la constitucionalidad**

Los controles constitucionales son mecanismos que protegen la supremacía de la Constitución al revisar que las normas jurídicas no contradigan ni violen la Ley Suprema. Son filtros que permiten analizar la congruencia existente entre una norma ordinaria y la Constitución, de tal forma que, si existe contradicción alguna, la norma fundamental prevalezca.<sup>81</sup>

En este sentido, existen diferentes tipos de controles constitucionales. Si el criterio de clasificación es el momento de su ejecución, existen controles previos o preventivos, y reparadores o represivos. Los controles previos son aquellos realizados antes de que una norma sea incluida en el ordenamiento jurídico de un Estado, es decir, antes de que una ley sea promulgada se lleva al cabo un análisis del contenido para determinar si es congruente con la Ley Suprema. Los controles reparadores buscan determinar si una norma ya incluida en el ordenamiento jurídico contraviene disposiciones constitucionales<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> CASTRO, Juventino. Biblioteca de amparo y derecho constitucional. Vol. 1. Oxford University Press. México. 2001. Pág. 192

<sup>82</sup> BAZÁN, Víctor. *El control de constitucionalidad de los tratados internacionales en América Latina*, en revista Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. 2006. Pág. 517

Este capítulo profundizará sobre el control previo de constitucionalidad y su utilidad al momento de realizar una reforma constitucional. Se realizará un estudio comparado de diferentes ordenamientos jurídicos en Europa y América que tienen contemplado este instrumento y cómo se ha ejecutado.

## IV.II.

### **Análisis comparado**

#### A) Europa

##### **República Federal Alemana**

La Constitución vigente de la República Alemana (*Grundgesetz*, en alemán) fue redactada en 1949 durante la ocupación aliada de la parte occidental. El artículo 79 de la *Grundgesetz* establece límites substanciales a las enmiendas constitucionales: su numeral 3 establece que están prohibidas todas aquellas enmiendas que pretendan modificar la división de la Federación en *Länders*, la participación de los *Länders* en el proceso legislativo o los principios enumerados en el artículo 1 (inviolabilidad de la dignidad humana) y en el 20 (fundamentos de la estructura política y social democrática y federal de la República) de la *Grundgesetz*.

Es decir, Alemania posee un control que establece restricciones a las enmiendas constitucionales con el propósito de evitar una inestabilidad en la estructura de la

República y en el orden constitucional. Es por ello que el artículo 79 con su numeral 3 es conocido por los abogados y juristas alemanes como la “cláusula eterna”<sup>83</sup>.

El artículo 93 de la *Grundgesetz* determina la competencia de la Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), sin embargo, el artículo no menciona que ésta tenga jurisdicción de revisar reformas o enmiendas constitucionales. Los numerales 1 y 2 del artículo 93 facultan a la Corte Constitucional para revisar la compatibilidad formal y material entre la legislación local y federal, y la *Grundgesetz*.<sup>84</sup>

Las decisiones elaboradas por la Corte Constitucional alemana el 15 de diciembre de 1970, 23 de abril de 1991, 18 de abril de 1996, 14 de mayo de 1996, y 3 de marzo de 2004, buscan revisar la constitucionalidad de las enmiendas constitucionales basándose en la discusión sobre si las enmiendas pueden considerarse ley federal.

La Corte decidió que las enmiendas a la *Grundgesetz* son parte de la legislación federal, por lo que si se retoma la redacción del artículo 93 de la Ley Suprema, la Corte es competente de revisar la compatibilidad de las enmiendas con la Constitución.

---

<sup>83</sup> GÖZLER, Kemal. *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*. Turquía. Ekin Press. 2008. Pág. 55.

<sup>84</sup> *Ibidem*. Pág. 22.

Caso Klass (15 de diciembre de 1970)

El 24 de junio de 1968 se realizó la décimo séptima enmienda a la Constitución alemana, la cual adicionó una oración en el segundo párrafo del artículo 10 de la misma. La nueva redacción permitía la violación a la privacidad de los ciudadanos en aras de la seguridad nacional y reemplazaba la revisión judicial con la revisión parlamentaria sobre la legalidad de actos de vigilancia.<sup>85</sup>

La enmienda fue impugnada ante la Corte Constitucional. Se argumentó que la adición al artículo 10 violaba el principio de la dignidad humana, la separación de poderes y el Estado de derecho, consagrados en los artículos 1 y 20, por transgredir el derecho a la privacidad. No obstante, la Corte interpretó que la enmienda no era inconstitucional, ya que fue el artículo 10 el que fue modificado, no así el 1 y el 20, los cuales están protegidos de enmiendas. De esta manera, la Corte utilizó un enfoque estricto al desestimar la interpretación de los valores violados que, aun estando consagrados en los artículos 1 y 20, no producen la invalidez de la enmienda porque los artículos mencionados no fueron afectados, tal como lo establece el artículo 79.

---

<sup>85</sup> *Ibidem.* Pág. 57.

### Reforma de la tierra I (23 de abril de 1991)

El 23 de septiembre de 1990 se realizó la trigésimo sexta enmienda a la Constitución, la cual incorporó en el artículo 143, numeral 3, las disposiciones establecidas en el artículo 41, numeral 1, y el Anexo III del Tratado de Reunificación Alemana de 1990. Dichas disposiciones establecían que aquellas propiedades expropiadas que se encontraban en la zona de ocupación soviética de 1945 a 1949 no serían restituidas a sus dueños originales.

Catorce terratenientes expropiados impugnaron la enmienda argumentando que la modificación atentaba contra su dignidad humana, protegida por el artículo 1 de la *Grundgesetz*, al negarles el derecho legítimo sobre sus propiedades. Señalaron que el artículo 79, numeral 3, de la Constitución prohíbe que las enmiendas atenten contra los principios elementales de la República consagrados en los artículos 1 y 20 constitucionales.<sup>86</sup>

La Corte Constitucional revisó en primer lugar la constitucionalidad del proceso de enmienda que está regulado en el artículo 79, numerales 1 y 2 de la *Grundgesetz*. Determinó que el proceso había cumplido con lo especificado en la Constitución, por lo que la aprobación de la enmienda cumplió con el principio de legalidad.

---

<sup>86</sup> *Ibidem*. Pág. 60.

En segundo lugar, la Corte determinó que la enmienda al artículo 143, numeral 3, de la *Grundgesetz* no contravenía al artículo 79, numeral 3, de la misma, esto bajo el argumento de que las expropiaciones tomaron lugar entre 1945 y 1949, fechas en las que la *Grundgesetz* no había sido redactada y por lo tanto, no se encontraba en vigor. De esta manera, la *Grundgesetz* no puede proteger a aquellos terratenientes que fueron expropiados antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1949. En todo caso, dichas expropiaciones serían imputables a las autoridades soviéticas, y no a la extinta República Democrática Alemana ni a la actual República Federal Alemana. Las disposiciones del artículo 79, numeral 3, de la Constitución no protege a los ciudadanos alemanes de actos de Estados extranjeros.

#### Reforma de la tierra II (18 de abril de 1996)

Esta impugnación versó de igual manera sobre la trigésimo sexta enmienda a la *Grundgesetz*. El argumento sostuvo que la modificación al artículo 143 de la Constitución, numeral 3, violaba el principio de equidad al permitir la restitución de tierras expropiadas después de 1949, pero no así las tierras expropiadas entre 1945 y 1949. La Corte Constitucional basó su resolución bajo el mismo argumento del 23 de abril de 1991: dado que la *Grundgesetz* no se encontraba vigente entre 1945 y 1949, no puede proteger a los terratenientes expropiados por las autoridades

soviéticas, además que la Constitución no puede proteger a ciudadanos alemanes de actos de un Estado extranjero.<sup>87</sup>

Caso sobre el asilo (14 de mayo de 1996)

El 28 de junio de 1993 se llevó a cabo la trigésimo novena enmienda a la *Grundgesetz*, la cual incorporó el artículo 46, inciso a, a la Constitución. Dicho artículo establecía que el derecho al asilo no podría ser invocado por persona alguna que entrara al país desde el territorio de un Estado miembro de la Comunidad Europea de un tercer país donde estuviera asegurada la aplicación de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950.

Se argumentó que dicho artículo violaba al artículo 1 de la *Grundgesetz* sobre dignidad humana, principio elemental protegido de enmiendas según el artículo 79, numeral 3. La Corte elaboró dos resoluciones concernientes al artículo enmendado: 2BvB1507/93 y 1BvB1508/93. En ambas resoluciones, la Corte determinó que la disposición de negar el derecho al asilo a aquellas personas que vinieran de “países seguros” no violaba el artículo 79, numeral 3.

---

<sup>87</sup> *Ibidem*. Pág. 61.

### Vigilancia acústica de los hogares (23 de marzo de 2004)

El 26 de marzo de 1998 se modificó el artículo 13, numeral 3, de la *Grundgesetz*, mediante la 45° enmienda. Esta reforma permitía que los hogares de particulares fueran vigilados mediante instrumentos de recepción acústica, bajo orden judicial, con el propósito de facilitar un proceso penal.<sup>88</sup>

La impugnación a dicha enmienda sostuvo que el artículo 13, numeral 3, violaba el principio básico de la dignidad humana, protegida en el artículo 1 constitucional. La Corte desestimó la impugnación al considerar que la vigilancia acústica de domicilios particulares con orden judicial cumplía con el principio de legalidad.<sup>89</sup>

### **República de Austria**

La Constitución Federal de Austria de 1920 (*Bundesverfassung*) faculta a la Corte Constitucional para revisar la constitucionalidad de una ley tanto federal como local, en su artículo 140, numeral 1. Aunque dicho artículo no menciona explícitamente los conceptos de “enmienda constitucional” o “leyes constitucionales”, la Corte ha interpretado que la “ley federal” a la que hace referencia el artículo 140 también incluye provisiones de la *Bundesverfassung*. Es decir, la Corte puede revisar la constitucionalidad de normas constitucionales elaboradas mediante enmiendas.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> *Ibidem*. Pág. 64.

<sup>89</sup> *Ídem*.

<sup>90</sup> *Ibidem*. Pág. 23.

A diferencia de la Constitución alemana, la *Bundesverfassung* no posee límites substantivos a las enmiendas constitucionales. Es decir, no hay una prohibición expresa para modificar ciertos artículos de la Constitución. Esto permite que cualquier disposición de la *Bundesverfassung* puede ser enmendada.<sup>91</sup>

El artículo 44 de la Constitución austriaca establece el procedimiento de enmienda constitucional, el cual distingue entre una “revisión parcial” y una “revisión total” de la Ley Suprema. Aquellas enmiendas que sean de revisión parcial son consideradas leyes constitucionales y pueden ser promulgadas por el Parlamento, según el numeral 1 del artículo 44. El numeral 3 del mismo artículo establece que las enmiendas de revisión total, en cambio, requieren ser sometidas a referéndum.

#### Ciudadanía Länder (12 de diciembre de 1954)

La primera ocasión en la historia donde la Corte Constitucional austriaca determinó su competencia para revisar la constitucionalidad de una norma constitucional fue en 1954 con el caso de la Ciudadanía *Länder*<sup>92</sup>. La impugnación sostuvo que esta

---

<sup>91</sup> *Ibidem*. Pág. 34.

<sup>92</sup> El término alemán de *Länder* se refiere a las entidades federativas que conforman a la República. De esto modo, un *Länder* sería equivalente a un estado, con autonomía y soberanía propia de promulgar sus leyes en concordancia con la Constitución federal. La ciudadanía *Länder* se refiere, entonces, al reconocimiento como habitante de una entidad federativa dentro de la República austriaca.

ley constitucional violaba el artículo 44, numeral 3, de la *Bundesverfassung* al no ser aprobada por referéndum, ya que se trataba de una enmienda de revisión total.<sup>93</sup>

En primer lugar, la Corte determinó que no era competente para revisar la constitucionalidad de la norma impugnada con respecto a su substancia o contenido, pero sí con respecto a su proceso de creación y enmienda. Dado que las enmiendas constitucionales deben llevarse a cabo según lo estipulado en el artículo 44, numeral 3, de la *Bundesverfassung*, cualquier enmienda que no haya seguido dicho procedimiento es, por tanto, inconstitucional.<sup>94</sup>

El numeral 3 del artículo 44 estipula que toda enmienda constitucional de revisión total debe ser sometida a referéndum para que toda la nación vote de manera directa su aprobación y posea legitimidad democrática. La Corte interpretó que una “revisión total” no necesariamente significa una modificación completa de todo el texto constitucional, sino la alteración de un principio básico y fundamental de la Constitución (*leitender Grundsatz*), como lo es el orden democrático, el orden federal y el Estado de derecho.

En este caso, la Corte determinó que la ley constitucional de la Ciudadanía *Länder* no afectaba ningún *leitender Grundsatz* o principio fundamental, por lo que no constituía una enmienda de revisión total y, por tanto, no requería de aprobación

---

<sup>93</sup> COLE, T. *Three Constitutional Courts: A Comparison*. *American Political Science Review*, 53. diciembre de 1959. Págs. 963 y 974

<sup>94</sup> GÖZLER, Kemal. *Op. Cit.* Pág. 35

popular mediante referéndum. Es importante señalar que la Corte Constitucional austriaca no determinó que cualquier enmienda constitucional que afecte un *leitender Grundsatz* es *de facto* inconstitucional; una enmienda de revisión total puede afectar un principio fundamental, pero si es aprobada popularmente mediante referéndum, es legítima, y por ende, constitucional.<sup>95</sup>

#### Decisión del 12 de junio de 1988

En esta decisión, la Corte Constitucional determinó que la introducción de la ley constitucional sobre licencias de servicio de taxi violó el numeral 3 del artículo 44, ya que al tratarse de una enmienda de revisión total no fue sometida a referéndum, sino que fue directamente aprobada y promulgada por el Parlamento. La Corte la encontró inconstitucional y declaró su invalidez.

#### Decisión del 29 de septiembre de 1988

En 1986 se promulgó una ley que obligaba a los dueños de un vehículo motorizado a proporcionar el nombre de la persona que manejaba el vehículo si éste sufría o se veía envuelto en un accidente de tránsito donde el ofensor no pudiera ser reconocido de manera inmediata. Al ser impugnada, la Corte, en 1988, mantuvo la interpretación realizada en casos anteriores al señalar que cualquier enmienda o

---

<sup>95</sup> *Ibidem*. Pág. 37

introducción de norma constitucional que respetara y fuera conforme a los principios fundamentales podía ser aprobada y promulgada directamente por el Parlamento, ya que se trataba de enmiendas de revisión parcial.

## Francia

Es en Francia donde la figura del control constitucional previo tiene su origen en 1799. El Senado Constitucional era el cuerpo encargado de preservar la supremacía constitucional al momento de promulgar las leyes. El jurista francés Sieyès había escrito sobre la congruencia que debía existir entre la Constitución, las leyes y los actos de autoridad: todo el aparato estatal debía centrarse en el cumplimiento del texto constitucional.<sup>96</sup>

Sin embargo, el modelo francés contemplaba una clara supremacía del poder legislativo, representado en la Asamblea Nacional. Dado que la soberanía residía en el pueblo y la Asamblea representaba al pueblo de manera directa, era éste el único con poder de promulgar leyes que podían incluso primar sobre la Ley Suprema. Las cortes no tenían la facultad de revisar las leyes emitidas por el legislativo.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> HURTADO MÁRTINEZ, Juan Antonio. *La evolución del sistema francés como modelo de control de constitucionalidad de las leyes*. Revista de Derecho UNED número 10. España. 2012. Pág. 713

<sup>97</sup> DÍAZ CREGO, María. *Protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*. Madrid. Reus. 2009. Pág. 54

De esta manera, con la nueva Constitución de 1946, se implementó un control constitucional de carácter preventivo, es decir, un filtro aplicado antes de que una ley contraria a la Ley Suprema fuera promulgada. El *Comité Constitutionnel* fue el primer órgano de carácter político creado para ejercer dicho control.<sup>98</sup>

Con el surgimiento de la actual Quinta República, Francia promulgó la Constitución de 1958, aún vigente. En el Título VII, artículo 61, el Comité tomó el nombre de *Conseil Constitutionnel* y se le otorgó la facultad de ejercer un control previo constitucional como lo hacen los tribunales supremos en la tradición jurídica del resto de Europa.<sup>99</sup>

*Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.*

*Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.*

*Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours.*

---

<sup>98</sup> STONE, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*. New York. Oxford University Press. 1992. Págs. 46-60

<sup>99</sup> HURTADO, Juan Antonio. *Op. Cit.* Pág. 716

*Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation*<sup>100</sup> (*Constitution de la République Française, 1958, art. 61*).

Es decir, todas las leyes orgánicas antes de ser promulgadas, todos los proyectos de ley antes de ser sometidos a referéndum, y las reglas de procedimiento de las asambleas antes de entrar en vigor, deben ser remitidas al *Conseil Constitutionnel* para su revisión. El artículo 62 estipula que toda aquella provisión declarada inconstitucional por el *Conseil* no será promulgada ni implementada. La decisión del *Conseil* es inapelable y resulta vinculante para toda autoridad de la República, incluidas las cortes.<sup>101</sup>

El 16 de junio de 1971, el *Conseil* emitió la resolución 71-44-DC en la cual declaró inconstitucional diversas disposiciones previstas en el proyecto de ley que pretendía modificar las reglas para fundar asociaciones privadas sin fines de lucro. Dicha resolución resultó paradigmática para el control constitucional en Francia, ya que el *Conseil* basó su decisión en el hecho de que la ley violaba libertades personales, en este caso, libre asociación.<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, las proposiciones de ley mencionadas en el artículo 11 antes de que sean sometidas a referéndum, y los reglamentos de las Cámaras parlamentarias, antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución. Con el mismo fin, podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores. En los casos previstos en los dos apartados anteriores, el Consejo Constitucional se pronunciará en el plazo de un mes. No obstante, a petición del Gobierno, y si existe urgencia, este plazo podrá reducirse a ocho días. En estos mismos casos, la remisión al Consejo Constitucional suspenderá el plazo de la promulgación.

<sup>101</sup> ÚBEDA-PORTUGÉS, José. *Sistemas Políticos Constitucionales en el Mundo*. Madrid. Aebius. 2011. Pág. 142

<sup>102</sup> FLEINER, Thomas y Saunders, Cheryl. *Constitutions embedded in different legal systems, en M. Tushnet, T. Fleiner, & C. Saunders, Routledge Handbook of Constitutional Law*. Oxford. Routledge. 2013. Pág. 27.

Con esta primera decisión, el *Conseil* ha generado amplios antecedentes sobre control constitucional para proteger libertades personales y derechos fundamentales. Durante los setenta se introdujo el concepto de *bloc de constitutionnalité*, o bloque de constitucionalidad, el cual conjuntó los derechos fundamentales consagrados en la Declaración del Hombre y de Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales de las Leyes de la República. El *Conseil* debe vigilar que toda provisión remitida ante él no contravenga disposición alguna del nuevo bloque.<sup>103</sup>

## **España**

La Constitución española de 1978 es la Ley Suprema vigente del país europeo. En su Título IX, artículos del 159 al 165, establece la configuración y las competencias del Tribunal Constitucional.

1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.

---

<sup>103</sup> VISSER, Matthias de. *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*. Portland. Hart Publishing. 2014. Pág. 248

b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.

c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.

d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas (Constitución Española, 1978, art. 161.1).

El artículo 161 de la Constitución Española establece que el Tribunal Constitucional tiene la facultad de conocer sobre recursos de inconstitucionalidad contra leyes o normativas con fuerza de ley. Este control de constitucionalidad, sin embargo, es planteado *a posteriori*, ya que el Tribunal resuelve impugnaciones contra leyes ya promulgadas.

Es importante hacer énfasis en el inciso “d” del artículo 161, ya que prevé que las leyes orgánicas pueden atribuirle más facultades al Tribunal Constitucional. Es decir, el Congreso, mediante la promulgación de leyes ordinarias, pueden otorgarle competencias adicionales a las señaladas por la Constitución. Existe, pues, una Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979, la cual en su artículo 1, inciso “e” bis, establece que dicho órgano es competente de conocer sobre el “control previo de inconstitucionalidad en el supuesto previsto en el artículo 79” de dicha ley.

El artículo 79 de la Ley Orgánica al que hacer referencia el citado inciso dicta lo siguiente:

Uno. Son susceptibles de recurso de inconstitucionalidad, con carácter previo, los Proyectos de Estatutos de Autonomía y las propuestas de reforma de los mismos.

Dos. El recurso tendrá por objeto la impugnación del texto definitivo del Proyecto de Estatuto o de la Propuesta de Reforma de un Estatuto, una vez aprobado por las Cortes Generales.

Tres. Están legitimados para interponer el recurso previo de inconstitucionalidad quienes, de acuerdo con la Constitución y con esta Ley Orgánica, están legitimados para interponer recursos de inconstitucionalidad contra Estatutos de Autonomía.

Cuatro. El plazo para la interposición del recurso será de tres días desde la publicación del texto aprobado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales». La interposición del recurso suspenderá automáticamente todos los trámites subsiguientes.

Cinco. Cuando la aprobación del Proyecto de Estatuto o de la Propuesta de reforma haya de ser sometida a referéndum en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma, el mismo no podrá convocarse hasta que haya resuelto el Tribunal Constitucional y, en su caso, se hayan suprimido o modificado por las Cortes Generales los preceptos declarados inconstitucionales.

Seis. El recurso previo de inconstitucionalidad se sustanciará en la forma prevista en el capítulo II del título II de esta Ley y deberá ser resuelto por el Tribunal Constitucional en el plazo improrrogable de seis meses desde su interposición. El Tribunal dispondrá lo necesario para dar cumplimiento efectivo a esta previsión, reduciendo los plazos ordinarios y dando en todo caso preferencia a la resolución de estos recursos sobre el resto de asuntos en tramitación.

Siete. Cuando el pronunciamiento del Tribunal declare la inexistencia de la inconstitucionalidad alegada, seguirán su curso los trámites conducentes a su entrada en vigor, incluido, en su caso, el correspondiente procedimiento de convocatoria y celebración de referéndum.

Ocho. Si, por el contrario, declara la inconstitucionalidad del texto impugnado, deberá concretar los preceptos a los que alcanza, aquellos que por conexión o consecuencia quedan afectados por tal declaración y el precepto o preceptos constitucionales infringidos. En este supuesto, la tramitación no podrá proseguir sin que tales preceptos hayan sido suprimidos o modificados por las Cortes Generales.

Nueve. El pronunciamiento en el recurso previo no prejuzga la decisión del Tribunal en los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad que pudieren interponerse tras la entrada en vigor con fuerza de ley del texto impugnado en la vía previa (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 1979, art. 79).

Es decir, los proyectos de ley y los proyectos de reforma constitucional pueden ser sometidos a un control previo de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. El proyecto impugnado debe ser aprobado por las Cortes Generales antes de ser aplicado el control previo. Según el artículo 32 de esa misma ley, sólo el presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados y cincuenta senadores, están legitimados para interponer un recurso de inconstitucionalidad.

Si el recurso de inconstitucionalidad es interpuesto en tiempo y forma, todos los trámites y todo el procedimiento de aprobación de la disposición impugnada se detendrán hasta que el Tribunal Constitucional emita una resolución. Esta cuestión también aplica para aquellos proyectos, como las reformas constitucionales, que requieren la celebración de un referéndum para ser aprobadas.

Cabe resaltar que el control previo ejercido para leyes ordinarias o reformas a la Ley Suprema no está previsto en la Constitución, sino en la Ley Orgánica. La

Constitución contempla un control previo para la celebración de tratados internacionales en su artículo 95. El gobierno o cualquiera de las Cámaras pueden solicitar al Tribunal Constitucional que realice un control previo de constitucionalidad sobre el contenido de un tratado antes de que el gobierno lo celebre.<sup>104</sup>

De no realizarse, se adoptarían disposiciones internacionales vinculantes contrarias a la Constitución, por lo que el Tribunal Constitucional debería declarar inconstitucional un tratado, lo cual generaría responsabilidad internacional al Estado español. Además, la Convención de Viena de 1969, en su artículo 27, establece que los Estados no pueden alegar disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de obligaciones ya pactadas. Por ello, realizar un control *a posteriori* de un tratado internacional resultaría desastroso para el sistema jurídico español.<sup>105</sup>

## **Luxemburgo**

El Gran Ducado de Luxemburgo apareció en 1815 en el Congreso de Viena que se suscitó después de las Guerras Napoleónicas. Luxemburgo fue declarada una provincia de la Confederación alemana y fue reinada por Guillermo I, rey de los Países Bajos y gran duque de Luxemburgo. Posteriormente, en 1839, Luxemburgo

---

<sup>104</sup> ARAGÓN, Manuel. *La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional*, en Revista Española de Derecho Constitucional número 17, mayo-agosto de 1986.

<sup>105</sup> VILLAVARDE MENENDÉZ, Ignacio. *El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico*. Revista catalana de dret públic número 49. 2014. Pág. 31

se configuró como un Estado soberano e independiente con el Tratado de Londres de ese año.<sup>106</sup>

Fue hasta 1841 cuando Luxemburgo tuvo su primera Constitución como Estado. Dicho documento tenía en su artículo 52 el recurso de revisión constitucional, el cual fue utilizado para revisar en su totalidad la Constitución de 1841 y reemplazarla por la Constitución de 1848.

El recurso de revisión fue utilizado en tres ocasiones: 1848, 1856 y 1868. En cada una de esas aplicaciones el resultado fue la redacción de una nueva versión de la Ley Suprema. La última versión, la Constitución de 1868, se encuentra vigente y es la que actualmente rige al Gran Ducado de Luxemburgo.

El artículo 95ter de la Constitución de Luxemburgo establece el recurso de control de constitucionalidad. Los numerales 1 y 2 del citado artículo establecen que la Corte Constitucional de Luxemburgo puede ser consultada para decidir sobre la conformidad existente entre una ley ordinaria y la Constitución, exceptuando aquellas leyes que aprueban tratados internacionales. Cabe resaltar que el artículo hace referencia a un control de constitucionalidad *a posteriori*, ya que la Corte

---

<sup>106</sup> GERKRATH, Jörg. *Constitutional amendment in Luxembourg*, en Contiades, Xenophon *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*. Oxford. Routledge. 2013. Págs. 230-233

Constitucional es consultada para comparar el contenido de leyes ya aprobadas con las disposiciones de la Constitución.<sup>107</sup>

(1) La Cour Constitutionnelle statue, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution. (2) La Cour Constitutionnelle est saisie, à titre préjudiciel, suivant les modalités à déterminer par la loi, par toute juridiction pour statuer sur la conformité des lois, à l'exception des lois portant approbation de traités, à la Constitution .

(3) La Cour Constitutionnelle est composée du Président de la Cour Supérieure de Justice, du Président de la Cour administrative, de deux conseillers à la Cour de Cassation et de cinq magistrats nommés par le Grand-Duc, sur l'avis conjoint de la Cour Supérieure de Justice et de la Cour administrative . Les dispositions des articles 91, 92 et 93 leur sont applicables . La Cour Constitutionnelle comprend une chambre siégeant au nombre de cinq magistrats .

(4) L'organisation de la Cour Constitutionnelle et la manière d'exercer ses attributions sont réglées par la loi (Constitution du Grand-Duché de Luxembourg, 1868, art. 95ter)<sup>108</sup>.

Sin embargo, el Consejo de Estado es el órgano que realiza un control previo sobre proyectos de ley y reformas a la Constitución. Al contrario de la Corte Constitucional,

---

<sup>107</sup> KROEGER, Malte. *Constitutional Change through Euro Crisis Law: Luxembourg*. European University Institute. 2014.

<sup>108</sup> (1) La Corte Constitucional decidirá, mediante sentencia, sobre la conformidad de las leyes con la Constitución.

(2) La Corte Constitucional será consultada, con carácter prejudicial, sobre las condiciones que se determinen por la ley, por cualquier jurisdicción para pronunciarse sobre la conformidad de las leyes, excepto leyes aprobatorias de tratados, con la Constitución.

(3) La Corte Constitucional está compuesto por el Presidente de la Corte Superior de Justicia, el Presidente del Tribunal Administrativo, dos consejeros del Tribunal Supremo y cinco jueces nombrados por el Gran Duque en el consejo conjunto de la Corte Superior de la justicia y el tribunal administrativo. Las disposiciones de los artículos 91, 92 y 93 se aplican a ellos. La Corte Constitucional se comprende de una Cámara, a nombre de cinco magistrados.

(4) La organización de la Corte Constitucional y la manera de ejercer sus atribuciones estarán reguladas por la ley.

las resoluciones del Consejo de Estado sobre una propuesta de ley o reforma son de carácter consultivo. El artículo 83 bis de la Constitución le otorga esa facultad:

*Le Conseil d'Etat est appelé à donner son avis sur les projets et propositions de loi et les amendements qui pourraient y être proposés, ainsi que sur toutes autres questions qui lui seront déférées par le Gouvernement ou par les lois . Sur les articles votés par la Chambre conformément à l'article 65, il émet son avis dans le délai fixé par la loi . L'organisation du Conseil d'Etat et la manière d'exercer ses attributions sont réglées par la loi (Constitution du Grand-Duché de Luxembourg, 1868, art. 83 bis)<sup>109</sup>.*

De esta manera, el Consejo de Estado funge como un cuerpo consultor durante el proceso legislativo. Es por ello que se considera al Consejo como el verdadero protector de la Constitución en Luxemburgo, ya que aunque sus resoluciones sobre una propuesta de ley o enmienda constitucional no son obligatorias ni vinculantes, posee un gran peso jurídico por las interpretaciones constitucionales emitidas<sup>110</sup>.

El Consejo de Estado no solamente revisa la conformidad de proyectos de ley y propuestas de reforma con la Constitución, sino también con tratados internacionales y principios generales del Derecho. Posee una especie de derecho a veto, ya que la Cámara de Diputados debe votar dos veces sobre una propuesta de ley o reforma con un intervalo de tres meses entre cada votación; si el Consejo

---

<sup>109</sup> El Consejo de Estado será requerido para emitir su opinión sobre proyectos de ley y enmiendas que sean propuestas, así como otros asuntos que se remitan a él por el Gobierno o por las leyes. Sobre los artículos aprobados por la Cámara de conformidad con el artículo 65, el Consejo emitirá dictamen dentro del plazo establecido por la ley. La organización del Consejo de Estado y la manera de ejercer sus facultades estarán regulados por la ley.

<sup>110</sup> *Ibidem*. Pág. 251

determina que dicha propuesta contraviene la Constitución, puede no dar su consentimiento para que la Cámara emita su segundo voto<sup>111</sup>.

En caso de que el Consejo de Estado manifieste su inconformidad con una propuesta de ley o de reforma por considerarla inconstitucional o incompatible con tratados internacionales de los que Luxemburgo es parte, principios de Derecho Internacional, principios generales del Derecho, jurisprudencia local o internacional, el Consejo debe emitir una “oposición formal” donde justifique su inconformidad con la disposición evaluada y enviarla al gobierno. Generalmente la “oposición formal” es revisada y genera cambios en los proyectos propuestos, con el fin de no ocasionar incongruencias en el sistema jurídico interno y no generar responsabilidad internacional por incumplimiento de tratados al Gran Ducado de Luxemburgo.

## B) América Latina

### **República de Chile**

La Constitución de la República de Chile de 1980 establece que el Poder Judicial estará dividido en tres tribunales: la Corte Suprema, Tribunal Calificador de Elecciones y el Tribunal Constitucional. La Corte Suprema encuentra su fundamento

---

<sup>111</sup> *Local democracy in Luxembourg: Recommendation 380* (2015).  
<https://rm.coe.int/16807196f5>

legal del artículo 73 al 80; esta corte tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación chilena, excepto el Tribunal Calificador de Elecciones, el Tribunal Constitucional, tribunales electorales regionales y tribunales militares.

Además, el artículo 80 dispone que la Corte Suprema tiene la facultad de declarar inaplicable todo precepto legal contrario a la Constitución, en asuntos de oficio o a petición de parte, en materias que conozca o por recursos interpuestos en cualquier gestión. Asimismo, la declaración de inaplicabilidad puede deducirse en cualquier estado de la gestión y la Corte Suprema tiene la facultad de suspender cualquier procedimiento contrario a la Constitución.

Sobre el Tribunal Constitucional, el artículo 82, numeral 2, que la Corte Constitucional tiene el poder de “resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”.

Es decir, a partir de la reforma del 2005, la República de Chile cuenta con dos tribunales con capacidad de revisión judicial y con el deber de proteger la supremacía constitucional. Sin embargo, la Ley Suprema solamente otorga al

Tribunal Constitucional el poder de revisar las reformas constitucionales, de manera explícita y expresa en el artículo 82, numeral 2<sup>112</sup>.

Sin embargo, el control de constitucionalidad ejercido por el Tribunal en cuanto a reformas se refiere, es de carácter preventivo, facultativo y puramente formal. Es decir, el Tribunal no puede ejercer control de constitucionalidad sobre el contenido o substancia de una reforma a la Ley Suprema, sino solamente sobre su proceso de elaboración y aprobación<sup>113</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal sostiene la tesis de que el poder constituyente, tanto originario como derivado, es superior al poder constituido. En este caso, el cuerpo con facultad de reformar la Constitución es un poder constituyente derivado que no posee límites jurídicos para modificar, adicionar o derogar disposiciones de la Ley Suprema, ya que es la representación de la soberanía popular.

“10°. Que, en efecto, como lo manifestara este Tribunal en la sentencia recaída en el Rol N° 46, la Constitución es el estatuto jurídico de mayor jerarquía dentro del ordenamiento positivo que surge como expresión de un Poder que se denomina «Constituyente». A éste se le define como «la facultad inherente a toda comunidad política soberana a darse su ordenamiento jurídico político originario por medio de una

---

<sup>112</sup> NAVARRO BELTRÁN, Enrique. *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la acción de inconstitucionalidad de la ley entre los años 2006 y 2012*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso número 39. Chile. 2012. Pág. 391-392

<sup>113</sup> ZÚÑIGA URBINA, Francisco. *Control de constitucionalidad de la reforma constitucional*. Revista Cuestiones Constitucionales número 17. México. UNAM. 2006. Págs. 415, 425 y 426.

Constitución y a reformar a ésta total o parcialmente cuando sea necesario». (Linares Quintana, Segundo, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, 2ª edic., tomo 3, p. 201). De esta manera, el Poder Constituyente puede ser de dos clases: «originario» y «derivado o instituido». El primero es aquel que inicialmente dicta una Constitución o crea una posterior, desligada de su predecesora, a consecuencia de una ruptura institucional. El segundo se expresa cuando, en virtud de una disposición constitucional que lo autoriza, se reforma, revisa o enmienda la Carta Fundamental;

De los conceptos anteriores fluye que el Poder Constituyente originario es la expresión máxima del Poder del Estado, ya que crea el ordenamiento jurídico fundamental, estableciendo los “poderes constituidos”, fijando sus atribuciones, encauzando sus actuaciones y, en fin, imponiéndoles limitaciones para asegurar, recíprocamente, su independencia y dar debida protección a los derechos de las personas que la misma Constitución reconoce;

12º. Que, en consecuencia, al Tribunal le está vedado entrar a conocer de una pretensión de validez o legitimidad de los preceptos contenidos en el artículo 4º y en la disposición decimocuarta transitoria, inciso primero, de la Carta Fundamental, ya que el hacerlo importaría arrogarse una facultad que no se le ha conferido y lo que es más grave, situarse por sobre el Poder Constituyente originario”.<sup>114</sup>

De esto modo, el Tribunal Constitucional, como poder constituido no puede cuestionar o revisar la legitimidad, validez o constitucionalidad de las reformas realizadas por este poder constituyente derivado. Únicamente puede revisar que el

---

<sup>114</sup> Tribunal Constitucional de la República de Chile, Rol N° 272, 1998, párrafos 10 y 12.

poder constituyente derivado cumpla con el proceso de reforma constitucional establecido en la Ley Suprema.

Asimismo, el fallo emitido por el Tribunal Constitucional de Chile en el Rol N°464 del 31 de enero de 2006, brinda elementos interpretativos sobre el control de constitucionalidad de reformas constitucionales. En ese año, la Cámara de Diputados desechó en lo general un proyecto de reforma constitucional que pretendía establecer un principio proporcional y representativo en el sistema electoral. Ante esto, la presidenta de la República, Michelle Bachelet, recurrió al artículo 68 de la Constitución para someter el proyecto de reforma rechazado por la primera cámara a la segunda cámara.<sup>115</sup>

“Artículo 68. El proyecto que fuere adicionado o enmendado por la Cámara revisora volverá a la de su origen, y en ésta se entenderán aprobadas las adiciones y enmiendas con el voto de la mayoría de los miembros presentes. Si las adiciones o enmiendas fueren reprobadas, se formará una comisión mixta y se procederá en la misma forma indicada en el artículo anterior. En caso de que en la comisión mixta no se produzca acuerdo para resolver las divergencias entre ambas Cámaras, o si alguna de las Cámaras rechazare la proposición de la comisión mixta, el Presidente de la República podrá solicitar a la Cámara de origen que considere nuevamente el proyecto aprobado en segundo trámite por la revisora. Si la Cámara de origen rechazare las adiciones o modificaciones por los dos tercios de sus miembros presentes, no habrá ley en esa parte o en su totalidad; pero, si hubiere mayoría para el rechazo, menor a los dos tercios,

---

<sup>115</sup> DÍAZ DE VALDÉZ, Julia. *Algunas preguntas pendientes acerca del control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional*, en Fermandois, Arturo *Sentencias destacadas 2006*. Chile. Editorial Libertad y Desarrollo. 2007.

el proyecto pasará a la Cámara revisora, y se entenderá aprobado con el voto conforme de las dos terceras partes de los miembros presentes de esta última.”

El presidente del Senado de ese entonces, el senador Sergio Romero, y el presidente de la Comisión de la Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, consideraron inadmisibile la invocación del artículo 68, ya que dicha norma sólo era aplicable a proyectos de ley y no a reformas constitucionales. Además, si se aplicaba el artículo 68 a reformas constitucionales, contradiría al artículo 127, el cual estipula que para que una reforma constitucional pueda ser aprobada, necesita un quórum de tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio, no los dos tercios para un proyecto de ley.

El 9 de enero de ese año, veinte senadores presentaron una petición ante el Tribunal para declarar la inconstitucionalidad de la actuación del presidente del Senado y de la Comisión de la Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, durante la tramitación del proyecto de reforma constitucional. Además, solicitaron fuera dejada sin efectos la mencionada reforma y que se volviera al estado anterior a las decisiones tomadas.<sup>116</sup>

En su sentencia sobre el asunto, el Tribunal consideró que el artículo 68 puede ser aplicado a reformas constitucionales, siempre y cuando cumpla con el quórum estipulado en el artículo 127 sobre reformas constitucionales. Es decir, ante el

---

<sup>116</sup> *Ibidem*. Pág. 147.

conflicto que existía de quórum entre el artículo 68 y el artículo 127, el Tribunal decidió que era aplicable el procedimiento descrito en el artículo 68 para introducir de nueva cuenta la reforma constitucional, incorporando el quórum requerido en el artículo 127. Un punto medio entre ambas posturas.

Posteriormente, el Tribunal consideró que no era competente para conocer sobre infracciones de normas jerárquicamente inferiores a la Constitución, por lo que no podía declarar si los presidentes del Senado y de la Comisión podían declarar la inadmisibilidad de un proyecto de reforma constitucional. Es decir, el Tribunal sólo puede conocer de violaciones directas a una norma constitucional, cuestión que no existía en este caso. Es decir, el Tribunal ni siquiera revisó el contenido de la reforma constitucional, sino que se centró en su proceso de elaboración y aprobación. Dentro de ese proceso, no encontró violación alguna directa contra la Constitución, sino solamente contra los reglamentos de las cámaras, cuestión que no entra en la jurisdicción del Tribunal. Este caso sigue la jurisprudencia brindada por el mismo Tribunal en años anteriores.<sup>117</sup>

### **República de Colombia**

La Constitución Política de la República de Colombia de 1991, en su artículo 241, numeral 1, otorga a la Corte Constitucional la facultad de “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos

---

<sup>117</sup> *Ibidem*. Págs. 150-173.

reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación”.

Asimismo, el artículo 242, numeral 3, determina que “las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto”. Esto significa que los ciudadanos sólo tienen un año desde la publicación de cualquier acto legislativo para promover demandas de inconstitucionalidad por vicios de forma o procedimiento.

Es decir, la Corte Constitucional de Colombia, al igual que la chilena y la austriaca, sólo puede ejercer un control de constitucionalidad sobre una reforma constitucional en aspectos de forma y no fondo, y que los ciudadanos tienen la fecha límite de un año para impugnar una reforma en ese sentido. La jurisprudencia de la misma Corte sostiene esta disposición constitucional.

El 29 de marzo de 2012, la Corte conoció una impugnación de una reforma constitucional promulgada el 7 de julio de 2011. El Acto Legislativo No 04 de 2011, adicionó un artículo transitorio a la Constitución, el cual homologó pruebas de conocimiento del concurso de méritos por experiencia y estudios para cargos en la carrera administrativa.

Los quejosos argumentaron que dicha homologación de pruebas produjo que diversos trámites de acceso a los concursos públicos fueran suspendidos, lo cual imposibilitó a muchas personas de aplicar cargos en la carrera administrativa. Esta

adición a la Constitución violaba los artículos 1, 2, 13, 40, 125, 150, 158, 209, 217, 218, 253, 268, 274, 287, 339, 340, 341, 356, 357 y 379 de la misma.

Además, los quejosos argumentaron que el Acto Legislativo No. 04/2011 pretendía sustituir temporal y parcialmente a la Constitución vigente de 1991, ya que “la carrera administrativa y la exigencia del mérito para acceder a ella, constituyen principios constitucionales vinculados de manera profunda con el modelo social de Estado.

Por ende, el Acto Legislativo sustituye el mérito por otros criterios como la experiencia o la duración en el ejercicio del cargo, con lo cual, de manera parcial y temporal, se deja sin aplicación un elemento fundamental y definitorio de la Constitución de 1991, que tiene que ver con el logro de los fines del Estado Social y los principios de la función pública y administrativa. El Congreso excedió sus facultades de reformar la Ley Suprema al pretender sustituirla de esta manera.<sup>118</sup>

La Corte declaró que para conocer de un vicio formal de procedimiento en la elaboración de una reforma constitucional, era necesario determinar si el órgano que realizó la modificación a la Ley Suprema estaba facultado para hacerlo. De esta manera, la Corte diferenció la competencia que tiene el poder constituyente constituido (o derivado) y el poder constituyente originario. El primero tiene la

---

<sup>118</sup> Corte Constitucional de la República de Colombia, C-249/12, parte I, inc. 2.2, párrafos. 2.2.2 y 2.2.3

facultad de reformar, revisar y modificar la Constitución, mientras que el segundo puede cambiar, derogar, subvertir, sustituir o remplazar una Constitución por otra.

Con esa diferenciación, la Corte procedió a determinar si la demanda cumplía con la fecha límite de un año desde la publicación del Acto Legislativo No. 04/2011. Al ser presentada la demanda el 24 de agosto de 2011, cumplía con el término de caducidad.

Posteriormente, la Corte discutió si el Acto Legislativo No. 04/2011 pretendía sustituir temporal y parcialmente a la Constitución de 1991, como alegaban los quejosos. Para realizar esto, la Corte decidió llevar a cabo un “test de metodología de la sustitución”, el cual “tiene por objeto evaluar la constitucionalidad de un Acto Legislativo, lo cual comporta la confrontación entre lo modificado y la Carta anterior, no para determinar si hay diferencias, que siempre las habrá, sino para establecer si, en realidad, se produjo un reemplazo de un eje axial del ordenamiento superior o de principios provenientes del bloque de constitucionalidad”.<sup>119</sup>

La Corte resolvió que el Acto Legislativo No. 04/2011 quebrantó el principio axial de la carrera administrativa y sus componentes de mérito y de igualdad, de este modo, es un acto legislativo que pretende sustituir temporal y parcialmente la Constitución de 1991. Por lo tanto, el órgano reformador excedió su poder de reforma al

---

<sup>119</sup> Corte Constitucional de la República de Colombia, C-249/12, parte II, inc. 5, párr. 5.2.13

pretender sustituir la Constitución vigente. Ante estos hechos, la Corte declaró inexecutable al Acto Legislativo No. 04/2011, es decir, inválido.<sup>120</sup>

De esta manera, existe un control de constitucionalidad en Colombia que puede invalidar reformas constitucionales que no hayan sido realizadas de manera constitucional, ya sea por un vicio de competencia del órgano en cuestión o por vicios en el procedimiento establecido en la Constitución.

---

<sup>120</sup> Corte Constitucional de la República de Colombia, C-249/12, parte VI, inc. 6, párr. 6.4.19

#### **IV.III.**

##### **Una propuesta legislativa**

En el caso mexicano, a partir de la reforma de 2011 sobre Derechos Humanos, las disposiciones contenidas en tratados internacionales en la materia en los que México sea parte están elevadas a rango constitucional. El artículo 1 de nuestra Constitución dispone que todas las autoridades deben respetar y garantizar los derechos fundamentales reconocidos en la Ley Suprema y en los tratados.

A partir de esta cuestión, las leyes y reformas a la Constitución que se realicen deben respetar este nuevo bloque de constitucionalidad para que exista congruencia dentro del régimen jurídico interno y el Estado mexicano no incurra en responsabilidad internacional por incumplimiento de tratados.

Sin embargo, la SCJN únicamente tiene facultad de revisar la constitucionalidad de leyes ordinarias y no de reformas constitucionales. Las leyes ordinarias pueden impugnarse ante la SCJN y ésta puede revisarlas mediante un control *a posteriori*, pero las reformas constitucionales son de difícil impugnación debido a la jurisprudencia emitida por la misma Suprema Corte. En particular, el juicio de amparo ha sido utilizado para impugnar reformas constitucionales en más de una ocasión. No obstante, el artículo 61, fracción I, de la nueva Ley de Amparo, establece que es improcedente utilizar el recurso de amparo para impugnar una reforma constitucional.

En ese orden de ideas, nuestro sistema jurídico necesita un control de constitucionalidad que no solamente revise leyes ordinarias *a posteriori*, sino que revise proyectos de ley y propuestas de reforma constitucional *a priori*, es decir, antes de que sean aprobadas y se conviertan en Derecho vigente. Este control, por ende, necesita ser de carácter previo.

La SCJN es el máximo protector e intérprete de la Constitución, por lo que dicho control previo de constitucionalidad debería ser ejercido por la misma Suprema Corte. Dicha facultad debe ser introducida mediante una reforma constitucional al artículo 105 de la Constitución, por la que se adicione una fracción IV que le atribuya a la SCJN conocer de consultas previas de constitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre un proyecto de reforma constitucional y esta Constitución. Así como una reforma al artículo 135 constitucional para armonizar esta propuesta. La redacción puede ser la siguiente:

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

...

IV. De consultas previas de constitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre un proyecto de reforma constitucional y esta Constitución.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá resolver, por una ma en un plazo perentorio de treinta días naturales contados a partir del momento en el que se reciba la consulta respectiva.

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la la improcedencia por inconstitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

...

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 y de la Ciudad de México, **así como por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación quien hará un control previo de la constitucionalidad.**

De igual manera, en el plano legal con impactos constitucionales se propone la derogación del fracción I, del artículo 61 de la Ley de Amparo, con el fin de armonizar la tendencia constitucional que se propone con otro de los controles de la constitucionalidad que contiene el sistema jurídico mexicano, como lo es el juicio de Amparo.

## Conclusiones

A más de cien años de la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el orden constitucional naturalmente ha evolucionado. Las exigencias sociales y políticas que plantea la realidad de hoy, distan mucho de lo que se vivió en 1917. En materia de control de la constitucionalidad —objeto de estudio del presente trabajo— el avance institucional no ha sido menor, sin embargo existen algunas asignaturas pendientes que ponen a México lejos de las naciones más vanguardistas en el tema.

En esta tesis se da cuenta de la consolidación de algunos fundamentos torales del constitucionalismo en nuestro país. Si bien se puede afirmar categóricamente la correcta inscripción de los principios de supremacía y rigidez constitucional, así como la existencia de mecanismos de control de la constitucionalidad, lo cierto es que dichas herramientas no han servido para mantener un crecimiento constitucional ordenado y sistematizado.

El texto de la Carta Magna es, hoy en día, tres veces superior al que existía en su origen. El actuar del poder reformador de la Constitución ha sido por demás fértil, pero no en todas sus acciones se ha verificado cuidadosamente la compatibilidad de las nuevas normas con las previamente establecidas en la Constitución.

Esta inquietud se maximiza a la luz de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos del año 2011, la cual generó nuevas interpretaciones sobre el control de la constitucionalidad. El segundo capítulo de este trabajo revisa cómo deben armonizarse las normas internacionales en materia de derechos humanos con el orden constitucional de nuestro país y la manera en la que estos cambios constitucionales implicaron una mutación en el modelo de control de la norma suprema. La transición de un modelo concentrado de control de la constitucionalidad a un modelo difuso, sin embargo, es un tema que no puede ser considerado conclusivo, por el contrario todavía hay mucho por reflexionar e instrumentar.

La conclusión principal que presenta este trabajo de investigación, es la respuesta a la pregunta ¿se puede controlar la Constitución desde la misma Constitución? o fraseado de otro modo: ¿es posible llevar a cabo un control de la constitucionalidad sobre aquellas reformas o adiciones que el legislador pretende hacer al texto constitucional?

La respuesta, acompañada de una propuesta, es: sí. Lo importante está, sin duda, en detenernos a analizar el cómo.

El cuestionamiento implica, ineludiblemente, plantear la posibilidad de que el control sea de manera previa a la promulgación de la norma en cuestión. A diferencia de

todos los antecedentes judiciales que abordan el tema: el popularmente llamado “amparo Camacho Solís”, el amparo 186/2008 en materia electoral o la tesis jurisprudencial P./J. 40/2002 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, donde se reflexionó a partir de una norma válida y vigente, en este trabajo se analiza la posibilidad de establecer un control previo de la constitucionalidad.

De igual manera, a modo de conclusión se puede afirmar que algunas críticas a la idea de dotar de mayores funciones al poder judicial para establecer un mecanismo de control sobre las reformas a la Constitución son erradas o falsas.

Entre las más comunes se encuentra la noción de que estos planteamientos pueden derivar en una tiranía de jueces que no respeten la voluntad de la ciudadanía.

La conclusión a la que arriba este proyecto de investigación es que la función de los jueces constitucionales es, primordialmente, la de proteger los derechos fundamentales de las personas y esa importante labor puede llegar a contraponerse con las ideas de las mayorías ciudadanas. Es decir, si bien la función del legislador es la de representar a la ciudadanía, esto no garantiza que dicha representación persiga finalidades compatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

Toda vez que la historia nos ha demostrado que el legislador ha tenido una actividad progresiva en la inclusión de normas constitucionales, resulta imperioso establecer

un mecanismo de control que dé estabilidad y certeza jurídica, en el plano constitucional, a los propios ciudadanos. Dicho mecanismo no puede sino recaer en los encargados de interpretar la Constitución: los jueces constitucionales.

La idea de establecer un control previo de constitucionalidad no es novedosa en el mundo, por el contrario existen buenos ejemplos del éxito que ha tenido en Europa y en América Latina. Los casos de países como Alemania, Austria, Francia, España, Luxemburgo, Chile y Colombia, son analizados en este trabajo y clarifican los modelos que eventualmente se podrían adoptar en México.

Finalmente, esta tesis concluye con una visión propositiva, al plantear una propuesta legislativa para instrumentar un mecanismo de control previo de la constitucionalidad, que atienda la necesaria revisión de las reformas a la Constitución.

En suma se propone modificar la Carta Magna, en sus artículos 105 y 135, así como la Ley de Amparo en su artículo 61, fracción I. Eventualmente se necesitará construir las leyes secundarias que den vida a esta nueva herramienta constitucional y, desde luego, se necesitaran efectuar algunos cambios en la normatividad orgánica de la judicatura federal y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

No obstante lo anterior, de manera pragmática podemos decir que hoy el funcionamiento del máximo tribunal está sobre saturado de asuntos. Si se incorporara una figura como la propuesta en este trabajo, sin llevar a cabo los cambios normativos y administrativos necesarios, sería una condena a la ineficacia del modelo planteado. De eso no cabe la menor duda.

## Bibliografía

AGUILAR, Lidia. *Derecho constitucional: sistema constitucional mexicano*. México. Grupo Editorial Patria. 2014

ARAGÓN, Manuel. *La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional*, en Revista Española de Derecho Constitucional número 17, mayo-agosto de 1986.

ATIENZA, Manuel. *Imperio de la Ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta*, en El Cronista del Estado Democrático de Derecho. Madrid. 2008.

ARTEAGA NAVA, Elisur. *El amparo Camacho. La impugnación de una reforma constitucional*, en *Alegatos* número 46. México. Septiembre 2000.

BAZÁN, Víctor. *El control de constitucionalidad de los tratados internacionales en América Latina*, en revista Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. 2006.

BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

BOBBIO, Norberto. *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*. Fondo de Cultura Económica, 2008.

BURGOA, Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano*. México. Porrúa. 2003.

BUßJÄGER, Peter. *Direct Democracy and Citizen Participation in the Austrian Federal State*, en FRAENKEL-HAEBERLE, Cristina *Citizen Participation in Multi-level Democracies*. Leiden: Brill Nijhoff. 2015

CABO, Carlos. *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*. Ed. Trotta. 2003.

CARBONELL, Miguel. *Los Derechos Fundamentales en México*. México. Porrúa, UNAM y CNDH. 2004

CARPIZO, Jorge. *Estudios Constitucionales*. México. Porrúa. Octava edición. 2003

CASTRO Y CASTRO, Juventino. *Biblioteca de amparo y derecho constitucional Vol. 1*. México. Oxford University Press. 2001

COLE, T. *Three Constitutional Courts: A Comparison*. *American Political Science Review*, 53. diciembre de 1959.

CORCUERA, Santiago. *Los derechos humanos: aspectos jurídicos generales*. México: Oxford University Press. 2016.

CÓRDOVA, Lorenzo. *Derecho y Poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México. Fondo de Cultura Económica. 2009.

COSSÍO, José Ramón. *Sistemas y modelos de control constitucional en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2011.

COSSÍO, José Ramón. *El Amparo en revisión 186/2008*, en Astudillo, César y Lorenzo Córdova *Reforma y control de la Constitución*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2011.

COSSÍO, José Ramón. *La controversia constitucional*. México. Porrúa. 2014.

COSSÍO, José Ramón, Mejía Raúl y Rojas Laura. *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos*. México. Porrúa. 2015.

DEL ROSARIO, María. *De la Supremacía Constitucional a la Supremacía de Convencionalidad: La Nueva Conformación del Bloque de Constitucionalidad en México*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2013.

DE LA CUEVA, Mario de la. *Teoría de la Constitución*. México. Porrúa. Segunda Edición. 2008.

DE LA TORRE, Ernesto. *La Constitución de Apatzingán y los creadores del Estado mexicano*. México. UNAM. 1978.

DÍAZ CREGO, María. *Protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*. Madrid. Reus. 2009.

DÍAZ DE VALDÉZ, Julia. *Algunas preguntas pendientes acerca del control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional*, en Fernando, Arturo *Sentencias destacadas 2006*. Chile. Editorial Libertad y Desarrollo. 2007.

FAJARDO MORALES, Andrés. *Control de convencionalidad: Fundamentos y alcance. Especial referencia a México*. México. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 2015.

FERRER MMAC-GREGOR, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén. *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad*. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. 2013

FERREYRA, Raúl Gustavo. *Poder, democracia y configuración constitucional*. Revista Cuestiones Constitucionales número 11. México. UNAM. 2004.

FLEINER, Thomas y Saunders, Cheryl. Constitutions embedded in different legal systems, en M. Tushnet, T. Fleiner, & C. Saunders, *Routledge Handbook of Constitutional Law*. Oxford. Routledge. 2013

FLORES, Imer. *Sobre la inconstitucionalidad de reformas constitucionales*. Revista Cuestiones Constitucionales número 17. México. UNAM. 2006

FLORES, Imer. *Sobre la reforma a la constitución y su control: a propósito de las implicaciones y limitaciones del amparo 186/2008*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. 2011.

GERKRATH, Jörg. *Constitutional amendment in Luxembourg*, en Contiades, Xenophon *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*. Oxford. Routledge. 2013

GÓNGORA, Genaro. *¿Puede plantearse en juicio de amparo la inconstitucionalidad del procedimiento de reforma constitucional? (El caso del señor Manuel Camacho Solís)*. Lex, Difusión y análisis. México. Número 24, junio de 1997.

GÓNZALEZ GALVÁN, Jorge Alberto. *La reforma constitucional en materia indígena*. Revista Cuestiones Constitucionales número 04. México. UNAM. 2002

GÖZLER, Kemal. *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*. Turquía. Ekin Press. 2008

HURTADO MÁRTINEZ, Juan Antonio. *La evolución del sistema francés como modelo de control de constitucionalidad de las leyes*. Revista de Derecho UNED número 10. España. 2012.

KELSEN, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 1995.

KING, Anthony. *The Founding Fathers v. The People*. Cambridge. Harvard University Press. 2012.

KROEGER, Malte. *Constitutional Change through Euro Crisis Law: Luxembourg*. European University Institute. 2014.

MONTIEL Y DUARTE. *Derecho Público Mexicano*. t. IV. México. Imprenta del Gobierno Federal. 1882.

MORESO, José Juan. *Disposiciones de reforma constitucional*. Doxa, Alicante, número 10. 1991.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique. *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la acción de inconstitucionalidad de la ley entre los años 2006 y 2012*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso número 39. Chile. 2012.

SALAZAR, Pedro. *La Democracia Constitucional. Una radiografía teórica*. México. Fondo de Cultura Económica. 2006.

SALAZAR, Pedro. *La suplantación del legislador democrático*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. 2011.

STONE, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*. New York. Oxford University Press. 1992.

SCHMILL, Ulises. *Las competencias jurisdiccionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en Tribunales Constitucionales y defensa del orden constitucional*. México. UNAM. 1994.

TENA RÁMIREZ, Felipe. *El control de la constitucionalidad bajo la vigencia de la Constitución de 1824*. Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Vol. XII, núm 46. México. Abril-junio de 1950.

ÚBEDA-PORTUGÉS, José. *Sistemas Políticos Constitucionales en el Mundo*. Madrid. Aebius. 2011.

VALADÉS, Diego. *Problemas constitucionales del estado de derecho*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2004.

VÁZQUEZ-GÓMEZ, Francisco. *La Suprema Corte y el poder constituyente constituido. Hacia la defensa del núcleo intangible de la Constitución*. Revista Cuestiones Constitucionales número 22. México. UNAM. 2010

VEGA, Pedro de la. *La Reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid. Tecnos. 1999.

VILE, John. *Encyclopedia of Constitutional Amendments, Proposed Amendments, and Amending Issues, 1789-2015*. Santa Barbara. ABC-Clio.2015.

VILLAVERDE MENENDÉZ, Ignacio. *El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico*. Revista catalana de dret públic número 49. 2014.

VISSER, Matthias de. *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*. Portland. Hart Publishing. 2014.

VITALE, Ermanno. *Futuro de la democracia y “universales procedimentales”*, en Norberto Bobbio: cuatro interpretaciones, México, UNAM, 2006

WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. *Yale Law Journal* 115. EE.UU. 2006.

WALDRON, Jeremy. *A Rights-Based Critique of Constitutional Rights*. *Oxford Journal of Legal Studies*. Número 13. 1993.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco. *Control de constitucionalidad de la reforma constitucional*. Revista Cuestiones Constitucionales número 17. México. UNAM. 2006.