



ANÁLISIS JURÍDICO

CHOQUE DE
SOBERANÍAS

Para el abogado constitucionalista José Elías Romero Apis, la única y verdadera soberana de México es la Constitución Política. Por lo que, respecto a la reforma judicial, la SCJN tendría la última palabra.

PRIMERA | PÁGS. 10 Y 11

REFORMA
JUDICIALSOBERANÍA
CONSTITUYENTE

VS.

SOBERANÍA
CONSTITUCIONAL

POR JOSÉ ELÍAS ROMERO APIS
Presidente de la Federación Mexicana de la Constitución

NUNCA DEBEMOS OLVIDAR que la Constitución no dice lo que dice, sino que dice lo que la Suprema Corte dice que dice

UN COMENTARIO PRELIMINAR

Sigue siendo un enigma para la ciencia jurídica y para la ciencia política si la Constitución proviene de la soberanía o si la soberanía proviene de la constitución.

Este documento se refiere al proceso de reforma judicial constitucional que se encuentra en desarrollo. Tan sólo pretende ser un análisis jurídico y nada más. En él no se contienen análisis de naturaleza política ni de otra índole. Por eso no aborda lo ontológico, ni lo teleológico, ni lo pragmático de esta posible reforma.

En lo ontológico no se contienen pronunciamientos sobre si la reforma es buena o es mala. Eso ya lo he expuesto públicamente en más de 30 publicaciones y participaciones. En lo teleológico no se contienen pronunciamientos de si con las normas propuestas se podrán lograr las finalidades que se prometen. Y en lo pragmático no se contienen pronunciamientos sobre lo que puede costar en lo político, lo económico, lo comercial, lo bursátil, lo monetario, lo diplomático, lo laboral y lo histórico. Análisis jurídico y nada más.



La idea de escribirlo surgió de una entrevista que me hiciera Pascal Beltrán del Río en la que me permití exponer la base de estas líneas. La respuesta de su amplio e importante auditorio fue muy sorprendente para mí. El tema es muy complicado y estoy acostumbrado a que estos asuntos sean preferentes del reducido interés de los académicos que del gran público en general.

Pero me agradó mucho ver que los mexicanos están muy interesados en el devenir de un asunto tan complejo y tan importante para todos nosotros, como lo puede ser la energía nuclear, la inteligencia artificial o la medicina genética.

¿En qué nos basamos para afirmar lo que aquí afirmamos?

En cuanto a normas, en el artículo 39 de nuestra Constitución Política (CP), en el artículo 61 de la Ley de Amparo (LA) y en todas las demás que le son aplicables y correlativas.

En cuanto a principios jurídicos, en el principio de legalidad, en el principio de control constitucional, en el principio de soberanía y en el principio de supremacía

constitucional.

En cuanto a precedentes, en muchos que le son aplicables, entre ellos el caso Manuel Camacho. Pero, preferentemente, en el ya legendario y firme caso *Marbury vs. Madison*, que hoy es un principio jurídico universal.

En cuanto a doctrina, además de todos los tratadistas clásicos, para su ubicación en el caso concreto actual tan sólo recurriría, por lo que vamos a expresar, en lo dicho por muchos de mis amigos e interlocutores y talentosos tratadistas.

Considero muy honesto y obligado aclarar al amable lector que no todas estas ideas son producto original de mi pensamiento. Ojalá yo fuera capaz de ese nivel tan lejano a mis alcances. Pero tributo el crédito debido a mis amigos con los que me he nutrido. Pascal Beltrán del Río, Ricardo Sodi Cuéllar, Raúl Contreras Bustamante, Diego Valadés, Lorenzo Córdova, Flavio Galván, José Ramón Cossío, María Amparo Casar, Federico Reyes Heróles, Rafael Estrada Michel, Ismael Reyes Retana y Rogelio Rodríguez Garduño.

Como en otras ocasiones, omito a muchos talentosos que se han expresado con lucidez, porque dada su cercanía con la controversia bien sea como legisladores, como juzgadores, como dirigentes gremiales o como figuras de opinión pública, mi voz no sería correcta.

¿Por qué he dicho que se enfrentan dos soberanías?

Porque las dos que pudieran llegar a enfrentarse están utilizando un poder supremo que les ha sido conferido.

Ellas son, por una parte, el Poder Constituyente Permanente (PCP) y, por la otra, la Suprema Corte de Justicia (SCJ).

En estricto rigor, debe reconocerse que ninguna está invadiendo a la otra, sino que tan sólo están utilizando facultades soberanas de las que están investidas. Además, esas facultades no tienen limitación expresa sino, más aún, están dispuestas de manera ilimitada por un texto no del todo afortunado, determinado en el artículo 61 de la Ley de Amparo (LA).

¿Qué es lo que se discute?

Se ha generado una polémica muy llena de tintes políticos, pero que también

ha llevado a diversos pronunciamientos académicos y científicos. De manera sintética la litis pudiera centrarse en si la SCJ puede frenar la reforma constitucional judicial, en caso de que ésta fuera aprobada.

Existen varios referentes en los cuales se apoyan quienes afirman y quienes niegan esa potestad del máximo tribunal y que se refieren tanto al texto expreso de nuestras leyes como a razonamientos de carácter jurídico de muy serio contenido constitucional.

Las corrientes básicas del pensamiento jurídico que nos divide a los abogados en dos grandes grupos, no necesariamente nos lleva a una solución clara y definitiva. Ni los positivistas ni los naturalistas, como se llaman dichas corrientes, hemos llegado a un punto de verdad científica incuestionable.

Esta polémica puede suponerse que, incluso, llegará al pleno de la SCJ y ella será el núcleo del debate o, como decimos los abogados, la litis de la cuestión o causa litis. Pero sirva como adelanto que estamos en presencia concreta y real de un conflicto de soberanías y esto será el punto crucial del asunto.

Adelanto que yo soy de los que considera, sin lugar a dudas, que la SCJ puede cancelar la posible reforma constitucional. Me atengo a las refutaciones ya esperadas que genere mi afirmación y mi convicción.

¿Por qué el debate se genera en la ley?

Para comenzar porque la ley dice que tanto el PCP como la SCJ son poderes soberanos, ya que nadie los puede cuestionar ni corregir. Pero el problema es que ahora se enfrentan y tenemos que resolver para uno o para otro criterio.

Vamos a la Ley de Amparo (LA), la cual establece ambas soberanías de manera contradictoria. El artículo 61 dice, en una de sus fracciones, que el amparo es improcedente en contra de reformas constitucionales. Luego entonces, ésta que podemos vivir en unos días sería un caso clarísimo de

improcedencia.

Pero el asunto no es tan fácil porque sí, a pesar de ello, la SCJ decide conocer del asunto como ya ha sucedido en la historia, su resolución también sería soberana.

Ello se debe a que el propio artículo 61 de LA dice en otra de sus fracciones que el amparo es improcedente en contra de resoluciones de la SCJ. Es decir, lo que resuelva, bien o mal, es irremediable e inatacable. En contra de ello, no hay recurso posible.

El mismo artículo 61 de LA dice que nada se puede hacer en contra de lo que expida el PCP, pero tampoco es posible hacer algo en contra de lo que dicte la SCJ.



¿Cuáles son los referentes históricos a que nos referimos?

-Habría muchos, pero el más importante e incuestionable es el caso *Marbury vs. Madison*.

La Suprema Corte de los Estados Unidos de América, con un itinerario muy similar a la mexicana, no nació con la majestuosa función que hoy tiene encomendada. Los fundadores de la nación norteamericana lograron, exitosamente, constituir la primera república de la era moderna.

Pero una de las muy pocas omisiones que contuvo originalmente la carta de Filadelfia fue la referente al control constitucional. Benjamín Franklin dijo, en su discurso de clausura de la asamblea constitucional, que no habían logrado hacer una Constitución perfecta, pero que lo que habían logrado no se alejaba mucho de serlo.

Trataré de explicarme. La Constitución federal dividió la competencia de los estados y de la Federación y creó, para cada uno, un gobierno con tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial.

El Poder Judicial de la Federación se depositó en una Suprema Corte de Justicia, cuya encomienda original era, exclusivamente, la de resolver los litigios del orden federal. Por lo tanto, los poderes judiciales de los estados resolverían los litigios del orden común. Pero a ningún tribunal se le dio la encomienda de vigilar el respeto a la Constitución.

En el año de 1803 habría de ser sometido a la consideración de la Suprema Corte un importantísimo caso que vendría a revolucionar la concepción y el alcance del Poder Judicial de la Federación y con el cual se habría de resolver la lucha por abrirse paso hacia el poder y la dignidad. Ése fue el célebre caso *Marbury vs. Madison*.

No viene al caso detallar lo que litigaban el juez William Marbury contra el secretario de Estado, James Madison. Lo trascendente fue que la Suprema Corte resolvió que correspondía a ella anular cualquier acto contrario a la Constitución, proviniera éste de cualquier autoridad: ejecutiva, legislativa o judicial y sin importar si era de naturaleza federal, estatal o municipal.

Esto implicó un acto de poder puro. La ley suprema no le confería esa facultad a la Corte suprema. Pues, aún sin ello, resolvió autoconferírsela. Todos, desde luego, lo hemos aplaudido. La omisión de prever un órgano vigilante y custodio del respeto constitucional era un despropósito que instalaba un instante virtual de vacío de poder que había de ser colmado, como siempre sucede.

Es decir, la Suprema Corte se convirtió en defensora del ciudadano contra toda autoridad, cualquiera que ésta fuera, si su actuación contraviniera a la Constitución. La Suprema Corte era presidida, en ese entonces, por un ministro honorable, valiente y visionario: John Marshall. Muchos de sus sucesores, aunque no todos, habrían de poseer las mismas cualidades.

En México, el itinerario fue muy similar y, en ocasiones, con un mayor alcance. También nuestra Suprema Corte nació limitada, pero habría de evolucionar no sólo con casos notables como el de Manuel Vega que es el equivalente mexicano al caso *Marbury vs. Madison* sino, también, con un sistema integral de protección constitucional al que los mexicanos le hemos dado el majestuoso nombre de amparo.

¿Qué son las soberanías?

Pero, más allá de todo concepto clásico, debe quedar en claro que la soberanía se compone de dos elementos indispensables e inseparables. La supremacía y la independencia. Aquella concierne a lo interior y la segunda se refiere a lo exterior.

Existe la soberanía, en lo interior, cuando ninguna norma jurídica o política puede imponerse a la regla de ejercicio originario de poder. Podría considerarse a ésta como un elemento "supuesto", utilizando la terminología de Hans Kelsen, a diferencia del resto de las normas jurídicas cuya validez depende no de una suposición, sino de una posición.

Pero la validez y alcance de la norma constitucional no dependen de su formalidad, sino de su esencialidad. No es importante cómo se genera, sino que existe como acto de creencia colectiva convertida en realidad de ejercicio político. Es éste el factor de supremacía en la formación de la soberanía.

A su vez existe la soberanía, en lo exterior, cuando ningún otro orden jurídico o político puede imponerse a la regla de ejercicio originario de poder. Este elemento se genera a partir de que el propio sistema jurídico y político no dependa de otra sociedad para gestarse y para operarse. No llega a ser un elemento de formalidad jurídica, pero en mucho se le parece. Este es el factor de independencia en la formación de la soberanía.

Así queda en claro que toda organización que carezca de alguno de estos dos elementos carece de soberanía. Si no hay supremacía o si no existe independencia, no se está en presencia de un orden jurídico o político soberano.

El mencionado artículo 39 faculta para la realización de los cambios en el diseño del gobierno, pero tan sólo parcialmente, puesto que tan sólo lo permite en cuanto a la forma del gobierno, pero no al fondo, como ya lo dijimos.



Son estos los tiempos en los que resulta poco clara la soberanía. Ha ido perdiendo nitidez la concepción y la práctica. Por eso, estos ejercicios nacionales nos vienen a refrescar lo ya olvidado.

¿Qué dice el artículo 39 constitucional?

Dice que "el pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno".

Cuando esta atribución que el pueblo ejerce a través del PCP la ley por primera vez como estudiante, me dio la impresión de que el PCP podía cambiar absolutamente toda la Constitución Política (CP).

Nada más equivocado. Pero habría de pasar mucho tiempo y mucha reflexión para recapacitar en mi error, el cual sigue siendo muy generalizado. Por eso, hoy nos encontramos en este debate.

Porque la soberanía del PCP no es absoluta ni tiene el suficiente poder jurídico para reformar toda la Constitución Política.

Para comenzar, porque el mencionado artículo 39 constitucional

se refiere a "forma de gobierno". Ni siquiera al fondo del poder gobernante, sino tan sólo a su forma, como quiera entenderse esta expresión. Podría cambiar que tengamos 300 diputados y no 500, o que nuestros ministros sean 5 y no 11, o que nuestros gobernadores duren 7 años y no 6.

Pero no podría cambiar el sistema democrático, por mencionar tan sólo un ejemplo. Porque la democracia gubernamental no es forma, sino fondo.

Por si esto fuera poco, la CP no sólo se refiere al gobierno ni mucho menos tan sólo a su forma. En mi curso universitario de Derecho Constitucional señalé 8 temas esenciales a los que se aplica regulatoriamente la CP.

De todos éstos, el mencionado artículo 39 faculta para la realización de los cambios en el diseño del gobierno. Pero tan sólo parcialmente, puesto que tan sólo lo permite en cuanto a la forma del gobierno, pero no al fondo, como ya lo dijimos.

El PCP no puede tocar los otros 7 temas esenciales que son 1) la normatividad esencial del Estado mexicano; 2) el status de las personas; 3) el status del territorio; 4) el status de las leyes; 5) el principio de legalidad; 6) las garantías constitucionales; 7) los procesos constitucionales. Todos estos temas normativos no pueden ser tocados por ningún poder.

Por eso, a ejemplo, no se ha eliminado ni una sola de las garantías constitucionales que se han ido agregando en 100 años y que han hecho de la mexicana la Constitución más rica del planeta en protección constitucional.

Ello es por la sencilla razón de que la única y verdadera soberana de México es la Constitución Política. No hay poder político que a ella pueda anteponerse ni, mucho menos, que pueda sobreponerse.

Así, por ejemplo, de cada uno de los 7 capítulos intocables podríamos decir que ninguna reforma puede desaparecer a México como Estado, o decir que los mexicanos de tal partido ya no somos mexicanos, o que Texas y Guatemala pertenecen a México, o que Chiapas y Baja California ya quisieron separarse de nosotros, o que ya se eliminaron algunas garantías constitucionales, o que la ley ya no es la ley.

Todo eso no lo puede tocar nadie porque nadie puede tocar a la soberana Constitución. Ni con mayoría calificada, ni con votos unánimes, ni con consultas populares, ni con pueblos sabios y buenos.

¿Hay soberanía limitada o siempre es ilimitada?

A primera vista siempre tendemos a pensar que la soberanía es absolutamente ilimitada o no es soberanía. Eso es un sofisma o una falacia. Digamos, más modestamente, que es un error. Ello se genera esencialmente porque, como el concepto de soberanía se forma de la combinación de factores que son la supremacía y la independencia, caemos en la idea de creer que se puede ser supremo para todo y de que se puede ser independiente para todo.

Hasta que el conocimiento nos permite darnos cuenta de que la soberanía ni es ilimitada, ni debe serlo, ni puede serlo. Menciono algunos ejemplos.

La soberanía de México llega hasta donde llega la soberanía de los Estados Unidos o la de Guatemala. Ni más allá y más acá. Y con eso ya estamos viendo que es limitada. Paso de lo territorial a lo gubernamental. Nosotros no podemos votar el gobierno de Francia, en lo político. Nosotros no podemos decidir la guerra o la paz entre Rusia y Ucrania, en lo militar. Claro que tenemos límites.

Y ellos también los tienen. El Congreso de los Estados Unidos y el presidente de Rusia y toda la ONU juntos, no pueden decidir siquiera a quien designar como agente de tránsito en Chalchicomula, Puebla.

Ya nos queda en claro que no es cierto que la soberanía es limitada o no es soberanía. Por el contrario, la soberanía es limitada o no es soberanía, sino un desorden político con nombre de barriada.

¿Cómo funciona todo esto en el caso que nos ocupa?

Como ya lo habíamos adelantado, esto no lleva a un choque de soberanías o, si se prefiere, de aparentes soberanías.

Una de ellas es la soberanía del PCP que puede hacer todo lo que quiera con la forma de gobierno, pero no con otras normas de la CP. Y esta reforma no sólo incide sobre formalidades burocráticas, sino sobre derechos sustantivos y, por añadidura, garantizados.

Podrá disponer a quienes se designa y cuánto durarán o cuál será su trabajo. Pero no puede afectar derechos de los trabajadores, porque los protege la Constitución. Ni puede afectar a los que litigan buscando justicia, porque los protege la Constitución. Ni puede afectar las características y las calidades de la justicia, porque las ordena la Constitución.

En todo esto, el PCP no tiene soberanía y ni siquiera tiene atribuciones. Allí tiene que entrar otra soberanía que es la de la SCJ y que llamamos soberanía constitucional. Aquí es donde entra lo que se llama control de constitucionalidad y que ésta es su atribución soberana.



Dicho en terminos conclusivos y concretos, el PCP es soberano ante la forma de gobierno y, ante ello, nada puede hacer la SCJ. Pero si se sale de ese campo, claro que lo puede reprimir. Puede hacer lo que quiera en el Río Churubusco porque allí es soberano, pero mientras no cruce el Río Bravo o el Río Suchiate, porque allí no es nada. Así como la SCJ no puede reformar la CP, pero puede frenar a quien pretenda reformarla sin fundamento jurídico.

¿Cuáles son los tiempos para resolver esta disputa?

-Para algunos, el tiempo se acaba cuando se decreta la reforma. Pero yo no estoy de acuerdo y considero que los tiempos son suficientes hasta que se agoste la *vacatio legis* con lo cual adquirirá una vigencia efectiva y no tan sólo declarativa. O hasta que se realice el primer acto de aplicación, bien sea acto general o acto particular.

En términos paisanos, estamos hablando de que puede resolverse en meses o en años, mientras los cuales no pasa nada ni daña en algo.

¿Cuál es la solución?

Es muy concreto de explicar. Lo primero sería que la SCJ suspendiera el proceso de expedición de la reforma constitucional. De otra manera, cancelando sus efectos y su aplicación si dicha reforma ya hubiere sido expedida.

¿Qué quiere decir que la SCJ es la suprema intérprete y defensora de la Constitución Política?

En todos los países existe la necesidad y conveniencia que alguien

vigile e impida que las autoridades de cualquier nivel vulneren la Constitución. Eso se llama control constitucional o control de la constitucionalidad.

Normalmente se le encarga a un tribunal y bajo un procedimiento judicial en el que puedan alegar tanto el ciudadano acusador como la autoridad acusada.

En algunos países se le encarga al mismo tribunal que funciona como tribunal supremo. Ese es el caso de México y de los Estados Unidos, entre muchos otros países y ésa es la Suprema Corte de Justicia (SCJ). En otros países se encarga a otro tribunal diferente al supremo y se le llama tribunal de control constitucional o tribunal de constitucionalidad.

Los procesos para dirimir la controversia en México son tres. El más conocido y más utilizado en el juicio de amparo, que es el que podemos utilizar todos los gobernados.

Pero existen otros dos que tan solo pueden ser utilizados por autoridades o similares y que se llaman controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad. El amparo son el 99.99% de esos procesos, mientras que los otros dos son excepcionales y rarísimos.

Ahora bien, ése es su papel como defensora de la CP. Pero además es su máxima intérprete. Resulta que es frecuente que las constituciones sean breves y concisas. Eso implica que también sean omisas, oscuras o contradictorias. Como ejemplos muy recientes recuerdo los debates sobre el aborto, sobre los hidrocarburos y sobre la representación parlamentaria.

Por eso se ha acuñado el aforismo universal que nunca debemos olvidar y que hoy viene al caso en el sentido de que la Constitución no dice lo que dice, sino que la Constitución dice lo que la Suprema Corte dice que dice.

No lo digo yo, sino que lo ha aceptado todo el mundo civilizado.

Ya nos queda en claro que no es cierto que la soberanía es limitada o no es soberanía. Por el contrario, la soberanía es limitada o no es soberanía, sino un desorden político con nombre de barriada. La soberanía de México llega hasta dónde llega la soberanía de otros países y viceversa