



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**“EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL VIS-À-VIS
EL PODER LEGISLATIVO EN LAS
DEMOCRACIAS CONSTITUCIONALES: EL
CASO DEL AMPARO CONTRA LA REFORMA
ELECTORAL 2007”**

TESIS

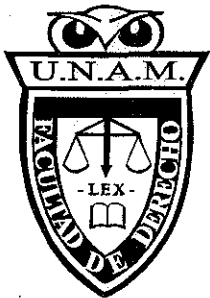
**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA

VLADIMIR ALEXEI CHORNY ELIZALDE

ASESOR DE LA TESIS

DR. PEDRO SALAZAR UGARTE



MÉXICO, D.F.

CIUDAD UNIVERSITARIA 2011



Universidad Nacional
Autónoma de México



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
AVANZADA DE
MÉXICO

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

Cd. Universitaria, D.F., 16 de noviembre de 2011.

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR 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 **CHORNY ELIZALDE VLADIMIR ALEXEI**, con número de cuenta 40706527-1 bajo la supervisión de esta Seminario, elaboró la tesis intitulada **"EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL VIS-Á-VIS EL PODER LEGISLATIVO EN LAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONALES: EL CASO DEL AMPARO CONTRA LA REFORMA ELECTORAL 2007"**, realizada con la asesoría del profesor Dr. Pedro Salazar Ugarte.

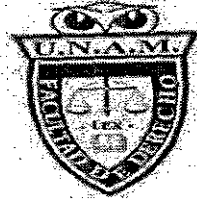
Con fundamento en los artículos 6º fracción V del Reglamento de Seminarios, 19 y 20 del Reglamento General de Exámenes de la Universidad Nacional Autónoma de México, por haberse realizado conforme a las exigencias correspondientes, se aprueba la nombrada tesis, que además de las opiniones que cita, contiene 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 entregada 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, toda la cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
DIRECTOR DEL SEMINARIO


LIC. EDMUNDO ELÍAS MUSI

2011.



México, Distrito Federal

15 de noviembre de 2011

Estimado Dr. Edmundo Elías Musti,

Por medio de la presente le comunico que el alumno Vladimir Alexis Chorny Elzalde, con número de cuenta 407065271, ha concluido su tesis de licenciatura de manera satisfactoria. Por esta razón firmo este documento como reconocimiento de la aprobación de su documento final, con el nombre de: *"El papel del poder judicial vis-à-vis el poder legislativo en las democracias constitucionales: El caso del amparo contra la reforma electoral 2007"*.

Sin más por el momento me despido esperando se encuentre muy bien.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "P. Salazar Ugarte", written over a horizontal line.

Dr. Pedro Salazar Ugarte

*A Dimitry,
por ser motor de vida*

*A Edén,
por los pasos recorridos*

Agradecimientos

Una de las cosas más complicadas de este trabajo fue realizar este apartado. Agradecer a todas las personas que aportaron para lograr esto es difícil, no sólo porque muchas se involucraron en este proceso en particular, sino porque esta tesis es la culminación de un largo camino que viene desde mucho más atrás. Teniendo en cuenta la complejidad de esto, me disculpo con todos aquellos que por alguna razón, sea descuido o parcial olvido, queden fuera de esta dedicatoria. Ya vendrán algunos libros más para compensarlos.

Primero agradezco a mi familia y posteriormente a los responsables profesionalmente de este logro. Por ser esta mi tesis, no podría ser de otra forma.

Agradezco a las seis madres y los seis padres que he tenido desde pequeño por circunstancias de la vida. No podría haber tenido mejor regalo que tenerlos a ustedes para apoyarme en los distintos pasos que di. Su apoyo y motivación, unas veces impulsándome y otras oponiéndose, contribuyeron en mucho para estar aquí.

A cada madre, por todas las lecciones: Martha, por mostrarme la magia y el ingenio que se encuentra detrás de cada cosa sencilla; Doris, por recordarme la importancia de aprovechar siempre las circunstancias de la vida y a vivir sin edad; Coco, por todas las historias y las pláticas, por el cariño y las terapias personalizadas que fueron siempre tan útiles; Adela, por enseñarme cuando respetar y cuando defender, cómo caminar y como levantar lozas pesadas; Elsanganga, por enseñarme que amar es dejar libre, por los sapos, que como nosotros, no van hacia atrás sin importar lo que venga, por mostrarme cómo vivir sin rencores ni ataduras; Olga, porque siempre hubo una sonrisa y un consejo, por los miles de actos de cariño. En mis actos y mi andar, están todas ustedes.

A cada padre, porque son estatuas que siempre miro, sus enseñanzas: Eduardo, por todos los abrazos y alientos, siempre llenos de todo el cariño del mundo, porque tus palabras siempre fueron para apoyarme y empujarme más lejos; A Amílcar, por la integridad y la bondad de tu persona que aún están en tu recuerdo, que se sigue reflejando; Jorge, por todas las carcajadas que envuelven

siempre todo lo que nos enseñas, por demostrar que la disciplina y el éxito no van peleados con la jovialidad; Alfonso, por mostrarme que es mejor sonreír que llorar, cuando las cosas se ponen difíciles; Juan Antonio, por creer en mí, por darme la posibilidad de decidir y por mostrar que el amor y la incondicionalidad no se muestran con palabras sino con actos. Por la llamada y la oportunidad de ese día, que se refleja en este trabajo; Jaime, por convencerme de que nada es imposible, por dejar claro que el amor no tiene límites y porque nunca te limitaste con nosotros. Porque como dijiste ese día, abrí las alas, y el vuelo no podía haber sido más grato.

Al recuerdo de mis padres, que sigue intacto en lo que soy, que vuelve constantemente porque vive en cada uno de quienes los conocieron, y en cada uno que, como ellos lo hicieron, nos aman. Su imagen, su fuego y su sabiduría, que fueron semillas e inspiración, se cultivaron en nosotros a través de las manos de la familia que nunca nos dejó.

Al recuerdo de mi abuela, que como roble irrompible nos enseñó a siempre estar juntos, a creer en lo que hacemos y a ayudarnos los unos a los otros. Porque la prueba más fuerte de que lo que se crea con amor y esfuerzo no se desmorona cuando el arquitecto parte, somos todos nosotros.

A todos ustedes, con quienes compartí como hermano: Mimo, Elio, Erandy, Brend, Pocho, Jorge, Bris, Axa, Druper, Yassel, Karen, Nerea, Jage, Clao, Kota. Son parte esencial de todo esto, por los momentos, por los recuerdos y por lo vivido.

Por el estilo y redacción en partes de esta tesis, Elio, muchas gracias. Gracias también por compartir el estilo y la redacción de la vida, por escribir juntos y por la complicidad y los momentos inolvidables. Mimo, porque todo esto, al final, también quedó chico, tal como me dijiste aquél primer día en que esto inició. Porque aún sigues escuchando.

A los amigos y amigas que quedan como hermanos: Octavio y Andrés, porque en verdad valoro sentir que siempre estamos, por todo lo que hemos compartido, por las pláticas interminables, los sueños y los sentimientos. Por todo lo que ha pasado, por lo que permanece y por todo lo que aún no llega. Por ser

como dos pilares que sostienen; Andrés y Fede, por incorporarse a mi historia, por saber ser sinceros, por apoyarme y por estar, por escuchar y caminar; Homero por mostrarme que siempre hay espacio para más; Agtugo y Raver; porque nunca nos cansaremos de esto; Ana, por engañar a la gente sonriendo en nuestro mundo, por sonreír por nuestro mundo; Karla, por demostrar que opuestos en creencias, coincidimos; Mony, Guadalupe, por mostrar que la amistad de verdad está en todos lados; Paulina, por lo creemos, luchamos y compartimos. Todos son parte, desde hace mucho tiempo o desde hace poco, en su justa medida y con el impacto proporcional. Sólo ustedes saben cuánto y cómo.

A Paula, por mostrarme que la vida es un baile. Por todo el amor, el esfuerzo y por las cosas que en este tiempo hemos compartido. Porque tú también has sido parte importante para que este año haya sido inolvidable. .

Por último, este lugar sí reservado conscientemente, a mi hermano Dimitry, con quien he ido cumpliendo el sueño de estar, viajar, compartir, discutir, planear, pensar, reír, llorar, juntos. En este momento en mi vida, no hay cosa que agradezca más que tu presencia y tu amor. Lograr volverme también tu amigo me ha completado y me da la fuerza necesaria para enfrentar lo difícil y para sacrificar lo que haya que sacrificar. Mucho de lo que ves es hecho teniéndote como base, porque eres la inspiración y el primer y principal motivo de seguir. Mucho de lo que no ves es también por ti, para intentar mostrarte mi manera de vivir y de pensar, independientemente de lo distinto que quieras vivir y que puedas pensar. Porque aunque llegue a alejarme por momentos, nunca te dejaré solo.

En lo que corresponde a la parte profesional. Este trabajo no podía presentarse sin la asesoría y apoyo del Dr. Pedro Salazar Ugarte. Las precisiones y la revisión a lo largo de los capítulos de la tesis fueron fundamentales para realizar esta tesis. La gran disposición y paciencia en este proyecto me permitió adentrarme en uno de los temas que me han parecido más importantes en mi etapa de estudiante. Sus consejos, tanto los estrictamente académicos como los personales, fueron indispensables para llevar a buen fin el cierre de mis estudios universitarios. Pedro ha sido sin duda una de las guías más importantes de mi formación y agradezco la confianza depositada en este proyecto. Como asesor,

me ha mostrado puntos centrales en torno a esta investigación; como amigo, me ha mostrado puntos torales en torno a la vida que deseo seguir.

Debo agradecer también al “Comité Académico-Editorial” que me apoyó en el Centro de Capacitación. Puntos relevantes, tanto de contenido como de fondo, fueron precisados por el Dr. Luis Medina y la Dra. Karolina Gilas. Las observaciones y discusión de puntos muy importantes sirvieron para encausar algunos puntos sueltos del texto y para repensar partes importantes. Sin duda su ayuda está reflejada en estas páginas. Agradezco además su valiosa amistad, que fue siempre de la mano con sus precisiones conceptuales, gracias por todo lo que me han permitido aprender trabajando con ustedes. Trabajar así es mezclar en un mismo acto la academia, la profesión y la amistad.

En este mismo espacio, el Dr. José Reynoso ha jugado un papel clave para que este proceso, que muchas veces pareció interminable, encontrara un punto final sin los puntos suspensivos que muchas veces tuvo detrás. Siempre me ayudó a hacer tiempo para concluir este proyecto y siempre tuvo la disposición y la puerta abierta para platicar sobre lo que necesité, tanto en lo relativo a la tesis, como en cualquier otra cosa personal, existencial o filosófica que se atravesara en el camino. Como amigo te agradezco lo sabio de tus consejos, que fueron siempre sinceros. También, hacerme entender que, así como fue en esta tesis, “el sacrificio te libera y la comodidad te esclaviza”. No podías tener más razón.

En mi formación profesional, un espacio relevante fue ocupado por otras personas que no pueden quedar fuera de mi reconocimiento. En los inicios y en la mayor parte de mi formación universitaria, la persona a quien debo mi despertar intelectual es sin duda Humberto Guerrero Rosales. Su guía me dirigió a un mundo que nunca esperé conocer. Los primeros pasos en el derecho internacional (en particular el derecho penal internacional) y mis primeras experiencias académicas relevantes se las debo a él. Gracias por creer en un proyecto de formación de jóvenes y por enseñarnos a buscar un poco más de lo cotidiano, por no permitir conformarnos. La causa lo vale, sin duda.

Al final de mi carrera, por decisiones personales, y con el apoyo de Miguel Carbonell, conocí al Dr. Enrique Ochoa Reza. Con él, concluí mi etapa como

estudiante y comencé mi etapa como profesionista. La cantidad de cosas que le he aprendido es difícil de enumerar. El acercamiento a la ciencia política y a una forma distinta de trabajar, que implicó todo un cambio de paradigma para mí, ha significado una de las etapas de mayor aprendizaje y descubrimiento en mi formación académica. Pero también, el tiempo de trabajo juntos, me ha permitido conocer sus grandes cualidades como persona y amigo. Sus consejos, sus correcciones y todas las oportunidades que me ha dado, las aprecio infinitamente.

En los últimos semestres, significando el acercamiento definitivo a la filosofía política y el impulso último para convencerme del valor de la misma, está de nuevo Pedro Salazar, quien como profesor, me mostró un bloque que terminó por completar mi ciclo universitario de la mejor manera. Los agradecimientos de su primera mención, sólo pueden aumentarse reconociendo su guía como profesor y la innumerable cantidad de enseñanzas de vida en sus clases.

Antes del final, está también el maestro Alfonso Ochoa Hofmann, a quien también conocí como profesor. El acercamiento y aprendizaje se dio por parte en torno a la filosofía, pero en su mayoría por los ideales de cambiar las cosas, de reivindicar el papel de los estudiantes y del discurso del conocimiento. Su trabajo y dedicación me mostraron que hay otras opciones y otras formas de cambiar las cosas.

Otros profesores más están también ahí, como parte sustantiva de mi formación profesional. A todos ellos, se los agradezco. Con riesgo de dejar a alguno de lado, reconozco el trabajo y amistad de los profesores Juan de Dios Gutiérrez Baylón, Rafael Rocher, Arturo Cossío Zazueta, Miguel Carbonell, Germán Sandoval, Marco Antonio Pérez de los Reyes, Roberto Duque, Miguel Covián y Arturo Pueblita Pelisio.

Índice

Introducción.....	1
Capítulo I: La Democracia Constitucional. El Planteamiento de un Debate	6
1. <i>Introducción</i>	6
2. <i>Marco teórico del debate: La rigidez constitucional y el control de constitucionalidad v. El argumento contramayoritario</i>	9
3. <i>La Supremacía de la Constitución v. la Soberanía Popular: las teorías en torno a la democracia constitucional</i>	13
3.1 <i>La defensa del constitucionalismo: de la esfera de lo indecible a los derechos en serio</i>	14
3.2 <i>La defensa de la democracia: de la reivindicación del derecho de participación política a la apuesta por la política al constitucionalismo débil</i>	27
Capítulo II: El debate de la democracia constitucional en perspectiva comparada	46
1. <i>Introducción</i>	46
2. <i>La Rigidez Constitucional</i>	50
3. <i>El modelo de Cláusula de Intangibilidad</i>	51
3.1 <i>Alemania</i>	52
3.1.1 <i>Sentencia de “las escuchas”</i>	55
3.1.2 <i>Sentencia del “espionaje acústico”</i>	55
4. <i>El modelo de los sistemas sin cláusulas de intangibilidad</i>	57
4.1 <i>El subtipo de autofacultación o de mandato constitucional de revisión judicial</i>	57
4.1.1 <i>Colombia</i>	57
4.1.1.1 <i>Sentencias C-551 y C-553 de 2003</i>	60

4.1.1.2 Sentencia C-1040 de 2005	60
4.1.1.3 Sentencia C-588 de 2009	61
4.1.2 Los Estados Unidos de América	61
4.1.2.1 Marbury v. Madison (1803)	63
4.1.2.2 Brown v. Plata (2011).....	67
4.2 El subtipo de autolimitación de los tribunales	71
4.2.1 Irlanda	71
4.2.1.1 Caso <i>The State (Ryan) v. Lennon</i>	73
4.2.1.2 El caso de los servicios abortivos fuera del país.....	74
5. Observaciones de los casos comparados.....	75
Capítulo III: El caso de México a la luz del debate de la democracia constitucional	82
1. Introducción	82
2. El procedimiento de reforma constitucional del artículo 135 constitucional ...	84
3. El Amparo en Revisión 1334/98 (<i>Amparo Camacho Solís</i>).....	87
4. Controversia Constitucional 82/2001 (<i>Caso San Pedro Quiatoni</i>)	90
5. Acciones de Inconstitucionalidad 168/2007 y 169/2007.....	95
6. Amparo en Revisión 186/2008.....	101
7. Amparo en Revisión 2021/2009 (<i>El amparo de los intelectuales</i>).....	107
8. Observaciones generales sobre el caso mexicano.....	113
Capítulo IV: Conclusiones y propuestas. Tomarse el debate en serio	119
1. Una anotación previa	119
2. Una primera respuesta al debate de la democracia constitucional. La apuesta por la salvaguarda del péndulo democrático-constitucional.....	122

<i>2.1 El plano fáctico del péndulo democrático-constitucional</i>	123
<i>2.1.1 El desacuerdo como elemento consustancial en las democracias</i>	123
<i>2.1.2 El contexto de las democracias modernas de la democracia constitucional</i>	125
<i>2.1.3 La concepción de los derechos y de la democracia</i>	127
<i>2.2 El modelo de la salvaguarda del péndulo democrático-constitucional</i>	128
<i>2.2.1 El procedimiento de reforma constitucional abierto al cambio</i>	129
<i>2.2.2 Las paredes de cristal de la democracia constitucional</i>	132
<i>2.2.3 El rol de los jueces frente al péndulo democrático-constitucional</i>	135
<i>2.2.4 La protección diferenciada de los derechos y la falibilidad del sistema</i> ..	137
<i>3. La toma de postura sobre el caso mexicano. El rechazo a la interpretación auto facultativa de los jueces y su ausencia de limitación</i>	139
<i>4. Propuestas finales sobre el caso mexicano</i>	142
Bibliografía	144

Introducción

Esta tesis es resultado del debate que se encuentra inmerso en la democracia constitucional. El sustantivo democracia, junto con su adjetivo constitucional, contiene una discusión que se ha intentado resolver, tanto en su nivel normativo-filosófico como en el plano empírico, al menos desde el siglo pasado.

Al estudiar este binomio conceptual, se encontró uno de los temas más relevantes no sólo para la filosofía política y la filosofía del derecho, sino también para el derecho constitucional. El centro del debate, que enfrenta en su nivel teórico al ideal de los derechos fundamentales y su protección por una parte, y al ideal de la autonomía y la participación política por la otra, implica el choque de dos principios fundamentales para el derecho constitucional: la supremacía constitucional y la soberanía popular.

Enfrentar a estos dos principios implica una paradoja consustancial al modelo, que puede plantearse de la siguiente manera:

Dentro de este modelo de gobierno se reconoce a la soberanía popular, que pertenece “al pueblo” o a “la nación”, constituida por todos los individuos que conforman un Estado y que eventualmente pueden expresar su voluntad. Bajo este principio, la soberanía reside en ellos, y son ellos quienes pueden tomar las decisiones. Sin embargo, al reconocer el principio de supremacía constitucional, se sitúa a la constitución por encima tanto de los individuos, como de las autoridades que ellos mismos establecen. El modelo implica dos ideas que se contraponen y que difícilmente son compatibles: por un lado, la de los límites de lo que se puede hacer o decidir y por el otro, la de la facultad de tomar las decisiones fundamentales constitutivas de la vida política del Estado.

Así pues, aunque es posible pensar que tomar las decisiones de manera democrática supondría la facultad de decidir sobre todo, decidir dentro del orden constitucional implica que incluso puede haber cuestiones que no sean decidibles.

Esta paradoja planteada como problema de la elaboración del sistema, se agrava al momento de estructurar al Estado, ya que suelen ser los jueces quienes controlan en última instancia la supervivencia de la constitución. Son éstos

quienes aseguran que los individuos, a través de sus representantes popularmente electos, no vayan más allá de lo permitido por la constitución. Esto implica que sean los jueces quienes decidan de manera definitiva si los representantes están decidiendo de manera correcta, y que la decisión final no corresponda entonces a los individuos.

Este nivel de tensión en la paradoja fue el que motivó la realización de esta tesis. Al profundizar en el tema, se encontró un debate en constante evolución, que no ha alcanzado una respuesta definitiva, ni en el nivel teórico ni en el empírico y que ha impactado de manera considerable en el caso mexicano, a través del tema de la revisión a las reformas a la constitución; es decir, la posibilidad de “las reformas constitucionales inconstitucionales”.

El nivel teórico del debate en su parte teórica es estudiado es abordado en el primer capítulo, donde se plantea la dualidad existente entre las ideas que apoyan cada lado de la moneda: los que defienden el principio de la supremacía constitucional y la protección de los derechos (constitucionalismo) y los que apoyan al principio de la soberanía popular y la posibilidad de decidir (constitucionalismo democrático).

Si bien este trabajo no pretende hacer un análisis exhaustivo de la totalidad de autores que han abordado el debate, sí estudia “las ideas principales del debate. La extensión de este trabajo impide contemplar a todos aquellos que han escrito sobre la democracia constitucional y sus tensiones. Sin embargo, esto no afecta el contenido del primer capítulo, ya que lo que sí se incluye es todas las ideas importantes y determinantes de la discusión, a través de los autores más significativos de las mismas. Es decir, se incluye todo lo que no debería pasarse de largo, aunque se excluya una parte podría ser interesante para estudiarse en estudios posteriores y que no es determinante para éste.

Este primer capítulo es principalmente descriptivo e intenta situar los cimientos en el que los demás capítulos se sustentan. Su contenido busca explicar las distintas tensiones del modelo democrático-constitucional y mostrar las respuestas que se han dado desde los distintos extremos, así como desde las

posturas moderadas más importantes. Funcionará entonces como el eje rector al que se hará referencia transversalmente en los tres capítulos siguientes.

Una vez comprendida la parte teórica, el segundo capítulo se encarga de estudiar el nivel empírico del debate; estudia la forma en que distintos países lo han abordado y resuelto o han tomado postura al estructurar su sistema constitucional.

En este capítulo se analizan, de la misma forma en que se hizo en el primer capítulo, los dos extremos del debate. Por esta razón, se presentan dos “perspectivas de casos” distintas: la primera se inclina del lado del constitucionalismo y presenta el caso del establecimiento de cláusulas de intangibilidad que impiden la modificación de ciertas partes de la constitución de manera absoluta y autorizan a los jueces constitucionales a controlar todas las decisiones (incluso aquellas tomadas por el poder reformador de la constitución); la segunda perspectiva no establece cláusulas de intangibilidad y resuelve el problema de dos maneras distintas.

Las dos maneras distintas implican dos tipos de casos: el primero, los sistemas en los que aún sin las cláusulas de intangibilidad, el tribunal supremo controla las decisiones de los representantes (sea que la constitución los faculte para esto o que ellos se autofaculten para hacerlo); el segundo es aquél en el que el tribunal supremo se autolimita y no controla las decisiones del poder reformador de la constitución, por considerar que los individuos son los soberanos en última instancia.

De esta manera, se estudian tres casos que reflejan empíricamente el debate teórico, mismos que se analizan a través de la experiencia contemporánea de cuatro países: La experiencia alemana en primer lugar; Estados Unidos y Colombia en segundo término y finalmente el caso de Irlanda. De esta manera, el segundo capítulo nos permitirá contextualizar las posibles respuestas que se han dado a un mismo problema y cuyos ejemplos comparativos nos serán de mucha utilidad a la hora de abordar el caso que se presenta en México.

Los distintos casos son estudiados de manera descriptiva, tanto en su

diseño institucional como en las principales decisiones relacionadas con el tema de la tesis. Posteriormente se hace un análisis comparativo y algunas reflexiones sobre éstos, que servirán como marco de referencia para el tercer capítulo.

Las limitaciones de este segundo capítulo son similares a las del primero. Existe sin duda una gran diversidad de ejemplos que podrían ser interesantes para estudiar la respuesta empírica que se da ha dado a este problema, sin embargo, el alcance del presente estudio impide ampliar la investigación. Esto, al igual que en el capítulo primero, no afecta su contenido, ya que el criterio de estudio consiste en encontrar el caso que sea más relevante para cada “perspectiva de caso”. De esta forma se estudian las principales respuestas que reflejan el debate teórico y se analizan los supuestos que no deberían dejarse de lado, aunque existan otros interesantes que podrían abordarse en estudios posteriores.

El tercer capítulo muestra la experiencia mexicana, como caso principal de la tesis. Se analiza el diseño institucional y las principales decisiones que muestran la tensión y discusión presentes en nuestro país acerca de quién debe tener la decisión en última instancia, siguiendo la metodología del segundo capítulo.

Las decisiones estudiadas en este apartado se desarrollan con mayor énfasis y detalle con la finalidad de mostrar las particularidades del caso central de la tesis. Su desarrollo tiene también una parte descriptiva y una parte analítica, en la que se adelantan unas primeras respuestas al problema central del debate. El corte metodológico de las decisiones analizadas en este capítulo están basadas en el amparo en revisión 2021/2009, llamado el “amparo de los intelectuales”, por ser el caso que dada su importancia coyuntural reavivó el debate en el ámbito mexicano.

Finalmente, tras estudiar el caso principal, el último capítulo cierra el trabajo con las principales conclusiones y reflexiones sobre el tema. Dentro de esta sección se encuentran tanto la propuesta teórica de respuesta al problema de la democracia constitucional, como las propuestas particulares y concretas al caso

mexicano.

El método específico de estudio dentro de cada capítulo, es explicado de manera particular clara dentro de su introducción.

La propuesta de esta tesis consiste en que los jueces no deben resolver en última instancia. No, al menos, en todos los casos ni de la forma en que lo hacen en México y en otros de los países estudiados. Intentar dar una respuesta en serio sobre este tema implica, tal como se muestra en el debate de la democracia constitucional, tomar los dos extremos y resolver tomando en cuenta a ambos, no solamente a aquél que por alguna u otra razón se haya consolidado casi como un paradigma, tal como sucede con el poder de los jueces en nuestro país.

Si los exponentes más importantes del extremo constitucionalista como Ronald Dworkin y Robert Alexy construyen sus teorías partiendo de una respuesta en serio a los cuestionamientos de la postura opuesta, el resto de quienes formamos parte del debate deberíamos hacerlo de la misma forma.

Capítulo I: La Democracia Constitucional. El Planteamiento de un Debate

1. Introducción

Para entender el debate de la democracia constitucional es importante partir del punto histórico de donde este modelo surge primero y luego de su contenido conceptual. El primer punto servirá para comprender el origen, cambios respecto de los modelos anteriores y la instrumentación de los elementos con los que se construye, mientras que el segundo servirá para entender su contenido, lógica y sentido.

Con el establecimiento del Estado Constitucional de Derecho en el siglo pasado se presentaron cambios sustanciales en la manera de entender el derecho y en la forma de estructurar al Estado. Las relaciones entre los poderes estatales, la manera de estructurar el sistema jurídico y los componentes esenciales del mismo se modificaron de manera determinante respecto del modelo anterior del Estado legislativo de Derecho.

Anteriormente, en el Estado Legislativo de Derecho, los poderes públicos se encontraban sujetos solamente a la ley. El principio de la *Soberanía Popular* situaba a la ley por encima de todos los ciudadanos, así como de los poderes constitutivos del Estado y era suficiente si se cumplía con las formalidades legislativas necesarias para que las leyes que se crearan fueran válidas; cumplir el procedimiento legislativo hacía a la ley válida y vinculante sin necesidad de cubrir otro requisito.¹

Pero con el cambio de un Estado a otro, el paradigma de la supremacía legislativa cambió por el de la supremacía constitucional. Ahora la voluntad del legislador ya no está por encima de todo sino que está sujeto a ciertos límites *sustantivos* o *de contenido* en constituciones rígidas principalmente. El procedimiento deja de ser el criterio más importante y se empieza a tomar

¹ Ferrajoli, Luigi. "Pasado y Futuro del Estado Democrático", en Carbonell, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición, Madrid, España, Editorial Trotta, 2009, pp. 13-14.

elementos materiales, como los derechos o valores, para que la ley se considerare *válida* en sí misma. La ley ya no es el techo del orden jurídico, sino la constitución.²

Para entender la importancia del cambio de paradigma tanto en el derecho como en la política, debe contrastarse el estado de cosas en un primer momento y preguntarse qué pasó con el cambio de un estadio a otro. Cuando el legislador era el órgano supremo para tomar las decisiones políticas, ¿qué sucedió con su rol en la jerarquía de órganos con la incorporación de la constitución? cuando el criterio de validez cambió, ¿qué sucedió con la producción de normas que no lo cumplían? cuando una ley no cumplía con los nuevos requisitos de validez ¿qué órgano fue el encargado de revisarla y qué efectos se tuvieron?

Así podemos decir que la nueva dimensión sustantiva tuvo tres implicaciones en el derecho: primero, cuando la validez se ligó a principios constitucionales, todos los órganos se sometieron a esta. Los límites sustantivos hicieron que los legisladores ya no pudieran legislar sobre todas las cosas. Con este cambio, las leyes que no respetaran el límite sustantivo deberían ser invalidadas a través de la revisión judicial que llevarían a cabo los jueces constitucionales.³

La segunda implicación fue que el paso de un tipo de Estado a otro modificó la concepción de la democracia. Su naturaleza y contenido sufre cambios en la manera como se había entendido hasta ese entonces, alejándose de lo meramente procedimental y acercándose a una idea de democracia con derechos. Aunque la idea de democracia varía de autor a autor, el concepto de democracia del que parto es que es la forma de gobierno en la que el poder se distribuye a todos los ciudadanos por igual, quienes toman las decisiones a través de la regla de decisión por mayoría – como una definición meramente formal – para efectos generales, sin perjuicio del concepto de cada autor al que se hará referencia cada que corresponda e independientemente de un concepto más completo que haga posteriormente.

² Ibidem, p. 18.

³ Ibidem, pp. 18-19.

El cambio hace que la regla de mayoría como elemento determinante y último de la toma de las decisiones enfrente el hecho de que las mayorías democráticas ya no pueden decidir sobre todas las materias: los derechos fundamentales son la barrera que no pueden sobrepasar. Desde la nueva óptica esto no lesiona a la democracia, sino que la configura: los límites a las mayorías fortalecen la democracia protegiendo los derechos de todos.⁴ Pero para esta protección, serán los jueces constitucionales quienes a través de la interpretación de los principios sustantivos de la constitución fungirán como garantes de la misma.⁵

El valor de la democracia como elemento constitutivo del Estado que anteriormente tenía como resultado de la asociación voluntaria de los individuos que lo integran, es sobrepasado por otro valor. En palabras de Ferrajoli:⁶

“Una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. Su función no es expresar la existencia de un *demos*, es decir, de una homogeneidad cultural, identidad colectiva o cohesión social, sino, al contrario, la de garantizar, a través de aquellos derechos, la convivencia pacífica entre sujetos e intereses diversos y virtualmente en conflicto. El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones de gobierno, no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea en derechos vitales conferidos a todos, como límites y vínculos, precisamente, frente a las leyes y los actos de gobierno expresados en las contingentes mayoritarias.”

Este cambio de Estado abriría también el debate de las secuelas de carácter negativo para la democracia que ponen en duda la idoneidad del modelo. Esta última implicación es que el nuevo paradigma crea el modelo de la *democracia constitucional* que funciona haciendo convivir elementos que pueden ser

⁴ Ibidem, p. 19.

⁵ Zagrebelsky, Gustavo. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, España, Editorial Trotta, 2008, pp. 34-36.

⁶ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, Nota 1, p. 28.

contrarios y, desde algunas perspectivas, excluyentes.

Conceptualmente, la democracia constitucional debe entenderse como el modelo político-jurídico que intenta dos fines que son analíticamente distintos: *limitar el poder político (constitución) y distribuir el poder entre los ciudadanos (democracia)*.⁷ El modelo va a poner frente a frente a la constitución y a la democracia (que en principio sobreviven separados e independientes) para intentar hacerlos convivir en un mismo entorno. Los partidarios de este modelo buscan entonces encontrar el equilibrio que le permita funcionar de la mejor manera, intentando evitar la superposición de un elemento sobre el otro⁸

El resultado de la asociación entre constitucionalismo y democracia es una serie de tensiones entre los dos modelos, que se reflejan en un debate que subraya las objeciones fundamentales que cada modelo hace a su opuesto. Las ideas de los autores se confrontan en un diálogo académicamente complejo que es fundamental para entender el papel de las instituciones y de la cultura política en las sociedades democráticas actuales.

Si bien unos autores privilegian a la democracia y otros privilegian al constitucionalismo, es fundamental tener presente que todos los autores defienden en su conjunto al constitucionalismo democrático. En los dos apartados siguientes, se identifica primero a las principales líneas argumentativas de cada bloque y se explica, posteriormente, el contenido teórico de cada una, a través de las ideas de sus principales exponentes.

2. Marco teórico del debate: La rigidez constitucional y el control de constitucionalidad v. El argumento contramayoritario

Cada bloque de pensamiento, tanto el constitucionalismo como el pensamiento democrático, tienen argumentos bien definidos sobre las ventajas y objeciones al modelo que cada uno propone. El primero se entiende como el ideal de la

⁷ Salazar Ugarte, Pedro. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE-IJ-UNAM, 2006, p. 45.

⁸ *Ibidem*, pp. 48-49.

protección de los derechos fundamentales a través de su constitucionalización: lo denominado “*coto vedado*” de derechos.⁹ Los rasgos básicos de este ideal se identifican bajo las siguientes líneas:¹⁰

- I. Los derechos son *límites a la adopción de políticas* basadas en cálculos coste-beneficio. Esto implica que existirán ciertos bienes que deberán asegurarse para todos los individuos frente a cualquier sacrificio que pudiera justificarse en consideraciones utilitarias.
- II. Los derechos básicos constituyen límites infranqueables al procedimiento de decisiones por mayoría, principalmente frente al legislador;¹¹ los derechos *delimitan el perímetro de lo que las mayorías no deben decidir*.
- III. Se establece un *mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad* (revisión judicial) de la legislación ordinaria (en primera instancia), como mecanismo para garantizar la protección de los derechos y de la constitución.¹²
- IV. El valor de la democracia justifica su constitucionalización. El atrincheramiento de la regla de mayoría y también de los derechos que son *presupuestos* de la democracia se justifica para proteger a la democracia misma.¹³

Bajo el primer rasgo los derechos fundamentales no son ni disponibles ni expropiables por otros sujetos (*indisponibilidad pasiva*), por lo que ningún sujeto, en especial el Estado, puede lesionarlos. La indisponibilidad alcanza también el

⁹ Garzón Valdés, Ernesto. “Representación y Democracia”, en Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, Ética y Política*, Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 631-650. El autor considera que algunos temas básicos no están sujetos a la decisión parlamentaria. La voluntad y deseos de los integrantes de la sociedad son indiferentes frente a la vigencia de este coto vedado de derechos (644-45), por lo que existe una justificación ética para protegerlos y utilizarlos como límites al poder de decisión mayoritaria (648-49).

¹⁰ Bayón, Juan Carlos. “Derechos, Democracia y Constitución”, en Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2009, pp. 211-213.

¹¹ Kelsen, Hans. *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*, México, IJ-UNAM, 2001, pp. 22. 52-53.

¹² Ibidem, pp. 52-63.

¹³ Bayón, Juan Carlos, *op. cit.*, Nota 10, pp. 225-226.

nivel personal, ya que los derechos no pueden lesionarse ni con el consentimiento del individuo.¹⁴

Bajo el segundo rasgo, el valor de los derechos fundamentales es tanto que cuando actúan como límites actúan también frente a la democracia, por lo que las mayorías se ven limitadas frente a ellos. Los derechos se convierten en aquello que es *indecidible* por las mayorías.¹⁵ Los derechos son triunfos políticos de los individuos frente al Estado, por lo que un fin colectivo no es suficiente justificación para negarlos, ni para decir lo que los ciudadanos pueden tener o hacer y mucho menos para lesionarlos o limitarlos.¹⁶ Cuando los derechos se establecen en la constitución, no pueden ser removidos de ésta por el legislador ni pueden ser sobrepasados por el Estado, sino que están por encima de los poderes como garantía de todos los individuos de que sus libertades serán respetadas.

En el tercer rasgo, cuando el legislador no respete los límites contenidos en la constitución, los jueces constitucionales podrán invalidar la ley que se encuentre lesionando al derecho fundamental en cuestión a través de la revisión judicial.¹⁷ Cuando se presente una contradicción entre una norma y un derecho fundamental, como *antinomia*, deberá ser invalidada la primera por la corte constitucional en cuestión.¹⁸ La revisión judicial de la legislación se da en un primer nivel, ya que el nivel máximo de tensión se da en la revisión judicial de las reformas constitucionales, donde los jueces constitucionales pueden invalidar reformas a la norma fundamental. El debate sobre esta revisión alcanza su mayor relevancia cuando las cortes determinan si ésta se hace sólo por cuestiones de procedimiento o también por cuestiones de sustancia. En el segundo capítulo se

¹⁴ Ferrajoli, Luigi. "Derechos Fundamentales", en Ferrajoli, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Madrid, España, Editorial Trotta, 2007, pp. 32-33.

¹⁵ *Ibidem*, p. 36.

¹⁶ Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Massachusetts, United States of America, Harvard University Press-Cambridge, 1978, p. xi.

¹⁷ La revisión judicial (*judicial review*) se entiende como la facultad que tienen los jueces de la corte suprema (principalmente, aunque puede extenderse a todos los jueces del poder judicial) de inaplicar o invalidar un estatuto o ley, o de modificar sus efectos para que su aplicación sea conforme a los derechos fundamentales. La revisión se puede entender en distintos niveles. Tanto en el nivel de la revisión de la legislación secundaria solamente, como en el nivel más alto de la revisión de las reformas a constitución.

¹⁸ Ferrajoli, Luigi. "Los Derechos Fundamentales en la Teoría del Derecho", en Ferrajoli, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Madrid, España, Editorial Trotta, p. 189

mostrarán las implicaciones de los distintos tipos de revisión y sus distintos niveles.

Por su parte, el argumento que defiende al ideal democrático plantea también rasgos muy particulares que se pueden identificar bajo las siguientes premisas:¹⁹

- I. Cuando la rigidez constitucional es tan exigente que, en la práctica, su puesta en marcha es inviable, los jueces constitucionales tienen de facto *la última palabra sobre el contenido y el alcance de los derechos*.
- II. La decisión final sobre los derechos no significa, en realidad, *lo que decida la mayoría siempre que no vulnere derechos básicos*, sino en la práctica, *lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere lo que los jueces constitucionales entiendan que constituye el contenido de los derechos básicos*, y esto daña a la democracia al dejar a los jueces las decisiones que deben ser tomadas por todos los ciudadanos.
- III. Tanto la regla de la mayoría como el control de constitucionalidad son procedimientos para tomar decisiones colectivas y ambos procedimientos son falibles. Sin embargo, la regla de mayoría tiene una calidad moral o valor intrínseco mayor que el constitucionalismo no tiene: el respeto a la *igual capacidad de gobierno de las personas; la participación en términos de igualdad*.
- IV. La idea del *precompromiso* en la que se basa la justificación del constitucionalismo para que los derechos fundamentales sean inmodificables no es como tal aplicable a una sociedad cambiante.

Así, la postura que defiende a la democracia considera que ésta tiene un valor moral que el constitucionalismo no posee y por ello critica tanto la constitucionalización de principios como el papel de los jueces constitucionales. Esta postura rechaza el coto vedado y la restricción al poder reformador sobre la

¹⁹ Waldron, Jeremy. *Law and Disagreement*, United States of America, Clarendon Press – Oxford, 1999. Ver también en Bayón, Juan Carlos, *op. cit.*, Nota 10, pp. 69-79.

constitución.²⁰

El debate desde la perspectiva democrática se concentra en los puntos mencionados arriba, argumentando a favor de que la legitimidad de una decisión depende de la *forma* en que es adoptada, no de su contenido; mientras que el ideal de los derechos argumenta que es el contenido de la decisión (el *qué* cosa se decide) lo que mantiene el sistema en pie.²¹ También, el rechazo de la democracia a la revisión judicial sostiene que los jueces deben autorrestringirse; mientras que la constitucionalista cree que los jueces deben decidir sin contrapesos democráticos para salvaguardar los derechos fundamentales.²²

Así, unas de las preguntas más importantes, que dirigen el debate y que dividen las opiniones a favor de un ideal u otro son: ¿Hasta qué punto es legítimo y aceptable, en una democracia, someter al control judicial las decisiones aprobadas por el parlamento? Y ¿Cuál es el órgano que está legitimado para tomar las decisiones en última instancia?²³ La respuesta que se da depende de consideraciones de carácter muy distinto según el autor de que se trate, tal como se muestra en los siguientes apartados.

3. La Supremacía de la Constitución v. la Soberanía Popular: las teorías en torno a la democracia constitucional

El debate que se ha llevado desde el siglo pasado engrosa las filas de las distintas posiciones con exponentes de gran peso en todas ellas. En los dos polos están el ideal de los derechos y la constitución, por una parte, y el ideal moral de la igualdad y la participación política de la democracia, por el otro. También están quienes tienen una postura intermedia o moderada. En el primer grupo se encuentran teóricos como Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli, Robert Alexy, Hans

²⁰ Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.*, Nota 7, pp. 231-232.

²¹ *Ibidem*, p. 247.

²² Vázquez Cardozo, Rodolfo. "Justicia constitucional y democracia. La independencia judicial y el argumento contramayoritario", en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tribunales constitucionales y la consolidación de la democracia*, México, SCJN, 2007, pp. 208-209.

²³ Ferreres Comella, Víctor. "El Control Judicial de la Constitucionalidad de la Ley. El Problema de su Legitimidad Democrática", en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (Coords.), *El Canon Neoconstitucional*, México, Editorial Trotta-IJ-UNAM, 2010, p. 356.

Kelsen, Rodolfo Vázquez, Aharon Barak, entre otros. En el segundo, personajes como Jeremy Waldron y Alexander Bikel (en el ramo radical)²⁴ y Juan Carlos Bayón y Víctor Ferreres (en la postura moderada), entre otros.

En los siguientes dos apartados se exponen ideas más importantes de los autores más representativos que han participado en el debate. Este trabajo se hace cargo de que en este estudio no se analizan a todos los personajes involucrados en el debate. Esto atiende a los alcances limitados de esta investigación. No obstante, esto no afecta la riqueza académica de esta propuesta, ya que la intención de este trabajo es contrastar las ideas más importantes del debate y no a los exponentes como tales.

3.1 La defensa del constitucionalismo: de la esfera de lo indecible a los derechos en serio

Algunas de las ideas más importantes del constitucionalismo son, sin duda alguna, las que ofrece Luigi Ferrajoli. Su teoría de los derechos fundamentales se construye sobre una definición estructural. De manera formal, identifica dos elementos que van a ser fundamentales en su noción de derecho: la universalidad y la indisponibilidad. Ambos elementos impactan considerablemente su perspectiva constitucionalista.²⁵

La *universalidad* de los derechos intenta alcanzar la igualdad jurídica mediante la distribución de los derechos a todos los integrantes de un grupo particular. Como los derechos serán de *todos*, no es posible negociarlos ni alienarlos porque dejarían de ser de todos para ser sólo de *algunos*, y con ello dejarían de ser fundamentales. Si todos tenemos el derecho a acceder a ellos, entonces estos derechos, además de inalienables e innegociables, son también

²⁴ El término radical se da por la posición que se adopta frente al constitucionalismo y a la revisión judicial. Ya que estos autores rechazan por completo ambas ideas y oponen otras completamente opuestas, a diferencia de la postura moderada, que acepta algunos y rechaza otros (o matiza puntos de ambas ideas). No se utiliza como un término valorativo sino como un intento de delimitación conceptual. Bajo esta lógica, las ideas constitucionalistas son igualmente radicales frente a las del ideal democrático.

²⁵ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, Nota 14, pp. 20-21.

indisponibles, inviolables, intransmisibles y personalísimos.²⁶ Para Ferrajoli es claro que si los derechos son fundamentales por ser universales, si dejan de serlo dejarán también de ser fundamentales. Si las mayorías pudieran decidir sobre los derechos de *todos*, podrían negar algún derecho que fuera de todos y no sólo de los muchos, quitándole al derecho su carácter de universal y, por ende, su carácter de fundamental.

Dentro de todos los elementos, el de *indisponibilidad* juega un papel especial: si el titular de un derecho no puede disponer de él, ¿cómo el Estado sí podría? Si los sujetos de los derechos no pueden disponer de ellos, entonces mucho menos el Estado, por lo que cuando se dice que un derecho no depende de su titular se acepta también que los derechos mucho menos dependen de *una mayoría* de sus titulares.²⁷

Pero además, los derechos fundamentales son derechos *verticales* que implican una relación individuo-Estado que resulta en una serie de obligaciones y prohibiciones al Estado frente a los individuos y que es un aspecto de legitimidad estatal: cuando el Estado cumple con el individuo se legitima; pero cuando no lo hace, los derechos se usan para proteger al individuo invalidando la ley del Estado. En otras palabras, los derechos se convierten en la *dimensión sustancial de la democracia*.²⁸ Esta parte sustancial de la teoría de Ferrajoli se concibe como una esfera de protección individual, una *esfera de lo indecible*, que a partir de estos límites es expresada de la siguiente manera:²⁹

“De aquí la connotación *sustancial* impresa por los derechos fundamentales al Estado de derecho y a la democracia constitucional. En efecto, las normas que adscriben - más allá e incluso contra las voluntades contingentes de las mayorías- los derechos fundamentales: tanto los de *libertad* que imponen prohibiciones, como los *sociales* que imponen obligaciones al legislador, son *sustanciales*, precisamente por ser relativas no a la *forma* (al *quién* y al *cómo*) sino a la *sustancia* o *contenido* (al *qué*) de las decisiones (o sea, al *que* no es lícito decidir o no decidir). Resulta así desmentida la

²⁶ Ibidem, pp. 21, 30, 32.

²⁷ Ibidem, pp. 32-33.

²⁸ Ibidem, pp. 34-35.

²⁹ Ibidem, p. 36.

concepción corriente de la democracia como sistema político fundado en una serie de reglas que aseguran la omnipotencia de la mayoría. Si las reglas sobre la representación y sobre el principio de la mayoría son *formales* en orden a lo que es *decidible* por la mayoría, los derechos fundamentales circunscriben la que podemos llamar *esfera de lo indecidible*: de lo *no decidible que*, es decir, de las prohibiciones determinadas por los derechos de libertad, y de lo *no decidible que no*, es decir, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales.”

La esfera de lo indecidible actúa como el escudo protector que impide la toma de decisiones sobre el nivel de la *sustancia* de las decisiones políticas. El contenido sustancial debe seguirse para que la norma sea válida, porque si solamente se siguen las formalidades de procedimiento, la norma podrá ser *vigente*, pero siempre será *inválida*.

Es por eso que con la constitucionalización de los derechos fundamentales se logra una rigidez absoluta que además de inviolables, los vuelve el parámetro con el que se medirá la legitimidad y la validez de las leyes. Los resultados inmediatos en el sistema jurídico podrían resumirse así: de ahora en adelante, la soberanía popular y la regla de mayoría se *subordinan a lo que no es lícito decidir* y a *lo que no es lícito no decidir*.³⁰

La justificación para la *esfera de lo indecidible* se expresa a favor de que *todos* son titulares de los derechos, y que como tales, no es válida la idea de que algunos sufran algún menoscabo en estos derechos sólo porque una mayoría lo dispone, por lo que intentar sobreponer ideal moral de igualdad política sobre estos derechos es dar un valor inferior de todos los derechos fundamentales frente a uno superior de la igualdad política. Esto, al final, significaría sacrificar la igualdad jurídica en los demás derechos, por la igualdad política de la democracia procedimental.

Finalmente, la idea de los derechos de Ferrajoli tiene presente que el nuevo modelo revoluciona a los modelos anteriores y presenta características propias en un nivel teórico de la democracia. De hecho, estos nuevos rasgos son *rasgos*

³⁰ Ibidem, pp. 37-38.

fisiológicos de la democracia constitucional; son mérito del modelo y seña de su *sí mismo*. Es la naturaleza de este modelo la que trae implícita la afectación no sólo al derecho, sino a la idea misma de la democracia. Así:³¹

“El resultado es una alteración interna del modelo positivista clásico que, como se ha visto, ha afectado tanto al derecho como a los discursos sobre éste, es decir, a la jurisdicción y a la ciencia del derecho. En efecto, la estricta legalidad, precisamente porque condicionada por los vínculos de contenido que le imponen los derechos fundamentales, ha introducido una dimensión sustancial tanto en la teoría de la validez como en la teoría de la democracia, produciendo una disociación y una virtual divergencia entre validez y vigencia de las leyes, entre deber ser y ser del derecho, entre legitimidad sustancial y legitimidad formal de los sistemas políticos.”

La democracia deja de ser democracia meramente procedimental, para convertirse en democracia con derechos. Para que esta nueva concepción de la democracia no se desnaturalice, deben existir defensas para los derechos que funcionan como preconditiones de ésta, ya que sin ellos, el modelo colapsaría.

Esta democracia con derechos es una democracia conformada por cuatro dimensiones distintas (liberal, social, civil, política *–formal–*),³² y lo más importante es tener claro que bajo las premisas de Ferrajoli, estas dimensiones no aceptan que aquello que es fundamental deje de serlo por una toma de decisión de un número determinado de individuos, y que, es igual de inaceptable el argumento de que por ser una mayoría se puede tomar cualquier decisión, incluso una que llevara al suicidio de la democracia. En otras palabras, la democracia constitucional no puede permitir que ninguna de las dimensiones de la democracia anule al resto. Lo más que puede hacer, es limitarlas para que subsistan.

Una tesis similar que respalda la protección de estas condiciones de la democracia, es la elaborada por Rodolfo Vázquez, quien considera que para que los elementos sustanciales de la democracia se mantengan, se requiere de la

³¹ Ibidem, p. 55.

³² Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, Nota 18, p. 172.

revisión judicial para protegerlos.³³

Para esto, nos dice Vázquez, la independencia judicial tendrá un papel determinante en la protección del Estado democrático de derecho. Será el poder judicial, como factor de equilibrio, quien proteja el carácter sustantivo de las nuevas democracias y les permita su consolidación. La protección de los derechos fundamentales en general y de los derechos de las minorías requiere no sólo de la protección que da la rigidez de la constitución, sino también de un control de la constitucionalidad efectivo.³⁴

La tesis del poder judicial como órgano de salvaguarda de los derechos fundamentales no era desconocida tampoco para Ferrajoli. Ante la violación de una garantía negativa que obliga al Estado a no actuar, su modelo considera que para solucionar este problema debe haber una adecuada jurisdicción constitucional que anule las normas opuestas a la constitución a través de una corte constitucional. La corte funcionaría como la garantía secundaria para *anular las normas que violaran* los derechos fundamentales.³⁵

Por su parte, Aharon Barak argumenta a favor de la armonía y coherencia entre las distintas partes del sistema jurídico por lo que la ley debe interpretarse de manera consistente con este sistema. Si el sistema contiene *derechos humanos*, los jueces deben defenderlos de manera particular.³⁶ Cuando el sistema establece derechos fundamentales para los ciudadanos, se pueden y se deben anular las leyes que los lesionen. Si esto no es así, el sistema pierde coherencia y se desestructura.

Barak también comparte la idea de que la democracia no es solamente la supremacía legislativa y la regla de la mayoría. Su concepción de la democracia es de una de carácter multidimensional, que contempla a los derechos humanos como límites a la supremacía legislativa, mientras que la revisión judicial busca

³³ Vázquez Cardozo, Rodolfo, *op. cit.*, Nota 22, p. 213.

³⁴ *Ibidem*, pp. 205-209, 229.

³⁵ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, Nota 18, p. 189.

³⁶ Barak, Aharon. "Un juez reflexiona sobre su labor: El papel de un Tribunal Constitucional en una democracia", en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tribunales Constitucionales y Democracia*, México, SCJN, 2008, pp. 642-645.

incrementar la protección a la democracia y a los derechos fundamentales y no, como se podría argumentar, el poder del tribunal constitucional mismo.³⁷

Para Barak, los casos atroces no se deben hacer menos. No se debe aceptar la idea de que casos como la esclavitud o la supresión de derechos no volverá a pasar (que *“no puede suceder”*). En la realidad todo puede suceder: *“si la democracia se pervirtió y destruyó la Alemania de Kant, Beethoven y Goethe, puede suceder lo mismo en cualquier parte. Si no protegemos a la democracia, la democracia no nos protegerá”*.³⁸ Por ello los jueces deben proteger y sostener los derechos de la sociedad democrática como *guardianes últimos* de estos. Así no se trata de sostener derechos ilimitados, sino de tener en cuenta que los límites a los derechos (pensados como límites) también encuentran límites y que el papel de los jueces es mantener, entonces, ambos límites.³⁹ Como la democracia no es simplemente la regla de la mayoría, sino una idea que abarca a los derechos, la existencia de un poder revisor de la constitucionalidad no es antidemocrática, sino complementaria al sistema mismo; los derechos, más bien, son requisito para que la democracia exista.

El intento de coherencia y de balance sigue siendo claro a lo largo de la propuesta de Barak, ya que también considera que ninguno de los poderes constituidos es supremo en realidad, sino que lo único que tiene este carácter es la constitución, por lo que el poder legislativo debe acatar ciertos límites y el poder judicial proteger a éstos. Al final, la elección en el diseño democrático-constitucional no es entre los deseos del pueblo y los deseos del juez, sino *entre dos niveles distintos de deseos del pueblo*.⁴⁰ Así puede observarse que la idea de los derechos dentro de la constitución, al menos dentro de esta óptica, implica la necesidad de un órgano que lleve a cabo la revisión judicial para proteger el contenido de la constitución, tanto a los derechos fundamentales, como la estructura interna de la misma.

Otro exponente de esta idea es Hans Kelsen, quien considera que la única

³⁷ Ibidem, pp. 644-648.

³⁸ Ibidem, p. 644.

³⁹ Ibidem, pp. 652-655.

⁴⁰ Ibidem, pp. 664-665.

manera en que la constitución está garantizada verdaderamente es cuando *la anulación de los actos inconstitucionales es posible*, y para esto se debe buscar una garantía eficaz. Entonces, surge la pregunta de ¿cuál es el órgano que debe realizar esta función? A lo que Kelsen responde que “*es un órgano diferente a él (parlamento), independiente a él y, por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales – esto es, a una jurisdicción o tribunal constitucional-*”.⁴¹

Kelsen reconoce la tensión entre la *Soberanía del Parlamento* y el control de la constitucionalidad, pero cree que la soberanía no es un atributo de un órgano en particular, sino que pertenece a todo el ordenamiento jurídico. Entonces, la opción de permitir un poder con de la soberanía legislativa sin control “*es simplemente para disimular el deseo del poder público, expresado en el órgano legislativo, de no dejarse limitar –en contradicción patente con el derecho positivo- por las normas de la Constitución-*”.⁴²

Lo que es cierto es que la toma de postura sobre la revisión judicial está determinada por el tipo de constitución que se acepte. Constituciones con derechos implican una estructura y una configuración distinta a las constituciones sin derechos. Así, los matices de aceptar o negar las facultades de revisión del poder judicial, depende mucho de si se trata de una norma fundamental con una carta de derechos o una que no la tiene.

Por eso dependiendo de la concepción de la constitución vamos a encontrar normas que regulan no sólo la creación (*procedimiento*), sino también, *el contenido de las leyes*. Por ejemplo las constituciones que contienen un catálogo de derechos fundamentales, en las que se establecen principios, direcciones y límites, para el *contenido* de las leyes futuras.⁴³ La constitución material contiene también una regla de fondo que produce la inconstitucionalidad material cuando la ley contraviene los principios o direcciones constitucionalmente establecidos.⁴⁴

El resultado de una constitución así, siguiendo la línea argumentativa de los

⁴¹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, Nota 11, pp. 51-52.

⁴² *Ibidem*, p. 53.

⁴³ *Ibidem*, p. 22.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 23-24.

autores anteriormente expuestos, es que estos derechos, implican que las leyes deben ser elaboradas respetando el alcance de los derechos. Seguir el procedimiento de creación de leyes es sólo la primera parte. Así como donde se concibe una constitución meramente formal, es necesaria la existencia de un órgano que garantice el cumplimiento de la constitución, del mismo modo donde se concibe una constitución material, se requiere el mismo Tribunal Constitucional para revisar tanto la regularidad formal como la regularidad material de los actos del legislador, ya que una constitución que permita la existencia de leyes contrarias a sí misma es, desde un punto de vista estrictamente jurídico, *un deseo sin fuerza obligatoria*.

Sin embargo, es indispensable destacar un apunte que Kelsen hace sobre las limitaciones al legislador por el nivel sustantivo y no meramente formal, que puede resultar en que al analizar las leyes con principios indeterminados y abstractos en la constitución, tales como el principio de la justicia, es posible que “*el poder del tribunal sería tal que devendría insoportable*”. Al hacer esta reflexión Kelsen reconoce el peligro de usar palabras tan imprecisas y equívocas como *justicia*, por lo que el uso de principios debe hacerse de la manera más precisa posible, o simplemente no hacerse uso de ellos.⁴⁵

El debate sobre el papel de los principios en la constitución y el riesgo de estos frente a la voluntad del legislador a través de la interpretación, es justificado también por Robert Alexy, con el modelo mixto de reglas-principios que sirve como eje de su teoría de fundamentación de los derechos fundamentales en la constitución.⁴⁶

Además, dentro de su teoría también encontramos la idea de los límites a la competencia del Estado cuando considera a los derechos como *normas negativas de competencia*, que sitúan al titular del derecho fundamental en una situación de *no-sujeción*. Esto significa, en otras palabras, el derecho a que el Estado no intervenga en el ámbito de libertad de los individuos establecido por el derecho

⁴⁵ Ibidem, pp. 81-82.

⁴⁶ Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 171-172.

fundamental.⁴⁷ Esta misma idea se encuentra cuando considera que el ciudadano tiene frente al Estado una *posición jurídica*, que implica que el Estado no debe eliminar la posición jurídica en que se encuentra el individuo frente a él. Es decir, un derecho a que el Estado no derogue determinadas normas.⁴⁸

El ideal de los derechos compartido por Alexy se puede encontrar en otras partes de su teoría,⁴⁹ como cuando dice que la legislación ordinaria tiene límites naturales frente a algunos contenidos *iusfundamentalmente imposibles* y otros *iusfundamentalmente necesarios*. La constitución que piensa Alexy es sin duda una constitución materialmente determinada por los derechos fundamentales. De aquí que la tensión entre la revisión de los jueces y los legisladores se expone como un problema de asignación de competencias que será resuelto, no a través de la autolimitación del Tribunal Constitucional (*judicial self-restraint*), opción que descarta de inmediato, sino con una solución diferenciada.

Esta solución establece que como los derechos tienen el carácter de derechos del particular frente al legislador, son en realidad *posiciones* que fundamentan ciertos deberes al legislador y que limitan su competencia. Del mismo modo, cuando estos límites son sobre pasados por el legislador, el Tribunal Constitucional debe intervenir para garantizar los derechos del individuo. No se trata de una *toma anticonstitucional de competencias legislativas*, sino de seguir aquello que le está *ordenado* por la constitución.⁵⁰ La existencia de los derechos fundamentales es la justificación necesaria y suficiente para la garantía de los mismos por un Tribunal Constitucional. Es la protección de los primeros la que valida la actuación del segundo.

Esta relación determinante es expresada, al concluir, de la siguiente manera: ... *“siempre que puede fundamentarse con suficiente seguridad de que existe un derecho subjetivo del individuo frente al legislador, tienen que pasar a segundo plano las razones que hablan en contra de una competencia del control del Tribunal. La competencia de control del Tribunal depende, pues, siempre*

⁴⁷ Ibidem, pp. 239-240.

⁴⁸ Ibidem, p. 190.

⁴⁹ Ibidem, pp. 262, 263, 273. 525.

⁵⁰ Ibidem, p. 527.

esencialmente de la seguridad con la que pueda fundamentarse la existencia de una posición iusfundamental."⁵¹

De esta manera en la que Robert Alexy establece su teoría parte del ideal de los derechos. Su perspectiva de fundamentación racional y la estructura lógica reflejan las premisas constitucionalistas fundamentales que defienden este ideal.

Con bases muy distintas a las de Alexy, Ronald Dworkin también defiende el ideal de los derechos bajo la premisa de *tomarse los derechos en serio*, a partir de su teoría moral, para justificar a los derechos como límites impuestos a las mayorías y la intervención de una corte que se encargue de protegerlos y de vigilar que no sean lesionados o eliminados. Los derechos, nos dice Dworkin, existen *frente* al Estado de forma anterior a los derechos creados por la legislación explícita. De aquí su frase:⁵²

"Individual rights are political trumps held by individuals. Individuals have rights when, for some reason, a collective goal is not a sufficient justification for denying them what they wish, as individuals, to have or to do, or not a sufficient justification for imposing some loss or injury upon them."

La teoría de Dworkin se fundamenta en argumentos de justicia y argumentos de moral, rechazando argumentos utilitarios o que intenten justificarse por bienes colectivos. Por esta razón, una de sus tesis es que los jueces no deben resolver los casos con argumentos de política, sino con argumentos de principio que justifiquen porqué una decisión política respeta o asegura el derecho de algún grupo o individuo.⁵³

Cuando contrasta su teoría frente al argumento contramayoritario, reconoce que los jueces carecen de legitimidad democrática al no ser electos por esta vía y que también es cierto el hecho de que no son responsables frente al electorado, pero considera que no había razón de esto. La petición de Dworkin sería que nos

⁵¹ Ibidem, p. 529.

⁵² Dworkin, Ronald, *op. cit.*, Nota 16, p. xi.

⁵³ Ibidem, pp. 82-84.

preguntáramos ¿por qué los jueces tendrían que tener esto? y responde que los jueces no resuelven sobre cuestiones pertenecientes al ámbito de la política, sino a casos sobre derechos. Estando aislados de las demandas de la mayoría están en mejor posición para hacer su trabajo y decidir correctamente.⁵⁴

El carácter moral su propuesta habla de un tipo de derechos que no se encuentran positivizados, pero pueden ser alegados bajo argumentos de justicia (*background rights*), porque reclaman la existencia de derechos de manera distinta a la de la perspectiva positivista. Estos derechos pertenecen a todos por la característica de humanidad que todas las sociedades y sus individuos poseen, y por ello pueden hacerse valer.⁵⁵

Los jueces, por lo tanto, deben decidir teniendo en cuenta el compromiso de proteger los derechos de los individuos y de resolver de acuerdo a la moralidad constitucional de la comunidad, independientemente de lo impopular que la decisión pueda parecer frente a una mayoría.⁵⁶ Pero para hacer esto tendría que responderse primero ¿cuál es el marco de referencia para determinar la moralidad de la comunidad y los derechos? La respuesta está en el contenido de la constitución, no en la mera opinión de las mayorías. Si el juez considera que la opinión popular se equivoca, *no puede decidir los derechos de las partes como si fuera simplemente un agente de la mayoría, subordinando la decisión legal al arbitrio de la opinión pública.*⁵⁷

El objetivo es poner por encima el valor moral de los derechos de los ciudadanos para protegerlos frente a las decisiones que pudieran ser tomadas por cualquier mayoría, que basándose en la opinión de los muchos pudieran lesionar a los derechos de todos (persiguiendo un bien colectivo o no). Al final, el diseño constitucional debe apelar a los derechos morales y no a la voluntad mayoritaria.

Por ello la justificación de los límites a los poderes, la obligación de respetar los derechos y la posibilidad de la revisión judicial no se quedan en la simple voluntad del legislador, sino que la trascienden por los bienes morales que

⁵⁴ Ibidem, p. 85.

⁵⁵ Ibidem, p. 106.

⁵⁶ Ibidem, p. 126.

⁵⁷ Ibidem, p. 129.

protegen,⁵⁸ y por ello ante la opción de la autolimitación judicial (*judicial restraint*) y el activismo judicial (*judicial activism*), Dworkin se decide por el segundo. Como él considera que aceptar la objeción democrática sería igual que reconocer que *los hombres no tienen derechos frente a la mayoría*, la limitación no tendría sustento moral alguno, a menos que se estuviera dispuesto a negar la dimensión moral de los derechos.⁵⁹

Dworkin critica la idea de que en una democracia deban ser las autoridades que son responsables frente al electorado quienes discutan y decidan sobre los asuntos de moral y teoría política. No es cierto, nos dice, que las decisiones sobre los derechos *frente* a la mayoría, sean asuntos que por justicia deban dejarse a cargo de la mayoría. La concepción constitucionalista, buena o mala en sí misma, como teoría que restringe a la mayoría para proteger estos derechos, hace inconsistente e injusto que sea la mayoría quien juzgue en su propia causa. Los principios de justicia actúan en contra del argumento democrático.⁶⁰

Esto es porque no parece justo que los individuos que se suponen limitados por los derechos, puedan decidir sin restricción (unilateralmente) sobre ellos. Si las mayorías legislativas, que tienen una obligación y un vínculo frente a *todos* los individuos, incluidos aquellos que pertenecen a las minorías, pueden decidir frente a estos sabiéndose jueces y parte, la obligación y vínculo se disuelven en la realidad. Cuando el argumento democrático pide que sean las mayorías quienes determinen que fue legal lo que decidieron hacer a costa, incluso, de los derechos que supuestamente los limitan, se puede ver el problema de la desaparición de los derechos como límites y obligaciones reales.

Por estas razones, ser juez en causa propia, dejando de lado el carácter diferenciado entre las controversias de los derechos morales de los individuos como casos diferentes al resto de las disputas políticas, en la perspectiva de Dworkin, no parece justo.⁶¹ Tener derechos morales frente al Estado, significa que debe existir un diseño que asegure su protección en todos los casos y no que

⁵⁸ Ibidem, p. 133.

⁵⁹ Ibidem, p. 139-140.

⁶⁰ Ibidem, p. 142.

⁶¹ Ibidem, p. 143.

éstos (como propone el argumento de la democracia formal), se supediten al arbitrio de la mayoría. Cuando la regla de mayoría permite retirar la protección de ciertos derechos a ciertos grupos por la mera opinión pública bajo argumentos políticos justificados en bienes colectivos, el argumento moral de tomar los derechos en serio por su valor no puede aceptar su negación bajo argumentos mayoritarios.

El significado moral de los derechos es que son demandas que requieren que la sociedad establezca instituciones (que tal vez no se acoplen a ellos de manera cómoda) en las que el individuo tiene derecho a la protección frente a la mayoría aún a costa del interés general, acomodando en cierta medida a la mayoría frente a las minorías para preservar el orden. La petición de un derecho presupone un argumento moral y no puede ser establecida de otra manera. Este ideal tiene una propuesta de progreso moral (aún con lo difícil de decidir dónde se encuentra el progreso moral) que dice que aquellos que gobiernan no pueden eximirse de la responsabilidad de enfrentar esa propuesta o de intentar esa persuasión.⁶² Por eso, cuando su teoría moral, a través de la constitución, transforma los derechos morales en derechos individuales oponibles frente al gobierno, el gobierno no dispone de ellos aún cuando éstos representen el costo que sea.⁶³

Al final, la idea de los derechos morales de los individuos es que son así, *individuales*, no son derechos *de mayoría* porque si esto fuera así perderían su carácter de derechos *frente* al Estado y se convertirían en una especie de derechos *para* las mayorías. No es erróneo pensar que son derechos *a costa de* la mayoría ni aceptar que existe sacrificio en utilidad al pensarlos de esta manera, pero sólo de esta manera todos los individuos tienen la protección moral de los derechos, sea que el individuo pertenezca a la mayoría o no. Todos tienen los derechos, los muchos y los pocos. Por ello, los muchos no pueden disponer de los mismos.

Finalmente, Dworkin defiende dos ideas que fundamentan el ideal de los

⁶² Ibidem, p. 147.

⁶³ Ibidem, pp. 190-191.

derechos y que, *cualquiera que profese tomar los derechos en serio*, debe tener en cuenta. La primera es que se debe aceptar la vaga pero poderosa idea de la dignidad humana, bajo la cual existen formas de tratar a un hombre que son inconsistentes con reconocerle como un miembro de la comunidad humana y que sostiene que tal tratamiento es profundamente injusto. La segunda, relacionada con la idea de la igualdad política, es que el miembro más débil de una comunidad política tiene derecho a la misma preocupación y respeto de su gobierno, de la misma manera que lo tienen los miembros más poderosos para sí mismos. Por esto, su tesis central de la dignidad se puede encontrar concentrada en la siguiente idea:⁶⁴

“So if rights make sense at all, then the invasion of a relatively important right must be a very serious matter. It means treating a man as less than a man, or as less worthy of concern than other men. The institution of rights rests on the conviction that this is a grave injustice, and that it is worth paying the incremental cost in social policy or efficiency that is necessary to prevent it.”

3.2 La defensa de la democracia: de la reivindicación del derecho de participación política a la apuesta por la política al constitucionalismo débil

Dos de los exponentes más fuertes del ideal democrático, en su vertiente radical, son sin duda Alexander Bickel y Jeremy Waldron.

La propuesta de Bickel tiene como tesis centrales las tres siguientes, que actuaron como las primeras objeciones relevantes al constitucionalismo y que se plantean de esta manera:⁶⁵

1) Una de las ideas principales es que los gobiernos difícilmente pueden gobernar en la vida real a través de principios, porque éstos tienen límites en el nivel de complicación que pueden alcanzar, y que la organización social es mucho

⁶⁴ Ibidem, pp. 198-199.

⁶⁵ Bickel, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Heaven, Yale University Press, 1962, pp. 16 y ss.

más compleja. En otras palabras, aún cuando las instituciones democráticas pudieran ser más aptas para alcanzar resultados moralmente aceptables, el hecho es que éstas trabajan sin principios.

2) Precisamente porque las instituciones democráticas tienen estas características, es un error que los jueces limiten sus decisiones, porque de cualquier manera en que esta limitación se haga, la democracia termina dañada porque son los jueces y no los representantes quienes deciden al final. Con el constitucionalismo, la democracia deja de ser primera, y se somete a la primacía constitucional, resultando gravemente lesionada. El único rol que los jueces deberían tener sería el de intervenir para respaldar y favorecer al gobierno.

3) Los jueces no tienen legitimidad para llevar a cabo la revisión judicial. No son ni políticamente responsables ni democráticamente electos como para poder limitar las decisiones del órgano que sí lo es. Es el carácter moral de la creación de los derechos a través del procedimiento democrático el que da el contenido moral a los demás derechos, por eso cualquier limitación debe ser negada. En pocas palabras, por este valor del procedimiento democrático, los derechos deben ser determinados a través del proceso político, sin *ser amenazados por la intrusión artificial y racional de las cortes*.

La tesis de Bickel apoya el carácter idóneo de las decisiones políticas para resolver sobre los derechos de los individuos. El carácter moral de los derechos no existe como tal y no es determinante. En cambio, el funcionamiento correcto y la no intromisión en la esfera democrática es fundamental. El valor procedimental de la regla de mayoría y la política están por encima de los derechos, por ser este el que los determina en última instancia.

El otro autor importante (si no el más importante por la coherencia y profundidad de sus argumentos) es Jeremy Waldron. En su obra principal "*Law and Disagreement*", Waldron se encarga de responder a la idea constitucionalista de Dworkin en particular, y al constitucionalismo fuerte (procedimiento agravado de reforma constitucional y revisión judicial) en general, aun cuando el

establecimiento y continuación de su teoría se encuentra en otras obras tanto de antes y después de su obra principal.⁶⁶

Su respuesta a la revisión judicial y su crítica al constitucionalismo desde la óptica de la democracia es sin duda la objeción contemporánea más importante desde la postura radical, por lo que es importante dedicar un espacio adecuado para establecer sus puntos principales para tener los elementos suficientes para que las posturas opuestas entren en contacto.

Para comprender su teoría es necesario establecer dos directrices fundamentales que se encuentran a lo largo de la exposición de sus ideas y sus argumentos. La primera es que su crítica al constitucionalismo y a la revisión judicial parte y se cimienta en los derechos fundamentales. Aún cuando parte considerable de su objeción usa una argumentación desde los procedimientos, nunca se aleja de la idea de la protección de los derechos y de su valor fundamental. La segunda es que su teoría está pensada para una sociedad que cumple con ciertas condiciones necesarias a las que aplican sus argumentos. Las sociedades que no las cumplen salen de su análisis y debate principal, aunque considera que sus argumentos pueden ser aplicados al resto de las sociedades en general.

Antes de explicar sus ideas fundamentales es primordial entender el papel de las dos directrices dentro de sus argumentos, ya que si se critica su posición procedimental sin tomar éstas en cuenta, el valor de sus ideas puede ser pasado de largo y minimizado frente a las críticas fundamentadas que razonablemente pueden oponerse a sus argumentos.⁶⁷

Cuando Waldron explica que su teoría se opone a las que se fundamentan en el ideal de los derechos y de su protección a través de procedimientos

⁶⁶ Waldron, Jeremy. *Law and Disagreement*, op. cit., Nota 19. Ver también las siguientes obras del mismo autor: "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 13, No. 1, Spring 1993, pp. 18-51; "Freeman's Defense of Judicial Review", *Law and Philosophy*, Vol. 13, No. 1, February 1994, pp. 27-41; "The Core of the Case Against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, Vol. 115, No. 6, April 2006, pp. 1346-1406.

⁶⁷ Autores como Carlos Bayón y Víctor Ferreres, se concentran en la crítica frente a la propuesta procedimentalista de su teoría, sin prestar considerable atención a estas dos directrices, con el riesgo real de minimizar los argumentos fuertes que se relacionan directamente con ellas.

judiciales, una de sus primeras observaciones es que una crítica así debe tomarse en serio *solamente* si se fundamenta también desde la idea de los derechos individuales. En realidad él cree que los derechos no son antagónicos a la democracia sino precondition de ella (en su teoría, el derecho de participación política es el que cumple esta función).⁶⁸ Esta es la primera directriz que sirve como hilo conductor a lo largo de toda su teoría.

La segunda directriz muestra que su teoría no pretende, al menos en primera instancia, aplicación general a todas las situaciones ni a todas las sociedades. Hay cuatro condiciones que se toman como dadas en su teoría para que sus argumentos se sostengan. Las condiciones necesarias requieren que la sociedad debe contar con:⁶⁹

1) Instituciones democráticas en un orden jurídico-político que funciona razonablemente bien, incluyendo una legislatura representativa electa sobre las bases del sufragio adulto universal.

2) Un conjunto de instituciones judiciales, también dentro del orden razonablemente bueno, electas en bases no representativas, establecidas para escuchar las demandas individuales, solucionar disputas y mantener el Estado de derecho.

3) Un compromiso serio por parte de la mayoría de los miembros de la sociedad y de la mayoría de sus oficiales con los derechos individuales y los derechos de las minorías.

4) Un estado de desacuerdo de buena fe, persistente y sustancial entre los miembros de la sociedad que se comprometen con el ideal de los derechos.

Si estas condiciones no se cumplen, la teoría de Waldron pierde fuerza. Como condiciones necesarias deben estar presentes para que los argumentos funcionen. Todos los casos en los que estas condiciones no estén presentes son casos anómalos o “*casos no clave*” para los que no funcionan. En realidad, su

⁶⁸ Waldron, Jeremy, *op. cit.*, Nota 19, pp. 282.284.

⁶⁹ Waldron, Jeremy. *The Core Case*, *op. cit.*, Nota 66, p. 1360.

teoría está pensada principalmente para sociedades como Reino Unido, Nueva Zelanda y Estados Unidos de América.

Cuando él reconoce que sus argumentos no aplican de la misma manera a sociedades anómalas, reconoce también que estos países con patologías legislativas o problemas estructurales relacionados con temas como el sexo, la raza o la religión, pueden necesitar el procedimiento de revisión judicial para proteger a los individuos, aunque fuera de estos casos, el control de los jueces no se sostenga.⁷⁰

Una vez que entendemos las dos directrices, es posible estudiar las dos ideas principales que opone al constitucionalismo con las que considera que el argumento de la protección de los derechos a través de requisitos de mayorías especiales (procedimiento agravado de reforma) y de revisión judicial no se sostiene por sí mismo. La primera idea es sobre la calidad moral de todos los individuos, la segunda es la idea del desacuerdo natural en las sociedades democráticas.

Waldron cree que el ideal moral de los derechos se protege en todas las teorías de los derechos que dan un carácter moral especial a los individuos y lo considera fundamental, pero explica que también su concepción de los derechos da esta calidad y considera a los individuos como agentes pensantes, con capacidad de deliberar moralmente, de observar las cosas desde distintas panorámicas y de ir más allá de sus intereses personales o de grupo; que cuando una teoría atribuye los derechos a las personas, lo hace porque se da un acto de fe en la capacidad de pensamiento y esencia moral de los individuos involucrados.⁷¹

La sociedad waldroniana *se toma los derechos en serio*, es consciente y considera las perspectivas de los demás al tener claro el estado general que guardan los derechos.⁷² Estas características morales tienen una importancia esencial en su argumentación, ya que su teoría explica que la idea de limitar o

⁷⁰ Ibidem, pp. 1351-1352.

⁷¹ Waldron, Jeremy, *op. cit.*, Nota 19, p. 250.

⁷² Waldron, Jeremy, *The Core, op. cit.*, Nota 66, p. 1365.

ignorar las decisiones de las personas que toman *sus derechos en serio* es contraria al carácter moral de ellos mismos.⁷³

Cuando los teóricos de los derechos individuales construyen sus teorías, no lo hacen concibiendo a una sociedad como una cuyos miembros son *predadores, envidiosos e irresponsables*. Del mismo modo, la idea de la democracia de Waldron no los concibe así ni cree que la democracia es meramente la regla procedimental de la mayoría ilimitada.⁷⁴

Su idea de la calidad moral implica que las reglas de decisión no se utilizan mecánicamente ni que sus operadores se preocupan solamente por satisfacer sus intereses, sino que estas reglas operan de acuerdo a la naturaleza moral de quienes toman las decisiones. Con esta cualidad, proteger los derechos con los jueces pierde sentido porque los peligros que lo justificarían no existen en realidad por la naturaleza moral de los individuos que constituyen la sociedad. Esta idea se complementa por su segunda idea sobre el desacuerdo, que considera que las personas disienten en general, de manera natural y de buena fe.

Las personas no son capaces de estar de acuerdo en todas las cosas, ni mucho menos en los temas relacionados con los derechos. Los niveles de desacuerdo son múltiples: las personas no están de acuerdo en el nivel conceptual formal de "*derecho*", pero tampoco en el nivel sustantivo de "*cuáles son los derechos*", ni de "*para qué son*" y mucho menos de la base en la que se colocan (la naturaleza de la justicia que está detrás). Pero tampoco es probable, en un nivel de aplicación (como en casos de permisión del aborto o de la portación de armas o de los derechos de las minorías), que se logre evadir la realidad del desacuerdo.⁷⁵

Pero este hecho natural, de que aún las personas que racionalmente

⁷³ Waldron, Jeremy, *op. cit.*, Nota 19, p. 251. Un mecanismo de desconfianza en las decisiones de los individuos por considerarlos egoístas, irracionales o desinteresados en los derechos es incompatible con la calidad moral que dan tanto la teoría de Waldron como las teorías de derechos fundamentales. No es consistente limitarlos justificándose en esas premisas cuando éstas no aplican a esa idea de individuos.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 282.

⁷⁵ Waldron, Jeremy, *op. cit.*, Nota 19, pp. 11-12; Waldron, Jeremy, *The Core*, *op. cit.*, Nota 66, p. 1367.

podieran considerarse más capaces disientan, no convierte a los hombres en depredadores egoístas ni en utilitaristas desinteresados. Cuando se dice que se debe encontrar la respuesta “correcta”, muchos argumentos sólidos sobre lo que *cada persona* considera es la respuesta correcta pueden darse y decir que en el tema de los derechos la respuesta es auto-evidente es un error, a menos que se creyera que ésta está más allá del desacuerdo (y esto no es verdad).⁷⁶

¿Es válido pensar que si alguien no está de acuerdo conmigo es porque tiene amencia, idiotismo o porque es un opresor egoísta que busca aprovecharse de la situación? ¿es porque está ciega o no es capaz de ver *la verdad* (*mi* verdad) por un defecto de racionalidad intrínseco? O por el contrario, ¿debemos pensar que cuando una decisión es en verdad importante, la respuesta puede ser complicada y que distintos puntos de vista pueden presentarse de manera legítima y de buena fe? Waldron cree que la segunda opción es la correcta y continúa esta idea diciendo que:⁷⁷

“I need hardly add that most of those who disagree about rights in any of these three ways do so in good faith. It is not a case of there being some of us who are in possession of *the truth* about rights – a truth which our opponents willfully or irrationally fail to acknowledge because they are blinded by ignorance, prejudice or interest. The issues that rights implicate are much too complicated to permit or require that sort of explanation. They are simply hard questions – matters on which reasonable people differ. They are *important* questions, to be sure, and people are properly ferocious and indignant in defense of the answers they take to be correct. But it is a mistake to think that the more important the question, the more straightforward or obvious the answer.”

Nosotros, naturalmente, diferimos sobre distintos temas. En especial cuando se trata de temas tan complejos e importantes como el de los derechos fundamentales. En sociedades tan heterogéneas como las actuales, este hecho debe considerarse la regla, no la excepción.

Las dos ideas se ligan para exponer el siguiente argumento: con la idea de

⁷⁶ Waldron, Jeremy, *op. cit.*, Nota 19, pp. 12; Waldron, Jeremy, *The Core*, *op. cit.*, Nota 66, p. 1368.

⁷⁷ Waldron, Jeremy, *op. cit.*, Nota 19, pp. 12.

la calidad moral y el respeto por los derechos como base, existe un derecho que es más importante que el resto: el derecho de participación política. No es más importante por sí mismo o por tener una calidad moral más importante que los otros derechos, sino porque en un contexto de desacuerdo de los sujetos de derechos, es particularmente adecuado para el funcionamiento de la sociedad.⁷⁸

Para la democracia de Waldron este derecho va en el centro como un derecho de inclusión que permite a los individuos intervenir en el gobierno de la misma manera (con la misma voz y voto) que el resto de los que participan en la democracia. Cuando las decisiones de gobierno afectan millones de vidas (incluida la de quien participa), la igual representación y la no arbitrariedad son fundamentales.⁷⁹ La participación pesa por sí misma porque su peso es igual a lo que está en juego a través de ella: los fines del procedimiento democrático y de la creación del derecho fortalecen a este derecho por su importancia propia (objetivos sociales, limitaciones, políticas públicas, derechos y obligaciones).⁸⁰

Si los derechos se toman en serio; si este derecho es tomado en serio, entonces la idea de limitarlo es incompatible con la democracia. Si las personas pueden valorar los intereses de los demás y los costes que éstos pueden sufrir, quienes tomen las decisiones en la instancia final deben ser esas las personas cuyos intereses están involucrados y no alguien más. Por eso Waldron no pierde esto de vista cuando contesta las tesis principales en las que el constitucionalismo fuerte se sustenta. Su objeción se conduce a partir de tres ideas principales: la del error del precompromiso,⁸¹ la de la inconveniencia del procedimiento de revisión judicial sobre los derechos fundamentales y la de la apuesta por la política.

⁷⁸ Ibidem, p. 232.

⁷⁹ Ibidem, pp. 235-239.

⁸⁰ Ibidem, pp. 239.

⁸¹ El precompromiso significa es la acción que el individuo, al conocer la posibilidad de realizar ciertas conductas que le afecten o causen daño en un momento futuro, decide *ex ante* realizar actos que le imposibiliten hacer esas conductas después. El ejemplo clásico de la teoría es el establecido por John Elster: Ulises pide a su tripulación que lo aten al mástil de su barco para no lanzarse al mar cuando escuchara el canto de las sirenas. Al hacerlo, se aseguraba de evitar el resultado temido ante la debilidad de su voluntad (Elster, John. *Ulises y las Sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, 2ª reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 66). Esta idea implica que el sujeto remueve por completo la posibilidad de decidir acerca de algo que sí podría decidir, por el riesgo de decidir en contra de su propio bien.

La idea del precompromiso colisiona con la idea de la pluralidad y el desacuerdo de las sociedades, porque impone la asimilación de la sociedad con la idea individual y la solidificación de *una* opinión frente a las otras de manera definitiva. Con este resultado, se elimina la realidad del desacuerdo y se crea una realidad en la que sólo una de las opiniones vale y, además, no puede ser modificada.⁸² Aceptar esta posibilidad es decir que la idea que se plasmó en la carta de derechos originaria es la única correcta; pero además, que es imposible cambiar de opinión y estar en desacuerdo con las decisiones a las que se comprometió la sociedad, y para que esto fuera posible debería haber un acuerdo general entre todas las personas sobre esas cosas en las que se van a comprometer (en todos los niveles, desde lo conceptual hasta la aplicación práctica de éstos) frente a lo indeterminado del futuro. Esto, bajo la lógica del desacuerdo, no es posible.⁸³

Pero además, Waldron nos pide preguntarnos si es correcto aceptar la idea de que: *“el precompromiso se lleva a cabo en momentos de certeza y de lucidez sobre las acciones y los momentos que en el futuro podrán no tener estas condiciones. El momento constitutivo de la toma de decisión es la sociedad sobria, los momentos siguientes decidirá la sociedad ebria”*. ¿Fueron nuestros antepasados más aptos para decidir nosotros? ¿Su lucidez les permitió evitar el desacuerdo y decidir con *la* verdad?

Para él esta idea es incorrecta simplemente porque una sociedad, aún en sus momentos de mayor lucidez, disiente sobre el tema de los derechos (en todos sus niveles), y esto, no es resultado de la irracionalidad de la sociedad, sino de la dificultad de la materia sobre la que se decide.⁸⁴ Pensar así niega la autonomía primero por rechazar la idea de que *todo lo que se estableció como atadura en un momento puede deshacerse después*. El derecho de la autonomía del pueblo permite que aquello que fue constitucionalmente hecho, pueda ser deshecho de alguna manera. Cuando pensamos en una sociedad, en realidad es muy

⁸² Waldron, Jeremy, *Freeman's Defense*, op. cit., Nota 66, p. 38.

⁸³ Ibidem, p. 39.

⁸⁴ Ibidem, p. 37; Waldron, Jeremy, op. cit., Nota 19, p. 268.

complicado asimilarla a un individuo porque la autonomía de los individuos se trata de hacer uno; pero es peor cuando se deja la función de determinar los límites a otras personas, como los jueces, porque la idea democrática de la posibilidad igual de decidir sobre las bases de la autonomía y la participación se pierde por completo.⁸⁵

Con el tiempo, las circunstancias que afectan a una sociedad cambiarán, y es lógico que las sociedades puedan cambiar de opinión, sin que esto signifique que violen derechos, sino simplemente una perspectiva distinta entre las muchas posibles. Cuando una decisión tomada con décadas (en el mejor de los casos, pudiendo ser siglos) de anticipación sigue limitando y vinculando a una sociedad que busca decidir diferente por el cambio de circunstancias, y cuando quien soluciona este desacuerdo del presente con el pasado es otro ente distinto a aquellos que disienten, toda idea de autonomía y de participación queda atrapada en la voluntad pasada de los otros, en el tiempo pasado de los que ya no están.⁸⁶

Al final lo que intenta explicar es que no hay razones compatibles con los derechos de autonomía y de participación que aseguren que una decisión que se toma antes vaya a ser ni más racional, ni más razonable, ni más justa que las de las generaciones futuras. Debe tomarse en serio la sensatez del desacuerdo y de la deliberación democrática en la sociedad y también debe permitirse a cada generación tomar las decisiones que fortalezcan a los derechos fundamentales bajo su momento histórico, circunstancias y opiniones legítimas.

La segunda idea es que el procedimiento democrático es más conveniente que el de revisión judicial: la democracia se fortalece con la deliberación política que se da entre los integrantes de la sociedad, no con el debate apegado a las

⁸⁵ Waldron, Jeremy, *op. cit.*, Nota 19, pp. 260-262. Al final, Waldron critica incluso que esta idea es en realidad una forma de precompromiso, considerando que no es así, sino que es una forma de sumisión y una acción paternalista frente a las decisiones posteriores. El pueblo se somete a otro agente revisor del precompromiso y deja de ser la autoridad que decide incluso sobre los temas en los que se comprometió, sino que se somete a la autoridad de otro ente (264-266).

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 270-271. El problema se presenta, por ejemplo, cuando se aprueba una carta de derechos que permanece durante varios siglos, como en el caso estadounidense (*Bill of Rights* en 1791). El precompromiso hace que las mayorías que existen siglos después se encuentren atadas y que no puedan decidir autónomamente, como sí lo hizo la mayoría que estableció la carta de derechos, más de dos siglos atrás.

frases canónicas que se da en las cortes. Como la democracia es una cuestión de medios (de procedimientos) y no de resultados, lo que se resuelva con medios no democráticos, hará que la democracia salga perdiendo,⁸⁷ por eso Dworkin se equivoca al pensar en una democracia de resultados. Cuando una sociedad vive en un desacuerdo natural, buscar *una respuesta correcta* desde la perspectiva del *resultado* no es posible. Lo que sí es posible es que ante ese desacuerdo se decida democráticamente; si ambos procedimientos son falibles, ¿por qué no optar por el que favorece a la democracia en lugar que por el que la limita? Ninguno de los procedimientos debe negarse por ello sino por sus costos frente a los derechos en general.⁸⁸

Como procedimientos, tanto la revisión judicial como el procedimiento democrático tienen los mismos problemas políticos y de legitimidad (posibilidad de equivocarse, impactar negativamente a grupos o individuos y actuar tiránicamente), pero el segundo, a diferencia del primero, permite la voz y voto de manera igual para decidir de manera definitiva.⁸⁹ Por estas razones, juzgar en negativo a un sistema político porque usa de una mayoría para tomar una decisión en un contexto de desacuerdo no sólo es absurdo, sino que pasa por alto el hecho de que la revisión judicial también es un procedimiento mayoritario en el que las decisiones pueden tomarse por un 6-5.⁹⁰ Pero hay más cosas que estos procedimientos comparten.

Como reglas de decisión final, ambos procedimientos resuelven de manera definitiva sobre los derechos. Pero lo importante es que al final, toda regla de decisión involucra a alguien que decide sobre su propio caso, incluso los jueces, al decidir sobre los derechos de los demás, son jueces sobre el valor de sus propias

⁸⁷ Ibidem, pp. 290-293.

⁸⁸ Ibidem, pp. 294-295. Esta idea intenta explicar que en el peor de los casos, si una mayoría se equivoca de buena fe, se equivocan en el ejercicio de su derecho de autonomía y sobre el ideal moral de la igual participación y capacidad de decisión. Pero si los jueces fallan, no hay un ideal moral ni un derecho en el que se apoyen. Al haberse equivocado, además del costo de los derechos que lesionen, llevan aparejado el costo de la limitación al ideal moral y de derechos que la democracia contiene. Con el primer procedimiento, al menos el error es de ellos mismos; con el segundo, el error es de alguien más, diferente a ellos.

⁸⁹ Ibidem, p. 300.

⁹⁰ Ibidem, p. 310.

decisiones, y esto no debe extrañarnos porque debe existir una persona o institución que tenga la última palabra porque su decisión es final, sin que esto represente que desaparezca la *necesidad* de que haya una respuesta definitiva, y esto representa que la objeción de ser *juez en propia causa* queda vacía.⁹¹

Por ello, para Waldron todas las teorías de los derechos deberían de contar con una teoría de autoridad que respete los derechos como se supone que las teorías de los derechos presumen hacer.⁹² No es suficiente cuando una teoría dice que para superar el desacuerdo *debe prevalecer la verdad acerca de los derechos o la mejor versión de los derechos que tenemos* (como lo hace la de Dworkin), porque el desacuerdo abarca también este nivel; no existe consenso sobre cuál es la verdad acerca de ellos ni cuál es la mejor versión (las muchísimas teorías de los derechos y sus distintas posiciones epistemológicas y propuestas de solución son la prueba de ello). Esta respuesta, más que resolver el desacuerdo, regresa a él de manera automática. El problema puede plantearse así: *“La realidad del desacuerdo entre las personas, acerca de temas como la justicia y los derechos, no se resuelve a través de una solución meta-ética que propone una verdad absoluta o derecho absoluto a cuál remitirse. ¿Por qué? Porque aún existiendo una respuesta correcta objetiva sobre **cuáles derechos tenemos**, la gente disiente inevitablemente sobre **cuál es esa respuesta**”*.⁹³

En el fondo, lo importante es comprender que el derecho de participación política no compite en un mismo plano frente a los otros derechos. No colisiona con ellos sino que sirve frente a las decisiones sociales en casos en que algunos miembros de la sociedad creen que ésta requiere una cosa, mientras que otros creen que requiere otra. No se trata de ponderar ni de balancear sino del desacuerdo sobre lo que los derechos necesitan. Una decisión mayoritaria no

⁹¹ Ibidem, p. 297.

⁹² Ibidem, p. 244-245. La teoría de autoridad es aquella que determina la manera en la que se van a tomar las decisiones en una sociedad; es una teoría complementaria de los derechos que establece *quién decide*. Debe identificar un criterio que prevalezca sobre todos los otros que son la fuente y causa del desacuerdo original. Es así que cuando los teóricos de los derechos disienten sobre cuál es la mejor teoría de los derechos por la dificultad de la materia, lo que hace la teoría de la autoridad es llegar a ese desacuerdo e intentar resolverlo.

⁹³ Ibidem, pp. 244-245.

representa un conflicto entre el derecho de participación y los otros derechos sino la situación de desacuerdo entre éstos y el principio que intenta resolverla.⁹⁴

Finalmente, la apuesta por la política implica que debe aceptarse humildemente que un individuo no tiene el control de los resultados de la política ni puede hacer que estos sean acordes a sus principios o su consciencia (ni siquiera en su racionalidad plena). Pero además, si en la democracia todo está a disposición de los integrantes de la sociedad, son ellos quienes deben argumentar pasionalmente sobre los derechos que tienen, lo que la justicia requiere y el bien común significa. La política lleva en el fondo el deseo de hacer las cosas bien y no el egoísmo personal; es una apuesta por los individuos y por la posibilidad de decidir dentro de la autonomía de cada individuo.⁹⁵

Pero esto nos permite ver que aun cuando institucionalmente se construya a favor de la política, los resultados pueden ser atroces, y permite preguntarnos: ¿ante ese riesgo, debemos rechazar la política? ¿es el nivel institucional el adecuado para determinar la decisión? La respuesta es que no. La cultura política de la sociedad de que se trata es un elemento que diferencia a las sociedades que se toman los derechos y la libertad en serio de las que no. Las que sí lo hacen, contemplan a los derechos como límites de autoconsciencia de los individuos frente a los derechos de todos. Es un límite interno que no transgreden porque reconocen estos límites y por su responsabilidad frente a ellos. Pero además hay un segundo límite relacionado con el primero: cuando una ley se extralimita frente a los ciudadanos, queda la posibilidad de *desobedecer* e incluso de *revelarse* frente a ésta y reivindicar los límites del sistema que construyeron.⁹⁶

Si bien es razonable preguntarse: *¿no es posible que en este contexto los intereses terminen pesando más y los derechos se pongan de lado?* Aunque la

⁹⁴ Ibidem, pp. 248-249. Por eso Waldron dice que el derecho de participación tiene una doble naturaleza: por una parte es un derecho, sujeto a desacuerdo sobre sus distintos niveles y límites, que debe ser decidido en un contexto de desacuerdo. Pero por otra parte, es una posible respuesta al problema de la autoridad para decidir en el contexto de desacuerdo. Así, puede ser la materia de desacuerdo a ser resuelto por un procedimiento de autoridad y, a su vez, ser parte de una teoría de la autoridad para resolver el desacuerdo.

⁹⁵ Ibidem, pp. 304-305.

⁹⁶ Ibidem, pp. 307-308.

respuesta, creo yo, sería que sí, Waldron responde que aunque es posible que aquello que está a disposición se convierta en una competencia de intereses egoístas en vez de un plano de desacuerdo de buena fe, no es así como las sociedades ni como la política deben de ser. Si al final la política es simplemente una pelea por la ventaja y los intereses personales, los hombres y mujeres no son los sujetos que las teorías de los derechos nos han dicho que son. No es esta la política ni los ciudadanos por los que él apuesta, sino por una sociedad que tiene como elemento *sine qua non* un debate vigoroso e intenso entre los individuos y entiende y acepta la existencia de “los otros”, que poseen entendimiento y razón independiente y fuera del control de los que no comparten su opinión y, además, que toman estos hechos con respeto para intentar resolver el desacuerdo a través de la participación para vivir juntos dentro de las circunstancias de la sociedad que comparten.⁹⁷

Sin embargo, no todas sus ideas que responden al constitucionalismo quedan fuera de debate, sino que son criticables y problemáticas en sí mismas. Una de ellas es que al favorecer el carácter procedimental de la democracia, reconoce también que en el ejercicio de este derecho, una sociedad democrática podría decidir cambiar su forma de gobierno a una no democrática. A través de una decisión, podría establecerse, por ejemplo, una dictadura, fundamentándose en la idea de la soberanía del pueblo, llegando a un resultado no democrático a través de principios democráticos.⁹⁸ Su idea del *optimismo de la ilustración* implica que los ciudadanos no pueden ser limitados ni siquiera en su facultad de decidir acerca de los procedimientos de la democracia, independientemente de que esto lleve a decisiones que representen la adopción de otro modelo de decisión política.⁹⁹ La lógica detrás es que: en una democracia waldroniana, en la que *todo* está a disposición de los individuos que integran la sociedad, no es posible quitar asuntos de la decisión y deliberación públicas porque eso sería igual a transformar a la sociedad en una que ya tomó esas decisiones por default, y esto rompería la

⁹⁷ Ibidem, pp. 304-312.

⁹⁸ Ibidem, p. 255.

⁹⁹ Ibidem, pp. 295-296.

lógica moral y estructural de la teoría. Esto es claro cuando menciona que:¹⁰⁰

“The panic about everything being ‘up for grabs’ is of course in part a panic about self-government in the political realm. We are not sure of each other in the way we purport to be sure of ourselves. We want to govern ourselves - I mean govern ourselves politically, acting together, acting in the company of others - but we know we disagree about the principles on which such government should be conducted. Each of us therefore must face the prospect that the values *he* takes seriously, the priorities *he* has, the principles to which *he* has a strong attachment, may not be values, priorities, and principles held by the voter in the next booth. We can try if we like to suppress these disagreements, to denigrate the other’s views as selfish or irrational and exclude them as far as possible from our politics. But, as I have argued, we can hardly do this in the name of *rights*, if it is part of the idea of rights that a right-bearer is to be respected as a separate moral agent with his own sense of justice. If on the other hand, we resolve to treat each other’s views with respect, if we do not seek to hide the fact of our differences or to suppress dissent, then we have no choice but to adopt procedures for settling political disagreements which do not themselves specify what the outcome is to be.”

Esto es posible porque las decisiones atienden a dos momentos procedimentales distintos: el momento en que se decidirá la regla de autoridad y el momento posterior en que las decisiones se toman con esa regla.¹⁰¹ En esta idea, cada sociedad elige sus instituciones y reglas con las que llevará a cabo el proceso de decisión en el momento constituyente, usando reglas de origen (*Constitutive Rules*) que anteceden y que determinan a las reglas de decisión que regirán esa sociedad a partir del momento constitutivo. En el primer momento se deciden los principios que van a ser protegidos, y la manera en que se van a desarrollar en lo particular.

Pero esto permite no sólo la posibilidad de tomar una decisión que implique el fin de la democracia por medios democráticos sino también, pensándolo un poco, así como el momento originario no obliga a que el procedimiento a

¹⁰⁰ Ibidem, pp. 303-304.

¹⁰¹ Ibidem, pp. 276-277.

establecer sea el democrático, tampoco obliga a que sea el de la revisión constitucional, abriendo una puerta a que la sociedad decida constituirse en cualquiera de los dos, sin perder su libertad.

Por su parte, Juan Carlos Bayón hace un análisis fuerte sobre los problemas del constitucionalismo frente a la democracia. Su tesis principal es que cuando aunado a la rigidez constitucional se establece un mecanismo de revisión judicial, la democracia se reduce a ser *aquello que decida la mayoría, siempre que no vulnere lo que los jueces constitucionales entiendan que constituye el contenido de los derechos básicos*. Cuando la democracia se reduce a las opiniones de los jueces sobre lo que creen es el contenido de los derechos, la justificación del modelo es mucho menos viable.¹⁰²

La postura moderada que presenta acepta algunos puntos de las otras dos posturas y rechaza otros también. En principio, reconoce que la democracia sufre menoscabos cuando se limita la regla de mayoría con la rigidez constitucional. Pero además, explica que cuando los jueces constitucionales tienen *de facto* la última palabra sobre el contenido preciso de los límites al funcionamiento mayoritario, el mensaje a los ciudadanos es que: *“por serio que haya sido su esfuerzo para formar un juicio meditado e imparcial, en caso de discrepancia entre la opinión al respecto de la mayoría de los ellos y la mayoría de los jueces constitucionales, será la de éstos la que prevalezca.”*¹⁰³

Por otro lado, cree que la configuración democrática no puede permitir una regla de mayoría ilimitada. La posibilidad de que una comunidad decida por mayoría, dejar de decidir por mayoría, no es viable porque el ideal de la democracia se autoanularía. Esta regla, nos dice, es una regla de decisión *cerrada al cambio*, que establece como única excepción a las materias que el parlamento puede decidir, la de la sustitución del procedimiento de decisión por otro distinto, aunque esto implique desvirtuar la idea originaria de la decisión democrática como capacidad plena de decidir sobre todo.¹⁰⁴

¹⁰² Bayón, Juan Carlos, *op. cit.*, Nota 10, p. 215.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 220.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 222-223.

Cuando Bayón considera el procedimiento democrático como cerrado al cambio lo que hace es proporcionar la garantía mínima de que la democracia permanezca. No se trata de los valores que encierra ésta sino de su mero procedimiento de toma de decisiones. Es frente a la posibilidad de decir que las personas pueden decidir ya no decidir más o que pueden votar por perder su derecho a votar donde se encuentra el límite, y donde el argumento democrático no debe ser contradictorio al ideal que protege.

Bayón coincide con Waldron sobre el precompromiso al considerar que nada justifica que en un momento originario (donde se decide *qué* formará el coto vedado) las decisiones sean más lúcidas que en los momentos de decisiones ordinarias, ni que pueda aceptarse que una sociedad sea la misma a lo largo del tiempo ya que si se limitara así, se pondría, en última instancia, en manos de otros como comunidad política.¹⁰⁵

Bayón acepta a favor del constitucionalismo, que hay ciertos valores o precondiciones mismas de la democracia que deben protegerse, pero que son sólo aquellos de carácter constitutivo o definitorio (mientras que el resto de decisiones ordinarias no se protegerían). Lo que está detrás es que él está consciente de que hay elementos fundadores del modelo como el procedimiento democrático y sus presupuestos, que deben proclamarse *irreformables* para que sean realmente fuertes.¹⁰⁶

Los procedimientos democráticos, explica, deben compartir un *núcleo mínimo común* para no convertir el procedimiento democrático en una forma vacía. Es esto lo que justifica atrincherar estos mínimos y volverlos límites intangibles fuera del alcance de la mayoría. Esto, a diferencia de lo que Waldron establecía, lleva a fundar una regla de mayoría que no es estrictamente procedimental.¹⁰⁷

La democracia de Bayón es una democracia con derechos, como lo es la de Dworkin y Ferrajoli, y es también una democracia dirigida por valores sustantivos que salen del alcance mayoritario. Así, no sólo no se puede decidir

¹⁰⁵ Ibidem, pp. 224-225.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 227.

¹⁰⁷ Ibidem, pp. 228-229.

dejar de ser una democracia en lo formal, sino que tampoco puede decidirse en contra de sus precondiciones porque de afectarlas se apartaría de la democracia pero esta vez por criterios sustantivos.

Su teoría se intenta justificar porque, a diferencia del pensamiento waldroniano, el establecimiento originario de la constitución, de una sociedad real, tiene un procedimiento que se fundamenta en razones sustantivas. Al establecer una regla de decisión en el momento originario, se atiende a una compleja mezcla de *motivos morales y prudenciales* entre los miembros de la comunidad. Cuando el nacimiento de una comunidad es así, nada impide que la adopción originaria de una regla de decisión sea de una regla de decisión ya con restricciones sustantivas, así:¹⁰⁸

“Por descontado, no habrá acuerdo acerca de la regla de decisión, pero si el desacuerdo abarca incluso a las reglas estrictamente procedimentales y ello no impide la implantación de alguna, no veo por qué habría de impedir fatalmente la de una que incorpore restricciones sustantivas.”

Por lo que respecta a la revisión judicial, Bayón cree que el control de constitucionalidad (*procedimiento de determinación*) puede ser evitado si el sistema jurídico se estructura a través de reglas y no de principios. En este caso, Bayón se hace cargo de que hacer esto es difícil, por lo que en la práctica puede ser evitado sólo para un número de supuestos muy reducido, por lo que propone un modelo de constitucionalismo débil que protege sólo a ese núcleo mínimo inmodificable y en el que la revisión judicial no tiene lugar.¹⁰⁹

Bayón no niega el valor moral que Waldron encuentra en la regla de mayoría, ni lo intenta desvirtuar. Sin embargo, al afirmar la necesidad de la constitucionalización del núcleo mínimo de su modelo, abandona también la postura radical del ideal democrático. Su mecanismo de constitucionalismo débil respeta el procedimiento democrático pero retira a los jueces constitucionales la

¹⁰⁸ Ibidem, p. 229.

¹⁰⁹ Ibidem, pp. 229-231.

posibilidad de tener la última palabra. Con esto, se propone un sistema de protección constitucional en el que los jueces, aún cuando pueden resolver sobre casos de derechos, ceden su facultad de decidir para que el legislador tenga la última palabra, buscando el balance entre los valores procedimentales y los valores sustantivos: por un lado la petrificación de una parte del coto vedado y la constitucionalización a manera de principios del resto del coto vedado, y por la otra la revisión judicial que lleve al constitucionalismo débil.

Para concluir, la propuesta de Víctor Ferreres se acerca más a la hecha por Dworkin y Ferrajoli porque establece que aun reconociendo el valor intrínseco de la democracia, la igualdad política no es *genuina si se infringen clara y gravemente derechos básicos* y si no se cuenta con cierta igualdad social y económica, por lo que para lograr esta igualdad se requieren precondiciones mínimas que la garanticen.¹¹⁰

El punto determinante en la teoría de Ferreres es su concepción de la democracia como una democracia sustantiva con precondiciones económicas y de igualdad social, así como ciertos derechos mínimos como la libertad de expresión (entre otros).

Pero a diferencia de constitucionalistas radicales como Dworkin y Ferrajoli, no niega que de cualquier manera, cuando los jueces invalidan una ley, necesariamente existe un coste democrático. Por ello, plantea un modelo instrumental que reconoce la revisión judicial para asegurar ciertos *principios fundamentales de justicia* (derechos fundamentales), pero teniendo en cuenta el coste democrático,¹¹¹ y además, por la estrecha relación de los derechos procedimentales con la práctica de los derechos sustantivos, considera que la protección también debe extenderse a la revisión de valores fundamentales de tipo sustantivo. No es que la democracia no se lesione, sino que la lesión de la democracia encuentra su justificación en las ventajas instrumentales de la revisión judicial.¹¹²

¹¹⁰ Ferreres, Víctor, *op. cit.*, Nota 23, pp. 358-359.

¹¹¹ *Ibidem*, pp. 361-368.

¹¹² *Ibidem*, p. 373.

Capítulo II: El debate de la democracia constitucional en perspectiva comparada

1. Introducción

Para contextualizar el caso de México, tanto en el nivel teórico del modelo constitucional como en la dimensión del diseño institucional del tribunal constitucional, es necesario ver la respuesta que otros ordenamientos jurídicos han dado al problema de la asimilación de la democracia constitucional, en especial a tres particularidades que se presentan al momento de poner en práctica el modelo. Una vez que se intenta instrumentar, dependiendo de la posición que se haya tomado en el debate, es necesario resolver primero, ¿a qué nivel de revisión constitucional estará facultado el órgano que lleva a cabo la revisión judicial?, segundo, ¿cuál órgano o institución realizará la revisión judicial? y tercero, ¿cuáles serán los parámetros para declarar la inconstitucionalidad de una disposición legislativa?

Como se mencionó en el primer capítulo, existen al menos dos niveles de revisión judicial: aquella que determina la constitucionalidad de una ley y aquella que determina la constitucionalidad de una reforma constitucional. Denominaré al primero como *nivel medio de revisión judicial* y al segundo como *nivel máximo de revisión judicial*. Aunque la revisión judicial puede abarcar también a los reglamentos y otros actos de los poderes constituidos (lo que podría llamar *nivel mínimo*), este estudio no abarca ese nivel porque éste se aparta del ámbito legislativo y, por ende, del debate planteado en el primer capítulo.

Sobre la segunda pregunta, el órgano encargado de la revisión judicial también puede variar de un sistema a otro. Hay casos en los que sólo el tribunal supremo lleva a cabo el control de la constitucionalidad (sea que este órgano sea un poder constitucional separado del poder judicial, encargado únicamente de la revisión judicial de la constitución o que sea un órgano incorporado al poder judicial con facultades de revisión judicial), pero también hay casos en que el

poder de revisión judicial se desconcentra y puede ser llevado a cabo por un número más amplio de tribunales y jueces. El primer sistema se denomina *sistema de control concentrado* y el segundo *sistema de control difuso*.

Por último, como se adelantó en el primer capítulo, al realizar la revisión judicial, la inconstitucionalidad de una ley o de una reforma constitucional se puede determinar por irregularidades de dos tipos: la disposición legislativa/constitucional puede ser inconstitucional por deficiencias en el procedimiento (requisitos de la elaboración de las leyes o de las reformas constitucionales) o puede ser inconstitucional por ser contraria al contenido sustantivo de la constitución (los derechos fundamentales o algún principio constitucional tal como la división de poderes). Estos se denominan *inconstitucionalidad formal o procedimental* e *inconstitucionalidad material o sustantiva* respectivamente.

Para mostrar el panorama que refleja el debate teórico del constitucionalismo debemos estudiar cómo ha solucionado este dilema los distintos países que han adoptado este modelo. Con la creciente incorporación de los tribunales constitucionales o tribunales superiores con facultades de revisión constitucional, comprobable en parte de Europa, América Latina, Asia y África,¹¹³ esta aproximación puede hacerse desde dos *perspectivas de casos* distintas.

En primer lugar se estudiarán los sistemas con cláusulas de intangibilidad (*pétreas*) y que autorizan al tribunal constitucional para revisar la constitucionalidad del orden jurídico. En segundo lugar, se dará cuenta de los casos en que la constitución no contempla cláusulas de intangibilidad. El segundo tipo de casos se divide en dos subtipos: primero, en los que aún sin cláusulas de intangibilidad, el tribunal supremo lleva a cabo la revisión de la constitucionalidad de la ley o de las reformas (sea por autofacultación o por permisión constitucional) y; segundo, en los que ante la ausencia de cláusulas pétreas, el tribunal se autolimita y se abstiene de realizar la revisión de la ley o las reformas constitucionales.

¹¹³ Carpizo, Jorge. "El tribunal constitucional y el control de la reforma constitucional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 125, mayo-agosto 2009, p. 737.

El primer diseño que contempla la idea de las *cláusulas de intangibilidad* en la constitución, se basa en la premisa de que cierto *contenido* (generalmente los derechos fundamentales) no puede ser modificado en la constitución y en que los tribunales constitucionales, como garantes de la norma fundamental, están facultados para revisar la constitucionalidad del orden jurídico para que su *sustancia* permanezca intacta, sea frente a la legislación ordinaria o frente al poder de reforma constitucional.

El primer subtipo del segundo diseño presenta los casos en que los tribunales se dotaron a sí mismos de las facultades de revisión judicial o fueron facultados por alguna disposición constitucional expresa; usando la interpretación de la constitución para autofacultarse en el primer caso, y atendiendo al mandato constitucional propio en el segundo.

El segundo subtipo del segundo diseño presenta países donde, a diferencia de los casos de autofacultación, los tribunales se autolimitan al no encontrar disposición constitucional expresa que les autorice a revisar la constitucionalidad de las leyes o las reformas constitucionales, bajo el argumento de que la soberanía popular no puede limitarse si la constitución no faculta expresamente al tribunal para controlar las decisiones del pueblo.

En un contexto donde los tribunales constitucionales intentan resolver los problemas de coherencia del orden constitucional y donde la facultad de revisión constituye por esencia una función política, es importante ver el diseño, metodología y parámetros jurídicos con los que se actualiza la jurisdicción constitucional,¹¹⁴ para comprender las distintas maneras de dar respuesta al dilema democrático-constitucional.

Es precisamente en el nivel del diseño donde cobra importancia la noción de la *“rigidez constitucional”*. Como se verá más adelante, la manera en que los procedimientos de reforma están estructurados afecta el resultado del sistema constitucional de que se trata. Donde existe rigidez total (al menos sobre algunas partes del orden jurídico), el papel del tribunal constitucional encuentra un tipo de

¹¹⁴ Ibidem, p. 751.

justificación para utilizar su facultad de revisión judicial de máximo nivel de manera distinta al que encuentran los tribunales en que la rigidez es menor. Por esto se estudiará este punto fundamental en la lógica de la constitución y su control por los tribunales, antes de pasar al estudio de los casos.

La manera en la que los casos fueron seleccionados atiende a un criterio de discriminación en función de los casos paradigmáticos sobre la revisión judicial que se presentaron en cada país de acuerdo a la bibliografía especializada en el tema que los considera como tales.¹¹⁵ La intención es mostrar la manera en que surge el criterio de control de constitucionalidad o de negación a éste (*judicial review vis-à-vis judicial deferral*) en su primer momento y mostrar el o los casos más importantes de la revisión judicial en el país respectivo.

Este estudio se hace cargo de que podría haber otros países relevantes con otros casos relevantes u otros casos resueltos por el tribunal de algún país seleccionado que pueden quedar fuera de este capítulo. Sin embargo, la extensión de este trabajo impide el estudio de un mayor universo de casos y se queda en el criterio de los más relevantes de acuerdo a la literatura que se logró encontrar del tema. Esto no afecta la estructura del trabajo ya que se muestran los casos necesarios para mostrar las dos *perspectivas de casos* explicadas arriba. La aproximación a estos casos es principalmente descriptiva, aunque se deja un espacio al final para el análisis de las tensiones del constitucionalismo en su aspecto teórico y la manera en que se reflejan en el aspecto empírico caso por caso.

¹¹⁵ Ver: Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 113; García Belaunde, D. y Fernández Segado, F (Coords.). *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Madrid, España, Dykinson, 1997 (capítulos: I, III, V, XIII, XV, XX y XXV); Pozas Loyo, Andrea y Ríos Figueroa, Julio. “¿Puede ser inconstitucional una enmienda constitucional?”, *Revista Nexos*, No. 372, 2008; Salazar Ugarte, Pedro. *La democracia constitucional... op. cit.*, nota 7; Jeffrey Jacobsohn, Gary, *An unconstitutional constitution? A comparative perspective*, *International Journal of Constitutional Law ICON*, vol 4., no. 3, p. 460-487; Cahillane, Laura, *Judicial Review in Ireland*, Guardian Legal Network, guardian.co.uk., 26 May 2010, disponible en: <http://www.guardian.co.uk/law/2010/may/26/ireland-judicial-review>. En el caso de Colombia, además de la bibliografía también se contó con la asesoría directa de especialistas en el tema.

2. La Rigidez Constitucional

La rigidez constitucional es la garantía constitucional encargada de proteger los derechos fundamentales (principalmente) a través de dos elementos básicos:¹¹⁶ el primero es su sustracción de los procedimientos creados para la legislación ordinaria y el establecimiento de procedimientos agravados de revisión para la creación de la norma de carácter superior; el segundo es el sometimiento de las leyes ordinarias al control de constitucionalidad (revisión judicial) en el que sólo sobreviven si están de acuerdo con las normas constitucionales de máxima jerarquía. En caso contrario, las leyes ordinarias pueden ser invalidadas siguiendo la lógica del principio *lex superior derogat inferiori*.¹¹⁷

El grado máximo de rigidez se da con las cláusulas de intangibilidad, que se instauran como garantías *sustantivas* porque protegen algún contenido *material* o *sustantivo* de la constitución, mientras que los procedimientos agravados de reforma son simplemente mecanismos formales que dificultan o vuelven más complejo el procedimiento de toma de decisiones, aunque este se pueda llevar a cabo sobre cualquier contenido.¹¹⁸

Así, la rigidez se puede configurar de distintas maneras en la constitución, desde una garantía absoluta, en donde la disposición que es protegida alcanza la rigidez máxima (con *cláusulas pétreas*), hasta procedimientos con distinto grado de rigidez. Según el caso, se podrán encontrar constituciones rígidas en las que se requieran mayorías calificadas para modificar la constitución, como en el caso de México o el de los Estados Unidos de América, y otras constituciones que no

¹¹⁶ Bajo la misma lógica y perspectiva del constitucionalismo, la rigidez es el elemento que diferencia a la ley constitucional de la ley ordinaria. Con este concepto se sustenta la idea de la "*lex superior*" que se encuentra en la base de la supremacía constitucional. Como *procedimiento distinto*, la rigidez constitucional, es simplemente más agravado y complejo que el de las leyes ordinarias. Para este concepto ver: De Vega, Pedro. *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 40-41.

¹¹⁷ Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*, Madrid, Trotta, 2001, p. 113.

¹¹⁸ Sobre este punto se ha discutido acerca de los "*límites materiales implícitos*" en las constituciones sin cláusulas de intangibilidad, en donde aun cuando sólo exista un procedimiento agravado, haya cierto contenido como los derechos fundamentales que no puede ser cambiado aun cuando no lo establezca la constitución expresamente ni aunque se haya logrado cumplir con el procedimiento agravado.

sean rígidas como la de Irlanda o la de Colombia.¹¹⁹

La rigidez es importante porque impacta a la posibilidad de cambio y de toma de decisiones. En principio, el cambio está limitado definitivamente cuando existen cláusulas de intangibilidad, que encerradas en su valor sustantivo impiden en absoluto que el contenido material de la constitución sea modificado. Pero además, en constituciones con procedimientos de reforma agravados en extremo, las posibilidades reales de modificar la constitución son mínimas o nulas, en especial en asuntos debatidos donde no existe consenso sino desacuerdo generalizado, como los derechos fundamentales y sus cambios.

El efecto de esta rigidez de carácter procedimental es que la forma de cambiar la constitución a través del procedimiento es tan complicada que el procedimiento de reforma se vuelve una “*cláusula de intangibilidad procedimental*” con la que se blinda el contenido de manera indirecta, como en el caso de los Estados Unidos de América. Tanto en el caso de rigidez absoluta por cláusulas de intangibilidad como en el caso de rigidez extrema por “*cláusulas de intangibilidad procedimental*”, las constituciones son constituciones cerradas al cambio, que impiden que se pueda tomar decisiones en esos asuntos, independientemente de su realidad en la sociedad y del tiempo que haya pasado desde que se establecieron.

3. El modelo de Cláusula de Intangibilidad

El primer grupo de casos muestra el nivel *máximo* de la revisión judicial al fijar los límites más fuertes al poder de reforma constitucional. Al establecer un contenido que no puede ser modificado bajo ninguna circunstancia por su carácter pétreo, es labor del tribunal constitucional asegurarse que el contenido inmodificable permanezca de esa manera, por lo que los jueces constitucionales pueden invalidar leyes que sean contrarias a este contenido y al mismo tiempo puede invalidar reformas constitucionales que sean contrarias a la dimensión sustantiva

¹¹⁹ Sobre un breve apunte acerca del carácter rígido o flexible de esta constitución ver más abajo el apartado relativo a este país y sus referencias respecto a su procedimiento de reforma.

de la constitución (*inconstitucionalidad material*).

El caso paradigmático de este modelo por su amplio desarrollo jurisprudencial y por ser probablemente el tribunal constitucional más reconocido de este tipo es el del Tribunal Constitucional Federal Alemán (TFCA). Con las cláusulas de intangibilidad se aparejan las facultades de control de constitucionalidad del tribunal constitucional para asegurarse que las cláusulas se mantendrán de la manera en que se encuentran en la constitución.

3.1 Alemania

El TFCA funciona dentro del poder judicial, como un órgano autónomo e independiente a los tribunales federales, a los tribunales de los Estados y a los demás órganos constitucionales,¹²⁰ y sólo resuelve casos que involucran aspectos de constitucionalidad y de la interpretación y aplicación de la Ley Fundamental Alemana (LFA) tanto en su parte dogmática como en la orgánica,¹²¹ por lo que los demás no relacionados son remitidas a los demás tribunales del poder judicial para ser resueltos. Esto hace parecer que el tribunal se constituye como un sistema de control *concentrado* de constitucionalidad. Sin embargo, los otros tribunales ordinarios están obligados a llevar a cabo el control de la constitucionalidad de algunos actos infraconstitucionales, por lo que este sistema puede denominarse como un sistema mixto con predominio de la jurisdicción constitucional *concentrada*.¹²²

El nivel de revisión judicial y el parámetro de inconstitucionalidad causan dos resultados trascendentales en el caso alemán. El primero es que al determinar que una reforma constitucional es inconstitucional (nivel máximo de revisión judicial), se presenta el caso de las *normas constitucionales inconstitucionales*

¹²⁰ Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal, § 1

¹²¹ Esto sin perjuicio de los casos en los que puede intervenir cuando así lo establece directamente una ley federal, tal como lo establecen los artículos 93 y 100 de la Ley Fundamental. Ver también el § 13 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal.

¹²² Aláez Corral, Benito y Álvarez Álvarez, Leonardo. *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, Madrid, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 40.

(razón por la que las reformas constitucionales se denominan *leyes de reforma constitucional*). La segunda es que el parámetro de inconstitucionalidad de estas normas no es sólo el incumplimiento del procedimiento de reforma constitucional, sino también la violación de principios y valores que se encuentran en algunos artículos (contenido material) de la constitución).¹²³

Los casos que se analizan en el apartado de Alemania se escogieron por la literatura que determina las sentencias más relevantes de la jurisprudencia alemana en temas relacionados con el control de la constitucionalidad del TFCA, como: “*las consecuencias de la inconstitucionalidad de las normas*”, “*las competencias del control de constitucionalidad*” y “*la reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad*”.¹²⁴

En el nivel de revisión judicial *medio* (de leyes), el TFCA ha sido claro desde sus inicios: cuando una ley sea contraria a la Ley Fundamental Alemana, carecerá de efectos legales desde el momento en que fue efectuada. La sentencia que declare la nulidad de la norma se considera con fuerza de ley y es vinculatoria para todos los órganos constitucionales de la federación. Es interesante ver que el tribunal ha determinado que cuando una declaratoria de inconstitucionalidad de una norma federal se da, se prohíbe también expedir una norma federal con el mismo contenido *en el futuro*.¹²⁵ Lo anterior, desde la perspectiva del debate en el primer capítulo, muestra la tensión que resulta con una decisión judicial que limita al poder político de decisión de manera indeterminada en el futuro.

La constitución alemana reconoce como centro ordenador a los derechos fundamentales. Desde el principio coloca al derecho a la dignidad humana como uno de los fines a seguir por los poderes constituidos y reconoce también el carácter de inviolabilidad e inalienabilidad de los derechos fundamentales como el fundamento de toda comunidad humana. Pero además de ponerlos como una

¹²³ Ibidem, p. 44.

¹²⁴ Idem; Huber, Rudolf (Ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

¹²⁵ Sentencia BVerfGE 1, 14 y Sentencia de la Segunda Sala 2 BvG 1/51, de 1951. Ver en Huber, Rudolf (Ed.), *op. cit.*, nota 124.

piedra angular de todo el sistema constitucional alemán, la constitución no es muda sobre el papel que juegan los poderes del Estado frente a los derechos: los poderes no disponen libremente de los derechos, sino que, al contrario, los poderes están vinculados a los derechos de manera directa.¹²⁶

Cuando la constitución establece su estructura de Estado federal democrático y social, aparte de reconocer la soberanía del pueblo, establece que el poder legislativo estará vinculado directamente al orden constitucional y que el Estado tiene la obligación de proteger a las *generaciones futuras* por medio de la legislación con el uso del poder ejecutivo y judicial, siempre de acuerdo al orden constitucional, a la ley y el derecho.¹²⁷

Pero aunado a las disposiciones que vinculan a los poderes constituidos con el orden constitucional que se mencionan arriba, el artículo 79.3 establece la petrificación de parte de la constitución y de algunos principios en ella contenidos. Cuando dice que la división de la Federación en Estados, los fundamentos de la cooperación de los Estados en la potestad legislativa y los principios contenidos en los artículos 1º y 20 no pueden ser modificados, petrifica estas normas y hace ilícito su cambio. Así, ni siquiera una reforma constitucional puede realizarse sobre ellas, con lo que los derechos fundamentales, en especial el derecho de dignidad, alcanzan un nivel de protección también máximo, ya que quedan fuera del alcance de cualquier poder, incluso del poder reformador de la constitución.

Precisamente sobre este tema se resolvió en un primer momento la sentencia [BVerfGE 30,1] de las escuchas y recientemente la sentencia [BVerfGE 109, 279] sobre el espionaje acústico, por lo que es importante una breve referencia a éstas para entender sus implicaciones y efectos en el sistema alemán.

¹²⁶ Ley Fundamental Alemana, artículo 1º.

¹²⁷ Ley Fundamental Alemana, artículos 20 y 20a.

3.1.1 Sentencia de “las escuchas”¹²⁸

En este caso se quería autorizar escuchas a domicilios sospechosos de realizar actos delictivos a las autoridades, en aparente violación al artículo 13 de la Ley Fundamental que establece la inviolabilidad del domicilio. La decisión determinó primero que los poderes públicos debían de poner un énfasis especial en la dignidad humana de los individuos porque no se debía usar a estos como medios u objetos, sino como seres humanos.

Como la dignidad humana se protege por el artículo 1º y el artículo 79.3, el TCFA determinó que una reforma constitucional que afectara, lesionara o modificara lo que denominó el “*principio de la inalienabilidad de la dignidad humana*”, y que podría pasar en ese caso, no podría ser válida.

Este valor tomó relevancia cuando el tribunal aceptó que muchas veces el ser humano se convierte en un mero objeto del derecho, cuando sus intereses no se toman en cuenta y lo hacen someterse a éste. Por eso cuando en el cumplimiento de una disposición, el poder del Estado minimizaba la dignidad, debía de ser controlado por el poder de revisión del tribunal constitucional. Al final, la limitación del artículo 79.3 al poder del Estado se justificaba por el deber estatal de considerar y proteger a todas las personas desde su autonomía y valores.

3.1.2 Sentencia del “espionaje acústico”¹²⁹

Esta sentencia se presenta en la búsqueda de medidas en contra del crimen organizado, por las que se intentaba instalar medios acústicos a través de la reforma del artículo 13.3 de la constitución, para prevenir delitos de carácter grave. En el análisis del tribunal también se estudió la afectación al derecho a la dignidad humana contenido en el artículo 1º de la Ley Fundamental, frente a la cláusula de intangibilidad del artículo 79.3.

El contenido de la reforma se había desarrollado en una ley para mejorar la

¹²⁸ Huber, Rudolf (Ed.), *op. cit.*, nota 124, pp. 53-54; Aláez Corral, *op. cit.*, nota 122, pp. 52-54.

¹²⁹ Huber, Rudolf (Ed.), *op. cit.*, nota 124, pp. 387-394; Aláez Corral, *op. cit.*, nota 122, pp. 104-217;

lucha contra la delincuencia organizada, que también se sometió a escrutinio del tribunal para determinar si las medidas establecidas en la ley vulneraban o no el derecho a la dignidad, en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Así, en esta sentencia se conjugaba un ejercicio de revisión judicial de nivel máximo con uno de nivel medio.

La reflexión del TFCA mostró que para poder determinar la inconstitucionalidad del artículo 13.3 de la LFA debía establecerse que “*la configuración de la vida privada*”, que era el aspecto mínimo del derecho a la inviolabilidad del domicilio (donde se encontraba inserto el derecho a la dignidad), era violentada por la nueva redacción, ya que esto afectaría el carácter de indisponible de la dignidad humana con el cambio constitucional.

La sentencia es muy importante porque autoriza la nueva redacción y la reforma a la constitución; declara constitucional la reforma constitucional, después de haber revisado su constitucionalidad material, donde determinó que la nueva redacción del artículo 13.3 no afectaba a la dignidad humana porque las escuchas que intentaba establecer respetaban la configuración personalísima de la vida.

Sin embargo, la ley secundaria que desarrollaba al artículo 13.3 de la Ley Fundamental no recibió el mismo resultado de la reflexión del tribunal, ya que su contenido no estaba restringido adecuadamente al no exigir que se tratara de delitos de gravedad especial ni contemplar garantías mínimas de valoración de la prueba (permitía las escuchas a personas que habían sido inculpadas de un delito frente a las personas de su mayor confianza).

La mayoría de la sala consideró que el principio de dignidad estaba, al menos en una pequeña parte, disperso dentro de todos los derechos fundamentales y que este hecho debía ser siempre respetado por el procedimiento de reforma constitucional. Entonces, ¿puede el tribunal constitucional argumentar la inconstitucionalidad de una reforma constitucional basándose en la intangibilidad de *todos* los derechos fundamentales en su nivel más fundamental en relación al derecho a la dignidad? Si bien esto es discutido en una parte importante de la sentencia, el tema deja para una reflexión ulterior sobre el núcleo

que protege la cláusula de intangibilidad en el caso alemán. Si bien considero que es posible argumentar en este sentido, la reflexión queda fuera del alcance de este trabajo.

4. El modelo de los sistemas sin cláusulas de intangibilidad

4.1 El subtipo de autofacultación o de mandato constitucional de revisión judicial

Como se mencionó arriba, este subtipo tiene como resultado final que los tribunales revisen la constitucionalidad de las leyes o de la reforma constitucional. Sin embargo, llegar a este resultado es posible con dos caminos distintos: el primero, cuando la misma constitución autoriza y obliga expresamente al tribunal supremo o tribunal constitucional a realizar la revisión judicial en el nivel máximo; el segundo, cuando es el tribunal quien toma la decisión de hacerlo, independientemente de que la constitución no le faculte de manera expresa. El primer supuesto se ejemplifica con el caso de Colombia, mientras que el segundo lo hace con el caso de los Estados Unidos de América.

4.1.1 Colombia

La Corte Constitucional de Colombia (CCC) fue establecida con la constitución de 1991 para garantizar la supremacía constitucional y para revisar la constitucionalidad de las leyes y de las reformas a la constitución. Como organismo perteneciente al poder judicial, es el encargado de la justicia constitucional en este país de manera exclusiva y excluyente. La constitución de 1991 no contempla cláusulas de intangibilidad en ninguna de sus partes.¹³⁰

Este caso es particular porque la constitución no contempla cláusulas de intangibilidad que impidan *per se* su modificación por el poder de reforma

¹³⁰ Para la información general y la referencia a la historia de la Corte, ver la página oficial en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/>.

constitucional. Sin embargo, la constitución faculta expresamente a la Corte Constitucional a revisar la constitucionalidad de las reformas a la constitución y otros actos políticos en el sistema constitucional, contemplando el nivel *máximo* de revisión judicial.

En lo que respecta al parámetro de inconstitucionalidad, la revisión se hace por causas de *inconstitucionalidad formal*. El artículo 241 faculta a la Corte para revisar la constitucionalidad de los actos reformativos a la constitución pero *sólo por vicios de procedimiento* (párrafo 1). También permite estudiar la constitucionalidad de la convocatoria a refrendo o a asamblea constituyente para reformar la constitución *sólo por vicios de procedimiento en su formación* (párrafo 2) y además resolver sobre los refrendos de leyes, consultas populares y plebiscitos bajo este mismo parámetro procedimental en su convocatoria y realización (párrafo 3). En tanto que el nivel de revisión *medio* se hace tanto por cuestiones materiales como por vicios de procedimiento (artículo 241, párrafo 4).¹³¹

Con las nuevas facultades que derivan de la constitución de 1991 (artículo 86), se estableció un sistema de control *difuso* de constitucionalidad a través del medio de control constitucional de la *Tutela*¹³², como acción individual que puede utilizar cualquier persona para la protección de sus derechos fundamentales frente a cualquier juez (independientemente de otros medios de control concentrado de constitucionalidad como las controversias constitucionales o las acciones de inconstitucionalidad que permanecen bajo la jurisdicción de la Corte).¹³³ Así, aunque existan dos órganos distintos, uno encargado de la jurisdicción ordinaria (la Corte Suprema) y otro de la jurisdicción constitucional (la Corte Constitucional), la tutela ha determinado al sistema colombiano.

¹³¹ Esto no quita, sin embargo, el parámetro *material* de inconstitucionalidad, tal como se verá más adelante con el tema de la *“sustitución de la constitución”*.

¹³² Como acciones informales que no requieren de abogado y deben ser resueltas en un plazo de diez días. Este medio se ha convertido en el más importante del sistema de revisión judicial en este país, con una amplia mayoría de casos de tutela como vía de protección de derechos fundamentales. Para esto ver, Schor, Miguel. *Un Ensayo sobre el Surgimiento de Cortes Constitucionales: Los Casos de México y Colombia*, Revista de Economía Institucional, Vol. 13, No. 24, primer semestre/2011, pp. 98.

¹³³ *Ibidem*, p. 91-93.

Con el cambio de constitución, que implicó la ampliación de los derechos fundamentales pero también un cambio de paradigma en la manera de entenderlos, se dio a la Corte un amplio poder de revisión judicial frente al poder legislativo y al ejecutivo, con el que protege principalmente los derechos fundamentales.

Es importante recordar también que el procedimiento de reforma constitucional no es rígido. La constitución establece que para que el Congreso modifique el contenido de la constitución no se requiere de una súper mayoría o mayoría calificada, sino de la mayoría de los miembros presentes en un primer periodo y la mayoría de los integrantes en el periodo siguiente, para realizar una modificación (artículo 375, párrafo segundo), aunque se argumente que el procedimiento de doble proceso ordinario convierta a la constitución en rígida.¹³⁴ Además del procedimiento para el congreso, existe la posibilidad de convocar a una asamblea constituyente para cambiar de constitución y crear otra nueva, si así lo acepta al menos una tercera parte del censo electoral (artículo 366).

Frente a la flexibilidad del procedimiento de reforma la Corte ha creado la figura de la “*sustitución de la constitución*”, que consiste en declarar la inconstitucionalidad de aquellas reformas que en su resultado modifiquen un *valor fundamental* del procedimiento o provoquen una pérdida de la vigencia de la constitución. El test se hace identificando el valor o principio de identidad de la constitución y contrastándolo con la reforma en cuestión para determinar si el alcance de ésta afecta a la constitución al grado de decir que se está *sustituyendo* por otra. Esta figura pone a discusión el que ciertas normas constitucionales no puedan ser reformadas aun cuando no existan vicios de procedimiento.

Las sentencias seleccionadas se centran en este tipo de decisiones por ser las que han restablecido el debate de la democracia constitucional en este país, en particular sobre las facultades y los límites de la Corte Constitucional frente al poder legislativo y su posibilidad de modificar la constitución en los casos del

¹³⁴ Sobre este punto, ver la sentencia C-355 de 2003. Este argumento es poco persuasible, ya que la mayoría requerida sigue sin ser mayor a la requerida para la aprobación de leyes ordinarias. En comparación, es más difícil aprobar una ley de amnistía, que requiere la mayoría de dos tercios (artículo 150.17 constitucional).

contenido *material* de la misma.¹³⁵

4.1.1.1 Sentencias C-551 y C-553 de 2003

La primera de las sentencias estableció que aunque no hubiera cláusulas pétreas en la constitución, no se podía concluir que era permitido cualquier cambio a la constitución o a parte de ella que tuviera como resultado la sustitución de la constitución por otra que fuera distinta. De ser así, se desnaturalizaría el poder de reforma constitucional y se iría más allá de la competencia del poder reformador. Pero además, se decidió que al estar vinculados a revisar sólo *vicios de procedimiento*, esta figura incluía también los *vicios de competencia*, que significaba que el Congreso no podía *sustituir* la constitución. Cuando la posibilidad de cambiar la norma fundamental residía en el poder constituyente y no en el Congreso como tal, los límites que el segundo encontraba eran que solamente podía *reformularla*.

La segunda sentencia sostuvo la interpretación de la sentencia anterior también sobre la idea de que la revisión de una reforma incluía el análisis de la *competencia*. Ya que el poder de reforma era un poder constituido, encontraba límites en su propia competencia, estos límites estaban sujetos a control sin que significara que hiciera un control material del acto.

4.1.1.2 Sentencia C-1040 de 2005

La primera vez que se aplicó expresamente la doctrina de la sustitución de la constitución fue cuando la Corte revisó el *Acto Legislativo 02 de 2004*, que establecía en una parte que si el Congreso no expedía la ley de garantías electorales en un término determinado, sería potestad del Consejo de Estado llevar a cabo la reglamentación de la materia.

¹³⁵ Para la selección directa de las sentencias, agradezco al Prof. Leonardo García Jaramillo y al Dr. Rodrigo Uprimny, especialistas en la materia, por su comunicación directa para la selección final. Del mismo modo agradezco al Dr. Roberto Lara Chagoyan por la ayuda en este punto.

En el análisis del acto, se consideró que si un poder distinto pudiera tomar decisiones en lugar del Congreso, la división de poderes sería vulnerado por el simple hecho de otorgar la competencia de dictar leyes un órgano judicial. El resultado material de esta decisión fue la de declarar inconstitucional una parte del *Acto Legislativo*.

4.1.1.3 Sentencia C-588 de 2009

Esta decisión estableció los límites competenciales del poder reformador. Cuando a través del *Acto Legislativo 01 de 2008*, que buscaba que los empleados provisionales no tuvieran que presentar un concurso para permanecer en sus puestos dentro de la carrera administrativa, la Corte determinó esta disposición era inconstitucional. El caso involucraba la relación con los otros poderes y sus competencias, en especial frente al Congreso, que debía someterse sólo al procedimiento y a la no vulneración de la competencia.

4.1.2 Los Estados Unidos de América

Este modelo de casos se da en constituciones que contienen derechos fundamentales y ciertos principios que se consideran fundamentales para el sistema constitucional (como el principio de la separación de poderes o del gobierno democrático), pero que el texto fundamental no los hace intangibles y que el tribunal supremo interpreta la constitución para concluir que tiene facultades de revisión judicial de nivel *máximo* (sin estar permitido expresamente). El máximo órgano judicial se faculta a sí mismo para tener competencia de revisión constitucional y resuelve casos de contradicción entre leyes y constitución y, en ciertos casos, conoce sobre la constitucionalidad de reformas constitucionales que puedan ser contrarias a la constitución.

La Corte Suprema de los Estados Unidos de América es el máximo órgano del poder judicial, de acuerdo a la ley suprema. Sin embargo, el diseño institucional en la constitución no precisa las funciones, integración o facultades de

la misma. Su competencia no fue determinada, sino que fueron distintos actos legislativos los que determinaron su integración, y distintas sentencias las que fijaron las facultades definitivas de este órgano.¹³⁶ Como el órgano encargado de la revisión judicial, la Corte se encuentra incorporada al poder judicial y tiene facultades de revisión judicial en última instancia.¹³⁷

Este órgano lleva a cabo un nivel de revisión judicial *medio*, en el que determina la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas tanto por parámetros *formales* como *materiales* contrarios a la constitución. Además, no existe un órgano específico que tenga el control concentrado de constitucionalidad, por lo que este país cuenta con un sistema de control *difuso* de constitucionalidad. Esto, en la práctica, hace que distintos tribunales revisen tanto la legalidad como la constitucionalidad.

Los dos procedimientos de reforma constitucional con que cuenta este país son agravados. El primero requiere el voto de las dos terceras partes de la Cámara de Representantes y del Senado para proponer las reformas y el segundo requiere las dos terceras partes de los órganos legislativos de los estados para convocar a una convención nacional. Cuando se realizan las propuestas por alguno de los dos métodos anteriores, se necesita de la ratificación de las tres cuartas partes de todos los Estados de la federación o la ratificación de tres cuartos de las convenciones nacionales que se convocarían en los estados.¹³⁸

Por lo que respecta a la primera decisión sobre el control de constitucionalidad y que ocupa uno de los lugares más importantes del tema de la revisión judicial (si no el más importante) es la del caso *Marbury v. Madison*.¹³⁹ Tras esta decisión, bajo los argumentos del juez Marshall, la Corte se autofacultó como árbitro entre las leyes y la constitución.¹⁴⁰

A partir de este fallo, la Corte Suprema tomó un número considerable de

¹³⁶ Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2ª edición, Madrid, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 4.

¹³⁷ Constitución de los Estados Unidos de América, artículo III.

¹³⁸ Constitución de los Estados Unidos de América, artículo V.

¹³⁹ Waldron, Jeremy. "The Core of the Case Against Judicial Review", *op. cit.*, nota 66, p. 1357.

¹⁴⁰ Beltrán de Felipe, *op. cit.*, nota 136, pp. 67-68, 93.

decisiones en las que limitó actos del poder legislativo como del poder ejecutivo. Por un lado, a través de la anulación de leyes y, por el otro, con la limitación de toma de decisiones administrativas respectivamente.¹⁴¹

Este caso fue el parteaguas en la historia de la Corte Suprema y en la historia del constitucionalismo. Con esta sentencia no sólo se estableció el poder de control de constitucionalidad, sino que se declaró, por primera vez, la inconstitucionalidad de una ley de carácter federal por contravenir a la constitución.¹⁴² Utilizando la llamada *cláusula de supremacía*, la Corte tendría que resolver la cuestión de fondo en que debía determinarse si una ley votada por el Congreso, pero no acomodada a la Constitución, podía seguir siendo aplicada y conservar su vigencia una vez comprobada su inconstitucionalidad.¹⁴³

A partir de este caso la idea de la revisión judicial utilizaría como argumento principal el abanderamiento de la *supremacía* constitucional y el deber de los jueces de dar sentido a la norma fundamental. Sin embargo, con su nacimiento y desarrollo también se presentaron decisiones cuestionables que dieron pie al debate filosófico y empírico de este trabajo.¹⁴⁴

4.1.2.1 *Marbury v. Madison (1803)*¹⁴⁵

En esta sentencia James Madison había sido nombrado Secretario de Estado para el periodo de gobierno de Thomas Jefferson en 1801, quien sucedía a John Adams. Sin embargo, antes de la sucesión, Adams había nombrado a Marbury como juez de paz para el condado de Washington justo antes de terminar su mandato, por lo que el documento que lo avalaba como tal no se le había dado antes de que Adams terminara su periodo de presidente.

¹⁴¹ Ibidem, pp. 71-72.

¹⁴² Anteriormente, un número aproximado de 20 leyes habían sido declaradas contrarias a la constitución y posteriormente anuladas. Sin embargo, estas leyes fueron, hasta la sentencia de 1803, leyes de carácter estatal.

¹⁴³ García Belunde, *op. cit.*, nota 115, p. 57.

¹⁴⁴ Beltrán de Felipe, *op. cit.*, nota 136, pp. 69, 97.

¹⁴⁵ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 (1803), United States Supreme Court. El análisis y observaciones desarrolladas en este apartado se realizaron sobre esta versión del caso.

Una vez instaurado el nuevo gobierno, Madison se rehusó a entregar el documento con el que se había elegido a Marbury de acuerdo a todos los procedimientos, por lo que se alegaba que esta negación era contraria a la constitución.

Marbury consideró que este acto era inconstitucional y pidió a la Corte que se expidiera el mandamiento (*writ of mandamus*) para que se otorgara la credencial que diera efectividad al nombramiento de juez de paz. La solicitud presentada a la Corte se fundamentaba en la sección decimotercera de la *Judicial Act* de 1789.

Aunque la pregunta planteada a la Corte era si de acuerdo a su jurisdicción podía emitir el *writ* para que Madison emitiera el nombramiento, no se limitó a resolver lo solicitado en la demanda y entró a decidir sobre la constitucionalidad de la sección de la ley aplicable,¹⁴⁶ bajo la idea de que la ley que facultaba a realizar estos actos era al parecer contraria a la constitución, por lo que el nuevo debate a resolver por la Corte era el de tomar la decisión de aplicar la ley o aplicar la constitución.

La Corte tuvo que responder tres preguntas para resolver el caso: ¿Tenía Marbury el derecho a recibir el nombramiento? De tener el derecho y aceptando que había sido violado ¿las leyes del país le otorgaban un recurso para obtener satisfacción alguna? Si este remedio es reconocido por las leyes ¿es el envío del *writ* por la Corte el remedio adecuado?

La respuesta a la primera pregunta fue que sí. Marbury tenía derecho al nombramiento que reclamaba de acuerdo al acta del Congreso de 1801 sobre el Distrito de Columbia, que establecía que debía haber jueces de paz de acuerdo a lo que el presidente del país decidiera, tal como pasaba en este caso. La Corte determinó que el procedimiento se había cumplido, que por ello la persona tenía derecho al nombramiento y que al no poder ser removido posteriormente al ser irrevocable y no anulable, se le conferían derechos legales a la persona de los que no podía disponerse.

¹⁴⁶ García Belaude, *op. cit.*, nota 115, p. 57.

Sobre la segunda pregunta de si Marbury contaba con algún remedio para defenderse frente a la violación de sus derechos, la Corte determinó que la esencia de la libertad civil otorgaba de manera natural, el derecho de cada individuo a ser protegido por las leyes siempre que fuera lesionado y que el deber del gobierno era otorgar esa protección. Como el problema del caso trataba sobre derechos individuales, los hechos podían ser revisados y debía existir un remedio para compensar la violación del derecho.

Es en la tercera pregunta donde la Corte hace la decisión importante para la idea de la revisión judicial y para el constitucionalismo. Es aquí donde se creó la ruptura en la historia del Estado legal de derecho para pasar al Estado constitucional de derecho. En un primer sentido, la Corte reconoció que el *writ* era los casos en que existía un acto que no respetaba un derecho y que requería del mandamiento a la autoridad para otorgar ese derecho. Al decidir sobre sus poderes de emitir el *mandamus* la Corte aclaró que sus actos no buscaban entrometerse en las facultades del poder ejecutivo, sino decidir sobre los derechos de los individuos. No se trataba entonces de investigar sobre la manera en que los oficiales del poder ejecutivo llevaban a cabo sus funciones, sino de resolver sobre casos en que los derechos legales establecidos por actos particulares del Congreso y los principios generales del derecho estaban involucrados.

Al resolver se analizó primero la ley en el caso (*Judicial Act*). Primero se reconoció que ésta no establecía expresamente la obligación del secretario de Estado de enviar el nombramiento, pero que aún así estaba obligado a entregarlo porque éste se le daba por la persona facultada para ello (el presidente), por lo que ahora debía determinar si tenía la facultad de solicitar el *writ* de acuerdo a la constitución y a la ley en cuestión. En el segundo aspecto la ley autorizaba a la Corte a emitir *writs of mandamus* a cualquier tribunal o cualquier persona que desempeñara cargos públicos bajo la autoridad del país.

Lo primero a ser determinado por la Corte fue su jurisdicción, en la que determinó que para este caso funcionaba como jurisdicción de apelación, por lo que para poder emitir el *writ*, este debía ser una de las posibilidades dentro de

este tipo de jurisdicción. Sin embargo, los jueces reconocieron que emitir un *writ* era un asunto de jurisdicción original porque sus efectos eran iniciar un procedimiento al ser el primer acto de requerimiento a una autoridad y no la revisión o corrección de uno ya iniciado por otro tribunal. Con este resultado, aquello que autorizaba la ley del Congreso parecía no ser permitido por la constitución. Si la contradicción era cierta, la ley sería inconstitucional y los deberes contenidos en ella no serían obligatorios para la Corte.

Aquí se realiza el quiebre que cambia la manera de pensar el sistema constitucional de este país. Al determinar que una ley, aún de carácter federal, se contraponía a la constitución, la mayoría de la Corte, liderada por el juez Marshall, cambió el paradigma con el que se entendía la relación entre el poder legislativo y el poder judicial. Marshall reconoció el derecho originario del pueblo a determinar su propio gobierno a través de sus decisiones como uno de los principios fundamentales de su sistema constitucional. Este derecho se manifiesta estableciendo distintos principios que se encausan para lograr la felicidad del pueblo estadounidense y, como derecho originario, debía considerarse permanente.

El fallo trasciende la resolución del caso particular, sobre la posibilidad de emitir el *writ of mandamus* para resolver el caso de Marbury, para entrar al plano general del papel que juega la constitución en una democracia constitucional. La Corte reivindicó el nivel de la constitución, reconociendo su supremacía frente al resto de las leyes y reconociendo también su permanencia frente a los medios ordinarios de creación (o reforma) legislativa. Ahora, bajo esta doctrina, toda ley que fuera contraria a la constitución debía ser inválida.

La supremacía de la constitución fue situada como un principio fundamental de la sociedad estadounidense que daba al poder judicial la facultad de *decir qué es el derecho*.¹⁴⁷ Al aplicar la regla a casos concretos, debía exponer e interpretar la regla y, en caso de ser contraria a otra, decidir cuál de las dos prevalecía. En el caso de ser la constitución y una ley aplicables a un caso, la Corte debía realizar

¹⁴⁷ Principio establecido bajo la famosa frase: “*It is emphatically the duty of the Judicial Department to say what the law is*”.

la misma operación, favoreciendo a la constitución, ya que si se apoyaba a la ley, se contradecía en ese momento a la teoría sobre la que se cimentaban los principios constitucionales fundamentales. Resolver de otra manera implicaba, en la práctica, aceptar que un acto inválido de acuerdo a esos principios, era válido en la realidad y que el poder legislativo podía hacer lo que quisiera, aún estando prohibido, otorgándole una omnipotencia real con poderes ilimitados aún frente a las disposiciones que establecían lo contrario. Por ello, si los jueces tenían el poder pleno para analizar la constitución, no era coherente ni aceptable pensar que tuvieran prohibido utilizar una parte de ella. Si este instrumento era una regla para que los poderes constituidos se comportaran de cierta forma, actuar de manera contraria era reducir este principio a la nada.

Los efectos prácticos fueron los de rechazar la pretensión de Marbury. Sin embargo, los efectos generales para el sistema constitucional de los Estados Unidos y del constitucionalismo en general fueron mucho mayores. Tras la invalidez de la *Judicial Act*, la práctica de la revisión judicial frente a leyes federales permaneció casi sin aplicación durante 60 años, donde sólo dos leyes fueron invalidadas (la segunda en el caso *Dred Scott* en 1857). Sin embargo, en los años siguientes, y hasta la segunda guerra mundial, el número aumentó a 77 casos de invalidación de leyes por contravenir la constitución.¹⁴⁸ Esta práctica de control de constitucionalidad se volvió común en este país, aun cuando esto representara muchas veces un dilema controvertido sobre los límites de acción del poder judicial frente al resto de los poderes constituidos.

4.1.2.2 *Brown v. Plata* (2011)¹⁴⁹

Otra sentencia que muestra la posibilidad de la Corte de excederse, pero con un resultado distinto al del caso anterior, es el caso de *Brown v. Plata*, donde por

¹⁴⁸ García Belaude, *op. cit.*, nota 115, p. 58.

¹⁴⁹ *Brown, Governor of California, et. al. v. Plata, et. al. Appeal From the United States District Courts for the Eastern and Northern Districts of California, United States Supreme Court, No. 09-1233, May 23 2011.* El análisis y observaciones desarrolladas en este apartado se realizaron sobre esta versión del caso.

cuestiones de constitucionalidad, el órgano supremo del poder judicial tomó la decisión de reducir la población de una prisión en 46,000 reos en dos años, obligando al Estado a una posible liberación de los mismos. Tal como en el caso anterior, el centro pareciera ser una cuestión administrativa, con vinculación a una norma a la que aparentemente debiera hacerse control de constitucionalidad. Sin embargo, esta ocasión los jueces procedieron de manera distinta, actuando frente al poder ejecutivo y utilizando para esto al poder legislativo.

El caso que fue decidido por la Corte, el 23 de mayo de 2011, fue el resultado de dos recursos interpuestos a través de dos *class-action suits*,¹⁵⁰ que reclamaban la solución a la condición en que se encontraba el sistema penitenciario en el Estado de California, principalmente respecto de los problemas de salud, de sobrepoblación y de falta de atención médica (tanto física como psicológica) a los reos de las prisiones. El primero de los recursos se interpuso en 1990 (*Coleman v. Brown*) y el segundo en el 2001 (*Plata v. Brown*). Ambos trataban las condiciones de las prisiones y solicitaban un remedio adecuado para proteger sus derechos constitucionales bajo la octava enmienda.¹⁵¹ Las cortes de distrito que resolvieron en primera instancia lo hicieron a favor de los peticionarios reconociendo las deficiencias del sistema penitenciario causadas por la sobrepoblación.

Tras los fallos favorables, los demandantes se apoyaron en el Acta de Reforma de Litigio Penitenciario (*Prision Litigation Reform Act*) –PLRA por sus siglas en inglés- para llevar sus casos a un panel de tres jueces que decidió a favor de ellos.¹⁵² El fallo ordenó al gobierno de California a reducir la población de reos para intentar remediar las violaciones constitucionales provocadas por la

¹⁵⁰ La “*class action*” es un recurso o demanda que se presenta frente a una corte por múltiples sujetos que la suscriben. Este medio funciona como un recurso colectivo para una clase determinada de sujetos.

¹⁵¹ La octava enmienda, parte de la *Carta de Derechos* de la constitución estadounidense, establece la prohibición al gobierno de imponer fianzas excesivas o penas crueles e inusuales (*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*).

¹⁵² La PLRA permite el establecimiento de una corte de tres jueces para determinar como último recurso el límite de población de una prisión, cuando “ningún otro remedio pueda solucionar la violación” resultado de la sobrepoblación.

sobrepoblación y las carencias del sistema de salud y asistencia médica. Sin la reducción de la población, de acuerdo al panel de los tres jueces, las violaciones no cesarían *de ninguna otra manera*.

La pregunta que se presentó en el debate fue si la PLRA autorizaba en realidad al poder judicial a intervenir de esta manera sobre una determinación administrativa tomada por el poder ejecutivo o si la interpretación y uso de esta por la Corte de Distrito y la aprobación de la Corte suprema había ido más allá de lo que estaba facultada a hacer. Para justificar la orden de disminución de la población penitenciaria se dijo que aún con el mandato frente al poder ejecutivo a que realizara un acto en particular dentro de la esfera administrativa de su competencia, el mandato le dejaba suficiente flexibilidad para hacer caso a la orden y para determinar quién y cómo sería liberado.

La votación obtenida en el pleno fue una votación dividida. El fallo a favor de los demandantes se dio por 5-4.¹⁵³ El caso resolvió los otros dos anteriormente presentados en las cortes de distrito. La mayoría consideró que los tratos y las condiciones que se presentaban en las prisiones de California eran inconstitucionales, que estas lo habían sido durante muchos años y que permanecían así desde entonces.

El argumento del Estado era que la Corte de Distrito había ido más allá de las facultades otorgadas por la PLRA (que facultaba para resolver así), por lo que era discutible su constitucionalidad y se consideraba razonable (si no era como tal un deber) valorar si el contenido de la ley era acorde a la constitución. Sin embargo, la mayoría concluyó que como el poder ejecutivo podía disponer de los mecanismos y medios para lograr la disminución de la sobrepoblación, no se afectaba su esfera de actuación, aun cuando si el Estado no redujera la población, los efectos serían la liberación de un número determinado de reos que no habrían terminado de cumplir su condena.

Si hay violaciones obvias a la constitución, determinó la mayoría, no pueden

¹⁵³ Por el voto de la mayoría, los jueces: Kennedy, Ginsburg, Breyer, Sotomayor y Kagan (con la opinión de la Corte realizada por el juez Kennedy). Por el voto de la minoría, los jueces: Scalia, Thomas, Alito y Roberts (con dos opiniones disidentes; una realizada por el juez Scalia, en la que el juez Thomas se adhirió, y una realizada por el juez Alito, a la que el juez Roberts se adhirió).

pasarse de largo, por lo que esta salida, como el *único* recurso posible para dar respuesta al problema de los derechos de los reos, del problema de salud y del cumplimiento de los deberes del Estado de California, debía llevarse a cabo. Por eso aún reconociendo el riesgo de la medida y de ésta con la población de California, se determinó que actuar “*de acuerdo a la constitución*” y de proteger derechos de los prisioneros era una prioridad, independientemente del resultado que causara.

Por otro lado, el voto de la minoría muestra el reproche claro al argumento de la mayoría al reconocer el exceso de la Corte respecto de los límites de su ámbito de competencias a la luz de la constitución. Para los jueces de la minoría, la mayoría había olvidado las limitaciones constitucionales tradicionales de los jueces federales, así como las limitaciones que funcionan como cimientos del poder de los jueces reconocido en el artículo III constitucional, llevando a las cortes federales mucho más allá de su capacidad institucional.

El juez Scalia reconoció que los efectos de la decisión de la Corte significaban auto facultarse para tomar decisiones sobre el sistema penitenciario. Criticó las bases y testimonios en los que se basaron y su capacidad para tomar una determinación sobre el sistema penitenciario, reconociendo que esas decisiones debían dejarse para los poderes ejecutivo y legislativo y que en este caso se requería de la auto-limitación de la Corte (*policy of judicial restraint*). Una orden de liberación, explicaba Scalia, era completamente contraria a los principios de separación de poderes establecida en aquella jurisprudencia.

La minoría consideró que la Corte se había agrandado a sí misma y que se había arrogado facultades que no tenía sin más bases legales que “*porque la Corte lo dice*”. La actuación de la Corte implicaba un serio conflicto entre los poderes constituidos por el uso que se había dado a la legislación, el sentido de la decisión y los efectos de la misma¹⁵⁴

¹⁵⁴ Al final de su voto disidente, el juez Scalia concluye con dos enunciados que reflejan la tensión y conflicto de la extralimitación de los jueces: “*Por las razones que he expuesto, las órdenes estructurales, especialmente las órdenes de liberación de prisioneros, acarrear graves preocupaciones sobre la separación de poderes y tuercen significativamente el rol histórico y la capacidad institucional de las cortes; La orden de la Corte de Distrito... está prohibida por la PLRA,*

Por su parte, el juez Alito consideró, que la constitución no autorizaba a los jueces federales a dirigir sistemas penales estatales sino que este tema correspondía al Estado para decidir dentro de su competencia. También consideró que la protección de la octava enmienda, como restricción a la autoridad de los Estados, era limitada y que aún cuando las cortes federales fueran responsables por mantener el estándar de ésta, la decisión de este caso iba más allá del alcance de las cortes. Así, la Corte de Distrito se había excedido y la Corte Suprema no había cumplido su labor de establecer el balance entre los poderes.

4.2 El subtipo de autolimitación de los tribunales

En este subtipo, a diferencia del modelo y del subtipo anteriores, la constitución no establece cláusulas de intangibilidad ni la facultad expresa de revisar la constitucionalidad del orden constitucional (en los dos niveles de este estudio), pero además, ante el silencio de la constitución, el poder judicial se abstiene de revisar la constitucionalidad de las leyes o de las reformas constitucionales (según el caso).

En estos países no se cuenta desde luego con un tribunal constitucional, ya que se considera que no debe dejarse la facultad de revisar las decisiones soberanas del poder legislativo o del poder reformador a un grupo de jueces. Ante la posibilidad de autofacultarse, el tribunal supremo decide limitarse (*self-restrain*) para que sea el poder legislativo el que se encargue de llevar el debate y control de los actos legislativos y la toma de decisiones políticas.

4.2.1 Irlanda

Este caso presenta una dualidad muy interesante. Por una parte, para el nivel *medio* de revisión judicial, la constitución reconoce que el poder judicial tiene la

además de que desafía toda concepción sana del papel adecuado de los jueces". La traducción es mía.

capacidad de establecer la validez de las leyes de acuerdo a la constitución, otorgándole el poder de revisar la constitucionalidad de las leyes. Pero por otra parte, ante la opción de llevar a cabo el nivel *máximo* de revisión judicial, la Corte Suprema se ha abstenido de hacerlo. Los argumentos y la aproximación de este caso son muy importantes porque se justifican en la soberanía popular sobre el resto de los argumentos posibles.

La Corte Suprema es parte del poder judicial, con la estructura de una corte de apelación en última instancia, que tiene la obligación de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes una vez que el presidente se lo solicita (artículo 26.1). La importancia de esta disposición es que si la mayoría de la Corte considera que la ley votada y aprobada por las cámaras es contraria a la constitución el presidente debe desistirse de firmar el acto (artículo 26.3.1).

La revisión de la constitucionalidad de las leyes se establece en la constitución de manera que (artículo 34.3.2) sólo la *Alta Corte* tiene la capacidad de invalidar las leyes contrarias a la constitución y la Corte Suprema puede revisar estas decisiones bajo su jurisdicción de apelación, con la facultad de resolverlas en última instancia, constituyendo un sistema *semi-concentrado* de control de la constitucionalidad porque sólo los órganos máximos pueden revisar estas leyes, cada uno con la procedencia que la constitución les otorga, aunque se dé en dos órganos y no en uno como tradicionalmente sería (artículo 34.4.).

De esta manera, se aplican parámetros tanto *formales* como *materiales* para la revisión a nivel *medio*, pero no se lleva a cabo la revisión en su nivel *máximo*.

El sistema constitucional de este país tiene un procedimiento de reforma de la constitución flexible. La primera disposición referente establece que cualquier parte de la constitución puede ser reformada, sea por variación, adición o revocación (artículo 46). Esto parece mostrar que no sólo se carece de cláusulas de intangibilidad en la constitución, sino también que ninguna norma constitucional funciona como límite material o sustantivo.

El procedimiento formal de reforma establece que una propuesta de

reforma debe ser simplemente aprobada por las dos cámaras del Parlamento Nacional (Cámara Baja y Senado) para que después de esto sea sometida al voto del pueblo a través de un referéndum (bastando la mayoría simple para que la reforma se apruebe). No se requiere nada más para realizar la reforma, ni interviene en ningún momento la Corte Suprema en el procedimiento, dejando todo a la participación y al derecho de decidir de los ciudadanos.

4.2.1.1 Caso *The State (Ryan) v. Lennon*

Este caso es considerado como el caso paradigmático de la revisión judicial (de la postura del *self-restrain* adoptada por este país) entre la doctrina relacionada con el caso irlandés por presentarse como la primera oportunidad de declarar inconstitucional una reforma constitucional y de haberse abstenido de ello.¹⁵⁵

En este caso (1934), se discutía sobre una reforma hecha a la constitución de 1922 que permitía a personas que no eran jueces resolver casos con facultades del poder judicial (seleccionados sin apearse a la constitución). Entre otras cosas, estos individuos podían sentenciar a cualquier persona sin límites, ni siquiera el del grado de las sentencias, pudiendo sentenciar a muerte a los acusados sin respetar las garantías del debido proceso.¹⁵⁶

Ya en este entonces uno de los jueces de la Corte Suprema (Hugh Kennedy) se opuso a la votación mayoritaria de permitir la reforma y advirtió que ésta era contraria al Estado de derecho y a los valores encerrados en la constitución misma, aunque su voto solo no fue suficiente para iniciar un precedente que bien podría haber significado el inicio del control de constitucionalidad al nivel *máximo*. La reforma implicaba la negación de la constitución y la transformación o revocación de la misma. Esto sirvió para que la idea y la estructura de la constitución se desarrollaran a favor de la política y no de la revisión judicial.

¹⁵⁵ Jeffrey Jacobsohn, *op. cit.*, nota 115; Cahillane, Laura, *op. cit.*, nota 115. También ver la página oficial de la Corte Suprema en el apartado de decisiones importantes (*Important Judgments*), donde se encuentra este caso.

¹⁵⁶ Jeffrey Jacobsohn, *op. cit.*, nota 115, p. 465.

El caso determinó que una reforma a la constitución, como un procedimiento legislativo, debía ser acorde al procedimiento formal que establecía la constitución.¹⁵⁷

4.2.1.2 *El caso de los servicios abortivos fuera del país*¹⁵⁸

La controversia se presentó con la aprobación de la enmienda número 14 que establecía el derecho a la información sobre los servicios de aborto que eran permitidos legalmente fuera del país. Este caso es fundamental porque se presentó en el contexto de una nueva constitución (1937) diferente a la que se tenía como marco normativo del caso anterior. Lo que es sorprendente es que con una nueva constitución y con una diferencia de 60 años entre un caso y otro, el resultado entre la decisión anterior y ésta sea tan parecido.

La nueva constitución intentaba poner en primer plano al *pueblo como los titulares reales de la constitución*, y con esta premisa introducía el mecanismo de reforma a través de referéndum explicado más arriba.¹⁵⁹

El problema era que esta nueva disposición parecía ser inconstitucional por ir en contra de la octava enmienda que había establecido el derecho a la vida del no nacido. La contradicción era inevitable, se alegaba, por lo que debía ser considerada como inconstitucional y ser desechada del orden constitucional por ser contraria también al derecho natural y a los principios contenidos en la constitución. Pero aún cuando la Corte reconoció que la contradicción posiblemente existía y que la nueva enmienda probablemente era, desde una perspectiva, opuesta al derecho natural, la Corte tenía que respetarla por ser *la expresión legítima de la voluntad del pueblo*, por lo que la soberanía popular se colocó como el elemento supremo del orden constitucional por sí mismo.¹⁶⁰

Esta postura se repitió en al menos en otro caso en el que se consideró que

¹⁵⁷ Ibidem, p. 466.

¹⁵⁸ Article 26 and the Regulation of Information (Services outside the State for the Termination of Pregnancies) Bill 1995 [1995] 9 IESC 38. Ver su descripción en Jeffrey Jacobsohn, *op. cit.*, nota 115, pp. 467-470.

¹⁵⁹ Jeffrey Jacobsohn, *op. cit.*, nota 115, p. 467.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 468.

el pueblo tenía la autoridad máxima en el Estado y que sus decisiones eran definitivas, aun cuando estas enfrentaran por sí mismas problemas de adaptación a la constitución vigente en ese momento. Así se consideró que: “*Ningún órgano del Estado, ni siquiera la Corte, es competente para revisar o nulificar una decisión del pueblo*”, y también que “*La voluntad del pueblo expresada en un referéndum sacrosanto y libremente otorgado para la reforma de la constitución no debe ser obstruida. La decisión es de ellos y solamente de ellos.*”¹⁶¹

5. Observaciones de los casos comparados

La primera observación en el caso de Alemania es que su idea de proteger la soberanía popular a través de cláusulas de intangibilidad (como una clara oposición al poder de reforma constitucional), nos permite preguntarnos: ¿es en realidad posible cambiar en algún momento determinado el contenido material de la constitución alemana bajo el argumento de la soberanía popular? ¿Puede salir del precompromiso indeterminado en el tiempo al que parece estar sujeto permanentemente que obtuvo hace más de seis décadas?

La respuesta es que no. Al menos no jurídicamente. Ante la obligación del TCFA de proteger el núcleo duro constitucional, no es posible modificar la constitución ni siquiera bajo el argumento de la soberanía popular. El procedimiento de reforma constitucional que apela al derecho originario de autodeterminación del pueblo no es suficiente en realidad y la Ley fundamental se constituye como una norma cerrada al cambio. Como alternativa queda lo que algunos autores consideran como la única manera de disponer de este núcleo duro: sería a través del poder constituyente originario, como la secuela de una *revolución*.¹⁶²

Como caso análogo está el caso de Estados Unidos, que aun con la diferencia sustantiva de no contar con cláusulas pétreas y contar con un

¹⁶¹ Ibidem, p. 469. Sobre la decisión del caso Hanafin v. Minister of the Environment, [1996] 2 ILRM 61, 183.

¹⁶² Aláez Corral, *op. cit.*, nota 122, p. 52.

procedimiento de reforma constitucional que pareciera abierto al cambio, presenta un procedimiento tan agravado que lo vuelve casi imposible de funcionar (como se mencionó al principio y se explicó en el apartado correspondiente arriba en el punto 4.1.2). Por esto, esta también es una constitución cerrada al cambio. Una constitución que nació en 1787 y que, con sus 224 años se ha abierto al cambio en sólo 18 ocasiones (la última enmienda tardó más de 200 años en concretarse).

La posición de las constituciones cerradas al cambio (sea por intangibilidad de su contenido o por cláusulas procedimentales de intangibilidad, como hemos visto) es la más criticada desde la óptica del desacuerdo y del argumento de la apuesta por la política. Estas constituciones pretenden prolongarse en el tiempo indefinidamente (como la estadounidense) y resultan en un hecho simple pero peligroso. Las constituciones no pueden cambiar su contenido, independientemente de la evolución de la sociedad si esto implica *“ir en contra de la voluntad de los padres constituyentes”*.

Los cambios que serán posibles, serán sólo aquellos que no sean contrarios a este contenido expresado por quienes vivieron hace más de 90 años (caso de México, por ejemplo). En realidad, la revisión judicial en nivel máximo hace que los cambios sean posibles sólo si son acordes a lo que los jueces digan que es la sustancia intangible de la constitución.

Es una realidad que el sistema jurídico y el control de la constitucionalidad en su nivel máximo atiende a razones históricas; la Ley Fundamental alemana es sin duda una respuesta directa a los eventos de las dos guerras y a la necesidad de resguardar los valores del orden constitucional y de garantizarlos definitivamente (esto a través del tribunal constitucional). Sin embargo, la Alemania de la posguerra no permanece igual hasta ahora. La Alemania de los 60 años después es, como muchas de las sociedades actuales, una sociedad plural integrada por distintos sectores y puntos de vista. Es precisamente un caso como este, donde pudiera pensarse una sociedad como las descritas por Waldron, donde debe preguntarse ¿qué tan viable es sujetarse de manera determinante a las decisiones de las generaciones anteriores? En especial cuando estas no son

constitucionalmente cambiables.

Es cierto que el contexto debe tomarse en cuenta. Que las experiencias del pasado no deben de olvidarse y que debe de buscarse la forma de proteger a la sociedad democrática resultado de ese pasado (incluso a través de un tribunal constitucional). Sin embargo, lo que parece incoherente incluso en casos como el de Alemania, es que el diseño se eche a costas la posibilidad de que sean los representantes quienes puedan tomar decisiones que pudieran ser debatibles. El pasado no justifica sacrificar el derecho de autodeterminarse. El paternalismo estatal no debe ser permanente; la acción de protección a evitar hechos como los de la Alemania nazi no justifica el encarcelamiento de la decisión popular. Lo menos que una sociedad debería tener garantizado es la posibilidad de decidir deliberativamente, incluso aceptando a un tribunal que evaluara el procedimiento establecido para el cambio.

El argumento es en contra de la intangibilidad de los contenidos de la constitución; al menos de los derechos fundamentales. Las constituciones, en su carácter normativo, deben reflejar la dinámica de la sociedad. El piso mínimo debe ser la posibilidad de deliberación, independientemente de los demás medios establecidos para proteger a la constitución.¹⁶³

La segunda observación pasa a la dimensión de la revisión judicial. El caso de Colombia muestra que la revisión judicial en el máximo nivel no requiere necesariamente de la existencia de cláusulas de intangibilidad. Al contrario, aún cuando se tengan mecanismos de reforma constitucional flexibles, el sistema constitucional puede establecer *expresamente* las facultades de revisión judicial al tribunal constitucional.

La autorización expresa de los límites de la revisión judicial es fundamental porque ésta circunscribe al poder revisor a los parámetros expresamente establecidos, tal como sucede en este caso en que se constriñe a la Corte Constitucional a revisar las reformas constitucionales solamente bajo el parámetro procedimental o formal de inconstitucionalidad (aunque en la práctica encontrara

¹⁶³ La propuesta del diseño constitucional abierto y del rol que debe tener los jueces se desarrolla en el último capítulo de la tesis.

la manera de revisar la sustancia).

Facultar expresamente a los tribunales para realizar el nivel máximo de revisión judicial es acorde tanto a la lógica de la supremacía constitucional como de la soberanía popular. Cuando esta competencia se otorga así, se asegura que los jueces constitucionales están actuando de acuerdo a lo que establece la constitución, tal como deben hacerlo en un Estado constitucional. Se abandona entonces el debate y argumento de la autofacultación a través de principios ocultos en la norma fundamental que son extraídos por los jueces, con todos los problemas que esto conlleva. Además, de esta forma es la soberanía popular quien decide la manera de protegerse, y los parámetros en que desea hacerlo (sean solamente procedimentales o sustantivos); así no sólo es posible decidir, sino que la decisión manda.

Como puede observarse en los casos sin cláusulas de intangibilidad ni la facultad expresa de la revisión judicial de nivel máximo (caso estadounidense e irlandés), hay dos salidas posibles. La primera es que sean los jueces quienes decidan qué pueden y qué no pueden hacer, a través de la interpretación que ellos mismos hacen de la constitución. La segunda es que los jueces den esta decisión a los representantes para que decidan, según el procedimiento de reforma que cada país tenga. Es visible entonces la estricta relación del procedimiento de reforma con el nivel de revisión judicial, no solamente como garantías o procedimientos para proteger más la constitución, sino como puntos de balance en el debate entre la supremacía y la soberanía. Por ello los dos principios deben tomarse en serio, no simplemente tomar uno u otro y estructurar el sistema en torno a este.

Un sistema que se tome el balance de los dos principios en serio debería evaluar la posibilidad de decidir, a través de constituciones sin petrificación de los derechos fundamentales, favoreciendo la posibilidad de decidir, y establecer la facultad de revisión judicial de manera en que se deje claro qué puede y de qué manera puede hacerlo el tribunal constitucional al momento de actuar, para seguir la idea de soberanía, pero también para cumplir verdaderamente el mandato de

protección a la constitución, y no a lo que el tribunal interpreta que debe ser la constitución. Decidir que se debe petrificar el sistema y que se debe contar con tribunales fuertes que controlen todo el sistema no es balancear el péndulo. Es salir de él.

Un buen caso que muestra la posibilidad de que un tribunal actúe casi ilimitadamente, es el caso estadounidense. Tal como se vio, una respuesta sencilla encontrada por la Corte Suprema en el caso *Brown v. Plata*, fue que la ley secundaria le facultaba a hacer lo que hizo; que como no se alegó la inconstitucionalidad de esta ley que lo facultaba, no tenía por qué revisarla porque no era la cuestión *principal*. Pero ¿no fue esto lo que hizo el juez Marshall en el caso de *Marbury v. Madison*?

En este caso,¹⁶⁴ la cuestión principal planteada al pleno no obligaba a la Corte a realizar el análisis tan importante que realizó. No obstante lo hizo y evaluó en primer instancia sus facultades de acuerdo a la constitución para terminar invalidando la ley federal que estaba involucrada en el caso y que permitía que la Corte llevara a cabo una acción en relación al poder ejecutivo.

Sin embargo, aun a pesar de las observaciones de la minoría, la Corte no tomó en cuenta las advertencias que se hicieron sobre la extralimitación que podía realizar. Resolver sobre derechos fundamentales no significa tener una carta blanca para hacerlo desde cualquier posición y bajo cualquier circunstancia. Cuando el margen de actuación se dicta por la constitución, debe ser ésta la que permita o limite el trabajo de cada tribunal, aún en el caso de la protección a los derechos fundamentales. Por eso el análisis de constitucionalidad debe ser primario a la resolución del caso. En un caso donde la constitución no da una respuesta expresa al caso en cuestión, pero muestra las tensiones entre los actos de los poderes judicial, legislativo y ejecutivo, la respuesta no debería de ser que los jueces pueden decidir lo que sea, sino lo que expresamente puedan resolver.

En un caso como este, que ha provocado la protesta y crítica de muchos académicos y actores políticos de este país, es inevitable recordar la posibilidad y

¹⁶⁴ El estudio de este caso se encuentra arriba en la sección 3.1.1.

advertencia mencionada por Waldron, de que un asunto tan importante, que fuera sin duda objeto de desacuerdo para la sociedad a la que perteneciera, podría ser resuelto por una Corte, también sobre la base del desacuerdo en una decisión de 5-4.

La otra cara, más cercana a la propuesta de Jeremy Waldron y a la apuesta por la política en la que los tribunales declinan en favor de la soberanía popular, está en el caso de Irlanda, donde la respuesta que la Corte Suprema ha dado a las controversias de control de constitucionalidad y a la tensión conceptual y teórica de la soberanía popular y la revisión judicial ha sido contundente en favorecer a la primera. En esta lógica, se privilegia la idea de que *el pueblo* es quien debe decidir en última instancia sobre las cuestiones más importantes en cada sociedad, en casos tan importantes como el derecho a la vida, el derecho al debido proceso o a la respuesta al aborto, entre muchos otros.

Este último caso muestra el polo opuesto al de la sobrerregulación. El procedimiento de reforma a la constitución irlandesa apoya la idea de que *el pueblo* se sitúa en un constante y cambiante desacuerdo, por lo que no debe negársele la posibilidad de tomar una posición frente a las circunstancias históricas y a la evolución social, económica y política, pero también del cambio o evolución moral de la sociedad misma. Esto difumina sin duda las barreras entre las leyes ordinarias y la constitución, al menos formalmente; se borra o disminuye considerablemente a la supremacía constitucional y a la idea de la rigidez, sin que esto sea necesariamente deseable.

Muchas objeciones pueden hacerse (y se han hecho) sobre las implicaciones que puede tener dar el control de la coherencia del sistema constitucional a los ciudadanos. Pero junto con las críticas deben de presentarse y reconocerse las posibilidades favorables de esta propuesta. La libertad que da la Corte abre sin duda la puerta a que las nuevas circunstancias de la vida natural de una sociedad sean impactadas en el ordenamiento jurídico al momento en que se están viviendo, aun cuando una disposición establecida décadas antes pueda entrar en conflicto o presentar tensiones con la nueva disposición. Al final, las

decisiones se dan a los ciudadanos para que lleven las riendas de sí mismos sin ser cuidados por un órgano diferente a sí mismos; al final, los errores y aciertos que les afectarán a ellos, son decididos sólo por ellos, y no por los jueces de su máximo tribunal.

No hay una sola respuesta sobre el tema, sino que el estudio de casos permite mostrar diferencias sustanciales entre unos y otros. El estudio empírico contribuye para ver la manera en que las posturas se pueden configurar en la realidad y los resultados y problemas que cada una tiene. Esto, como se verá en el siguiente capítulo, se refleja en el caso mexicano.

Capítulo III: El caso de México a la luz del debate de la democracia constitucional

1. Introducción

Tras haber explorado, por una parte, el debate teórico que rodea a la democracia constitucional y las distintas posturas que lo conforman y, por otra parte, la manera en que distintos países han respondido a esta discusión de manera empírica y de comprender los diferentes modelos que se pueden encontrar en los casos estudiados, es necesario abordar el caso central de este trabajo que corresponde a la respuesta que se ha dado en México a la tensión de la democracia constitucional.

El problema de la tesis se presenta cuando el dilema teórico llega a casos empíricos particulares en el que una decisión de considerable importancia jurídico-política tiene que ser tomada sobre estos presupuestos teóricos, sin que alguna de las dos posturas haya sido adoptada de manera definitiva. El caso contemporáneo del nivel *máximo* de revisión judicial fue el *Amparo en Revisión 186/2008*, en el que a principios del 2008 la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (la Corte) atrajo un número de juicios de amparo interpuestos por distintas empresas y particulares en contra de la reforma constitucional electoral del 2007, alegando su inconstitucionalidad tanto *formal* como *material*. Los amparos provocaron la discusión en el pleno de si era posible la revisión de los actos del poder reformador de la constitución por parte del tribunal constitucional; es decir, si la Corte estaba facultada para resolver en el máximo nivel de tensión del debate teórico.

Pero además, por su cercanía temporal, por su relevancia y por mostrar también el grado *máximo* de tensión en el debate y de la revisión judicial en sí misma, el caso que provocó el estudio y construcción de este trabajo al reavivar la discusión del rol de los jueces constitucionales es el *Amparo de los Intelectuales (Amparo en Revisión 2021/2009)*, que fue resuelto este año por la Corte y que

contribuyó de manera considerable al fortalecimiento del debate de la revisión judicial. Esta es la decisión central más reciente sobre la materia que la Suprema Corte ha resuelto en México.

Este caso resultó en la toma de postura de la Corte y en el posicionamiento del caso mexicano en una de las categorías que se utilizaron en el capítulo anterior. Pero aún con el valor que se debe dar a este caso en particular, es necesario mostrar que el debate de este tema en México había surgido ya hace tiempo en la resolución de otros casos, que no deben dejarse de lado. Por esta razón, antes del análisis del “*Amparo de los Intelectuales*” se estudiarán las decisiones que fueron relevantes anteriormente en el tema sobre la revisión judicial de la Corte y de sus límites frente al control de la reforma constitucional.

El debate teórico hace eco en el debate mexicano:¹⁶⁵ en el plano conceptual existe la postura de que en la democracia mexicana debe existir un control constitucional de los cuerpos representativos porque la soberanía se encuentra acotada por el marco de la constitución;¹⁶⁶ mientras que en el plano práctico actual, también se considera deseable que este control se lleve a cabo por la Corte, aunque se advierte la imposibilidad de llevar a cabo este control por la falta de una disposición expresa en la constitución que faculte a los jueces constitucionales.¹⁶⁷ A través del argumento de la violación de la libertad de expresión por la reforma electoral 2007, las opiniones se encuentran divididas; unas a favor de la idea de la vulneración de este derecho,¹⁶⁸ mientras que otras a

¹⁶⁵ Para comprender las distintas posiciones de una parte importante del debate en México ver Astudillo, César y Córdova Vianello, Lorenzo (Coords.). *Reforma y Control de la Constitución. Implicaciones y Límites*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011. Esta no es toda la literatura importante sobre el debate, por lo que se hará referencia al resto en el apartado que corresponda.

¹⁶⁶ Woldenberg, José. 2007. *La Corte en democracia*, Periódico Reforma, en: <http://www.reforma.com/editoriales/nacional/779504/> o <http://www.cencos.org/es/node/13726>

¹⁶⁷ Salazar Ugarte, Pedro. *Desamparados*, Periódico El Universal, 2011 en: <http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/51491.html>

¹⁶⁸ Aguilar Camín, Héctor. *Amparo de los intelectuales, algo para discutir*, Milenio, 2011, en <http://impreso.milenio.com/node/8905111>; Reyes Heróles, Federico Jesús. *De miedosos y siniestros*, Reforma, martes 1 de febrero de 2011; Roldán Xopa, José. *Libertad de Expresión y Equidad ¿La Constitución contra sí misma?*, México, Cuaderno número 38, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Noviembre 2010.

favor de la inexistencia de la violación.¹⁶⁹

La estructura de este capítulo estudia cronológicamente las principales decisiones de la Corte en los distintos asuntos relacionados con este debate. El primer caso a analizar será el *Amparo en Revisión 1334/98* conocido como “*Amparo Camacho*” (por el nombre del quejoso). El segundo caso es la *Controversia Constitucional 82/2001* conocida como el “*Caso San Pedro Quiatoni*” (por el actor de la controversia). El tercer caso es la *Acción de Inconstitucionalidad 168/2007 y su acumulada 169/2007*. El cuarto será el *Amparo en Revisión 186/2008*. Por último, se analizará el *Amparo en Revisión 2021/2009* conocido como el “*Amparo de los intelectuales*”, caso que se sitúa como la decisión principal de este capítulo por su relevancia frente al debate de esta tesis y por su valor coyuntural.

Cada caso es primero descrito y luego analizado a la luz del debate teórico, por una parte, y a la luz del marco empírico del orden constitucional mexicano, por la otra. Al final del capítulo se muestra un análisis general del caso mexicano y se intenta posicionar en el marco conceptual del segundo capítulo. Antes de realizar la descripción y análisis de los casos se explica brevemente el procedimiento de reforma constitucional en México ya éste es el marco orientador para comprender las reflexiones de los jueces y el contenido del debate sobre los límites de la revisión judicial.

2. El procedimiento de reforma constitucional del artículo 135 constitucional

El artículo 135 de la constitución contiene el procedimiento constitucional al que se deben someter todos los actos que pretendan adicionar o reformar el máximo ordenamiento del sistema constitucional. El precepto constitucional establece que:

¹⁶⁹ Asociación Mexicana de Derecho a la Información (AMEDI). 2008. Carta dirigida a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a razón del amparo frente a la reforma electoral 2007, en: http://www.amedi.org.mx/sitio_anterior/spip.php?article1304&debut_articles_auteur=1540&debut_articles_rubrique=25; Trejo Delarbre, Raúl. 2008. *Inquietos intelectuales*, en *etcétera*, consultado en: <http://www.etcetera.com.mx/articulo.php?articulo=1631>; Murayama, Ciro. 2011. *La Corte ante la compra de spots*, Periódico la Crónica de Hoy, en: http://www.cronica.com.mx/nota.php?id_notas=557297.

“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.

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

Este artículo presenta dos problemáticas principales. La primera es que no establece a los sujetos facultados con la iniciativa de reforma constitucional. La segunda es que el artículo 135 tampoco establece si este procedimiento puede ser revisado por la Corte Suprema ni hasta dónde puede modificar la constitución el poder reformador. La redacción del procedimiento de reforma no establece cláusulas de intangibilidad ni autoriza de manera expresa a la Corte para realizar la revisión judicial en el nivel *máximo* (y en este sentido, no menciona tampoco los parámetros sobre los que la habría de llevar a cabo, si solamente *formales* o a también *materiales*).

La respuesta a la primera pregunta fue decidida definitivamente por la Corte, estableciendo que de acuerdo a una interpretación sistemática de la constitución debe entenderse que son los mismos sujetos facultados por el artículo 71 constitucional, sobre el procedimiento legislativo ordinario, aquellos que tengan esta facultad (el Presidente de la República, los Diputados y Senadores del Congreso de la Unión y las Legislaturas Estatales). La respuesta a la segunda pregunta no se ha determinado de manera definitiva por la Corte. Así queda la pregunta de ¿hasta dónde puede reformar la constitución el poder reformador? y sobre todo ¿qué respuesta encuentra el problema de los límites del poder reformador y del papel de los jueces en el control del mismo en México?

La primera aclaración para resolver la segunda pregunta sobre los límites del poder reformador es que, tal como considera parte de la doctrina mexicana y como ha sido reafirmado por la Corte, el poder reformador de la constitución en México debe entenderse como un poder constituido de carácter limitado que está

impedido de *modificar* o *mutar* la constitución (y no como el reflejo o continuación del poder constituyente).¹⁷⁰ No debe olvidarse que el poder constituyente, como poder político ilimitado, existe sólo en el momento constituyente y que desaparece al crear a los poderes constituidos (dentro de los que está el poder de reforma), que son todos limitados.¹⁷¹

Esta idea se relaciona con la primera oración del párrafo primero de este artículo, en el que se establece que la constitución puede ser *adicionada* o *reformada*, sin contemplar como posibilidad la de tomar decisiones que *cambien* o *muten* el contenido de la constitución y que hagan que ésta se transforme en otra.

Parte del debate de este artículo considera que la constitución mexicana contiene límites implícitos formales en el procedimiento de reforma constitucional. Estos límites implican que todas las reformas que se lleven a cabo deben hacerse siguiendo estrictamente el procedimiento establecido en este artículo. Pero además de la dimensión procedimental de los límites, la doctrina ha reconocido que existen también límites implícitos *materiales* que no recaerían en la constitución sino en la Suprema Corte (a través de su interpretación).¹⁷²

Para los efectos de este capítulo, la ausencia de una determinación explícita sobre los límites del poder de reforma es importante porque ha permitido que a través de distintas decisiones la Suprema Corte haya manejado distintas posturas, a veces acercándose al extremo de aceptar el control *máximo* de constitucionalidad típico de la postura constitucionalista, a veces acercándose al extremo de negar la posibilidad de controlar las reformas a la constitución, más próximo al ideal democrático de la soberanía popular.

¹⁷⁰ Cárdenas, Jaime, “Los Límites del Poder de Reforma a la Constitución”, en Astudillo, César, *op. cit.*, nota 165, p. 41. La idea de una modificación sustancial se entiende como un cambio que sea contrario a los principios y valores fundamentales contenidos en la constitución. En esta postura, la función del poder reformador es llevar a cabo y seguir los fines constitucionales aprobados por el poder constituyente originario.

¹⁷¹ Carbonell, Miguel. “Reforma Constitucional: Límites y Controles”, en Astudillo, César, *op. cit.*, nota 165, pp. 27-28. En este mismo libro, ver también los artículos de Rafael Estrada Michel y Jaime Cárdenas, en los que coinciden sobre este aspecto, negando la idea del *Poder Constituyente Permanente*; para la postura de la Corte ver también los amparos 1334-98 y el 186/2008.

¹⁷² Cossío Díaz, José Ramón. “El Amparo en Revisión 186/2008”, en Astudillo, César, *op. cit.*, nota 165, p. 104.

Hasta el momento no existe una decisión definitiva de los límites en el artículo 135. La Corte no ha resuelto el fondo de manera definitiva, ni siquiera en el caso del *Amparo de los Intelectuales*, en donde la posibilidad de abonar al dilema en un caso muy importante que se prestaba para ello, la Corte no conoció del fondo del asunto. El análisis de las decisiones se centrará en dos puntos: primero, la decisión de revisar las reformas constitucionales y, segundo, la decisión de revisarlas sólo por forma o también por contenido.

3. *El Amparo en Revisión 1334/98 (Amparo Camacho Solís)*

El amparo se presentó en contra de la reforma constitucional que se había realizado al artículo 122 de la constitución en el apartado correspondiente a los requisitos para ocupar el cargo de Jefe de Gobierno del Distrito Federal. La reforma prohibía la reelección de aquellos ciudadanos que hubieran ocupado el cargo anteriormente. La decisión final de la Corte se dio el 9 de septiembre de 1999.¹⁷³

Manuel Camacho Solís presentó un recurso de revisión de un amparo interpuesto frente a la Juez de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal el 29 de agosto de 1996. Éste se promovió en contra del Congreso de la Unión, las legislaturas de los Estados de la Federación, la Comisión Permanente del Congreso de la Unión y el Presidente de la República. Este amparo fue desechado por “*notoriamente improcedente*”, por lo que se solicitó la revisión de esta decisión. Una vez admitido este recurso el impugnante solicitó a la Corte que ejerciera su facultad de atracción para que resolviera el asunto en última instancia.

La Corte decidió ejercer esta facultad y revocó el desechamiento de la Juez para que decidiera posteriormente sobre la admisión de la demanda. En esta decisión, se consideró que aún en caso de que una reforma constitucional se hubiera concluido, el juicio de amparo no dejaba de operar y que este *sí* podía ser un medio de impugnación adecuado frente a reformas constitucionales, siempre

¹⁷³ La votación se dio de manera unánime por los once ministros que integraban el pleno.

que se tratara de impugnar el *procedimiento* y no el fondo. Esta regla aplicaría cuando la reforma se hubiera constituido como parte de la constitución, ya que de entenderse de otro modo se dejaría la eficacia protectora del juicio de amparo y se aceptaría que violando las formalidades del artículo 135 constitucional no existiría remedio alguno (*Amparo en Revisión 2996/96*).

Sin embargo, una vez que el caso fue devuelto a la jueza y ésta resolvió por segunda vez, ahora admitiendo la demanda, sobreseyó el juicio porque las elecciones para el cargo de Jefe de Gobierno del Distrito Federal ya se habían llevado a cabo, por lo que incluso dando la razón al quejoso, el hecho que apelaba ya se había consumado de manera irreparable. Así, se reconoció la viabilidad del juicio de amparo para impugnar reformas constitucionales, pero no se amparó al Sr. Camacho porque el acto que se suponía alegaba debía ser protegido (su elección para ese cargo) ya se había llevado a cabo. Fue por la negación del amparo en este segundo momento que Camacho pidió la revisión de la decisión y solicitó la acción de la facultad de atracción a la Suprema Corte. De esta manera el recurso llegó al pleno de la Corte para ser resuelto con el número 1334/98.

Los argumentos del demandante eran desde el principio que “*consideraba que se habían violado principios y procedimientos contenidos en la constitución, que eran parte fundamental del proceso legislativo*”. Con esto, sus derechos de *legalidad y de seguridad jurídica* eran lesionados porque el procedimiento de reforma era ilegal al haber violado el proceso legislativo ya que distintos senadores habían presentado la iniciativa a la Cámara de diputados en lugar de hacerlo a su propia cámara, desvaneciendo la separación del procedimiento (además de presentarse irregularidades en el conteo y forma de votación, como el cómputo de votos y la ausencia de debate y deliberación). También alegó que no se había hecho el cómputo en las legislaturas (esto en los alegatos y no en la demanda).

Camacho aclaró que no se intentaba impugnar el fondo de la reforma (el aspecto *material*) porque reconocía que, a través del artículo 135 constitucional, el poder reformador de la constitución tenía la libertad total de reformar cualquier

contenido constitucional. Impugnó que en realidad el procedimiento de reforma se había seguido como un mero trámite y que había sido una pantalla para no mostrar que la decisión se había tomado previamente y que el procedimiento se había hecho a un lado. Atacaba *el procedimiento* de la reforma constitucional y no el cambio *material* en el artículo 122 constitucional pues sabía que el único modo de impugnar una reforma era por sus vicios *formales*.

Camacho alegó que la Jueza de Distrito había resuelto de manera equivocada porque había desechado el amparo por relacionarlo con el acto relacionado con *el contenido* de la reforma al artículo 122 (la elección consumada de Jefe de Gobierno), mientras que el acto que él reclamaba era *el procedimiento* de reforma como tal y no el nuevo contenido. Lo que en realidad estaba detrás del argumento era que la reforma como tal no se limitaba a las elecciones que se acababan de celebrar, sino a todas las elecciones siguientes en general, con lo que se vería impedido de manera definitiva en todos los periodos siguientes y no sólo el ya concluido. Su intención era echar abajo la reforma para postularse en comicios posteriores, no anular las elecciones que se acababan de celebrar.

El voto mayoritario reconoció el argumento de Camacho al aceptar que lo que se impugnaba, además de las elecciones de 1997 era la imposibilidad de postularse para las próximas elecciones y que se justificaba su posición en virtud de ese hecho, rechazando el razonamiento de la jueza de distrito.

La Corte revocó la sentencia del sobreseimiento que había hecho la jueza, pero decidió que el concepto de violación que alegaba "*la no división de poderes por la presentación de la iniciativa por senadores en la Cámara de Diputados*" era inoperante e infundado porque la iniciativa no había sido presentada por un órgano que careciera de legitimación para hacerlo, sino que además de los senadores había participado el presidente y algunos diputados, por lo que se colmaban los requisitos de competencia. En realidad no se había violado el procedimiento ni se habían contravenido los principios básicos de la deliberación democrática del Congreso, por lo que no se podía aceptar el argumento central del amparo.

También decidieron que no había pruebas sobre las irregularidades en los cómputos de la votación en el Congreso y que incluso existiendo no eran determinantes para modificar la votación (se trataba sólo de la supuesta falta del cómputo de cinco votos en contra de la reforma, aprobada por más de 400) y, finalmente, como el argumento del mal cómputo en las legislaturas había formado parte sólo de los alegatos, no podía ser conocido por los ministros para ser decidido posteriormente (aunque explicaron que independientemente de esto el cómputo sí se había hecho de acuerdo al artículo 135).

Por ello sí se analizó la reforma en su forma, pero simplemente se determinó que los conceptos de violación eran infundados, es decir, que Camacho no tenía razón en lo que pedía y que por ello no podía ser amparado. La justificación de realizar el análisis procedimental fue que la Corte consideró que cuando se impugnaba una reforma constitucional lo que se ponía en tela de juicio no era la constitución como tal, sino los actos que se habían llevado a cabo para integrar el procedimiento legislativo que derivaron en la reforma, por lo que podían ser revisados.

Esta decisión dejaba claro, en este momento, dos premisas muy importantes: la primera, que las reformas constitucionales sí podían ser revisadas en su procedimiento, pero no en su fondo; la segunda, era que el amparo sí era el medio idóneo para impugnar violaciones en este procedimiento. Esto sentaría una primera aproximación a la respuesta de las tensiones de la democracia constitucional en el nivel *máximo* de revisión judicial. Sin embargo, este criterio no fue mantenido de manera posterior, cambiando prácticamente en todo respecto de sus premisas fundamentales, tal como se muestra más adelante.

4. Controversia Constitucional 82/2001 (Caso San Pedro Quiatoni)

La controversia constitucional se presentó por el síndico municipal del ayuntamiento de San Pedro Quiatoni, Tlacolula, del Estado de Oaxaca al fungir como representante del ayuntamiento en contra del Presidente de la República, las Cámaras de Diputados y Senadores y la Comisión Permanente del Congreso

de la Unión, así como contra algunas Legislaturas Estatales. La controversia se utilizó para oponerse a la reforma constitucional en materia de derechos y cultura indígenas que fue publicada el 14 de agosto de 2001 (entrando en vigor al día siguiente). La decisión final de la Suprema Corte se dio el 6 de septiembre de 2002.¹⁷⁴

El argumento de la parte que impugnaba, al igual que en el caso anterior, era que el procedimiento por el que se había llevado a cabo la reforma constitucional había violado el procedimiento del artículo 135 constitucional por no permitir que todas las legislaturas votaran. Además, se alegaba que el cambio constitucional disminuía los derechos de los indígenas de Oaxaca frente al orden constitucional.

El cómputo de los votos de las legislaturas se había llevado a cabo de manera anticipada por la Comisión Permanente del Congreso, recibiendo 17 votos a favor y siete en contra, concluyendo sin el voto de la totalidad de las legislaturas. El argumento era que este voto completo debía haberse esperado porque el procedimiento así lo exigía y que el obtener la mayoría absoluta antes no eximía de esta obligación.

En el fondo, no se estaba de acuerdo con la reforma constitucional porque consideraban que había sido una reforma parcial en materia de pueblos indígenas. En esta no se había cumplido con las obligaciones del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que era obligatorio en esta materia. El tratado obligaba realizar una consulta adecuada con los pueblos indígenas que estaban involucrados que no se había realizado y, aunado a esto, no se habían incluido puntos esenciales de acuerdos anteriores en esta materia que debían incluirse, como los acuerdos de *San Andrés Larráinzar*, que habían sido fundamentales en la negociación con el ejército zapatista.

¹⁷⁴ La decisión se resolvió con el voto de mayoría de 8 a 3. Los ministros que votaron a favor fueron: Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, José Vicente Aguinaco Alemán, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Genaro David Góngora Pimentel y la ministra: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Los ministros que votaron en contra fueron: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón y Juan N. Silva Meza.

Por todo esto, se había violado el artículo 133 constitucional y, además, el procedimiento de reforma constitucional al no tomar en cuenta el Convenio 169 y al no realizar el cómputo completo del voto de las legislaturas. En el caso particular de esta reforma, por la materia y por las obligaciones contraídas anteriormente por el tratado internacional mencionado, al procedimiento normal para reformar la constitución debía sumarse la consulta. Es decir, la consulta debía introducirse como un paso necesario a ser llevado a cabo en virtud del artículo 72, inciso g, constitucional (parte del procedimiento normal de reforma constitucional), que establecía que *“En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites para su formación”*.

De la misma manera en que lo hizo el Sr. Camacho Solís, el representante del municipio oaxaqueño reconoció que no cuestionaba al *“poder constituyente”* en sus facultades soberanas de reforma, sino que consideraba que el mero *procedimiento* había estado viciado. En otras palabras, reconocían una facultad absoluta-soberana de reforma, perteneciente al poder constituyente que llevaba a cabo el poder reformador, pero consideraban que los pasos por los que había sido realizado habían sido incorrectos.

Al resolver, la Corte consideró que debía ver si de acuerdo al artículo 105, fracción I constitucional, podía presentarse una controversia constitucional para resolver el problema del procedimiento de la reforma constitucional. Al analizar este precepto, la mayoría determinó que el poder de reforma, derivado del poder constituyente,¹⁷⁵ no era un órgano contemplado en el artículo 105. El poder reformador, como poder constituido de características especiales y distintas al resto de los poderes constituidos no había sido contemplado en el artículo 105, por lo que no podía utilizarse la controversia constitucional en este caso y debía declararse improcedente.

Otro argumento para rechazar la controversia constitucional fue que el artículo 105, fracción I, establecía que las controversias sólo podían presentarse

¹⁷⁵ La Corte mantuvo la diferencia entre poder constituyente y poder constituido establecida en el *Amparo Camacho*, considerando al poder constituyente como poder único, ilimitado y de carácter político y al poder de reforma como poder constituido, limitado y jurídico, circunscrito a la constitución.

frente a “*disposiciones generales*” que estuvieran en conflicto y no frente a la constitución. Esta distinción de conceptos, según la Corte, implicaba que las primeras no contenían a la segunda y que por lo tanto no se podía revisar la constitucionalidad de la constitución.

El legislador constitucional llevaba a cabo una función “*extraordinaria de órgano reformador de la Constitución Federal*”, que tenía una naturaleza “*exclusivamente constitucional*” que no era equiparable a los órganos constituidos y que “*no era susceptible de control por la vía jurisdiccional*”, sino que “*su último control se encontraba en sí mismo*”. Esta función era soberana y que no se sujetaba a ningún tipo de control externo por apearse a su naturaleza extraordinaria. Si las reformas constitucionales podían ser expulsadas por una controversia constitucional se negaba el ideal de la supremacía constitucional del artículo 133, porque se aceptaba la idea de que una norma ya parte de la constitución en ese momento, pudiera no serlo.

Otro problema, era que, de aceptar la controversia, si un Estado un municipio (como en este caso) impugnara la constitucionalidad y tuviera razón, la decisión sólo tendría efectos “*entre partes*” y la reforma constitucional tendría efectos en una parte del territorio y sobre un número de ciudadanos y no tendría efectos en otro territorio y sobre otros ciudadanos. Este hecho, de nuevo, también sería contrario al principio de la supremacía constitucional y no era aceptable porque su resultado era crear dos órdenes constitucionales distintos.

Esta decisión se ha considerado un error por quienes apoyan la postura de la revisión judicial en un nivel máximo, por considerar al poder reformador con un carácter soberano e ilimitado.¹⁷⁶ Pero también fue rechazada por la minoría de la Corte, quien incluso presentó un voto de minoría manifestando su desacuerdo.¹⁷⁷ La principal diferencia de la minoría era que consideraban que la respuesta al

¹⁷⁶ Cárdenas, Jaime, *op. cit.*, p. 170.

¹⁷⁷ El voto en minoría fue presentado por los ministros Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón y Juan Silva Meza. Por su parte el voto de la mayoría se conformó por los ministros Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, José Vicente Aguinaco Alemán, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Genaro David Góngora Pimentel y la ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

problema se había planteado de manera incorrecta, que en realidad no se estaba analizando si las normas reformadas eran constitucionales al ya estar en la constitución, sino que se analizaba si el procedimiento de reforma había sido constitucional o no. Ante esta diferencia de planteamiento, expresaron, el resultado debía ser el contrario y la Corte debía ser competente para conocer de él.¹⁷⁸

El análisis de esta decisión arroja un primer punto importante. A diferencia del primer caso (*Amparo Camacho*), se decidió que el medio de control (controversia constitucional) era improcedente para impugnar el procedimiento de las reformas y adiciones a la constitución. Sin embargo, aun cuando el medio era distinto, el debate que sostuvo la mayoría se encausó sobre el mismo nivel del debate que apoyó la mayoría en el *Amparo Camacho*. El punto principal fue la discusión acerca de la posibilidad de controlar al poder reformador y de que éste encontraba límites frente a la constitución, aunque el resultado fuera distinto.

El segundo punto a subrayar es que en este caso, se desarrolla el carácter distinto del poder reformador y su naturaleza particular diferente a la de los demás órganos constituidos porque ha sido facultado para reformar y adicionar la constitución e incluso para establecer las atribuciones de los órganos constituidos distintos a él. Este carácter extraordinario lo separa de los otros poderes y le da un carácter soberano que no encuentra ningún tipo de control externo porque la garantía que protegía a la constitución se encontraba en la estructura particular del poder reformador mismo.

Bajo este segundo punto, el caso *Quiatoni* plantea un criterio distinto al primer caso. La diferencia es que en el tema de la posibilidad de realizar reformas constitucionales: las reformas constitucionales no podían ser revisadas ni siquiera en su procedimiento por el carácter soberano del poder reformador.

En este caso, la minoría resaltó que el poder de reforma sólo podía adicionar o reformar la constitución pero no mutarla o transformarla, lo que

¹⁷⁸ Esta decisión resultó en dos tesis de jurisprudencia (tesis 39/2002 y 40/2002) sobre la imposibilidad de realizar la revisión judicial en su nivel *máximo* a través de las controversias constitucionales (improcedencia) en los procedimientos de reforma a la constitución.

implicaba que debían seguir los límites implícitos que permitieran mantener los “*principios políticos y jurídicos fundamentales*” y que permitieran “*introducir gradualmente aquellas reformas que ajusten la constitución a las necesidades de la vida*”. El procedimiento debía cumplir con requisitos que eran expresos y debían ser seguidos tal como eran, pero además, en estos requisitos se contenían también requisitos implícitos que no podían ser suprimidos por el poder de reforma.

En dado caso que las reformas no se hubieran aceptado siguiendo “*substancialmente*” los dos tipos de requisitos, las normas emitidas de ellas no podrían ser consideradas como normas de rango constitucional porque el procedimiento para llegar a ellas habría estado viciado. Las normas no serían válidas porque en ellas no estaría la “*voluntad reformadora de los poderes constituidos a quienes el poder constituyente les otorgó la facultad para adicionar o reformar la constitución*”; en realidad, simplemente se estaría frente a una “*reforma aparente*” que no lo es en realidad. Esto derivaría en la regla de que “*una norma que no cumple con los requisitos de procedimiento no es parte de la constitución*”, que permitiría a la Corte revisar el cumplimiento de estos requisitos por el simple hecho de verificar que los pasos necesarios se hubieran llevado a cabo.

Sobre la improcedencia de las controversias constitucionales, la minoría consideró que la revisión de las reformas no solamente debía permitirse a través del juicio de amparo, sino que también la controversia constitucional (y también las acciones de inconstitucionalidad) servían para defender el orden constitucional de manera íntegra. La minoría consideró que permitir la revisión de las reformas constitucionales sólo a través del amparo limitaba la protección constitucional sólo a la parte dogmática y que se desprotegía la parte orgánica, que era protegida principalmente por los otros dos medios.

5. Acciones de Inconstitucionalidad 168/2007 y 169/2007

La Acción de Inconstitucionalidad fue presentada por los partidos políticos

Convergencia y Nueva Alianza. Este medio se utilizó en contra de la reforma constitucional en materia electoral del 13 de noviembre de 2007. La decisión final se dio el 26 de junio de 2008.¹⁷⁹

El caso había sido presentado el 18 de diciembre de 2007 y fue desechada por la Comisión de Receso del Segundo Periodo de Sesiones de la Corte por ser notoriamente improcedentes. Sin embargo, tras los recursos de reclamación interpuestos al no estar de acuerdo con el desechamiento, el pleno de la Corte revocó la primera decisión de la Comisión de Receso y decidió conocer de las acciones de inconstitucionalidad al no haber motivo manifiesto e indudable de improcedencia.

El partido Convergencia expuso que la reforma constitucional “*atentaba contra las decisiones político fundamentales y los valores supremos del Estado social y democrático de derecho*”. El argumento era que la parte dogmática (de los derechos fundamentales) de la constitución había sido establecida en 1917 a través del congreso constituyente y que las facultades el poder reformador no alcanzaban a la de ir en contra. Este poder, decían, es solamente para modificar o adicionar pero nunca para violentar los principios de la constitución. Los impugnantes pedían la invalidez de la reforma porque era contraria a principios esenciales del régimen democrático como el de las elecciones auténticas y equitativas, el del régimen pluripartidista (convirtiéndolo en un régimen corporativo que limitaba la participación ciudadana y de las fuerzas políticas) y el de libertad de expresión.

El argumento principal era que el establecimiento de una disposición orgánica del control de tiempos en radio y televisión en el artículo 41 constitucional afectaba el principio fundamental de la libertad de expresión. Este argumento es importante ya que en los casos siguientes se continuó revisando este argumento a

¹⁷⁹ El voto de mayoría, de siete votos, se dio por los votos de los ministros: José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo, Mariano Azuela Güitrón, Sergio A. Valls Hernández, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y las ministras: Margarita Beatriz Luna Ramos y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Los votos en minoría se dieron por los ministros: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Ramón Cossío Díaz, Genaro David Góngora Pimentel y Juan N. Silva Meza.

través de distintos medios de control de constitucionalidad. A diferencia de los dos casos anteriores, la queja no versaba sobre el nivel procedimental sino sobre el nivel del contenido sustantivo de la constitución y de la afectación de los principios estructurales de carácter material de la misma. Si bien es cierto que ambos partidos impugnaron la violación del procedimiento de reforma constitucional (se alegó, por ejemplo, la violación del derecho de la garantía de audiencia de los partidos políticos y su participación en el procedimiento de reforma constitucional), el argumento fuerte era la vulneración del contenido sustantivo constitucional. Es así que sobre el argumento de la violación del derecho al sufragio se estableció que:

“El derecho a ser votado es un derecho fundamental de carácter político-electoral, de base constitucional y configuración legal. El legislador ordinario puede desarrollar dicho derecho, en la medida en que no afecte su contenido esencial. La libertad de ser electo implica que todo aquel que pretenda acceder a los cargos públicos, deba contar con las mismas oportunidades de impacto e influencia para alcanzar el poder. Este derecho a ser electo, como parte del derecho a participar en la conformación de la voluntad popular, se complementa con diversas normas del sistema universal e interamericano de derechos humanos, aplicables al sistema jurídico mexicano. La posibilidad de ser votado se funda en el derecho a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas. En consecuencia, en la Constitución no se pueden establecer normas que, de manera irracional, impidan el libre ejercicio del derecho a ser votado.”

Si se permitían las modificaciones orgánicas que se habían aprobado en la reforma, se estaría dando prioridad a la parte estructural de la constitución y se olvidaría a la parte de contenido; se pondría por encima lo orgánico sobre lo dogmático, se pondría al Estado sobre los derechos. Esta fue la postura de ambos partidos en su demanda.

La justificación para revisar estas reformas era que aunque se tratara de reformas, no dejaban de ser leyes que estaban sujetas a la revisión judicial de nivel *máximo* que llevaba la Corte. Eran leyes de reforma, revisables, que no formaban parte de la constitución si no habían cumplido con los mínimos para ser

parte de ella, y que podían ser revisadas por la Suprema Corte para asegurarse de este cumplimiento. Al ser leyes de este carácter la acción de inconstitucionalidad era procedente y debía ser resuelta en su fondo.

La Corte determinó que, desde una perspectiva histórica, el procedimiento de reforma constitucional no involucraba al poder judicial. Pero además, que la función de la reforma constitucional contemplaba al “*poder*” reformador, que se conformaba por el congreso de la unión y las legislaturas como un poder complejo y compuesto. Este poder constituido, consideró la mayoría, estaba por encima de los tres poderes también constituidos, por ser el poder derivado del poder constituyente originario y por tener la capacidad de modificar las facultades, funciones, estructura y competencias de los demás órganos a través de la reforma constitucional.

La reflexión sobre el alcance del poder reformador fue que éste sí tenía límites formales explícitos que se mostraban a través del artículo 135 constitucional, mientras que no contaba con límites materiales explícitos. Al determinar la ausencia de límites materiales explícitos, la Corte no determinó si el poder reformador tenía límites materiales “*implícitos*”, por lo que dejó abierta la posibilidad de que se reformara materialmente sobre cualquier contenido, reconociendo que: “... *la función de reforma o adición de la Constitución está supeditada, de manera expresa, por nuestro propio orden constitucional, sólo a ciertas formalidades procedimentales, pues, en un aspecto material o sustancial, no se limita, de modo explícito, el contenido y alcance de una adición o reforma...*”.

Para rechazar la acción de inconstitucionalidad, la Corte tomó directamente los argumentos del caso *San Pedro Quiatoni*, sobre la naturaleza del poder reformador y la incapacidad de ser revisado por ninguno de los medios de control de constitucionalidad. El argumento fue que a través del poder reformador (llamado “*Constituyente Permanente*”), se ejercía la soberanía del pueblo y que al llevarse a cabo, esta soberanía se depositaba en la constitución, protegida por la supremacía constitucional; de limitar la acción del poder reformador, se limitaría

entonces la soberanía popular, negando su esencia propia.

El debate sobre el control de las reformas constitucionales, se decidió a favor del poder de reforma, quien a través de su estructura y naturaleza, se encargaría de la regularidad de sus actos al momento de realizar las reformas. Esta afirmación se relaciona mayormente con la propuesta teórica del constitucionalismo democrático de Waldron y con la práctica de los países que dan la decisión al legislador en última instancia.

Si bien se aceptó que ante los vicios de procedimiento sería bueno contar con un control externo para corregirlos, este control sólo podría llevarse con los mecanismos que la constitución le reconociera a los distintos órganos y sólo de la forma en que estuvieran reconocidos por ella, sin extenderlos más allá de lo aceptado por la ley fundamental. En este caso, la acción de inconstitucionalidad no autorizaba a la Corte a realizar este control, por lo que ésta no podía atribuirse facultades más allá de la constitución. Ni histórica, ni estructural, ni funcionalmente, se estableció a este mecanismo para este tipo de control, sino simplemente como el único medio de control abstracto de *“normas generales”*¹⁸⁰ aprobadas por el congreso de la unión, las legislaturas locales o la asamblea legislativa del Distrito Federal, nunca sobre el poder de reforma constitucional.

La Corte compartió la idea de que la función de un tribunal constitucional es proteger a la constitución partiendo de ella y sin rebasarla o ponerla por debajo de sí misma. Por esto, al actuar en su función de garante constitucional, *“únicamente puede actuar dentro de los límites y en los supuestos que el texto constitucional le establezca, sin que se pueda llegar al extremo de ampliar su ámbito competencial o el objeto de un medio de control constitucional, so pretexto de salvaguardar la supremacía de la Constitución Federal”*.

Finalmente, la Corte fue más allá de la resolución de la controversia misma al determinar que no sólo en lo que corresponde a la acción de inconstitucionalidad, sino en lo que atañe a los demás medios de control de

¹⁸⁰ En este espacio, la Corte dejó en claro que el término *“normas generales”* no abarcaba el de la constitución, sino que era una mera referencia a las leyes federales y locales, es decir, las leyes en sentido estricto, expedidas por el legislador ordinario, federal, de los Estados y del Distrito Federal.

constitucionalidad (las controversias y el amparo), el poder judicial no podría bajo ningún argumento revisar los actos del poder reformador, situándolo como el órgano máximo y como el ente resolutorio en última instancia:

“Consecuentemente, el procedimiento previsto por el Constituyente Originario, en el artículo 135 constitucional, hasta ahora no modificado, en su contenido sustancial, por el Constituyente Permanente, no puede ser objeto de impugnación a través de alguno de los medios de control de los que puede conocer el Poder Judicial de la Federación, en virtud de que, para que una reforma o adición a la Constitución llegue a formar parte de la misma, se han establecido límites formales, los cuales únicamente pueden ser revisados por el órgano legislativo federal, en su carácter de parte y de última instancia en el procedimiento de reformas a la Constitución, al momento de emitir la declaratoria de aprobación correspondiente.”

Con esta decisión y el reconocimiento del anterior caso analizado (*San Pedro Quiatoni*) como correcto, el máximo órgano judicial rechazó la interpretación realizada con anterioridad en el primer caso (*Amparo Camacho*), estableciendo que la imposibilidad de revisar los actos de reforma constitucional atendía a la naturaleza del poder reformador, por encima del poder judicial, sin importar el medio de control particular. Es decir, no se trataba de que el amparo sí fuera el medio para revisar las reformas constitucionales y las controversias y acciones no lo fueran, sino de que ninguno permitía el control del poder reformador por su carácter de órgano de ostentador de la soberanía popular.¹⁸¹

Debe subrayarse primero, que cuatro de los jueces consideraron que la acción de inconstitucionalidad sí era el medio apropiado para revisar la constitucionalidad de una reforma constitucional, por lo que no se obtuvo la votación requerida para resolver definitivamente el debate acerca de la revisión judicial en el nivel *máximo*. Así, al menos dos posturas existieron dentro de la votación: 1) que no existía en el sistema constitucional mexicano medio alguno de

¹⁸¹ Como resultado de esta decisión resultaron las tesis aisladas: P. VIII/2009, P. VI/2009, P. VII/2009, P. IV/2009 y P. V/2009, publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIX, abril de 2009, pp. 1097, 1100, 1103, 1104 y 1106 respectivamente.

control constitucional que fuera adecuado para revisar las reformas a la constitución; y 2) que el voto mayoritario era un error y que la acción de inconstitucionalidad sí era el medio de control constitucional y que no había causa de notoria improcedencia para descartarlo (sin definir si al estudiar la reforma se limitarían solamente a parámetros formales o también al contenido material de la constitución).¹⁸²

Frente a las decisiones de la improcedencia de los medios de revisión de constitucionalidad a reformas constitucionales en los casos anteriores, encontramos al menos una diferencia: La primera decisión de admitir el caso por considerar que las acciones de inconstitucionalidad sí procedían contra una reforma constitucional por no encontrarse una causal de improcedencia clara, abrió la posibilidad de la justiciabilidad de las reformas, aunque esta se desechara al final a favor del poder reformador de la constitución.

6. Amparo en Revisión 186/2008

Este amparo se dio en el contexto de la reforma constitucional en materia electoral que se publicó el 13 de noviembre de 2007. El amparo fue interpuesto por el sindicato patronal Centro Empresarial de Jalisco. La intención era dejar sin efectos la reforma electoral.¹⁸³ El caso se resolvió el 29 de septiembre de 2008.¹⁸⁴

Antes de que el amparo llegara a la Corte a través de una solicitud de ejercicio de la facultad de atracción del recurso de revisión, el juez de distrito de Jalisco que había decidido en primera instancia había determinado que este medio

¹⁸² Franco, Fernando. "La reforma ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en Córdova, Lorenzo y Salazar, Pedro (Coords.), *Estudios sobre la reforma electoral 2007. Hacia un nuevo modelo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, p. 105.

¹⁸³ Salazar, Pedro. "Una Corte, una jueza y un réquiem para la reforma constitucional electoral", en Salazar, Pedro y Córdova, Lorenzo (Coords.). *Democracia sin Garantes. Las Autoridades vs. La Reforma Electoral*, México, UNAM-IJ, 2009, p. 33.

¹⁸⁴ El voto de mayoría fue de los ministros: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Ramón Cossío Díaz, Genaro David Góngora Pimentel, Juan N. Silva Meza y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y la ministra: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Los votos en minoría fueron de los ministros: José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Sergio A. Valls Hernández y la ministra; Margarita Beatriz Luna Ramos. El ministro Mariano Azuela Güitrón no estuvo presente.

era improcedente por no ser el mecanismo para impugnar una reforma a la constitución.

De manera similar a la decisión anterior sobre las acciones de inconstitucionalidad 186/2007 y su acumulada 187/2007, consideró que el medio de control de constitucionalidad era “*notoriamente improcedente*” para impugnar una reforma constitucional. Tras la decisión, el actor solicitó la revisión del amparo al tribunal colegiado respectivo y éste solicitó a la segunda sala de la Suprema Corte que utilizara su facultad de atracción para conocer del caso. Esta petición fue aceptada por la segunda sala para analizar, nuevamente,¹⁸⁵ si en realidad existían razones de improcedencia del amparo en contra del procedimiento de reforma constitucional.¹⁸⁶

El argumento era que el procedimiento de reforma podía ser revisado porque no había una norma que prohibiera la procedencia del juicio de amparo frente a las reformas constitucionales, por lo que si el procedimiento tenía vicios en sí mismo, el amparo debía proteger los derechos afectados por el procedimiento si este violaba los derechos fundamentales de la persona (en este caso derechos como la libertad de expresión, el derecho de petición en materia política y la libertad de asociarse pacíficamente para formar parte en los asuntos políticos del país). Como se puede observar, el amparo alegaba violaciones materiales a la constitución.

Además de los argumentos sustantivos, se consideraba que el procedimiento estaba viciado porque en el decreto de reforma constitucional publicado el 13 de noviembre de 2007 no constaba en ninguna parte el cómputo de los votos mayoritarios de las legislaturas de los Estados ni se advertía la

¹⁸⁵ Anteriormente este tema había sido analizado y resuelto en el *Amparo en Revisión 1334 (Amparo Camacho)*, analizado más arriba. En esta decisión se consideró que el amparo sí era el medio de control adecuado para revisar las reformas constitucionales (ver arriba la sección 3).

¹⁸⁶ Interesante es la justificación de la segunda sala de atraer el amparo, donde estableció que una de las razones era que el caso era “*de gran trascendencia, debido a que la **sociedad en general** está especialmente interesada en el resultado que puedan tener los juicios de amparo promovidos en contra de la reforma constitucional en materia electoral*”. En realidad, aunque es cierto que existía un interés social por el tema que se resolvía, el amparo encerraba más intereses particulares, en especial, los de televisoras, empresarios e intelectuales con vínculos a las mismas. Para esta otra perspectiva ver Salazar, Pedro, “Una Corte... *op. cit.*”, nota 183, p. 47.

declaración de aprobación. Esto, según la parte actora, violaba los derechos de audiencia, seguridad jurídica y legalidad por no permitir a los gobernados saber si las reformas se aprobaron por la mayoría de las legislaturas.

La decisión anterior del juez de distrito había considerado, por una parte, que las reformas constitucionales podían violar derechos fundamentales y, por otra parte, que el poder reformador, como poder de carácter extraordinario, no podía considerarse como una autoridad responsable, por lo que el amparo no procedería en este caso. Además, las disposiciones emitidas del poder reformador no podían considerarse como leyes ordinarias y como el amparo solamente procedía en contra de éstas, no era procedente.

La mayoría del pleno de la Suprema Corte consideró que esto no era correcto. El poder reformador, como todos los poderes constituidos era un poder limitado. El único poder ilimitado era el constituyente originario, que encarnaba en su máxima expresión a la soberanía popular. Donde el poder constituyente no encontraba barreras en la creación de una nueva convención constitucional, el poder reformador sí lo hacía basado en los principios de división de poderes y de supremacía constitucional.

De esta manera, la Corte discutió si la ausencia de una prohibición expresa de revisar las reformas constitucionales (ni la constitución ni la ley de amparo dicen si la Corte puede o no puede hacerlo) les daba esta facultad. Como las normas aplicables no permitían ni prohibían se concluyó que los mismos jueces podían autofacultarse para hacerlo. Esto sitúa a México dentro de los países que no cuentan con cláusulas de intangibilidad ni cláusulas permisivas de revisión judicial en nivel *máximo* y en que los jueces deciden independientemente de ello, tal como la Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

Bajo el argumento de proteger la constitución y los derechos en ella contenidos, los jueces interpretaron más allá de lo expresamente otorgado por la soberanía popular a través del poder constituyente. El órgano soberano, competente para reconocer facultades en este tema dejó de ser el poder reformador, para pasar este poder al poder judicial.

La justificación se centró en el tema de los límites implícitos al procedimiento de reforma constitucional reconocidos por la mayoría. En esta discusión el ministro Cossío reconoció que la determinación de estos límites era un asunto complejo (“... *la obtención racional de los límites implícitos no es un asunto apacible*”). El de reforma se sujetaría a estos límites aunque no se supiera cuáles eran claramente. Estos límites serían de dos tipos: los límites *formales o de procedimiento* y los *materiales o de contenido*. Los primeros se fijaban por las normas contenidas en el artículo 135 constitucional; los segundos se fijarían por la interpretación basada en los contenidos axiológicos y sustantivos de la constitución.¹⁸⁷

El sustento de esta posición resalta las tensiones entre la supremacía constitucional y la soberanía popular, donde se reconoció a la primera por encima de la segunda debido a que, según la mayoría, la configuración del Estado Constitucional los colocaba de esta manera. El poder de tomar las decisiones fundamentales se limitaba para que “*el pueblo no se privara de sus facultades soberanas*”. En realidad, lo que la mayoría estableció fue que la única manera de ejercer el poder soberano del pueblo era por medios políticos, fuera de la constitución, a través de la revolución, y no por medios jurídicos.¹⁸⁸ Para la Corte, pensarlo de otra manera implicaba que el poder reformador saldría de la constitución y tendría las facultades de destruirla al no encontrar límites en el ordenamiento constitucional mismo.

Sin embargo, pareciera que no hay diferencia entre los límites procedimentales derivados del artículo 135 y los límites implícitos, por lo que valdría preguntar si éstos pueden considerarse *implícitos* en realidad.¹⁸⁹ De la lectura del artículo 135 constitucional es clara la existencia de un procedimiento

¹⁸⁷ Cárdenas, Jaime, *op. cit.*, nota 170, p. 46. En última instancia lo que esto implicaba era el reconocimiento expreso de la revisión judicial *material* en el nivel *máximo*.

¹⁸⁸ El argumento era, básicamente, que el poder constituyente, soberano e ilimitado (del pueblo) no era parte del ordenamiento constitucional en su interior, sino que continuaba presente como fuerza externa al sistema debido a su naturaleza política. Por eso cuando transformara nuevamente el sistema lo haría pero nunca por las vías jurídicas, sino por las vías políticas. No por las vías institucionales, sino por las de hecho.

¹⁸⁹ Sobre el particular, ver Salazar, Pedro, “Una Corte...”, *op. cit.*, nota 183, pp. 40-41.

específico para que una reforma sea *válida*. Estos pasos son explícitos y obligan a los órganos que conforman el poder reformador de manera definitiva. Si estos pasos no se siguen las normas constitucionales simplemente no podrían considerarse válidas. Pero esto resulta del texto del artículo y no del supuesto contenido implícito del mismo. Ir más pareciera ser estirar el argumento y justificar una idea de límites pareciera opuesta a la misma fuente de donde se supone que nace (el artículo 135).

El argumento sería más o menos el siguiente: “El poder reformador, como poder limitado, encuentra su tope en dos tipos de límites contenidos en la constitución de manera implícita. Los primeros, formales, resultan del procedimiento de reforma que debe ser seguido bajo el principio de legalidad, derivados del artículo 135; los segundos, materiales, están dentro de la constitución, en sus principios fundamentales”. Sin embargo, la fuente de los supuestos límites implícitos *formales* es explícita y clara. Por eso, al contrario de lo expuesto por la Corte, es a este procedimiento y a sus elementos formales explícitos a los que el poder de reforma debe atender para que la reforma sea *válida* y exista para el orden constitucional.

Pero más allá de lo acertada o errónea de esta apreciación de la mayoría, la tensión más fuerte se dio con el reconocimiento de los límites materiales. Es aquí donde se puede encontrar una diferencia sustancial con lo resuelto en el *Amparo Camacho*, donde la Corte consideró que el poder de reforma sí era una autoridad responsable para interponer el juicio de amparo y que como tal debía actuar siempre apegado al procedimiento de reforma constitucional. Es decir, que debía limitarse procedimentalmente y que, por esta razón, también debía ser revisado en lo *procedimental*. Ahora, el salto cuántico pasa de lo procedimental a lo sustantivo; ahora, no era la constitución la que limitaría, sino lo que los jueces consideraran que la constitución decía; ahora, el contenido de la constitución no sería decidido por los representantes, sino por los ministros.

Cuando se aceptó la procedencia del amparo para controlar al poder de reforma, fue por el argumento de que si este no encontraba límites, estaría fuera

de la constitución y podría incluso destruirla. Cobijados en este argumento, los ministros decidieron que ellos controlarían el *contenido de la constitución*, a través de su interpretación.

Lo interesante es que al revisar el argumento, podría preguntarse: ¿No estaba esto también fuera de lo que la constitución les reconocía? Si los jueces evitan que el poder de reforma salga de la constitución ¿deberían hacerlo dentro de lo que la constitución establece o podrían hacerlo incluso rebasándola? Si se elige la primera opción, el argumento del control material y de la autofacultación para llevarla a cabo quedaría descartado. Si se elige la segunda opción, se aceptaría que para asegurar que un poder no salga de la constitución, el otro poder podría incluso salir de la constitución para cumplir su función de garante. Como se observa, del segundo posicionamiento surge una contradicción inevitable: “para proteger que ningún órgano sobrepase la constitución, seremos nosotros quienes los contremos, aún si eso representa sobrepasar la constitución”.

El resultado material concreto de la sentencia fue que el caso se devolviera al juez de distrito para que resolviera de nuevo de acuerdo a estos parámetros, con la indicación de que no había causal de “*notoria improcedencia*”, para que de no existir diverso motivo manifiesto e indudable de improcedencia y cumpliéndose los requisitos contenidos en el artículo 116 de la Ley de Amparo, admitiera el amparo.¹⁹⁰

Distintos ministros emitieron votos particulares en los que expusieron su desaprobación a la decisión mayoritaria. De estos, vale la pena rescatar el argumento del ministro Gudiño Pelayo que argumenta sobre el exceso hecho por la Corte bajo el pretexto de proteger la constitución y de evitar que el poder reformador saliera del orden jurídico:

“Cuando este Tribunal Constitucional actúa como órgano de control constitucional,

¹⁹⁰ Con esta decisión, además de desechar el argumento de la notoria improcedencia de este amparo, se admitieron otros amparos que tuvieron una relevancia considerable de manera posterior en la Suprema Corte, como el *Amparo en Revisión 2021/2009* que es revisado en el apartado siguiente.

también opera dentro de ese *orden jurídico*, el margen de operación dentro de lo constitucional está determinado por lo que implica hacerlo efectivo, pero nunca pasando por ignorar los límites que a este Tribunal impone el propio orden jurídico. Ser operador del orden constitucional, por supuesto, no faculta para que –a pretexto de interpretaciones- dejen de reconocerse los propios límites competenciales.

La Constitución ha confiado, hasta hoy, en que seamos nosotros mismos quienes nos limitemos, porque a diferencia de los demás poderes públicos, no sujeta nuestra actuación a la revisión de nadie más. Somos nosotros quienes, en un ejercicio de autocontención, debemos cuidar nuestras propias fronteras y reconocer que, *aún cuando hay cosas que no podemos remediar*, porque escapan de nuestras competencias, no todos los problemas encuentran solución ni en nuestro Tribunal ni en nuestras personas.

Creo, insisto, en la protección de los derechos. Creo también en la protección judicial de los mismos. Pero estoy consciente de las limitaciones competenciales que tenemos, y creo firmemente que, antes que nadie, nosotros mismos somos quienes debemos respetarlos y hacerlos patentes.”

7. Amparo en Revisión 2021/2009 (El amparo de los intelectuales)

Al igual que el anterior caso analizado, este amparo se da en el contexto de la reforma electoral del 13 de noviembre de 2007. El amparo fue interpuesto por un grupo de intelectuales que actuaron en conjunto por considerar que la reforma afectaba sus derechos. La intención en este amparo también era invalidar la reforma para cada uno de ellos. La decisión definitiva se dio el 28 de marzo de 2011.¹⁹¹

¹⁹¹ Véase las sesiones taquigráficas de la sesión pública del 31 de enero y del 28 de marzo de 2011. En la primera sesión la votación quedó empatada con cinco votos contra cinco, ante la ausencia por fallecimiento del ministro José de Jesús Gudiño Pelayo y la falta de nombramiento de un nuevo ministro. En esta decisión votaron por la improcedencia del amparo los ministros: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Fernando Franco González Salas, Luis María Aguilar Morales, Sergio A. Valls Hernández y la ministra: Margarita Beatriz Luna Ramos; y por la procedencia del amparo los ministros: José Ramón Cossío Díaz, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Juan N. Silva Meza y la ministra: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Posteriormente, el ministro Jorge Pardo Rebolledo fue nombrado e integró el pleno para resolver de manera definitiva.

Los actores promovieron un juicio de amparo indirecto en diciembre de 2007 en contra del *procedimiento* de la reforma, que fue estudiado por la jueza quinto de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal, quien determinó que debía ser desechado por ser “*notoriamente improcedente*” (26 de diciembre de 2007). Esto provocó que interpusieran un recurso de revisión (18 de enero de 2008) en contra de esa decisión frente al Tribunal Colegiado correspondiente, que determinó remitir el caso a la Suprema Corte para que determinara si ejercía su facultad de atracción (15 de febrero de 2008). La Primera Sala resolvió que era competente para conocer de todos los amparos en revisión relacionados con la reforma constitucional de 2007 (9 de julio de 2008). Tras admitirse el amparo, el pleno resolvió por mayoría de seis votos que la decisión de la jueza debía revocarse por no ser manifiesta o indudable la causal de improcedencia (2 de octubre de 2008).

Después de que la Corte devolvió el amparo para ser resuelto nuevamente por la jueza, ésta decidió sobreseerlo tras volver a considerarlo improcedente (25 de junio de 2009). Como podía esperarse, los actores volvieron a impugnar esta decisión de nuevo por un recurso de revisión ante el Tribunal colegiado correspondiente (14 de julio de 2009). La historia se repitió: el tribunal remitió a la Corte para que ejerciera su facultad de atracción (26 de agosto 2009), ésta lo hizo (9 de septiembre de 2009) con la determinación de que debía asumir la competencia originaria para conocer del recurso. Así, se creó una comisión especial para resolverlo de manera definitiva.

En el amparo los actores intentaban defenderse desde dos vías: una de carácter *procedimental* y otra de carácter *sustantivo*. De acuerdo a los llamados “*intelectuales*” que interpusieron el amparo, la reforma violaba el derecho a la libertad de expresión, al imponer restricciones en la dimensión de la comunicación política.¹⁹²

La Corte analizó primeramente la determinación de la jueza para sobreseer

¹⁹² Roldán Xopa, José. *Libertad de Expresión y Equidad...*, *op. cit.*, nota 168, Noviembre 2010. Este fue uno de los intelectuales que suscribió el amparo en contra de la reforma.

el amparo por segunda vez, que consistía en que el amparo era improcedente porque de conocer de él se rompería con el principio de supremacía constitucional y provocaría un grave perjuicio social ya que una constitución se aplicaría a unos y otra a otros. La mayoría consideró que la jueza se había equivocado, pero sobreseyó el amparo por considerarlo improcedente. Las razones sobre la improcedencia fueron muy diferentes de un ministro a otro.

Por una parte, se consideró que el amparo era improcedente porque había impugnado no sólo el *procedimiento* sino también el *contenido*. Aunque la Corte podía conocer por cuestiones de procedimiento, no podía hacerlo por contenido. Por otra parte, se estableció que la impugnación de procedimiento y de contenido debía ser analizada por separado para determinar, una por una, si era improcedente o no; que este caso involucraba cuestiones de derechos fundamentales y que por esta razón no podía considerarse como un caso de materia electoral que implicara la improcedencia del amparo (ministro Cossío).

En el desarrollo de la sentencia la concentración en la naturaleza y fin del amparo fue central. Se argumentó que independientemente del silencio de la ley, era importante que se evaluara la improcedencia de acuerdo a estos dos elementos, prestando especial atención a los efectos concretos que el amparo tenía y a su contradicción con los principios de generalidad y universalidad de la constitución. Ir más allá de los propios medios de control de constitucionalidad o modificarlos para que funcionaran en casos para los que no fueron diseñados por el legislador constitucional sería ir más allá de lo que la Corte estaría facultada (ministro Aguilar Morales). Bajo esta perspectiva, al ser opuesta la naturaleza de las normas constitucionales y los efectos del amparo, el último no podía proceder.

También se hizo énfasis en el hecho de que no existían límites *sustantivos* en la constitución sino solamente formales, pero que, tal como se expuso en el voto de minoría del *Amparo en Revisión 186/2008*, si la constitución no facultaba expresamente a la Corte para revisar los actos del poder reformador, ésta no podía hacerlo: *“aun cuando como he señalado, sería deseable, coincido, comparto, sería deseable el control del procedimiento de reforma constitucional,*

pero ello sólo podrá hacerse ante la previsión expresa de la constitución” (ministra Sánchez Cordero).

La discusión sobre si los jueces podían revisar los actos del poder reformador oscilaba entre la posición que abogaba por un “*control constitucional integral*” que aseguraba la intervención de éstos, frente a la que consideraba que no había en la constitución elemento expreso que los facultara para esto y que no podían autofacultarse para ello (con posturas intermedias que consideraban que incluso cuando el control constitucional fuera integral, no todo este control quedaba dentro del amparo, por lo que debía desecharse).

En el transcurso de la discusión, se planteó una pregunta toral. Si el juicio de amparo, por sus efectos, no es el medio idóneo para revisar la constitucionalidad de las reformas constitucionales, pero la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad y el juicio para la protección de los derechos político-electorales (en materia electoral, como medio de impugnación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación) no podrían ser usados por los ciudadanos en este caso por su naturaleza y estructura, ¿cuál sería entonces el medio idóneo? Si es que quedaría alguno, para proteger al ciudadano en estas circunstancias. Este problema, implicaba que (ministro Cossío):

“... apelar a la existencia de un medio idóneo, -lo digo con todo cuidado-, creo que es lanzar al ciudadano a una situación en donde no va a encontrar ningún otro medio para poder hacer valer lo que estima, -y simplemente estamos analizando si se da o no, no me he pronunciado sobre ese tema- pudiera ser una violación a los derechos fundamentales.

Entonces es decir, ¿Hay otros medios? Pues no conozco otro medio de defensa en los derechos fundamentales que el propio juicio de amparo y aquí la violación que se está planteando es una violación a la libertad de expresión”

¿Qué implica esta pregunta? Básicamente, la posición del ministro Cossío, buscaba hacer énfasis en que, de negar el amparo, no existiría, en el orden constitucional, un medio para proteger al ciudadano en estos casos. El argumento

intentaba derivar de la ausencia de otro medio aplicable, la idoneidad del amparo para estos casos.

Sin embargo, lo cierto es que la posibilidad del primer supuesto, en realidad, no derivaba en la necesidad del segundo. Incluso ante la respuesta en afirmativo de que no hubiera más medios, no es coherente decir que el amparo, por ser la única opción, superaba automáticamente lo que lo hacía improcedente (bajo el argumento de la protección al ciudadano). El argumento, en particular, obviaba la posibilidad de que el orden jurídico no contemplara algún medio para revisar las reformas constitucionales; forzaba, entonces, la discusión a favor de la idea de que, independientemente del diseño constitucional establecido por el constituyente, los jueces debían controlar al poder reformador.

Lo anterior no sólo es jurídicamente incorrecto, por alargar un mecanismo y darle alcances que el legislador constitucional no le había dado, sino porque al hacerlo se alejaba del principio de legalidad al darle al amparo un sentido que, en dado caso, sólo podría darle el propio legislador. Al final, el argumento llegaba a la conclusión de que ante el silencio de la constitución y de la ley, la decisión de si los jueces constitucionales tenían la facultad de revisión o no, dependía de ellos mismos y no del legislador constitucional. Así se llegaba al punto problemático de la tensión máxima en el que no deciden los legisladores aquello que ellos mismos legislan en representación de la sociedad, sino los jueces que los revisan.

El contra argumento también se presentó, mostrando los dos extremos del debate de la democracia constitucional: *“Aceptar que existen límites al Constituyente Permanente, quiere decir que existen límites a la soberanía del Estado y creo que eso no lo podemos aceptar a menos que nuestra propia Constitución así lo estableciera”* (ministra Luna Ramos).

El problema del medio idóneo no tenía que resolverse a favor de la Corte como la única opción constitucionalmente viable ni como la única apegada al respeto de los derechos; *“... creo que el hecho de que no haya un medio idóneo o lo haya, hasta cierto punto es irrelevante, el que no haya un medio idóneo no nos autoriza para que el Poder Judicial, no sólo esta Suprema Corte asuma una*

atribución en caso de que la Constitución no nos la de; una cuestión es interpretar de manera amplia el artículo 103, y otra cosa es pretender que tenemos una atribución simplemente por un vacío legal” (ministro Zaldívar).¹⁹³

Sin embargo, de los casos que ya habían sido resueltos con anterioridad por la Corte puede establecerse que el sistema de medios de control de constitucionalidad de la constitución mexicana no contempla medio alguno para la revisión de las reformas constitucionales. Las controversias ya habían sido desechadas como se mostró en el *Caso Quiatoni*. Lo mismo sucedió con las acciones de inconstitucionalidad por los motivos estudiados en el caso de las *Acciones de inconstitucionalidad 168/2007 y 169/2007*. Ahora, ante la imposibilidad de utilizar el amparo por los efectos que este traería, la respuesta que debieron haber hecho explícita era la de la ausencia total de un medio de control que cumpliera esta función. Esto, probablemente por cuestiones más políticas que jurídicas, no fue hecho.

En la discusión no se encontró una respuesta definitiva y se llegó, en un primer momento, a un empate en la votación. Esto hizo que se tuviera que esperar a contar con el onceavo ministro para desempatar el resultado. Fue entonces que al incorporarse el ministro Pardo Rebolledo se retomó la discusión centrándose en él principalmente, ya que las posiciones del resto del pleno ya habían sido expuestas y se había emitido su voto.

En su intervención, el ministro Rebolledo consideró que el poder reformador encontraba límites procedimentales en el artículo 135 constitucional y que por esta razón las reformas constitucionales debían estar sujetas a la revisión judicial de nivel *máximo*, pero solamente bajo estos parámetros. Con esta conclusión, se apegaba al proyecto en la parte respectiva a la facultad de revisar en general los actos del poder reformador. Sin embargo, a la par de esto, estableció que incluso cuando considerara que el procedimiento debía revisarse, el amparo no era, bajo ninguna circunstancia, el medio con el que la revisión debía realizarse.

¹⁹³ Este argumento es interesante ya que con él argumentó a favor del proyecto, porque consideraba no entrar a conocer el fondo del asunto y porque compartía que se pudiera revisar el procedimiento. El sentido del voto, sin embargo, se apartaba de las consideraciones del proyecto, concentrándose en sus argumentos particulares.

Los efectos del amparo debían definitivamente ser revisados para resolver la improcedencia del juicio de amparo. La propia Ley de Amparo permitía realizar este análisis en tanto que las causales de improcedencia eran meramente enunciativas. Como los efectos de la relatividad de la sentencia (*cláusula Otero*) provocarían un rompimiento con el orden constitucional, no podía aceptarse al amparo para resolver los problemas de la regularidad constitucional de las reformas constitucionales por procedimiento (como lo habían expuesto antes algunos de los ministros a favor de la improcedencia del amparo).

Al final, el ministro ponente Ortiz Mayagoitia pidió que se cambiara el sentido del proyecto, que inicialmente revocaba la decisión de la jueza que había sobreseído el amparo, para que el proyecto ahora confirmara la decisión de la jueza. Es decir, debido a que el ministro ponente consideró que los efectos del amparo en realidad sí influían para que fuera improcedente, modificó el proyecto y, con esto, el sentido de su voto. Esto hizo que, además del voto del ministro Pardo Rebolledo, con el que se formaba una mayoría de seis votos a favor de la improcedencia, se sumara también el voto del ministro ponente, por lo que la votación final terminó siete a cuatro a favor de la improcedencia del amparo.

8. Observaciones generales sobre el caso mexicano

Lo primero que hay que observar es que en México, el debate de la democracia constitucional no se encuentra resuelto. A lo largo de casi 15 años, el órgano de última instancia se ha encargado de resolver de manera inconsistente sobre los distintos puntos en tensión de la discusión. Aunque es posible, relacionando algunas determinaciones en los casos analizados, llegar a algunas conclusiones.

En el amparo Camacho, la Corte dio el primer avance en la respuesta al debate: el tribunal constitucional, para proteger los derechos de los individuos que conforman el Estado, puede revisar los actos del poder reformador de la constitución, pero *solamente bajo parámetros de procedimiento*; revisar el procedimiento es posible porque implica que no se juzga aquello que ya es parte de la constitución, sino que se juzga los actos que se llevan a cabo para hacer esa

reforma. Se revisa el procedimiento, que no es norma constitucional a menos que se haya llevado a cabo de manera correcta. En esta apreciación, el poder reformador no encontraba límites para poder cambiar el contenido y el sentido de la constitución, siempre que lo hiciera siguiendo el procedimiento contenido en la misma.

De la misma manera que el primer caso, en el *Caso Quiatoni* sobre la controversia constitucional en contra de la reforma indígena, no se cuestionaba al poder reformador en tanto a sus poderes de reforma sobre el contenido de la constitución, sino que se pedía la revisión *procedimental* de sus actos. Por segunda vez, se situaba al poder reformador como el órgano con la facultad de decidir en última instancia y solamente solicitaban evaluar los actos llevados a cabo como procedimiento, sin que estos se consideraran como normas constitucionales, sino como pasos previos de carácter revisable antes de constituirse como parte de la constitución. Sin embargo, la Corte no reconoció a las controversias constitucionales como medios para conocer del procedimiento por no ser consideradas así por el constituyente. El amparo era, hasta ese momento, el único con ese carácter.

Un punto fundamental que abona al debate es el de la idea de control "*en sí mismo*" del poder reformador. La Corte reconoció, al menos en los primeros dos casos (aunque algunos ministros mantuvieron esta idea hasta el último caso analizado), que el poder de reforma había sido creado con un diseño que servía para que existiera un control dentro de sí. No se aceptaba la idea de que un órgano externo lo revisara porque la revisión ya se daba por los distintos órganos que lo conformaban. Al ser un órgano complejo, conformado con la suma de sujetos (congreso y legislaturas estatales) que participaban, se aseguraba la deliberación que se requería para que el cambio constitucional se llevara a cabo.

Esta observación es consistente con la idea de que en la toma de las decisiones políticas fundamentales debe existir la deliberación democrática. Este punto, compartido por los dos extremos del debate, pero alcanzado por medios diferentes de cada uno, se resolvía dentro del mismo poder reformador, sin la

necesidad de ser provocado ni encausado por los jueces.

Después del *Caso Quiatoni*, se estudian tres casos que resultan de la reforma constitucional en materia electoral del 13 de noviembre de 2007. El primer elemento a destacar es que a diferencia de los dos casos anteriores, las acciones de inconstitucionalidad que se analizan en el tercer caso de este capítulo impugnaban el contenido de la reforma electoral. No se concentraban, como los dos casos anteriores, en argumentar sobre los límites procedimentales del poder reformador, sino en los límites sustantivos.

Este caso mantiene la perspectiva de que el procedimiento de reforma constitucional se conformaba por simples leyes sujetas a revisión (como leyes de reforma), que no se volvían parte de la constitución si no se apegaban a los parámetros que deban su validez. Por esta razón, continuando con un criterio que hasta el momento parecía mayormente uniforme, el poder de reforma podía ser revisado en lo procedimental, pero, también siguiendo la interpretación hecha hasta ese momento, este poder no encontraba límites en lo sustantivo, por lo que podía modificar la constitución sin encontrar límites sustantivos. Esto era así por el carácter extraordinario y distinto a los órganos constituidos que tenía el poder reformador. Así, se daba el sí a los límites procedimentales y el no a los límites materiales.

Tal como se muestra en el análisis de este caso hecho más arriba, la Corte había seguido un criterio de deferencia al poder reformador (*self deferral*), en tanto que no había sido autorizado expresamente a revisar sus actos. Los ministros habían reconocido su obligación de proteger la constitución, pero habían concedido expresamente que sólo podían hacerlo a través de la misma, sin argumentar para extenderla y encontrar en ella cosas que no estaban dadas de manera expresa. Ya en este momento, se reconocía que la balanza debía cargarse al lado de los representantes y no de los jueces, porque así lo establecía la constitución.

Sin embargo, la línea cambió radicalmente con el cuarto caso. En el *Amparo en Revisión 186/2008*, el debate se centró en la posibilidad de revisar al

poder reformador desde la dimensión material de la constitución. Con este cambio de perspectiva, la mayoría de los ministros también modificó la manera de tratar el problema. El péndulo en el debate ya no estaba del lado de los representantes sino en el de los jueces, quienes podían interpretar la constitución plenamente y limitar al poder de reforma de acuerdo a los límites que encontraran en la misma.

Puede decirse entonces que con esta decisión México cambió claramente de encontrarse en el extremo del constitucionalismo democrático de Waldron, a pasar al extremo del constitucionalismo de la revisión judicial fuerte. El debate que permitía la revisión limitada de los límites procedimentales construyó un puente a la revisión a través de límites materiales implícitos. La auto-deferencia que el poder judicial había tenido fue sustituida por el argumento del activismo judicial de protección de los derechos fundamentales independientemente de lo que fuera facultado expresamente por la ley fundamental.

La Corte se encargó de determinar que la única manera de cambiar el contenido de la constitución que tendrían los individuos, si deseaban modificar sustancialmente las decisiones tomadas por el constituyente originario, sería a través de la revolución, como un hecho político. En todo lo demás, las decisiones de contenido serían revisadas de acuerdo a los límites de contenido, que sólo podrían ser determinados por los ministros, para ver que la voluntad de los representantes del presente no fuera contraria a aquella del constituyente de 1917, que también sería determinada solamente por ellos. La línea jurisprudencial y la posición empírica dentro del debate teórico dieron un giro copernicano.

El último caso presenta criterios encontrados, que contravienen en parte al amparo 186/2008 que había mostrado un cambio de criterio respecto de los tres primeros casos. Sin embargo, el fondo de los argumentos no pudo ser revisado a profundidad porque el amparo se consideró improcedente por la mayoría. Si bien este resultado estableció el rechazo más reciente al amparo como medio de revisión judicial de nivel *máximo*, mantuvo en el aire las cuestiones del debate que van más allá del debate del medio de control idóneo.

En cuanto a los medios de control de constitucionalidad, se puede llegar a

la conclusión de que, de la interpretación judicial emitida por la Suprema Corte, no existe en el orden mexicano un medio de control de constitucionalidad que permita revisar los actos del poder reformador. Ni el amparo (*Amparo 2021/2009*), ni las acciones de inconstitucionalidad (*Acción 186/2007 y su acumulada 187/2007*) ni las controversias constitucionales (*Caso Quiatoni*) son medios adecuados para controlar los actos del poder reformador. Si bien el amparo ha sido el medio que ha sido aceptado mayormente como un conducto para revisar las decisiones del legislador constitucional, es cierto que su naturaleza y efectos lo alejan por completo de ser el mecanismo adecuado para la revisión judicial en el nivel *máximo*.

Podrá argumentarse, en contra de la anterior apreciación, que es falsa porque el orden constitucional debe ser un orden íntegro que protege a los sujetos que lo conforman (como intentó hacerlo la Corte en su argumentación más de una vez). Sin embargo, esto no es cierto. La debilidad de esta idea se muestra en dos puntos particulares.

Primero, en el nivel de diseño institucional, el ideal normativo se separa de la realidad empírica. Incluso cuando la idea del poder constituyente hubiera sido la de incluir la revisión de las reformas constitucionales, si el sistema constitucional no contempla mecanismos diseñados para desempeñar esta función, no puede alargarse a los que fueron creados para otras funciones (resolución de conflictos competenciales entre órganos, control judicial de leyes y actos, etc.) con el argumento de actuar a favor del orden constitucional. El principio de legalidad es uno de los ejes rectores del sistema que obliga a sus órganos a apegarse al mismo y no es justificable actuar sacrificando este principio en aras de un discurso muchas veces oportunista de la protección judicial. Los jueces no deben actuar fuera de lo que les ha sido otorgado; no deben alargar lo que debe ser alargado, en dado caso, por los representantes. Mucho menos deben hacerlo cuando implique aumentarse a sí mismos el poder otorgado.

Segundo, no hay en la constitución, fuera de lo que algunos de los ministros han argumentado inferir de la misma, elementos que demuestren que el sistema

constitucional se estructuró para que ellos revisaran en última instancia las decisiones de los representantes del pueblo constituidos como poder reformador. Esto, como argumento extremo (y en mi percepción forzado), suscita un debate sobre “*cómo debería de ser*” el sistema mexicano. Lo que no hace, es ladear el sistema para que los ministros resuelvan ese debate por sí mismos. El debate, como un debate real, que permite la posibilidad de opiniones distintas y de deliberación, debería ser resuelto por todos aquellos que participan en él y por todos aquellos a los que el debate afecta. Los jueces son sólo una de las partes que lo conforman; no son el todo sino la parte, una parte con voz a ser tomada en cuenta. Los votos que deciden, como en toda democracia, son los de nosotros, no los de ellos.

Capítulo IV: Conclusiones y propuestas. Tomarse el debate en serio

1. Una anotación previa

La primera impresión que se tiene una vez estudiado el debate teórico de la democracia constitucional, es que existen propuestas de los dos extremos que son altamente cuestionables, pero que también hay ideas de ambas perspectivas que no deberían ignorarse independientemente del lado en que nos encontremos en la discusión.

Sin embargo, parecería que, al menos en la discusión académica acerca del tema en México se dan por sentadas muchas partes del debate que deberían ser contestadas al momento de tomar postura. El discurso del constitucionalismo, establecido en clave de neoconstitucionalismo se ha posicionado fuertemente sobre el constitucionalismo democrático de autores como Jeremy Waldron. Sin que esto sea malo por sí mismo, muchas veces se defienden las premisas del ideal de los derechos sin responder a las objeciones fuertes que están en la base del debate, que sirven como dudas mínimas y preguntas esenciales que los académicos deberían responder para después desarrollar sus ideas.

Cuestionar que las Cortes revisen las decisiones de los legisladores constitucionales se ha vuelto prácticamente un tema tabú. Debatir el que 11 ministros puedan decidir en última instancia lo que significa la libertad de expresión en materia política o el derecho a ser votado en el caso de las candidaturas independientes parece ahora ilógico. Los tribunales constitucionales se han establecido como un paradigma que es poco cuestionado porque se da por sentado que los derechos se protegen mejor con ellos *“en todos los casos relacionados con los derechos”*, porque son los *“garantes últimos de la constitución”* o porque *“resuelven sin los problemas que se tienen en la legislatura”*.

Aunque estas ideas son plenamente válidas y pueden ser defendidas sólidamente, tanto empírica como filosóficamente, tal como lo hemos visto en los

capítulos anteriores, abanderar el discurso de los derechos haciendo como si solamente existiera esa opción, como si la objeción democrática fuera un tema sin importancia o sin cuestionarse las premisas más básicas que sustentan el discurso del constitucionalismo me parece en realidad peligroso. Obviar el debate detrás de cualquier posicionamiento parece académicamente cómodo y poco serio. Convertir a una opción en un paradigma quita una parte de la película que no debería ser censurada, aun cuando esa parte no sea fácil de ver.

Resolver el dilema de la democracia constitucional diciendo que las mayorías han hecho cosas atroces con los derechos y que por esta razón no se les puede permitir decidir no responde las preguntas ni esclarece las dudas fundadas a la postura constitucionalista. Justificar que las Cortes deben resolver en última instancia porque los legisladores son malos legisladores (aunque esto sea en buena parte cierto) es una falacia realista. Si la respuesta se encuentra en que en la realidad el órgano que se critica es malo, igual podría decirse que los jueces son también malos y que toman malas decisiones para justificar que no fueran ellos quienes decidieran. La respuesta al debate no debe darse desde aquí.

Es muy común escuchar que fue la democracia la que permitió que Alemania se destruyera y que se instaurara un régimen nazi que fue tan dañino para la historia de la humanidad. Que por esta razón la autodeterminación debe ser encadenada, para proteger a la humanidad de sí misma y de sus decisiones. En verdad, es poco probable que un tribunal constitucional habría evitado que pasara lo que pasó. Las cosas deben juzgarse de acuerdo al tiempo y las circunstancias que se vivían en el momento en que sucedieron, y el momento y las circunstancias que propiciaron el régimen nazi no fueron provocados ni permitidos por la democracia, sino por la sociedad que tomó las decisiones. El que esto pasara con la democracia no resuelve el problema de que los jueces decidan sobre los representantes.

Así parece que este es el argumento que resuelve el nudo gordiano y que borra de la mesa las preguntas a resolver, que este ejemplo obliga a responder que sí a favor de las Cortes. Si bien es cierto que esto debe ser tomado en cuenta,

igual debería tomarse en cuenta, con el mismo valor, los casos en que las Cortes han sido tiránicas y han resuelto en contra de los derechos, sin que esto hiciera que la respuesta debiera darse a favor de los legisladores sin resolver los problemas del debate. Hacer esto, de cualquiera de los dos lados no es resolver el nudo gordiano, es cortarlo.

Responder las dudas sobre la idoneidad del precompromiso, sobre la limitación de la autonomía y la participación política, sobre los límites razonables de uno y otro poder, sobre la lesión democrática con la respuesta en última instancia de las Cortes, sobre la posibilidad de establecer sistemas abiertos al cambio, son temas que deberían ser tomados en serio por las dos posturas. Responder con un hecho histórico no quita el debate de la mesa, sólo da una respuesta falaz.

La primera conclusión de este trabajo es que muchas veces no se le da la seriedad a la postura del ideal democrático y que esto no debería ser así. Si la apuesta es tomarse los derechos en serio, como dice Dworkin, entonces lo primero que debe hacerse es ver si en realidad la otra postura no lo hace. Pero la verdad es que ambos extremos pueden tomar los derechos en serio, tal como mostramos en el primer capítulo, y ambos extremos pueden tomar posturas extremas en las que no lo hicieran. El hecho de que los principales exponentes del constitucionalismo respondan desde las objeciones y se encarguen de construir sobre el debate muestra la seriedad del mismo. Cuando Dworkin y Alexy se toman en serio las objeciones a sus teorías en este debate lo hacen seriamente.

Debemos tomar el debate en serio y no considerar que una respuesta que se erija como paradigma sea la verdad absoluta. Este tema no está siquiera cercano a resolverse de manera definitiva, y esto es muestra de su complejidad e importancia. No tendríamos por qué restársela para tomar postura. Es necesario resolver los dilemas académicos desde la academia, tomando en cuenta los puntos encontrados y escuchando y resolviendo las preguntas que se hagan frente a nuestros argumentos, independientemente del resultado al que cada quien arribe.

Si las dos posturas se toman los derechos en serio, presentan argumentos válidos y comparten incluso bases epistemológicas (el carácter moral del individuo) para justificar sus teorías, no tomar el debate en serio descartando a una de ellas implicaría no tomar en serio tampoco a una la concepción de los derechos de la contraparte. Cuando estos derechos son los mismos que defiende la postura que descalifica, el argumento de tomarse los derechos en serio difícilmente se sostiene.

Una vez dicho esto, las propuestas de esta tesis se presentan en dos apartados distintos, que corresponden a dos niveles distintos de la discusión. El primer apartado presenta las conclusiones generales del debate teórico de la democracia constitucional, así como algunas propuestas sobre el mismo. El segundo apartado contiene las conclusiones y propuestas del caso mexicano en particular. Como se mostrará, muchas de las conclusiones generales en el apartado teórico son aplicables al caso mexicano, por lo que en esos casos solamente se hará una breve referencia para no repetir los argumentos y reflexiones del mismo.

2. Una primera respuesta al debate de la democracia constitucional. La apuesta por la salvaguarda del péndulo democrático-constitucional

La propuesta de modelo teórico de este capítulo es aplicable a la generalidad de las sociedades democráticas que pudieran considerarse medianamente funcionales. En estas sociedades pueden existir oportunidades de mejora tanto en sus instituciones como en la cultura política de las mismas, pero también puede considerarse que se encuentran fuera de un sistema totalitario y que un número importante de individuos de la sociedad se toman los derechos en serio (sin que tenga que ser una mayoría).

Explicar el modelo requiere abordar su análisis en dos partes. La primera parte es el plano fáctico en el que se posicionará el modelo, en el que desarrollaré tres ideas principales: la idea del desacuerdo, la idea del contexto de las sociedades modernas de la democracia constitucional y la idea de la concepción

de los derechos y la democracia. La segunda parte explica el modelo que he denominado de “*salvaguarda del péndulo democrático constitucional*”, en el que desarrollaré cuatro ideas principales: la idea del procedimiento de reforma constitucional abierto al cambio, la idea de las paredes de cristal de la democracia constitucional, la idea del rol de los jueces frente al péndulo democrático-constitucional y la idea de la protección diferenciada de los derechos y de la falibilidad del sistema.

2.1 El plano fáctico del péndulo democrático-constitucional

2.1.1 El desacuerdo como elemento consustancial en las democracias

El desacuerdo juega un papel fundamental dentro del debate de la democracia constitucional, y debe de dársele el peso específico que tiene. Es cierto que es racional que haya personas que no piensen de la misma manera en que lo hago, y es natural que sea así en lo general. Este punto, por sencillo que parezca, es mayormente negado por la postura del constitucionalismo.

En el tema de los derechos el desacuerdo es natural y es *deseable*, porque fortalece la discusión detrás de cada derecho y lo fortalece por la deliberación que implica la toma de decisión del derecho preferido. Sin embargo, pareciera que en el fondo este desacuerdo es negado por el constitucionalismo, que necesariamente existe una postura que protege a los derechos y otra que los viola. La primera es aquella que forma parte de la mayoría de los jueces que resuelven en última instancia, la segunda es la minoría.

Un buen ejemplo de este desacuerdo, para salir del tema clásico del aborto (en el que se pueden mostrar claramente dos posturas distintas que consideran cada una que defienden a determinado derecho, mientras que la postura contraria los viola), es el caso del derecho a ser votado a través del mecanismo de las candidaturas independientes.

Por un lado, la postura a favor de las candidaturas independientes

considera que la ausencia de este mecanismo afecta considerablemente su derecho al sufragio pasivo, que es un derecho fundamental que tiene un valor total para la democracia y que no está siendo respetado por no encontrar los medios necesarios para participar en la vida democrática. Pero por el otro lado, la postura que no lo considera así piensa que el derecho al sufragio pasivo se configura de otra forma con los mecanismos actuales y que esto protege y fortalece tanto al derecho como a la democracia, ya que de permitir las candidaturas independientes se afectarían otros valores fundamentales del régimen constitucional.

Son dos posturas opuestas, que pueden encontrar distintos argumentos para sostenerse sólidamente. El desacuerdo entre ellos es inevitable y, a mi parecer, natural. De eso se trata la pluralidad, de la posibilidad de estar en desacuerdo de manera legítima frente a las distintas posturas. Las circunstancias particulares y el contexto de los distintos individuos hacen que cada uno tenga *su* respuesta diferente al problema.

Lo que parece complicado, es considerar que una de las dos posturas es irracional, egoísta, oportunista o tiránica y contraminoritaria; asegurar que una de las dos sea violadora de derechos porque existe una respuesta objetivamente correcta y porque la opción opuesta a esta es antidemocrática. Pero más aún, parece forzado que, ante este problema, sean los jueces quienes sepan quién viola derechos y quien fortalece a la democracia, sobre todo cuando ellos deciden en el desacuerdo de una votación por 5 a 4, compartiendo los argumentos de las dos posturas que intentan tomar la decisión democráticamente.

Podría alegarse que en algunos casos, sí puede encontrarse esa respuesta objetiva acerca de los derechos, como en el supuesto en que se quiera restablecer la esclavitud o ejemplos similares extremos en que estaría más allá de toda discusión, al menos democrática, que se violarían los derechos fundamentales. En este escenario, y esta observación es completamente acertada. Sin embargo, este tipo de planteamientos encuentran una respuesta particular en el apartado sobre las paredes de cristal de la democracia constitucional (más adelante). Basta decir

que para estos casos límite ni siquiera la postura más radical del ideal democrático presenta argumentos a su defensa. Estos casos mostrarían una decisión no democrática, quedando por completo fuera del sistema.

Desde la perspectiva democrática, es necesario tener claro que cuando los jueces deciden independientemente de la deliberación en el parlamento, no es cierto que la democracia sea fortalecida. Cuando los individuos que conforman el Estado no pueden decidir de qué manera configurarían sus derechos ni pueden cambiar la forma en que quieren desarrollarlos porque son incompatibles (según los jueces constitucionales) con lo que establecieron las personas que vivieron hace más de 200 años en el momento constituyente, no puede considerarse que sean libres para decidir. Es diferente considerar que cuando se toman estas decisiones, en ciertos casos límite, se fortalece un modelo de democracia constitucional con la intervención de los jueces. Pero no es lo mismo a decir que la democracia, en sí misma, se fortalece.

2.1.2 El contexto de las democracias modernas de la democracia constitucional

Uno de los argumentos en los que suele sustentarse el constitucionalismo es que los jueces actúan como la carta más fuerte de protección a los individuos por el contexto en que se desarrollan los países en los que su orden constitucional está “*constantemente amenazado*”. Sin embargo, tal como se argumentó en el primer apartado sobre la idea de tomarse el debate en serio, es importante que la respuesta no se haga desde esta perspectiva para no cometer la falacia realista de considerar que por el hecho de que en el caso de Alemania hubiera pasado, pasará de la misma manera en el modelo teórico.

Es verdad que estos casos podrían repetirse y que la intención de que los jueces controlen las decisiones de los representantes se encamina a evitar estos hechos. Sobre esto es importante dejar claras dos cosas: la primera es que no se niega el valor de los jueces, pero se considera que el grado de intervención y de limitación que producen es excesivo y que el modelo que se propone soluciona de

mejor manera el dilema de la democracia constitucional. Es decir, es una mejor opción que la que propone el constitucionalismo; la segunda, es que en los casos como la Alemania nazi son casos que están fuera de los límites del sistema democrático, que rebasan por sí mismos el modelo de control del poder y en los que los jueces difícilmente pueden contenerlos.

Esto no niega el valor que tienen como especie de muro de contención del sistema, para evitar que se rompa por sí mismo o por decisiones que acerquen al Estado a hechos como los de Alemania. Por esta razón los jueces tienen cabida en el modelo de este capítulo, sólo que no con el rol que el constitucionalismo les reconoce.

Si bien el contexto debe tomarse en cuenta para establecer un modelo que se apegue al tipo de sociedades que se piensan, esto no implica que hechos que fueron parte de un contexto muy particular se repitan de manera automática en todos los casos. De este modo, el contexto para el que se piensa este modelo es uno que se aleja un poco al pensado por Jeremy Waldron y que se acerca más al contexto de las democracias latinoamericanas. Este contexto presenta algunas similitudes en las condiciones que proponía Waldron, pero varía en grado para su aplicación.

Las sociedades para las que se diseña son simplemente sociedades democráticas. En éstas, hay individuos que se toman los derechos en serio, en donde se aspira que sean una mayoría, sin que esto sea una condición necesaria. Son sociedades en las que existen instituciones que intentan hacer funcionar la democracia donde algunos agentes políticos se ocupan de mejorar el sistema democrático, aunque no necesariamente lo logren. Se trata de sociedades que incluso pueden tener problemas de consolidación o funcionamiento y se alejen de la idea de los Estados Unidos, Reino Unido y Nueva Zelanda. Son sociedades que aspiran establecerse como un verdadero sistema democrático consolidado, pero que podrían no llegar a serlo, como es el caso de México.

Bajo estas premisas debe situarse el modelo desarrollado adelante. La virtud de considerarlo en este contexto es que se aspira su funcionalidad en estas

condiciones, que son condiciones aceptables apegadas a la realidad, y que, en caso de que una sociedad presente mejores condiciones, el sistema sigue aplicando, sin lesionar al ideal democrático por el simple hecho de estar en mejores circunstancias. Este modelo presenta tensiones entre la constitución y la democracia sólo en su límite de exigencia máxima, donde se justifica por su salvaguarda al sistema mismo. En el resto de los casos, como los que se presentarían en sociedades más desarrolladas, el sistema no presenta tensiones y podría funcionar sin problemas y sin necesidad de ser modificado.

2.1.3 La concepción de los derechos y de la democracia

Una observación sobre el debate de la democracia constitucional es que la conclusión a la que cada uno de los autores llega, depende directamente de su concepción de derechos y de su concepción de la democracia. Así, solamente un autor que considera a la democracia como la simple regla de mayoría, podría argumentar que las decisiones de las mayorías pueden llevar incluso al suicidio de la democracia, como en el caso de Alexander Bikel. De la misma manera, los autores que consideran a los derechos como elementos morales que existen consustancialmente al hombre no podrían argumentar que las decisiones por mayorías podrían afectarlos, aún cuando se suprapusiera al derecho de la autonomía y de la participación política que abanderara el ideal democrático.

Lo cierto es que tanto las teorías de exponentes como Dworkin o Alexy, como las teorías de Waldron o Bayón conciben la idea de democracias con derechos, que quedan fuera de la mera idea de lo procedimental (aun cuando en el caso de Waldron abra la puerta a la posibilidad de salir de la democracia a través de una decisión democrática)¹⁹⁴. En las distintas teorías, los derechos se basan en un carácter moral que les es consustancial, que se relaciona con la idea

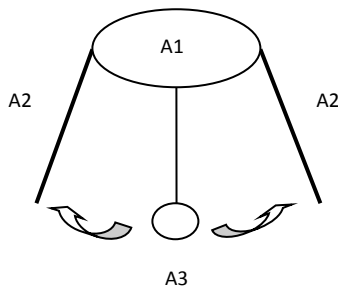
¹⁹⁴ Esto sucede porque Waldron considera que los legisladores constitucionales, en los tipos de sociedades que él contempla, se auto regulan a sí mismos, y que las condiciones de la sociedad impiden que se pudiera llegar a tomar este tipo de decisiones. En lo procedimental, esta posibilidad existe, aunque el argumento de Waldron es que esto no se daría por el mismo respeto a los derechos y a la democracia de la sociedad que decide por mayoría.

de la igual dignidad de los individuos que son sus titulares, que tienen por el simple hecho de ser personas (sea desde la perspectiva de su relación con los derechos humanos y su posterior positivización, o por su carácter de naturaleza moral innata a los individuos que los hace preexistentes al Estado).

De esa misma forma, la concepción de los derechos de esta propuesta es una concepción que va más allá de lo estrictamente formal, sustentándose en la idea de la modernidad que sitúa a los individuos como sujetos de una misma calidad moral y que los reconoce como entes de igual dignidad, por lo que gozan de ciertos derechos que son reconocidos (no otorgados) en la constitución. Por otro lado, la concepción de la democracia sobre la que se sitúa este modelo de democracia constitucional no es la de una democracia meramente procedimental que abandere solamente a la regla de la mayoría. Por el contrario, reconoce los derechos de las minorías y la imposibilidad de que sean suprimidos por la mayoría. Esto, sin embargo, no abona necesariamente al argumento del constitucionalismo, tal como se muestra en el desarrollo de la idea de la protección diferenciada de los derechos.

2.2 El modelo de la salvaguarda del péndulo democrático-constitucional

El modelo recibe este nombre porque su justificación hace alusión al péndulo que intenta balancear los dos bloques conceptuales (constitución y democracia) que entran en tensión en la democracia constitucional, tal como se mencionó en el primer capítulo. La idea del modelo se concentra en la analogía a un reloj de péndulo como se muestra en la imagen siguiente:



Los elementos del péndulo significan lo siguiente: la figura A1 representa a los

individuos que toman las decisiones políticas fundamentales. En la idea de la democracia representativa se trataría de los legisladores constitucionales; las figuras en A2 representan las paredes de cristal que sostienen al reloj; la figura A3 representa las decisiones que son tomadas por A1, que pueden moverse en el espacio que les da A2.

La representación de las decisiones de los representantes como un péndulo intenta mostrar el espacio de decisión que tienen los representantes en el modelo de democracia constitucional que propongo. Esto se explica en los siguientes apartados.

2.2.1 El procedimiento de reforma constitucional abierto al cambio

Durante los primeros tres capítulos, observamos que la dimensión de la rigidez constitucional se relaciona directamente con el activismo de los jueces para resolver sobre los derechos. Cuando hay rigidez absoluta (intangibilidad), el tribunal constitucional debe encargarse de proteger las disposiciones que expresamente la constitución le encarga proteger. Así, cuando la intangibilidad se da a ciertos derechos fundamentales, los tribunales podrán revisar incluso la constitucionalidad de las reformas constitucionales bajo parámetros constitucionales.

La propuesta es que esto no debe ser así. A reserva de lo que se explicará en el punto siguiente en la *idea de las paredes de cristal de la democracia constitucional*, la existencia de cláusulas de intangibilidad en la constitución debe ser negada porque hace que la constitución se vuelva una norma cerrada al cambio. Esta característica de intangibilidad permite a los jueces revisar todas las decisiones que se tomen sobre el o los derechos que estén protegidos de esta manera, sin encontrar un límite sobre los casos de que se trata. Así, resuelven *sin diferenciar* los casos de afectación grave y de afectación leve, conocen de todos ellos y terminan tomando la decisión en última instancia.

La constitución, sin embargo, debe ser una norma abierta al cambio para que permita a la generación viviente en el modelo de la democracia constitucional

poder tomar sus decisiones y desarrollar el sistema de acuerdo a las realidades y circunstancias que vive. De esta manera, se debe contar con un procedimiento de reforma constitucional que permita dos cosas: la toma de decisiones políticas fundamentales (sea en el nivel de los derechos o en el de las instituciones) y la deliberación democrática necesaria para que las decisiones que se toman cumplan el ideal democrático.

El primer punto se relaciona con las cláusulas de intangibilidad. Si no existen éstas, en principio, las decisiones pueden ser tomadas por los representantes y el rumbo de la sociedad puede ir adecuando a la constitución como constructo social de la misma. El segundo punto intenta obligar a los legisladores a que la discusión que refleje que toman los derechos en serio, que informa al resto de los individuos que integran al Estado y que propicie el debate entre las distintas posturas para intentar llegar a acuerdos (sea que se logren o no), se lleve a cabo en realidad.

Para lograr el primer punto, se propone un procedimiento de reforma que establezca una mayoría que sostenga al principio de la supremacía constitucional, una decisión agravada, que sea procedimentalmente viable. Es decir, el procedimiento de reforma constitucional podrá ser rígido, pero siempre que no se acerque a una *“cláusula de intangibilidad procedimental”* como la de los Estados Unidos de América (ver el segundo capítulo). Una mayoría de tres quintos de la legislatura y la votación en mayoría absoluta de las entidades estatales representativas (en caso de Estados federados) es razonable porque permite tanto la supremacía de las normas constitucionales por procedimiento, como la posibilidad de que se pueda desarrollar el sistema con la participación de una decisión mayoritaria que sea propensa a incluir a las minorías (o a alguna minoría).

Para lograr el segundo punto, el procedimiento de reforma debería tener un número suficiente de debates parlamentarios sobre el tema a ser reformado. Esta idea se toma del caso de Colombia (ver capítulo segundo) en el que para realizar una reforma constitucional, la decisión debe tomarse después de ocho debates

consecutivos en dos periodos legislativos distintos. Este segundo punto provocaría la deliberación y el debate necesario para expresar los argumentos, tomar el debate en serio y decidir democráticamente. Con este mecanismo, se retira el argumento de que la deliberación y debate reales se lleva en las Cortes y no en los Parlamentos; ahora, se podrá dar en ambos, fortaleciendo doblemente al sistema.

Esto sigue la lógica de que no es aceptable la idea de que la constitución sólo puede ser modificada a través de medios políticos como la revolución (como se ha declarado por parte de la Suprema Corte en varios de los casos analizados en el capítulo III, siguiendo la doctrina de Pedro de Vega en cuando al poder constituyente). No puede obligarse a quienes toman las decisiones a tomar una vía armada, de carácter político, para poder decidir por sí mismos. No es posible, en especial si quienes deciden, deciden que quieren hacerlo por la vía pacífica y jurídica, y no de otra manera. Este supuesto se analizó en el caso de Colombia, donde en la convención constituyente de 1991, creó una nueva constitución, que establece ahora un procedimiento de reforma abierto al cambio y que puede ser tomado como un buen ejemplo, aunque no se adopte por completo.

Finalmente, el procedimiento debería dejar abierta la posibilidad de que, en el futuro, las generaciones que aún no han llegado pudieran incluso cambiar la constitución (esto es posible mediante un procedimiento de convocatoria a asamblea constituyente, de nuevo, como el colombiano), siempre que el cambio se mantuviera dentro del sistema democrático constitucional.

El valor del procedimiento de reforma en este modelo es que vuelve explícito los límites de los distintos poderes, asegurándose que la voluntad de quienes toman las decisiones se siga, y evitando que haya espacios para que los jueces realicen interpretaciones espiritualistas que pudieran ir más allá y limitaran la soberanía popular, desequilibrando el sistema. Esto no implica que la soberanía popular no encuentre límites dentro del mismo procedimiento.

Al contrario, el procedimiento constitucional deberá reconocer expresamente que los jueces pueden revisar el procedimiento de reformas

constitucionales en sus parámetros procedimentales, quitando la idea de los límites procesales implícitos, pero también deberá establecer que podrán revisar el contenido de las reformas constitucionales, “*exclusivamente*” cuando el derecho a reformar vaya a ser formal y materialmente suprimido del orden constitucional, quitando la posibilidad de usar el argumento de los límites implícitos materiales.¹⁹⁵ Por parte de los legisladores, de manera correlativa a los límites de los jueces, no podrán llegar al extremo de tomar una decisión que establezca un sistema o modelo distinto, que lleve a un sistema autoritario o totalitario. Los límites que permiten el equilibrio de la democracia deben encontrarse en lo mínimo. Estas dimensiones son las dos paredes de cristal del péndulo, que se explican a continuación.

La función de este procedimiento es ser una *precondición* del modelo del péndulo. Este elemento de promoción de deliberación democrática en el parlamento es necesario para hacer que el sistema funcione, y no debe ser entendido por separado de la propuesta del rol de los jueces. Ambos trabajan de manera coordinada, tal como debe suceder en un sistema funcional.

2.2.2 Las paredes de cristal de la democracia constitucional

En el apartado anterior, se estableció que los legisladores, al estar dentro del modelo democrático-constitucional del péndulo propuesto, no podían decidir sin límites. De acuerdo a la concepción de la democracia y los derechos que sirve como punto de inicio, no es posible aceptar el argumento de que la democracia puede decidir sobre todo. Sin embargo, la propuesta es que puede hacerlo sobre *casi todo*. Este matiz hace que se rompa con la idea del constitucionalismo, por lo siguiente.

Como se mostró en el dibujo del péndulo, las paredes de cristal (A2) son el sostén del modelo. Todo aquello que está dentro de las paredes es parte de la

¹⁹⁵ Para esto, el medio de revisión judicial de nivel máximo debería necesariamente tener efectos generales que invalidaran la disposición en cuestión y mantuvieran la coherencia del orden constitucional.

democracia constitucional, pero aquello que está afuera hace que el sistema deje de serlo. Afuera, podrá ser cualquier otra cosa, pero no un sistema democrático-constitucional. Por esta razón, los límites no se imponen porque los jueces deban ser los garantes, ni porque los derechos se establezcan a través de una verdad objetiva que implique que una decisión es correcta y otra violatoria de derechos, sino porque los dos límites funcionan como el piso mínimo sobre el que todo lo demás puede ser decidido, tanto los derechos como las demás cosas, a través de la soberanía popular sin intervención de los jueces.

Este punto es fundamental, ya que en él se sostiene todo el argumento. La primera pared de cristal en la que se sostiene el modelo es el mínimo del ideal constitucional de los derechos: la “*existencia*” de los derechos mismos. En este nivel, los derechos no deben ser “*suprimidos*”. Pero para un lector poco atento, sería razonable la pregunta de ¿cuál es la diferencia de esta propuesta con la de las teorías constitucionalistas que protegen los derechos? La respuesta es determinante. Los derechos que se decidieron establecer en la constitución no deben ser eliminados de manera definitiva, de manera formal, del orden constitucional. El argumento se sustenta por completo en la idea del principio de progresividad de los derechos. Esto se explica de la siguiente manera.

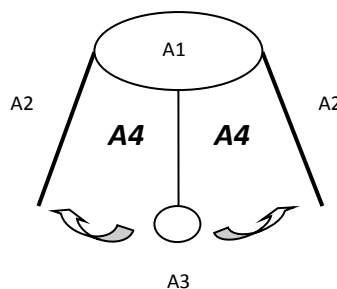
El constitucionalismo considera que los derechos no son decidibles, y protegen que no se decida sobre ellos a través de las decisiones de los jueces. Sin embargo, como se muestra en el primer capítulo, decidir cuándo un derecho se configura en positivo o en negativo es parte del desacuerdo consustancial a las sociedades democráticas. Cuando se decide sobre derechos es frecuente que existan al menos dos posturas que legítimamente consideren que se protege al derecho “X”, mientras que las otras consideran que se afecta. Ante este hecho, y ante la convicción de que determinar objetivamente la verdad sobre los derechos no es factible (o que, en su defecto, se presentarían distintas “*respuestas correctas*” sobre los derechos), estos casos deben ser decididos por los representantes (A1).

Por esta razón, se aleja de la postura constitucionalista que propone que los

jueces decidan todo en torno a los derechos, para dejar estas decisiones (A3 de la figura del) a los representantes. Así, las decisiones se moverán en el espacio de movimiento del péndulo de la democracia constitucional. Esto quiere decir que la decisión recaerá en los legisladores siempre que no se estrelle, en primera instancia, con la pared de cristal de la existencia de los derechos. A menos que la decisión intente eliminar uno de los derechos que ya fueron reconocidos por la sociedad, los legisladores podrán resolver por sí mismos.¹⁹⁶ Pero esta es sólo la primera pared.

La segunda pared de cristal es la existencia del procedimiento de decisión de la democracia. Esto implica que las decisiones que tomen los representantes podrán hacerse sólo bajo los procedimientos democráticos reconocidos. Como puede percibirse, esta idea se acerca al ideal de la democracia y a la idea de que no es aceptable permitir que la democracia se suicide, así lo haga por medios democráticos.

En este caso, no es posible que se instauren otros regímenes no democráticos aunque se cumplan los procedimientos democráticos al pie de la letra. La fuerza de las dos paredes de cristal puede mostrarse del siguiente modo:



El modelo propone que todo aquello que no cambia al régimen democrático y todo aquello que no suprima, elimine o remueva de manera definitiva a un derecho ya reconocido. Así, el péndulo se mueve en toda la zona dentro de los dos límites

¹⁹⁶ Esto es acorde al principio de progresividad, que establece que los derechos deben ampliarse y favorecerse, y que establece que su núcleo fundamental es que no se puede involucionar o borrar un derecho del orden jurídico. Una vez reconocido, no puede suprimirse. Para este tema ver: García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta. *La Reforma Constitucional Sobre Derechos Humanos (2009-2011)*, México, Porrúa-UNAM, 2011, pp. 99-100.

mínimos (A4). En esta zona, se presentarán decisiones que involucrarán sin duda a los derechos, en casos como el aborto, la eutanasia, las candidaturas independientes y otros que pudieran ser considerados como altamente discutidos. Estos derechos deben ser resueltos por quienes ostentan la soberanía popular.

Las decisiones que se tomen en este espacio (A4), como resultado del procedimiento de reforma constitucional, serán decisiones que hayan escuchado los distintos puntos de vista a través de los distintos debates. En los que se habrá tenido la posibilidad de incluir a los especialistas, académicos y miembros de la sociedad civil que se interesen en el tema. La deliberación democrática que fortalecerá los derechos será “*condición necesaria*” para que la decisión política fundamental pueda tomarse. Esta decisión podrá ser cuestionada e incluso (y seguramente) será criticada como contraria al derecho en cuestión por la parte que no obtenga la decisión favorecedora. Pero esto es resultado del desacuerdo y de la naturaleza de la democracia.

Al final la misma democracia permitirá que el asunto pueda discutirse nuevamente y que, en una decisión futura, si las circunstancias sociales y políticas se modifican, la decisión de la generación que se encargue del debate decida de otra forma, siempre que lo haga dentro de los límites mínimos del modelo.

Una vez explicado el segundo elemento del modelo, surge la pregunta: ¿qué sucede si una decisión que alega ser democrática va más allá y supera los supuestos límites mínimos del modelo? Esta pregunta encuentra respuesta en el tercer elemento del modelo.

2.2.3 El rol de los jueces frente al péndulo democrático-constitucional

¿Qué pasa si los legisladores van más allá? Esta pregunta se manifiesta claramente a través de la objeción, muchas veces desde el constitucionalismo, de que la libertad a los legisladores podría derivar en la instauración de un régimen parecido al régimen Nazi o que se podrían tomar decisiones que reinstauraran la esclavitud o que, por ejemplo, removieran el derecho político del voto a las mujeres.

Aunque los supuestos anteriores parecen por demás radicales y comparten las críticas ya establecidas con anterioridad en este trabajo, deben ser igualmente tomadas en serio como parte de un debate completo.

En primera instancia, podría parecer que bastaría establecer que decisiones como esas no serían pensables en un sistema democrático; que el procedimiento deliberativo establecido en el procedimiento de reforma haría que esas propuestas de reforma fueran desechadas de plano por la mayoría de los legisladores y que los ejemplos pueden pensarse en muchos casos, pero no en el caso de una democracia constitucional.

Sin embargo, se entiende este supuesto por dos razones: la primera, que casos como este se han presentado anteriormente al menos una vez en la historia de la humanidad y que, como tales, pueden volver a repetirse. La segunda, que hipotéticamente, es posible que dentro de un sistema como el que se propone, una decisión así, por las razones que fueran, pudiera tomarse. Estos argumentos son aceptables, aunque esto no haría que la existencia de un control fuerte como el que propone el constitucionalismo fuera suficiente para detener la catástrofe de una sociedad así.

La respuesta a este problema se encuentra en el rol que los jueces deben de jugar frente al modelo. Los jueces, de manera expresa en la constitución, estarán facultados para intervenir sólo en los casos más graves, cuando todo el sistema se ponga al límite y una decisión como las expresadas en el supuesto antidemocrático se haya tomado. En estos casos, como se mencionó en el apartado del procedimiento de reforma constitucional, los jueces podrán controlar la decisión de los legisladores constitucionales. Pero esta limitación se deberá circunscribir a las dos paredes de cristal.

Sólo si se llega a los casos extremos planteados en la hipótesis, la competencia de los jueces podrá activarse y en estos casos podrán determinar que la decisión sea inválida y que el acto salga del orden jurídico. En estos casos, lo que sucede es que el péndulo saldría del espacio establecido por las paredes de cristal, rompiendo a cualquiera de ellas y acabando con el péndulo

democrático-constitucional. Como la decisión transformaría al sistema en cualquier otra cosa, esta opción no es aceptable.

La justificación no se encuentra en la labor interpretativa de los jueces, sino en su obligación de proteger y garantizar la existencia y coherencia del orden constitucional. Los jueces se ven limitados por la permisión “*expresa*” de la constitución a estos casos solamente, por lo que no podrán ir más allá bajo ninguna interpretación implícita, ya que la constitución no deja espacio para ello.

Como se observa, este sistema protege las decisiones de los legisladores constitucionales en el “*nivel máximo de revisión judicial*”. Esto es porque es el nivel donde las tensiones del sistema se maximizan. Pero, ¿qué sucede con las decisiones que están sujetas al “*nivel medio de revisión judicial*”? En este caso, puede facultarse a los jueces federales que revisen las decisiones establecidas a través de leyes secundarias para evaluar su constitucionalidad, teniendo presente que la facultad principal de decisión debe darse a los legisladores locales. Sin embargo, para esto sería necesario que los procedimientos de reforma constitucional locales fueran similares al federal, para que la condición deliberativa se cumpliera. En caso contrario, para la protección de los derechos de acuerdo a las decisiones políticas fundamentales, parece razonable que los jueces controlen las decisiones.

El rol de los jueces se justifica bajo una idea de protección del orden constitucional que intenta equilibrar los dos principios, el de la supremacía y el de la soberanía, a través de una protección diferenciada de los derechos.

Lo anterior implica que existen dos niveles de intervención, uno en el que los jueces se limitan y permiten que decidan los representantes, y otro en el que actúan en los casos límite en donde el sistema se pondría en riesgo y donde la decisión que se tomara implicara el colapso del modelo.

2.2.4 La protección diferenciada de los derechos y la falibilidad del sistema

La democracia constitucional, como ha sido concebida en esta propuesta, no niega que los derechos deban ser protegidos, incluso que deban ser protegidos en

los casos más extremos por los jueces. Sin embargo, establece que esta protección debe ser una “*protección diferenciada*”. Sólo en los casos en los que el derecho vaya a ser afectado de la forma más grave, cuando el derecho desaparecería y se negaría en última instancia, es cuando los jueces pueden actuar.¹⁹⁷

Del mismo modo, la protección de la otra pared de cristal de los procedimientos democráticos, también funciona como una protección directamente relacionada con los derechos. Esta pared, asegura no sólo a los derechos de autonomía y participación política de todos los ciudadanos de un Estado, sino que también protege al resto de los derechos, al garantizarles su existencia en un sistema democrático.

La protección diferenciada se da porque en la generalidad de los casos, incluso en los más debatidos y controvertidos, los derechos deberán ser protegidos a través de la misma sociedad, bajo el ideal de la democracia, de la deliberación y de reconocer los derechos de “*los otros*” al tomarlos en serio; pero, como se mencionó, en los casos límite, la protección se aumenta a un nivel máximo de protección, ya no sólo a través de la deliberación y de los procedimientos establecidos, sino de la revisión de los jueces.

Sin embargo, es importante mencionar que bajo la lógica de todo modelo que es operado por individuos y que como tal puede ser falible, la posibilidad de que aún con la salvaguarda establecida por los jueces, las decisiones que se tomen, y la revisión que de ellas se haga, puede resultar en que un sistema se colapse y que su naturaleza democrática se disuelva junto con él.

Pero lo anterior no es un argumento que atente en contra de ningún modelo. En realidad, tanto los jueces como los legisladores pueden equivocarse, y ambos pueden llevar a las peores consecuencias. Pero esto no justifica ni una

¹⁹⁷ Sobre una propuesta en el mismo sentido de intervención de los jueces sólo en casos extremos ver: Alexy, Robert. *Argumentative Representation*, presentado como ponencia en el Congreso de los XX años de la Constitución y la Corte Constitucional de Colombia, del 10 al 12 de octubre de 2011. El documento oficial se encuentra en edición, sin embargo la propuesta puede consultarse en <http://www.ustream.tv/recorded/17800242>. Sin embargo, la propuesta de este trabajo difiere considerablemente en la determinación de los límites de los jueces.

democracia meramente procedimental, pero tampoco al constitucionalismo como se ha entendido.

Sin duda esta propuesta se acerca más al ideal de la democracia al dejar el amplio margen de decisión a quienes se supone deben decidir en última instancia. Esto es porque a final de cuentas, el argumento del constitucionalismo se aleja de cualquier idea de un péndulo o, en el mejor de los casos, establece un péndulo que es manejado, al final de cuentas, por quien no es facultado para manejar.

3. La toma de postura sobre el caso mexicano. El rechazo a la interpretación auto facultativa de los jueces y su ausencia de limitación

Como puede intuirse del apartado anterior, las premisas teóricas establecidas más arriba son, en su mayoría, incompatibles con el caso mexicano.

El rechazo a este caso se da por dos puntos muy importantes: el primero, es que los jueces no están facultados expresamente para realizar el nivel máximo de la revisión judicial y, al contrario de lo que argumentan, existen varios elementos en la constitución mexicana, tanto en el procedimiento constitucional (que no los incluye), como en los medios de control (que no facultan expresamente a los jueces para utilizarlos frente a las reformas constitucionales), que aportan elementos para creer que la idea inicial no era la de permitir que estos revisaran en última instancia las decisiones del poder reformador de la constitución.

El caso mexicano presenta de manera clara el supuesto en el que los jueces se fortalecen de manera indeterminada en conjunción con el procedimiento de reforma. El procedimiento, como se mostró en el tercer capítulo, es rígido y dificulta la toma de decisiones por los representantes, pero cuando esto se suma a la posibilidad de que los jueces interpreten implícitamente la constitución, su poder se multiplica exponencialmente.

Este hecho se articula para exponer el argumento que denomino como el

caso de: “*el gobierno de los jueces, por los jueces y para los jueces*”.¹⁹⁸

En una democracia, al menos en el momento constitutivo, la construcción del sistema constitucional, la decisión de establecer una constitución con derechos, el establecimiento de las facultades de los poderes, la configuración de las instituciones del Estado, son casos de decisiones que deben ser resueltas por los individuos que integran el Estado. Cuando la constitución no resuelve expresamente estos temas y deja cláusulas abiertas sobre ellos, seguir la lógica democrática debería abonar a que estos individuos y no los jueces siguieran resolviendo sobre ellas.¹⁹⁹

Lo que no es razonable es que ante la duda se prohíba resolver sobre esos temas. Si quien prohíbe, impone, control y limita finalmente es los jueces, entonces la toma de decisiones fundamentales es de ellos, a partir de ellos y con retorno circular a ellos.

Si esto sucede de esa manera, el grado último, máximo o final de decisiones de gobierno es de ellos, por lo que se trata de un gobierno *de* los jueces. Si el desarrollo del sistema, como un sistema cerrado al cambio se hace también solamente con su autorización, al final es un gobierno *por* los jueces, y si ante la duda y la discusión, la cuestión regresa a ellos, para ser decidida sin más por ellos, desgraciadamente también se trata de un gobierno hecho *para* los jueces.

En estos casos, los jueces adquieren un poder que podría considerarse como ilimitado, en especial cuando interpretan los límites de los otros poderes a través de aquello que está implícito en la constitución. Esto vuelve al poder de revisión judicial tan ilimitado como el poder de reforma constitucional cuando los jueces alegan que puede ir más allá de sí mismo, que se identificaría con el poder

¹⁹⁸ Este argumento, como se puede observar, hace referencia a la frase de Abraham Lincoln y su frase sobre la democracia como el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo.

¹⁹⁹ Sobre el carácter antidemocrático del constituyente de 1917 ver Carpizo, Jorge. *La Constitución Mexicana de 1917*, México, UNAM, AÑO, pp. 47-62. Donde se muestra cómo en el proceso de calificación de credenciales de diputados no importaba quién había sido electo si se decidía por los presentes en el colegio electoral que estaba vinculado de alguna manera a Porfirio Díaz, a Victoriano Huerta o a Francisco Villa, y donde se beneficiaba a los partidarios del movimiento de Venustiano Carranza. Así se muestra como un congreso constituyente que permitía participar de acuerdo a la ideología y no a la voluntad de los electores.

constituyente y que estaría más allá de la constitución (tal como se expuso en varios de los casos revisados en el capítulo tercero). Es importante tomar esta posibilidad en serio y responderla independientemente del punto en que se intente resolver la problemática de la democracia constitucional.

Si esto se toma en serio, podrán reconocerse dos posibles escenarios: el primero, que si se argumenta que los jueces no deciden más allá de la constitución pero se justifica que limiten al poder de reforma, estamos sometidos al pasado sin posibilidad de cambios, que fue decidido por generaciones anteriores que establecieron la constitución (a menos que vayamos a la guerra y lo cambiemos vía la revolución). El segundo, que si se acepta que entonces son los jueces quienes permiten en última instancia el cambio paulatino y la evolución constitucional, *“siempre que sea de acuerdo a la voluntad del constituyente”*, el contenido sustantivo de la constitución sólo evoluciona a partir de ellos.

El segundo caso se asemeja mucho al de los Estados Unidos de América, en donde la Suprema Corte se ha encargado de desarrollar y de evolucionar el sistema constitucional y los derechos a través de su sistema de precedente, donde se constituye prácticamente como un legislador material de la constitución. Sin embargo, esta posibilidad no es favorable para México al menos por dos razones: la primera es que el sistema jurídico de Estados Unidos permite que las decisiones de los tribunales creen el derecho, de una forma en que no sucede en el sistema jurídico mexicano (*common law vs. sistema romano-germánico*); la segunda es que, como se mencionó anteriormente, pensar a la Suprema Corte como un legislador material pareciera no estar de acuerdo a la constitución mexicana.

Por último, como se expresó en las observaciones del capítulo tercero, no existe un mecanismo de control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales en México. Alargar los medios con los que se cuenta para que la revisión pueda llevarse a cabo no es admisible. No cuando son los propios jueces quienes alargan estos mecanismos.

Este punto no resulta, como pudiera parecer, de la naturaleza de las reformas constitucionales, sino de las facultades que los jueces no tienen en el

caso mexicano y de la ausencia de medios para llevar a cabo la revisión.

Las reformas a la constitución, como en el caso de Alemania, deben ser consideradas como *leyes constitucionales* que, en la generalidad de los casos, se establezcan como norma fundamental cuando se haya cumplido con el procedimiento de reforma (de acuerdo a la propuesta de procedimiento de reforma establecido en el apartado 2.2.1 de este capítulo). Una vez que se siguieron todos los pasos que expresamente fueron establecidos para que la norma de máxima jerarquía se constituya como tal, la norma se constituye de validez total y se vuelve parte de la ley fundamental. Esta revisión sólo podrá impugnarse para cuestiones de procedimiento en todos los casos explicados en el modelo del péndulo democrático-constitucional.

De esta manera, lo destacable del caso mexicano es, en última instancia, el reconocimiento de que el amparo no era el medio idóneo para revisar las reformas constitucionales, aunque no se fue más allá hasta concluir que por su naturaleza, no existía un método como tal.

Con todo esto dicho, queda solamente establecer de manera puntual las propuestas sobre el diseño institucional que se consideran para el caso mexicano.

4. Propuestas finales sobre el caso mexicano

El diseño constitucional mexicano debería modificarse en dos dimensiones para que se adecuara de mejor manera al modelo que propongo que equilibra de mejor manera la democracia constitucional:

- Es necesario plantearse una reestructuración del sistema de toma de decisiones en la constitución. El procedimiento de reforma debería de replantearse para que se adecue a las exigencias de cambio de la sociedad. Esto puede hacerse de la siguiente manera:

Deben establecerse expresamente los límites de la Suprema Corte para que se restrinjan solamente a los casos más graves de posible afectación del sistema. Sin embargo, la mera limitación de la Corte

podría dejar incompleto el procedimiento y debilitar al sistema, por lo que lo más adecuado sería realizar una reforma íntegra del procedimiento que garantizara la deliberación democrática y la protección del sistema democrático-constitucional, tal como en la propuesta teórica.

- Debe modificarse, en caso de que se quiera facultar a los jueces a realizar la revisión judicial de las reformas constitucionales, el sistema de los medios de control de constitucionalidad.

Sin duda alguna la reforma en materia de amparo abre posibilidades para que este medio se tome en cuenta para llevar a cabo esta revisión, siempre que se estableciera que en todos los casos de revisión de reformas constitucionales la decisión tuviera efectos generales. Sin embargo, considero que sería mejor que se modificara la normativa constitucional en el caso de las acciones de inconstitucionalidad.

En el caso de las acciones, la modificación debería hacer expreso que estas aplican a las leyes constitucionales cuando se aleguen vicios en su procedimiento. De esta manera se rompería el debate sobre su aplicabilidad a las reformas constitucionales por no considerar a estas mismas como normas generales *per se*. En la disposición normativa lo más recomendable sería mencionar que este medio de control aplica sobre los actos del poder de reforma constitucional, para eliminar toda discusión al volver explícita la facultad de revisión.

Bibliografía

Libros

Aláez Corral, Benito y Álvarez Álvarez, Leonardo. *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 3ª reimpresión, Madrid, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Astudillo, César y Córdova Vianello, Lorenzo (Coords.). *Reforma y Control de la Constitución. Implicaciones y Límites*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2011.

Barak, Aharon. “Un juez reflexiona sobre su labor: El papel de un Tribunal Constitucional en una democracia”, en Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunales Constitucionales y Democracia, México, SCJN, 2008, pp. 625-665.

Bayón, Juan Carlos. “Derechos, Democracia y Constitución”, en Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2009, pp. 211-238.

Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2ª edición, Madrid, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

Bikel, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Heaven, Yale University Press, 1962.

Carbonell, Miguel. “Reforma Constitucional: Límites y Controles”, en Astudillo,

César y Córdova Vianello, Lorenzo (Coords.). *Reforma y Control de la Constitución. Implicaciones y Límites*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 27-38.

Cárdenas, Jaime, “Los Límites del Poder de Reforma a la Constitución”, en Astudillo, César y Córdova Vianello, Lorenzo (Coords.). *Reforma y Control de la Constitución. Implicaciones y Límites*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 39-46.

Carpizo, Jorge. *La Constitución Mexicana de 1917*, 14ª ed., México, Porrúa, 2004.

Cossío Díaz, José Ramón. “El Amparo en Revisión 186/2008”, en Astudillo, César y Córdova Vianello, Lorenzo (Coords.). *Reforma y Control de la Constitución. Implicaciones y Límites*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 101-108.

De Vega, Pedro. *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, 4ª reimpresión, Madrid, Tecnos, 1999.

Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Massachusetts, United States of America, Harvard University Press-Cambridge, 1978.

Elster, John. *Ulises y las Sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, 2ª reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2001.

----- “Derechos Fundamentales”, en Ferrajoli, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, pp. 19-56.

-----. “Los Derechos Fundamentales en la Teoría del Derecho”, en Ferrajoli, Luigi, Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales, Madrid, España, Editorial Trotta, 2007, pp. 139-196.

-----. “Pasado y Futuro del Estado Democrático”, en Carbonell, Miguel (Ed.). Neoconstitucionalismo(s), 4ª edición, Madrid, España, Editorial Trotta, 2009, pp. 13-29.

Ferreres Comella, Víctor. “El Control Judicial de la Constitucionalidad de la Ley. El Problema de su Legitimidad Democrática”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (Coords.), El Canon Neoconstitucional, México, Editorial Trotta-IIJ-UNAM, 2010, pp. 356-380.

Franco, Fernando. “La reforma ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Córdova, Lorenzo y Salazar, Pedro (Coords.), *Estudios sobre la reforma electoral 2007. Hacia un nuevo modelo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, pp. 95-121.

García Belaunde, D. y Fernández Segado, F (Coords.). *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Madrid, España, Dykinson, 1997.

Garzón Valdés, Ernesto. “Representación y Democracia”, en Garzón Valdés, Ernesto, Derecho, Ética y Política, Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 631-650.

Huber, Rudolf (Ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

Kelsen, Hans. *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*, México, IJ-UNAM, 2001.

Salazar Ugarte, Pedro. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE-IJ-UNAM, 2006.

Salazar, Pedro. “Una Corte, una jueza y un réquiem para la reforma constitucional electoral”, en Salazar, Pedro y Córdova, Lorenzo (Coords.). *Democracia sin Garantes. Las Autoridades vs. La Reforma Electoral*, México, UNAM-IJ, 2009, pp. 29-57.

Vázquez Cardozo, Rodolfo. “Justicia constitucional y democracia. La independencia judicial y el argumento contramayoritario”, en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tribunales constitucionales y la consolidación de la democracia*, México, SCJN, 2007, pp. 197-230.

Waldron, Jeremy. *Law and Disagreement*, United States of America, Clarendon Press–Oxford, 1999.

Zagrebelsky, Gustavo. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, España, Editorial Trotta, 2008.

Revistas

Carpizo, Jorge. “El tribunal constitucional y el control de la reforma constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 125, mayo-agosto 2009, pp. 735-794.

Jeffrey Jacobsohn, Gary, *An unconstitutional constitution? A comparative*

perspective, International Journal of Constitutional Law ICON, vol 4., no. 3, p. 460-487.

Pozas Loyo, Andrea y Ríos Figueroa, Julio. “¿Puede ser inconstitucional una enmienda constitucional?”, *Revista Nexos*, No. 372, 2008.

Roldán Xopa, José. *Libertad de Expresión y Equidad ¿La Constitución contra sí misma?*, México, Cuaderno número 38, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Noviembre 2010.

Schor, Miguel. *Un Ensayo sobre el Surgimiento de Cortes Constitucionales: Los Casos de México y Colombia*, Revista de Economía Institucional, Vol. 13, No. 24, primer semestre/2011, pp. 85-109.

Waldron, Jeremy. “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 13, No. 1, Spring 1993, pp. 18-51.

----- “Freeman’s Defense of Judicial Review”, *Law and Philosophy*, Vol. 13, No. 1, February 1994, pp. 27-41.

----- “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, Vol. 115, No. 6, April 2006, pp. 1346-1406.

Fuentes electrónicas

Aguilar Camín, Héctor. *Amparo de los intelectuales, algo para discutir*, Milenio, 2011, en <http://impreso.milenio.com/node/8905111>.

Alexy, Robert. *Argumentative Representation*, presentado como ponencia en el

Congreso de los XX años de la Constitución y la Corte Constitucional de Colombia, del 10 al 12 de octubre de 2011. El documento oficial se encuentra en edición, sin embargo la propuesta puede consultarse en <http://www.ustream.tv/recorded/17800242>.

Asociación Mexicana de Derecho a la Información (AMEDI). 2008. Carta dirigida a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a razón del amparo frente a la reforma electoral 2007, en: http://www.amedi.org.mx/sitio_anterior/spip.php?article1304&debut_articles_auteur=1540&debut_articles_rubrique=25.

Cahillane, Laura, *Judicial Review in Ireland*, Guardian Legal Network, guardian.co.uk., 26 May 2010, disponible en: <http://www.guardian.co.uk/law/2010/may/26/ireland-judicial-review>.

Corte Constitucional de Colombia, en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/>.

Murayama, Ciro. 2011. *La Corte ante la compra de spots*, Periódico la Crónica de Hoy, en: http://www.cronica.com.mx/nota.php?id_notas=557297.

Salazar Ugarte, Pedro. *Desamparados*, Periódico El Universal, 2011 en: <http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/51491.html>.

Trejo Delarbre, Raúl. 2008. *Inquietos intelectuales*, en *etcétera*, consultado en: <http://www.etcetera.com.mx/articulo.php?articulo=1631>.

Woldenberg, José. 2007. *La Corte en democracia*, Periódico Reforma, en: <http://www.reforma.com/editoriales/nacional/779504/> o <http://www.cencos.org/es/node/13726>.

Jurisprudencia

Alemania

Sentencia BVerfGE 1, 14 (1951).
Segunda Sala 2 BvG 1/51 (1951).
Sentencia BVerfGE 30, 1 (1970).

Colombia

Sentencia C-355 de 2003.
Sentencia C-551 de 2003.
Sentencia C-553 de 2003.
Sentencia C-1040 de 2005.
Sentencia C-588 de 2009.

Estados Unidos de América

Marbury v. Madison, 5 U.S. 1 Cranch 137 (1803), United States Supreme Court.
Brown, Governor of California, et. al. v. Plata, et. al. Appeal From the United States District Courts for the Eastern and Northern Districts of California, United States Supreme Court, No. 09-1233, May 23 2011.

Irlanda

The State (Ryan) v. Lennon (1934).
Article 26 and the Regulation of Information (Services outside the State for the Termination of Pregnancies) Bill 1995 [1995] 9 IESC 38.
Hanafin v. Minister of the Enviroment, [1996] 2 ILRM 61, 183.

México

Amparo en Revisión 1334/98.

Controversia Constitucional 82/2001.

Acción de Inconstitucionalidad 168/2007 y su acumulada 169/2007.

Amparo en Revisión 186/2008.

Amparo en Revisión 2021/2009.