

III. VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MINISTRO GENARO DAVID GÓNGORA PIMENTEL EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 168/2007 Y SU ACUMULADA 169/2007, PROMOVIDAS POR LOS PARTIDOS POLÍTICOS CONVERGENCIA Y NUEVA ALIANZA*

La mayoría de los Ministros consideró que la acción de Inconstitucionalidad es improcedente en contra del procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución Federal. Para llegar a esta conclusión analizan, en primer término, si los procedimientos de reforma y adición a la Constitución son susceptibles de control. Contestado lo anterior en forma afirmativa, estudian si la vía adecuada es la acción de inconstitucionalidad. Seguiré esta ruta trazada por la mayoría para expresar los motivos por los cuales disiento de su criterio.

I. POSIBILIDAD DE CONTROL DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

La sentencia de la mayoría analiza en primer lugar si los procedimientos de reforma y adición a la Constitución Federal,

* *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, Tomo XXVIII, septiembre de 2008, p. 626; IUS: 40095.

así como su contenido material son o no susceptibles de control constitucional vía jurisdiccional.

Al respecto, la sentencia contesta que sí son susceptibles de control los procedimientos de reforma y adición a la Constitución Federal, no así su contenido material.

a) Control formal

Coincido con las consideraciones en torno al control formal de las reformas constitucionales pues, como ya lo he sostenido, las reformas constitucionales se llevan a cabo mediante un procedimiento complejo, con reglas claras, en cuyo desarrollo pueden presentarse vicios como en cualquier otro.

Así, para considerar que nuestra República es auténticamente representativa y democrática, como lo establece el artículo 40 constitucional, resulta necesario que exista certeza de que las modificaciones a la Norma Constitucional son realizadas conforme a lo previsto por la propia Constitución y, para ello, el control jurisdiccional del órgano reformador resulta indispensable.

Sería muy grave que el consenso básico de los mexicanos fuera reformado sin cumplir con los requisitos constitucionales. Sería más grave aún que esta violación pudiera realizarse sin posibilidades de control alguno, pues ello implicaría que los mexicanos podemos defendernos contra las leyes que no cumplen con los requisitos constitucionales, pero no podemos hacerlo en contra de la alteración corrupta de la Norma Fundamental.

Además, en nuestro Estado federal la posibilidad de control de las reformas constitucionales implica una garantía

básica para las entidades federativas, pues éstas deben tener la certeza de que efectivamente se han cumplido los requisitos constitucionales, que se ha tomado en cuenta el parecer de todas las legislaturas y se ha logrado el consenso de la mayoría de éstas, para que una norma llegue a ser efectivamente constitucional y, como tal, les obligue.

Por ello, me parece adecuado que nos apartemos del criterio de que la reforma constitucional encuentra su control en sí misma.¹ Éste es un argumento falaz, ya que el artículo 135 constitucional establece un procedimiento para realizar el cómputo de los votos de las legislaturas y la forma en que se realiza la declaración de aprobación.

En efecto, el artículo 135 constitucional prevé única y exclusivamente una norma de procedimiento legislativo, pues constituye una mera verificación formal, sin una opción de actuación en caso de que la regla prevista se incumpla. No es factible considerar que constituye una forma de control constitucional, entendiendo por esto, un medio jurídico dirigido a la reintegración del orden constitucional cuando éste ha sido desconocido o violado.

¹ 'PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL.- De acuerdo con el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución no es susceptible de control jurisdiccional, ya que lo encuentra en sí mismo; esto es, la función que realizan el Congreso de la Unión, al acordar las modificaciones, las Legislaturas Estatales al aprobarlas, y aquél o la Comisión Permanente al realizar el cómputo de votos de las Legislaturas Locales y, en su caso, la declaración de haber sido aprobadas las reformas constitucionales, no lo hacen en su carácter aislado de órganos ordinarios constituidos, sino en el extraordinario de Órgano Reformador de la Constitución, realizando una función de carácter exclusivamente constitucional, no equiparable a la de ninguno de los órdenes jurídicos parciales, constituyendo de esta manera una función soberana, no sujeta a ningún tipo de control externo, porque en la conformación compleja del órgano y en la atribución constitucional de su función, se encuentra su propia garantía.'

Afirmar que la verificación de esta regla es en sí misma el control, torna al Congreso o a su Comisión Permanente en un órgano autorreferente ¿Qué pasaría si con la aprobación de un número de legislaturas insuficiente esta comisión declarara hecho el cómputo? ¿Ella misma es la que se va a controlar y revocar su declaración? Creo que la respuesta es evidente.

También es de considerarse que el Congreso de la Unión y las Legislaturas del Estado no actúan en ejercicio de facultades extraordinarias, sino en ejercicio de facultades ordinarias que emanan y son reguladas en el artículo 135 constitucional, la composición compleja del órgano es un requisito básico para reformar la Constitución, pero esta situación no le dota de un halo de infalibilidad.

b) Control material

Ahora, por cuanto hace al control material de las reformas constitucionales debo decir que no comparto el criterio de la mayoría, pues me parece que también el contenido material de las reformas a la Constitución puede ser materia de control por parte de este Alto Tribunal.

La sentencia se basa en el argumento de que nuestra Constitución no prevé límites expresos o cláusulas de intangibilidad que otorguen una protección especial a ciertas materias frente a la actuación del Órgano Reformador.

Sin embargo, la Constitución no se reforma a sí misma, lo hace el Congreso de la Unión y las Legislaturas Locales como órganos constituidos, que están sometidos a ella. Me parece

que hay límites que la Constitución no establece expresamente pero que se deducen claramente como exigencias de la propia Constitución que imponen límites inmanentes o implícitos a la actuación del Órgano Reformador.

La Constitución no sólo es texto; debemos concebir a la Constitución como un estadio cultural en el que se recogen los principios democráticos y de libertades sin los cuales no puede concebirse una sociedad democrática y pluralista moderna.

Ya el maestro Mario de la Cueva decía que el Poder Reformador de la Constitución debe detenerse ante los principios que contribuyen a la integración del estilo de vida política del pueblo.

Además, tenemos obligaciones internacionales que limitan la materia de las reformas constitucionales e imponen obligaciones como la no regresividad. ¿Podría el Constituyente Permanente reintroducir la pena de muerte en la Constitución? La Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que los Estados que eliminan la pena de muerte no pueden volver a establecerla. En caso de que se volviera a prever, la Corte Interamericana obligaría al Estado mexicano a reformar la Constitución como ya lo hizo en el caso de la Última Tentación de Cristo, Olmedo Bustos y otros vs. Chile.

Por estas razones, a pesar de que la Constitución no lo diga —aunque siempre le exigimos al Constituyente que nos diga todo expresamente lo que realmente pone en tela de juicio la existencia de un tribunal que la interprete—, se deducen con claridad límites materiales a las reformas constitucionales.

II. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN CONTRA DE REFORMAS CONSTITUCIONALES

No comparto el criterio de mayoría en cuanto afirma que la acción de inconstitucionalidad no es la vía idónea para controlar la constitucionalidad de los procedimientos de reforma a la Norma Fundamental, pues me parece que, si esta vía procede en contra de normas generales emitidas por órganos legislativos, al ser las reformas a la Constitución normas generales emitidas por órganos legislativos, necesariamente son controlables ante este Tribunal Pleno.

La sentencia aduce que el artículo 105, fracción II, no se refiere expresamente a las reformas a la Constitución Federal, sin embargo, ya en el amparo en revisión 2996/96, conocido como el caso Camacho, utilizamos el vocablo leyes en un sentido amplio y no en sentido restringido y decidimos la procedencia del juicio de amparo en contra del procedimiento de reformas a la Constitución, por lo que es posible esta misma interpretación en el presente caso.

La mayoría pretende establecer una diferencia con el caso Camacho, al sostener que en las acciones de inconstitucionalidad el parámetro de control lo constituye la Constitución Federal la cual se constata contra normas de jerarquía inferior. Sin embargo, la diferencia que pretende construir la mayoría es artificial, porque en el juicio de amparo o en cualquier medio de control constitucional el parámetro de control es precisamente la Norma Fundamental, por lo que desde ese punto de vista no existe diferencia alguna. Asimismo, lo que se está constatando es si la norma que se dice constitucional real-

mente lo es por cumplir tanto con los requisitos de procedimiento como con los principios básicos e irreformables de nuestra Norma Fundamental. ¿Sería Constitución una norma que reestableciera la esclavitud?

La misma dificultad que existía en interpretar el vocablo leyes en el artículo 103 constitucional, existe en interpretar normas generales y leyes en la acción de inconstitucionalidad, por lo que la diferencia de tratamiento no se sostiene.

Por otra parte, frente a un problema similar que es el control vía acción de inconstitucionalidad de las reformas a la Constitución Local, el cual no se encuentra expresamente previsto en los incisos de la fracción II del artículo 105 constitucional, hemos aceptado la procedencia de la acción de inconstitucionalidad.²

² ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. TIENE LEGITIMACIÓN PARA PROMOVERLA EN CONTRA DE REFORMAS O ADICIONES A LAS CONSTITUCIONES LOCALES, EL TREINTA Y TRES POR CIENTO DE LOS INTEGRANTES DEL CONGRESO O LEGISLATURA CORRESPONDIENTE SIN TOMARSE EN CONSIDERACIÓN A LOS AYUNTAMIENTOS CUANDO LOS MISMOS DEBAN INTERVENIR.—De lo previsto en los artículos 105, fracción II, inciso d), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 62 de la ley reglamentaria de la materia, se desprende que en los casos en que la acción de inconstitucionalidad se ejercite por integrantes de algún órgano legislativo estatal en contra de leyes expedidas por el propio órgano, la demanda correspondiente deberá estar firmada cuando menos por el equivalente al treinta y tres por ciento de quienes integran el mismo. En este sentido, por 'órgano legislativo estatal' debe entenderse aquel en el que se deposita el Poder Legislativo de un Estado conforme a su propia Constitución, pues éste y no otro es el depositario de dicha función legislativa. Por tanto, cuando en la mencionada vía se plantea la invalidez de una reforma o adición a una Constitución Local para la cual la misma norma requiera la intervención de los Ayuntamientos del propio Estado, como lo establece la Constitución de Tabasco, tal circunstancia no modifica la naturaleza del Congreso Estatal como depositario del Poder Legislativo y órgano emisor de la ley, por lo que el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de dicho cuerpo legislativo sí está legitimado para impugnar dicha reforma o adición. Ello es así, porque del mismo modo en que la aprobación, promulgación y publicación de las leyes que realiza el titular del Poder Ejecutivo no hace que éste forme parte integrante del Congreso, ni que deba tomarse en cuenta para calcular el treinta y tres por ciento de sus miembros, la participación de los Ayuntamientos en el acto de aprobación de las reformas constitucionales que expide el Congreso, no da lugar a que se les considere parte integrante del órgano legislativo pues no actúan como diputados, ni forman un órgano deliberante, sino que, en su carácter de entidades políticas, componentes del Estado, tienen la potestad de manera individual y separada de aprobar o no las nuevas disposiciones que

Si vamos a utilizar el argumento del Constituyente racional y omnisciente, en el sentido de que si el Constituyente lo hubiera querido así lo hubiera dicho, entonces, debe afirmarse que cuando el 22 de agosto de 1996 se agregaron las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral, ya se conocía con claridad el precedente Camacho y si se hubiera querido prohibir el control constitucional de las reformas a la Constitución Federal, también se hubiera manifestado expresamente.

Debemos interpretar el concepto de "normas generales" no en el sentido letrista que pretende la mayoría, ni atendiendo a una supuesta voluntad del Constituyente, sino de manera que haga efectivo el principio de supremacía constitucional.

El acápite del artículo 105, fracción II, constitucional, que establece el contraste entre normas generales (no dice "leyes") y la Constitución, debe servir de clave hermenéutica para la lectura de los distintos incisos que componen dicho precepto. Así, debemos entender que los diversos incisos se refieren a normas generales federales, normas generales locales y normas generales electorales.

Además, me parece innecesario estar preocupándonos por distinguir entre normas generales y leyes, cuando en el precedente del caso Camacho consideramos que las reformas constitucionales son leyes, lo cual se robustece con el

pretendan incorporarse a la Constitución Estatal; esto es, son entes públicos que intervienen en el proceso de formación de las normas locales supremas para validar con su voto las modificaciones a la Constitución, discutidas y aprobadas previamente por el Congreso Local como órgano legislativo que permanentemente ejercita esa función." (P./J. 18/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XIII, marzo de 2001, página 469).

contenido del artículo 133 constitucional, en el cual la propia Constitución se define como Ley Suprema de la Unión.

Bajo esta interpretación, siendo las reformas constitucionales normas generales o leyes, válidamente pueden conceptualizarse como normas federales y eventualmente electorales, atendiendo a su contenido, en la misma manera en que la Constitución contiene normas adjetivas, orgánicas, relativas a derechos fundamentales, etcétera. ¿o acaso el artículo 123 no es materia laboral?

Si hemos dicho que no es el nombre de la ley sino su contenido lo que le da naturaleza electoral, este mismo estándar debe aplicarse en el caso para determinar la legitimación de los promoventes para hacer valer la acción de inconstitucionalidad.

Entendiendo a la Constitución como norma y a la vez entendida como un estado cultural más amplio que un texto, puede una de sus partes que es norma, contrastarse contra el todo, lo que surte la hipótesis de procedencia del artículo 105, fracción II, en cuanto permite el contraste entre normas generales y la Constitución.

Además tomando en cuenta los efectos generales de la acción de inconstitucionalidad, considero que ésta es la vía idónea para controlar las reformas a la Constitución y evitar que pasen a formar parte de ésta, normas contrarias a sus reglas de procedimientos y a los valores del constitucionalismo.

Por estas razones estoy en contra de la mayoría y considero que la acción de inconstitucionalidad es una vía procedente para plantear la inconstitucionalidad de las reformas

a la Constitución y, además, que al ser una reforma de contenido electoral, los partidos políticos promoventes cuentan con la legitimación necesaria para su promoción.

Nota: La ejecutoria relativa a la acción de inconstitucionalidad 168/2007 y su acumulada 169/2007, que contiene el criterio respecto del cual se formuló este voto, aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVIII, agosto de 2008, página 183.