

¿UNA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN PUEDE SER INCONSTITUCIONAL?

Raúl GONZÁLEZ SCHMAL

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares.* II. *Opiniones y doctrina de constitucionalistas mexicanos.* III. *Opiniones y doctrina de tratadistas extranjeros.* IV. *Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.* V. *Consideraciones finales y proposiciones.*

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Al hablar de nuestra Constitución es ya un lugar común hacer referencia a la multitud de reformas que ha sufrido a lo largo de su longeva vida —ahora ya en su octogésimo aniversario—, que suman alrededor de cuatrocientas modificaciones, cifra que arroja un promedio de cinco reformas por año.

Del enjambre de alteraciones a nuestra carta magna, unas han respondido a verdaderas exigencias del cambio social, económico y político del país; es decir, se pueden considerar adaptaciones del texto constitucional a nuevas realidades históricas, y otras, por el contrario, han sido producto de meras coyunturas políticas de circunstancia, o de la irreflexión, o aun de la frivolidad del presidente de la República en turno. El Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados, que integran el órgano reformador, hasta hace breve tiempo eran, por virtud del monopolio del partido oficial, meras oficinas de trámite de las iniciativas de reformas constitucionales presentadas por el Ejecutivo.

Ahora bien, lo que tendría la mayor trascendencia sería investigar si algunas de esas reformas sufridas por nuestra Constitución pugnaron —o pugnan— con los principios, los valores y las normas que le dan identidad. Es decir, si hubo reformas “inconstitucionales” que afectaron la esencia misma de nuestra ley suprema. Y si en el futuro, podría haber también reformas que adolecieran de la misma ilegitimidad.

¿Atentaron contra la Constitución, por ejemplo, las reformas de 1928 al artículo 73, VI, que suprimió el municipio libre en el Distrito y territorios federales, institución que el Constituyente de Querétaro consideró que su establecimiento constituía “la diferencia más importante y, por tanto, la gran novedad respecto de la Constitución de 1857”, y la de 1934 al artículo 3o., que estableció la educación socialista con carácter obligatorio y suprimió en forma absoluta la garantía individual de la libertad de enseñanza, que aunque en forma restringida había consagrado el Constituyente de Querétaro, y la de ese mismo año de 1934, que suprimió el derecho de amparo respecto de la garantía de la propiedad en materia agraria, o la de 1982, al quinto párrafo del artículo 28, que estableció el monopolio del ejercicio de la banca en favor del Estado y la consecuente prohibición de concesionarla a particulares? Esta última reforma fue calificada por el jurista Ramón Sánchez Medal como “reforma demolitoria de la Constitución”, por considerar que suprimió la garantía individual de prohibición de nuevos monopolios del Estado y la correlativa garantía individual de libertad de industria y comercio, y cuya inconstitucionalidad fue objeto de inusitada e infructuosa impugnación mediante el juicio de amparo promovido por el mencionado abogado en unión del hoy presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Vicente Aguinaco Alemán.

Ahora bien, en el supuesto de que las mencionadas y otras reformas se hubieran puesto eventualmente en contraste con normas fundamentales de la Constitución, en realidad se ¿podrían determinar estas “normas fundamentales”? o, aún más, ¿existen normas fundamentales en la Constitución y otras que no lo son? O, en otros términos, ¿existe una jerarquía de normas *ad intra* la Constitución? Y si existen estas normas esenciales ¿podrían ser tocadas por el órgano reformador? ¿Este órgano reformador es absoluto en su capacidad para modificar todas y cada una de las normas de la Constitución? Es decir, ¿es ilimitado en su competencia transformadora? Y si es así, ¿esta competencia absoluta le viene de que está investido de soberanía absoluta, o de alguna otra causa? Y si es la primera hipótesis, ¿entonces tiene exactamente el mismo poder que el Constituyente creador de la Constitución? Y, si es la segunda, ¿qué causa origina su poder ilimitado? ¿Y si el órgano reformador puede modificar los principios y las normas esenciales, ¿no se estaría en presencia de un poder avasallador del principio de seguridad jurídica que le da sustento al Estado de derecho? ¿No sería uno contrasentido un Estado de derecho con un

poder jurídico legitimado que pueda inclusive destruir al propio Estado de derecho que lo creó? ¿No podría convertirse este poder en un verdadero Frankenstein que se volviera contra el autor de su existencia? ¿Dónde quedaría la permanencia de las normas jurídicas fundamentales establecidas por la voluntad suprema del pueblo a través del Congreso Constituyente originario?

Y si, por el contrario, se ponen límites al órgano reformador, ¿no se corre el riesgo de anquilosar la Constitución, de petrificarla e impedir la evolución de la sociedad? ¿o de que la evolución se realice al margen o a contracorriente de la Constitución? ¿No se rompería la relación dialéctica y dialógica entre cambio social y cambio jurídico?

Las preguntas se podrían multiplicar en proyección geométrica. El asunto no admite una fácil solución. Pero, parece que en nuestro país la cuestión quedó zanjada. La Suprema Corte de Justicia, simplemente dice, en algunas escasas ejecutorias, que más adelante se reproducen, que no es posible una reforma inconstitucional porque en la Constitución no hay jerarquía de preceptos y porque en el poder constituyente radica la facultad suprema de modificar las leyes y las instituciones.

Los abogados de nuestro foro, con la sola excepción de la demanda de amparo mencionada arriba, no han impugnado posibles reformas inconstitucionales mediante el juicio de amparo. Por otro lado, las recientes reformas de 1994 al artículo 105 de la ley fundamental, que crea la acción de inconstitucional con efectos *erga omnes*, se refiere únicamente a leyes y tratados y no a reformas del texto constitucional.

Recientemente ha llamado la atención —y conviene detenerse en ello por la importancia que tiene— el amparo promovido por el licenciado Manuel Camacho Solís en contra de reformas constitucionales al artículo 122, por considerar que afectaban sus derechos políticos y otros de distinta naturaleza, pero solamente se enderezó contra estos últimos y no contra los primeros, impugnándose sólo aspectos formales de la reforma y no en cuanto al contenido de la misma. Pero, en realidad lo que pudo haber violado sus garantías individuales, en materia política y aun en cuanto probablemente se trataba, en cierto aspecto, de una ley de carácter privativo, fue la parte sustantiva de la reforma en el precepto que le impedía —y le sigue impidiendo de por vida— ser candidato y, por ende, jefe de Gobierno del Distrito Federal. Para tener alguna posibilidad de éxito en sus pretensiones Camacho Solís hubo de enmascarar, por decirlo de alguna forma, la cuestión de fondo de su demanda, que realmente consistía en la

posibilidad de que, mediante la susodicha reforma, se hubiera introducido una norma inconstitucional en el propio texto de la Constitución y, consecuentemente, la necesidad de impugnarla, a través del juicio de garantías, por considerar que le violaba derechos fundamentales tutelados en la misma Constitución. Las probabilidades de buen éxito de este planteamiento hubieran sido prácticamente nulas debido al criterio absolutamente inmovible de nuestra Suprema Corte, en el sentido de que una reforma operada por el órgano reformador y de acuerdo con los requisitos del artículo 135 de la Constitución, nunca, jamás, puede ser inconstitucional.

Tampoco hubiera prosperado pedir el amparo por violación de derechos políticos, porque según las reiteradas tesis de la Corte, sostenidas hasta la fecha en que se instauró aquél —aunque en algunos casos formuladas con cierta ambigüedad— la violación de los derechos políticos no da lugar al juicio de amparo toda vez que no se trata de garantías individuales. Nuestra Corte Suprema siempre ha tenido un miedo casi cósmico de contaminarse de las “trivialidades” de la política.

En la demanda de amparo de referencia, como ya se dijo, se optó por impugnar aspectos de competencia y procesales de la reforma constitucional de que se trata, los cuales en nuestra opinión, era difícil que prosperaran porque eran convalidables. Parecería que dentro de la más elemental lógica jurídica y de la naturaleza misma del juicio de amparo, a un individuo al que mediante una reforma constitucional se le vulnera un derecho humano de carácter político, ese individuo tendría derecho a impugnar esa reforma utilizando dicho instrumento protector. Pero, como ya se advirtió arriba, no ha sido así; el hipotético sujeto no sería justiciable para efectos de nuestro juicio de garantías.

Quizá no se ha prestado suficiente atención a una antigua tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, invocada en la misma demanda de amparo de Camacho, para justificar, paradójicamente, que dicha tesis le impedía cuestionar el fondo de la reforma ni discutir la competencia del órgano reformador y, por ello mismo, acudía al expediente de impugnar solamente el proceso reformativo en aspectos meramente de forma.

La tesis en cuestión dice así: “PODER CONSTITUYENTE DE LA NACIÓN. En él radica la facultad suprema de modificar las leyes y las instituciones, sin más límites que los que fijan el interés nacional, la civilización y los derechos naturales del hombre” (t. III, p. 586, amparo mixto en revisión, Hernández Ignacio, 28 de agosto de 1918, mayoría de 6 votos).

Como se desprende en forma natural de la tesis transcrita, resulta que, en contra de su interpretación constante por parte del Poder Judicial Federal, el órgano reformador sí tiene límites en su actuación y uno de esos límites es precisamente “los derechos naturales del hombre”; es decir, las garantías individuales. Pero entonces, habría que preguntarse por qué la Suprema Corte, con base en esas y otras tesis, ha considerado que no procede el juicio de amparo en tratándose de violación de derechos políticos. Pues simplemente porque, en una posición del más puro corte voluntarista, ha decidido que los derechos políticos no son derechos humanos. Ello en abierta contraposición con la doctrina internacional de los derechos humanos, de la normatividad casi unánime del constitucionalismo occidental y, sobre todo, de la Declaración de la ONU de 1948, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana de Derechos Humanos, estos dos últimos instrumentos promulgados en 1981, y que por tanto forman parte sustantiva de nuestro orden jurídico constitucional.

No hay que soslayar, por otra parte, que nuestra Suprema Corte de Justicia acaba de dar un paso firme para romper con esos antiguos y anacrónicos criterios, al resolver en el amparo en revisión de Camacho Solís, la procedencia del juicio de garantías en materia de derechos políticos, resolución a la que haremos referencia en la parte final de este trabajo.

A la luz de las nuevas circunstancias políticas del país, de las recientes reformas del Poder Judicial Federal, y del inicio del proceso que se le ha dado en llamar “la reforma del Estado”, habría que preguntarse si no es también el momento de reemprender el estudio del problema objeto de estas reflexiones y encontrarle una solución.

Si es así, creo que el planteamiento se podría formular mediante estas dos preguntas básicas, que deben tratarse en conexión una con la otra:

- a) ¿Puede haber una norma inconstitucional en la propia Constitución?
- b) ¿Existe o debe existir un medio de control de los actos del Poder revisor de la Constitución?

Me parece que para iluminar dichas cuestiones es indispensable acudir a las opiniones y a la doctrina de algunos de los más distinguidos autores nacionales y extranjeros. Hace referencia también a algunas tesis de nuestra Suprema Corte de Justicia la Nación y, finalmente, aventurar algunas consideraciones y proposiciones personales.

II. OPINIONES Y DOCTRINA DE CONSTITUCIONALISTAS MEXICANOS

Emilio Rabasa,¹ que al decir de Tena quizá fue el primero que trató en la teoría constitucional el tema de los límites de la revisión de la Constitución, denomina al órgano reformador como “poder nacional”, el cual “es sustitutivo del plebiscito y único depositario de la soberanía (y) representa la voluntad de la nación en el acto más importante y grave: la modificación de la ley fundamental”. Sostiene Rabasa que a diferencia del supremo poder que dicta la Constitución, que es indestructible, que no es reglamentable porque es ilimitado, el poder nacional

es creación de la ley y puede ser cambiado y sufre también ser sometido a reglas. Por una necesidad imprescindible, las reglas y limitaciones de este órgano no pueden dictarse ni derogarse sino por él mismo; pero como representante del Poder, mientras aquellas no sean derogadas, tiene que obedecerlas, porque forman parte de la Convención federal fundamento de la nación.

En cuanto a los límites de la competencia del poder reformador, Rabasa señala que dicho órgano “tiene la facultad de reformar los preceptos constitucionales, modificarlos o suprimirlos”, sin que dicho poder reformador tenga “limitación ninguna en el procedimiento”, pero niega que con el procedimiento reformatorio del artículo 127 (casi idéntico al actual artículo 135 constitucional) se puedan cambiar principios fundamentales como, por ejemplo, la forma de gobierno, lo que estaría 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; y con el 39 (idéntico al artículo 39 de la Constitución vigente), que reserva al pueblo el derecho de modificar la forma de gobierno”.

No obstante, Rabasa no se plantea el problema que suscitaría la incorporación de una norma en la Constitución, mediante el procedimiento reformatorio, que pugnara con sus principios fundamentales.

Guilebaldo Murillo.² Argumenta que el artículo 135 de la Constitución autoriza al Congreso de la Unión para que, contando con la mayoría de las legislaturas de los estados, reforme la Constitución. “Pero una cosa —dice Murillo— es reformar, y otra muy distinta deformar. Una cosa es

1 Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, México, Porrúa, 1968, pp. 234-237.

2 Murillo, Guilebaldo, *Inconstitucionalidad del actual artículo 3º de la Constitución federal*, Jus, 1941, pp. 9, 12, 13, 18, 19, 20 y 21.

autorizar para que se hagan a la Constitución las enmiendas o mejoras que reclame la felicidad del pueblo y siempre conforme a los lineamientos básicos de la misma Constitución, y otra cosa es facultar para que contra el sentir general del pueblo se le cambie substancial y radicalmente so pretexto de reformarla”. Dicho artículo no autoriza que se destruya total o parcialmente a la Constitución, ni que se le hagan cambios tales que choquen abiertamente con lo que de ella se deje sin tocar. Empero acepta Murillo que es difícil señalar el lindero preciso que separa lo que es una reforma autorizada por el artículo 135, de lo que ya no es reforma, sino un cambio sustancial que él no autoriza; pero esa dificultad no prueba que lo mismo sea una reforma que un cambio sustancial.

Guilebaldo Murillo cita el siguiente texto de Hamilton para apoyar su argumentación:

No hay verdad que en más claros principios esté fundada, que ésta: todo acto de una autoridad delegada, contrario al tenor de su comisión, es nulo. Por tanto, ninguna ley contraria a la Constitución, puede ser válida. Negar esto, sería afirmar que el diputado es superior al comitente, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo, y que ellos, obrando en virtud de ciertos poderes, pueden no sólo hacer aquello para lo que esos poderes no los autorizan, sino lo que les prohíben.

Por consiguiente teniendo el Congreso de la Unión una autoridad delegada por el Congreso Constituyente para reformar la Constitución, las reformas que haga y que sean contrarias al tenor de su comisión, son nulas. Negar esto sería afirmar que el Congreso de la Unión es superior al Constituyente y superior al pueblo mismo. Y si la autoridad que tiene aquél para reformar la Constitución, la tiene por delegación del Constituyente, es claro que no se trata de dos autoridades iguales, sino de una superior, el Congreso Constituyente, y una inferior o subalterna, el Congreso de la Unión y las Legislaturas locales, que tiene que ceñirse a los mandatos que aquél dio en la Constitución, y entonces no se está en el caso de aplicar las reglas de interpretación para decidir cuál de dos leyes contradictorias prevalece cuando las dos proceden de autoridades iguales, sino que se está en el de aplicar la regla que rige cuando se trata de leyes que proceden de autoridades desiguales.

Más adelante Murillo dice que la

llamada reforma del artículo 3° tiende a cambiar la actual forma de gobierno por la dictadura del proletariado, según lo declaró el señor ministro García Téllez, sin que haya sido desautorizado, y hasta sin que pudiera haberlo

sido, ya que el artículo manda que la educación sea socialista y el socialismo tiende a que se implante esa dictadura... Y como los artículos 4º, 14, 17, 24, 29, 103 y 107 que, entre otros, viola el artículo 3º, proceden del Congreso Constituyente, mientras que la impropriamente llamada reforma procede del Congreso de la Unión y de las legislaturas locales; y como el Poder Constituyente y el poder constituido no son autoridades iguales, sino que aquél es autoridad superior, ya que el otro sólo tiene las facultades que el Constituyente le asignó en la ley fundamental; lógicamente se sigue que los artículos citados deben prevalecer sobre el 3º, que es radicalmente nulo, no importa que figure en la Constitución, como no es válida, aunque conste en una escritura pública, la cláusula que el apoderado puso en ella, cuando el mandato no lo facultaba para ponerla: y se infiere también que todo el que protestó guardar y hacer guardar la Constitución, a pesar de lo que en contrario se disponga, está obligado a no acatar el artículo 3º, porque está obligado a no aplicar la ley que la contradice.

*Felipe Tena Ramírez.*³ En su muy conocida tesis, sustenta la posición de que el órgano revisor de la Constitución carece de límites en su competencia para reformar o adicionar la Constitución. Sobre el particular, sostiene que

el órgano constituyente del artículo 135 es el único investido de plenitud de soberanía para reformar o adicionar en cualquiera de sus partes la Constitución mexicana. Por vía de reforma o de adición, nada escapa a su competencia, con tal de que subsista el régimen constitucional, que aparece integrado por aquellos principios que la conciencia histórica del país y de la época considera esenciales para que exista una Constitución.

Niega Tena Ramírez categóricamente que se pueda declarar inconstitucional una reforma a la Constitución, salvo cuando se trate de incompetencia del órgano o por no haberse surtido las formalidades previstas. Estas son sus palabras:

Según nuestro criterio, una reforma a la Constitución se puede declarar inconstitucional, no por incompetencia del órgano idóneo del artículo 135, sino por haberse realizado por un órgano distinto a aquel o por haberse omitido las formalidades señaladas por dicho precepto. Sólo en ese caso, en que se podría comprobar objetivamente el vicio de la reforma, sería procedente enjuiciar la validez de la misma por medio del juicio de amparo que es el medio de definir los casos de inconstitucionalidad.

3 Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1975, pp. 63-68.

Consecuente con su tesis, Tena Ramírez sostiene que técnicamente no se podría declarar la inconstitucionalidad ni siquiera de una reforma que suprimiera o restringiera garantías individuales.

Mario de la Cueva.⁴ se afilia a la posición de quienes sostienen la competencia limitada del órgano reformador de la Constitución. Para el maestro De la Cueva, el poder reformador de la Constitución es otro de los atributos de la soberanía, el que sigue en orden al poder constituyente originario, por lo que podría definirse paralelamente diciendo que “es un poder inherente al pueblo o nación, un poder supraestatal, de naturaleza político-jurídica, hacedor de reformas a la Constitución creada por el poder constituyente”. Para dicho autor la función reformadora es “un adaptar la Constitución a la vida, un introducir en ella los principios e instituciones adecuados para su perfeccionamiento, un reformar lo dado conservando lo que aún tenga vida, y un suprimir lo que ya está muerto”.

En opinión del mencionado tratadista, existe una cierta confusión en la doctrina en torno al problema de las limitaciones o ausencia de límites del poder reformador de las Constituciones, consecuencia de que no siempre se han separado con suficiente claridad los conceptos de poder constituyente y poder reformador, función constituyente y función reformadora, de lo que se sigue que en ocasiones, al considerar las posibles limitaciones del poder y de la función reformadores, se consideren en realidad las del poder y de la función constituyentes. Él considera que el poder constituyente reformador no puede modificar la esencia de la Constitución que le dio vida.

Más adelante, De la Cueva se plantea la cuestión de la inconstitucionalidad de los actos del órgano reformador, en los siguientes términos: “¿Puede plantearse ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación la inconstitucionalidad de los actos del poder reformador?” Y a continuación se responde:

La tesis de la ilimitabilidad de sus atribuciones rompe el principio de la seguridad jurídica y el sistema del control de la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos, pues si el poder reformador puede hacerlo todo, si puede suprimir o cambiar los principios fundamentales de la Constitución, podría suprimir nuestro juicio de amparo y la jerarquía de las normas consignada en el artículo 133. Sin género alguno de duda, la incondicional subordinación de los poderes estatales, legislativo, ejecutivo y

4 Cueva, Mario de la, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982, pp. 127-174.

judicial, es esencial para la vigencia de la seguridad jurídica, pero ¿no es igualmente grave o tal vez más, que el poder reformador sea elevado a la categoría de autoridad omnipotente?

El artículo 103 de la Constitución establece en su fracción primera que el juicio de amparo es procedente contra las leyes o los actos de cualquier autoridad que violen las garantías individuales. ¿Cuál puede ser la razón para que el término autoridad no rija los actos del poder reformador? Si como dice Tena, la competencia de este poder es adicionar o reformar, pero “siempre sobre una ley existente”, si por lo tanto, carece de competencia para suprimir la Constitución, ¿cuál es la razón para desestimar la aplicación de la fracción I del artículo 103, cuando su acto va más allá de la competencia que le fijó el poder constituyente? Es cierto que el poder reformador es un poder supraestatal, pero también lo es que constituye un escalón inferior al pueblo, un poder intermedio que presupone la existencia de la Constitución y del poder constituyente; por lo tanto, el control de la constitucionalidad de sus actos tiene que referirse a la Constitución y al poder constituyente.

En la tesis del doctor De la Cueva no se pone en duda que el poder reformador puede adicionar o reformar los preceptos que consignan los derechos humanos individuales y sociales, pero que lo que no puede hacer es derogarlos totalmente, según la frase de Tena, ni podría tampoco anularlos a pretexto de adiciones o reformas. Pero será la Suprema Corte de Justicia quien deba decidir en cada ocasión sobre la legitimidad de los actos.

Para el autor citado, la tesis que combate proviene de una confusión entre los poderes y entre las funciones y los actos constituyentes y reformadores:

una vez más diremos que el poder reformador es distinto del constituyente, pues ¿cómo podría un ente creado identificarse con su creador? ¿Cómo podría desconocer el ser que le fue dado por el constituyente y pretender que es idéntico al de éste? No desconocemos la posibilidad de que las dos funciones se ejerzan legítimamente por el mismo órgano o asamblea, como cuando se reserva el pueblo la decisión final sobre la formación de una Constitución nueva o de sus reformas, pero la identidad del órgano no produce la de las funciones. La diferencia entre los actos es la que se da, aun en el orden de la naturaleza, entre la creación y la transformación de lo creado.

Para reforzar su posición, el doctor De la Cueva cita la tesis de Paolo Barile, que por su originalidad y consistencia vale la pena detenerse en ella. Para el eminente jurista italiano, las primeras limitaciones del poder reformador están constituidas por las normas que establecen el órgano y los procedimientos de reforma, normas que no pueden ser modificadas por el poder reformador, pues, como poder creado, su existencia, su manera de ser y las formas de su actuación, no pueden quedar bajo su arbitrio, o con otras palabras: no le corresponde ni puede corresponderle la determinación de su competencia. Por lo tanto, el poder reformador no podría crear otro órgano, un monarca o un dictador, y delegarle sus atribuciones. Otro grupo de limitaciones se compone, de una manera general, por las normas que establecen los lineamientos fundamentales de la forma de gobierno, término éste que debe entenderse como equivalente a forma de organización política; así, por ejemplo, la forma republicana de gobierno.

El mismo Paolo Barile —citado por De la Cueva— se pronunció por la siguiente cuestión: “El control de constitucionalidad de que disfruta la corte constitucional se extiende a las normas emanadas del poder reformador”. Para el autor citado, la formación de la Constitución no puede estar sujeta a control alguno, sí puede estarlo la función reformadora, no sólo desde el punto de vista de las formalidades que deben observarse, sino también porque el órgano reformador, que actúa dentro de estos procedimientos, no puede proponerse un fin diverso de aquel para el que fueron establecidos, que no es otro que perfeccionar, completar y adaptar a la vida la esencia constitucional. De ahí la posibilidad del control judicial sobre los actos del poder reformador, lo que ha de entenderse no sólo en el aspecto procesal, sino también en cuanto a los límites substanciales de su actividad.

*Elisur Arteaga Nava.*⁵ Se coloca en la posición de quienes consideran la ilimitación jurídica del órgano reformador, y considera que el único límite que lo acota es de carácter político: “El único límite a la actividad reformadora que se obtiene del artículo 135 es que la carta magna responda, en términos generales, a las relaciones de poder que existan, de otra manera es rebasada o desconocida”. Más adelante el referido autor expresa que la circunstancia de que

5 Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, México, UNAM, 1994, t. III, pp. 19-31.

se alteren o no los derechos individuales más que depender de prohibiciones jurídicas, dependerá de la posibilidad de propiciar o no descontento y violencia; de 1917 a la fecha han sido reformados muchos derechos del hombre, algunos casi se han hecho nugatorios, como el que consagraba el artículo 10; en cambio el pretender aplicar en la década de los 20 el artículo 130 dio lugar a que el clero católico incitara a la población a la violencia. La modificación de la Constitución más depende de factores políticos que de valores éticos.

Su argumentación la expone Elisur Arteaga de la siguiente manera:

El que haya únicamente una combinación de órganos capaz de reformar la Constitución y de que no exista ninguna barrera a su actuación, llevan a concluir que ella y no el pueblo, en la realidad, es la única soberana. Esa combinación, mediante reformas, puede cambiar la forma de gobierno, crear nuevas instituciones jurídicas, suprimir las existentes y, lo que es más, puede alterar los derechos individuales.

En cuanto a la cuestión del control constitucional de las reformas a la Constitución, el autor citado —en coincidencia con Tena— señala que solamente “una reforma puede ser impugnada cuando en su elaboración no se cubrieron las formalidades previstas en la Constitución”.

respecto a la posibilidad de que se impugne una reforma por estimar incompetente a la combinación de órganos prevista en el artículo 135, por razón de la materia, cabe hacer la consideración de que si no admite la posibilidad de realizar reformas en forma ilimitada, sin importar la materia, se daría la circunstancia de que no habría conforme al derecho positivo procedimiento u órgano capaz de hacerlo; habría la posibilidad de que también se impugnara toda clase de adiciones con vista a que se trata de un órgano incompetente.

Concluye Arteaga Nava diciendo que: “cuando una reforma no ha sido aprobada debidamente y ella es impugnada, se está frente a un caso de una actuación sólo aparente. Sólo se tiene que acreditar la omisión o el defecto”.

Ignacio Burgoa.⁶ En contra de la posición de Tena y de Elisur Arteaga, Burgoa sostiene la limitación en su capacidad reformativa del Constituyente Permanente, en los siguientes términos:

6 Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1984, p. 380.

La facultad prevista en el artículo 135 constitucional en favor del Congreso de la Unión y de las legislaturas de los estados para reformar y adicionar la Constitución debe contraerse a modificar o ampliar las disposiciones contenidas en ella que no proclamen los principios básicos derivados del ser, modo de ser y querer ser del pueblo, sino que simplemente los regulen. De ello se infiere que los citados órganos no pueden cambiar la esencia de la Constitución al punto de transformarla en una nueva mediante la alteración, supresión o sustitución de los aludidos principios.

En sus consideraciones en torno al poder reformador de la Constitución no aborda Burgoa en su obra citada la cuestión de la inconstitucionalidad de una reforma y del órgano competente para declararla. Tampoco lo hace, hasta donde recordamos, en *El juicio de amparo* ni en *Las garantías individuales*.

En su última obra, titulada *Renovación de la Constitución de 1917* (Editorial Porrúa, 1994), Burgoa propone dos adiciones al texto del artículo 135, en los siguientes términos:

Las reformas a esta Constitución que afecten sustancialmente la forma de 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, serán sometidas al referéndum popular una vez cumplido el procedimiento inmediato anterior, en los términos que establezca la ley reglamentaria respectiva. En tanto no se realice dicho referéndum, las reformas y adiciones que haya aprobado el Congreso de la Unión con el concurso de las legislaturas de las entidades federativas, no entrarán en vigor, sino sólo en el supuesto de que dicho referéndum las ratifique.

Jorge Carpizo,⁷ no plantea directamente la cuestión que nos ocupa. Sin embargo, tiene relevancia para el tema conocer como dicho autor señala y desarrolla los que considera las siete decisiones fundamentales o principios básicos de nuestra Constitución, a saber: 1. La declaración de derechos humanos; 2. La soberanía; 3. La división de poderes; 4. El sistema representativo; 5. El régimen federal; 6. La justicia constitucional (integrada por seis garantías, la primera de ellas el juicio de amparo); 7. La supremacía del Estado sobre las iglesias.

7 Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, UNAM, 1983, pp. 430-461.

Para Carpizo, el órgano a que se refiere el artículo 135, al que denomina poder revisor, se encuentra situado entre el poder constituyente y los poderes constituidos. “Está situado —dice dicho autor— por abajo del poder constituyente, pero tiene una jerarquía superior a los constituidos a los cuales puede alterar”.

El citado constitucionalista deja, empero, sin resolver si lo que él llama “principios básicos de nuestra Constitución” pueden ser alterados válidamente por el poder reformador.

Ramón Sanchez Medal. En su estudio intitulado *Las reformas demolidoras de la Constitución*, sostiene que por encima de la “vorágine de cambios legislativos, es indudable que deben existir principios de tal solidez y trascendencia que no puedan ser modificados, debiendo considerarse como el más importante la salvaguarda de la libertad del individuo”. Consecuentemente —señala Sánchez Medal— “el argumento de que cualquier reforma a la Constitución con sujeción al procedimiento formal del artículo 135, hace que tal reforma sea ya parte integrante de la propia Constitución, y no pueda la Constitución ir contra ella misma, es un razonamiento mutilante e insostenible”.

En otra parte de su estudio el distinguido abogado, en crítica al tribunal colegiado de circuito que se negó a revisar la revisión interpuesta en contra de la resolución del juez de distrito ante quien se presentó la demanda de amparo en contra de la reforma del artículo 28 constitucional, a que se ha hecho referencia arriba, y al Pleno de la Suprema Corte, que se negó a conocer y resolver el primer amparo que se ha presentado en México contra una reforma aparentemente inconstitucional, expresa que a la reforma constitucional

se le concedió un extraño derecho de asilo, aquel que obtenían los delinquentes que lograban refugiarse en los monasterios de la Edad Media, en favor de toda clase de reformas a la Constitución, porque una vez que cualquier reforma lograba aposentarse en el texto de la Constitución, gozaba ella de una sagrada inmunidad y se convertía en intocable como la Constitución misma, razón por la cual los tribunales federales deberían sin más, abstenerse de entrar a examinar la constitucionalidad de toda clase de reformas, aún de las reformas destructoras de garantías individuales y de las reformas demolidoras de otras decisiones políticas fundamentales.

En apoyo de su tesis, Sánchez Medal cita al tratadista italiano Giuseppe de Vergottini, quien teniendo a la vista las Constituciones de casi

todos los países del mundo, llega a la conclusión de que las variaciones o modificaciones a toda Constitución siempre deben reconocer “la permanencia del núcleo esencial de la Constitución modificada”, puesto que “toda Constitución, rígida o flexible, tiene límites en cuanto a su modificación”, y estos límites pueden ser también implícitos y sustanciales, en cuanto que ningún ordenamiento, mientras subsista, puede consentir en la supresión de aquellas instituciones esenciales para su propia supervivencia.

Hay que añadir, por nuestra cuenta, que el ilustre constitucionalista Antonio Martínez Bález, al considerar la posibilidad de introducir un capítulo económico a nuestra Constitución, dice que ello implicaría una reestructuración de toda la carta magna, lo que “parece una función del Poder Constituyente, no del órgano revisor de la misma” (*Obras*, México, UNAM, 1994, t. I, p. 61).

III. OPINIONES Y DOCTRINA DE TRATADISTAS EXTRANJEROS

Carl Schmitt.⁸ Las ideas fundamentales de dicho autor son las siguientes. Empieza por establecer que el Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre el modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda la ulterior regulación legal-constitucional. Una Constitución se apoya en una decisión política surgida de un “ser político”.

Distingue entre la “Constitución”, que es el conjunto de decisiones políticas fundamentales, y “ley constitucional”, que son normas incorporadas a la misma Constitución, que por su contenido tienen la finalidad de llevar a la práctica la voluntad constituyente.

Refiriéndose a la Constitución de Weimar, dice que es una Constitución porque contiene las decisiones políticas fundamentales sobre la forma de existencia política concreta del pueblo alemán, y que la competencia para reformar las “leyes constitucionales” es una competencia incluida en el marco de la Constitución, fundada en la misma, y no sobrepasándola. No envuelve la facultad de dar una nueva Constitución.

El juramento de la Constitución (en nuestro caso, la protesta de hacer guardar la Constitución del artículo 128 constitucional), no significa un

8 Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universitaria, 1982.

juramento de cada una de las distintas normas de la Constitución, sino sólo de aquellas que contienen las decisiones políticas fundamentales.

El acto de dar la Constitución es cualitativamente distinto del de reformarla. Por eso, una asamblea “constituyente” es cualitativamente distinta de un Parlamento. Éste puede reformar las normas de la Constitución (“leyes constitucionales”) pero no la Constitución (es decir, en la terminología de Schmitt las “decisiones políticas fundamentales”) cuya potestad es del pueblo a través de su poder constituyente (originario).

*Georges Burdeau.*⁹ Este autor señala que “la razón de ser de las Constituciones rígidas es dar mayor estabilidad a las normas incluidas en la Constitución. Pero, por supuesto, no podría pretenderse una inmutabilidad absoluta, que sería un absurdo desde el punto de vista político. Todo lo que se puede razonablemente exigir es que el establecimiento y la revisión de las Constituciones se preserven de un arrebato pasajero”.

El poder revisor no implica que la autoridad que está investida de él sea sólo competente para modificar ciertas disposiciones de la Constitución en vigor. Puede también establecer una Constitución enteramente nueva. En este caso, sin embargo, el respeto aparente a las formas constitucionales, unido a un cambio radical del espíritu de las instituciones, no deja de dar un espíritu paradójico a la actividad del órgano de revisión. Ello explica la propuesta de calificar como “fraude a la Constitución” esta deferencia exterior a los procedimientos constitucionales, cuando en realidad disimula una verdadera revolución. Por otro lado Burdeau dice que la revolución nace del deseo de establecer un orden nuevo:

nace en el momento en que, no encontrando la idea oficial de Derecho en la conciencia jurídica de los miembros de la colectividad, surge una nueva idea de derecho, servida por un poder actuante, cuyo fin es reemplazar las autoridades establecidas para introducir en la organización social los principios rectores de la idea cuya energía encarna. Una revolución es la sustitución de una idea de derecho por otra como idea motriz de la institución estatal.

El autor acepta que aunque no cabe pretender la inmutabilidad absoluta de la Constitución, sí es importante que para introducir los cambios necesarios se realicen según un procedimiento establecido; empero, este

⁹ Burdeau, Georges, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Madrid, Editora Nacional, 1980.

procedimiento no debe establecer obstáculos demasiado difíciles a las eventuales transformaciones de las concepciones políticas. “Cuanto mayor es la resistencia, mayor riesgo se corre de exasperar la voluntad de reforma, que hará la revolución, si no puede triunfar por vías legales”.

En la obra *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Burdeau analiza detalladamente los distintos sistemas, órganos y procedimientos de control de la constitucionalidad, tanto en el derecho constitucional comparado como en la historia del constitucionalismo francés, incluyendo la Constitución vigente, pero solamente respecto de leyes, reglamentos, tratados, etcétera, inconstitucionales, no así en lo que se refiere a reformas a la Constitución que pudieran pugnar con los principios fundamentales de la misma.

Karl Loewenstein.¹⁰ No ofrece una exposición sistemática de la cuestión, sino algunos planteamientos, comentarios y sugerencias sin que llegue a concretarlos en una tesis general. Él mismo se lamenta de que “la problemática de la reforma constitucional ha sufrido un sorprendente abandono en el campo, por otra parte tan trabajado, del derecho público”.

Al tratar la cuestión de los límites de la reforma constitucional, dice Loewenstein que “se trata de dilucidar si la Constitución está por encima del legislador constitucional, o a su disposición”. Considera que este problema esconde un conjunto de cuestiones extremadamente amplio, y que afecta además a los valores fundamentales de la democracia.

Bajo el epígrafe de los límites inmanentes a la reforma constitucional, el mencionado tratadista alemán formula sus consideraciones en torno al tema que nos ocupa. Empieza por plantear el problema en los siguientes términos: “¿Existen normas constitucionales anticonstitucionales cuya anticonstitucionalidad radique en el hecho de que el legislador constitucional haya sobrepasado los límites internos que le están impuestos por los valores fundamentales inmanentes a una Constitución?”

La respuesta a dicha pregunta la formula de la siguiente manera:

El Tribunal Constitucional Federal [se refiere naturalmente a la Constitución alemana de Bonn] se ha unido a la teoría iusnaturalista al haber reconocido una jerarquía o escala de valores en las normas constitucionales de la ley fundamental, y con ello unos límites inmanentes y no articulados impuestos a toda reforma constitucional. El ámbito en el que se suelen producir estos conflictos en torno al contenido ideológico fundamental de una

10 Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1983.

Constitución suelen ser, en la mayor parte de las veces, los posibles casos de aplicación de los derechos fundamentales. Construyendo un caso extremo, ¿sería anticonstitucional si el legislador constitucional hiciese una excepción formal del principio de igualdad preceptuado en el artículo 3º de la ley fundamental —insertando en dicho artículo un párrafo 4— al establecer que dicho principio no regiría para los pelirrojos? Si bien el autor no puede decidirse a prohibir radicalmente un quebrantamiento efectuado por la Constitución misma al permitir excepciones para situaciones jurídicas o supuestos de hecho determinados, una norma constitucional de este tipo estaría tan en contradicción con el principio de igualdad y contra los sentimientos de la abrumadora mayoría del pueblo —y, por descontado, de los pelirrojos—, que en este caso habría que hablar de una anticonstitucionalidad inherente de *prima facie*.

Más adelante el autor citado dice que

en el fondo, de lo que se trata es de si los derechos fundamentales —o, mejor, los derechos del hombre— son traídos consigo por el hombre con su nacimiento a la sociedad estatal, siendo pues inviolables e inalienables dado su carácter natural, o si por el contrario son otorgados por la sociedad estatal en virtud del orden de la comunidad, pudiendo ser, por lo tanto, limitados y determinados en el ámbito de su aplicación. Aquí está, evidentemente, el problema cardinal de los derechos fundamentales y de su inmunidad contra intervenciones constitucionales que sobrepasan la mera protección o garantía constitucional.

Después de hacer una serie de consideraciones sobre la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica, Loewenstein concluye esta parte de su estudio en los siguientes términos:

Esta diferenciación dentro del catálogo de los derechos fundamentales tiene una cierta semejanza con la doctrina establecida por los tribunales superiores alemanes afirmando la existencia de una jerarquía de las normas constitucionales, pero no debe ser entendida en el sentido de que se pudiese deducir de dicha jerarquía la anticonstitucionalidad de normas constitucionales. 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.

Loewenstein también analiza los límites inmanentes impuestos al legislador constitucional en la Constitución suiza, y se detiene en el examen de dos controversias constitucionales originadas por otras tantas reformas a la referida Constitución. Termina preguntándose nuevamente: “Aquí también desemboca la pregunta en la cuestión: ¿existen normas constitucionales anticonstitucionales?”. Al final presenta un resumen de las cuestiones estudiadas, en los siguientes términos:

A lo largo de la discusión, los constitucionalistas cristalizaron y destacaron una serie de límites inmanentes que se enfrentarían al *pouvoir constituant* del pueblo: la imposibilidad de hecho de ejecutar una reforma parcial, el poner en peligro la existencia nacional al reducir, por ejemplo, el potencial de defensa, la violación de la estructura de Estado de derecho, del orden fundamental democrático, de los derechos fundamentales, en especial si fuesen perjudicados el principio de igualdad y la dignidad humana, el orden fundamental federal. Todos estos “valores fundamentales” deben significar un límite impuesto a cualquier enmienda constitucional, y naturalmente también rige cuando la acción parte de las autoridades federales.

Como se ve, Loewenstein considera que no puede existir una competencia ilimitada del poder constituyente reformador y que en los casos examinados del constitucionalismo suizo las reformas fueron ilícitas, pero lamentablemente no explica bajo qué procedimiento se podría declarar la nulidad de dichas reformas.

*Manuel Martínez Sospedra.*¹¹ Señala que no todas las disposiciones de la Constitución escrita tienen la misma capacidad fundadora. Como es ésta la que justifica la supremacía de la Constitución, se sigue lógicamente que en cualquier código constitucional es posible encontrar normas de distintos grados de supremacía y, por ende, de diferente rango.

De ahí la necesidad de establecer la diferenciación entre Constitución en sentido propio y leyes de la Constitución, de tal modo que la primera vendría a estar integrada por aquellas disposiciones de la Constitución escrita que dibujan el horizonte utópico de Estado que toda Constitución encarna,

11 Martínez Sospedra, Manuel, *Derecho constitucional español*, Valencia, Fundación Universitaria San Pablo C.E.U., 1995.

aquellas otras que establecen las formas constitucionales de gobierno propias y típicas del ordenamiento por la ley fundamental establecido y, en su caso, por las disposiciones que señalan las fronteras de las políticas económicas y sociales compatibles con la ley fundamental, aquel conjunto de disposiciones del Código constitucional que determinan las “señas de identidad” del mismo. En contrapartida constituirían las segundas aquellas disposiciones de la Constitución escrita que o bien son mero desarrollo o concreción de las anteriores, o bien se hallan en el texto sin otra base que la voluntad del constituyente.

Tal diferenciación conlleva que las primeras tienen en el sistema una posición distinta a la segunda, una posición de primariedad y supremacía, en cuanto que aquéllas son el presupuesto de las segundas, pero también en cuanto que, dotadas de una mayor capacidad fundamentadora, ostentan en consecuencia una posición más alta en la jerarquía de las normas, se hallan dotadas de superfundamentalidad. En razón de ello las normas que integran la Constitución en sentido propio se constituyen en frontera del poder de reforma, de cuya esfera de competencia se hallan excluidas, operan asimismo como presupuesto hermenéutico respecto de las demás normas constitucionales y prevalecen sobre ellas en caso de conflicto.

Sentadas las anteriores bases, el autor citado desprende la siguiente conclusión: la Constitución es la norma de mayor jerarquía del sistema, es la cúspide del ordenamiento. En consecuencia, cualquier concurso de normas entre una o varias normas constitucionales y una o varias normas infraconstitucionales se resuelve en aplicación del principio jerárquico mediante la expulsión del ordenamiento de la norma no constitucional concursante.

Al referirse al problema de los límites del poder reformativo de la Constitución, escribe lo siguiente:

La cuestión clave de la reforma radica en determinar donde se sitúa la divisoria entre lo que propiamente es una adaptación al cambio, y con ello comporta la continuidad de la Constitución existente de un lado, y la operación de sustituir un texto constitucional por otro sustancialmente diferente del otro. Lo que supone plantear la diferencia entre la reforma propiamente dicha y la revisión total. Lo que, a su vez, es otro modo de plantear la cuestión de la identidad de la Constitución.

Como es bien sabido en nuestro caso el problema es solución relativamente sencilla, por tres razones: en primer lugar, porque el constituyente asumió como propia la doctrina de origen schmittiano que distingue en el texto constitucional entre Constitución en sentido propio y leyes de la

Constitución, determinando la primera la identidad que la ley fundamenta y las segundas al ámbito propio de la reforma; en segundo lugar, porque la propia Constitución se abre con un título preliminar en el que se comprenden los principios y líneas maestras de la ley fundamental, de tal modo que es bien sencillo determinar qué constituye ese bloque normativo que se identifica con la Constitución en sentido propio: las normas del título preliminar y aquellas del resto del texto que son su complemento indispensable; finalmente porque el propio título X sigue una técnica peculiar estableciendo un doble procedimiento de reforma, uno ordinario y otro agravado, diferenciados *ratione materiae*, de los cuales el segundo viene expresamente asimilado a la revisión total.

*Humberto Quiroga Lavié.*¹² *En su importante estudio comparativo* —sintético e integral— de todas las Constituciones latinoamericanas sobre la cuestión que nos ocupa, dicho autor sólo hace estas breves referencias. Bajo el subtítulo de “Cláusulas pétreas (o irreformables)”, escribe lo siguiente: “Muchos textos han optado por incluir este tipo de previsiones, cuyo efecto negativo consiste en limitar la potestad del poder constituyente del presente, estableciendo una perpetua tutela por parte del poder constituyente histórico; ello implica una incitación a la rebelión frente a la imposibilidad de reforma.” Más adelante Quiroga Lavié señala los países latinoamericanos en cuyas Constituciones existen cláusulas pétreas, a saber: Brasil, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras. Concluye esta parte de su estudio anotando que: “En la República Dominicana está dispuesto que ninguna autoridad podrá jamás suspender ni anular una reforma de la Constitución (artículo 120); de este modo, se presenta el dilema de qué hacer si la asamblea legislativa se excede de los puntos o se reforma una cláusula pétrea; frente a una norma de ese carácter ningún órgano se encuentra habilitado para remediar el exceso”.

Al tratar el tema de la jurisdicción constitucional, observa que en América Latina existen los tres sistemas de control de constitucionalidad clásicos: el control difuso, el control concentrado y el control legislativo, aun cuando existe una gran tendencia por incrementar el carácter mixto de los sistemas de control (coexistencia del sistema difuso y del concentrado). Sin embargo, todos estos controles se refieren a leyes, decretos, tratados, pero no propiamente a la posibilidad de anular una reforma a la Constitución, por considerarla inconstitucional.

12 Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho constitucional latinoamericano*, México, UNAM, 1991.

El mismo jurista argentino Humberto Quiroga Lavié, en otro de sus trabajos¹³ se refiere a la inconstitucionalidad de leyes. Bajo la pregunta “¿Cuáles son las acciones procesales que garantizan la supremacía de la Constitución?”, contesta en los siguientes términos: “En primer término, la declaración de inconstitucionalidad de todas aquellas normas o actos que sean incompatibles con la Constitución. Ello está dispuesto en el artículo 116 de la Constitución argentina y por la jurisprudencia de la Corte a partir del caso Elortondo” (F.33:184). El sistema argentino de control de constitucionalidad no deroga la norma inconstitucional, porque lo que se juzga es la aplicación en cada caso de la norma y no la norma misma. Se sigue así el modelo de control impuesto en Estados Unidos a partir del famoso caso *Marbury versus Madison*, y no el del control político de las Cortes Constitucionales europeas, que funcionan como una cámara legislativa de apelación, es decir, como un Poder Legislativo de carácter negativo, porque sólo deroga la norma inconstitucional, pero no crea nuevo derecho.

El sistema argentino de control es difuso, pues lo puede ejercer cualquier juez. En cambio, en Europa, donde los tribunales constitucionales son los únicos con competencia para invalidar el derecho inconstitucional, el sistema de control es concentrado. En la Argentina, para que se dé curso al reclamo de inconstitucionalidad debe encontrarse un derecho efectivamente vulnerado, se trate de un derecho individual o de incidencia colectiva (artículo 43), de lo contrario se estaría frente a una de las denominadas “cuestiones abstractas”.

Antonio Hernández Gil.¹⁴ El referido tratadista español, en sus comentarios al artículo 1.1 de la Constitución española, que proclama que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores en su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, sostiene que no puede ponerse en duda el carácter y el rango preferente como precepto constitucional del artículo 1.1, luego cabría declarar inconstitucional las normas legales contrarias al precepto y, en particular, las que vulneren el valor de la justicia.

13 Quiroga Lavié, Humberto, *Visita guiada a la Constitución nacional*, Buenos Aires, Editorial Zavalía, 1995.

14 Hernández Gil, Antonio, “Sistema de valores en la Constitución”, *La Constitución de la monarquía parlamentaria*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1983.

Hernández Gil explica que conforme a la Constitución, el derecho no es sólo un sistema de normas; es también indivisiblemente un sistema de valores, no porque todas las normas respondan a unos valores, sino porque la Constitución propugna unos valores superiores de su ordenamiento. Luego, para transitar por un sistema que no es meramente de normas, sino de valores, no basta la lógica formal. Los fines no quedan entregados a la política, a la libre elección de la política y al puro subjetivismo personal. Sistema abierto, movable, pero sistema que permite considerar el derecho a modo de una esperanza ética que conduzca hacia una sociedad más homogénea, en donde los hombres terminen por ser, individual y universalmente, efectivamente libres e iguales. Y esta esperanza emana de la Constitución.

En cuanto a la cuestión que nos interesa, se reduce a escribir lo siguiente:

García de Enterría, inspirándose en un sector de la doctrina alemana y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, admite como posibles, con base en el artículo 1.1, las normas constitucionales inconstitucionales, es decir, que dentro de la Constitución pueda haber una inconstitucionalidad. Este juicio interno de la inconstitucionalidad posible, proyectada sobre las propias normas constitucionales, presupone la existencia de unas normas de rango superior, definitorias de la esencia y de los fines de la Constitución, que permitan encontrar en ella normas que no representen la realización o encarnación de esa esencia y esos fines.

Lamentablemente el autor no desarrolla este punto ni señala si el Tribunal Constitucional español tendría competencia para declarar la invalidez de una norma inconstitucional inserta en el texto de la Constitución.

André Hauriou et al. En su obra *Derecho constitucional e instituciones políticas*¹⁵ no se plantea el problema de la inconstitucionalidad de reformas constitucionales. Solamente aborda el estudio de la inconstitucionalidad de leyes y de los órganos y sistemas de control de constitucionalidad en el derecho constitucional clásico y en los diversos sistemas jurídico-constitucionales modernos. Sin embargo, es interesante hacer referencia al comentario que se formula respecto a las limitaciones a la reforma constitucional en la Constitución española de 1978, por ser con-

15 Hauriou, Andre *et. al.*, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, Ariel, 1980, pp. 1064-1065.

trastante con el que formula Hernández Gil, que se ha mencionado arriba. En la obra citada, sobre este punto se dice lo siguiente:

En cuanto a su contenido no existe limitación alguna. La reforma puede ser ilimitada o total, sin que, en nuestra Constitución aparezcan las llamadas Cláusulas de intangibilidad. Todo puede ser reformado radicalmente, desde los mismos derechos humanos fundamentales hasta la Monarquía, la cual puede dejar paso a otra forma de Estado.

*J. Bidart Campos*¹⁶ realiza la siguiente reflexión:

¿Puede una reforma introducida a la Constitución ser atacada de inconstitucionalidad? A primera vista podría responderse negativamente; en efecto, radicando la noción de inconstitucionalidad en la contradicción entre una norma o un acto del poder constituyente, dos normas ubicadas en un mismo plano no podrían ser inconstitucionales entre sí. Sin embargo, si bien es exacto que en la inconstitucionalidad hay siempre una referencia a la idea de supremacía de la Constitución, que supone la subordinación a ella de las normas y actos inferiores, no es ése el aspecto central en el tópico del Poder Constituyente, y no lo es, porque tanto la Constitución como su reforma se colocan en el mismo ámbito constituyente —bien que la última con calidad derivada—, con lo que si el poder constituyente revisor tiene jerarquía constituyente, se ubica en el propio plano del texto a enmendarse, y parece algo extraño hablar de su invalidez o de su inconstitucionalidad. No obstante, a poco que se analice el tema, se comprenderá que una reforma constitucional puede ser inconstitucional, y ello por dos motivos, que aparecen sustentados en la opinión de Cueto Rúa: “es posible declarar judicialmente la inconstitucionalidad de cualquier reforma constitucional si para establecerla no se ha seguido el procedimiento establecido en la Constitución. Es posible declarar judicialmente la inconstitucionalidad de una reforma de la Constitución si el contenido de la reforma se halla prohibido para siempre por la misma Constitución que se pretende reformar”. O sea, que el defecto de forma en el proceso constituyente, y el defecto de fondo en la materia o contenido de la enmienda, afectan de inconstitucionalidad a la reforma. En el primer caso, la inconstitucionalidad deriva de no haberse provocado la revisión con sujeción a las normas preestablecidas para la habilitación válida de la instancia constituyente; en el segundo, de alterarse aspectos que han quedado sustraídos a toda ulterior modificación. A esta altura, si repasamos lo ya dicho acerca del poder constituyente originario y

16 Bidart Campos, J., *cit.* por Castro, Juventino V., “Las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, inédito, pp. 5 y 6.

derivado, podemos entender que aun cuando la reforma ejercite una función de la misma calidad constituyente que inviste la Constitución a reformar, lo hace en instancia derivada y no primigenia, de modo tal que ha de adecuarse a las prescripciones de la originaria o genuina, so pena de invalidez. De ahí que siempre y cada vez que las previsiones iniciales adoptadas por el primer poder constituyente sean vulneradas, cabrá hablar de inconstitucionalidad de la reforma. Para nosotros, hay inconstitucionalidad en el caso de enmiendas introducidas en violación al aspecto de forma o procesal que para su sanción ordena la Constitución; y la hay cuando la reforma afecta puntos sustraídos a ella, no solo en forma expresa y mediante prohibición, como sostiene Cueto Rua, sino también en forma implícita, como por ejemplo, cuando existen principios básicos que trasuntan propósito de permanencia, tal cual postula Linares Quintana.

IV. TESIS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO¹⁷

“PODER CONSTITUYENTE DE LA NACIÓN. En él radica la facultad suprema de modificar las leyes y las instituciones, sin más límites que las que fijan el interés nacional, la civilización y los derechos naturales del hombre (t. III, p. 586, amparo mixto en revisión, Fernández Ignacio, 28 de agosto de 1918, mayoría de 6 votos)”.

“CONSTITUCIÓN, TODAS SUS NORMAS TIENEN LA MISMA JERARQUÍA Y NINGUNA DE ELLAS PUEDE DECLARARSE INCONSTITUCIONAL. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución de la República todos sus preceptos son de igual jerarquía y ninguno de ellos prevalece sobre los demás, por lo que no puede aceptarse que alguna de sus normas no deban observarse por ser contrarias a lo dispuesto por otras. De ahí que ninguna de sus disposiciones pueda ser considerada inconstitucional. Por otro lado, la Constitución únicamente puede ser modificada o adicionada de acuerdo con los procedimientos que ella misma establece.”

(Tesis XXXIX/90, aprobada por el Tribunal en Pleno en Sesión privada celebrada el jueves diecisiete de mayo de mil novecientos noventa. Unanimidad de dieciocho votos, consultable en la página 17 de la Octava Época del *Semanario Judicial de la Federación*. Amparo en revisión 2083/88. Carlos Mejía Melgoza. 7 de febrero de 1990. Unanimidad de

17 Las referidas tesis aparecen reproducidas en la demanda de amparo promovido por Manuel Camacho Solís.

veinte votos. Amparo en revisión 8165/62. Salvador Piña Mendoza. 22 de marzo de 1972. Unanimidad de dieciséis votos).

“CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS ESTATUTOS NO PUEDEN SER CONTRADICTORIOS ENTRE SÍ. Las reformas a los artículos 49 y 131 de la Constitución efectuadas por el Congreso de la Unión, no adolecen de inconstitucionalidad, ya que jurídicamente la Carta Magna no tiene ni puede tener contradicciones, de tal manera que, siendo todos sus preceptos de igual jerarquía, ninguno de ellos prevalece sobre los demás; por lo que no se puede decir que algunos de sus estatutos no deban observarse por ser contrarios a lo dispuesto por otros. La Constitución es la norma fundamental que unifica y da validez a todas las demás normas que constituyen un orden jurídico determinado y conforme a su artículo 133, la Constitución no puede ser inconstitucional; es un postulado sin el cual no se podría hablar de orden jurídico positivo, porque es precisamente la Carta Fundamental la que unifica la pluralidad de normas que componen el derecho positivo de un Estado. Además, siendo “La Ley Suprema de toda la Unión”, únicamente puede ser modificada o adicionada de acuerdo con las disposiciones de la misma que en el derecho mexicano se contienen en el artículo 135 constitucional, y únicamente por conducto de un órgano especialmente calificado pueden realizarse las modificaciones o adiciones, y por exclusión, ningún otro medio de defensa legal como el juicio de amparo es apto para modificarla”.

(Consultable en el volumen 39, página 22 de la primera parte del Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época. Amparo en revisión 8165/62. Salvador Piña Mendoza. 22 de marzo de 1972. Unanimidad de 16 votos. Ponente Enrique Martínez Ulloa).

V. CONSIDERACIONES FINALES Y PROPOSICIONES

El alto sitio de la doctrina constitucional mexicana donde con justicia impera Tena Ramírez, parece que ha inhibido a los estudiosos para ocuparse del problema de la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales, o, en otros términos, de los límites del denominado Poder Constituyente Permanente. Sin embargo, parecería conveniente, a la luz de las nuevas circunstancias del país, reexaminar la tesis de Tena.

Como ya se señaló arriba, Tena atribuye al órgano revisor la plenitud de soberanía para reformar o adicionar en cualquiera de sus partes la Constitución mexicana. Y enfatiza que por vía de reforma o adición,

nada escapa a su competencia. No obstante, después de hacer tan categórica afirmación, en la que no explica por qué considera que dicho órgano está investido de soberanía plena, introduce una matización que más pudiera considerarse como una contradicción de su tesis, al sujetar la actuación del poder reformador a “aquellos principios que la conciencia histórica del país y de la época considera esenciales para que exista una Constitución”. ¿Y cuáles son —tendríamos que preguntarnos— esos principios esenciales? ¿No son, acaso, los relativos a los derechos fundamentales, a la división de poderes, al de la laicidad del Estado, al del sistema federal, al del juicio de amparo, al de la supremacía de la Constitución, al de la soberanía popular? ¿No son esos principios a los que Carl Schmitt denomina “decisiones políticas fundamentales” y que sustrae de la competencia del órgano reformador?

Y tendríamos que seguirnos preguntando también si esos principios esenciales de que habla Tena no se expresan acaso en normas de rango superior, de que hablan otros autores, que son definitorias de la esencia y de los fines de la Constitución.

Si don Felipe Tena hubiera pasado de la expresión abstracta de “principios esenciales”, como barreras infranqueables por el órgano reformador, y los hubiera traducido en las formulaciones concretas plasmadas en el texto constitucional, pienso que no sería una alteración abusiva de la tesis del insigne maestro el reformarla en el sentido —opuesto al que él sostiene— de que el Poder Constituyente Permanente sí tiene límites en su competencia y que estos límites están dados por los principios, valores y normas, que configuran la identidad de la Constitución y cuya alteración sustancial produciría la destrucción total o parcial de la Constitución.

El propio Tena, al considerar la reforma de 1983 al artículo 29 de la Constitución, que desalojó del texto el término “Consejo de Ministros”, preveía el riesgo de que la reforma en lugar de haber obedecido sólo a un intento perfeccionista del legislador constituyente, que “al fin y al cabo deja incólume el mandamiento primitivo”, se hubiera realizado con el propósito de “significar un cambio en el sistema”.

Ese cambio —dice Tena con contundencia— se traduciría, en el presente caso, en la cancelación de las precauciones contra la dictadura que instituyó por sí sola a pesar del anacronismo que se le atribuye, la destituida expresión de Consejo de Ministros. Tal consecuencia, a la que podría dar lugar la alteración necesaria de un texto respetable, socavaría en su base nuestra

ley suprema, al admitir que ella se negaría a sí misma si depositara en la voluntad sin trabas de un solo funcionario el poder de manejar dentro de su esfera los derechos fundamentales de las personas.¹⁸

No hay la menor duda de que —como se desprende del texto acabado de transcribir— don Felipe Tena sostiene que alteración de un “texto respetable, socavaría en su base nuestra ley suprema”, con lo cual “se negaría a sí misma”.

Lamentablemente, el insigne jurista no se cuestiona cuál sería la situación que se crearía si se actualizara la hipótesis que él temía, esto es, que mediante la reforma constitucional aludida se “socavara en su base nuestra ley suprema”. Pero, me temo que hubiera tenido que concluir que se trataba de una reforma constitucional inconstitucional, y que a falta de un órgano de control jurisdiccional de la Constitución en nuestro sistema judicial, se hubiera tenido que combatir mediante el juicio de amparo y a golpes de jurisprudencia.

No podemos coincidir tampoco con la tesis del distinguido maestro Elisur Arteaga Nava, que sostiene que el único límite del órgano reformador es de carácter político, es decir, de relaciones de poder, porque en un Estado de derecho todos los poderes constituidos —y el órgano reformador es uno de ellos, aunque de carácter extraordinario y supremo—, deben estar acotados jurídicamente. Por ello mismo, el órgano reformador debe estar sometido al control judicial, tanto en sus aspectos procesales como en los sustanciales de su actividad.

Consideramos que aunque el órgano reformador haya guardado las formas procesales, si destruye los valores y los principios sustanciales de la Constitución, estaremos ante la presencia de un fraude a la Constitución.

Los valores y los principios constitucionales se configuran principalmente como metas —norma o normas de segundo grado—, que indica cómo deben interpretarse y aplicarse las normas principales, entre ellas, las que reconocen derechos fundamentales o determinan la organización política de la nación.

De la mera lectura del texto constitucional se desprende que no todas sus normas son de igual valor, parecería casi evidente que existe una jerarquía de normas, con independencia de que se acepte o no la limitación de la competencia del órgano reformador. No se ve cómo se podría consi-

18 Tena Ramírez, *op. cit.*, 2a. ed., 1984, núm. 67 bis.

derar del mismo rango, por ejemplo, la garantía de audiencia consagrada en el artículo 14 constitucional con el requisito de tener veintidós cumplidos al día de la elección para ser diputado, que establece el artículo 55, fracción II. La primera norma no podría ser suprimida ni cambiada en su sustancia sin destruir al mismo tiempo el orden constitucional, lo que no sucedería con la segunda.

Las tesis de nuestra Suprema Corte de Justicia arriba citadas que sostienen que todas las normas de la Constitución tienen la misma jerarquía y nunca pueden ser contradictorias entre sí, obedecen a criterios de carácter formalista, positivista y voluntarista, que no se corresponden con las modernas tendencias del derecho constitucional. Siguen, en mi opinión, el mismo esquema hermenéutico que concluía que los derechos políticos reconocidos en nuestra Constitución no son derechos humanos por no encontrarse dentro del título de las garantías individuales. Con idéntico criterio se podría deducir que la atribución que el artículo 25 le otorga al Estado para ejercer la rectoría del desarrollo nacional, constituye una garantía individual porque el legislador —incorrectamente— lo incluyó en el título primero de la Constitución, que está dedicado a las garantías individuales.

Consideramos, por tanto, que sí es posible que por la vía reformativa se introduzca al texto constitucional una norma inconstitucional. Es decir, una norma derogatoria de los principios esenciales que le dan identidad a la Constitución.

Y que el órgano revisor de la Constitución o Poder Constituyente Permanente, previsto en el artículo 135 constitucional, carece de competencia para sustituir o destruir los valores fundamentales que le dan el ser a la Constitución, señaladamente aquellos que están cristalizados en los derechos humanos y en los principios que postulan que el pueblo es el depositario originario del poder público y el sistema democrático de organización política y social.

Parecería por ello congruente sostener que sí debe haber un control jurisdiccional sobre la constitucionalidad de la actividad del Poder Constituyente Permanente, tanto por lo que se refiere a la forma como al fondo de las reformas y adiciones.

En cuanto a lo que atañe a la forma y a la incompetencia del órgano (es decir, un órgano distinto del que prevé el artículo 135), la constitucionalidad de su actuación se encuentra ya tutelada por el juicio de amparo, naturalmente sin efectos *erga omnes*.

Por lo que se refiere al fondo, o sea, al contenido de la reforma o adición, me parece que el control de su constitucionalidad podría realizarse a través de los siguientes medios:

a) Mediante la procedencia de la acción de amparo a través de una nueva interpretación extensiva de la fracción I del artículo 103 de la Constitución, que dentro del término “leyes” comprendiera las reformas y adiciones constitucionales, y que el término “autoridad”, consecuentemente, incluyera al poder reformador, cuando esas reformas y adiciones vulneraran las normas fundamentales de la Constitución, o bien, la reforma de dicha disposición para el efecto de que explícitamente se le diera competencia al Poder Judicial Federal para conocer en materia de reformas constitucionales, que violen garantías individuales.

En el amparo en revisión del citado juicio de Camacho Solís, la Suprema Corte parece que asume este criterio cuando en uno de los considerandos de la sentencia dice 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.

No resulta claro, empero, si esta novísima tesis de la Suprema Corte sólo sería aplicable cuando el órgano reformador omitió las formalidades previstas en el artículo 135, o también en cuanto al contenido de la reforma.

Es encomiable, en cualquier caso, que la Suprema Corte sostenga los siguientes criterios en dicho amparo en revisión que sirvieron de sustento para revocar el auto del juez de distrito que desechó por “notoriamente improcedente” la demanda de garantías promovida por Manuel Camacho Solís, y que vale la pena reproducir textualmente:

En la legislación mexicana no existe disposición expresa que prohíba el ejercicio de la acción de amparo en contra del proceso de reformas a la Carta Magna.

Es innegable que los tribunales de la federación están facultados para intervenir en el conocimiento de cualquier problema relativo a la violación de derechos fundamentales;

La función primordial encomendada al Poder Judicial de la Federación por el artículo 103 constitucional es la de resolver controversias “por leyes o actos de la autoridad”:

Las entidades que intervienen en el proceso legislativo de una reforma constitucional, que en su conjunto integran el órgano revisor, son autoridades constituidas, en tanto que se ha determinado que tienen tal carácter las que dictan, promulgan, publican, ordenan, ejecutan o tratan de ejecutar la ley o el acto reclamado; y,

No obstante que el resultado del procedimiento reclamado, hubiere quedado elevado a la categoría de norma suprema; dicho procedimiento es impugnabile a través del juicio de amparo.

Las anteriores premisas evidencian plenamente que en el caso específico, no se surte el supuesto de notoria improcedencia en que el Juez de Distrito sustentó el desechamiento de la demanda de garantías promovida por Manuel Camacho Solís, razón por la cual procede revocar tal determinación y ordenar la devolución de los autores a dicho juzgador a efecto de que actuando con libertad de jurisdicción valore nuevamente el contenido de dicha demanda y, de no advertir alguna otra causal de notoria improcedencia la admita a trámite.

b) Otorgándole competencia explícita a la Suprema Corte de Justicia para conocer de acciones de inconstitucionalidad relativas a reformas y adiciones que adolecieran de este vicio —en cuanto al fondo y/o en cuanto a la forma—, para lo cual se requeriría obviamente la reforma consecuente de la fracción II del artículo 105 constitucional.

c) Por otro lado, parece también conveniente cambiar el sistema establecido para reformar la Constitución, de tal forma que le permitiera al pueblo una participación informada y directa en el proceso de reformas. Es decir, se trataría de actualizar y darle eficacia a la potestad soberana del pueblo reconocida en el artículo 39 de la Constitución. Para ello se tendría que modificar el órgano revisor de la Constitución y el procedimiento de revisión. La nueva organización de la función constituyente podría establecerse mediante la adopción de cualquiera de los siguientes mecanismos:

- La adición del artículo 135, como lo propone Burgoa y que se reprodujo arriba, y que en síntesis consistiría en someter a referéndum las reformas que afecten sustancialmente a la Constitución.
- La proposición formulada por Tena Ramírez desde la primera edición en 1944 de su obra clásica, y que consiste en conservar, por

lo que tiene de tradición y de experiencia, el sistema actual, es decir, el sistema que otorga la función revisora al Congreso de la Unión asociado con las legislaturas de los estados, pero dando intervención a dos Congresos sucesivos, el que examina la reforma y el que la aprueba, con objeto de que se permita auscultar la opinión pública a través de la elección de representantes para el Congreso y las legislaturas que van a aprobar la reforma.¹⁹

La adopción de cualquiera de estas dos fórmulas, o alguna otra similar, tendría la ventaja de eliminar el riesgo de reformas inconstitucionales, por cuanto el nuevo Poder reformativo sí estaría objetivamente investido de soberanía plena, en tanto que sería el propio pueblo, en ejercicio de la suprema potestad de la cual es el titular originario como lo proclama el artículo 39 constitucional, el que se pronunciaría sobre ellas.

Estas modestas reflexiones no intentan ser sino una invitación cordial al estudio y a la discusión de las cuestiones contenidas en este trabajo que —para usar las palabras convocantes de este simposio— le den un nuevo significado a la función reformadora de la Constitución.

19 Tena Ramírez, *op. cit.*, 13a. ed., 1975, p. 70.