

El Tribunal Constitucional y el control de la reforma constitucional*

Jorge Carpizo

*A Domingo García Belaunde,
ilustre fundador de la nueva escuela peruana
de derecho constitucional*

SUMARIO: I. El valor del tribunal constitucional. II. Poder constituyente y poderes constituidos. III. El tribunal constitucional y el órgano revisor de la Constitución. IV. El tribunal constitucional como órgano político. V. La interpretación constitucional. VI. Los límites de los órganos constituidos primarios. VII. Los controles del tribunal constitucional. VIII. ¿Puede el tribunal constitucional controlar una reforma constitucional aprobada en un referendo? IX. ¿Puede el tribunal constitucional controlar una reforma constitucional aprobada por el órgano revisor de la Constitución? X. Algunas reflexiones y propuestas.

I. El valor del Tribunal Constitucional

1. La existencia de la jurisdicción constitucional, que incluye tribunales o cortes especializados, incluso salas generalmente calificadas de constitucionales, a pesar de sus problemas y debilidades, es hasta nuestros días el mejor sistema que se ha creado para asegurar la supremacía de la ley fundamental como norma decidida por el poder constituyente, para impedir que los poderes constituidos rebasen la competencia y atribuciones que expresamente les señala la propia Constitución, y para la protección real de los derechos humanos. En una palabra, es la mejor defensa del orden constitucional.

Al respecto, se puede afirmar que a dicho sistema jurisdiccional le es también aplicable el pensamiento de Winston Churchill respecto a la democracia: nadie pretende que la democracia sea perfecta. Se sostiene que la democracia es la peor forma de

* Agradezco a mis colegas, a quienes menciono en orden alfabético, Astudillo, César; Carpizo, Enrique; Corzo, Edgar; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y García Belaunde, Domingo, las sugerencias y observaciones que realizaron a este ensayo. Los errores que puedan encontrarse en el mismo son responsabilidad exclusiva del autor. Asimismo, agradezco a la Sra. Isabel Cacho la transcripción del manuscrito, su dedicación y su habitual eficiencia.

gobierno; sí, pero a excepción de todas las demás que la historia ha conocido, debido a que resultaron peores. Es decir, la democracia es la menos mala de todas las formas de gobierno que el hombre ha construido.

2. El distinguido jurista inglés John-Anthony Jolowicz, en 1984, aseveró que al parecer el periodo histórico en el cual era necesario justificar la propia existencia de la revisión judicial de las leyes había finalizado, y que actualmente los esfuerzos deben dirigirse a fortalecer esa revisión en contra de sus enemigos —los gobiernos hostiles— y a mejorar su operación práctica.¹

Me parece que ahora los gobiernos hostiles a la jurisdicción constitucional son, cuando menos en los dichos, pocos. Por el contrario, de 1984 a nuestros días, más y más Constituciones incorporan la institución de tribunales y cortes constitucionales como pieza esencial del orden constitucional, de la defensa de la Constitución y de la protección de los derechos humanos, lo cual se comprueba con lo acontecido en los países de Europa del Este, América Latina e incluso en Asia y África.

No obstante, indispensable es reforzar y superar cuestiones que acontecen en su “operación práctica”, así como resolver antiguos problemas, que no representaban mayor importancia pero que actualmente sí la tienen, y algunos nuevos.

3. La jurisdicción constitucional se integra por el conjunto de garantías constitucionales que la propia Constitución establece para reintegrar “el orden fundamental infringido o violado por los órganos del poder”.²

En principio, el tribunal constitucional, sin importar la denominación que reciba, es el instrumento de la jurisdicción creado para conocer y decidir en última instancia sobre los conflictos de interpretación de la ley fundamental a través de las garantías constitucional-procesales. El tribunal goza de jerarquía superior respecto a los órganos constituidos secundarios y debe tener asegurada su independencia para que realmente defienda a la Constitución.³

¹ JOLOWICZ, John-Anthony, “Summary of Discussion”, en *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développements récents*, editado por Louis FAVOREU y J. A. JOLOWICZ, París y Aix-en-Provence, Economica y Presses Universitaires d' Aix-Marseille, 1986, p. 14.

² FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Las garantías constitucionales en el derecho mexicano”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Culiacán, Sinaloa, 1967, tomo II, núm. 3, p. 179. FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, México, Editorial Porrúa y UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 180, 192-197.

³ FAVOREU, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Editorial Ariel, 1994, p. 13, define al tribunal constitucional como “una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos”. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Ensayos sobre Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa y CNDH, 2004, p. 37, define al tribunal constitucional como el “órgano jurisdiccional de mayor jerarquía que posee la función esencial o exclusiva de establecer la interpretación final de las disposiciones de carácter fundamental”, definición que se encuentra dentro del

4. Los antecedentes de la existencia de normas jurídicas o principios con jerarquía superior a las demás normas del orden jurídico son muy antiguos. Desde los tiempos de Atenas se distinguió entre *nomoi* —algo parecido a las normas que actualmente denominamos constitucionales— y *psèphismata* —normas secundarias o decretos—, pasando por las concepciones medievales, la teoría francesa de la *heureuse impuissance* en el antiguo régimen, las ideas de Coke, la jerarquía de las normas en las colonias inglesas en América y una vez independizadas.⁴

Hamilton en *El Federalista* escribió una hermosa defensa de la supremacía constitucional y de la *judicial review*. Manifestó que:

La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los Tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.⁵

Este pensamiento fue magistralmente afinado por el juez Marshall en la célebre y muy conocida sentencia *Marbury versus Madison*.⁶

En América Latina el control de la constitucionalidad es, asimismo, muy antiguo. Entre los primeros ejemplos se pueden destacar: la Constitución de la provincia colombiana de Cundinamarca de 1811 estableció una vía de acción directa, abierta y pública de los ciudadanos en contra de todo acto jurídico que violara esa Ley Fundamental. Dicha acción se ejercía ante el Senado de Censura, que era un órgano político, no de naturaleza judicial.

La Constitución venezolana de 1858 creó la acción pública de inconstitucionalidad que tomó de la colombiana de 1811. La Suprema Corte venezolana poseyó com-

pensamiento de FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Tribunales constitucionales” en *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Editorial Porrúa y UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 3804.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro, *The judicial process in comparative perspective*, Oxford, Gran Bretaña, Clarendon Press-Oxford University Press, 1989, pp. 117-131.

⁵ HAMILTON, MADISON y JAY, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, LXXVIII, p. 332.

⁶ Véase NELSON, William E., *Marbury v. Madison. The Origins and Legacy of Judicial Review*, Lawrence, Kansas, University Press of Kansas, 2000, pp. 65-83.

petencia para anular normas legislativas de los congresos provinciales si contravenían la Constitución, facultad que fue extendida a toda la legislación nacional a partir de 1893.⁷ Los efectos de la sentencia eran *erga omnes*.

La Constitución colombiana de 1858, en su artículo 49, 7a., facultó a la Corte Suprema para decidir las controversias que se suscitaren entre los Estados, o entre éstos y la Confederación, señalándose expresamente los problemas de competencia. En el artículo 50 le otorgó la facultad de suspender las leyes locales o las de la Confederación si eran contrarias a la Constitución, dando cuenta de dicha suspensión al Senado, órgano que decidía en definitiva al respecto, y cuyas resoluciones también tenían efectos *erga omnes*.

En esta forma, el control concentrado de constitucionalidad nació en América Latina, aunque con particularidades propias.⁸

En Europa, con algunos antecedentes en el siglo XIX, como el caso del Tribunal del Imperio en Austria en 1867, no es sino hasta después de la Primera Guerra Mundial, y sin grandes resultados prácticos, que se aceptó la jurisdicción constitucional con un tribunal especializado en las Constituciones de Austria y Checoslovaquia de 1920 y, posteriormente, en la España republicana con la Constitución de 1931.

Ante los horrores cometidos durante la Segunda Guerra Mundial Europa reaccionó creando sistemas jurisdiccionales de control constitucional a través de un tribunal especializado. Este movimiento comenzó con el restablecimiento de la vigencia de la Constitución austriaca de 1929 y con las Constituciones de Italia de 1947 y Alemania de 1949. Hoy constituye una ola fuerte, vigorosa y saludable, lo que no significa la ausencia de problemas diversos, algunos de especial complejidad.

Se pueden suscribir las palabras de Eduardo García de Enterría en el sentido de que la jurisdicción constitucional (justicia en sentido más amplio) no es una panacea absoluta, porque “es ley humana que no existan panaceas, (pero) es el más eficaz de los instrumentos de integración política y social que las sociedades avanzadas conocen, según es experiencia común”.⁹

Jean Rivero considera que la existencia de un tribunal constitucional constituye en

⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Consideraciones sobre la Jurisdicción Constitucional en América y Europa”, en *Annuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, núm. 4, pp. 278-279. TOVAR TAMAYO, Orlando, *La jurisdicción constitucional*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1983, p. 87. HENAS HIDRÓN, Javier, *Panorama del Derecho Constitucional colombiano*, Bogotá, Editorial Temis, 1998, pp. 74-80.

⁸ RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos, *Constituciones de la Primera República Liberal: 1855-1885. Constituciones Federales*, Antioquía-Bolívar, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1985, tomo III, pp. 288-290. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *El derecho procesal constitucional en perspectiva*, México, Editorial Porrúa y Imdpc, 2008, pp. 153 y 154.

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, p. 196.

Europa una revolución en la defensa de los derechos humanos, ocurrida sólo en el lapso de unos cuarenta años. Destacó que cuando él estudiaba derecho dicha idea era completamente impensable y era ignorada por todos, era, a lo más, una especialidad americana como el *western* o la comedia musical; afirma que dicha revolución se ha completado y constituye en la actualidad uno de los elementos integrantes del derecho político común de Europa.¹⁰

5. En lo personal, comparto, tanto en el aspecto teórico como en el práctico,¹¹ las ideas expuestas en este ensayo por varios tratadistas. Soy un ferviente defensor de la jurisdicción y de la justicia constitucionales y de la existencia de tribunales constitucionales, sin desconocer los problemas que se presentan en la realidad.

Es decir, parafraseando a Jolowicz, hay que mejorar su operación práctica, discutir los antiguos y nuevos problemas en forma abierta para encontrarles solución, en virtud de que los problemas deben ser superados con la finalidad de fortalecer a la jurisdicción constitucional y, por ende, a los tribunales constitucionales.

Dentro del esquema señalado existe una cuestión muy importante para ser clarificada y que cada día se discute más en las asambleas constituyentes, tribunales constitucionales y en la academia, y que es la siguiente: ¿Está facultado un tribunal constitucional para revisar y controlar “la constitucionalidad” de una reforma constitucional aprobada por el órgano revisor de la Constitución o confirmada a través de un referendo? En caso de que lo pueda realizar, ¿es tanto respecto al procedimiento como al aspecto material o de fondo?

Si se considera que un tribunal constitucional no posee dicha facultad, ¿cuáles son los argumentos que fundamentan dicha consideración?

¿Tiene el tribunal constitucional algún o algunos límites?

¿Cuándo las Constituciones, aún pocas, expresamente conceden al tribunal constitucional esa facultad, ya sea en el aspecto formal, material o en ambos?, ¿es correcto desde la perspectiva de una teoría constitucional democrática? o ¿pueden presentarse problemas que más que fortalecer el Estado constitucional y democrático de derecho, lo debiliten?

Para aproximarme a encontrar respuestas, aunque sean provisionales, es necesario

¹⁰ Citado por FAVOREU, Louis, *op. cit.*, nota 3, p. 149.

¹¹ CARPIZO, Jorge, “Algunas reflexiones sobre el poder judicial federal y sobre las relaciones internacionales de México”, en *Legislación y Jurisprudencia*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, año II, volumen II, 1982, pp. 561-566, y en *El Derecho, la Universidad, la Diplomacia y el Arte*, México, Editorial Porrúa y UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 137-140. CARPIZO, Jorge y FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente”, en *op. cit.* nota 1, pp. 140-145. CARPIZO, Jorge, *Temas constitucionales*, México, Editorial Porrúa y UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 181-222.

reparar algunos principios y conceptos constitucionales, precisar otros y contemplar sus alcances. Es lo que me propongo realizar en las páginas siguientes.

II. Poder constituyente y poderes constituidos

1. El titular del poder constituyente es el mismo titular de la soberanía. En este sentido, poder constituyente, soberanía y pueblo son términos intercambiables. Esta es la base, principio y fin de cualquier teoría o planteamiento democrático.

El poder constituyente se ejerce en función inmediata de la soberanía que reside en el pueblo, el cual no puede desprenderse de esta potestad, dado que la soberanía es al pueblo lo que la libertad al hombre.¹²

2. La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos la desarrolló el abate Sieyès en Francia y Alejandro Hamilton en Estados Unidos.

Sieyès distinguió con toda claridad entre poder constituyente y poderes constituidos. En un importante documento, presentado al Comité Constitucional de la Asamblea Francesa, en julio de 1789, afirmó que:

Una constitución supone ante todo un poder constituyente. Los poderes comprendidos en el establecimiento público están todos sometidos a leyes, reglas, formas, que ellos no son dueños de cambiar...

Así como no han podido constituirse por sí mismos, tampoco pueden cambiar su constitución: del mismo modo, los unos nada pueden sobre la constitución de los otros. El poder constituyente lo puede todo en esta materia. De ninguna manera está sometido de antemano a una constitución dada. La nación, que ejerce entonces el más grande, el más importante de sus poderes, debe hallarse en esta función, libre de toda sujeción, y de toda otra forma que aquella que le plazca adoptar...¹³

El constitucionalismo moderno se basa, entre otros aspectos, en la diferencia entre poder constituyente y poderes constituidos.

Mientras el poder constituyente es un poder de origen, poder que se encuentra en sí, los poderes constituidos derivan de la Constitución.

Mientras que el poder constituyente es el poder creador de todo el orden jurídico, los constituidos son creados por el propio poder constituyente en la Constitución.

Mientras que el poder constituyente, en principio, es un poder jurídicamente ilimitado, los constituidos se encuentran completamente limitados, ya que no pueden actuar más allá de la competencia que les señala la Constitución. Hoy en día el poder

¹² CUEVA, Mario de la, *Apuntes de derecho constitucional*, México, edición mimeográfica, 1965, p. 35. HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, p. 306.

¹³ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Los derechos del hombre en la Revolución Francesa*, México, UNAM, 1956, p. 21.

constituyente habrá de respetar el derecho internacional de los derechos humanos, a menos que decida quedar aislado de los países civilizados.

Mientras que la función del poder constituyente se concreta en darse una Constitución y, en su caso, reformarla a través de referendos, los poderes constituidos poseen múltiples funciones.¹⁴

En consecuencia, un poder constituido tiene límites y siempre debe ser controlado. Es, al final de cuentas, la médula del pensamiento de Montesquieu: que el poder detenga al poder para que florezca la libertad, que ningún hombre o corporación monopolice las funciones de algún otro órgano del poder.¹⁵

3. Los poderes constituidos, creados por la Constitución, son: el poder revisor de la misma y el tribunal constitucional, donde ellos existan; los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y los órganos constitucionales autónomos.

No obstante, ellos no tienen la misma jerarquía constitucional; unos son jerárquicamente superiores a los otros. Podemos, entonces, referirnos a órganos o poderes constituidos primarios y a órganos o poderes constituidos secundarios. Todos son constituidos porque se crean en la Constitución, pero los primarios gozan de jerarquía superior respecto a los secundarios o, si se quiere, se puede expresar esta idea diciendo que los primarios tienen una competencia constitucional superior a los secundarios, debido a la naturaleza de sus funciones.

Los primarios son el órgano revisor de la Constitución y el tribunal constitucional, donde existen, aunque la Constitución denomine a este último órgano constitucional autónomo. La denominación es lo de menos; lo esencial es, reitero, la naturaleza de la función.

Los secundarios son los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y los órganos constitucionales autónomos.

El órgano revisor de la Constitución es jerárquicamente superior o goza de esa competencia superior a los órganos o poderes secundarios, en virtud de que puede alterar la estructura, integración y funciones de los segundos, e incluso los puede crear como en el caso de los órganos constitucionales autónomos. Al contrario, estos últimos no poseen ninguna facultad respecto al órgano revisor de la Constitución. Aclaro, aunque el poder revisor se integre por órganos o poderes secundarios, su naturaleza y funciones son diversas de aquéllos. Además, cierto es que los órganos secundarios intervienen en diversos aspectos de los primarios. Este es un asunto de los controles y de los pesos y contrapesos que deben existir entre todos los órganos del poder, tema del cual me ocupó con posterioridad.

¹⁴ CARPIZO, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, Editorial Porrúa y UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 573.

¹⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, *De l'esprit des lois, Oeuvres Complètes*, París, Gallimard, 1949, tomo II, pp. 396 y 397.

El tribunal constitucional es jerárquicamente superior o goza de esa competencia superior a los poderes u órganos secundarios debido a que es quien controla la constitucionalidad de sus normas y actos. Si no gozara de jerarquía superior, el tribunal constitucional no podría revisar, declarar inválidos o anular los actos de los órganos secundarios.

Entre los órganos secundarios no existe jerarquía alguna. En caso de aparente conflicto, hay que cuestionarse a cuál de ellos la Constitución atribuye esa competencia, y quien resuelve en última instancia es el tribunal constitucional. En consecuencia, las cuestiones conflictivas entre los órganos o poderes constituidos secundarios son asuntos de competencia.

Ahora bien, los órganos o poderes constituidos primarios, tal y como los secundarios, son poderes constituidos, por tanto limitados, cuyas funciones se encuentran señaladas y demarcadas en la propia Constitución. No puede existir poder constituido ilimitado, porque entonces se actualiza la oración que, entre otros, Lord Acton ha expresado con todo acierto: el poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe totalmente.

Las propias Constituciones en algunos casos y la teoría constitucional señalan expresamente límites al órgano revisor de la Constitución. A ello me referiré más adelante.

Empero, poco se han estudiado los límites del tribunal constitucional por diversas razones como son las cronológicas, que cuando comenzó la *nueva ola* de creación de dichos órganos en la segunda posguerra mundial, las críticas fueron acérrimas y fuertes y hubo que defenderlos con argumentos, y, por el contrario, a que existió en algunos sectores jurídicos y políticos una especie de enamoramiento con esa idea como una panacea para que no se repitieran los horrores de los regímenes nacionalsocialistas y fascistas que desataron dicha conflagración.

Sin embargo, se han venido exponiendo algunas preocupaciones al respecto, como en el caso de Mauro Cappelletti, quien precisó que la idea central de un sistema democrático de gobierno son los “checks and balances”, que un poder jamás puede ser ilimitado y que, incluso, el poder controlador no debe ser irresponsable y encontrarse libre de control, que es la respuesta moderna a la famosa pregunta de Juvenal sobre quién vigila al vigilante.¹⁶

Riccardo Guastini expresa una preocupación similar, al preguntarse si los contrapesos del poder judicial (extensibles a la Corte Constitucional) se encuentran únicamente en el interior de sí mismo.¹⁷

A los límites del tribunal constitucional también dedico algunas reflexiones.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro, *op. cit.*, nota 4, p. 113.

¹⁷ GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara y UNAM, 2001, pp. 80 y 81.

4. Ahora bien, me pregunto si ¿entre el órgano revisor de la Constitución y el tribunal constitucional existe una relación de jerarquía o una de competencia?, ¿si alguno de ellos prima sobre el otro? En otras palabras, ¿es el órgano revisor de la Constitución jerárquicamente superior al tribunal constitucional, o viceversa?

Una Constitución puede resolver esta cuestión: si acepta *expresamente* que el tribunal constitucional puede revisar la obra del órgano revisor, entonces el primero prima sobre el segundo, en virtud de que la Constitución lo señala expresamente como su último contralor, incluso sobre el otro órgano constituido de carácter primario.

Si la Constitución es omisa al respecto, entonces la pregunta debe ser contestada con los instrumentos de la Teoría de la Constitución.

Si el problema no es de jerarquía sino de competencia, no resulta asunto fácil delimitar, sin lugar a dudas, dicha competencia.

La Constitución puede facultar al tribunal constitucional para revisar la constitucionalidad de la reforma constitucional en el aspecto procedimental o también en relación con el contenido o materia de la misma. Hasta ahora son pocas las Constituciones que señalan dicha competencia al tribunal, en especial en este segundo supuesto. Indicaré algunas de ellas en el lugar correspondiente.

En dichos supuestos hay que preguntarse si es una atribución adecuada o si puede traer consigo problemas constitucionales o políticos cuya resolución desborde al propio orden constitucional con resultados de hecho que incluso quiebren el sistema constitucional vigente.

Adelanto que todo problema debe resolverse dentro de los cauces jurídicos, más aún los de carácter constitucional, que son los que pueden afectar directamente a la sociedad en su conjunto. Es posible lograr que todo fenómeno político se desarrolle con normalidad dentro de los márgenes constitucionales. A esa finalidad contribuye un buen diseño de ingeniería constitucional, en el cual resulta útil la claridad en los conceptos.

III. El Tribunal Constitucional y el órgano revisor de la Constitución

1. Voy a contrastar las características esenciales del tribunal constitucional y del órgano revisor de la Constitución.

Mientras el tribunal posee un carácter permanente y su actuación es constante, el órgano revisor se manifiesta sólo en determinadas ocasiones, aunque en un país pueda ser con más frecuencia que en otros.

Mientras *la función primordial* del tribunal es la defensa de la Constitución, controlando la constitucionalidad de normas y actos de los poderes constituidos secundarios, así como sus conflictos, su decisión debe desprenderse de una interpretación

correcta o adecuada de la Constitución; en cambio, la función del órgano revisor es actualizar la propia obra del poder constituyente, alterando, reformando o adicionando a la Constitución, creando algo nuevo aunque no tenga antecedentes en ese orden jurídico. Desde luego, alterar, reformar o adicionar es algo completamente diverso de sustituir o destruir. La importancia de esta función resalta en las diversas denominaciones que ha recibido, aunque sean erróneas por no corresponder a su naturaleza de poder constituido, tales como poder constituyente permanente y poder constituyente constituido (*pouvoir constituant institué*).

Mientras las decisiones del tribunal constitucional habrán de ser argumentadas como en cualquier otra sentencia y deben respetar el desarrollo lógico de aquélla, el órgano de revisión no necesita, ni lo realiza, argumentar la reforma como si se tratara de una sentencia, aunque generalmente se exponen las razones de la misma en los debates legislativos y existe una exposición de motivos. Diferente es la argumentación judicial de la de una exposición de motivos. La primera es esencialmente de carácter jurídico, la segunda, de conveniencia política.

Mientras el tribunal no puede alterar ningún aspecto concerniente al órgano revisor, éste puede modificar desde la estructura, competencias e integración del tribunal, así como el procedimiento de elección de sus miembros.

Mientras el tribunal es el órgano encargado *fundamentalmente* para controlar las normas y actos de los poderes constituidos y dirimir las controversias entre ellos, el órgano revisor decide qué permanece y qué se altera en la propia Constitución para adaptarla a una realidad sociopolítica cambiante, aunque su labor tiene que estar subordinada a la Ley Fundamental.

2. Al tribunal constitucional suele calificársele de guardián o custodio de la Constitución, su intérprete último y el gran defensor de los derechos humanos. Indudablemente que es todo ello y es precisamente por ello que juega un papel primordial en cualquier sistema democrático y en la preservación de las libertades. Aclaro, parto del supuesto que se acepta plenamente la competencia del tribunal constitucional para controlar la constitucionalidad de leyes y actos, y dirimir las controversias entre los poderes. Es decir, es un asunto que no discuto.

3. No obstante, no es posible dejar a un lado precisiones necesarias a esas calificaciones.

El tribunal constitucional no es el único guardián de la Constitución. Lo son también:

a) la sociedad, que debe sentirla como suya y como algo de importancia, y debe estar dispuesta a defenderla a través de sus organizaciones, e incluso con la desobediencia civil,

b) el órgano revisor de la Constitución, que la debe mantener actualizada, sin sustituirla o destruirla,

c) los órganos constituidos secundarios, que deben actuar de conformidad a ella y ejerciendo sus facultades para custodiarla. Una de las razones que el poder ejecutivo puede tener para vetar un proyecto de ley es si lo considera inconstitucional,

d) en situaciones límites lo son el jefe del Estado y el ejército.

4. En estrecha relación con lo expuesto en el anterior párrafo, y *dependiendo de cada Constitución y sistema de gobierno*, el tribunal constitucional no siempre es la última instancia de interpretación o decisión constitucionales. Aún en *la mayoría* de las Constituciones, el tribunal constitucional no es competente para conocer una serie de situaciones. Enuncio algunos ejemplos:

a) El juicio político de responsabilidad,

b) las resoluciones de los tribunales electorales cuando son inatacables,

c) los estados de emergencia, de excepción o de sitio,

d) la declaración de guerra,

e) la protección de la forma federal en las entidades o provincias,

f) las resoluciones de los Consejos de la Judicatura,

g) las resoluciones sobre los límites territoriales entre las entidades o provincias,

h) las recomendaciones de los *ombudsmen*.

5. Muy cierto es que los tribunales constitucionales son grandes defensores y protectores de los derechos humanos. Esta es una de sus grandes virtudes. Así ha sido especialmente en Estados Unidos y en la Alemania e Italia de la segunda posguerra mundial. Así debe ser en todos los países y es una de las razones para su creación.

Empero, de acuerdo con una serie de circunstancias en muchos países, grandes defensores de los derechos humanos también lo son:

a) los poderes constituyentes, al aprobar nuevas Constituciones e incluir amplias declaraciones de derechos humanos y las garantías procesales para su protección,

b) los órganos de revisión de la Constitución, al ampliar o precisar aquéllos,

c) los órganos ejecutivos y legislativos, al ratificar tratados, convenios o pactos internacionales de derechos humanos, o al aceptar la jurisdicción regional o internacional de cortes o tribunales internacionales de derechos humanos,

d) los *ombudsmen*,

e) las organizaciones no-gubernamentales de derechos humanos.

Desde luego, en los dos últimos supuestos, por su propia naturaleza, sus actuaciones no son vinculantes.

Sin embargo, los tribunales constitucionales se encuentran en una situación privilegiada para defender y proteger los derechos humanos de las arbitrariedades y violaciones que existen incluso en los gobiernos y sociedades de los países más civilizados, ni qué decir de los nuestros de América Latina, y de la gran mayoría de África y Asia.

IV. El Tribunal Constitucional como órgano político

1. Las facultades del tribunal constitucional son señaladas expresamente por la Constitución; éstas son de naturaleza política.¹⁸ Las más frecuentes son:

a) Controlar la constitucionalidad de las normas generales, sin importar el poder constituido secundario que las expida; se examina si éstas son compatibles con la Constitución, y si el tribunal considera que no lo son, anula dicha norma general con efectos *erga omnes*. El tribunal no juzga un caso individual, sino que realiza una función lógica-abstracta cuyo resultado puede ser la anulación de la norma examinada. Por esta razón, Hans Kelsen declaró expresamente que en estos casos el tribunal es realmente un legislador negativo.

b) Controlar la constitucionalidad de los tratados internacionales que pasan a ser parte del orden jurídico interno.

c) Controlar la constitucionalidad de los actos administrativos y ejecutivos.

d) Controlar la constitucionalidad de sentencias definitivas.

e) Interpretar la Constitución estableciendo sus propios parámetros interpretativos con lo cual señala el marco jurídico y político de la propia actuación de las autoridades, construyendo juicios de valor que, sin duda alguna, implican decisiones políticas, lo cual queda claro especialmente en la protección de los derechos humanos.

f) Resolver conflictos constitucionales y políticos entre los órganos o poderes secundarios.

g) Adoptar definiciones políticas y sociales que impactan en la sociedad en temas tales como el aborto, la eutanasia y el principio de no-discriminación.

h) Declarar la inconstitucionalidad de los partidos políticos.

Además, en algunas Constituciones se le suelen atribuir funciones de la más diversa naturaleza, como son:

i) La vigilancia de las elecciones y el conocimiento de los recursos sobre esta materia.

j) La valoración sobre la admisibilidad de las solicitudes de referendo.

k) El análisis constitucional de los *projectos* de leyes y tratados internacionales; es decir, constituye un control previo o preventivo.

l) En algunas ocasiones, la intervención en el proceso de juicio político, emitiendo

¹⁸ VIGO, Rodolfo Luis, "Directivas de la interpretación constitucional", en *Interpretación Constitucional*, Eduardo FERRER MAC-GREGOR (coordinador), México, Editorial Porrúa UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, tomo II, pp. 1350-1353. Peter HÄBERLE se refiere al tribunal constitucional como un tribunal social; es decir, como el tribunal de toda la sociedad, véase, *El Tribunal Constitucional como Tribunal Ciudadano. El recurso constitucional de Amparo*, Querétaro, Qro., FUNDAp, 2005, pp. 67-72.

una opinión, instruyendo la acusación, garantizando la correcta aplicación del procedimiento, e incluso, como órgano juzgador.

m) La verificación de la existencia de causas de impedimento temporal o definitivo del jefe del Estado.

n) En algunos casos, incluso, se le faculta para emitir opiniones en relación con las medidas de emergencia, la constatación de la muerte o la incapacidad de los candidatos a la presidencia de la República, la comprobación de las circunstancias de la disolución presidencial del parlamento, el pronunciamiento sobre las candidaturas al cargo de presidente y la decisión sobre la extradición de ciudadanos extranjeros.¹⁹

Fácil, entonces, es constatar que la labor del tribunal constitucional constituye por esencia una función política, enmarcada dentro de la Constitución, que se actualiza a través de la jurisdicción y con técnicas, metodologías y parámetros jurídicos, sin desconocer los aspectos valorativos y axiológicos en su interpretación.

Entonces, la pregunta se impone: ¿cuáles son los límites y la responsabilidad del tribunal constitucional?, ¿puede en una democracia²⁰ existir un poder ilimitado e irresponsable?, ¿es posible que un órgano del Estado acumule tantas y tan delicadas funciones sin que exista control alguno y sin que tenga que rendir cuentas de cómo ha ejercido esas funciones?

2. Por la especial trascendencia del tribunal constitucional hay dos temas muy importantes: el perfil del magistrado constitucional y el procedimiento para su elección o designación. De este último me he ocupado en otras ocasiones.²¹

En unas cuantas oraciones aludo al primero de ellos.

En muchas ocasiones esos magistrados no son especialistas en cuestiones consti-

¹⁹ PEGORARO, Lucio, "Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución", en *Pensamiento Constitucional*, Lima, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Graduados, 1999, p. 227.

²⁰ CARPIZO, Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 100. Defino a la democracia como "el sistema en el cual los gobernantes son electos periódicamente por los electores; el poder se encuentra distribuido entre varios órganos con competencias propias y con equilibrios y controles entre ellos, así como responsabilidades señaladas en la Constitución con el objeto de asegurar los derechos fundamentales que la propia Constitución reconoce directa o indirectamente". Al respecto véanse LIJPHART, Arend, *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*, Barcelona, España, Ariel Ciencia Política, 2000, p. 13. KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, México, Editora Nacional, 1980, pp. 30 y 31, 35, 45. BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 14, 15, 29-31 y 136. SARTORI, Giovanni, *Teoría de la democracia*, Madrid, Alianza Universidad, 1988, t. I: El debate contemporáneo, pp. 98, 259 y 260. SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica y UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 136-139.

²¹ CARPIZO, Jorge, *Temas constitucionales*, *op. cit.*, nota 11, pp. 188-191. CARPIZO, Jorge, *Concepto de democracia...*, *op. cit.*, nota 20, pp. 142-144. Véase FAVOREU, Louis, *op. cit.*, nota 3, pp. 29 y 30.

tucionales ni juristas preparados, sino que lograron su nombramiento en la negociación política entre los partidos políticos.

Los magistrados constitucionales no necesitan ser héroes ni sabios, pero sí es necesario que comprendan la especial importancia de su función para que, en la medida en que sea humanamente posible, se coloquen por encima de intereses políticos, de partido, económicos, sociales y religiosos. Su única brújula y estrella polar debe ser la Constitución; habrán de ser muy cuidadosos para evitar ser recusados, lo cual lesiona el prestigio del propio Tribunal y el suyo propio, más si la recusación se dirige a varios magistrados alegándose parcialidad política o problemas de honestidad.

El cargo de magistrado no debe servir para realizar clientelismo judicial o político. Hasta donde sea posible debe ser un cargo terminal, con una buena jubilación, para dedicarse con posterioridad exclusivamente a actividades honoríficas, de beneficio social, académicas o culturales.

En el perfil del magistrado constitucional deben reunirse condiciones de imparcialidad y especialidad, personales y humanas, que implican valores como la capacidad para trabajar en equipo, independencia, creer en la justicia, eficacia, sabiduría, valentía, moderación, humildad intelectual, honestidad y vocación pluralista.²² Hans Kelsen hace énfasis en que una parte de los magistrados del tribunal constitucional debe integrarse con especialistas, o sea con juristas eminentes.²³

En una buena parte, los tribunales constitucionales más exitosos, prestigiados e influyentes son los que han contado con magistrados de calidad que satisfacen las características que una persona debe reunir para ocupar tan alto cargo.

De la calidad de los magistrados constitucionales se puede decir lo mismo que ya expresó Tocqueville respecto a los de la Corte Suprema de Estados Unidos:

En manos de los siete jueces federales descansan incesantemente la paz, la prosperidad y la existencia misma de la Unión. Sin ellos, la constitución es letra muerta...

Los jueces federales no deben (*los justices*), pues, solamente ser buenos ciudadanos, hombres instruidos y probos, cualidades necesarias a todos los magistrados, es preciso encontrar en ellos a verdaderos hombres de Estado; es necesario que sepan discernir el espíritu de su tiempo, afrontar los obstáculos que se pueden vencer, y apartarse de la corriente cuando el oleaje amenaza arrebatar junto con ellos la soberanía de la Unión y la obediencia debida a sus leyes.

El presidente puede fallar sin que el Estado sufra, porque el presidente no tiene sino un poder limitado. El Congreso puede errar sin que la Unión perezca, porque por encima

²² LANDA, César, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Lima, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pp. 367-371.

²³ KELSEN, Hans, "La Garantía Jurisdiccional de la Constitución", en *Anuario Jurídico*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, tomo I, p. 493.

del Congreso reside el cuerpo electoral que está facultado a cambiar su espíritu al cambiar sus miembros.

Pero si la Corte Suprema llegara alguna vez a estar compuesta de hombres imprudentes o corrompidos, la confederación tendría que temer a la anarquía o a la guerra civil...

Ahora bien, mientras más necesario es que un poder sea fuerte, es más preciso darle extensión e independencia. Cuanto más extenso e independiente es un poder, más peligroso es el abuso que se puede hacer de él. El origen del mal no está en la constitución de ese poder, sino en la constitución misma del Estado que necesita la existencia de tal poder.²⁴

V. La interpretación constitucional

1. El tribunal constitucional realiza y cumple con sus importantes y delicadas funciones primordialmente a través de un instrumento de cuerdas finísimas: la interpretación.

Para la mejor comprensión del tema de la interpretación constitucional se le puede clasificar en diversas categorías.²⁵ Me interesa en este ensayo aludir únicamente a una de ellas: puede ser de carácter restrictivo o literal, o amplio, axiológico o valorativo.

Desde 1971 me pronuncié por una interpretación constitucional de naturaleza finalista o axiológica. Textualmente afirmé que “la finalidad última de la interpretación constitucional debe ser proteger y defender lo más valioso que existe para cualquier hombre: su libertad y dignidad”.²⁶

2. Los desarrollos jurisprudenciales y académicos que este tema ha tenido en las últimas décadas, principalmente en la última mitad del siglo XX, son asombrosos y revolucionarios,²⁷ aunque no dejan de presentar problemas y críticas. Me voy a refe-

²⁴ TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, pp. 147 y 148.

²⁵ CARPIZO, Jorge, “La interpretación constitucional en México”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, año IV, núm. 12, 1971, pp. 386-402.

²⁶ *Ibidem*, p. 385.

²⁷ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coordinador), *Interpretación constitucional*, dos tomos, México, Editorial Porrúa y UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, tomo I, 730 pp., y tomo II, 731-1428 pp. FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano”, en *Revista Jurídica Veracruzana*, Xalapa, Órgano del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz, 1970, núm. 4, pp. 9, 15-16 y 28. Los estudios de José Juan MORESO, “Conflictos entre principios constitucionales” y de Luis Prieto SANCHÍS, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Editorial Trotta y UNAM, 2003, 286 pp. MORBIDELLI, G., “Introduzione al diritto e all’interpretazione”, en MORBIDELLI, G., PEGORARO, L., REPOSO, A., VOLPI, M., *Diritto costituzionale italiano y comparato*, Bolonia, Monduzzi Editore, 1995, pp. 34-40. CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM y CNDH, 2004, pp. 122-132. CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *La interpretación constitucional*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas y CNDH, 1996, pp. 191-205.

rir únicamente a algunos de los métodos y técnicas actuales de la interpretación constitucional.

Puedo decir que se considera que la Constitución se integra con una serie de valores y principios de los cuales es posible extraer principios y normas implícitas, por tanto no expresas, que son importantes para normar diversos aspectos jurídicos, políticos y sociales.²⁸

La anterior visión, expresada por la jurisprudencia y por la academia, presenta los matices más variados y diversos. Considero, con una de esas visiones, que la interpretación valorativa debe apoyarse en la teoría general del Derecho para desentrañar la resolución justa, adecuada o certera, que no implica aspectos morales sino nace de la obligación de una resolución jurídicamente correcta. La interpretación no debe alejarse del universo jurídico, convirtiendo al derecho constitucional en filosofía del derecho. “Buscar la llamada justicia material es un propósito plausible. Hacerlo con olvido e incluso menosprecio de las formas jurídicas es un despropósito que acaba siempre pagándose muy caro”.²⁹

La interpretación valorativa se fundamenta en facultades constitucionales que se atribuyen al tribunal constitucional; hay que enlazar la propia Constitución con un método o métodos adecuados —que son de naturaleza jurídica— con la finalidad de alcanzar resultados coherentes que se desprenden de los contenidos constitucionales que están dirigidos hacia finalidades específicas que *con anterioridad* el poder constituyente inscribió en la Constitución, las cuales la singularizan y le otorgan su identidad en cuanto orden valioso en sí mismo,³⁰ pero sin ignorar que el tribunal constitucional no es poder constituyente ni poder revisor de la Constitución.

Así pues, los tribunales constitucionales trabajan con principios y conceptos constitucionales indeterminados de valor y, a veces, dichos principios y conceptos no son explícitos pero son susceptibles de ser extraídos de otros que sí lo son.³¹

²⁸ GUASTINI, Riccardo, *op. cit.*, nota 17, p. 159.

²⁹ ARAGÓN REYES, Manuel, “La justicia constitucional en el siglo XX. Balance y perspectivas en el umbral del siglo XXI”, en *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, 1998, p. 199. Del mismo autor, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 86-101. ASTUDILLO, César, *Del control formal al control material de la reforma constitucional. Un análisis desde el modelo de Constitución actual*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, memoria de investigación, p. 106. Véase GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, edición de Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR, Madrid, Editorial Trotta y UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 33-36.

³⁰ Véase ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 137-144. ASTUDILLO, César, *op. cit.*, nota 29, p. 111.

³¹ Véanse GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *op. cit.*, nota 9, p. 230. ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, nota 30, pp. 116-126.

3. En ocasiones, los derechos, los principios e incluso los valores pueden entrar en conflicto entre sí. Entonces, el tribunal constitucional establece una jerarquía axiológica entre ellos, con lo cual unos primarán sobre los otros, unos se aplicarán y otros “se harán a un lado”. Dicha jerarquía es “móvil”, lo cual expresa que es posible que en diferente caso concreto se proceda en forma diversa con esos derechos, principios o valores.³² A dicha técnica se le denomina *ponderación*.

4. Otra técnica que diversos tribunales constitucionales han creado y utilizan es la del principio de razonabilidad, basado en el principio de igualdad y no discriminación, del cual han derivado el principio de que los casos iguales deben ser tratados de la misma forma o manera, y los casos diversos, en forma o manera diferente.

Así, lo que hay que esclarecer es qué casos son iguales de aquellos que no lo son; es decir, qué distinciones son razonables y cuáles no y, por tanto, son discriminatorias.

Las distinciones o clasificaciones establecidas por el legislador deben ser *razonables*, o sea, deben ser buenos argumentos o justificaciones. Por este camino, “según el principio de razonabilidad, una distinción es justificada cuando está justificada”, lo cual implica un juicio de valor. Entonces, el tribunal constitucional revisa discrecionalmente las determinaciones discrecionales del legislador.³³

5. Entre los diversos métodos y técnicas de la interpretación constitucional, me refiero únicamente a uno más, que utilizan varios tribunales constitucionales, el principio de proporcionalidad, cuyas características son: la relación que existe entre la decisión y su finalidad, o sea la relación medio fin; la idoneidad y la necesidad de la disposición obedecen en gran parte a las circunstancias en que se ha tomado, por lo cual puede verse influenciada por el transcurso del tiempo y por los hechos; la disposición objeto de control no necesita ser la más proporcionada posible, sino únicamente que no sea desproporcionada; es decir, lo que se prohíbe es que la norma o acto sea excesivo, y se refiere a las medidas restrictivas de los poderes públicos.

González Beilfuss otorga una caracterización del principio de proporcionalidad,

³² GUASTINI, Riccardo, *op. cit.*, nota 17, pp. 182 y 183. MORESO, José Juan, “Conflictos entre principios constitucionales” en *Neoconstitucionalismo (s)*, *op. cit.*, nota 27, pp. 100-110. ALEXY, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en la misma obra de *Neoconstitucionalismo (s)*, pp. 32-37.

³³ GUASTINI, Riccardo, *op. cit.*, nota 17, pp. 53 y 54. Véanse los interesantes ensayos, principalmente las páginas mencionadas, incluidos en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, *op. cit.*, notas 18 y 27, tomo I: CANOSA USERA, Raúl, “Interpretación constitucional y voluntad democrática”, pp. 243-259. CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “Algunos aspectos sobresalientes de la interpretación judicial constitucional”, pp. 307-314. COMANDUCCI, Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución”, pp. 485-491. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “La interpretación constitucional como problema”, pp. 615-621. HÄBERLE, Peter, “Métodos y principios de la interpretación constitucional”, pp. 687-700.

que él mismo califica de insuficiente pero que es clara y adecuada para las finalidades que persigo en este inciso; afirma que:

el principio de proporcionalidad constituye un parámetro de control relacional y relativo, en que necesariamente tienen entrada elementos fácticos y temporales, que es aplicable a cualquier actuación de los poderes públicos que incida negativamente en un bien jurídico constitucional susceptible de restricción, y que tiene un contenido básicamente negativo, en el sentido de prohibir los regímenes jurídicos que no guarden una mínima relación de proporcionalidad respecto a la finalidad perseguida por los mismos.³⁴

El principio de proporcionalidad persigue proveer soluciones para resolver adecuadamente los conflictos entre los derechos fundamentales y el interés general, a través de un razonamiento que contrasta intereses jurídicos opuestos para poder determinar si una medida restrictiva está justificada o es adecuada —no excesiva— respecto al fin que se persigue.³⁵

6. No cabe duda alguna que la cuestión de la interpretación constitucional se ha colocado como uno de los grandes temas de la Teoría constitucional por las consecuencias que lleva consigo. Está íntimamente ligada a cuestiones de la más alta importancia constitucional: el principio de supremacía constitucional, la defensa de los derechos humanos, los pesos y contrapesos entre los poderes, los límites constitucionales de éstos, la justicia y la jurisdicción constitucionales, el control constitucional de leyes y actos de autoridad, la rigidez de la norma constitucional y las funciones del tribunal constitucional.

Como asenté párrafos atrás, desde 1971 me pronuncié por una interpretación constitucional de índole finalista o axiológica, misma que continúo defendiendo y más con los argumentos y desarrollos que se han presentado en las últimas décadas.

No obstante, hay que ser muy cuidadosos: el tribunal constitucional, reitero, no puede usurpar las funciones del poder constituyente ni del órgano revisor de la Constitución. En consecuencia, no debe crear normas ni principios que no sean susceptibles de reconducirse a la Ley Fundamental, pero sí puede deducir principios implícitos de los expresamente asentados, tales como dignidad humana, libertad, igualdad, seguridad jurídica, justicia social, Estado de bienestar, etcétera.

Asimismo, el tribunal no puede desconocer y necesita equilibrar su interpretación de los principios con otras finalidades que cualquier orden jurídico persigue: la certeza y la seguridad jurídica, y jamás desconocer que es un órgano político, que conoce de

³⁴ GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Thomson, Aranzadi, 2003, pp. 98-109; la definición se encuentra en p. 101.

³⁵ BERNAL PULIDO, Carlos, “El principio de proporcionalidad en el control de las medidas estatales ambientales de efecto equivalente en el derecho comunitario europeo”, en *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, núm. 9, 2000, pp. 110 y 112.

asuntos políticos, pero que es un *tribunal*, y que como tribunal únicamente puede resolver con metodología y técnicas jurídicas.

Tampoco puede ignorar el contexto social y político en que se encuentra. No es lo mismo un país democráticamente consolidado que uno que se encuentra en transición democrática. No es lo mismo un país políticamente estable y socialmente equilibrado que uno con divisiones y diferencias políticas y sociales muy profundas.

Más allá de los límites que el tribunal tiene como cualquier órgano de poder, resulta muy importante que sepa autolimitarse, es decir, el *self-restraint*; que el activismo judicial no sea desbordado, que aplique con prudencia las técnicas de la interpretación constitucional, que jamás pretenda usurpar funciones que la Constitución atribuye a otros órganos, que siempre tenga presente que está interpretando la Constitución, no creando una filosofía o moral constitucionales. En otras palabras, que tenga muy presente el criterio de Otto Bachof respecto al tribunal alemán: “La Corte ha necesitado conquistar su actual posición con mucho trabajo y contra muchas resistencias. Que lo haya logrado radica, y no es la menor de las razones, en que con sabia autolimitación haya entendido correctamente cómo trazar las fronteras entre derecho y política”.³⁶ Suscribo totalmente este pensamiento de Bachof.

VI. Los límites de los órganos constituidos primarios

1. Como ya asenté, todo poder constituido tiene y debe tener límites. El único poder, en principio, jurídicamente ilimitado es el poder constituyente, e incluso éste, si persigue construir una Constitución democrática, no puede desconocer ni infringir el derecho internacional de los derechos humanos. Todo poder constituido debe ser susceptible de ser controlado para que se aseguren las libertades de las personas.

Ahora me refiero a los límites del órgano revisor de la Constitución, tema que la doctrina ha explorado con profundidad aunque no existe unanimidad al respecto.

Después examino los límites del tribunal constitucional.

2. De lo expresado en este ensayo resalta que el órgano revisor de la Constitución está subordinado a quien lo creó -el poder constituyente- y a su expresión de voluntad plasmada en la Constitución como un conjunto de normas.

En consecuencia, el órgano revisor de la Constitución tiene límites que se derivan de la propia Constitución. Estos pueden contemplarse desde varios ángulos. El más

³⁶ BACHOF, Otto, “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, año XIX, núm. 57, 1986, p. 844.

importante y el que me interesa resaltar para el propósito de este ensayo es el que los divide en límites expresos e implícitos.³⁷

Los límites expresos son aquellos principios que la propia Constitución señala, sin ambigüedad alguna, en forma explícita y directa, que son intocables, que no se pueden reformar ni alterar. A estas normas suele denominárseles cláusulas pétreas, intangibles o de intangibilidad. La razón de su existencia responde a factores históricos o a que el poder constituyente decidió subrayar cuáles son los principios fundamentales, materiales, esenciales o supremos, como se les quiera denominar, sobre los que descansa todo el orden constitucional. El hecho de que se les mencione no significa que sólo ellos tengan ese carácter, en virtud de que de ellos o de diversos preceptos constitucionales se derivan necesariamente otros: son las cláusulas o principios implícitos.

Cláusulas pétreas ya se localizan en la Constitución noruega de 1814, al señalar que las modificaciones constitucionales jamás deberán contravenir los principios de la Constitución. En Francia, en 1884, se estableció que estaba prohibida la modificación de la forma republicana de gobierno.³⁸ En América Latina nuestro constitucionalismo, tanto en el siglo XIX como en el XX, conoció la existencia de cláusulas de intangibilidad, pero es con las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial que esta corriente se consolida. Resulta común citar que el artículo 139 de la Constitución italiana protege la forma republicana de gobierno de cualquier alteración; caso idéntico acontece con la Constitución francesa de 1958. El artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Alemania señala que es inadmisibles toda modificación que afecte la distribución territorial de la Federación en Estados, la cooperación de éstos en la legislación, o los principios consignados en los artículos 1 y 20 que se refieren a la dignidad del pueblo y de la persona, la inviolabilidad e inalienabilidad de sus derechos, el principio de la aplicación inmediata de los derechos fundamentales, la estructura federal, el Estado democrático y social, el reconocimiento de que todo poder público dimana del pueblo y el dogma de la división de poderes. El artículo 288 de la Constitución de Portugal parece interminable en su propósito de petrificar los principios fundamentales.

Resulta lógico desde el ángulo jurídico que un poder constituido, como el órgano revisor de la Constitución, no pueda tocar ni alterar las normas de intangibilidad, debido a que entonces estaría desconociendo al poder constituyente y usurpando facultades que no le han sido atribuidas sino, al contrario, expresamente prohibidas.

³⁷ Véanse CARBONELL, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, Editorial Porrúa y UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 243-244. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1964, pp. 188-195. VANOSSI, Jorge Reinaldo A., *Teoría Constitucional. Teoría Constituyente*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, vol. I, 1975, pp. 186-194.

³⁸ MIRANDA, Jorge, "Le contrôle et les limites de la révision de la Constitution", en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Aix-en-Provence, Economica, 2004, XX, p. 450.

Héctor Fix-Zamudio, al referirse a las cláusulas pétreas, expresa con razón que en consecuencia, las generaciones futuras estarían impedidas de modificar esas normas; entonces, la Constitución escrita resultaría intangible, lo cual no deja de ser ilusorio.³⁹

En el pensamiento de Fix-Zamudio, Biscaretti di Ruffia y García Belaunde se encuentra la idea francesa, manifestada en el artículo 28 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793 en el sentido de que las generaciones pasadas y presentes no pueden encadenar a las futuras. Textualmente dicho artículo especificó: “Un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su constitución. Una generación no puede imponer sus leyes a las generaciones futuras”.

Las anteriores nociones no son antagónicas, sino implican dos planos diversos: el poder revisor de la Constitución no puede jurídicamente reformar ni alterar el contenido de una cláusula pétrea, porque estaría destruyendo la Constitución que lo creó; quien sí lo puede hacer es el poder constituyente. No obstante, las cláusulas pétreas pueden ser superadas más allá de cualquier frontera jurídica, y no necesariamente en forma violenta o revolucionaria, sino pactada por las diversas fuerzas sociales y políticas, y que el nuevo proyecto de Constitución se someta a la consideración del pueblo a través de un referendo.⁴⁰ Los ejemplos históricos recientes son numerosos. Empero, insisto, el órgano revisor de la Constitución no puede alterar la cláusula pétrea.

Jorge Miranda señala que el órgano revisor de la Constitución tampoco puede desconocer el derecho internacional convencional sin exponer al país a sanciones, pero especialmente el derecho comunitario -se refiere al de la Unión Europea-, debido a que es un límite tal que infringirlo constantemente puede incluso plantear la posibilidad de la expulsión del país de dicha Unión.⁴¹

3. El órgano revisor de la Constitución tiene como función reformar, adicionar y actualizar, no sustituir o destruir, la Constitución. Si lo hiciera estaría ocupando el papel del poder constituyente soberano. Como bien lo expresa Pedro de Vega, los principios y valores legitimadores de todo el ordenamiento constitucional:

tendrán por fuerza que configurarse como zonas exentas al poder de revisión, y adquirir, por tanto, el indudable carácter de límites materiales implícitos a toda operación de reforma. Proceder de otra manera, y otorgar al poder de reforma... la facultad de modificar totalmente el ordenamiento conduce a consagrar un despropósito que si, jurídicamente, repugna a la lógica global del Estado constitucional, políticamente representa una decla-

³⁹ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*, México, Editorial Porrúa y UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 51. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 550-560. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *op. cit.*, nota 8, p. 267.

⁴⁰ CARPIZO, Jorge, *Estudios constitucionales*, *op. cit.*, nota 14, p. 574. SÁCHICA, Luis Carlos, *Esquema para una teoría del poder constituyente*, Bogotá, Editorial Temis, 1978, pp. 39 y 40.

⁴¹ MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, nota 38, p. 445.

ración vacía, inaplicable y sin sentido... es claro que cualquier intento de modificación de los valores básicos que componen la fórmula política, a través del mecanismo de la reforma, implicaría no la simple sustitución de unos artículos por otros, sino la creación de un régimen político diferente y el establecimiento de un nuevo sistema constitucional... Cuando no se admite ningún tipo de límites a la reforma, es evidente que el neutralismo axiológico y el indiferentismo ideológico que subyacentemente acompañan al concepto de Constitución, permiten considerar como legalmente válida cualquier operación de revisión, con tal de que se cumplan los trámites formalmente establecidos. Incluso el cambio de régimen político, y la destrucción de la Constitución material existente, podrían presentarse como fenómenos deducibles del ejercicio más estricto de legalidad.⁴²

Luego, el problema es conocer cuáles son esos principios, valores y materias que individualizan y fundamentan todo el orden constitucional y que el órgano revisor no puede tocar. Se puede sostener que los límites implícitos son aquellos a los cuales la Constitución no se refiere de manera expresa, pero que pueden inferirse de su núcleo legitimador, básicamente de los principios y valores que la construyen y la sostienen.

En otras palabras, al documento que estructura los órganos de poder, los organiza y señala sus competencias se le suele llamar Constitución. Es algo así como comprobar que toda persona posee una constitución física, pero una Constitución democrática implica necesariamente el establecimiento de una serie de principios y valores para ser tal, como la noción de soberanía popular, el reconocimiento y protección real de los derechos humanos y la división de poderes.

De la noción de democracia se desprenden otros principios tales como: el sufragio universal; elecciones periódicas, libres, objetivas y equitativas; el control del poder; laicismo; responsabilidad de los funcionarios y transparencia en la función pública.

Ahora bien, cada poder constituyente incorpora a la Constitución material principios que le son esenciales y que son fruto de su historia y de su devenir y realidad políticas, como pueden ser el sistema federal, la separación Estado-iglesias o el principio de no-reelección del titular del poder ejecutivo.

Para conocerse y comprenderse a uno mismo como persona auxilia contemplar a las demás. Así, para conocer y comprender cuales otros principios suelen integrar la Constitución material de una democracia, aunque no se encuentren en forma expresa, es útil repasar aquellos que sí enumeran expresamente otras Constituciones como la alemana y la portuguesa, cuyas cláusulas pétreas incluyen abundantes principios o valores fundamentales, para contemplar si éstos lo son también en un determinado orden jurídico de acuerdo con su evolución político-constitucional.

⁴² VEGA, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 285 y 293. Véase SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1961, pp. 30 y 31.

Ahora bien, lo que el poder revisor no puede cambiar es la idea, el principio, sí la forma o modalidades del mismo. Por ejemplo: en lugar de la división de poderes no puede implantar la concentración de poderes; sí puede redistribuir funciones entre los poderes para su mejor funcionamiento o crear órganos autónomos. No puede suprimir la idea de la representación, pero sí cambiar el número de diputados de representación proporcional. No puede suprimir un sistema federal por uno central, pero sí alterar las atribuciones entre el gobierno central y los locales.⁴³ Lo que el poder revisor no puede tocar es el principio o valor fundamental, su forma sí.

El problema de los límites implícitos es, por una parte, de carácter valorativo, pero por la otra es algo tangible, ya que existe un entramado de principios que se debe respetar para construir y preservar un Estado democrático y constitucional de Derecho, o dicho Estado no es tal.

En este apartado podría examinar dos temas del mayor interés pero que rebasan las finalidades del ensayo. El primero: ¿puede el órgano revisor de la Constitución modificar o alterar el procedimiento de reforma constitucional creado en la propia Constitución por el poder constituyente?⁴⁴

El segundo: ¿qué tan saludable o peligroso resulta para la estabilidad de un sistema constitucional, la existencia de un procedimiento de reforma constitucional rígido en extremo?

4. El tribunal constitucional obviamente también tiene límites y son los mismos que hemos señalado para el órgano revisor:

a) Su competencia es primordialmente la interpretación de la Constitución, su defensa y el control de la constitucionalidad de leyes y actos. Entonces, no puede ir más allá de las funciones que expresamente le señala la propia Constitución y usurpar atribuciones del poder constituyente o de los poderes constituidos. Como poder constituido tiene límites.

b) Respeto a las cláusulas pétreas contenidas en la Constitución.

c) Acatamiento a la Constitución material, o sea a los principios y valores fundamentales que individualizan a la Ley Fundamental, aunque no estén expresamente señalados. Una de las funciones esenciales del tribunal es cuidar la obediencia a dichos principios.

⁴³ CARPIZO, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, Editorial Porrúa y UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 268 y 269. Véase VEGA, Pedro de, *op. cit.*, nota 42, pp. 170-173, 220-221 y 236-237. SCHMITT, Carl, *op. cit.*, nota 42, pp. 119-131.

⁴⁴ Véanse ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pp. 76-83. Del mismo autor, "Sobre la autorreferencia y un difícil problema de derecho constitucional", *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, pp. 47-81. VANOSSI, Jorge Reinaldo A., *op. cit.*, nota 37, pp. 236-245. CARBONELL, Miguel, *op. cit.*, nota 37, pp. 248 y 249. MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, nota 38, pp. 453 y 455. VEGA, Pedro de, *op. cit.*, nota 42, pp. 277 y 281-283.

Pareciera que no es probable que un tribunal constitucional desconozca esos límites, en virtud de que su esencia es la defensa jurisdiccional de la Constitución, y es el primero que debe respetarla. Sin embargo, en la realidad, diversos tribunales constitucionales han protagonizado enfrentamientos políticos en un afán de aumentar su poder, o el tribunal se compromete en un activismo judicial galopante y desenfrenado que puede llegar a atropellar sus propios límites constitucionales.

En fin, la historia política nos enseña lo peligroso que es un poder ilimitado, se trate de la naturaleza que sea y sin importar quien sea.

VII. Los controles del Tribunal Constitucional

1. El tribunal constitucional, como órgano constituido, tiene límites pero también como órgano del poder participa de los equilibrios y de los pesos y contrapesos que existen entre los propios órganos del poder para que ninguno abuse de éste.

Guastini afirma que si el poder jurisdiccional es un poder político, entonces se presenta el problema, nuevo en el constitucionalismo, de inventar técnicas constitucionales idóneas para la protección de los derechos de libertad frente al poder judicial.⁴⁵ El poder judicial en cuanto tal no es un poder político. El caso del tribunal constitucional, por su propia naturaleza y sin importar la nomenclatura que reciba, es diverso tal y como he argumentado y es un órgano que se encuentra fuera de la órbita del poder judicial y en posición jerárquica superior a aquél.

César Landa se pregunta: ¿quién controla al tribunal constitucional? Y apunta el peligro de que ese tribunal, en lugar de convertirse en la autoconciencia de la Ley Fundamental, se transforme en la conciencia arbitraria de la Constitución, o en un órgano dependiente del gobierno en turno.⁴⁶

Es la propia Constitución la que debe establecer el delicado sistema de los *checks and balances*, uno de los aspectos esenciales del constitucionalismo moderno, aunque también existen controles metaconstitucionales. Comienzo examinando estos últimos.

2. a) El tribunal constitucional tiene un primer control en la justicia supranacional, si el país ha aceptado la competencia jurisdiccional de algún tribunal supranacional como la Corte Europea de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas jurisdicciones nacen de sendas convenciones y contra toda violación de un derecho humano reconocido en las respectivas declaraciones y convenciones, y siempre y cuando se hayan agotado las instancias internas. Cada uno de esos

⁴⁵ GUASTINI, Riccardo, *op. cit.*, nota 17, p. 246.

⁴⁶ LANDA, César, *op. cit.*, nota 22, pp. 233 y 234. Véase BREWER CARÍAS, Allan R. “Modelos de revisión constitucional en América Latina”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Caracas, 2004, núm. 141, pp. 153-156. Este artículo realiza un amplio e interesante panorama de la cuestión de la reforma constitucional en América Latina, pp. 115-156.

sistemas de justicia supranacional tiene sus propias peculiaridades.⁴⁷ Ciertamente dicho control es de manera indirecta en virtud de que la responsabilidad es del Estado, no del tribunal.

b) El segundo control es el de la opinión pública y el de la especializada.

El tribunal constitucional está expuesto a la crítica de los medios de comunicación, al debate público sobre sus resoluciones y al conocimiento de los votos particulares de los magistrados disidentes por parte de la sociedad.

Cada día las actuaciones y resoluciones de los tribunales constitucionales están más abiertas al escrutinio público. En México, algunas de sus sesiones son televisadas.

Las críticas del medio jurídico, tanto de los académicos como de los litigantes y sus organizaciones, juegan un papel importante, debido a que el magistrado constitucional estará inclinado a preservar su prestigio dentro del gremio.⁴⁸

Difícil resulta que los poderes políticos, los partidos políticos, las organizaciones sociales y la sociedad en general acepten pacíficamente resoluciones del tribunal en las que exista la percepción de que su fundamento no es la Constitución ni su defensa, sino que están basadas únicamente en preferencias políticas, ideológicas o religiosas, o en los prejuicios o proyectos personales de los magistrados.

Desde luego que este control no es de perfiles diáfanos; adquiere aspectos diversos de acuerdo con cada país, y cambia conforme a los tiempos, pero no puede desconocerse la importancia que puede llegar a adquirir.

3. Los controles que derivan de la propia Constitución, generalmente, son:

a) El órgano de revisión de la Constitución puede modificar la Constitución para superar una sentencia del tribunal constitucional que considere que está más allá del marco de la Ley Fundamental, o que la interpretación que ha realizado el tribunal no es acorde con aquélla.

Lo anterior ha acontecido en diversos países y en varias épocas. En un país como Estados Unidos, cuya Constitución ha sufrido pocas reformas, en cuatro ocasiones la

⁴⁷ Véanse *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y Documentos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, s/f, 339 pp. BUERGENTHAL, Thomas, "Implementation in the Interamerican Human Rights System", en *International Enforcement of Human Rights*, BERNHARDT, F. y JOLOWICS, J. A., (eds.), Berlín-Heidelberg, Springer Verlag, 1987, p. 69. NIETO NAVIA, Rafael, *Introducción al sistema interamericano de los derechos humanos*, Bogotá, Editorial Temis e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993, pp. 56-74. BERGER, Vincent, *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, París, Sirey, Dalloz, 2004, 818 pp. CLEMENTS, Luke, MOLE Nuala, SIMMONS, Alan, *European Human Rights. Taking a Case under the Convention*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, 383 pp. BIAVATI, Paolo, "L'efficacia diretta delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo", en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Eduardo FERRER MAC GREGOR y Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas et al., tomo IX, 2008, 699-709 pp.

⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro, *op. cit.*, nota 4, pp. 82-84 y 110-111.

finalidad de ésta persiguió precisamente la superación de una sentencia de su tribunal constitucional.⁴⁹ La última vez que esta situación ocurrió fue en 1971 con la enmienda XXVI para sobrepasar la resolución *Oregon vs. Mitchell*, del año anterior, en la cual el tribunal consideró que el Congreso no tenía la facultad de fijar la edad de los votantes en las elecciones de las entidades federativas. Dicha enmienda estableció la edad de 18 años tanto para los electores federales como para los locales, y facultó al Congreso para legislar al respecto.

En México, en noviembre de 2007, se reformó la Constitución para facultar expresamente al Tribunal Electoral de carácter nacional para resolver la no aplicación de leyes sobre materia electoral contrarias a la Constitución. Con dicha reforma se superó el criterio del tribunal constitucional mexicano en el sentido de que el tribunal electoral carecía de competencia para interpretar la Constitución y desaplicar normas que considerara contrarias a aquélla.⁵⁰

b) El órgano revisor de la Constitución puede modificar la estructura del tribunal constitucional, el número de sus magistrados, incluso la competencia del órgano jurisdiccional.

Famoso es el enfrentamiento del presidente Roosevelt con la Corte Suprema americana que declaró inconstitucional muchas de las medidas sociales contenidas en el programa del *New Deal*. Roosevelt, entonces, propuso el establecimiento de excepciones a la jurisdicción del tribunal, el aumento del número de magistrados a quince y la jubilación obligatoria a los setenta años. Este proyecto lo rechazó el senado, pero ayudó, aunado a otras circunstancias, a que el tribunal cediera y comenzara a cambiar la orientación de sus sentencias en marzo de 1937.⁵¹

Este control puede degenerar como aconteció en la Argentina de Carlos Menem que logró el incremento del número de magistrados de la Corte Suprema, pudo colocar a incondicionales y obtuvo que ese alto tribunal lo respaldara en muchas de sus medidas anticonstitucionales.

c) Me refiero a continuación a dos controles en manos de órgano constituido secundario. El primero es el juicio de responsabilidad política, en el cual el magistrado es responsable por las violaciones que la Constitución señala y que generalmente se expresan en forma amplia y vaga, en donde cabe la interpretación política. El proce-

⁴⁹ TRIBE, Lawrence H., *American Constitutional Law*, Mineola, Nueva York, The Foundation Press, 1978, pp. 50 y 51. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *op. cit.*, nota 9, pp. 201 y 202.

⁵⁰ ASTUDILLO, César, “La guerra de las cortes”, *Nexos*, México, 2008, vol. XXX, núm. 366, pp. 58-60.

⁵¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *op. cit.*, nota 9, pp. 168-170. BLACK, JR., Charles L., *The People and the Court. Judicial Review in a Democracy*, Nueva York, The Macmillan Co., 1960, pp. 56-68. PRITCHETT, Herman C., *Congress versus the Supreme Court: 1957-1960*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1961, pp. 8-10.

dimiento generalmente consiste en que una cámara legislativa acusa y la otra juzga. No es un procedimiento frecuente, pero su sola existencia constituye una advertencia y una prevención útiles. Por desgracia, también se le ha utilizado en forma errónea para subordinar o castigar la actitud independiente de magistrados no gratos al poder político como aconteció en Perú, en la década de los noventa, con la destitución de tres magistrados del tribunal constitucional, en razón de una sentencia discutible, pero sin que existiera infracción constitucional tipificada, y por el hecho de haber ejercido el control difuso en contra de la ley que permitía la reelección constitucional, supuesto en el cual dicho control no procede en ese país.

El segundo control se refiere a que generalmente la designación de los magistrados del tribunal constitucional se encuentra en manos de los órganos políticos. En consecuencia, es un nombramiento de índole política en el cual intervienen motivaciones partidistas e ideológicas. Por tanto, las comparecencias, antes del probable nombramiento, desempeñan una importante función de control. Las nuevas designaciones pueden alterar el sentido de los votos de los magistrados y así cambiar la mayoría de aquéllos, con lo que se está indirectamente influyendo en la propia jurisprudencia del tribunal.

d) Claro que estoy a favor de controles y límites a cualquier órgano del poder, incluido el tribunal constitucional. No obstante, si analizamos con cuidado los controles enumerados son de un peso extraordinario, en virtud de que su uso habrá de ser excepcional: una reforma constitucional o un juicio de responsabilidad política no acontece todos los días ni son fáciles de instrumentar. No existen controles “normales” para el tribunal constitucional. Hay que tener en cuenta que hablo de controles, de equilibrios del poder, no de medidas que lo debiliten o lo neutralicen, y entonces no pueda cumplir con las importantísimas funciones que la Constitución le atribuye y que justifican su propia existencia.

Es por la razón anterior que no me parece adecuado aplicar a los jueces, menos a los magistrados constitucionales, la institución de la revocación del mandato, como acontece en algunos sistemas a nivel local, y como se supone que sucedía en la Unión Soviética.

VIII. ¿Puede el Tribunal Constitucional controlar una reforma constitucional aprobada en un referendo?

1. ¿Cuál es la relación que existe entre el órgano revisor de la Constitución y el tribunal constitucional?

En principio, pueden presentarse tres posibilidades:

a) El tribunal guarda una jerarquía superior respecto al órgano revisor de la Constitución.

b) Al contrario, el órgano revisor de la Constitución guarda una jerarquía superior respecto al tribunal constitucional, y

c) No existe una relación de jerarquía entre ellos, sino una cuestión de competencia. Cada uno sólo puede realizar las funciones que expresamente le señala la Constitución.

La pregunta con que comienza este inciso no puede tener una respuesta general; es decir, para todos los países y todos los sistemas jurídicos. La respuesta la otorga cada Constitución, y si es omisa entonces la respuesta hay que deducirla de la estructura de la propia Constitución.

La Constitución puede señalar expresamente la jerarquía superior del tribunal constitucional o, incluso, puede establecer que el tribunal está facultado para controlar la “constitucionalidad” de la reforma, ya sea en el aspecto procedimental o de fondo. En consecuencia, desde el ángulo lógico jurídico, el vigilante último, el guardián supremo de la Constitución, incluso respecto a las reformas constitucionales, posee una jerarquía superior a la del órgano revisor. La pregunta la contesta la propia Constitución y jurídicamente no hay lugar a especulaciones. Problema diverso es si la respuesta que otorga la Constitución es la adecuada desde la perspectiva de la Teoría constitucional y el buen funcionamiento de ese orden constitucional.

Si a esta primera posibilidad se le aplica la idea expuesta en este ensayo de poderes constituidos primarios y secundarios, habría que aceptar que el tribunal constitucional es el único poder constituido primario, que el órgano revisor de la Constitución, al encontrarse subordinado a aquél, se convierte en un poder constituido secundario, y que los poderes legislativo, ejecutivo, judicial y los órganos constitucionales autónomos adquieren entonces carácter de poderes constituidos terciarios. En otras palabras, se crea una especie de pirámide kelseniana en cuya cúspide se encuentra el poder constituyente, en un peldaño inferior el tribunal constitucional, en el subsecuente peldaño inferior el poder revisor, y en el último peldaño los poderes legislativo, ejecutivo, judicial y los órganos constitucionales autónomos, entre los cuales no existe relación de jerarquía sino una cuestión de competencia, la que la Constitución le atribuye a cada uno de ellos.

Por el contrario, la Constitución puede señalar expresamente la jerarquía superior del órgano revisor, lo que no es usual, o esta jerarquía se deriva o se deduce de otras normas constitucionales. Entonces, si esta jerarquía existe, el tribunal constitucional no puede revisar la “constitucionalidad” de la reforma constitucional en ninguno de sus aspectos.

Los argumentos que pueden indicar la jerarquía superior del órgano revisor, y a los cuales ya he aludido, son: su obra es parte de la misma Constitución y no resulta lógico ni jurídico que ella pueda contener normas inconstitucionales, tal y como examinaré. En caso de aparente contradicción de normas constitucionales, es a través de

la interpretación que hay que armonizarlas; el órgano revisor actualiza la obra del propio poder constituyente en lugar de que la realice el poder constituyente del presente; el órgano revisor puede superar la resolución del tribunal constitucional a través de una reforma constitucional; puede modificar y alterar la estructura, competencia e integración del propio tribunal constitucional; en diversos casos fue el órgano revisor el que creó al tribunal constitucional.

2. La tercera posibilidad, la relación entre esos dos órganos constituidos primarios no es de jerarquía sino de competencia. La cuestión se resolvería con aparente facilidad si así lo expresara la Constitución, pero generalmente no es el caso.

En consecuencia, hay que considerar que cada uno de esos órganos constituidos primarios debe concretarse a ejercer las funciones que *expresamente* le indica la Constitución, y como en esta posibilidad se parte del supuesto del silencio de la Ley Fundamental al respecto, la conclusión es que el tribunal constitucional no se encuentra facultado para controlar la “constitucionalidad” de una reforma constitucional.

3. No obstante, existe una corriente que considera que el tribunal constitucional, a pesar de que la Constitución sea omisa al respecto, sí puede realizar ese control de constitucionalidad, cuando menos en el aspecto procedimental, e incluso otra corriente sostiene que también respecto al fondo de la reforma.

4. Otto Bachof se planteó la cuestión de si existen normas constitucionales inconstitucionales y respondió que sí, en virtud de que normas contenidas en la ley fundamental pueden ser contrarias a un derecho suprallegal, ya sea éste preestatal, supraestatal, metapositivo o natural. Para dicha afirmación se basa en jurisprudencia y doctrina alemanas.

Bachof afirma que la admisión de normas constitucionales inconstitucionales presupone un determinado concepto de Constitución y la existencia de un derecho constitucional material con función integradora que puede encontrarse fuera del texto constitucional. En esta forma, no existe duda alguna que el derecho *metapositivo* se positiviza y pertenece a la Constitución.

Este distinguido tratadista germano señala, de acuerdo con su criterio, las diversas posibilidades de normas constitucionales inconstitucionales (inválidas).⁵²

La exposición de Bachof resulta un interesante ejercicio teórico, pero incorrecto por las siguientes razones: la Constitución construye un sistema armónico que otorga unidad a todo el orden jurídico; para preservar esta unidad y la supremacía de la norma constitucional es que existe la *judicial review*, si no fuera así, ésta saldría sobrando; si dentro de una misma Constitución surge una aparente contradicción entre sus nor-

⁵² BACHOF, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Lima, Palestra Editores, 2008, pp. 21, 43, 51-53 y 71. Bachof se basa para fundamentar su postura en una sentencia del tribunal constitucional de Baviera del 24 de abril de 1950, pp. 29 y 30, y en diversos autores alemanes que examina, tales como IPSEN, GREWE, KRÜGER y GIESE, pp. 36-39.

mas, es precisamente a través de la interpretación como se les armoniza; la certeza jurídica y la supremacía constitucional quedan destrozadas si no se conoce con certeza cuál es la norma suprema que toda ley o acto de autoridad debe respetar, debido a que se duda si esa norma, contenida en la propia Constitución, es constitucional o inconstitucional; el criterio para negar a una norma constitucional tal carácter sólo puede ser de naturaleza metajurídica, moral o que responda a la concepción de derecho natural que posea el intérprete.

5. En la actualidad, el problema se centra en si el tribunal constitucional puede controlar “la constitucionalidad” de una reforma constitucional.

Este asunto cada día adquiere mayor importancia, en razón del papel crucial desempeñado por los tribunales constitucionales y su gran fortalecimiento, y a que algunos tribunales constitucionales se han atribuido dicha facultad sin que la Constitución *expresamente* se la otorgue.

No obstante, la doctrina se ha ocupado del tema desde décadas remotas. Como ejemplos podemos citar los siguientes:

Maurice Hauriou escribió que:

...la ley constitucional misma no debe escapar al control del juez; hay ocasiones en que el control podría ejercerse sobre ella. Por ejemplo, en el caso de que la Constitución se haya revisado irregularmente, sin observar el procedimiento formal, o bien, en cuanto al fondo, en el caso de que la enmienda constitucional está en contradicción con esta *legitimidad constitucional* de que hemos hablado..., que es superior a la superlegalidad misma, porque ésta se compone de principios, y los principios son siempre superiores a los textos....

Después de todo ¿por qué el juez, dentro de los límites de sus poderes constitucionales, no ha de poder juzgar la ley constitucional como juzga la ley ordinaria y como juzga el reglamento.⁵³

No deja de ser un texto muy interesante, debido a que está escrito por un distinguido autor francés, los años en los cuales lo redactó y en un país refractario, en esa época, a la *judicial review*.

6. En 1920 se suscitó en Estados Unidos un interesante debate sobre esta cuestión entre dos distinguidos juristas. William L. Marbury sostuvo que el poder revisor no podía infringir ciertos límites marcados en la propia Constitución. A su vez, William L. Frierson negó a la Corte Suprema la facultad de control en relación con una enmienda constitucional, en virtud de que sustituiría el juicio del poder revisor en relación con una cuestión de política y de oportunidad, facultades que la Constitución otorgó a este último.⁵⁴

⁵³ HAURIU, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Madrid, Editorial Reus, s/f, p. 334.

⁵⁴ LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953, tomo II, pp. 145 y 146. De la p. 143 a la 163 de esta obra se

En Estados Unidos se revivió la polémica académica en 1983 entre dos de los más prestigiados constitucionalistas de ese país: Walter Dillinger y Lawrence Tribe, y exactamente en la misma revista, la *Harvard Law Review*, en la cual se desarrolló la efectuada entre Marbury y Frierson.⁵⁵

7. En América Latina, en la década de los cuarenta del siglo XX, también surgió una polémica similar e importante entre dos conocidos juristas argentinos: Segundo V. Linares Quintana y Julio Cueto Rúa.⁵⁶

En esta región geográfica es un tema que se discute y se seguirá discutiendo. Como ejemplos, señalo al argentino Germán J. Bidart Campos⁵⁷ y al brasileño Paulo Bonavides.⁵⁸ Ambos respetados tratadistas.

8. Esta cuestión del control de la reforma constitucional me preocupa; con los elementos expuestos en este ensayo hasta este momento, y otros que formularé, trataré de aproximarme a una respuesta que sea acorde con el Estado constitucional y democrático de Derecho.

Voy a tratar de contestar la cuestión que se presenta como la menos problemática dentro de este complicado universo: ¿puede el tribunal constitucional declarar la “inconstitucionalidad” de un referendo sobre una reforma constitucional?

Hay que diferenciar el aspecto material del procedimental.

Desde el aspecto material, el tribunal constitucional no puede examinar o controlar una reforma constitucional aprobada a través de un referendo, en virtud de que:

a) estaría controlando la decisión, la voluntad del pueblo, de la sociedad política, o si se quiere expresar así, la del poder constituyente originario, misma que, en principio, como ya afirmé, no tiene límites jurídicos.

En un referendo sobre la reforma constitucional, la realidad muestra que esa decisión tiene todas las características de los actos del poder constituyente, el cual no sólo se expresa al crear una Constitución sino también en sus reformas, si las aprueba directamente a través de un referendo. El pueblo sí puede a través de un referendo cambiar o modificar un principio fundamental como puede ser el tránsito de un sistema central a uno federal, lo que queda excluido de la competencia tanto del órgano revisor como del tribunal constitucional,

b) estaría ubicándose por encima de la voluntad soberana del pueblo, estaría usur-

contiene una buena síntesis de la doctrina sobre el problema de la constitucionalidad de la reforma constitucional hasta 1953.

⁵⁵ GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *op. cit.*, nota 8, p. 271.

⁵⁶ LINARES QUINTANA, Segundo V., *op. cit.*, nota 54, pp. 159 y 160. VANOSSI, Jorge Reinaldo A., *op. cit.*, nota 37, p. 218.

⁵⁷ BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de derecho argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1972, p. 81.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo, “O art. 45 da Constituição Federal e a inconstitucionalidade de normas constitucionais”, en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 1995, vol. XXXVI, pp. 5-34.

pando la competencia de competencias, el poder de los poderes, que sólo corresponde al pueblo,

c) se estaría situando, en su carácter de poder constituido primario, como un poder sin límites, incontrolado e incontrolable; sería la *leges summa potestate*,

d) estaría desconociendo los fundamentos de cualquier sistema democrático, el cual es la base de la propia existencia del tribunal, la autoridad suprema del pueblo,

e) ¿con qué parámetros estaría decidiendo por encima de la voluntad del pueblo? Estos sólo podrían ser de carácter metajurídico, con lo cual estaría desconociendo su función esencial: la custodia y salvaguardia de la Constitución. Con discrecionalidad absoluta estaría recurriendo a una concepción de derecho natural sobre la propia Constitución y el poder constituyente,

f) estaría impidiendo, incluso, la transformación del orden constitucional en forma pacífica, en virtud de que al negarle esta facultad al poder constituyente, lo podría estar incitando o inclinando a lograrla por medios metajurídicos, probablemente de naturaleza violenta, y

g) podría estar originando enfrentamientos entre los votantes al proporcionar banderas políticas a quienes no ganaron el referendo.

El referendo sobre una reforma constitucional debe versar únicamente sobre normas que contengan principios o valores fundamentales de ese orden. No tiene ni debe estarse manifestando el poder constituyente en cada reforma. Para ello la Constitución creó al órgano revisor.

Si una Constitución concediera al tribunal constitucional la facultad de controlar la materia, el fondo, de una reforma constitucional aprobada mediante referendo, sería una contradicción, un desconocimiento de las propias bases de la Constitución, de la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, una declaración demagógica que puede llevar al propio tribunal a cuestionamientos tales que su misma existencia se ponga en peligro, destruyéndose los beneficios que conlleva su existir en cualquier sistema democrático.

Hasta donde conozco no existe Constitución alguna que faculte al tribunal constitucional a controlar el fondo, la materia de la “constitucionalidad” de una reforma constitucional, ya *aprobada por medio de un referendo*.

9. Pero, ¿puede el tribunal constitucional controlar el procedimiento de una reforma constitucional aprobada por un referendo?

Este es un problema diferente al anterior, aunque muy importante. Lo primero que asienta es que para que el tribunal lo pueda realizar, la Constitución le tiene que otorgar esta competencia en forma expresa, clara, sin ninguna ambigüedad, que no exista duda alguna que sí posee dicha facultad.

El argumento para fundamentar dicha atribución consiste en que el tribunal constitucional vigila que la voluntad del poder constituyente no se vaya a alterar o desvir-

tuar por vicios de procedimiento. No está el tribunal pronunciándose respecto al fondo de la reforma constitucional sino únicamente en relación con el procedimiento, precisamente para proteger la decisión expresada por el poder constituyente.

Para que un tribunal constitucional resolviera anular dicho procedimiento sería necesario que las violaciones al mismo fueran extraordinariamente graves y generalizadas a tal grado que es imposible conocer el sentido en el cual decidió el poder constituyente.

10. Otro problema serio es: ¿quién o quiénes estarían legitimados para solicitar al tribunal dicho control?

Son pocas las Constituciones, cuando menos hasta ahora, que facultan a los tribunales a controlar el procedimiento de una reforma constitucional aprobada a través de un referendo.

Sin embargo, el artículo 241, incisos 1 y 2, de la Constitución de Colombia de 1991, le otorga competencia al tribunal constitucional para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, *cualquiera que sea su origen*; es decir, se incluye al referendo, pero únicamente por vicios de procedimiento en su formación. El inciso 2 lo autoriza a resolver, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, pero únicamente por vicios de procedimiento en su formación.

El último párrafo de este artículo señala que “Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsano el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto”.⁵⁹

El artículo 242.3 dispone que las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto. Desde luego que esta norma no es aplicable al inciso 2 del artículo anterior, en virtud de que el control se efectúa con *anterioridad* al pronunciamiento popular. En relación con el inciso 1 me parece un plazo exagerado tratándose de una reforma constitucional por la inestabilidad política que puede traer consigo, a pesar de que sea una promoción ciudadana, cuya recolección de firmas puede ser difícil que sea expedita.

Además, que un tribunal posea esta facultad respecto a vicios del procedimiento puede resultar extraordinariamente complicado desde un punto de vista político en países en los cuales la democracia no esté consolidada, donde la sociedad se encuentre con graves divisiones políticas o que el papel del tribunal constitucional aún sea cuestionado por amplios sectores sociales o políticos.

Más adelante realizaré una reflexión sobre la tendencia actual a sobrecargar de

⁵⁹ Véase NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *op. cit.*, nota 7, pp. 281 y 282.

funciones al tribunal constitucional y especialmente con los asuntos políticos más delicados.

11. En este aspecto, una última cuestión o pregunta: ¿puede el tribunal constitucional negar la posibilidad de que una iniciativa o proyecto de reforma constitucional se someta a referendo?

Se puede alegar que si la función del tribunal es la defensa y la protección de la Constitución, no resulta ilógico que pueda poseer tal facultad si tal iniciativa o proyecto altera los principios fundamentales de ese orden. Por ejemplo, el cambio de un sistema monárquico a uno republicano o viceversa.

Considero que el tribunal constitucional no puede impedir que se exprese el poder constituyente o la soberanía del pueblo a través de un referendo. Hacerlo es una invitación a que el poder constituyente se manifieste a través de métodos y cauces metajurídicos, incluidos los violentos.

A lo más a que un tribunal constitucional debería llegar en estos casos es a poder exponer públicamente los *argumentos jurídicos* por los cuales tal reforma constitucional puede implicar peligros para la democracia y para los principios y valores constitucionales que fundamentan todo ese orden jurídico. Sin embargo, estaría rebasando su labor jurisdiccional y entrando con plenitud al debate político, lo cual puede lesionar su prestigio y su calidad de órgano constituido primario.

Sin embargo, respecto a vicios de procedimiento, es factible dicho control, tal y como acontece en Colombia y ha quedado asentado, siempre y cuando así lo señale *expresamente* la Constitución.

IX. ¿Puede el Tribunal Constitucional controlar una reforma constitucional aprobada por el órgano revisor de la Constitución?

1. Retomo los planteamientos efectuados en el apartado VIII, incisos 1 y 2, de este ensayo para cuestionarme si el tribunal constitucional puede controlar “la constitucionalidad”, en el fondo, en la materia, de una reforma realizada por el poder revisor de la Constitución.

Se han expuesto diversos argumentos para defender que el tribunal constitucional sí posee dicha facultad. En síntesis se pueden recordar los siguientes:

a) El poder revisor no puede vulnerar ni infringir las cláusulas pétreas o los límites implícitos representados por los principios o valores fundamentales que individualizan a la Constitución. Si efectúa tal vulneración, se surte la competencia del tribunal. “Proceder de otra manera significaría destruir la lógica del Estado constitucional,

otorgando a un poder, jurídicamente limitado, y políticamente distanciado del pueblo, las atribuciones del poder soberano”.⁶⁰

b) El tribunal constitucional es el órgano que protege los principios y valores fundamentales, “las partes que configuran el núcleo legitimador de todo el sistema”.⁶¹

c) Si tales principios o valores se vulneran no se está revisando o modificando la Constitución, sino creándose una nueva; a ello no está facultado el poder revisor y, en consecuencia, debe existir un control al respecto.

d) Si el poder revisor vulnera los mencionados principios o valores debe ser controlado, y en un Estado de derecho este control debe ser de índole jurisdiccional. Entonces, la actividad del tribunal se convierte en una exigencia del Estado constitucional y democrático de Derecho.⁶²

e) Con este control, la justicia constitucional se fortalece y “goza de un reconocimiento social que la legitima por el hecho de garantizar las expectativas sociales inscritas en la Constitución”.⁶³

f) Los tribunales constitucionales son los *órganos de cierre* de los ordenamientos constitucionales; se convierten en los artífices de la dirección política constitucional y de la dirección política *tout-court*.⁶⁴

2. Bueno, tal postura, no puede negarse, contiene algunos aspectos ciertos que deben considerarse. No obstante, implica peligros que también hay que resaltar: se convierte al tribunal constitucional en un órgano ilimitado y sin la posibilidad, en principio, de poder ser controlado; se le eleva a la categoría de un casi poder constituyente de actuación constante, con múltiples funciones, que ejerce con un amplio campo de discrecionalidad a través de los diversos métodos y técnicas de la interpretación axiológica o de finalidad; las elecciones pasan a un segundo término porque la verdadera y última voluntad la expresa el tribunal constitucional, no las personas electas; todos los equilibrios del constitucionalismo moderno se ponen en manos de cinco, siete, once o quince grandes personajes, que como humanos están sujetos a múltiples presiones y desviaciones. En una palabra, se estaría creando un poder neutro, cercano a las ideas de Benjamín Constant, un poder encima de los otros, con autoridad superior e intermediaria, “sin interés en perturbar el equilibrio e interesada, por el contrario, en mantenerlo”.⁶⁵

Los argumentos que he recordado a favor de dicho control por parte del tribunal, si los llevamos a su última consecuencia, harían concluir que incluso las reformas

⁶⁰ VEGA, Pedro de, *op. cit.*, nota 42, p. 261.

⁶¹ ASTUDILLO, César, *op. cit.*, nota 29, p. 168.

⁶² MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, nota 38, p. 456.

⁶³ ASTUDILLO, César, *op. cit.*, nota 29, p. 174.

⁶⁴ PEGORARO, Lucio, *op. cit.*, nota 19, p. 264.

⁶⁵ CONSTANT, Benjamín, *Curso de política constitucional*, Madrid, Taurus, 1968, pp. 14 y 15.

constitucionales deben quedar en sus manos, debido a que es él quien conoce el contenido material implícito de la Constitución y los límites que éstos configuran, así como la verdadera, única y absoluta valoración de los principios constitucionales. En consecuencia, el tribunal constitucional sólo tendría un contrapeso: la destrucción del orden constitucional y la edificación de uno nuevo por parte del poder constituyente, y dadas las circunstancias de conflicto entre órganos políticos del poder, el nuevo orden constitucional difícilmente podría ser edificado a través de medios pacíficos. Tal vez exagero en los argumentos al intentar ser claro.

3. El tema de la presunta inconstitucionalidad de normas constitucionales tampoco es algo nuevo en el campo jurisdiccional. Este tema se le planteó a la Corte Suprema americana en relación con las enmiendas XVIII y XIX. Dicho tribunal decidió que el asunto controvertido implicaba cuestiones políticas (*political questions*) y, en consecuencia, no justiciables.

La jurisprudencia americana sigue firme en cuanto a los asuntos de fondo, aunque va abriendo las puertas respecto a cuestiones de procedimiento (*matters of procedure*).⁶⁶

4. El asunto es de tal trascendencia que la construcción constitucional de los órganos constituidos y limitados adquiere vigor en este caso: el tribunal constitucional únicamente puede tener y ejercer una facultad de tal naturaleza si *expresamente* se la señala la Constitución, y entonces queda claro que es un poder jerárquicamente superior al órgano revisor de la Constitución, con todas las consecuencias jurídicas y políticas que de ello se derivan.

Si la Constitución no le otorga dicha facultad *expresamente* y el tribunal se la atribuye a través de una interpretación, *a)* estaría sobrepasando su competencia como órgano constituido y usurpando funciones que no le corresponden; *b)* en lugar de proteger y ser el guardián de la Constitución, la estaría vulnerando y quizá creando una crisis constitucional y política sin que exista quién la pueda resolver a través de medios jurí-

⁶⁶ VANOSI, Jorge Reinaldo A., *op. cit.*, nota 37, pp. 219 y 220: La Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Coleman v. Miller*, en 1939, resolvió que el efecto del “rechazo previo de una enmienda por un Estado y el intervalo de tiempo en el cual los Estados podían ratificar una enmienda, eran cuestiones no justiciables” por tratarse de cuestiones políticas. “...en materia de validez es famoso el caso *Luther v. Borden*, con motivo de la rebelión de Dorr en Rhode Island —en el siglo pasado (XIX)— en que la Corte Suprema declaró cuestión política la consideración de la validez de una reforma”, véanse también las pp. 221-233. VEGA, Pedro de, *op. cit.*, nota 42, pp. 258 y 259. LINARES QUINTANA, Segundo V., *op. cit.*, nota 54, pp. 149 y 151, afirma que “En 1871, la Suprema Corte de los Estados Unidos, al decidir el caso *White v. Hart*, determinó que la apreciación de la validez de una reforma de la Constitución federal era una cuestión política extraña a su órbita de decisión. En los autos *Dodge v. Woolsey*, fallados en 1885, el juez Campbell, de dicho tribunal, al disentir se remitió, aprobándola, a la doctrina de la *political question* expuesta por la Corte en el citado caso *Luther v. Borden*. Como ha podido verse, durante el siglo XIX prevaleció en la jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana el criterio de que la apreciación de la constitucionalidad de una enmienda constitucional era una cuestión política sobre la que no correspondía pronunciarse”.

dicos. Desde luego, todo depende de qué país se trate y de las circunstancias; *c)* se quiebra la idea de que los órganos constituidos son poderes limitados que sólo pueden actuar de acuerdo con su competencia constitucional.

Por tanto, no es aceptable la tesis de que el tribunal no necesita facultad expresa para poder controlar la materia de una reforma constitucional. A mayor abundamiento hay que destacar que *d)* no resultaría lógico que la Constitución le otorgue al tribunal múltiples funciones y fuera omisa en relación con una tan importante como ésta, que incluso define la jerarquía entre los órganos constituidos primarios.⁶⁷

En síntesis, el tribunal constitucional es órgano constituido y como tal sólo debe ejercer las facultades expresas que la Constitución le señala, es un órgano limitado, no debe usurpar funciones de otros órganos ni equipararse al poder constituyente, aunque algunos lo hagan en la realidad y, desde luego, la Constitución obliga a todos los poderes públicos, incluido el tribunal. Si no, a través de facultades implícitas, el tribunal se convertiría en el poder de los poderes, incontrolado, ilimitado y supremo. Además, reitero, el tribunal generalmente no es el único, ni siempre el último, garante de la Constitución.

No desconozco que existe una tendencia actual en la cual diversos tribunales constitucionales, más allá de sus facultades expresas, se han atribuido el control de las reformas constitucionales, como acontece en Perú.⁶⁸

Desde luego que si la Constitución atribuye al tribunal constitucional esa facultad de control respecto a la materia de la reforma constitucional, obviamente sí podrá realizarlo, como en Chile, cuyo artículo 82, inciso 2, dispone que resolverá “las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten *durante la tramitación* (el subrayado es mío) de ley o reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”. Nótese que es durante la tramitación, con posterioridad no, y únicamente a requerimiento del presidente de la República, de cualquiera de las cámaras o de una cuarta parte de los legisladores, y siempre que sea formulado antes de su promulgación, y el tribunal goza de plazos fijos y precisos para resolver.

A pesar de existir norma expresa, considero que una disposición de tal naturaleza rompe el esquema constitucional de pesos y contrapesos, y se crea un órgano incontrolado, aunque la prevención chilena “durante la tramitación” y antes de la promulgación debe meditar con cuidado. Una reflexión adicional: es probable que el tribunal chileno, en razón de su organización y atribuciones, sea uno de los menos fuertes en América Latina, a pesar de poseer la mencionada facultad del artículo 82, inciso 2.

Esta cuestión delicada no conduce a un callejón sin salida; actualmente el Derecho Comparado nos ofrece instituciones e ideas que pueden preservar ese mecanismo esencial del constitucionalismo: el equilibrio entre los poderes, los pesos y contrape-

⁶⁷ PEGORARO, Lucio, *op. cit.*, nota 19, pp. 236-240.

⁶⁸ GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *op. cit.*, nota 8, pp. 262-267.

sos, y que un poder no quede sin control alguno, en razón de que puede peligrar la libertad de las personas.

5. Otra pregunta: ¿puede el tribunal constitucional controlar “la constitucionalidad” del procedimiento de la reforma constitucional?

En principio pareciera que sí. El argumento y fundamento sería que si se violó el procedimiento que la Constitución señala para la reforma se puede considerar que esos vicios imposibilitan que las normas en cuestión sean parte de la Constitución. O, en otras palabras, dicha reforma no es realmente tal por la existencia de vicios de procedimiento, debido a que se violaron las reglas que la propia Constitución establece para su actualización, para su modificación.

No obstante, el tribunal constitucional como órgano constituido no puede ejercer tal facultad si la Constitución no se la atribuye *expresamente*. Es la misma idea de que un delito no se corrige cometiendo otro delito.

Varias Constituciones otorgan *expresamente* esta facultad al tribunal constitucional.

La Constitución de Bolivia de 1967, reformada en 1995, faculta, en su artículo 120, inciso 10, al tribunal constitucional para conocer y resolver: “Las demandas respecto a procedimientos en la reforma de la Constitución”. No está de más recordar que, en 2001, el tribunal constitucional de ese país declaró inconstitucional un proyecto de “Ley de Convocatoria a Asamblea Constituyente”, al contestar la consulta que el presidente del Congreso le había planteado.⁶⁹

La Constitución de Colombia de 1991 faculta, en el ya citado artículo 241, inciso 1, a la Corte Constitucional para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad de las reformas constitucionales, cualquiera que sea su origen, interpuestas por los ciudadanos, pero exclusivamente por vicios de procedimiento en su formación. Entiendo que se refiere tanto al referendo como al órgano revisor. El inciso 3 del propio artículo lo faculta de igual manera respecto a los referendos sobre *leyes*, las consultas populares y plebiscitos del orden nacional, y en el caso de estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.

El artículo 141, 2 de la Constitución de Moldavia faculta al tribunal constitucional a examinar los proyectos de reforma constitucional sometidos al Parlamento, si lo solicitan cuando menos cuatro jueces. En estos casos, generalmente dicho examen se concreta a vicios del procedimiento o a que no se traspasen los límites expresos establecidos por la propia Constitución para la reforma constitucional.

Importante es insistir que el tribunal constitucional sólo podrá conocer sobre los vicios del procedimiento de reforma constitucional si está facultado *expresamente* por la Constitución para ello, en razón de que es un órgano constituido primario, de facul-

⁶⁹ LÓPEZ GUERRA, Luis y AGUIAR, Luis (eds.), *Las Constituciones de Iberoamérica*, Madrid, Unión Iberoamericana de Colegios de Abogados e Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2001, p. 51.

tades limitadas, que únicamente puede actuar a través de facultades expresas.⁷⁰ Además, es aplicable el argumento esgrimido en cuanto al fondo: es una facultad de especial importancia y no parece lógico que si el poder constituyente quería concedérsela al tribunal, hubiera sido omiso al respecto. Recuérdese que se trata de la atribución a un órgano constituido primario, y que si la Constitución no señala jerarquía entre esos órganos primarios ésta no puede existir, circunscribiéndose esta cuestión a un asunto de competencia.

6. El distinguido jurista italiano Lucio Pegoraro⁷¹ propone una tipología de la participación de los tribunales constitucionales en relación con el procedimiento de reforma constitucional. Además de los casos y situaciones ya mencionados en este ensayo, el profesor Pegoraro se refiere a otros, entre los que destaco los siguientes tipos:

a) el tribunal constitucional está facultado para presentar proyectos de reforma constitucional. En este sentido, el artículo 281 de la Constitución de Ecuador de 1979, reformada en 1998, y el artículo 308 de la Constitución de Panamá de 1972, reformada en 1994 (su Suprema Corte es una especie de tribunal constitucional).

b) El tribunal constitucional examina si alguna cláusula de un proyecto de acuerdo o compromiso internacional es contraria a la Constitución; si lo es, ese acuerdo o compromiso no se puede ratificar, sino hasta después de la correspondiente reforma constitucional. Así, el artículo 54 de la Constitución de Francia (es atribución del Consejo Constitucional, que se parece cada día más a un tribunal constitucional); el artículo 162, párrafos 2 y 3 de la Constitución de Ecuador de 1979. Lo mismo establece el artículo 146, inciso b de la Constitución de Rumania de 1991, revisada en 2003, aunque en este caso la revisión no tiene que ser previa a la ratificación.

En la Unión Europea, el tratado de Maastricht ha obligado a la revisión de diversas Constituciones, como es el caso del artículo 23 de la Ley Fundamental alemana que permite la intervención del tribunal constitucional si de un tratado o acuerdo con la Unión se deriva una modificación de la mencionada Ley Fundamental para dirimir controversias entre la federación y las entidades federativas.

c) Intervención del tribunal constitucional en los procedimientos provisionales de la formación de la Constitución.

Emblemática a propósito es la experiencia de Sudáfrica, en donde la *Constitution Act*, 1993 establecía, en combinación con el Protocolo 4, un detallado mecanismo para la adopción del texto final. Esta preveía la elección de una Asamblea constituyente con el deber de aprobar la Constitución definitiva, que debía estar conforme a treinta y cuatro *Constitutional Principles* enunciados en el citado Protocolo. En el sentido del Art. 71, apdo. 2, el res-

⁷⁰ En sentido contrario a mis argumentos, para el caso español, véase ARAGÓN REYES, Manuel, *Estudios de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 201 y 202.

⁷¹ Véase la nota 67.

peto de tales principios debía ser certificado por el Tribunal Constitucional, el cual efectivamente declaró que no todas las disposiciones del *bill* aprobado por la Asamblea constituyente eran conformes. Enmendado el texto, el Tribunal Constitucional lo aprobó por decisión de 5 de diciembre de 1996, consintiendo la entrada en vigor de la nueva Constitución de la República de Sudáfrica.

7. Como puede verificarse, el universo del tribunal constitucional en relación con la reforma constitucional es inmenso y la tendencia es que continúe ampliándose. Como ejemplo señalo la mencionada Constitución de Rumania, en la cual el tribunal incluso puede decidir *ex-officio* respecto a las iniciativas para revisar la Constitución (artículo 146, a). Téngase en cuenta que los tipos mencionados constituyen facultades expresas atribuidas al tribunal constitucional. Asunto diverso es si se considera que dichas atribuciones son adecuadas o no.

Todo lo expuesto con anterioridad es sólo un síntoma de los tiempos. Desde que nació el constitucionalismo moderno se ha desarrollado una lucha tremenda por asegurar que el proceso del poder se desarrolle por los cauces constitucionales que particularizan a la democracia, con sus dos grandes vertientes: los contrapesos y controles al poder y la garantía del respeto a los derechos humanos.

Ante cada problema y fracaso de la democracia, ésta regresa por sus fueros con mayor vigor y vitalidad. Una de las instituciones que debe su fortalecimiento y expansión a los horrores de la Segunda Guerra Mundial es el tribunal constitucional y, últimamente, el retorno al sistema democrático de muchos de los países de Europa del Este que se encontraban en la órbita de la Unión Soviética, y a la desintegración de ésta.

No obstante, hay que recordar, y la historia lo confirma, que ningún poder constituido debe ser ilimitado o incontrolado, porque tiende al abuso en detrimento de las libertades de las personas.

X. Algunas reflexiones y propuestas

1. Los temas que plantean tanto la reforma constitucional como el tribunal constitucional son múltiples, y algunos de especial delicadeza política, jurídica y social. El tribunal constitucional difícilmente podrá impedir cambios y reformas, incluso si implican la ruptura y el quiebre del orden constitucional para crear uno nuevo cuando así lo decide el poder constituyente o quien tiene la fuerza para imponerse, más allá del marco constitucional y sobre la voluntad del poder constituyente.

Téngase en cuenta, aunque es una perspectiva política, que además existen múltiples ejemplos de sustituciones, cambios y transiciones constitucionales que son realmente una revolución, pero cuyas características estriban en que para crear la nueva Constitución, la base jurídica partió de la Constitución que se estaba destruyendo y sirvió de puente para el orden constitucional que nacía, y todo aconteció en forma

pacífica. Entre algunos de los múltiples ejemplos actuales, porque el fenómeno ya se conoció desde el siglo XIX,⁷² se pueden señalar a la España de las leyes fundamentales franquistas a la Constitución de 1978; Brasil de la Constitución de 1967 a la de 1988; los países de Europa del Este de constituciones socialistas o comunistas a democrático-liberales.

El punto es: el tribunal constitucional no puede impedir las transiciones constitucionales, generalmente de carácter pacífico, con el argumento de que se están reformando o modificando los límites implícitos de la Constitución o incluso las cláusulas pétreas. Acontece, entonces, que un orden constitucional está desapareciendo para dar origen a otro nuevo, pero de manera pacífica, y, en muchas ocasiones, con los procedimientos y formas del orden jurídico que fallece. Además, el orden jurídico que nace puede ser esencialmente diferente y antagónico de aquel que fenece.

Es más, en esos casos, y de acuerdo con las circunstancias, si existe tribunal constitucional, éste debe contribuir a la transición constitucional pacífica si el tránsito es hacia la democracia, como en el mencionado caso de Sudáfrica.

Hay que tener en cuenta que, cuando menos a partir de los años setenta del siglo XX, las transiciones constitucionales han implicado la superación de sistemas dictatoriales, autocráticos, totalitarios o militares para encaminarse a regímenes democráticos. Muchos de ellos, reitero, en forma pacífica y con los procedimientos de la anterior Constitución.

Resalto, entonces, que incluso, como muchos autores sostienen, las denominadas cláusulas pétreas y los límites implícitos son de carácter relativo, cuando se trata de una reforma o transición constitucional, y hay que enmarcarlos y evaluarlos dentro del contexto constitucional, político y social de un país determinado.

Recordemos que una generación no puede encadenar a las futuras. Además de absurdo resulta ilusorio, porque el poder constituyente se actualiza cuando así lo decide y de la manera como lo decide.

Por tanto, esos procesos de transición constitucional deben ser avalados y ratificados a través de un referendo, como expresión del poder constituyente, y así superar discusiones y controversias.

2. Existe una tendencia actual a sobrecargar al tribunal constitucional con funciones ajenas a las jurisdiccionales. Lo entiendo. Se considera que no existe otro órgano

⁷² Por ejemplo, la actual Constitución de México es de 1917 y su título original fue “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la del 5 de febrero de 1857”. La actual Constitución fue aprobada por un Congreso Constituyente, figura que no contemplaba la ley fundamental del siglo XIX, pero los diputados constituyentes fueron electos conforme a ésta. A pesar de que se dijo que la actual Constitución era una reforma de su antecesora, se había discutido y aprobado una nueva Constitución. Véase CARPIZO, Jorge, *La Constitución mexicana...*, *op. cit.*, nota 43, pp. 110-114.

mejor que garantice imparcialidad, ajeno a las luchas partidistas, integrado generalmente con personalidades de prestigio, cuya independencia se percibe asegurada.

Lo anterior es cierto en algunos países, en otros no tanto, en virtud de que la actuación de algunos magistrados deja mucho que desear y sus conductas y criterios son muy controvertidos. En muchos casos más que jurídicos son ideológicos.

En dicha tendencia se convierte al tribunal constitucional en el árbitro último de las controversias políticas, porque se considera que no existe otro árbitro mejor. Se le transforma en una especie de poder neutro de acuerdo con las ideas de Benjamín Constant, como ya afirmé.

Supongamos que el tribunal es impoluto, pero si se le sobrecarga con funciones no-jurisdiccionales de naturaleza política se le puede involucrar en las luchas políticas y partidistas. Mi criterio es que hay que ser muy cuidadoso al momento de otorgarle esa clase de facultades, como son, entre otras, las siguientes: verificar las circunstancias para que se declare un interinato en el cargo del jefe de Estado; opinar sobre la propuesta para retirar del cargo al jefe de Estado; interferir en las atribuciones de las comisiones permanentes del Congreso; resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales de un Ministro de Estado; participar en los ceses de los legisladores; funciones de asesoramiento a otros órganos del Estado; expresar su criterio sobre las medidas de emergencia; constatar la muerte o la incapacidad de los candidatos a la jefatura del Estado; decidir la extradición de ciudadanos extranjeros, comprobar las circunstancias de la disolución del parlamento por parte del presidente; presentación de iniciativas legislativas o de reformas constitucionales; emitir opinión sobre las leyes vetadas por el presidente alegando motivos de inconstitucionalidad; decidir las acusaciones sobre la legalidad en la elección del presidente y vicepresidente.

Así como el siglo XIX fue el siglo de los parlamentos o asambleas, el siglo XX lo fue de los órganos ejecutivos, pareciera que el XXI se está inclinando por los tribunales constitucionales, no por el poder judicial, en virtud de que dichos tribunales, por la naturaleza de sus funciones, se encuentran fuera de la órbita de ese poder y poseen una jerarquía superior a él.

En algunos países se considera que el tribunal constitucional es un “curalotodo”, un “resuelvelotodo”, una panacea política, y no es así. Es un tribunal integrado por seres humanos, con virtudes y defectos, a quienes no hay que permitirles enamorarse del enorme poder del cual gozan. Si existe un poder ilimitado e incontrolado, peligran las libertades. Hay que profundizar en el tema de los controles del tribunal constitucional, más allá del enamoramiento juvenil, casi apasionado, que algunos países tienen por el tribunal constitucional, y que se plasma en sus Constituciones.

En el derecho constitucional también existen modas. En la actualidad una de ellas es la del tribunal constitucional, que es el instrumento más eficaz para la defensa de la Constitución y de los derechos humanos, pero no hay que sobrecargarlo de funciones y atribuciones que lo pueden atrofiar, menos configurarlo sin control alguno.

3. El tribunal constitucional no puede controlar la materia de un referendo, debido a que es la expresión de la voluntad del poder constituyente. Un poder constituido y limitado no puede controlar la voluntad del poder originario, fuente de todo poder y, en principio, ilimitado jurídicamente.⁷³ Es, como bien dice el artículo 89, segundo párrafo, de la Constitución francesa: la reforma constitucional es definitiva después de haber sido aprobada en un referendo.

Es más, el poder constituyente tiene jurídicamente la máxima libertad incluso para equivocarse, rectificar y volver a equivocarse.

Ahora bien, me percató del grave problema de que un proyecto de reforma constitucional pueda violar una de las bases esenciales de ese orden jurídico o claramente un derecho fundamental, de que el órgano revisor de la Constitución, como órgano constituido primario, también debe ser susceptible de ser controlado, que no posee facultades ilimitadas, que su atribución consiste en la actualización de la Constitución, no en su destrucción, que el principio de *checks and balances* le debe ser aplicado. En tal virtud, y con los argumentos presentados en este ensayo, propongo que el *proyecto* de reforma constitucional sea puesto a la consideración del tribunal constitucional para conocer si estima que dicho proyecto respeta los límites expresos y los implícitos de la propia Constitución.

Al tribunal constitucional habría que fijarle un plazo para que emitiera un dictamen, el cual el órgano revisor podría hacer suyo; si lo desestimara, el proyecto se sujetaría a referendo, dándole amplia publicidad tanto a los argumentos del poder revisor como a los del tribunal constitucional.

4. La iniciativa para que el tribunal constitucional emita el dictamen en ese supuesto se circunscribiría al jefe de Estado, jefe de gobierno y a un número determinado de legisladores, como una garantía a las minorías políticas representadas en el parlamento o congreso. En los sistemas federales, lo podrían también solicitar un número de legislaturas locales si el proyecto alterara la estructura esencial de ese Estado federal.

5. En algunos países es el tribunal constitucional el guardián del procedimiento de reforma. La Constitución francesa de 1958 dispone que el Consejo Constitucional vigile la regularidad de las operaciones del referendo previsto en los artículos 11 y 89⁷⁴

⁷³ Aunque como ya he afirmado en este mismo ensayo, tal concepción está cambiando, en virtud de aspectos diversos como el derecho internacional de los derechos humanos.

⁷⁴ La Constitución francesa de 1958, en su artículo 11, dispone: “El Presidente de la República podrá, a propuesta del Gobierno durante los periodos de sesiones o a propuesta conjunta de las dos Cámaras, publicada una u otra en el Boletín Oficial, someter a referéndum cualquier proyecto de ley sobre organización de los poderes públicos, sobre reformas relativas a la política económica o social de la nación y a los servicios públicos que la desarrollen, o encaminados a la ratificación de un tratado que, sin ser contrario a la Constitución, pueda afectar el funcionamiento de las instituciones...”.

El artículo 89 de la misma Constitución indica que: “La iniciativa de la reforma de la Constitución

y proclame los resultados. En igual forma, el artículo 146, inciso l, de la Constitución de Rumania le encomienda la observancia del procedimiento para la organización y vigilancia del referendo, así como la confirmación del resultado.

Se entiende bien el sentido de dichos artículos; se encomienda dicha función al tribunal constitucional, debido a su jerarquía como órgano constituido primario y por considerársele el órgano más imparcial, por encima de grupos, partidos e intereses particulares.

No obstante, conforme a lo que he afirmado, soy partidario de que el tribunal constitucional se limite al máximo a sus funciones jurisdiccionales, entre las cuales destaca la defensa y protección de los derechos humanos, y siendo muy cuidadoso con atribuirle funciones de otra naturaleza. Cada país decide de acuerdo con su evolución, tradición, circunstancias y necesidades. Los tribunales constitucionales que gozan de mayor prestigio son aquellos que precisamente han protegido mejor y en forma progresiva los derechos humanos.

Me inclino a que la organización y vigilancia del referendo sea responsabilidad en primer lugar del tribunal electoral de última instancia. Cuando esta función está también a cargo del tribunal constitucional, entonces en el órgano cúspide de la organización de las elecciones nacionales, en razón de la experiencia y la capacidad que posee para la realización de tales eventos.

6. En relación con el control material de una reforma constitucional, para que el tribunal constitucional lo pueda efectuar es indispensable que así lo diga *expresamente* la Constitución, en virtud de su carácter de órgano constituido, limitado y de facultades expresas.

En este aspecto podría seguirse un camino muy similar al que apunté para el caso del referendo: una especie de control previo, en el cual alguna de las autoridades que señalé podrían solicitar al tribunal constitucional *un dictamen* sobre ese proyecto de reforma. El tribunal, en un plazo fijo, estaría obligado a manifestarse. A partir de este momento, también el camino sería similar al propuesto para el referendo.

Reitero, si dicho *dictamen* no fuera aceptado por el órgano revisor, la cuestión se dirimiría en un referendo, previa gran publicidad de los argumentos de ambas partes.

El referendo no necesariamente se realizaría como un ejercicio propio. Si fuera

corresponderá tanto al Presidente de la República, a propuesta del Primer Ministro, como a los miembros del Parlamento.

El proyecto o la proposición de reforma deberá ser votado por las dos Cámaras en términos idénticos. La reforma será definitiva después de aprobada por referéndum.

No obstante, el proyecto de reforma no será sometido a referéndum cuando el Presidente de la República decida someterlo al Parlamento convocado en Congreso; en este caso, el proyecto de reforma será aprobado sólo si obtiene una mayoría de las tres quintas parte de los votos emitidos. La Mesa del Congreso será la de la Asamblea Nacional...". Véase RUBIO LLORENTE, Francisco y DARANAS PELÁEZ, Mariano (eds.), *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 235 y 248.

posible, se esperaría a las siguientes elecciones nacionales. En todo caso esta decisión estaría en manos del poder revisor de la Constitución.

En esta forma se protegerían los principios y valores fundamentales de la Constitución conforme con las bases esenciales del orden constitucional: el principio de supremacía, la distinción entre poder constituyente y constituidos limitados, los pesos y contrapesos y los controles entre los poderes.

7. Respecto al control de vicios del procedimiento de la reforma constitucional, por los argumentos ya expresados, el tribunal constitucional sólo puede ejercer tal función si la Constitución expresamente se la atribuye.

Asimismo, ya señalé el argumento que compatibiliza esta función con la teoría constitucional. Sólo agrego que el tribunal no debe anular la reforma, sino únicamente ordenar que se subsanen y reparen los vicios del procedimiento. Si ello no fuera posible, en virtud de que esos vicios son generalizados y extremadamente graves, el tribunal puede ordenar que dicho procedimiento comience de cero, pero sin pronunciamiento alguno sobre el fondo de la reforma.

8. En todo caso, esta especie de control de la constitucionalidad de la reforma constitucional debe ser previo a su promulgación, no después, por las siguientes razones: *a)* es ilógico que una Constitución pueda contener normas inconstitucionales, lo cual acontecería en una visión de derecho natural, pero no jurídica; *b)* en caso de aparentes contradicciones y lagunas entre normas constitucionales, hay que armonizarlas a través de la interpretación, que es precisamente la labor esencial del tribunal constitucional, y sería al momento de resolver un caso concreto; *c)* se lesionaría el principio de supremacía constitucional, en virtud de que dentro de la Constitución habría normas que no son supremas, y que ni siquiera son constitucionales; *d)* se dañaría la seguridad jurídica con la posibilidad de que normas contenidas en la Constitución puedan ser consideradas inconstitucionales; la certeza constitucional se volvería una ficción, con efectos negativos para todo el orden jurídico, y *e)* si se considera que ciertas normas no caben en la Constitución, lo procedente es el inicio de un procedimiento de reforma constitucional.

Son diversas las Constituciones que señalan el control previo de tratados internacionales, así como de diversas categorías de leyes, como el señalado artículo 61 de la Constitución francesa; con mayor razón se justifica un *dictamen* del tribunal constitucional tratándose de reformas constitucionales. Algunos autores están de acuerdo con dicho control previo.⁷⁵

⁷⁵ Véase ALÁEZ CORRAL, Benito, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 389 y 390: "...Desde el momento en el que se comienza la gestación de esta norma de reforma constitucional —sea en infracción o no de las normas sobre reforma constitucional— hasta el momento en el que se la reconoce como tal, es posible el control de los actos que conducen al resultado final. Este último, o bien es considerado una infracción

9. La competencia de la reforma constitucional corresponde por naturaleza al órgano revisor, que es un órgano constituido primario.

No obstante, puede resultar muy útil y conveniente *un dictamen*, una especie de control previo realizado por el tribunal constitucional, en virtud de que: *a)* es un órgano especializado y técnico en la interpretación constitucional; *b)* es uno de los custodios y guardianes más importantes de la Constitución; *c)* se supone que se encuentra ajeno a intereses partidistas, y *d)* siempre debe ser imparcial.

Si su *dictamen* es contrario al proyecto del órgano revisor, en virtud de que ambos son órganos constituidos primarios, no debe quedar duda alguna del valor constitucional de la reforma propuesta. Si al respecto existe diferencia entre los dos poderes constituidos primarios, sólo la puede resolver el poder constituyente a través de un referendo.

En principio, soy partidario de que sean las propias Constituciones las que señalen qué artículos o partes de la Constitución sólo se pueden reformar a través de un referendo, a lo cual le encuentro ventajas indiscutibles: la reforma es sancionada por el poder constituyente; se propicia la democracia participativa con lo cual se fortalece el vigor de la propia democracia; se auspicia un debate nacional sobre las ventajas y los inconvenientes del proyecto de reforma, lo que hace que el ciudadano lo pondere antes de depositar su voto; es una manifestación de confianza en la potestad y soberanía del pueblo; se involucra a éste en las decisiones más importantes de la estructura política y constitucional del Estado.

No conozco nada mejor que el referendo para dirimir discrepancias entre poderes constituidos primarios que guardan la misma jerarquía, ni para aproximar el funcionamiento del poder y de la democracia al poder originario, fuente y creador de todo otro poder.

Incluso varias de estas ideas son aplicables a leyes de jerarquía superior a las secundarias, como en el caso de algunas de las orgánicas o constitucionales.

10. En el inciso 4 de este apartado señalé que sólo estarían legitimados para solicitar la opinión del tribunal constitucional, el jefe de Estado, el jefe de gobierno y un número de legisladores como garantía a las minorías políticas, así como un número de congresos locales en el supuesto de un Estado federal.

No pienso en la iniciativa popular para requerir ese dictamen al tribunal constitucional, en virtud del tiempo que tomaría recabar 50, 100 o 500 mil firmas. Reitero, cualquier reforma constitucional al núcleo constitucional, a sus principios y valores fundamentales, a sus artículos clave, que la propia Constitución debe señalar, y no dejarse a la interpretación, se realizaría a través de un referendo.

en cuyo caso no será reconocido como una norma de reforma constitucional, o bien se considera como tal reforma, en cuyo caso sólo resta la posibilidad de desvelar en sede meramente científico-teórica el carácter revolucionario de dicha creación normativa...".

Por su propio peso cae que la garantía procesal constitucional para solicitar el dictamen al tribunal constitucional, en los casos a los cuales he aludido en el apartado IX y en éste, por tratarse de un análisis abstracto de constitucionalidad, no de un asunto individual, debe corresponder a uno de los instrumentos específicos que las Constituciones crean para dicha clase de análisis. En otras palabras, garantías procesal-constitucionales como el amparo no sería la adecuada, debido a que si los efectos de la sentencia son de carácter particular, y no *erga omnes*, se daría el absurdo de que si se logra resolución favorable, los mismos preceptos constitucionales no se aplicarían a unas cuantas personas y sí a todas las demás.⁷⁶

⁷⁶ CORDOVA VIANELLO, Lorenzo, “Jueces y reforma”, en el periódico *El Universal*, 15 de octubre de 2008, p. A17.