

LOS LÍMITES DEL PODER CONSTITUYENTE Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN MÉXICO¹

José Ma. SERNA DE LA GARZA*

La reflexión que pretendo desarrollar en el presente texto parte de una premisa fundamental: la idea central del Estado constitucional y democrático de derecho es la del control y limitación del poder político. A partir de este núcleo básico es que se construye toda una arquitectura de frenos y contrapesos, cuyo objetivo principal es lograr que no haya órganos del Estado que no estén sujetos a límites, a algún tipo de control.

Lo anterior es válido respecto de todos los órganos del Estado. Es válido tanto para el Poder Ejecutivo como para el Legislativo. Igualmente válido lo es respecto del “guardián de la Constitución”, que en el caso mexicano es la Suprema Corte de Justicia de la nación; también lo es en relación con el poder reformador de la Constitución. Es conveniente que así se entienda, pues esa es la esencia misma y razón de ser del Estado constitucional y democrático de derecho. Es la lógica que se desprende de dicho modelo, tal y como se ha conformado históricamente y como se ha nutrido filosófica y teóricamente.

Esto exige desacralizar, por decirlo de alguna manera, los últimos dos órganos referidos. Se trata de órganos del Estado, muy relevantes sí, pero no por ello han de permanecer como inalcanzables por parte de los principios del Estado constitucional. Se trata de órganos políticos, que toman decisiones con base en consideraciones jurídicas, pero también políticas; con base en criterios de oportunidad y cálculos estratégicos de posicionamiento institucional e individual. Además, como todo órgano, están sujetos a las pasiones y a las presiones de la vida política. Deben enton-

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ El presente texto corresponde a la ponencia presentada en el Seminario “Reforma y control de la Constitución”, organizado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, los días 3 y 4 de febrero de 2009.

ces estar inmersos en la estructura de frenos y contrapesos del Estado constitucional.

La reflexión arriba referida es una premisa general que puede orientar la discusión en los diversos temas que se tratarán a continuación. Uno de esos temas es el que se refiere a la naturaleza del poder reformador de la Constitución.

En general, puede afirmarse que la doctrina ha distinguido entre el llamado “poder constituyente originario” y el “poder constituyente derivado”. El primero surge en momentos de ruptura revolucionaria o de fundación de un nuevo Estado. Se dice que no está sujeto a límites jurídicos y que no está condicionado por el orden jurídico preexistente. Por su parte, el segundo surge en el marco de una Constitución vigente, y de él se afirma que sí está sujeto a límites jurídicos y que sí está condicionado por el orden constitucional existente.

Ahora bien, si aceptamos estas premisas de la doctrina tradicional sobre el poder constituyente, y nos preguntamos sobre la naturaleza del poder revisor de nuestra Constitución, contemplado en el artículo 135 constitucional, tenemos que llegar a la conclusión de que estamos ante un “poder constituyente derivado”, en los términos arriba apuntados. Ello implica, a su vez, considerarle como condicionado por el orden constitucional vigente, lo cual nos lleva al tema de los límites del referido tipo de poder. En este sentido, surge la pregunta: ¿Tiene este poder límites teóricos?

Los teóricos de la Constitución han debatido este tema desde tiempo atrás, y así es como se han identificado dos posibles tipos de límites: los materiales y los formales.

En cuanto a los límites materiales, se ha hablado de límites explícitos y de límites implícitos. En cuanto a los primeros, estamos ante los llamados “principios pétreos” o “cláusulas de intangibilidad”, previstos expresamente en algunas constituciones y que implican que el poder revisor de la Constitución está impedido para reformarlos. Se trata de temas que el poder constituyente decidió sacar del debate político y del juego de las mayorías, que implica una reforma constitucional. Cabe señalar que este tipo de límites no existe en la Constitución mexicana, pero sí existe en las constituciones de Francia y Brasil, por mencionar solamente un par de ejemplos.²

² Véase artículo 89 de la Constitución francesa (“No podrá la forma republicana de gobierno ser objeto de reforma”; así como el artículo 60-III.4 de la Constitución de Brasil (“No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir: I. la forma

Los límites materiales son aquellas normas sustantivas o aquellos principios que no pueden ser tocados por la reforma constitucional. La discusión relativa a este tema se centra en la siguiente pregunta: ¿Existen algunas normas o principios establecidos en la Constitución que no puedan ser objeto de reforma por parte del poder revisor de la misma? Cabe hacer la aclaración de que, a pesar de que en México el debate ha girado en torno a los límites materiales del poder revisor previsto en el artículo 135, creemos que los argumentos desarrollados por las distintas posiciones pueden ser perfectamente aplicables al eventual caso de un Congreso constituyente.³

Una primera respuesta posible consistiría en afirmar que, en efecto, el poder revisor y el Congreso constituyente pueden partir de cero, sin estar sujetos ni subordinados a ninguna disposición de la Constitución preexistente (a pesar de tener poderes “derivados”). Este razonamiento sería consecuencia del hecho de que la Constitución no establece expresamente ningún “principio pétreo”, es decir, no contiene ninguna cláusula en la cual se prohíba la reforma de algún principio o norma constitucional específica. En términos prácticos, esto equivaldría a extender una especie de “cheque en blanco” para que el poder revisor previsto en el artículo 135 constitucional o, en su caso, los miembros del Congreso constituyente, reformasen la Constitución o expidiesen la nueva Constitución con absoluta libertad desde un punto de vista jurídico. Al no haber ninguna “cláusula de intangibilidad”, los únicos límites que tendrían serían, entonces, los provenientes del mundo de las presiones políticas ejercidas por los factores reales de poder.

Además, cabe aclarar que de aceptarse esta posición, la distinción entre poderes originarios y poderes derivados no tendría relevancia práctica alguna desde el punto de vista material, puesto que un poder revisor o un Congreso constituyente con poderes supuestamente derivados no estarían impedidos, bajo los razonamientos de esta posición, para reformar o abolir alguna parte de la Constitución de 1917.

Sin embargo, en la doctrina puede encontrarse una segunda respuesta a la pregunta sobre los límites materiales del poder constituyente de-

federal del Estado; II. El voto directo, secreto, universal y periódico; III. La separación de poderes; IV. Los derechos y garantías individuales.

³ Me refiero aquí a un Congreso constituyente, puesto que en la mesa se discutió sobre la conveniencia o no de darnos una nueva Constitución, lo que implicaría convocar a aquél.

rivado, la cual consistiría en invocar aquellas teorías que afirman que hay principios, normas o “decisiones fundamentales” que no pueden ser reformadas, aun cuando la Constitución no establezca expresamente tal prohibición. Quienes postulasen esta interpretación seguramente recurrirían a teorías como la de las “decisiones jurídico-político fundamentales”, provenientes de Carl Schmitt y reelaboradas en México por autores como Luis F. Canudas y Jorge Carpizo.⁴

En relación con los límites materiales implícitos, para algunos autores, éstos simplemente no son posibles. Por ejemplo, Rubén Hernández Valle ha sostenido que:

Los límites implícitos, sin embargo y desde una perspectiva enteramente jurídica, no pueden aceptarse, puesto que es pacíficamente aceptado por la doctrina especializada que el Estado tiene la potestad de decidir, mediante un procedimiento netamente jurídico, su propia extinción, por anexión o fusión de su territorio con otros Estados. Basta con pensar en los casos relativamente recientes de la reunificación alemana y de la separación de la antigua URSS en varios Estados independientes.

Ahora bien, si el Estado puede jurídicamente acordar su propia extinción, entonces no es posible entender cómo no podría acordar también la modificación radical de su ordenamiento supremo, o sea de la Constitución, aun actuando dentro del ámbito del derecho vigente. Es ni más ni menos que la aplicación del conocido adagio jurídico de que «quien puede lo más, también puede lo menos».⁵

Sin embargo, para otros autores, los límites materiales implícitos sí son posibles de determinar. Por ejemplo, para Hauriou, existen principios no escritos que sirven de fundamento a cualquier Constitución, mismos que se anteponen y superponen a ella; para Bachof, hay un derecho “suprapositivo” que obliga y limita al “legislador constituyente”,⁶ y para

⁴ Canudas, Luis F., “Irreformabilidad de las decisiones políticas fundamentales de la Constitución”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núms. 18-20, México, 1943. Así como, Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, Porrúa, 1983.

⁵ Hernández Valle, Rubén, “El control de constitucionalidad del procedimiento de reforma constitucional”, *Estudios Constitucionales*, vol. 4, núm. 2, noviembre de 2006, p. 462.

⁶ Ambos autores han sido citados por Saulo Ramos en su libro titulado *Assamblea Constituinte, O que pode, o que nao pode*, Brasil, Alhambra, 1987.

Bidart, existen principios pétreos “implícitos”, si bien admite que esto significa que no pueden ser abolidos, pero sí reformados.⁷

Cabe apuntar que este debate sobre los límites materiales tiene una raíz decimonónica, misma que determinó la discusión a lo largo del siglo XX. Sin embargo, actualmente es necesario aproximarse a este debate bajo la óptica internacional, en el plano externo. Esto es así en razón de que el derecho internacional de los derechos humanos fija límites materiales a los Estados en la materia referida, a través del derecho convencional (al que los Estados mismos, por decisión soberana, se han sumado, como es el caso de México), y por medio de normas del llamado *ius cogens*.⁸

Ahora bien, si se acepta la posibilidad de identificar límites materiales implícitos en las constituciones, cabe preguntarse sobre cuáles son éstos y quién está facultado para decidir cuáles son dichos límites. En este punto, nos enfrentamos a un problema de subjetividad, puesto que la lista de cuáles son y cuáles no son los límites materiales implícitos podrá variar.

En un intento por generar un marco que nos permita llegar a algún tipo de solución de este problema, recurro a la opinión de Bidart, quien afirma que los contenidos pétreos “no impiden su reforma, sino su abolición”.⁹ Por otro lado, considero que hay principios y normas en la Constitución que se refieren a la identidad misma de la Constitución en cuanto tal. Se trata de principios como el de separación de poderes, el principio demo-

⁷ “En nuestra Constitución, los contenidos pétreos *no impiden su reforma, sino su abolición*. Ellos son la forma de Estado democrático; la forma de Estado federal; la forma republicana de gobierno y la confesionalidad del Estado. Lo prohibido sería reemplazar la democracia por el totalitarismo; reemplazar el federalismo por el unitarismo; sustituir la república por la monarquía; suprimir la confesionalidad para imponer la laicidad. Por supuesto que nuestra interpretación reconoce que los contenidos pétreos no están explícita ni expresamente definidos como tales en la Constitución. Los valoramos como tales y los descubrimos *implícitos*, en cuanto admitimos parcialmente una tipología *tradicional-historicista* de la Constitución argentina. Al recoger del medio geográfico, cultural, religioso, etcétera, ciertas pautas históricamente legitimadas durante el proceso genético de nuestra organización, el constituyente petrificó en la Constitución formal los contenidos expuestos, tal como la estructura social subyacente les daba cabida”. Ver Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, EDIAR, 1996, t. I, p. 379.

⁸ Nogueira Alcalá, Humberto, “Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile”, *Estudios Constitucionales*, vol. 4, núm. 2, noviembre de 2006, pp. 435-455.

⁹ Canudas, Luis F., “Irreformabilidad de las decisiones políticas...”, *cit.*; así como Carpizo Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, *cit.*

crático, los derechos fundamentales, con cuya abolición dejaría de existir el Estado constitucional y democrático de derecho.

Ante estas cuestiones, la doctrina ha ofrecido distintas respuestas, lo cual demuestra el grado de subjetividad que muy probablemente habría de imperar en la discusión sobre este tema. Por ejemplo, Carpizo ha señalado que las decisiones fundamentales de nuestro orden constitucional son los derechos humanos, la soberanía popular, la división de poderes, el sistema representativo, el sistema federal, la supremacía del Estado sobre las iglesias y el juicio de amparo. Además, señala este autor que estos principios no pueden ser reformados por el poder revisor, “sino únicamente por el pueblo.”¹⁰

Por su parte, Rabasa señala como un principio que no puede ser cambiado por el poder reformador de la Constitución, el de la forma de gobierno. Mientras que Mario de la Cueva argumenta que el poder revisor no puede modificar la esencia de la Constitución que le dio vida. Este autor no aclara cuál es dicha “esencia”, aunque sugiere que los derechos individuales y sociales son parte de ella. Por último, Burgoa considera como principios fundamentales la forma del Estado, la forma de Gobierno, el sistema electoral, las garantías del gobernado, las garantías sociales, las garantías del trabajador, las declaraciones fundamentales en materia socioeconómica y cultural y el juicio de amparo, y propone que cualquier reforma a la Constitución que afecte sustancialmente alguno de estos principios, debiera ser sometida a referéndum popular, una vez cumplido el procedimiento establecido en el artículo 135 constitucional, para que entre en vigor.¹¹

Como puede observarse, no existe en nuestra Constitución un criterio o base que permita identificar, con un mayor grado de objetividad, cuáles podrían considerarse como “principios pétreos implícitos”. Asimismo, tampoco existe un señalamiento acerca de quién estaría facultado para definir cuáles son dichos principios.

Desde nuestro punto de vista, tendemos a pensar que debe considerarse que sí existen ciertos principios que no pueden ser suprimidos por el poder constituyente. Pensar lo contrario, por ejemplo, que el poder cons-

¹⁰ Carpizo, Jorge, *La Constitución...*, cit., p. 280.

¹¹ Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, México, Porrúa, 1968, pp. 234-237; Cueva, Mario de la, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982, pp. 127-174, y Burgoa, Ignacio, *Renovación de la Constitución de 1917*, México, Porrúa, 1994. Todas estas obras son citadas por González Schmall, *op. cit.*, p. 324.

tituyente está facultado para abolir la democracia, la separación de poderes, el sistema representativo, o los derechos individuales (y su garantía procesal), sería completamente absurdo. Por definición, las constituciones son construcciones jurídico-políticas creadas para proteger y garantizar los derechos individuales, la democracia, la separación de poderes y el sistema representativo, entre otros principios que están en la base del concepto de Estado de derecho. Y si pensamos no solamente en este último concepto, sino en el de Estado social de derecho, tendríamos que incluir en esta lista de principios “no suprimibles” los derechos sociales. En otras palabras, las constituciones no pueden prever la posibilidad de su propia destrucción, porque suprimir los derechos individuales, la democracia, el sistema representativo y la separación de poderes, equivaldría, precisamente, a destruirlas.

Sin embargo, una cosa es suprimir y otra cosa es reformar. El ámbito de lo jurídico es el mundo de lo relativo, casi por definición. Difícilmente puede hablarse de valores o principios absolutos. Cuando hablamos de derechos y deberes, siempre hay límites y fronteras; en toda ocasión nos habremos de topar con bordes y confines, los cuales no son permanentes, sino que cambian con el tiempo. Por ello, si bien podemos hablar con cierta seguridad de los límites materiales del poder constituyente en términos de la prohibición de suprimir ciertos principios, no sucede lo mismo si aludimos a aquellos límites en términos de la prohibición de reformar esos mismos principios.

Así, sería un contrasentido (desde el punto de vista del constitucionalismo) suprimir, por ejemplo, la libertad de imprenta, pero no lo sería establecer límites a su ejercicio. De hecho, el artículo 7o. constitucional prevé tres límites: el respeto a la vida, a la moral y a la paz pública, sin que ello signifique que la Constitución haya sido destruida. Igualmente, sería un contrasentido suprimir la libertad de trabajo consignada en el artículo 5o. constitucional, pero no lo sería establecer límites a su ejercicio, como el propio artículo 5o. también lo hace.

Independientemente de nuestra opinión, debemos estar conscientes de la subjetividad que impera en la doctrina acerca del tema de los límites del poder constituyente. Esta circunstancia podría ser un elemento más del conflicto político en torno al debate sobre la reforma del Estado, sin importar que ésta se diera a través de un Congreso constituyente o por medio del procedimiento establecido por el artículo 135 tal y como está redactado en la actualidad. Ante la falta de un criterio objetivo, la defini-

ción de un listado de “principios pétreos implícitos” quedaría sujeta, llegado el caso, a la correlación de fuerzas políticas existente en el órgano u órganos encargados de hacer la reforma o expedir la nueva Constitución. El resultado, entonces, sería incierto y dependería de un juego de presiones entre las distintas fuerzas políticas.

Por último, debemos plantearnos la siguiente pregunta: ¿podrían las reformas y adiciones aprobadas por el poder revisor, o el nuevo texto constitucional aprobado por el Congreso constituyente, ser revisado en cuanto a su constitucionalidad, desde un punto de vista material, por el Poder Judicial de la Federación? Para ponerlo de otra manera: si admitimos que el poder revisor previsto en el artículo 135 constitucional y, en su caso, el Congreso constituyente, tendrían poderes derivados del orden constitucional preexistente, y si aceptamos la idea de que existen “principios pétreos implícitos” en dicho orden que funcionarían como límites materiales tanto del poder revisor como del Congreso constituyente, podría el Poder Judicial de la Federación revisar la constitucionalidad de las nuevas disposiciones constitucionales, en relación con los “principios pétreos implícitos” de aquel orden constitucional preexistente?

La respuesta no es nada sencilla, y no pretendemos hacer en este trabajo una revisión del debate relativo a esta cuestión, que por cierto ya ha sido profusamente reseñada por otros autores.¹² Simplemente queremos alertar que el problema podría presentarse, y que la decisión final y vinculante correspondería a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Cabe aclarar que la Suprema Corte ha sostenido la tesis de que todas las normas de la Constitución tienen la misma jerarquía, y que por lo tanto ninguna de ellas puede declararse inconstitucional.¹³ De seguirse este razonamiento, no habría manera de atacar las nuevas disposiciones constitucionales aprobadas por el poder revisor o por el Congreso Constituyente, alegando inconstitucionalidad material.

Sin embargo, existen otras tesis que, de atenernos a todas sus consecuencias, sí podrían dar lugar al ejercicio del control de constitucionalidad de las nuevas disposiciones constitucionales aprobadas por el poder revisor o por el Congreso Constituyente, desde un punto de vista material. Por ejemplo, la Suprema Corte ha sustentado la tesis de que el poder constituyente de la nación tiene la facultad suprema de modificar

¹² Pensamos, en primer lugar, en el multicitado trabajo de Raúl González Schmall.

¹³ Tesis XXXIX/90, Amparo en revisión 2083/88, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, 7 de febrero de 1990, unanimidad de votos.

las leyes y las instituciones, “sin más límites que las que fijan el interés nacional, la civilización y los derechos naturales del hombre”.¹⁴ Esta afirmación implica, como puede observarse, que sí existen límites materiales que el poder constituyente debe respetar: precisamente, el interés nacional, la civilización y los derechos naturales del hombre. Asimismo, en el amparo en revisión promovido por Manuel Camacho contra la resolución del juez de distrito que desechó por improcedente su demanda de amparo en contra de reformas constitucionales al artículo 122 constitucional, la Suprema Corte pareció abrir la posibilidad de la procedencia del amparo como un control de la constitucionalidad material de reformas constitucionales que violen garantías individuales, al sostener que:

La Constitución atribuye a los tribunales de la Federación la competencia para resolver toda controversia que se suscite por actos de autoridad o «leyes» —entendidas en sentido amplio—, que violen las garantías individuales, sin distinguir si son constitucionales, fundamentales, primarias, reglamentarias, orgánicas, secundarias o de cualquier otra índole, e independientemente de la relación jerárquica que existe entre ellas y de las diferencias de su proceso de creación.¹⁵

No obstante, a final de cuentas la Suprema Corte no dejó en claro si esta tesis sería aplicable cuando el poder revisor omitió las formalidades previstas en el artículo 135 constitucional, o también cuando hubiere contradicción entre el contenido de la reforma y alguna o algunas garantías individuales consagradas por la Constitución.¹⁶

En suma, considero que sí puede hablarse de límites materiales implícitos, mismos que se refieren a elementos que conforman la identidad misma de la Constitución en cuanto tal; sin embargo, ello no significa que no puedan ser reformados. Más bien, significa que no pueden ser abolidos (en la línea del artículo 60 de la Constitución brasileña de 1988 arriba referida).

En relación con el procedimiento de reforma constitucional, considero que puede afirmarse que es unánime la opinión por parte de la doctrina en el sentido de que el poder revisor de la Constitución sí está sujeto a

¹⁴ Amparo mixto en revisión, Fernández Ignacio, 28 de agosto de 1918, t. III, p. 586, mayoría de 6 votos.

¹⁵ Ambas tesis han sido citadas por González Schmall, *op. cit.*, pp. 343 y 348.

¹⁶ *Ibidem*, p. 348.

observar las reglas de procedimiento que marca la propia Constitución y que, por tanto, está sujeto al control de regularidad constitucional en lo que a dicho procedimiento se refiere.

Llegados a este punto, considero útil acudir al argumento desarrollado por Rubén Hernández Valle, quien opina que el fundamento del control de constitucionalidad por vicios en el procedimiento de reforma constitucional, es el principio democrático. Para este autor, dicho principio impone a la elaboración de la voluntad parlamentaria tres requisitos básicos: la regla de la mayoría, la participación de las minorías y la publicidad de los debates.¹⁷

En este sentido, consideramos que, efectivamente, toda violación de las reglas que se refieran a requisitos básicos como los arriba referidos o, más en general, toda violación que pueda ser reconducida al principio democrático, debe estar sujeta a los procedimientos de control de constitucionalidad y es potencialmente anulable. Sin embargo, esta afirmación abre una pregunta que consideramos pertinente plantear en este momento: ¿Toda regla de procedimiento de reforma constitucional puede ser reconducida al principio democrático? O, en otras palabras, ¿toda violación, a cualquier tipo de regla dentro del procedimiento de reforma constitucional, debe estar sujeta a los procedimientos control de constitucionalidad y es potencialmente anulable, o se puede distinguir entre diferentes tipos de reglas?

La posible diferenciación es relevante, pues permitiría decidir sobre los alcances del ejercicio de un poder tan delicado en el juego institucional de un Estado constitucional, como lo es el control de constitucionalidad sobre el poder reformador de la Constitución. Delicado, porque enfrenta a dos poderes constituidos del más alto rango: el llamado “guardián de la Constitución” (con una legitimidad derivada de su función dentro del Estado constitucional), con el poder revisor de la Constitución (y su legitimidad en el proceso político democrático).

A manera de conclusiones, podría afirmar lo siguiente:

1) Teóricamente es posible admitir la existencia de límites materiales al poder reformador de la Constitución. Sin embargo, hay un problema de subjetivismo que obliga a la precaución en la práctica, y a un cierto grado de deferencia hacia el poder reformador.

¹⁷ Hernández Valle, *op. cit.*, p. 464.

2) Teóricamente es posible admitir que hay límites formales al poder reformador de la Constitución. No obstante, hay que plantearse la pregunta de si todos los vicios posibles dentro del procedimiento de reforma constitucional son iguales, y si ameritan todos ellos, o no, dar pie al control de constitucionalidad por parte del juez constitucional. Mi intuición, en principio, es que sí es posible establecer una diferencia entre distintos tipos de vicios procedimentales.

3) El lenguaje del artículo 103, fracción I de la Constitución general de la República, admite la procedencia del amparo en contra de una reforma constitucional. Sin embargo, el amparo no es una figura idónea para ello. No fue diseñado para el control de constitucionalidad de reformas constitucionales. Ello crea problemas graves que pueden incluso llevar a resultados absurdos (derivados de la llamada “fórmula Otero”, cuya aplicación en casos como los referidos podría llevar a “órdenes constitucionales paralelos”). Considero que el juez constitucional debe ser sensible ante esta situación al decidir este tipo de casos. Por otro lado, el poder reformador de la Constitución podría diseñar algún procedimiento especial para el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, para evitar problemas como los apuntados.