

MITOS Y PARADIGMAS SOBRE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA Y SU REFORMA. BREVE REFLEXIÓN EN TORNO AL PRÓXIMO CENTENARIO Y ANTE LA NECESIDAD DE UNA NUEVA CONSTITUCIONALIDAD.

José Luis CABALLERO OCHOA*

SUMARIO: I. *Nota introductoria.* II. *Mitos sobre la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* III. *Consideración sobre la propuesta sustentada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.* IV. *Conclusión. Nuevos paradigmas que tendrían que plantearse una nueva constitucionalidad.*

I. NOTA INTRODUCTORIA¹

Ante el Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o la Constitución), y en el contexto de lo que se está perfilando en México, mi propuesta puntual tiene como cometido analizar algunos de los mitos que giran en torno a la reforma constitucional y sus implicaciones. De igual forma, hago un breve comentario sobre la propuesta coordinada por los Doctores Héctor Fix-Fierro y Diego Valadés, “*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado. Anteproyecto*” y que ha sido asumida por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (o indistintamente, IJJ-UNAM) como un proyecto de resignificación del texto constitucional

* Académico – investigador en la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Agradezco a Cuba Flores Aranda y a Daniel Álvarez Toledo sus puntos de vista sobre este trabajo.

¹ En este texto desarrollo la ponencia presentada el día 5 de febrero de 2016, en el marco del VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional en la ciudad de San Luis Potosí, coordinado por los Doctores José Ma. Serna de la Garza e Isidro de los Santos Olivo.

en razón de su “extensión, desorden, asistematicidad y descuido de técnica jurídica.”²

Básicamente su idea es, sin cambiar los contenidos, llevar algunas partes más propias de otro tipo de normas que de una Constitución a una Ley de Desarrollo Constitucional —dando así carta de naturalización a las también llamadas “leyes orgánicas”— y reordenar algunos contenidos en otras secciones del texto.

Finalmente, hago un breve recuento de los paradigmas que, a mi juicio, deben replantearse en un ejercicio más amplio de una nueva constitucionalidad y que deberían cruzar el eje de discusión en torno al Centenario; más allá de la pertinencia o no de adoptar un nuevo texto, tema que desde al menos un par de décadas se discute entre nosotros, ya en la academia o en diversos foros públicos.

II. MITOS SOBRE LA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Las constituciones nacen con una marcada aspiración de estabilidad, pero con el tiempo las reglas, principios y valores que encarnan pueden tornarse obsoletos; es una gran paradoja que se debe solventar, mayormente por vía de interpretación, como garantía ordinaria de viabilidad constitucional; y, al mismo tiempo, deben transitar a la postre, las reformas que se requieran cuando no sea posible el ajuste interpretativo – la garantía extraordinaria.³ Por ello es necesario prever mecanismos que permitan su adecuación a la realidad social del momento, y con eso garanticen su pretensión de ser un texto perenne, como en el caso mexicano establece el artículo 136 de la CPEUM.⁴ Sin embargo, nuestro país alberga una serie de construcciones epistemológicas que pretenden condicionar la realidad a un supuesto ima-

² Fix-Fierro, Hector y Valadés, Diego (Coords.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado. Anteproyecto*, IJ-UNAM, México, 2016, p. 1.

³ Tomo las expresiones “garantía ordinaria” y “garantía extraordinaria” de Javier Pérez Royo, en su magnífico trabajo “Del derecho político al derecho constitucional: las garantías constitucionales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 12, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, mayo – agosto de 1992.

⁴ “Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aún y cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta”

ginario pacífico en torno a la reforma constitucional⁵ y que se han fortalecido como “mitos”, porque le atribuyen a este procedimiento cualidades o excelencias⁶ de las que carece.

Un mito es el que sostiene que al “elevar” (así, empleando ese verbo) a rango constitucional las diferentes previsiones normativas, mágicamente éstas adquieren un estatuto de pureza ontológica, vacunado de cualquier afectación de ambigüedad, incoherencia, desde luego, inconstitucionalidad con respecto a otras previsiones presentes en el texto. Además, soporta la idea de que es necesario reformar la Constitución continuamente, incluso con cuestiones que bien podrían encontrarse en otro tipo de normas, pero ante la “debilidad” que ofrece el resto de ámbitos normativos en relación con el estrato constitucional.

Es una especie de Constitución fetiche, que manda el mensaje de que dicha elevación a rango constitucional genera un círculo absolutamente aséptico en torno al contenido normativo. Un ejemplo interesante y, al mismo tiempo, desastroso es haber “elevado” a rango constitucional la institución del arraigo en 2008, cuando desde 2005 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o Suprema Corte) había determinado su inconstitucionalidad.

Emerge también el mito relativo al mismo proceso de reforma constitucional, como solvente en sí mismo, cuando en el artículo 135 de la CPEUM se encuentran algunas lagunas; por ejemplo, si efectivamente o no, sería posible modificar cualquier precepto constitucional e introducir cuestiones regresivas, especialmente en materia de derechos humanos; o bien, la cabal dimensión de la participación de las entidades federativas, y la forma de efectuar el computo de sus votos. Otro tema pasa por la conformación o no de un órgano *ad hoc* para llevar a cabo la tarea de la reforma;⁷ y así, incluso, la imposibilidad real de controvertir la aplicación de esta disposición, que es muy amplia y afectada de alguna vaguedad, según mi punto de vista.

⁵ Como seguramente sucede en la mayoría de los estados constitucionales; véase por ejemplo la dificultad de la reforma constitucional en España, por cuestiones del propio diseño de la Constitución de 1978, y también por las cuestiones políticas que debe transitar, especialmente cuando se trata de una reforma por medio del procedimiento agravado.

⁶ Según la definición de “mito” de la RAE, <http://dle.rae.es/?id=PQ2MIWus|PQ2MfIC3>

⁷ El texto establece: “La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México”.

Otro mito, es el de la imposibilidad de cuestionar la constitucionalidad de las reformas constitucionales por cualquier vía.⁸ Las razones que la Suprema Corte ha dado para no entrar a conocer de fondo —incluso cuestiones implicadas en el mismo procedimiento de reforma constitucional— se dirigen a la idea de que el Órgano Reformador de la Constitución no tuvo la intención de que las modificaciones a la Constitución o su proceso de creación, puedan ser sometidas a un control de constitucionalidad, pues para ello se estableció el procedimiento especial que se regula en el artículo 135.

Sobre estos tres mitos, indefectiblemente conectados, reflexiono brevemente.

1. *El mito sobre la necesidad de la reforma constitucional: la Constitución fetiche*

En nuestro país subsisten una serie de lugares comunes sobre el sentido de la construcción del texto constitucional y sobre la proclividad de acudir indiscriminadamente al procedimiento de reforma constitucional, que si no se replantean, no nos permitirán situarnos en un estado de cosas distinto ante la reflexión que debe impulsar el Centenario.

Me parece que un mito se afianza en la rigidez de la Constitución que, paradójicamente, conforma un imaginario bajo el cual se protege la hipercatividad de la reforma constitucional, e intenta exorcizar cualquier sospecha de un déficit del texto profusamente modificado, en una numeralia que nos asombra cada día.⁹ Es decir, como tenemos un procedimiento rígido, entonces no importa las veces que se pueda emplear. En realidad, es una cuestión que patentiza la fragilidad de la actualización del texto por vía de interpretación y la adecuación constitucional cotidiana en legislación, política pública, decisiones judiciales.

Esta especie de garantía en el procedimiento agravado, solventa la idea de que todo lo que se incorpora a la CPEUM la actualiza, la vigoriza, adquiere posibilidades de producir cambios, y ha permitido transitar la enorme cantidad de reformas sin cuestionar una problemática más de fondo que

⁸ A lo largo de los años, la SCJN se ha pronunciado al respecto, al señalar que ni el amparo, ni la controversia constitucional, ni la acción de inconstitucionalidad son vías idóneas para controvertir una reforma.

⁹ En sus 99 años de existencia, se han emitido 642 reformas o adiciones. Las últimas dos reformas son: el Decreto de desindexación del salario mínimo, publicado en el Diario Oficial de la Federación (D.O.F.) el 27 de enero de 2016; y el Decreto de Reforma Política de la Ciudad de México, publicado en el D.O.F., el día 29 de enero de 2016.

se encuentra detrás: la debilidad misma del texto, que se integra por disposiciones de distinta naturaleza e índole no propias de una Constitución; las suspicacias políticas y la desconfianza de poder lograr acuerdos, elevando el costo a nivel constitucional de lo que es posible manipular en la legislación que no se vota por mayoría reforzada;¹⁰ la debilidad del Poder Judicial, que no ha sido del todo eficaz en la adecuación del texto, a través de la interpretación; de las mismas entidades federativas, que han aprobado sin mayor cuestionamiento todo lo que ha sido reformado o adicionado previamente por el Congreso de la Unión.

2. *El mito sobre la construcción de la reforma constitucional:*
¿Quién lo hace? ¿Cómo lo hace?

De la mano de la idea de la garantía del procedimiento reforzado, como garantía del contenido, va también la idea de las capacidades del Órgano Reformador de la Constitución (el llamado “constituyente permanente”), que se conformaría como un órgano *ad hoc*, no susceptible de revisión.

La ruta interpretativa de la Suprema Corte en relación con la imposibilidad absoluta para ejercer un control mínimo al Órgano Reformador de la Constitución, tuvo su máxima expresión con la resolución de la Controversia Constitucional 82/2001, presentada por el Ayuntamiento de San Pedro Quiatóni, Oaxaca, ante la reforma constitucional en materia indígena, de 14 de agosto de 2001. En una de las tesis de jurisprudencia emitidas, la SCJN señaló que la función realizada por el Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, no se hace 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 ninguno de los ordenes jurídicos parciales”¹¹ Más adelante, al referir a la imposibilidad de ejercer algún control a la tarea de este órgano, la SCJN señaló que tal impedimento se debe a que “en la conformación compleja del órgano y en la atribución constitucional de su función, se encuentra su propia garantía.”¹²

¹⁰ Como lo ha señalado Pedro Salazar, “Sobre la democracia constitucional en México (pistas para arqueólogos)”, *Política y derecho. Derechos y garantías. Cinco ensayos latinoamericanos*, México, Fontamara, 2013, p. 99

¹¹ Se trata de la Tesis P./J. 39/2002, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVI, septiembre de 2002, p. 1136, de rubro: “PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL”.

¹² *Idem*.

Estas razones, que permiten la abdicación de la SCJN para revisar el procedimiento y el producto de la reforma, están pues en la conformación y en la atribución del órgano. Lo enormemente preocupante, es que más allá de la “conformación compleja”, nos encontramos necesariamente frente a un órgano constituido que se sustrae automáticamente de uno de los engranajes del principio de la división del poder: el control.

La “conformación compleja” también ha permitido transitar cualquier cuestionamiento que se haga al Órgano Reformador de la Constitución incluso, como ya señalaba, las ambigüedades que se desprenden del artículo 135 de la CPEUM y de su práctica cotidiana, como es el concluir el cómputo de las votaciones de las entidades federativas cuando se obtiene la mayoría de votos en el sentido aprobatorio, sin esperar el pronunciamiento del resto de las legislaturas. En la misma Controversia Constitucional 82/2001, el Ayuntamiento de San Pedro Quiantoní argumentó que el proceso a través del cual había derivado esa reforma constitucional era irregular, y que ello obedecía a que la Comisión Permanente, al momento de realizar el cómputo de las votaciones emitidas por las Legislaturas de los estados, no había tenido a la vista su totalidad, pues le había bastado con la aprobación de las 17 entidades suficientes para obtener la mayoría. Para abonar a los silencios de la disposición, ahora se suma cómo proceder en caso de empate de las entidades federativas en la aprobación de la reforma constitucional, porque nos encontramos ya frente a las 32 integrantes, habiéndose incluido a la Ciudad de México, mediante la reforma constitucional de 29 de enero de 2016.

3. *El mito sobre el control de la reforma constitucional*

Otro mito, férreo, ha sido la imposibilidad de cuestionar el trabajo del Órgano Reformador de la Constitución, que además se ha acompañado de criterios inconsistentes de la Suprema Corte.

Con independencia del antecedente más remoto e importante en las últimas décadas, el decreto de reformas constitucionales de 17 de noviembre de 1982, que reformó el artículo 28, quinto párrafo de la CPEUM, sobre el monopolio del Estado en materia de banca y crédito, y que fue impugnado por vía de amparo,¹³ la SCJN conoció del amparo en revisión 1334/98 (el

¹³ Una importante reflexión sobre el tema y en particular sobre este caso en González Schmal, Raúl, “¿Una reforma a la Constitución puede ser inconstitucional?”, *Memoria del Simposio Internacional, El significado actual de la Constitución*, México, IJ-UNAM, 1998, p. 320

llamado “Caso Camacho Solís”)¹⁴ A partir de este asunto, la Suprema Corte entendió que el ejercicio de la reforma constitucional debía respetar el contenido del artículo 135 de la CPEUM, reconociendo al Órgano Reformador de la Constitución como poder constituido subordinado en todo caso al mandato que, por lo que respecta a los requisitos de su funcionamiento, contiene el texto constitucional.

En este sentido, la idea de concebir al poder que realiza la reforma —más allá de su necesaria sofisticación— como un poder constituido, es central para el tema del control. A *contrario sensu*, evidentemente el concepto de “constituyente permanente” refuerza el imaginario de la subsistencia de un órgano primario no sujeto a ningún tipo de supervisión lo que, como ya señalaba, pugna con las dimensiones del ejercicio del poder en un Estado constitucional.¹⁵ Esta decisión de la Suprema Corte supuso, en su momento, una transformación de máxima relevancia, pues a partir de los criterios surgidos en la resolución de este asunto, era posible interponer el juicio de amparo en contra de la reforma constitucional que se considerase que no había cumplido con los requisitos de carácter procedimental.¹⁶

No obstante lo anterior, el momento más alto de la abdicación de la Suprema Corte en su tarea de control de los órganos del poder público, vino con la Controversia Constitucional 82/2001 ya citada. El 6 de septiembre de 2002, la SCJN determinó que la institución procesal de la controversia constitucional no era un medio idóneo para controvertir el proceso que da origen a una reforma constitucional, así como la imposibilidad absoluta de

¹⁴ Sobre el particular también reflexiona Raúl González Schmal, *Ibidem*, pp. 321 – 322. De igual forma, Miguel Carbonell, “Reforma constitucional: límites y controles”, en Astudillo, César y Córdova Vianello, Lorenzo (Coords), *Reforma y control de la Constitución*, México, IJ – UNAM, 2011, pp. 33 – 36.

¹⁵ En este mismo sentido, Miguel Carbonell califica esta posición como “peligrosa idea”; no habría tal reiteración de un “poder constituyente” con calidad de permanente. *Ibidem*, p. 34.

¹⁶ Ver Tesis P. LXII/99, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, t. X, septiembre de 1999, p. 11, de rubro: “REFORMA CONSTITUCIONAL, AMPARO CONTRA SU PROCESO DE CREACIÓN. EL INTERÉS JURÍDICO DERIVA DE LA AFECTACIÓN QUE PRODUCE, EN LA ESFERA DE DERECHOS DEL QUEJOSO, EL CONTENIDO DE LOS PRECEPTOS MODIFICADOS”. Tesis P. LXVI/99, *Ibidem*, p. 12, de rubro: “REFORMA CONSTITUCIONAL, AMPARO CONTRA SU PROCESO DE CREACIÓN. PARA SU PROCEDENCIA NO SE REQUIERE DE LA EXPRESIÓN, EN EXCLUSIVA, DE VIOLACIONES RELACIONADAS CON EL ARTÍCULO 135 DE LA CONSTITUCIÓN”. Tesis P. LXIII/99, *Ibidem*, p. 13, de rubro: “REFORMA CONSTITUCIONAL, AMPARO CONTRA SU PROCESO DE CREACIÓN. PROCEDE POR VIOLACIÓN A DERECHOS POLÍTICOS ASOCIADOS CON GARANTÍAS INDIVIDUALES”.

revisar el producto de las reformas o adiciones, ante la garantía que ofrece la conformación y atribución del Órgano Reformador de la Constitución.¹⁷

Este criterio sobre la improcedencia absoluta para revisar reformas constitucionales, tuvo un punto de inflexión, debido seguramente a la resolución del *Caso Castañeda Gutman contra México* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 6 de agosto de 2008.¹⁸ La condena a nuestro país devino por una violación al artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,¹⁹ porque la víctima no contó con un recurso judicial efectivo para impugnar la supuesta inconstitucionalidad de la prohibición de registrar candidaturas independientes a los cargos de elección popular. De esta manera, la Corte Interamericana estimó que era necesario que cualquier violación a derechos humanos contara con un recurso judicial efectivo para hacerla valer ante los tribunales.²⁰ De tal suerte que, la Suprema Corte se hizo cargo de esta tarea y consideró que la improcedencia absoluta para revisar el procedimiento de la reforma constitucional, era un resquicio de falta de acceso a la justicia, que contravenía el estándar marcado por la Corte Interamericana.²¹

Así, en el Amparo en Revisión 186/2008, resuelto el 29 de septiembre de 2008, la Suprema Corte modificó su postura para establecer de nueva cuenta que a través del juicio de amparo sí es posible impugnar el procedi-

¹⁷ Fueron dos tesis las que se emitieron a partir de este expediente. Tesis P./J. 40/2002, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, t. XVI, septiembre de 2002, p. 997, de rubro: “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. ES IMPROCEDENTE PARA IMPUGNAR EL PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”. Tesis: P./J. 39/2002, *Ibidem*, p. 1136: “PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL”.

¹⁸ Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, número 184.

¹⁹ “Protección Judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento por las autoridades competentes de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

²⁰ párr. 92.

²¹ Véase la sesión pública del Pleno del lunes 29 de septiembre de 2008. Consultable en: <http://www.scjn.gob.mx>

miento de reforma constitucional.²² En esa ocasión la Corte dijo que cuando el Congreso de la Unión y las Legislaturas Locales actúan en su carácter de Órgano Reformador de la Constitución deben respetar las normas del procedimiento de reforma contenidas en el artículo 135 constitucional, lo cual implica que es jurídicamente posible que dicho poder emita alguna reforma con desapego a tal procedimiento. Cuando esto sucede y algún particular promueve un juicio de amparo contra dicho acto, los jueces de distrito no pueden, sin más, considerar que en esos casos se actualiza de manera manifiesta e indudable la improcedencia de este juicio. De cualquier forma, la Suprema Corte consideró que no había materia para conocer el fondo del asunto.²³

Después de este adelanto en los criterios, el debate volvió a la SCJN el 28 de abril y el 2 de mayo de 2016, cuando el Tribunal Pleno resolvió dos casos en los que se enfrentó a una temática similar. Al resolver los recursos de reclamación 8/2016 y 9/2016, la Suprema Corte abordó el problema jurídico consistente en determinar si era procedente la *Acción de Inconstitucionalidad* contra reformas o adiciones a la Constitución, o si tenía la facultad para invalidar el resultado de una reforma constitucional. En esta ocasión,

²² Véase la Tesis: P. LXXXVI/2009, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, t. XXX, diciembre de 2009, p. 15, de rubro: “PROCEDIMIENTO DE REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. NO ES MANIFIESTA NI INDUDABLE LA IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO EN SU CONTRA”.

²³ En otro precedente similar, el llamado *Caso de los Intelectuales*, la Suprema Corte volvió a tocar el tema de las impugnaciones de las reformas constitucionales. Al resolver el amparo en revisión 2021/2009, en sesión de 28 de marzo de 2011, la Suprema Corte confirmó el sobreseimiento dictado por un Juez de Distrito. Esta vez la SCJN optó por una vía más técnica; esto es, apeló a la imposibilidad de que la hipotética concesión del amparo pudiera irradiar a sujetos diversos a los que accionaron el juicio constitucional, aunque no señaló la imposibilidad de cuestionar el procedimiento de reformas.

Concretamente, los quejosos impugnaron el artículo 41, fracción III, párrafo tercero, de la CPEUM, que contiene dos categorías de prohibiciones: a) Contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular; y b) Transmitir en territorio nacional este tipo de mensajes contratados en el extranjero. En este sentido, la Suprema Corte señaló que la protección constitucional que hipotéticamente llegara a otorgarse a los quejosos les permitiría llevar a cabo, dentro o fuera del país, la adquisición de tiempo en radio y televisión para transmitir propaganda dirigida a influir en el electorado, a favor o en contra de determinado partido o de candidatos de elección popular. Lo anterior implicaba que en el caso concreto el efecto natural de una hipotética concesión del amparo estaría caracterizado por proporcionar un beneficio no solamente a quienes hubieran obtenido la protección constitucional, sino también a otras personas, lo que implicaría atentar contra uno de los principios que sostiene al juicio de amparo, como lo es la relatividad de las sentencias.

al analizar la impugnación presentada por dos partidos políticos a través de la cual, vía acción de inconstitucionalidad, reclamaron la invalidez de la llamada reforma de la Ciudad de México, misma que fue desechada por el Ministro Instructor por ser notoriamente improcedente, la Suprema Corte tuvo la oportunidad —por tratarse de una nueva integración del Tribunal Pleno²⁴— de abordar el tema bajo un contexto y perspectiva jurídica diferentes, pues el análisis debía realizarse a partir de la reforma constitucional de derechos humanos de junio de 2011. La respuesta fue de nueva cuenta negativa, esta vez por vía de idoneidad del medio, pues el Tribunal Pleno por mayoría de votos resolvió:

“...la Constitución no otorga facultad a esta Suprema Corte para revisar reformas constitucionales por la vía de acción de inconstitucionalidad. Esta circunstancia tan determinante es patente desde el momento en que es presentada la demanda, pues basta advertir de su lectura que se impugnan normas de este rango (constitucionales), sean cuales sean los motivos de inconstitucionalidad que se aduzcan, para entender que se trata de aspectos que no pueden ser analizados a través de un medio de control constitucional...”²⁵

Cerrar así, la vía del control, es una imposibilidad disruptiva de nuestro sistema jurídico. La Contradicción de Tesis 293/2011 en la que la SCJN determinó la conformación de un solo bloque de derechos humanos entre la Constitución y los tratados internacionales, salvo que se tratara de las restricciones a los mismos previstas en la CPEUM,²⁶ tiene de trasfondo este

²⁴ En diciembre de 2015, se integraron al Tribunal Pleno la Ministra Norma Lucía Piña Hernández y el Ministro Javier Laynez Potisek.

²⁵ Cfr. Recurso de Reclamación 8/2016, derivado de la acción de inconstitucionalidad 15/2016, resuelto por mayoría de siete votos por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión de 28 de abril de 2016.

²⁶ Uno de los criterios derivados de dicha resolución se plasmó en la Tesis: P./J. 20/2014 (10a), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Pleno, Libro 5, abril de 2014, t. I, p. 202: “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”, que señala:

“[...] De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben

aspecto. ¿Por qué lo afirmo? Porque habiendo señalado reiteradamente en mis trabajos, que se trató de mantener la supremacía de la Constitución por encima de los tratados internacionales - lo que nos conduce al tema anacrónico de la “guerra de las fuentes” y no en la centralidad que debe tener el contenido de las normas sobre derechos humanos - no se puso la mirada en la necesidad de verificar un test de compatibilidad de las restricciones con otros derechos presentes en la Constitución.

Así, en relación con el punto concreto que se aborda en este texto, me parece que el aspecto nodal no está en la discusión de la prevalencia de la CPEUM sobre los tratados internacionales, sino en que las restricciones a los derechos humanos no se acreditan en sí mismas; deben convalidarse en la protección de otro derecho, y manteniendo un mínimo de ejercicio del derecho que ha sido sometido a la restricción.²⁷ De manera que se trata de un test que necesariamente deben pasar las restricciones a los derechos humanos, y que no ha sido considerado por la SCJN, si estas restricciones se encuentran en la CPEUM.

En este sentido, sostengo que detrás de esta reticencia se encuentra en realidad la intención de evitar a toda costa un examen de las normas constitucionales (en este caso, las restricciones). La resistencia subsistente en nuestro sistema de interpretación, para conceder que las disposiciones de la Constitución puedan someterse a una revisión y control. Sin embargo, en la Contradicción de Tesis referida, la SCJN pasó por alto una cuestión muy importante, y es que no puede ser posible escapar a este cuestionamiento ante nuestro modelo específico de interpretación/control en las normas de derechos humanos, que no va de la Constitución hacia los tratados internacionales, como es el caso del derecho comparado, sino hacia la Constitución y los tratados. Es decir, el párrafo segundo del artículo 1º de la CPEUM señala que todas las normas deben ser interpretadas de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales, incluso otras normas constitucionales; incluyendo, desde luego, las restricciones.²⁸ De manera que se nos ha dejado con un gran faltante de la ecuación: el contraste de las res-

ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado [...]” El subrayado es propio.

²⁷ He planteado una crítica puntual al tema de las restricciones en *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, segunda edición, México, Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2014, pp. 256 – 260.

²⁸ La disposición señala: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

tricciones constitucionales en relación con derechos previstos en la propia Constitución.²⁹

El tema no debería ser tan complejo, si en la ruta interpretativa pudieran ser solventadas las restricciones mediante el ajuste en su interpretación de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales. Ya en la propia Contradicción de Tesis 293/2011, la SCJN entendió que la interpretación conforme es una herramienta que “obliga a los operadores jurídicos que se enfrenten a la necesidad de interpretar una norma de derechos humanos —incluyendo las previstas en la propia Constitución (subrayado añadido)— a considerar en dicha interpretación al catálogo de derechos humanos que ahora reconoce el texto constitucional.”³⁰ La remisión interpretativa de la Constitución, ha sido una cuestión sobre la que la SCJN era reticente y en la que ha ido avanzando, como se demuestra en la esta cita.

El tema que sí puede ser muy complejo es lo que pueda suceder si como resultado del ejercicio interpretativo, las restricciones constitucionales no solventan una compatibilidad constitucional/convencional con respecto al bloque. Esto es, estamos frente una ruta que la SCJN quiere evitar a toda costa, pero que evidencia la problemática de no ejercer un control interpretativo de las previsiones constitucionales. Una posible solución, en algunos casos, es que el resultado del control podría ser inaplicación o declaración de inconstitucionalidad de normas secundarias que pudiesen desarrollar los preceptos constitucionales. Así lo he planteado para el caso del arraigo.³¹

III. CONSIDERACIÓN SOBRE LA PROPUESTA SUSTENTADA POR EL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM

El libro “*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado. Anteproyecto*” de los doctores Héctor Fix-Fierro y Diego Valadés se ha convertido en una aportación fundamental para el tema de qué hacer con la Constitución y su reforma. Esta ha sido una discusión que nos ha ocupado los últimos 20 años, ya desde 1997, año crucial en la transición democrática porque el Partido Revolucionario Institucional perdió la mayoría

²⁹ Esta reflexión en: Caballero Ochoa, José Luis, “La interpretación conforme en el escenario jurídico mexicano. Algunas pautas para su aplicación a cinco años de la reforma constitucional de 2011”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, En prensa.

³⁰ Considerando Quinto. Estudio de Fondo, p. 34.

³¹ *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, Op. Cit., pp. 211 – 219.

en la Cámara de Diputados; también poco tiempo después, en el ejercicio que se realizó en 2000 sobre la reforma del Estado, en el contexto de la alternancia en la Presidencia de la República.

Un estudio fundamental, derivado de un importante congreso sobre el tema en 1999, es el que publicó el Instituto de Investigaciones Jurídicas bajo el título “*Hacia una nueva constitucionalidad*”³², y en donde las posturas teóricas se dividieron primordialmente entre quienes pensaban en la necesidad de un nuevo texto constitucional producto de una especie de “pacto fundante” nuevamente de la República, ante una amplia negociación política que permitiera arribar a ciertos consensos básicos y plasmarlos en otra Constitución. Por otro lado, se encontraban quienes sostenían que no era necesario un nuevo texto, sino más bien pensar en la transición de forma gradual y con los cambios que hicieran falta.

A partir de entonces, la idea de una nueva Constitución, que remonte los mitos aquí descritos y la gran problemática a que hace frente el texto, vuelven al debate público con cierta frecuencia, y ante el Centenario la cuestión regresa a la agenda, aunque me parece que con menor intensidad —mucho menor— que en los albores del presente siglo. Coincido en mi apreciación con Héctor Fix – Fierro en el sentido de que la idea de una nueva Constitución que lo podrá todo, nos conduce de nueva cuenta al “fetichismo de la ley”, y también en que algunas modificaciones graduales que ya se han realizado, y que se requerían desde entonces en las propuestas de “nueva Constitución” han quedado ya plasmadas, pero se descalifican por la razón de que no son elementos integradores de un nuevo texto reformado integralmente.³³ Es así, una iniciativa con una buena carga de pretensiones simbólicas.

De ahí que la apuesta del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM sobre la reordenación y consolidación de la CPEUM me parece de gran relevancia. Sin embargo, el debate debe ir al fondo de los paradigmas constitucionales que se juegan con las continuas reformas, y con los mensajes que está enviando la Constitución mexicana a la sociedad en el rostro que tiene al cumplir cien años. Me parece que es necesario movilizar algunos ejes paradigmáticos, sobre los que haré alguna enunciación un poco más adelante.

³² V.V.A.A., *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, IJ – UNAM, 1999.

³³ Su análisis en “Hacia el Centenario de la Constitución mexicana de 1917. Una reflexión a propósito de reformas, textos, modelos y culturas constitucionales”, Carbonell, Miguel; Fix-Fierro, Héctor; González Pérez, Luis Raúl; Valadés, Diego (*Coords*) *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, Tomo IV, Volumen 1, México, IJ – UNAM, 2015, pp. 704 - 705

De forma muy puntual, hago comentarios sobre algunos elementos novedosos que introduce la propuesta, además del proyecto de reordenación y consolidación en sí mismo considerado.

1.- Me parece un acierto sacar del armario de nuestro sistema normativo a las leyes de desarrollo constitucional, mediante la remisión de aquellas disposiciones que no se han considerado propias de la Constitución. Considero que es una cuestión que ha estado pendiente entre nosotros en términos de las fuentes, es decir, establecer legislación que amplíe a la Constitución mediante mayorías reforzadas en el Congreso y que las distingan del resto de la legislación ordinaria. Se trata pues, del sentido auténtico de las “leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella (la Constitución)”, que establece el artículo 133 de la CPEUM, además de las leyes generales, que fue abordado por la Suprema Corte hace algunos años.

2.- En efecto, el tema se discutió en 2007, cuando la SCJN dio carta de naturalización a las llamadas “leyes generales”, distintas a la legislación federal, a las que la Suprema Corte había equiparado de alguna forma. La vía argumentativa para sostener esta especie de equiparación fue, en general, que tanto las leyes federales como las generales tenían el mismo ámbito de validez en el territorio mexicano y que, en definitiva, eran aprobadas por el Congreso de la Unión sin distinciones en la aplicación del artículo 72 de la CPEUM, específicamente en el tema de las mayorías, a diferencia de lo que ocurre en otros países. Finalmente, en el Juicio de Amparo en Revisión 120/2002, Caso “Mac Cain México, S. A. de C.V.”, resuelto por el Pleno de la SCJN el 13 de febrero de 2007, se reconoció la existencia de las leyes generales, que inciden en todos los órdenes del Estado.³⁴

No obstante, algunas voces hicieron valer un punto de vista crítico, precisamente ante la ausencia de mayorías reforzadas para la votación de las leyes generales. Así, en la sesión de discusión del caso referido el Ministro José Ramón Cossío señaló exactamente que no había condiciones jurídicas

³⁴ De esta manera, en el Caso Mac Cain, la SCJN determinó:

[“Que] las leyes del Congreso de la Unión a las que se refiere el artículo 133 constitucional, no corresponden a las leyes federales, (...), sino que se trata de las leyes generales, esto es, aquellas que válidamente pueden incidir en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano.”

Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez.

para generar otra división entre las leyes, como sí ocurría, por ejemplo, en España con respecto a las leyes orgánicas.³⁵

3. Me parece importante, pues, el reconocimiento de estas leyes en el nuevo artículo 69 (que sería prácticamente el 71 del texto actual),³⁶ además de las de carácter general, lo que contemplaría dos tipos de legislación en las leyes de carácter nacional “emanadas de la Constitución” en un sentido material de las que habla el artículo 133 de la CPEUM y, con esto, habría que asumir una nueva interpretación de esta disposición que, por cierto, no merece ninguna modificación a juicio de los autores de la propuesta del IJJ-UNAM.

Los autores proponen, y yo coincido, que se presente una revisión previa de constitucionalidad por parte de la Suprema Corte. Sería además muy interesante ver cómo disposiciones otrora en la Constitución sin ningún vicio de constitucionalidad por todo lo expresado en este trabajo, pudiesen devenir en inconstitucionales, ahora presentes en legislación secundaria. A mi juicio, además de todos los preceptos señalados por los autores como propios de ley y no de la Constitución, deberíamos incluir la figura del arraigo, a ver si así la Suprema Corte se decide de una vez a determinar su inconstitucionalidad/inconvencionalidad de forma radical.

IV. CONCLUSIÓN. NUEVOS PARADIGMAS QUE TENDRÍAN QUE PLANTEARNOS UNA NUEVA CONSTITUCIONALIDAD

A continuación, de forma conclusiva, me refiero muy brevemente a los paradigmas que, a mi juicio, deben guiar la reflexión sobre el Centenario y

³⁵ “Yo el día de ayer expliqué por qué me parece que éste es un criterio primero, que no tiene una sólida teorización. Cuáles son estas ideas de las leyes constitucionales, cómo las diferenciamos, no hay un proceso agravado de creación como las leyes orgánicas en el caso del ordenamiento español, no tienen una materialidad específica, en fin, es una idea que no tiene o que no, a mi juicio, un enorme sustento teórico, como primera condición” Versión taquigráfica de la discusión pública del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del día 13 de febrero de 2007, p. 13

³⁶ La descripción de estas leyes en la Constitución reordenada sería a propuesta de los autores: “El Congreso podrá expedir las leyes para desarrollar el contenido de las normas constitucionales. Estas leyes podrán ser iniciadas en cualquiera de las Cámaras y para su aprobación se requerirá el voto favorable de dos tercios de los miembros presentes en cada Cámara. El Presidente de la República no podrá formular observaciones en relación con a estas leyes de desarrollo constitucional. Antes de su publicación, el Presidente del Congreso consultará a la Suprema Corte de Justicia de la Nación acerca de la constitucionalidad de la ley correspondiente. La Suprema Corte deberá pronunciarse en un plazo de treinta días naturales” *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado. Anteproyecto, Op. Cit.*, p. 93

que conducen a un replanteamiento del modelo constitucional presente en nuestro país.

1. *El conflicto existente entre la verticalidad de las fuentes y el trabajo en redes.*

Se trata de dejar atrás una ordenación piramidal de las fuentes; lo que llamo la “desjerarquización de las fuentes” y establecer a la Constitución como base de articulación de diversos órdenes normativos. Transitar hacia el “pluralismo constitucional” o “transconstitucionalismo”, como se ha llamado en otros contextos al entramado legal que confluye en la resolución de la problemática que implica a sedes normativas distintas.³⁷

En este contexto, me parece que es necesario visitar el sistema federal y dar mayor protagonismo a las entidades federativas, a sus propios textos constitucionales y a sus propios medios de defensa de los derechos humanos. Las últimas reformas centralizadoras, con el propósito de desincentivar incidencias indebidas de los gobernadores o para generar legislación de carácter nacional, no pueden implicar un debilitamiento del sistema federal-estadual.

2. *La reconfiguración del Poder y el papel de los órganos constitucionales autónomos.*

Desde hace años, se discute la pertinencia de una reforma profunda del Estado que reconforme las relaciones Ejecutivo – Legislativo, modulando el presidencialismo y, quizás, transitando a un modelo semi parlamentario. Atender este paradigma me parece fundamental, así como discutir el im-

³⁷ Sobre pluralismo constitucional, o transconstitucionalismo, entre otros: Serna, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, IJ-UNAM, 2012; Krisch, Nico, “International law in times of hegemony: unequal power and the shaping of the international legal order”, *The European Journal of International Law*, volumen 16, número 3, Florencia, 2005; Kabbers, Jan, Peters, Anne y Ulfstein, Geir, *The constitutionalization of international law*, New York, Oxford University Press, 2009; Walker, Neil, “Taking constitutionalism beyond the State” *Political Studies*, vol 56, Nottingham, 2008;; García Roca, Javier y Fernández Sánchez, Pablo (Coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. XXI – XXII; Neves, Marcelo, “Transconstitucionalismo, con especial referencia a la experiencia latinoamericana”, Bogandy, Armin Von, Ferrer Mac – Gregor, Eduardo, y Morales Antoniazzi, Mariela (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, IJ-UNAM/ Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional/Instituto Max Planck, 2010.

pacto de la profusión de órganos constitucionales autónomos en las últimas reformas constitucionales y su sentido en los equilibrios del Estado.

3. *La emancipación de los sectores marginados y excluidos.*

Con independencia de la gran reforma en materia de derechos humanos, de 10 de junio de 2011, que mandó un contundente mensaje de centralidad en la persona del sistema constitucional mexicano, es importante recuperar el sentido emancipatorio de la Constitución que permita reconocerla como una verdadera carta de empoderamiento social, especialmente de los sectores más pobres y excluidos. Este fue uno de los mensajes más importantes de la Constitución de 1917 al momento de su promulgación.

4. *El sentido de la reforma constitucional.*

Otro paradigma que necesariamente debe ser revisitado es el de la reforma constitucional: los contenidos pétreos que no podrían modificarse sino mediante un procedimiento agravado; los actores que intervienen; quizás la participación directa de la sociedad en el procedimiento agravado, vía referéndum; el control de las reformas, etcétera. Los temas que han estado puestos en la reflexión jurídica en los últimos 30 años y sobre los que se han generado tabús convertidos en mitos.