

¿REFORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES?

Pedro SALAZAR UGARTE*

Carlos Ernesto ALONSO BELTRÁN**

I.

En enero de 2019, a los pocos días de haber tomado posesión como presidente de México, Andrés Manuel López Obrador anunció la creación de una Guardia Nacional con un mando militar¹ y presentó una iniciativa de reforma constitucional² para materializar la idea. Semanas antes, la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana había declarado inconstitucional una Ley de Seguridad Interior (aprobada en diciembre de 2017), que, en lo sustantivo, anticipaba las figuras jurídicas que propondría el presidente de izquierda que había prometido en su campaña regresar a los cuarteles a los militares que llevaban años realizando tareas de seguridad pública.

De esta manera, además de faltar a su palabra, con la constitucionalización de la militarización se buscó blindar a la nueva institución contra los mecanismos de control de constitucionalidad contemplados en el artículo 105 de la Constitución mexicana. Los dilemas de esta decisión tienen muchas aristas políticas, pero también una dimensión jurídica, que merece ser considerada. Este artículo está destinado a esta segunda vertiente del dilema.

* Doctor en filosofía política por la Universidad de Turín, Italia; investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, del cual actualmente es director, y miembro del Sistema Nacional de Investigadores SNI III.

** Egresado de la Facultad de Derecho de la UNAM y asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Plan Nacional de Paz y Seguridad, disponible en: <https://lopezobrador.org.mx/temas/plan-nacional-de-paz-y-seguridad/>.

² Iniciativa que reforma diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, suscrita por diputados integrantes del Grupo Parlamentario de Morena, Proyecto de Decreto por el que se reforman los artículos 13, 16, 21, 31, 32, 36, 55, 73, 76, 78, 82, 89 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/64/2018/nov/20181120-II.html#Iniciativa225>.

II.

El trasfondo del tema que abordamos en este texto no es nuevo, pero no por eso deja de ser interesante. Sobre todo si nos concentramos en el paradigma tradicional del Estado constitucional moderno. En un modelo institucional en el que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y, por lo mismo, el parámetro de validez formal y sustantivo de las normas inferiores (Kelsen, *dixit*), ¿es posible que una disposición o una norma contenida en el texto constitucional tenga vicios de inconstitucionalidad? La cuestión nos plantea, por lo menos, las siguientes interrogantes:

- a) ¿La Constitución dota a ciertas disposiciones o normas de una protección o supremacía especial (cláusulas pétreas)?
- b) Aun si no lo hace de manera expresa, ¿es posible inferir que determinada Constitución brinda una protección o supremacía especial a determinadas disposiciones o normas?
- c) Al distinguir entre disposiciones y normas, ¿es posible concluir que las segundas —al ser producto de interpretaciones de las primeras— pueden servir de parámetro de control de validez intraconstitucional?
- d) En ese sentido, ¿es correcto dotar a ciertas disposiciones o normas constitucionales de una primacía axiológica sobre otras?
- e) ¿Existe un modelo constitucional “tipo” que sirva como parámetro para dilucidar las cuestiones anteriores?
- f) ¿Qué papel juega (debe jugar) el derecho convencional?
- g) ¿Cuál es el valor relativo que debe darse a la legitimidad democrática de las instancias facultadas para reformar a la Constitución?

En la teoría y en la práctica constitucionales ha cobrado relevancia la llamada “dificultad contramayoritaria”, que cuestiona la legitimidad de los jueces constitucionales para invalidar normas aprobadas por el legislador democrático. La tensión se potencia cuando las disposiciones o normas de origen democrático tienen rango constitucional que suelen ser aprobadas por mayorías reforzadas. El caso aún puede ser más extremo cuando la disposición o norma con fundamento democrático —sea constitucional o legal— ha sido refrendada por mecanismos de democracia directa y el control de validez proviene de una corte convencional.³

³ Ese fue el caso de una de las decisiones más polémicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Gelman vs Uruguay* (2001).

La problemática que subyace a esta cuestión es la misma, y se refiere a la posibilidad ya enunciada de que existan disposiciones o normas dentro de una Constitución que sean incompatibles con el modelo constitucional que se expresa en la misma. Las reflexiones que siguen abordan estas temáticas desde la perspectiva del debate jurídico mexicano de los años recientes.

III.

La postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante “la SCJN” o “la Corte mexicana”) sobre la posibilidad de realizar un control constitucional de la Constitución se ha delineado en un debate oscilante.

La primera ocasión en que la SCJN se pronunció sobre este tema fue en el amparo en revisión 1334/98,⁴ promovido por Manuel Camacho Solís —quien había sido jefe del Departamento del Distrito Federal y pretendía ser candidato a la misma posición cuando el cargo se volvió electivo bajo la denominación de “Jefe de Gobierno”. Su impugnación pretendía la inconstitucionalidad de la reforma constitucional al artículo 122,⁵ que impedía su candidatura. En realidad, su impugnación iba dirigida al proceso de reforma.

El caso dejó tras de sí dos definiciones relevantes: 1) en primer lugar, la SCJN determinó que —en efecto— el artículo 135 de la Constitución⁶ delimita el procedimiento que debe observarse para llevar a cabo una reforma constitucional, y, por lo mismo, 2) aunque un texto constitucional reformado es inimpugnabile, sí es posible revisar el procedimiento que le dio origen.⁷ Es decir, en esa ocasión la SCJN determinó que las reformas a normas cons-

⁴ SCJN, Amparo en revisión 1334/98. Manuel Camacho Solís, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo X, noviembre de 1999, p. 489.

⁵ *Diario Oficial de la Federación*, Decreto mediante el cual se declaran reformados diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 22 de agosto de 1996.

⁶ “Artículo 135. 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.

El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas” (texto vigente del 21 de octubre de 1966 al 29 de enero de 2016).

⁷ Lo anterior quedó plasmado en la tesis con nombre: “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 aislada (constitucional), tesis: P.LXII/99, p. 11, Amparo en revisión 1334/98. Manuel Camacho Solís, 9 de septiembre de 1999.

titucionales no pueden ser objeto de control de constitucionalidad, pero sí podría serlo el procedimiento mediante el cual son aprobadas.

Aunque en dicho asunto la SCJN no concedió la protección constitucional solicitada, el precedente resultó muy relevante para el debate que comenzaba a gestarse. De hecho, poco tiempo después, la Corte mexicana tuvo que pronunciarse de nuevo sobre la revisión constitucional en la controversia constitucional 82/2001,⁸ promovida por Ángel López López, en su calidad de síndico municipal del ayuntamiento de San Pedro Quiatoni, Tlacolula, estado de Oaxaca. En ese caso, se controvertía la validez de la reforma en materia de derechos y cultura indígenas.⁹

En esa segunda ocasión, la SCJN se apartó de su criterio anterior con una postura más conservadora al considerar que el Congreso de la Unión y las legislaturas locales intervinientes en un proceso de reforma constitucional lo hacen en un carácter extraordinario denominado Poder u Órgano Reformador de la Constitución, que no puede ser sometido a la revisión jurisdiccional. Esto es así porque —según la Corte mexicana— la función de ese Órgano Reformador es “soberana [y no está] sujeta a ningún tipo de control externo, porque en la conformación del órgano y en la atribución constitucional de su función se encuentra su propia garantía”.¹⁰ Con tales razonamientos, la SCJN desechó la posibilidad de cualquier control de constitucionalidad sobre las reformas constitucionales. Según esta tesis, el único control sobre las actuaciones del Poder reformador son las que realice

⁸ SCJN, Controversia Constitucional 82/2001, municipio de San Pedro Quiatoni, Tlacolula, estado de Oaxaca, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XVI, octubre de 2002, p. 683.

⁹ *Diario Oficial de la Federación*, Decreto por el que se aprueba el diverso por el que se adicionan un segundo y tercer párrafos al artículo 1o., se reforma el artículo 2o., se deroga el párrafo primero del artículo 4o., y se adicionan un sexto párrafo al artículo 18, y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 14 de agosto de 2001. Cabe mencionar que diputados integrantes de la Sexagésima Octava Legislatura del Estado de Michoacán, también controvertieron esta reforma por medio de la acción de inconstitucionalidad 33/2001; sin embargo ésta fue desechada por cuestiones de forma. Pues, de acuerdo con la argumentación de los peticionarios, su inconformidad se centraba en su desacuerdo con el voto mayoritario del Congreso del estado de Michoacán; sin embargo, ello no supone la legitimidad para acudir a una acción de inconstitucionalidad, en tanto que lo que se pretende combatir es un acto (de votación) y no una norma general de la que dicho Congreso no es el órgano emisor. Véase Recurso de reclamación 592/2001-PL, deducido de la acción de inconstitucionalidad 33/2001. Diputados integrantes de la Sexagésima Octava Legislatura del Estado de Michoacán, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XV, marzo de 2002, p. 1004.

¹⁰ Controversia constitucional 82/2001, *op. cit.*

éste sobre él mismo.¹¹ Con ello, la SCJN adoptó una postura deferente con el legislador constitucional.

Posteriormente, tocó a la Corte mexicana analizar la acción de inconstitucionalidad 168/2007 y su acumulada 169/2007,¹² promovidas por los partidos Convergencia y Nueva Alianza en contra de la reforma electoral de 2007. Con esa reforma se redujo el financiamiento público para gasto en campañas electorales; se ajustaron los límites para el financiamiento privado, y se prohibió a los partidos políticos contratar propaganda en radio y televisión¹³ Para ambos partidos esas decisiones contradecían al propio marco constitucional.

Una vez más, la SCJN se apegó al criterio precedente y reiteró que el proceso de reforma constitucional es un acto soberano que no tiene límites externos, y, por lo mismo, no es susceptible de control jurisdiccional. Al respecto, la sentencia menciona:

El artículo 135 constitucional no establece limitación alguna para reformar o adicionar la Constitución, sino solamente los órganos competentes para hacerlo. El control de la regularidad de estos actos no se establece a favor del Poder Judicial de la Federación, sino de las Legislaturas Federal y de los Estados, correspondiendo al Congreso de la Unión o, en su caso, a la Comisión Permanente, emitir la declaratoria de aprobación de tales reformas o adiciones.¹⁴

Si bien es cierto que en la misma sentencia se menciona que sería “de-seable” la existencia de controles externos a las “anomalías” que pudieran suceder en el proceso de una reforma constitucional, se concluye que eso sólo sería posible a través de mecanismos expresos directamente en la Constitución para tal efecto.¹⁵ Y, dado que la Constitución mexicana no contiene lo que en la teoría se conoce como “cláusulas pétreas” ni otra clase de límites sustantivos a las reformas constitucionales, entonces, en el caso mexicano el control no existe ni siquiera en casos anómalos.

¹¹ Lo anterior quedó plasmado en la tesis con nombre: Procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución federal. No es susceptible de control jurisdiccional, jurisprudencia (constitucional), tesis: P./J. 39/2002, tomo XVI, Controversia constitucional 82/2001, *op. cit.*

¹² SCJN, Acción de inconstitucionalidad 168/2007 y su acumulada 169/2007 partidos políticos Convergencia y Nueva Alianza, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVIII, agosto de 2008, p. 183.

¹³ *Diario Oficial de la Federación*, Decreto que reforma los artículos 6o., 41, 85, 99, 108, 116 y 122; adiciona el artículo 134 y deroga un párrafo al artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 13 de noviembre de 2007.

¹⁴ Acción de inconstitucionalidad 168/2007 y su acumulada 169/2007, *op. cit.*

¹⁵ *Idem.*

Cabe advertir que la anterior acción de inconstitucionalidad no fue el único intento de controvertir la reforma electoral de 2007. La SCJN también tuvo que analizar la posibilidad del control jurisdiccional de la reforma por vía de tres amparos promovidos por ciudadanos —algunos reconocidos intelectuales y líderes de la opinión pública— que argumentaban que la prohibición para contratar propaganda política lesionaba su libertad de expresión. En este sentido, lo que se advertía era una aporía constitucional, y se pedía la intervención de la SCJN para resolverla.

El primer amparo fue analizado en la ponencia del ministro Cossío Díaz, quien argumentó que: 1) el carácter del poder reformador se encuentra acotado por los *límites implícitos formales* que el artículo 135 constitucional prevé como procedimiento para una reforma constitucional.¹⁶ Lo contrario sería tanto como conceder que el poder reformador es un soberano situado por encima de la Constitución, en quebranto del principio de supremacía constitucional; 2) de forma similar, el principio de soberanía popular y el respeto de los derechos fundamentales representan los *límites implícitos materiales*, los cuales deben ser deducidos mediante la interpretación constitucional correspondiente a la SCJN;¹⁷ 3) en este sentido, los *límites formales implícitos* permiten concluir que “es jurídica y constitucionalmente posible admitir que un Estado Constitucional debe prever medios de control sobre aquéllos actos reformativos que se aparten de las reglas constitucionales”,¹⁸ y 4) por último, la sentencia concluye que “Es posible considerar al Poder Reformador de la Constitución como autoridad responsable en el juicio de amparo, siempre que se impugnen presuntas violaciones al procedimiento de reforma constitucional”.¹⁹

Estos criterios, que retornaban e incluso iban más allá de las primeras posturas respecto de la revisión jurisdiccional de la Constitución, no llegaron muy lejos. Tres días después de aquella resolución, el Pleno resolvió el segundo amparo en contra de la reforma electoral de 2007. Esta vez a cargo de la ponencia de la ministra Sánchez Cordero.²⁰

De forma muy puntual y en dirección opuesta, la Corte mexicana consideró que la Constitución no podía ser sometida a una revisión jurisdic-

¹⁶ SCJN, Amparo en revisión 186/2008, resuelto el 29 de septiembre de 2008, p. 29.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Ibidem*, p. 37. Este punto puede observarse también en la tesis de nombre: Poder reformador de la Constitución. El procedimiento reformativo relativo emanado de este órgano con facultades limitadas, es susceptible de control constitucional, Tesis aislada (constitucional), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXX, diciembre de 2009, p. 14.

¹⁹ *Ibidem*, p. 39.

²⁰ SCJN, Amparo en revisión, 519/2008, resuelto el 2 de octubre de 2008.

cional, pues al ser el parámetro de regularidad de todo el sistema jurídico, carecería de una norma similar ante la cual contrastar su validez. Tampoco resultada posible —según esta interpretación— contrastar a la Constitución frente ella misma, porque ello implicaba subordinar entre sí sus contenidos.²¹

Además, en la misma decisión, la SCJN explicó que otro problema (específicamente sobre los efectos del amparo) que se presentaría al declarar la inconstitucionalidad de un precepto constitucional sería quebrantar el principio de relatividad de la sentencias. Ello, en virtud de que

...si la quejosa obtuviera la inaplicabilidad de las disposiciones constitucionales reclamadas, el beneficio tendría que hacerse extensivo absolutamente a todas las demás personas, porque la supremacía de que estaban revestidos tales preceptos quedaría retirada con una sola sentencia, y se produciría la automática invalidez de las demás normas del orden jurídico que encontrarán apoyo en los mismos.²²

Con ello, la Corte reforzaba el decimonónico principio conocido como “Cláusula Otero”.

La última de las tres sentencias emitidas por la SCJN respecto de la reforma antes citada fue la correspondiente al Amparo en revisión 2021/2009.²³ En este caso, la Corte mexicana dispuso que antes de entrar al estudio de fondo del asunto era posible, y en todo caso pertinente, realizar un estudio anticipado de los potenciales efectos del fallo. A partir de dicho estudio, se concluyó que el otorgar la protección constitucional a los quejosos supondría retirar la prohibición constitucional de aportar recursos a las campañas electorales por medio de la contratación de espacios publicitarios en radio y televisión. Ello significaría una ventaja, tanto para las televisoras o radiodifusoras que formaran parte de los contratos como para los partidos políticos a quienes se apoyara con dicha publicidad, razones por las cuales la SCJN concluyó sobreseer el juicio que le había sido sometido.

Como puede observarse, la postura propuesta por el ministro Cossío fue derrotada por la versión más restrictiva de la SCJN en la materia. Pero también por una postura finalista —en la tercera sentencia—, que de alguna manera implicó un análisis de fondo del caso concreto.

²¹ *Ibidem*, p. 25.

²² *Ibidem*, p. 34.

²³ SCJN, Amparo en revisión 2021/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXIV, septiembre de 2011, p. 1623.

IV.

La imposibilidad de realizar una revisión jurisdiccional de las reformas constitucionales ha servido como incentivo político para añadir en la Constitución figuras que en una norma inferior adolecerían de inconstitucionalidad. Un ejemplo prístino de esta situación fue la incorporación del arraigo penal²⁴ a la Constitución por medio de la reforma del dieciocho de junio de 2008.²⁵

Lo relevante es que antes de dicha reforma la propia Corte mexicana había tenido oportunidad de analizar la figura del arraigo —en ese entonces contenida en la legislación penal— en una contradicción de tesis 3/99.²⁶ Si bien ésta se limita a realizar un estudio de los efectos de la suspensión en los juicios de amparo promovidos contra arraigos penales, la SCJN arribó a la determinación de que el arraigo “constituye una imposición que afecta la libertad personal del agraviado”.²⁷

Ahora bien, aunque la anterior contradicción de tesis no abordó la compatibilidad constitucional del arraigo, los argumentos desarrollados en ella sirvieron de base para la resolución de la acción de inconstitucionalidad 20/2003.²⁸ En ella, la Corte mexicana consideró —sin dejar espacio a dudas— que el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, que contemplaba la figura del arraigo, era incompatible con el orden constitucional:

...un arraigo como medida precautoria mientras el Ministerio Público investiga la presente responsabilidad delictiva del indiciado, en la forma y términos en que la establece la disposición impugnada, es jurídicamente incompatible con las garantías de libertad personal que establece la Constitución Federal en favor de todo gobernado, ya que tratándose de su afectación, restricción o privación, dicho Magno Ordenamiento sólo lo permite

²⁴ Para una lectura de las implicaciones negativas de la práctica del arraigo, véase Toledo, Cecilia, *El uso e impacto del arraigo en México. Otros referentes para pensar el país*, México, Fundar, 2014.

²⁵ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²⁶ SCJN, Contradicción de tesis 3/99, entre las sustentadas, por una parte, por los tribunales colegiados Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito y Primero del Décimo Octavo Circuito y, por otra, por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo X, noviembre de 1999, p. 55.

²⁷ *Idem*.

²⁸ SCJN, Acción de inconstitucionalidad 20/2003, Diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso del estado de Chihuahua, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXIII, junio de 2006, p. 813.

mediante la actualización de condiciones específicas y plazos o términos estrictos...²⁹

Ante esa declaración de inconstitucionalidad que la Corte mexicana realizó sobre la figura del arraigo, el trece de marzo de 2017 el Ejecutivo federal (a cargo de Felipe Calderón) envió a la Cámara de Senadores la iniciativa de reforma constitucional³⁰ con la que agregaba dicha figura al artículo 16 de la carta magna.

La justificación —como se cita a continuación— era que las dinámicas de la delincuencia organizada nacional e internacional demandaban del Estado mexicano la implementación de mecanismos legales capaces “del abatimiento de este problema por medio de una reestructuración de fondo de nuestro sistema de justicia”.³¹ Con ello se introdujo un régimen especial para tratar el fenómeno de la delincuencia organizada y se abrió la puerta al derecho penal del enemigo en la Constitución mexicana.

La iniciativa planteaba la incorporación constitucional del arraigo, mediante una interpretación que trastocaba las consideraciones de la SCJN sobre el tema:

Asimismo, se propone la adición de un décimo párrafo al artículo 16 para regular constitucionalmente el arraigo. Al considerar la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la acción de inconstitucionalidad 20/2003, y en virtud de que el arraigo es un acto restrictivo de la libertad personal, debe estar inmerso en el texto constitucional.³²

Los efectos prácticos del arraigo³³ —sobre todo durante el sexenio de Calderón— han sido por demás graves y preocupantes, y ello provocó que la Corte mexicana tuviera que abordar de nueva cuenta el asunto.

²⁹ *Idem*.

³⁰ Secretaría de Gobernación, Oficio con el que remite la siguiente iniciativa: Proyecto de decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Oficio núm. SEL/300/1153/07, 13 de marzo de 2007.

³¹ *Ibidem*, p. 3.

³² *Ibidem*, p. 5.

³³ Para un estudio más detallado, véase Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Juan E. Méndez, *Misión a México*, A/HRC/28/68/Add.3, 29 de diciembre de 2014, párr. 49; Comité contra la Tortura, *Observaciones finales de los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, 49o. periodo de sesiones* (29 de octubre a 23 de noviembre de 2012), párr. 11; *Informe del grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias*, Consejo de Derechos Humanos, 19 periodo de sesiones, A/HRC/19/58/ Add.2, 20 de diciembre de 2011, párrs. 30 y 88; *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, A/HRC/17/30/Add.3., 18 de abril de 2011, párrs.

El origen fueron tres acciones de inconstitucionalidad promovidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (en adelante la “CNDH”).³⁴ En ellas, si bien no se solicitaba realizar un examen de la modificación constitucional, sí se solicitaba que la SCJN declarara la invalidez de las distintas leyes penales de los estados de Aguascalientes,³⁵ Hidalgo³⁶ y Baja California Sur,³⁷ por dos motivos principales: 1) dichas normas eran inconstitucionales, en tanto que la reforma de 2008 había reservado la regulación del arraigo a una materia federal, y 2) la figura resultaba incompatible con los artículos 7o. y 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 9o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como 3o., 9o. y 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Como puede observarse, la CNDH no pretendía que la Corte mexicana se pronunciara sobre la inconstitucionalidad de la figura del arraigo mediante un contraste entre normas constitucionales, sino que se realizara una confrontación con los textos convencionales en materia de derechos humanos de los cuales México es Estado parte. La estrategia era muy interesante, porque alegaba la inconventionalidad de las normas impugnadas, y con ello implícitamente la de la reforma constitucional al artículo 16 de 2008. Ante ello, la SCJN reaccionó con cautela y se limitó a estudiar la problemática desde un aspecto de competencia para legislar el arraigo, evitando pronunciarse sobre la compatibilidad de la figura con los textos convencionales.³⁸

Tiempo después, la SCJN tuvo otra oportunidad de realizar un estudio constitucional de la figura del arraigo. Esta vez en el Amparo directo en revisión 1250/2012³⁹ promovido por el jefe de Seguridad y Vigilancia del Centro de Reinserción Social número Dos, con sede en Gómez Palacio, Durango, con motivo del arraigo ejercido en su contra por su presunta colaboración en la fuga de reos del citado Centro. En el asunto, el quejoso

60-64, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Situación de los derechos humanos en México*, OEA/Ser.L/V/II.Doc., Doc. 44/15, 31 de diciembre de 2015, párrs. 313-323.

³⁴ SCJN, Acción de inconstitucionalidad 29/2012. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 6, mayo de 2014, tomo I, p. 219; Acción de inconstitucionalidad 22/2013, *op. cit.*, p. 179; *Ibidem*, libro 15, febrero de 2015, p. 1140.

³⁵ Artículo 291 de la Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes.

³⁶ Artículo 132 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Hidalgo.

³⁷ Artículo 113 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California Sur.

³⁸ En las tres acciones de inconstitucionalidad la Corte mexicana recurrió a la siguiente tesis para negarse a abordar los temas de convencionalidad: Acción de inconstitucionalidad. Estudio innecesario de conceptos de invalidez. Tesis 37/2004, jurisprudencia, Pleno, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XIX, junio de 2004, p. 863.

³⁹ SCJN, amparo directo en revisión 1250/2012, resuelto el 14 de abril de 2015.

reclamaba la inconstitucionalidad del artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP).

En esa ocasión la Corte fue contundente, al declarar que la coincidencia textual del artículo del CFPP con el artículo 16 de la Constitución federal hacía del arraigo federal una figura completamente constitucional:

121. Por tanto, en principio, la validez constitucional del arraigo depende de su previsión en la Constitución Federal como hipótesis habilitada para que la autoridad proceda a privar a una persona de su libertad si se cumplen ciertos requisitos y bajo ciertas condiciones.

122. Cuando se resolvió la acción de inconstitucionalidad 20/2003 el diecinueve de septiembre de dos mil cinco, la Constitución Federal no establecía la posibilidad de existencia del arraigo, por lo que se declaró violatorio de derechos humanos; sin embargo, este no es el caso después de la reforma constitucional de dos mil ocho.

...

125. Por tanto, al preverse en la norma constitucional al arraigo como una institución apta para restringir la libertad de las personas de forma provisional, ya que fue introducida en el artículo 16 constitucional, por tanto, no cabe declarar su inconstitucionalidad por la simple razón de ser una institución extraña a la Constitución Federal.⁴⁰

Como puede observarse, la SCJN adoptó una postura formalista en extremo y validó la figura a pesar de contradecir al principio de presunción de inocencia y lesionar a la libertad personal, también contenidos en la Constitución. Su razonamiento fue simple: si está en la Constitución, es constitucional. Sin embargo, en la presente sentencia la SCJN sí abordó el debate respecto a la convencionalidad de la norma impugnada. Al respecto, la Corte mexicana consideró que el arraigo representaba una restricción constitucional, por lo que —de acuerdo con los criterios de la contradicción de tesis 293/2011 que arrojó una discutida interpretación sobre la jerarquía normativa establecida en el artículo 1o. constitucional— debía prevalecer la restricción por sobre las normas convencionales. Vale la pena reproducir el argumento:

149. Por tanto, debe concluirse que el arraigo, en términos de lo resuelto en la Contradicción de Tesis 293/2011, es una restricción a los derechos humanos con validez constitucional, porque, debe insistirse, los artículos 16 y décimo primero transitorio de la Constitución Federal establecen al arraigo como una restricción expresa al derecho de libertad, ya que permite que las perso-

⁴⁰ *Ibidem*, párrs. 121-125.

nas sean detenidas y privadas de su libertad domiciliariamente, lo que antes del dos mil ocho no se preveía. En ese momento, ello obligó a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación a concluir la inconstitucionalidad de su introducción a través de legislación secundaria, al no tratarse de una restricción constitucionalmente reconocida.⁴¹

Con esta interpretación —en extremo deferente con el poder reformador de la Constitución—, la Corte mexicana no sólo cerraba las puertas al control constitucional de las reformas constitucionales, sino también a la posibilidad de invalidar normas constitucionales —por más que lesionaran o restringieran derechos humanos— contradictorias con tratados o sentencias internacionales.

V.

Cabe preguntarse si la revisión jurisdiccional de la Constitución podría llevarse a cabo por un tribunal internacional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (En adelante “CorteIDH” o “el Tribunal internacional”). Casos resueltos por ésta anticipan que eso sí es posible.

Desde la resolución de su opinión consultiva 4, la Corte IDH consideró que por “leyes internas”⁴² debe entenderse “toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales”,⁴³ razón por la cual el espectro de normas que pueden ser sometidas a su conocimiento es de carácter sumamente amplio e incluye a las Constituciones y sus reformas.

A pesar de la amplitud de normas capaces de ser sometidas al conocimiento de la Corte IDH, tuvieron que pasar quince años para que se emitiera la primera sentencia en la que se ordenara la modificación de un precepto de una Constitución nacional. En el caso de *Castillo Petruzziy Otros vs. Perú*,

⁴¹ *Ibidem*, párr. 149.

⁴² Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 64.

“1. Los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

⁴³ Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, serie A, núm. 4, párr. 13.

la Corte IDH determinó que la restricción legal existente en la Constitución peruana vigente al momento de los hechos condicionaba el recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia sólo para aquellos casos de traición a la patria en que se impusiera la pena de muerte. Esto significó que dicho recurso fuera negado a las víctimas del caso, impidiendo su acceso a la justicia.⁴⁴ Por lo anterior, la Corte IDH consideró que tal restricción vulneraba las disposiciones de la CADH.⁴⁵

Después de ese caso peruano, la Corte IDH emitió su sentencia más famosa sobre el control jurisdiccional de la Constitución: “La Última Tentación de Cristo” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. *Chile*. En dicho caso se sometió a revisión el artículo 19, número 12, de la Constitución Política de Chile, que había servido de fundamento para actos de censura que impidieron la difusión de la película “La Última Tentación de Cristo”. Al respecto, el tribunal internacional determinó lo siguiente:

85. La Corte ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2o. de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías.

87. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2o. de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.

88. En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de

⁴⁴ Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de mayo de 1999, serie C, núm. 52, párr. 160.

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 161.

adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2o. y 1.1 de la Convención⁴⁶

Tiempo después, en los casos de *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*,⁴⁷ y *Caesar vs. Trinidad y Tobago*,⁴⁸ la Corte IDH se pronunció sobre las normas conocidas como “cláusulas de exclusión”, las cuales operan —tal cual su nombre lo indica— como normas que impiden que los tribunales nacionales conozcan sobre alguna ley nacional. En concreto, la sección 6 de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago —que data de 1976— establece que ninguna norma anterior a la entrada en vigencia de la misma Constitución puede ser objeto de impugnación constitucional. Con ello se validaban la Ley de Delitos contra la Persona y Ley de Penas Corporales, en las que entre otras figuras altamente graves se regulaba la pena de muerte. El tribunal internacional consideró que Trinidad y Tobago, al ser parte de la Convención en el momento de los hechos, no podía invocar las disposiciones de su derecho interno —como las cláusulas de exclusión— para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales, así que también ordenó la modificación constitucional.⁴⁹

Como puede observarse, la jurisprudencia interamericana no respalda la tesis de que las reformas constitucionales están exceptuadas de un control de validez material. Con ello respaldan la tesis de que una parte del texto constitucional —el que recoge a los derechos humanos— sí debe servir como parámetro de control frente a las normas que los restringen o vulneran. Si bien el asidero que sirve para sustentar esta tesis es de origen convencional, el parámetro son normas también contenidas en las Constituciones nacionales.

VI.

No es fácil anticipar qué sucedería si una reforma como la que se pretende aprobar en México para crear la Guardia Nacional fuera impugnada ante la

⁴⁶ Corte IDH, caso “La Última Tentación de Cristo” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C, núm. 73.

⁴⁷ Corte IDH, caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 21 de junio de 2002, serie C, núm. 94.

⁴⁸ Corte IDH, caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 11 de marzo de 2005, serie C, núm. 123.

⁴⁹ Corte IDH, caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, op. cit., párrs. 152. c., y caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, op. cit., párrs. 133.

SCJN. Con el marco constitucional vigente —en particular con la reforma constitucional de junio de 2011 en materia de derechos humanos— y con el precedente de la Ley de Seguridad Interior sería posible que la Corte mexicana reabriera el debate para reconsiderar sus criterios sobre los alcances del control de constitucionalidad ante reformas constitucionales.

Lo que resulta más previsible es anticipar lo que sucedería si la SCJN no aceptara conocer el fondo del asunto o mantuviera firme la lógica con la que valoró las acciones y controversias en el caso del arraigo y el asunto llegara a la Corte IDH. En ese supuesto, es altamente probable que el tribunal internacional declarara la inconveniencia del mando militar permanente de la guardia nacional. Esto es así porque en diversos casos precedentes ya se ha pronunciado al respecto.⁵⁰

⁵⁰ Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220, párrs. 77-89, y Corte IDH, caso *Avarado Espinoza y otros vs. México*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de noviembre de 2018, serie C, núm. 370, párrs. 177-182.