

# ¿PUEDE EXISTIR INCONSTITUCIONALIDAD EN LAS NORMAS REFORMATORIAS DE LA CONSTITUCIÓN? <sup>1</sup> LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA VALIDEZ DE LAS NORMAS JURÍDICAS SUPERIORES

**Roberto Rodríguez Gaona**

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *La justicia constitucional y el control de una reforma a la Constitución:* A. Estados Unidos de América. B. Colombia. Estados Unidos Mexicanos.—3. *Los modelos que justifican la procedencia del control de constitucionalidad.* A. El modelo del control de todas las normas del sistema. B. El modelo del control relativo de las normas del sistema. C. El modelo del control «coordinado» de las normas del sistema.

## 1. INTRODUCCIÓN



En las líneas siguientes abordaremos un aspecto central de la teoría de la Constitución: la reforma constitucional. La reforma implica un procedimiento pacífico para modificar el Documento Supremo del sistema jurídico. En nuestra lengua se han realizado importantes estudios que revelan su ángulo conceptual, histórico y

---

<sup>1</sup> El contenido que someto a su consideración pertenece a una parte de la tesina *Supremacía jurisdiccional y validez de las normas jurídicas superiores. El control de la reforma a la Constitu-*

de metodología del Derecho comparado<sup>2</sup>. A partir del esclarecimiento de tales derroteros, es posible plantearnos si el resultado del medio de reforma puede ser inválido; lo que a su vez supone preguntar sobre la existencia de normas constitucionales inconstitucionales. Si, *ab initio*, aceptamos que una norma reformativa sea inválida, aún cabe indagar si puede ejercerse un tipo de control, específicamente un control jurisdiccional, sea el de un Tribunal especializado como el Constitucional español; sea el del órgano colegiado superior del Poder Judicial como la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México o la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos —*U. S. Supreme Court*.

La exposición que ofrecemos pretende ocuparse de los puntos básicos del problema. En este tenor, iniciaremos por el análisis de la práctica de los órganos jurisdiccionales que lo han enfrentado, es decir, de las cortes estadounidense, mexicana y colombiana, a efecto de llegar a la teoría que sostiene la procedencia o la improcedencia del examen de una norma constitucional.

Dada la complejidad del tema, es menester que revelemos los supuestos de los que hemos partido para elucidar el tópico, así como la hipótesis que sustenta la investigación. Algunos lectores pueden manifestar dudas respecto a si es necesario que una reforma se controle; qué órgano debe encargarse de la tarea; por qué se proclama a la jurisdicción constitucional como órgano de control; por qué considerar controvertible el parámetro de validez de la Carta Suprema; qué relación guarda el problema con las concepciones de los derechos fundamentales; qué efectos tiene este control en el sistema democrático, etc. No queda duda de la trascendencia de tales cuestionamientos, sin embargo, según entendemos, es indispensable dilucidar, como presupuesto, el tipo de problema que pretende resolver la proposición contenida en la hipótesis escogida para el desarrollo del trabajo. Esto quedaría formulado de la siguiente manera: *Una proposición teórica debe atender un problema a partir de concebirlo por la intuición más simple.*

---

ción, dirigida por R. de Asís Roig y que defendí ante el Honorable Tribunal compuesto por F. J. Ansuátegui Roig, J. Dorado Porras y M. C. Barranco Avilés. A ellos les agradezco sus valiosas aportaciones y observaciones. Sin embargo, en este espacio me es imposible atenderlas en su totalidad dado que algunas quedan inscritas en un proyecto mayor de investigación.

<sup>2</sup> A guisa de ejemplo podemos citar a DE VEGA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, 3.<sup>a</sup> reimpresión, Madrid, 1995; PÉREZ ROYO, J., *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, 1987.



Es posible integrar el enunciado anterior en lo que llamamos la *parábola de las pirámides*, cuyo nombre alude a un ejemplo concebido para ampliar su comprensión. En este orden de ideas, imagine que usted viaja a México en sus próximas vacaciones. Una vez ahí, visita las pirámides que se encuentran en el municipio de Tula, Hidalgo. Hace su recorrido, admira los monumentos históricos y se toma algunas fotografías. Tiempo después regresa a su domicilio. Finalmente, se reúne con sus amigos para contarles la experiencia. Al oír hablar de su visita, uno de ellos le pregunta qué es una pirámide. Para responder, usted decide mostrar una postal de los monumentos y señala que eso es una pirámide. En ese instante se aproxima alguien que reitera la pregunta. Su amigo, que ya había recibido la explicación, contesta que una pirámide es una postal.

La *parábola de las pirámides* permite centrarnos en el problema, evitando cualquier desviación o distorsión. Desde luego, la parábola no discrimina estudios posteriores, pero es menester delimitar una sola idea para no terminar en una *lógica de postales*. Un hipotético impugnador podría objetar que, por ejemplo, la revisión judicial no está del todo justificada, ergo, el trabajo perdería sustento. Sin embargo, el problema no se relaciona con un tipo de control, sino con la posibilidad de aplicarlo al examen del parámetro de validez. El impugnador podría insistir en que esto implica dar por supuesto el control constitucional y nosotros contestaríamos afirmativamente, con la salvedad de que esa suposición no pretende purgar la crítica; únicamente es un recurso que permite probar o disprobar la hipótesis. En otras palabras, el impugnador objeta la postal y no la pirámide.

Ahora bien, qué damos por supuesto y cuál es la hipótesis que motivó las indagaciones. Para empezar, el control de la constitucionalidad de las normas –no el control de la norma constitucional–, o sea, la posibilidad de que un órgano examine su validez desde la Constitución. Por otra parte, suponemos que las normas pueden ser inválidas al tenor de ciertos criterios, luego, *prima facie*, queda establecido intuitivamente un nexo indisoluble entre la validez normativa y su control. ¿Qué órgano debe encargarse del examen de la validez cuando ésta es controvertida? La respuesta constituye la última suposición, es decir, con el fin de solucionar el problema hemos asimilado el control de la validez a control jurisdiccional o, si quiere, que el examen de la validez controvertida lo lleva a cabo un juez, especializado o no.

¿Es posible aplicar lo anterior a una reforma constitucional? Contestar el cuestionamiento no es tan fácil como pudiera parecer si consideramos

que, dado el nexo validez-control de la validez, al tiempo que dilucidamos la procedencia del control constitucional de una norma reformativa de la Carta Magna, tenemos que averiguar qué la hace válida. Las posibles soluciones desencadenan una cascada de tópicos filosóficos, políticos y legales: ¿debemos empezar por el análisis de las teorías sobre la validez? o, por el contrario, ¿tenemos que considerar la forma de gobierno o la existencia de una norma concreta que termine con las dudas? Salvo la mejor opinión del lector, estimamos que antes de acudir a las ideas más elaboradas y problemáticas es menester iniciar por la intuición más simple, que en el presente caso es confirmar si las dimensiones históricas, prácticas y teóricas del control constitucional comprenden el examen del parámetro de validez. Lo anterior queda formulado en nuestra hipótesis que intentaremos probar o disprobar: *El examen de la reforma a la Constitución es un capítulo más del control jurisdiccional constitucional.*

La hipótesis evita una respuesta basada en el decisionismo del legislador o del juez, o en una simple preferencia doctrinal. Su refutación plausible no sólo obligaría a entrar en los consabidos tópicos de filosofía y política, sino también permitiría contar con un material previo que justifique una nueva forma de control o, llanamente, nos haría desechar la posibilidad de examinar las normas reformativas.

Con el fin de resolver el planteamiento utilizaremos la metodología del Derecho comparado, el análisis de caso, la Dogmática y la historia del Derecho constitucional. Para determinar si el control de la reforma está incluido en el control constitucional en general, resulta insoslayable remitirnos a su origen, o sea, a los Estados Unidos de América, pues, además, es aquí en donde encontraremos a la cláusula de reforma<sup>3</sup> que autoriza la creación de las normas objeto de posible examen.

La referencia a los Estados Unidos es obligada. No obstante, huelga justificar el estudio de México y Colombia en el análisis de caso. ¿Por qué no estudiar la práctica de otras cortes latinoamericanas o de los tribunales constitucionales europeos? Los motivos que nos impulsaron a escoger las dos naciones se fundan en la construcción de potentes medios de control jurisdiccional —el juicio de amparo en México y la acción de inexecuibilidad en Colombia—. En efecto, a veces se asocia el control en el continente americano con la revisión judicial estadounidense —*judicial review*—, empe-

---

<sup>3</sup> Vid. PÉREZ ROYO, J., *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, 1987, pp. 19 y ss.

ro, somos de la idea de que la teoría sobre el examen de la constitucionalidad es ininteligible sin el análisis de las creaciones latinoamericanas. Esto nos lleva a sostener que las líneas maestras del control se encuentran en América<sup>4</sup>. De esta forma, en el continente no hay otra nación que siquiera iguale la obra de las cortes escogidas, pues será Estados Unidos, México y Colombia quienes tengan primacía en el enfrentamiento del problema<sup>5</sup>, aunque con una relevante aportación de la doctrina del viejo continente.

## 2. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE UNA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN

Veremos algunos casos relevantes que se ocuparon del problema. Por desgracia, en este momento no podemos hacer un estudio amplio de todos los precedentes.

### A. Estados Unidos de América

Fue en esta nación en donde se creó la revisión judicial *—judicial review—* que es un medio de control constitucional de carácter difuso, ya

---

<sup>4</sup> Los asertos no deben ser entendidos como una falta de reconocimiento a la aportación europea, representada, básicamente, en la doctrina kelseniana. Como diría LÓPEZ ULLA: «La técnica americana de asegurar la supremacía de la Constitución se introduce por vez primera en Europa con la Constitución austriaca de 1920, aunque su verdadera difusión y expansión no se produce hasta terminada la Segunda Guerra Mundial. Hasta entonces no se materializó en el viejo continente la posibilidad de controlar la constitucionalidad de la actividad legislativa, lo que se explica por una serie de circunstancias históricas de todos conocidas». *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 25.

<sup>5</sup> En Italia hay que recordar la Sentencia 1146 de 1988 relativa al control de constitucionalidad de los artículos 28 y 49 del d.P.R. 31 de agosto de 1972, n. 670 *—Statuto speciale della Regione Trentino-Alto Adige—* que la Corte Constitucional declaró inadmisibile. A pesar de que no estamos ante un caso de control como los de las naciones americanas, es interesante apreciar que la Corte afirmó que la Constitución contiene algunos principios supremos que no pueden ser modificados en su contenido esencial por una ley de revisión constitucional o por otras leyes constitucionales. Además, en Argentina debemos mencionar los casos *Juana A. Soria de Guerrero vs. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos, S. A.*, de 1963 *—rechazado porque la Corte Suprema de Justicia consideró la cuestión como política—*, así como *Héctor Polino vs. Poder Ejecutivo de 1994 —rechazado por no haber causa judicial. Vid. ZIULU, A. G., Derecho Constitucional, Principios y derechos constitucionales, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 78 y ss. El caso argentino no merece una atención especial ya que sigue los derroteros estadounidense, amén de que no encontramos un medio de garantía del peso de los que veremos.*

que el examen se ejerce, en vía de excepción, por todos los juzgadores en el ámbito de su competencia –estatal-federal–, con la salvedad de que la Corte Suprema Federal –*U.S. Supreme Court*– es quien resuelve en definitiva, por ser el máximo intérprete del documento constitucional. Sus decisiones son obligatorias en virtud del principio *stare decisis* y la resolución sobre la inconstitucionalidad de una ley implica desapplicarla al caso concreto.

Sin entrar en controversia, sostendremos, con Edward S. Corwin<sup>6</sup>, que la base de la revisión descansa<sup>7</sup> en un conjunto de principios generales que eran comunes en la época en que se adoptó la Constitución de 1787; principios que fueron conocidos por los padres constituyentes y que hicieron innecesario un artículo concreto. Igualmente, defenderemos que la revisión fue potenciada en respuesta al enorme abuso de poder por parte de las legislaturas estatales. Así, la sentencia dictada en el caso *Marbury vs. Madison*<sup>8</sup>, en la que el juez presidente –*chief justice*– John Marshall formuló su célebre opinión, constituye el fin de un camino ya reflejado en el *Federalista* 78 y en diversos precedentes.

El poder de revisión que ejercen las cortes de rango inferior –estatales y federales– y, especialmente, la Corte Suprema Federal, permite determinar de manera vinculatoria y definitiva la constitucionalidad de una norma controvertida. ¿Cuál es el alcance de ese poder? En otras palabras, ¿qué tipo de producción normativa es susceptible de control? Parece que las normas inferiores sí están sujetas a examen, ¿podemos afirmar también esto respecto a las normas de reforma constitucional?

Para elucidar el punto, es menester estudiar la práctica del Máximo Tribunal estadounidense, relativa a la cláusula de reforma consagrada en el artículo V de la Constitución Federal. De tal estudio podemos obtener una

---

<sup>6</sup> *The Doctrine of Judicial Review, its legal and historical basis and other essays*, Peter Smith, 1963, pp. 1-78.

<sup>7</sup> CORWIN identifica diversas opiniones: a) de radicales que sostienen que el poder descansa en un acto de usurpación por parte de la Suprema Corte en la decisión *Marbury vs. Madison*; b) de conservadores que señalan artículos de la Constitución que confieren el poder; c) de doctrinarios (*legal writers*) que no van más allá del caso *Marbury*, conformes con que eventos subsecuentes han ratificado la doctrina de la decisión; d) de historiadores que muestran que una parte considerable de los redactores favorecieron personalmente la revisión en un tiempo u otro, antes, durante y después de la Convención; e) de historiadores que presentan la revisión como el desarrollo natural de ideas que fueron comunes en el periodo en el que la Constitución fue establecida. Para el autor citado las dos últimas opiniones son correctas, con el resultado de descubrir algunos problemas fundamentales. *The Doctrine of Judicial Review, its legal and historical basis and other essays*, Peter Smith, 1963, pp.1-2.

<sup>8</sup> *Marbury vs. Madison*, 1 Cranch 137 (1803). En Internet: [www.lawcheck.com/lawsonline/supreme.htm](http://www.lawcheck.com/lawsonline/supreme.htm)

serie de precedentes en los que se abordó el problema<sup>9</sup>. En este espacio sólo mencionaremos a algunos de ellos.

El primer caso en el que aparece el problema es *Hollingsworth vs. Virginia*<sup>10</sup>, suscitado con motivo de la enmienda undécima:

Artículo Undécimo. El poder judicial de los Estados Unidos no debe interpretarse que se extiende a cualquier litigio de derecho estricto o de equidad que se inicie o prosiga contra uno de los Estados Unidos por ciudadanos de otro Estado o por ciudadanos o súbditos de cualquier Estado extranjero<sup>11</sup>.

En cumplimiento de la enmienda, la Corte Suprema procedió a desestimar (*dismissed*) todas las demandas de ciudadanos de un Estado en contra de otro. *Hollingsworth* tenía en ese momento una demanda en contra de Virginia. La entidad federativa mencionada solicitó la desestimación sobre la base de la nueva norma constitucional. Sin embargo, *Hollingsworth* esgrimió que ésta no había sido adoptada constitucionalmente por no haber sido aprobada por el Presidente de los Estados Unidos en los términos del artículo I, sección 7 de la Constitución:

Artículo I, sección 7.—.....  
.....  
Toda orden, resolución o votación para la cual sea necesaria la concurrencia del Senado y la Cámara de Representantes (salvo en materia de suspensión de las sesiones), se presentará al Presidente de los Estados Unidos y no tendrá efecto antes de ser aprobada por él o de ser aprobada nuevamente por dos tercios del Senado y de la Cámara de Representantes, en el caso de que la rechazar, de conformidad con las reglas y limitaciones prescritas en el caso de un proyecto de ley<sup>12</sup>.

La Corte resolvió que el supuesto relativo al veto del presidente sólo era aplicable a la legislación ordinaria, pues como señaló el juez Chase: «Seguramente, no puede ser necesario contestar ese argumento. La negativa del Presidente sólo es aplicable a los casos ordinarios de legislación. Él

<sup>9</sup> No soslayamos deliberadamente los precedentes resueltos por cortes estatales o por cortes federales de rango inferior, empero, son los casos que ha resuelto la Corte Suprema Federal los que marcan la guía y determinan el estado de la cuestión en el país norteamericano que nos ocupa.

<sup>10</sup> 3 Dallas 378 (1798).

<sup>11</sup> Para los artículos de la Constitución estadounidense, seguiremos, por regla general, la traducción al español que aparece en el apéndice de *El Federalista*, en consecuencia, *Vid.* HAMILTON A., MADISON J., y JAY, J., *El Federalista*, trad. G. R. Velasco, cuarta reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, p. 396.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 390.

no tiene nada que ver con la proposición, o la adopción, de enmiendas a la Constitución»<sup>13</sup>.

Pese a que la Corte no ofreció los razonamientos que justificaban el fallo, es visible que la sentencia implica diferenciar entre el procedimiento ordinario para la formulación de las leyes inferiores a la *lex legum* y el procedimiento especial o agravado para la enmienda constitucional. El último sólo estaría contenido en el artículo V de la Carta y no se integraría con ninguna otra disposición suprema, relativa a normas distintas a las del procedimiento agravado. Como sea, un factor de peso que ayudó a la Corte Suprema Federal a fallar en el sentido expuesto fue el hecho de que las enmiendas anteriores no habían sido sometidas al Presidente, lo cual hubiese dado lugar a la inconstitucionalidad del *Bill of Rights*<sup>14</sup>.

El caso *Hollingsworth vs. Virginia* demuestra una intervención de la judicatura para determinar la validez de la enmienda undécima. Esto llevaría a la Corte a sostener unánimemente su constitucionalidad. El máximo Tribunal de la Unión Americana sostuvo su competencia para la revisión judicial de las enmiendas, sin implicar que un caso de tal envergadura le fuese ajeno por ser, verbigracia, una cuestión política<sup>15</sup>. Ahora bien, el precedente nos podría llevar a sostener *no sólo que la revisión judicial de las enmiendas a la Constitución tuvo primacía sobre la de las leyes o, en otros términos, que, en el establecimiento de la revisión judicial, primeramente se dio el examen de la norma constitucional y después el de las leyes y actos inferiores, sino también, que la primera vez que se realizó el control de una ley del Congreso fue en este precedente y no en el caso Marbury vs. Madison*. En efecto, es factible sostener, si seguimos el comentario de David P. Currie, que la interpretación de la sección 13 de la *Judiciary Act*, que en el caso *Chisholm vs. Georgia*<sup>16</sup> autorizaba las demandas del ciudadano de un Estado en contra de otros Estados, pudo ser anulada por la Corte al desestimar los casos de este tipo en cumplimiento de la enmienda undécima<sup>17</sup>.

El caso nos aporta un dato importante: *el control de una enmienda a la Constitución no es ajeno a la revisión judicial*. La última, desde sus ini-

<sup>13</sup> *Hollingsworth vs. Virginia*, 3 Dallas 378 (1798).

<sup>14</sup> Vid. CURRIE, D. P., *The Constitution in the Supreme Court, the first hundred years 1789-1888*, University of Chicago Press, 1985, p. 22.

<sup>15</sup> Criterio que comparte D. P. CURRIE -*The Constitution in the Supreme Court, the first hundred years 1789-1888*, University of Chicago Press, 1985, p. 22- y W. DELLINGER -*The Legitimacy of constitutional change: rethinking the amendment process*, Harvard Law Review, vol. p. 403.

<sup>16</sup> 2 Dallas 419 (1793).

<sup>17</sup> Cfr. *The Constitution in the Supreme Court, the first hundred years 1789-1888*, University of Chicago Press, 1985, pp. 22-23.



cios, no ejerció el control de las normas que modifican la *lex legum*, por el contrario, su radio tutelador alcanzó siempre toda la producción normativa. Desde luego, la relevancia de este precedente no puede llevarnos a sostener acriticamente el control de la reforma, pero sí nos autoriza a matizar algunas afirmaciones de Karl Loewenstein que producen una idea del sistema estadounidense que es difícil de sostener al tenor del análisis de caso:

*El problema de normas constitucionales anticonstitucionales no ha surgido jamás en los Estados Unidos, por lo menos en la Unión misma, y no sólo porque las enmiendas constitucionales sean de hecho tan poco frecuentes, sino porque una limitación impuesta al legislador constitucional es un fenómeno completamente extraño al pensamiento jurídico americano. Cuando la Supreme Court se vio obligada a enfrentarse con este problema, la cuestión de la conformidad constitucional fue tratada siempre como un asunto de tipo político y, por lo tanto, no justiciable*<sup>18</sup>.

En realidad, la constante ha sido el control de la norma reformatoria hasta llegar a sostenerse la no justiciabilidad. Confirma la postura el caso *Hawke vs. Smith*, 253 U.S. 221 (1920)<sup>19</sup> que surgió con motivo de la ratificación de la enmienda decimoctava<sup>20</sup>, la cual prohibió la fabricación, venta o transporte de licores embriagantes. El punto controvertido fue si, como había sostenido la Corte Suprema de Ohio, un Estado podía someter a *referendum* la ratificación de una enmienda. La Corte Suprema Federal procedió a revocar —*reversed*— el fallo de la Corte estatal, pues «la ratificación de una enmienda constitucional por parte de un estado no es un acto legislativo en el sentido propio de la palabra. Empero, es la expresión del consentimiento del estado a la enmienda propuesta[...]. En tal expresión ninguna acción legislativa está autorizada o requerida»<sup>21</sup>.

El control de la constitucionalidad de una reforma se repitió en los casos siguientes: *Hawke vs. Smith*, 253 U.S. 231 (1920)<sup>22</sup>; Los casos<sup>23</sup> de la

<sup>18</sup> *Teoría de la Constitución*, trad. A. Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1983, p. 195. La cursiva y las negritas son nuestras.

<sup>19</sup> El precedente también lo puede consultar en Internet en la siguiente dirección: <http://laws.findlaw.com/US/253/221.html>

<sup>20</sup> Esta enmienda fue derogada por la enmienda vigésimoprimera que se adoptó el 5 de diciembre de 1933.

<sup>21</sup> 253 U.S. 221 (1920).

<sup>22</sup> El precedente también lo puede consultar en Internet en la siguiente dirección: <http://laws.findlaw.com/US/253/231.html>

<sup>23</sup> *State of Rhode Island vs. Palmer*; *State of New Jersey vs. Same*; *Dempsey vs. Boynton, et al.*; *Kentucky Distilleries & Warehouse Co. vs. Gregory, et al.*; *Christian Feigenspan vs. Bodine, et al.*; *Sawyer, U.S. Atty., et al., vs. Manitowoc Products Co.*; *St. Louis Brewing Ass'n vs. Moore, Collectors, et al.*

«Prohibición Nacional»<sup>24</sup>, 253 U.S. 350 (1920); *Dillon vs. Gloss*, 256 U.S. 368 (1921)<sup>25</sup>; *Leser vs. Garnett*, 258 U.S. 130 (1922)<sup>26</sup> y *United States vs. Sprague*, 282 U.S. 716 (1931)<sup>27</sup>.

La postura contraria llegó con la sentencia de *Coleman vs. Miller*, 307 U.S. 433 (1939)<sup>28</sup>, que viene a marcar la última tesis de la Corte Suprema Federal. Este controvertido caso inicia un nuevo tratamiento del control jurisdiccional de la reforma a la Constitución. La litis surge con la ratificación de la enmienda del trabajo infantil<sup>29</sup> en el Estado de Kansas. Veinte senadores votaron a favor y veinte en contra. Para decidir el empate, el vicegobernador, como funcionario que presidía el Senado, dio su voto a favor de la enmienda.

Los senadores que votaron en contra impugnaron el derecho del vicegobernador para dar su voto, alegando, además, que la enmienda había perdido su «vitalidad» al ser rechazada previamente por Kansas y otros estados. Por otra parte, la enmienda no había sido ratificada en un tiempo razonable. El caso llegó por *certiorari* a la Corte Suprema Federal. La opinión de la Corte la formuló el juez presidente Hughes, pero la anunció el juez Stone.

En la sentencia podemos apreciar la introducción de la doctrina de las cuestiones políticas –*political questions*– para justificar el fallo. Como es sabido, no existe acuerdo para definir los alcances de la doctrina. No obstante, con ella se pretende aludir a una restricción al ejercicio del poder judicial –sobre la base de ciertas limitaciones de la judicatura o por las especiales características del caso–, lo cual deja el problema en manos de otro poder.

En cuanto a la participación del vicegobernador, la Corte Suprema no se pronunció al respecto por ser una cuestión en la que sus miembros estaban divididos. Por lo que toca al rechazo previo, el Máximo Tribunal basó

---

<sup>24</sup> En Internet: <http://laws.findlaw.com/US/253/350.html>

<sup>25</sup> En Internet: <http://laws.findlaw.com/US/256/368.html>

<sup>26</sup> En Internet: <http://laws.findlaw.com/US/258/130.html>

<sup>27</sup> En Internet: <http://laws.findlaw.com/US/282/716.html>

<sup>28</sup> En Internet: <http://www.fedworld.gov>

<sup>29</sup> Cuyo texto era: Sección 1. El Congreso tendrá competencia para limitar, regular y prohibir el trabajo de las personas menores de dieciocho años.

Sección 2. La competencia de los distintos estados no será alterada por este artículo, excepto cuando la operación de las leyes estatales deba ser suspendida hasta el punto necesario para dar efecto a la legislación promulgada por el Congreso.

Esta enmienda jamás llegó a formar parte de la Constitución.

su juicio en el precedente de la ratificación de la enmienda decimocuarta que había sido rechazada en noviembre y diciembre de 1866 por las Legislaturas de Georgia, Carolina del Norte y Carolina del Sur, aunque más tarde la ratificaron. Por otro lado, Ohio y New Jersey rechazaron la enmienda a pesar de haberla ratificado previamente. El Secretario de Estado certificó que la ratificación de Ohio y New Jersey seguían vigentes a pesar del rechazo, luego, la enmienda formaba parte de la Constitución. Más tarde el Congreso adoptó una resolución concurrente que declaraba a la enmienda decimocuarta como parte de la Carta Suprema. Al amparo de esto la Corte Suprema resolvió:

Pensamos que de conformidad a este precedente, la cuestión de la eficacia de las ratificaciones por parte de las Legislaturas estatales, a la luz de un rechazo previo o de un intento de retirar el consentimiento, debe ser considerado como una cuestión política perteneciente a los Departamentos políticos, con la autoridad final del Congreso en el ejercicio del control sobre la promulgación de la adopción de una enmienda<sup>30</sup>.

Finalmente, por lo que hace al tiempo razonable en el que debe ratificarse la enmienda, la Corte Federal reiteró que el tema implicaba una cuestión política. Este cambio sustancial en el tratamiento del control de la enmienda modifica el papel de la Corte Suprema Federal, pues ahora el control es político y excepcionalmente judicial para los supuestos no comprendidos en el caso Coleman.

El caso estadounidense aporta dos grandes tesis en cuanto al control, sin embargo, la exclusión de la Corte Suprema no viene dada en razón de una naturaleza especial del órgano de reforma, como veremos que sucede en otras latitudes. Además, el poder de enmienda no parece tener límites—salvo el cumplimiento cabal de la cláusula—, pues, incluso, el propio procedimiento del artículo V puede ser modificado como se desprende la sentencia del caso *United States vs. Sprague*.

## B. Colombia

Colombia es quizá uno de los países sudamericanos con más tradición en materia de control de constitucionalidad de las leyes. El punto de partida

---

<sup>30</sup> 307 U.S. 433.

se dio con la reforma del Acto Legislativo 3 de 1910 que facultó a la Corte Suprema de Justicia para controlar la constitucionalidad de leyes y decretos mediante la acción de inexequibilidad. Posteriormente, el sistema quedó completado con la Reforma Constitucional de 1968 que autorizó a la Corte para examinar decretos del gobierno en virtud del llamado control automático u oficioso<sup>31</sup>.

La acción de inexequibilidad permite a cualquier ciudadano solicitar el control de constitucionalidad de las leyes y decretos; tutela que era competencia de la Corte Suprema durante la Constitución de 1886 y que hoy, con la *lex legum* de 1991, le compete a la Corte Constitucional. Para ejercer este medio de garantía, los únicos legitimados son los ciudadanos y al prosperar se procede a anular la norma contraria. La anulación tiene efectos *erga omnes* y la sentencia que la contiene proyecta su fuerza hacia el futuro.

El control de la reforma constitucional –Acto Legislativo– siguió el camino contrario al de los Estados Unidos, ya que primero se negó su procedencia y después se aceptó por el órgano jurisdiccional. A continuación abordaremos dos de los casos más significativos.

La primera vez que se impetró la inconstitucionalidad de un acto legislativo fue en la Demanda del ciudadano Germán Molina Callejas contra los actos legislativos número 1 de 18 de junio de 1953 y número 1 de 30 de julio de 1954 de la Asamblea Nacional Constituyente –Auto de octubre 28 de 1955–<sup>32</sup>. La Corte Suprema rechazó la demanda por considerarse incompetente para entrar a conocer del asunto: «La guarda de la integridad de la Constitución no podría entenderse, pues sería absurdo, como un medio consagrado por la Carta para revisar los actos del Poder Constituyente. Estos actos, una vez expedidos, no están sujetos a revisión de ninguna especie por ninguno de los poderes constituidos; porque ello implicará admitir el absurdo de que hay derecho contra derecho, la tesis es tan clara, tan evidente, que sería inoficioso detenerse a analizarla»<sup>33</sup>.

No obstante, el precedente en el que se encuentra gran parte de la sustancia del problema en Colombia está en la Sentencia de mayo 5 de 1978, dictada como producto de la demanda de los ciudadanos Carlos Alfonso

---

<sup>31</sup> Vid. PÉREZ ESCOBAR, J., *Derecho Constitucional Colombiano*, 5.ª edic., Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997, p. 49.

<sup>32</sup> *Gaceta Judicial*, tomo LXXXI, núms. 2.157-2.158.

<sup>33</sup> *Gaceta Judicial*, tomo LXXXI, núms. 2.157-2.158, p. 362.

Moreno Novoa y Álvaro Echeverri U., contra el Acto Legislativo número 2 del 19 de diciembre de 1977<sup>34</sup>. Cabe destacar que en esa época la Constitución no contenía precepto alguno que consagrara la competencia de la Corte Suprema para controlar la constitucionalidad de la reforma, pues era el Acto combatido el que intentaba establecerla.

Los motivos de inconstitucionalidad giraron en torno a una extralimitación del Congreso en el ejercicio de sus funciones, así como a la aprobación del Acto Legislativo con mayorías inferiores a las requeridas. En contra de la demanda se adujo que la Corte Suprema no debía intervenir, pues se convertiría en poder constituyente, usurpando jurisdicción.

Puede verse que, contrario a lo acaecido en los Estados Unidos, la naturaleza del poder de reforma es una de las causas que determina la procedencia del control constitucional. Cuando se sostiene que el órgano reformador es poder constituyente no cabe el examen de las normas que se produzcan. ¿Qué es el órgano de reforma? Para la Corte Suprema colombiana: «Este es un poder creado por el Constituyente primario, del cual emana todo poder. Nace de la Constitución y, por eso, no es anterior ni superior a ella. La validez de su actuación deriva de su conformidad con las disposiciones de dicho estatuto. Es un poder constituido, constitucionalizado, aunque tenga capacidad para modificar la Constitución, dentro de las restricciones y por los modos que sus disposiciones establezcan»<sup>35</sup>.

Luego entonces, al estar dicho poder limitado, es posible que las normas que produzca sean espurias. Por ende, la Corte declaró inexecutable –inconstitucional– la reforma, con excepción del artículo 14, al corroborar las causas de invalidez esgrimidas por los impetrantes.

En la actualidad el problema ha quedado zanjado, en apariencia, en virtud de que la Constitución de 1991 consagra el control en el numeral 241, fracción I. La apretada visión de los dos países referidos, nos lleva a observar una diferencia en el tratamiento del problema que en Colombia está dado por la determinación previa de la naturaleza del poder de reforma. Sin embargo, *el punto de coincidencia se manifiesta en el hecho de que el examen no aparece dissociado del control constitucional en general. Por eso no ha sido necesaria una disposición expresa en la Carta Magna.*

<sup>34</sup> *Gaceta Judicial*, tomo CLVIII, Jurisprudencia Constitucional, Bogotá, Imprenta Nacional, 1982.

<sup>35</sup> *Gaceta Judicial*, tomo CLVIII, Jurisprudencia Constitucional, Bogotá, Imprenta Nacional, 1982, p. 99.



### C. Estados Unidos Mexicanos

Al hablar de la tradición jurídica de este país de América del Norte es imposible soslayar el juicio de amparo. El consabido medio de garantía surgió en el siglo XIX, primeramente, en la Constitución de Yucatán, que entró en vigor el 16 de mayo de 1841, y después, de forma nacional, en el Acta de Reformas de 1847.

El centenario juicio encuentra parte de su herencia en la revisión judicial de su vecino estadounidense, sin embargo, su mérito consiste en haber establecido por primera vez una acción directa de control constitucional a favor de los gobernados. Como Estado Federal, México reconoce dos niveles de competencia judicial: el estatal y el de la Unión. El amparo compete a los jueces, magistrados y ministros del Supremo Poder Judicial de la Federación. El máximo órgano del judicial es la Suprema Corte de Justicia. El amparo viene a significar un núcleo de tutela de toda la jerarquía normativa; por eso no solamente es control de constitucionalidad de las leyes, sino, además, control de legalidad y protección de los derechos fundamentales.

El tema del control de la reforma y los límites que el órgano tiene encuentran importantes raíces en México, empero, ¿cómo se trató el problema en la práctica jurisdiccional? El primer precedente sometido a decisión fue el de Banco del Atlántico y coagraviados vs. Congreso de la Unión, *et al.*, juicio de amparo número 410/82, que no llegó a la Suprema Corte, pero fue resuelto por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito en el sentido de desechar la demanda por notoriamente improcedente.

En este trabajo sólo nos centraremos en el caso *Manuel Camacho Solís vs. Congreso de la Unión, et al.*, amparo en revisión 2996/96 en el que se resolvió el desechamiento de la demanda por parte del juez de Distrito. La litis se dio respecto de la iniciativa y la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de agosto de 1996. Los antecedentes son peculiares. El agraviado, Manuel Camacho Solís, que había sido Jefe del Departamento del Distrito Federal, en el periodo del 1 de diciembre de 1988 al 29 de noviembre de 1993, pretendía postularse como candidato a Jefe de Gobierno del Distrito Federal. No obstante, el artículo 122 constitucional fue modificado en el sentido de que para ocupar dicho cargo se requería no haberlo desempeñado anteriormente con cualquier carácter.

El fondo del asunto implica que previamente se verifique la procedencia del juicio de amparo como controlador de una reforma a la Carta Magna. Al igual que en Colombia, la naturaleza del órgano reformador es la pieza maestra para elucidar el examen de una norma reformativa del Documento Supremo.

Los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se dividieron en dos sectores. El mayoritario sostuvo la procedencia del amparo para controlar la reforma, ya que en la legislación mexicana no existe disposición que lo prohíba. Además, las autoridades que intervienen en el procedimiento—Congreso de la Unión y las legislaturas de los diversos Estados— son constituidas. La minoría discrepó de lo anterior, pues, a su juicio, la voluntad del Constituyente fue establecer el amparo en contra de las leyes ordinarias, amén de que el reformador es un órgano intermedio entre el poder constituyente y los poderes constituidos.

### 3. LOS MODELOS QUE JUSTIFICAN LA PROCEDENCIA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Hemos corroborado que las Cortes se han pronunciado en sentido diverso con relación al problema. Así, es posible afirmar que hay evidencia suficiente para defender que el análisis de la reforma constitucional es parte del control en general que se ha establecido en cada sistema jurídico. No se trata de otro capítulo o de un tema que deba desarrollarse según nuevos derroteros.

Esto confirma la hipótesis, pero no resuelve cabalmente la cuestión de si es o no procedente. ¿Qué se quiere decir cuando se concede o se niega el control jurisdiccional? En otras palabras, ¿cómo se conjugan los conceptos y cuáles son sus consecuencias? En esta parte reflexionaremos acerca de esos cuestionamientos que están relacionados con una toma de postura previa, relativa a una concepción específica de temas del constitucionalismo. El uso que las Cortes y la doctrina dan a conceptos claves<sup>36</sup> engendran diversas soluciones al tema del control de la reforma constitucional. Éstas pueden presentarse en tres grandes modelos que someteremos a su juicio. No se trata, entonces, de afirmar de forma simplista que hay prosélitos y

---

<sup>36</sup> Conceptos como el de Constitución, poder constituyente, poderes constituidos, reforma constitucional, validez de las normas, etc.

detractores de la intervención jurisdiccional, sino de explicitar por qué se asume esa postura. No hay una respuesta única y correcta, aunque en el fondo es plausible confirmar que hay un modelo más coherente en su estructura; este es el que acepta el examen de todas las normas jurídicas.

### **A. El modelo del control de todas las normas del sistema**

En éste se sostiene como tesis la procedencia del control jurisdiccional, no sólo de las leyes ordinarias, sino también de la reforma a la Constitución. Ninguna norma está exenta, incluso, en sistemas como el mexicano, el control tiene un radio tutelar que alcanza cualquier acto del poder público.

Este modelo es afín con la doctrina de la Constitución limitada que fue expuesta en el *Federalista* —especialmente el 78—, lo cual nos hace suponer el papel dominante que tiene el Poder Judicial<sup>37</sup>, pero también la primacía de las libertades que deben ser garantizadas en contra de los actos del poder público. La tesis del modelo quedaría enunciada en los siguientes términos:

*La Constitución, para la defensa de su carácter supremo, otorga exclusividad al órgano jurisdiccional para determinar la validez de las normas controvertidas del sistema.*

Esta tesis presenta su signo en los primeros casos, previos a la Corte Marshall, en especial *Hollingsworth vs. Virginia*, en el cual la Corte Suprema Federal resolvió la constitucionalidad de la enmienda undécima. Para la tesis ninguna norma escapa al examen jurisdiccional, lo que equivale a sostener que no existe en el sistema ningún poder exento de control. En Colombia, la tesis está representada en la Sentencia de mayo 5 de 1978 y, en los Estados Unidos Mexicanos, en el amparo en revisión 2996/96 de Manuel Camacho Solís. Ahora bien, la antítesis del modelo la encontraremos en el caso *Coleman vs. Miller*.

Nos enfocaremos en dos temas centrales para elucidar el tópico: la naturaleza del poder de reforma y los límites que tiene. La distinción entre

---

<sup>37</sup> También el papel dominante de un Tribunal Constitucional como el de España. Es cierto que los orígenes del órgano concentrado de la constitucionalidad no están en América, pero hoy en día no se puede prescindir del nuevo continente, especialmente por lo que hace a los problemas que enfrenta la justicia constitucional. Baste recordar la atención que merece la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos.



el poder constituyente y los poderes constituidos, entre ese y el poder de reforma, es central en gran parte de las discusiones sobre la procedencia del control jurisdiccional de la reforma. Para solucionar la naturaleza del reformador es menester dilucidar al poder constituyente, para así determinar si aquel es igual o diferente a éste o si solamente estamos ante una cuestión *quid pro quo*. Los contextos en los cuales podemos resolver el problema son los de la Revolución Francesa y la revolución estadounidense. Tanto franceses como estadounidenses atribuyen la soberanía al pueblo y reconocen un «poder constituyente». Sin embargo, la idea de éste es distinta.

La esencia de la revolución francesa consiste en la afirmación de un poder constituyente de la nación o del pueblo<sup>38</sup>. Por eso todo el debate «sobre la Constitución y sobre la garantía de los derechos *está precedido por el debate sobre la soberanía* del poder constituyente o de los poderes constituidos, del pueblo soberano o de los legisladores representantes»<sup>39</sup>. De esto se desprende que el poder constituyente está asociado al concepto de soberanía.

Semejante concepción del poder constituyente causará estragos si se aplica a una Constitución rígida. Primero, el poder de reforma puede aparecer como constituyente o como constituido o, si se quiere decir de otra manera, *surge el problema de elucidar la naturaleza del poder de reforma al actualizarse la tensión producida por una doctrina del poder constituyente asociada a la soberanía*. Por otra parte, al impedirse la rigidez constitucional, desaparece cualquier intento de garantía efectiva de los derechos y libertades y, en general, de control de constitucionalidad.

Sin embargo, en los Estados Unidos de América el debate por el *quid* del poder de enmienda no se produce en el sentido de bloquear o cuestionar la procedencia de la revisión judicial. No aparece la duda de si en los procedimientos de enmienda del artículo V de la Carta Magna intervienen órganos constituyentes o constituidos. Esto es así porque, en la revolución estadounidense, el poder constituyente adquirió otro significado, pues éste se asocia «*al concepto de rigidez constitucional*, entendida como la máxima forma de tutela de los derechos y libertades contra el posible arbitrio del legislador»<sup>40</sup>. Esa rigidez implica «la presencia de una Constitución que

<sup>38</sup> Cfr. FIORAVANTI, M., *Los Derechos Fundamentales, apuntes de historia de las Constituciones*, segunda edición, trad. M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1998, p. 89.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>40</sup> FIORAVANTI, M., *Los Derechos Fundamentales, apuntes de historia de las Constituciones*, segunda edición, trad. M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1998, p. 90.

sea como tal capaz de imponerse, para fines de garantía, sobre las voluntades normativas del poder político»<sup>41</sup>.

Concebido de esta forma el poder constituyente, quedan salvadas las tensiones y los debates con el establecimiento de una norma suprema y vinculatoria. Una norma que, como máxima expresión del constituyente, guarda su incolumidad gracias a su rigidez. Cumplida la misión de crear la Carta Suprema sólo aparecen poderes constituidos y la rigidez constitucional evitará que éstos subviertan el poder constituyente toda vez que han de atenerse a los procedimientos señalados por la Constitución. Así, los límites aparecen como consecuencia lógica. *El poder de reforma sólo puede entenderse en tanto constituido. Las disquisiciones respecto a su naturaleza pierden todo sentido, salvo que asociemos el poder constituyente al concepto de soberanía.*

No obstante, la garantía de la Constitución no se produce *ipso facto*. Luego entonces, para evitar destruir la supremacía de la *lex legum*, es menester la existencia de un control constitucional que en un sistema de gobierno limitado, como el estadounidense, será consagrado en la doctrina de la revisión judicial. En esta guisa, el presente modelo acepta el control con una ecuación que establece el objetivo de proteger la rigidez constitucional —poder constituyente— de todo poder constituido que intente subvertirla. Esa tarea corresponde a la Corte Suprema o al Tribunal especializado que hace valer su competencia sobre todos los órganos creados por la Carta Magna, entre los que se encuentra el reformador que jamás puede aparecer como constituyente. *Las cortes y la doctrina usan en sentido estadounidense el concepto de poder constituyente cuando sostienen el control de la reforma.*

Aún queda una intriga en el ambiente, ¿qué sucede con la idea fundacional del poder constituyente? La idea constituyente está envuelta de un velo místico que equivale a la explicación del universo. *Ésta se reduce a un hecho, un hecho que genera derecho o, si se quiere, que engendra el parámetro de validez.* Detrás del consabido dato fáctico se esconde un movimiento social, una revolución, un cuartelazo, una usurpación del poder o una guerra que glorificará la Constitución que a éstos se debe<sup>42</sup> —de ahí sus fórmulas sacramentales que amenazan a cualquier otro hecho o actividad

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>42</sup> También un hecho pacífico como un consenso o una *transición* como la sucedida en la década de los setenta en España.

que ponga en duda su pedigrí-. Sin embargo, la intromisión de un órgano constituido que modifica la Carta Magna por mandato expreso de la misma no es más que el resultado del constitucionalismo moderno<sup>43</sup>. De esta manera, *la importancia de la cláusula de reforma estriba precisamente en execrar los hechos como medio para generar normas o, en otras palabras, en expulsar la violencia de los hechos para en su lugar optar por los medios pacíficos del Derecho. Se honra el origen constituyente, pero este deja de intervenir para siempre*<sup>44</sup> *en la producción normativa. Establecido el Texto Fundamental, ninguna norma se produce por una situación de facto, sino por un mecanismo jurídico que produce paz y seguridad entre los individuos.*

Podemos concluir que el reformador es poder constituido, lo cual es concorde con la concepción estadounidense del poder constituyente. ¿Cuáles son los límites a los que está sujeto? La idea de los límites al poder de reforma, cuya violación engendra la inconstitucionalidad de la norma, es primordialmente americana. Desde los inicios del constitucionalismo estadounidense surge la posibilidad de la revisión judicial de la enmienda. El Congreso de la Nación Americana aparece limitado por el procedimiento del artículo V de la Carta Magna que debe respetar so pena de producir una norma espuria<sup>45</sup>.

En esta tesitura, no sólo los límites formales encuentran importantes raíces en el nuevo continente, sino, también, los límites sustantivos que producen la inconstitucionalidad material bajo la idea de que *los contenidos o las características básicas que definen la obra de ingeniería suprema constituyente son límites infranqueables para el poder de reforma*. En materia de límites al reformador, es posible hablar de una doctrina México-estadounidense. En efecto, los primeros antecedentes los encontramos en Castillo Velasco, que en 1871 en *Apuntamientos para el estudio del Derecho Constitucional Mexicano* dijo: «Las adiciones y reformas constitucionales deben

<sup>43</sup> Si por este entendemos una «técnica específica de limitación del poder con finalidad de garantía». Vid. FIORAVANTI, M., *Los Derechos Fundamentales, apuntes de historia de las Constituciones*, segunda edición, trad. M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1998, p. 77.

<sup>44</sup> Para siempre en el sentido que no se produzca un nuevo hecho constituyente.

<sup>45</sup> Inclusive, esta inconstitucionalidad «formal» es aceptada por aquellos que no comparten plenamente la intervención judicial. Vid. al efecto, los cuestionamientos de TRIBE en el sentido de si las Cortes estarían obligadas a tratar la enmienda de la igualdad de derechos (ERA, siglas en inglés) como parte de la Constitución si el Congreso determinara que ya había sido ratificada por el número suficiente de estados. *A Constitution we are amending. In defense of a restrained judicial role*, Harvard Law Review, vol. 97, 1983-84, p. 433.

ser de tal manera adecuadas a la conveniencia pública que no destruyan la Constitución, sino que a través de la reforma se vea el principio primitivo. La naturaleza hace sus cambios por medio de transiciones sucesivas, y es necesario imitar a la naturaleza. Destruir absolutamente la Constitución por medio de adiciones o reformas, es tanto como cambiar la Constitución, y no le es dado a ningún pueblo sufrir este cambio frecuente de instituciones»<sup>46</sup>. Tiempo después, Emilio Rabasa afirmó «Pero el órgano que se instituye para su expresión no tiene las mismas condiciones; es creación de la ley y puede ser cambiado y sufre también ser sometido a reglas.[...] y si esto fuese posible, habría que aceptar que con los procedimientos reformativos del artículo 117 se puede cambiar la forma de gobierno, lo que está en contradicción con el sentido común, además de estarlo con el mismo artículo 117, que sólo consiente adiciones y reformas; pero no *destrucción constitucional* de la Constitución»<sup>47</sup>. Finalmente, William L. Marbury dijo: «el poder para enmendar la Constitución no tuvo el propósito de incluir el poder para destruirla»<sup>48</sup>.

En virtud de lo expuesto, este modelo propone devolver a su *caja de Pandora* las discusiones sobre si el poder de reforma es constituyente o constituido o si tiene o no límites. La doctrina europea no debe invocarse, ya que está enfrentada a la noción de poder y gobierno que sustenta la tesis. La procedencia del control jurisdiccional de la reforma jamás debe cuestionarse desde la óptica del viejo continente<sup>49</sup>. Paradójicamente, los sistemas latinoamericanos –México y Colombia– adoptaron el concepto europeo de poder constituyente, de origen francés, con lo cual perpetuaron un debate que nada tiene que ver con la adopción de un control de constitucionalidad y un gobierno limitado.

---

<sup>46</sup> p. 256. Esto lo reconoce TENA RAMÍREZ, FELIPE, *Derecho Constitucional Mexicano*, Jus, México, 1944, p. 71, nota (14).

<sup>47</sup> *La organización política de México, la Constitución y la Dictadura*, Editorial-América, Madrid, s.f., pp. 342 y 345.

<sup>48</sup> *The Limitation upon the amending power*, Harvard Law Review, 33, 1919-1920, p. 225. Pese a lo expuesto, para C. Schmitt no se había tratado el tema, salvo la mención que él hacía de la obra de W. L. Marbury. Es interesante constatar la similitud de pensamiento de tal tratadista en las siguientes líneas: «Reforma constitucional no es, pues, destrucción de la Constitución». *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, versión española de F. Ayala, Madrid, 1982, p. 119.

<sup>49</sup> Si acepta nuestra aserción, para este modelo sólo quedaría como «obstáculo» de importancia la doctrina de las cuestiones políticas (*political questions*).

## B. El modelo del control relativo de las normas del sistema

La tesis que ahora nos ocupa comparte algunas nociones del otro modelo, pero excluye el examen de la validez de las normas reformativas. Es decir, se reconoce a la Constitución como la máxima norma jurídica del sistema e, igualmente, se acepta que sean los juzgadores quienes traten la conformidad normativa con ésta. Sin embargo, las Cortes sólo son *la voz de la Carta* y jamás el controlador de sus actos. Para este modelo, no existe ningún poder subordinado que pueda enjuiciar las normas constitucionales, o bien, no es el judicial quien debe ocuparse de tal examen. La tesis del modelo puede enunciarse en los siguientes términos:

*La Constitución, para la defensa de su carácter supremo, otorga exclusividad jurisdiccional para determinar la validez de las normas controvertidas del sistema, pero en ejercicio de esa competencia el Órgano determina su exclusión en el control de aquéllas que considera inalcanzables.*

En suma, la tesis no acepta en ningún caso el control jurisdiccional de las normas reformativas a partir de tres respuestas que puede asumir el órgano:

1. Porque ningún poder puede ejercer control sobre las normas que los regulan en última instancia.
2. Porque es incompetente en virtud de no ser apto para llevar a cabo la tarea, lo cual puede llevar a reconocer la competencia de otro órgano.
3. Porque es desastroso para el sistema enjuiciar las normas reformativas a la Constitución.

Este modelo articula dos justificaciones a la exclusión del órgano, elaboradas a partir de la óptica francesa y estadounidense del poder constituyente. Llamaremos a la primera *justificación de la existencia contingente* y, a la segunda, *justificación de la oportunidad y la deferencia legislativa*.

La *existencia contingente*<sup>50</sup> permite a las cortes construir un argumento del siguiente tenor: El poder de reforma elabora normas constitucionales, lo cual es tarea del poder constituyente. Esas «nuevas» normas constitucionales, al igual que las demás disposiciones de la Carta, son las que regulan y conceden atribuciones a todos los poderes creados por la Constitución. Luego, si la

---

<sup>50</sup> El nombre lo aplicamos porque el debate sobre la naturaleza del reformador nos recuerda a aquel sobre la existencia de Dios que el padre Copleston sostuvo con Russell. Vid. RUSSELL, B., *Por qué no soy cristiano*, Edhasa, Barcelona, 1999, pp. 255-256.

competencia implica en sí misma una producción superior y vinculante para todos los órganos, entonces, el reformador no puede ser de la misma naturaleza que los poderes constituidos, pues, de lo contrario, tendríamos que aceptar que tales normas no encuentran su explicación en alguien superior a ellas. El argumento de la *existencia contingente* es invocado, principalmente, por la doctrina europea y latinoamericana que niega el control jurisdiccional. En las cortes mexicana y colombiana aparece este tipo de justificante.

Esta primera justificación lleva al órgano jurisdiccional a afirmar que ningún poder constituido puede ejercer control sobre la reforma, lo cual es concorde con la asociación del poder constituyente a la soberanía. Las líneas anteriores reproducen para el reformador la idea mítica del constituyente que todo lo puede sin ningún límite. Empero, eso no encuadra muy bien en un sistema que acepta una norma jurídica suprema reguladora de las relaciones desde el Derecho y el poder racionalizado y no desde los hechos y el poder ilimitado<sup>51</sup>.

La segunda justificación, la de *la oportunidad y la deferencia legislativa*, obedece a la óptica estadounidense del poder constituyente. Aquí, *el órgano jurisdiccional no se excluye en razón de la naturaleza del reformador, sino por una incompetencia que proviene de ciertas limitaciones del propio órgano, o bien, porque su intervención supondría más perjuicios que beneficios*. En tales casos, no se pone en duda la naturaleza del reformador —que siempre es poder constituido—, pero el órgano reconoce que otro poder puede desempeñar mejor la tarea o, simplemente, que es el competente. Ese poder es el Congreso que interviene en la reforma. El ejemplo típico de incompetencia de este derrotero del modelo está en el caso *Coleman vs. Miller*.

También es afirmado que el control engendraría perjuicios y no beneficios, pues sería desastroso para el sistema que una enmienda se anulara. Los supuestos anteriores encuadran en la doctrina de las cuestiones políticas, enarbolada primordialmente en los Estados Unidos para promover la autorestricción de la Corte Suprema Federal. Esa doctrina constituye el máximo ariete con el que se combate al primer modelo y que en la especie se traduce en la imposibilidad de que una Corte intervenga porque:

1. El Congreso es el órgano adecuado para valorar las cuestiones implicadas en la reforma.

---

<sup>51</sup> Al respecto, consideramos importante remitirle a las reflexiones sobre el Derecho y el poder que G. PECES-BARBA realiza en *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, C.E.C., Madrid, 1995, pp. 80 y ss.

2. La Corte usaría su poder para anular enmiendas realizadas con el propósito de modificar una sentencia.

3. La anulación produciría una crisis en el sistema y la Constitución perdería su firmeza.

Cada argumento es un hecho del que se pretende derivar consecuencias jurídicas, lo cual no deja de sorprender si tomamos en cuenta que las Cortes deben realizar su tarea desde el Derecho. No es posible que de una profecía –crisis del sistema– o de una posible conducta interesada del órgano –anulación de una enmienda que combate una sentencia previa– se concluya la competencia –que sólo puede ser jurídica– del Congreso y se establezca el tratamiento del parámetro de validez del sistema. Además, aun cuando el Congreso sea competente, existe una contradicción en la tesis, pues se sostiene que ninguna corte reconocería como constitucional una enmienda que no hubiese sido formulada correctamente<sup>52</sup>. Esto es un contrasentido porque si previamente se afirmó que el Congreso determina la validez de una reforma, entonces, una Corte ya no puede examinarla por no ser competente. Luego, argumentar que una Corte no daría por válida una enmienda espuria viola la coherencia de la tesis, ya que el rechazo del órgano jurisdiccional no viene a significar otra cosa que el examen de validez, supuestamente vetado.

No se trata de incorrección, sino de incoherencia. Desde luego, el presente modelo puede defenderse al impugnar la legitimidad de esa competencia judicial que conlleva una élite de jueces que controlan las decisiones de la mayoría en una democracia –máxime en el caso de una reforma constitucional–. La doctrina del Federalista implicaría, para los impugnadores, una restricción antidemocrática al ejercicio de los derechos políticos y la manifestación de los deseos de los ciudadanos. Ejemplos no les faltarían, baste recordar la conducta de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos en la época del *New Deal*. Incluso, el examen de las cortes ignoraría que la enmienda refleja una «profunda disconformidad nacional con el modo en que la ley constitucional –elaborada en nuestro sistema principalmente por las Cortes– ha resuelto una materia»<sup>53</sup>. No es el momento de profundizar, pero es visible que los dos modelos quedan heridos severamente al enfrentarse.

<sup>52</sup> Es el caso de TRIBE. *Vid. A Constitution we are amending. In defense of a restrained judicial role*, Harvard Law Review, vol. 97, 1983-84, p. 433.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 436.

¿Cómo queda la cuestión de los límites al poder de reforma? Su lugar depende del tipo de justificación invocada. Quien acepta la *existencia contingente* considerará irrelevante el tópico de los límites, ya que, en todo caso, éstos constituirían una concesión o una mera autolimitación que el propio reformador decidió. Por el contrario, los prosélitos de la *justificación de la oportunidad y la deferencia legislativa* sí reconocen límites al reformador. Ese órgano no deja de ser constituido y está –al menos– sujeto a la cláusula de reforma. Empero, se afirma que el control corresponde al Congreso y no a las Cortes.

### C. El modelo del control «coordinado» de las normas del sistema

El modelo anterior excluye el control jurisdiccional y el que ahora nos ocupará lo acepta, pero de una manera coordinada. Este matiz lleva a las Cortes a participar en el procedimiento de reforma. Por otra parte, la tesis del modelo evoca también un respeto al reformador que en la práctica produce algunos problemas. No sólo es su naturaleza, sino también los problemas de la esencia de las normas supremas. Por ende, no se reprime, se previene. La tesis quedaría enunciada en los siguientes términos:

*La Constitución sólo otorga exclusividad jurisdiccional para determinar la validez de las normas controvertidas inferiores del sistema, pues el control de las normas de máxima jerarquía es un caso de coordinación con el Órgano que detenta la competencia reformadora.*

El modelo comparte la mayoría de los cimientos de la *justificación de la existencia contingente*, aunque acepta ciertos postulados de la *oportunidad y la deferencia legislativa*. En esta guisa, el poder constituyente aparece asociado al concepto de soberanía, lo cual conlleva la tensión en la naturaleza del poder de reforma. El reformador aparece como constituyente o como constituyente constituido. Por ende, la *justificación de la existencia contingente* cobra vigencia en tanto se sostiene que la producción normativa es básicamente obra de la *causa de causas*; las normas al ser Carta Magna regulan y conceden atribuciones a todos los poderes creados. El tema de los límites es irrelevante; en todo caso, son simples auto-restricciones que el reformador es libre de soslayar.

La fuerte influencia francesa en el modelo también se traduce en la imposibilidad del órgano jurisdiccional para examinar la validez de la pro-





ducción normativa del poder de reforma. Su lugar es inferior a éste y, en última instancia, las modificaciones a la Carta lo van a vincular, por lo cual no es aceptable que pueda ejercerse control. Las normas reformativas son válidas intrínsecamente, así, no cabe ningún examen.

A pesar de lo anterior, el modelo que nos ocupa no excluye el control jurisdiccional como en la *justificación de la existencia contingente* ni tampoco reconoce la competencia exclusiva del reformador como en el caso de la *justificación de la oportunidad y la deferencia legislativa*.

El presente modelo sí defiende una forma de control que consiste en involucrar al órgano jurisdiccional hasta antes de la promulgación del precepto o, mejor dicho, hasta antes de que la «nueva» *supernorma* sea válida. No obstante, la competencia sólo tendría lugar ante una reforma o una interpretación forzada de la *lex legum*.

Semejante actitud viene a heredar elementos de las dos justificaciones del modelo precedente, pero, además, significa una ruptura de muchos principios «fundamentales» del control constitucional. La garantía se reduce a evitar la producción del acto irregular y no a reprimirlo como en el caso del primer modelo. ¿Por qué hablamos de coordinación? Aunque llanamente podría afirmarse que ésta es la tesis del control preventivo, en realidad se va más allá —si tomamos a la jurisdicción como punto de partida—, pues, al no existir la norma reformativa, *las Cortes abandonan el rito procesal para participar en la actividad del productor supremo, con lo cual se «coordinan» con éste para que no se produzca una norma espuria*. Dicha coordinación refleja una deferencia al poder de enmienda; las Cortes, cual humilde lacayo, acuden a título de consultoras de la obra magna, ya que el reformador puede hacer lo que le apetezca. Incluso, la justificación de la oportunidad y la deferencia legislativa podría invocarse con el mismo resultado: llevar a las Cortes a dar consultoría.

Es visible el noble ideal que inspira el modelo: evitar que ningún poder ponga en duda el parámetro de validez del sistema; que nada ni nadie pueda dudar de su legitimidad, lo cual quebraría el *deber* de obediencia. Ese ideal es una mera apariencia para el primer modelo, sin embargo, la tesis de la coordinación asume una postura agresiva en contra de la teoría *hamiltoniana* toda vez que el modelo no expulsa el control de las normas inferiores, pero destruye los cimientos en la cúspide, lo cual deja a la supremacía jurisdiccional en una hipótesis equivalente a pedir la silla eléctrica

por una infracción de tráfico. El modelo coordinado «abre fuego» en contra de los siguientes pilares del control constitucional:

1. *Destrucción de la exclusividad interpretativa de las Cortes.* Como señalaba Corwin, la tercera proposición sobre la que descansa la revisión judicial –y el control en general, podemos decir– es que la función de interpretar la ley corresponde solamente a las Cortes, así que sus interpretaciones de la Constitución como parte de dicha ley son, en todos los casos que llegan al conocimiento judicial, las únicas con autoridad, mientras que las de los otros departamentos son meras expresiones de opinión<sup>54</sup>. En el modelo coordinado esto desaparece ya que se produce un respeto y reconocimiento a la validez de la interpretación que realiza el Congreso –*justificación de la oportunidad y la deferencia legislativa*–, o bien, se afirma que el reformador, como constituyente, es el supremo intérprete –*justificación de la existencia contingente*–.

2. *Pérdida de la fuerza jurisdiccional de las Cortes sobre el reformador.* Las Cortes pierden cualquier efecto vinculatorio sobre el poder de reforma. Cualquier pronunciamiento no es más que una simple opinión carente de valor, ora porque el reformador es superior, ora porque el Congreso tiene primacía. Un ejemplo de esto último se encuentra ya en la opinión del Juez Black, vertida en el caso *Coleman vs. Miller*: «cualquier expresión judicial que signifique más que un simple reconocimiento de la competencia exclusiva del Congreso sobre el proceso político de enmienda es un mero consejo de naturaleza consultiva, dado completamente sin autoridad judicial»<sup>55</sup>. Ahora bien, estos efectos, que pueden ser compartidos por los dos últimos modelos que hemos visto, se amplían en la tesis coordinada hasta dimensiones que los prosélitos de la relatividad probablemente negarían.

3. *Pérdida de la función esencial de las Cortes.* Las Cortes deben actuar sólo ante casos y controversias y siempre que medie un interés jurídicamente protegido. Su radio de trabajo se encuentra en el rito procesal que se instituye a partir de la contradicción entre normas y *no de actos procedimentales que pudieran ser norma*. Todo esto se pierde en el presente modelo, puesto que el control preventivo propuesto convierte a las Cortes en órganos consultivos, en un simple emisor de opiniones. El control pre-

---

<sup>54</sup> Cfr. *The Doctrine of Judicial Review, its legal and historical basis and other essays*, Peter Smith, 1963, pp. 26-27.

<sup>55</sup> 307 U.S. 433.

ventivo no merece el nombre, ya que la decisión del tribunal es para el reformador una mera sugerencia que puede pasar por alto. Es más, cabría preguntarse si no es mejor excluir simplemente a las Cortes para evitar someterlas a una coordinación subordinada e irrelevante. Los defensores de la relatividad no aceptarían una tarea de tal cariz, así, verbigracia, el juez Frankfurter en el caso *Coleman vs. Miller*: «No es nuestra función, y está más allá de nuestra competencia, escribir ensayos legales o dar opiniones jurídicas, a pesar de que sean pedidas solemnemente y a pesar de una gran emergencia Nacional»<sup>56</sup>.

Los defensores del modelo coordinado preferirán los efectos de los tres puntos anteriores, antes que dar a las cortes el poder de examinar una norma constitucional. A su entender, es mejor enjuiciar los actos procedimentales antes de que sean norma y no intentar un control represivo en contra de la reforma constitucional<sup>57</sup>.

Como hemos dicho, para este modelo las normas de reforma son constitucionales intrínsecamente y como esas normas son Constitución no pueden discutirse. No obstante, es preciso criticar tal idea. El que la Norma Fundamental es indiscutible es algo que ninguno de los tres modelos pone en duda, sin embargo, la tesis coordinada soslaya un razonamiento respecto al alcance de la sentencia. La Carta Magna es indiscutible *en tanto que el hecho de su génesis no puede revisarse en una contención inter partes ni mucho menos en el debate político de los órganos representativos. Una vez establecidas sus normas, no podrían ser anulables sobre la base de un examen del dato fáctico genético ni sobre una valoración posterior que hiciesen los ciudadanos*. Por eso se dice que una norma constitucional no puede ser inconstitucional.

No debe confundirse lo anterior con la modificación de la propia Carta. El que una norma constitucional, o la Constitución, no pueda ser inconstitucional —en el sentido expuesto— no equivale a que no pueda ni deba cambiarse. Ese cambio implica la introducción del Derecho en la *lex legum* que inicialmente se explicaba a sí misma por un conjunto de hechos. De esta forma, se produce un resultado que algunas naciones distintas a la estadounidense no han asimilado en plenitud: *la producción normativa —desde la cúspide a la base— es resultado de mecanismos jurídicos a cargo*

<sup>56</sup> 307 U.S. 433.

<sup>57</sup> En España, por ejemplo, REQUEJO, J. L., quedaría comprendido en este modelo. *Vid. Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, CEPC, Madrid, 1998, pp. 103-104.

*de los órganos establecidos por la Ley Suprema.* La Constitución –todas las normas que la integran en el hecho genético– no es impugnable en su validez, *pero sí las nuevas normas que quieran formularse.* Esto no implica reducir la Carta a las «leyes de reforma»; simplemente, el órgano, a través de la cláusula respectiva, produce normas constitucionales –*the supreme law of the land*– desde la actuación reglada del Derecho. Es posible que aquí radique el entendimiento de la ingeniería constitucional estadounidense, que jamás modifica el texto original de los *founding fathers*.

No es que las cortes «acuchillen» la Constitución; al contrario, por respeto a ésta intervienen para que toda norma –en este caso la de reforma que, como se dice, es una nueva norma constitucional– sea producida de acuerdo al parámetro de validez. En esta guisa, el que la Carta sea indiscutible no significa que no deba examinarse la actuación del productor jurídico de normas constitucionales. Lo que se pretende es cumplir con el ideal del gobierno limitado. Inclusive, la necesidad de reforma que defienden algunos autores afines al modelo, ¿no podría usarse mejor para dar un papel represivo a la Corte?

Es probable que estas líneas suenen heréticas a un lector acostumbrado a una idea francesa del poder constituyente, empero, aceptar que la reforma es obra de simples mortales no resta validez, seguridad, certeza, fuerza, obediencia o lo que se quiera. Las proezas titánicas de los padres constituyentes establecieron una forma de organización que, salvo un nuevo hecho, establecen un cambio reglado en todos los niveles. ¿Perderemos el respeto a su memoria fundacional si aceptamos que la producción normativa suprema le compete a la tarea pacífica de un conjunto de representantes elegidos democráticamente y sometidos a la vigilancia de las Cortes?

