

La inconstitucionalidad de la Constitución: la reforma judicial de la 4T

Sergio LÓPEZ AYLLÓN*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Poder constituyente vs. poder constituido*. III. *Quién controla el órgano reformador*. IV. *Una reforma que cierra el debate y una propuesta que muestra que otro camino era posible*.

I. INTRODUCCIÓN

63

La reforma judicial, aprobada por el órgano reformador de la Constitución, y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de septiembre de 2024, generó un intenso e inusual debate sobre la posibilidad de sujetar a control constitucional una reforma constitucional. Simplificando un problema muy complejo, la pregunta que la Suprema Corte tenía que responder es: ¿puede el tribunal constitucional declarar inconstitucional una reforma a la Constitución?

Es bien conocido que la Constitución mexicana ha sido modificada cientos de veces, para ser exactos 808 artículos desde 1917 y hasta octubre de 2024.¹ Formalmente, es la misma, pero sustantivamente, es otra.² Por

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Datos obtenidos del portal de la Cámara de Diputados en: www.diputados.gob.mx/Leyes-Biblio/ref/cpeum_per.htm. Se contabiliza una reforma por cada artículo en un decreto, es decir, un decreto puede modificar varias veces un mismo artículo, pero cuenta como una reforma.

² Sobre el contenido de las reformas véase Fix Fierro, Héctor y Valadés, Diego (coords.), “Estudio introductorio” en *Hacia la reordenación y consolidación del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 3 y ss. y López Ayllón, Sergio. “Constitución y transición democrática”, en Becerra, Ricardo (ed.), *Informe sobre la democracia mexicana en una época de expectativas rotas*, México, Siglo XXI, 2016, pp. 87-91.

ello, llama la atención que, a pesar del número de reformas, no fue sino hasta finales del siglo XX y principios del XXI que comenzaron a plantearse, a cuentagotas, acciones para cuestionar la constitucionalidad de algunas modificaciones a la Constitución.

En efecto, la Corte se pronunció sobre esta cuestión en varios momentos. Las respuestas; sin embargo, fueron diversas. En ocasiones, se determinó que procedía el control judicial únicamente sobre el procedimiento de reforma³ e incluso sobre cuestiones materiales.⁴ En otras, se consideró que las reformas no eran susceptibles de control jurisdiccional.⁵ El tema nunca fue pacífico y dio origen a importantes votos de minoría o particulares, que sostenían la procedencia del control jurisdiccional tanto formal como materialmente⁶ o bien la tesis de que las reformas constitucionales no eran revisables por la Corte.⁷

En esta ocasión, la magnitud de la reforma, el entorno de polarización política, así como sus implicaciones para la división de poderes, la independencia judicial, la protección de los derechos y el federalismo, obligaron a plantear el debate, en otros términos, y a una toma de posiciones más clara. Así, al interior de la Suprema Corte, el ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena pidió al Pleno de la Corte “poner orden en nuestra jurisprudencia sobre un tema tan trascendental” pues los criterios “no están sistematizados y no hay suficiente claridad interpretativa”.⁸

³ Véase el expediente Varios 631/1996 (amparo Camacho) donde se determinó que el control jurisdiccional tenía por objeto verificar el cumplimiento del procedimiento de reforma.

⁴ Véase amparo en revisión 186/2008 en el cual la Corte determinó que había límites formales derivado del artículo 135 y restricciones materiales implícitas derivadas de los principios básicos de la Constitución.

⁵ Véase la Controversia Constitucional 82/2001, el recurso de reclamación 361/2004, las acciones de inconstitucionalidad 168/2007 y 169/2007, el amparo en revisión 2021/2009, la contradicción de tesis 105/2021 y el recurso de reclamación derivado de la Acción de inconstitucionalidad 17/2016.

⁶ Son especialmente interesantes el voto de minoría en las acciones de inconstitucionalidad 168/2007 y acumulada 169/2007, en particular el voto del ministro Cossío, y más adelante el voto particular del ministro Zaldivar en el amparo en revisión 2021/2009, donde defendió la procedencia del amparo para controlar reformas constitucionales tanto por forma como fondo.

⁷ Véase, por ejemplo, el voto de minoría en el amparo en revisión 186/2008.

⁸ Véase la versión taquigráfica de la Sesión de Pleno del 3 de octubre de 2024, pp. 59 y 60, en donde además hace un recuento de las diferentes posiciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) sobre esta cuestión en <https://www.scjn.gob.mx/multimedia/versiones-taquigraficas>.

En el frente académico, en un inusual *amicus curiae*, un nutrido grupo de reconocidos constitucionalistas mexicanos e iberoamericanos tomaron posición y urgieron a la Suprema Corte a establecer un criterio claro sobre este asunto.⁹ Por parte de la 4T se sostuvo, con vehemencia, que el órgano reformado no tenía límite, que era soberano y por lo tanto sus decisiones no podían ser objeto de control jurisdiccional. Particularmente en la voz de la ministra Lenia Batres Guadarrama, se sostuvo con que:

El problema de que fuéramos nosotros los que tuviésemos esa última palabra de considerar que partes son “inconstitucionales” de nuestra Constitución es que no solamente suplantamos la soberanía popular, sino termina siendo absolutamente arbitrario, más que discrecional y, por lo tanto, indebido y, creo [yo] sobrepasando nuestras facultades y la autoridad que pudiéramos legítimamente ostentar...¹⁰

Lamentablemente, la discusión de fondo en el Pleno de la Corte no fue posible, pues cuatro de sus integrantes sostuvieron la improcedencia del asunto.¹¹ No obstante, el debate previo y, en particular, el proyecto presentado por el ministro Juan Luis González Alcántara dejó ver las diferentes posiciones.

En esta breve nota expondré nuestro punto de vista, así como una solución alterna que, mediante una reforma constitucional —muy distinta a la que se aprobó— podría dejar un camino claro si, desde luego, hubiera disposición a dialogar.

⁹ *Amicus curiae* respecto de la Controversia Constitucional 286/2024, la acción de inconstitucionalidad 164/2024 y expedientes relacionados con las consultas a trámite 4/2024 a 7/2024. En la p.18 del *Amicus curia* los autores concluyen: “A nuestro juicio, la Suprema Corte debe respaldar la postura que hace *preceptivo el control judicial de la regularidad procedimental* del actuar de los órganos de reforma, enfatizando su naturaleza de órganos constituidos que deben regirse conforme a reglas de procedimiento a las que están subordinadas sus atribuciones ... Además, estimamos que, cuando de ciertos cambios de contenido se trata —cambios que alteran elementos básicos de la arquitectura constitucional existente— este control debe traducirse en la aplicación de una *presunción de inconstitucionalidad* que haga especialmente estrictas y reforzadas las exigencias de deliberación y motivación que deben cumplirse en el caso”.

¹⁰ Versión taquigráfica de la sesión del 5 de noviembre de 2024, pp. 131 y 132, disponible en <https://www.scjn.gob.mx/multimedia/versiones-taquigraficas>.

¹¹ *Idem*.

Una Constitución material es el conjunto de reglas fundamentales de un Estado, que en muchos casos se establecen en un documento —la Constitución formal— cuya validez se halla en el “poder constituyente”.¹² En la concepción democrática del poder, el único poder constituyente legítimo es el pueblo¹³ que establece las reglas fundantes de la “cosa pública”, que consisten fundamentalmente en aquéllas diseñadas para contener al poder y permitir el ejercicio de las libertades. El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 plasmó estas ideas cuando estableció que: “Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”.¹⁴

La Constitución formal de México fue el resultado del poder constituyente de 1917, convocado por Carranza al término del movimiento revolucionario de 1910. Los artículos 39 a 41 y 49 retoman las ideas expresadas en el párrafo anterior. Así, el artículo 39 reconoce que la soberanía reside “esencial y originariamente en el pueblo” único capaz de diseñar y otorgar el poder público y de alterar o modificar la forma de gobierno. En seguida, el artículo 40 dice que: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal”¹⁵ y completa que el artículo 41 establece que: “El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión”, según el artículo 49 se divide para su ejercicio en Ejecutivo, Legislativo y Judicial. En otras palabras, estos artículos contienen la forma de organización política que el pueblo de México (el soberano) decidió darse en la Constitución de 1917.

Ahora bien, la misma Constitución estableció en el artículo 135 un “órgano reformador” de la misma, integrado por dos tercios de los dipu-

¹² Zippelius, Reinhold, *Teoría general del estado. Ciencia de la política*. 2a. ed., Héctor Fix Fierro (trad.), México, UNAM, Porrúa, 1989, pp. 49-52.

¹³ *Ibidem*, p. 59.

¹⁴ El texto completo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf.

¹⁵ Para un desarrollo del alcance de cada uno de estos elementos véase Fix Fierro, Héctor, “Es voluntad del pueblo mexicano...”. *Introducción ciudadana a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, El Colegio de México (COLMEX), 2021.

tados y senadores, y la mayoría de las legislaturas de los Estados. Una lectura de este artículo del ilustre constitucionalista y ministro Felipe Tena Ramírez sostuvo que “a falta de acotación expresa en nuestro texto constitucional, el constituyente Permanente puede llevar a cabo por vía de la adición o de reforma cualquier modificación a la ley suprema”.¹⁶ Esta lectura se impuso probablemente porque se dio en el entorno del régimen de partido mayoritario que prevaleció en nuestro país. Pero muchos autores posteriores a Tena sostuvieron que esto no era posible, pues claramente el órgano reformador era un poder constituido y no podría modificar los principios establecidos en el artículo 40. En este sentido, por ejemplo, Héctor Fix Fierro escribió:

Por ello, resulta razonable argumentar que, si se cambiaron esencialmente los principios a los que se refiere el artículo 40 —por ejemplo, si se instaurará una monarquía, un gobierno confesional o un estado centralista—, no hablaríamos una reforma a la Constitución, sino de una nueva Constitución. Y una nueva Constitución, solamente podría ser aprobada por el poder constituyente o por un Congreso que tuviera expresamente la autorización popular para elaborar y adoptar un nuevo texto constitucional. Así pues, si hay límites, implícitos la reforma de la Constitución.¹⁷

Una reforma reciente de 2011 introdujo, a mi juicio, otro elemento fundamental de la Constitución, cuando estableció en el artículo 1 que los derechos humanos constituyen el eje alrededor del cual se ejerce el poder público de todas las autoridades y la obligación de “promover, respetar, proteger y garantizar” los derechos humanos conforme a una serie de principios, entre los que destaco, por razones de espacio, el principio pro-persona y el de progresividad.

En síntesis, el órgano reformador de la Constitución es un poder constituido que tiene dos límites. Por un lado, aquellos formales que derivan del procedimiento establecido en el artículo 135 y otros, de carácter material, que derivan del artículo 40 y, aunque debatible, del primero constitucional.

¹⁶ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 17a. ed., México Porrúa, 1980, pp. 56 y ss.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 34 y 35.

Los artículos 105 y 107 constitucionales que establecen los medios de defensa de la Constitución no otorgan a la Suprema Corte facultad explícita para controlar —formal o materialmente— las reformas constitucionales. Sin embargo, una interpretación sistemática del texto nos lleva a la conclusión que el único poder legitimado para hacerlo es el tribunal constitucional. El problema evidente es que tanto el criterio revisión como los medios de impugnación tienen que construirse mediante interpretación.

En este sentido, el proyecto presentado por el ministro González Alcántara ofrece pistas importantes que expongo sintéticamente a continuación.¹⁸ En primer lugar, reconoce que el órgano reformador, por su integración, tiene una amplia legitimidad y por ello la Corte debe adoptar un criterio de máxima deferencia hacia ese órgano. En segundo lugar, que la Corte debe admitir estos asuntos de manera excepcional. Tercero, que de una lectura sistemática de la Constitución¹⁹ se infiere que el parámetro de control es que la reforma no afecte la forma republicana, representativa, democrática, laica y federal de gobierno. Dicho de otra forma, la Corte solo puede declarar inconstitucional una reforma cuando existan violaciones graves al procedimiento que afecte la sustancia de la reforma, o cuando modifique la forma de gobierno establecida en el artículo 40.²⁰

Con base en estos criterios, el proyecto de sentencia determina invalidar algunos aspectos de la reforma judicial. El análisis de estos aspectos rebasa el objeto de este comentario y por ello los reservamos para otro momento.

IV. UNA REFORMA QUE CIERRA EL DEBATE Y UNA PROPUESTA QUE MUESTRA QUE OTRO CAMINO ERA POSIBLE

Al debate abierto por el proyecto de sentencia del ministro González Alcántara el Congreso respondió con una nueva reforma constitucional,

¹⁸ Proyecto de sentencia de las acciones de inconstitucionales 164/2024 y sus acumuladas 165/2024, 166/2024, 167/2024 y 170/2024 presentado por la ponencia del ministro Juan Luis González Alcántara en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scjn/documento/2024-10/A.I.%20164-2024%20y%20sus%20acumuladas%20-%20Proyecto.pdf

¹⁹ Esta lectura incluye los artículos 35, 39, 40, 41, 49, 72, 115, 122, 135 y 136.

²⁰ Proyecto de sentencia de las acciones de inconstitucionales 164/2024, *op. cit.*, párr. 198 a 213.

procesada en menos de siete días y que las legislaturas de los Estados aprobaron en menos de 24 horas. Esta reforma modifica los artículos 105 y 107 constitucionales para establecer que son improcedentes las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad y el juicio de amparo contra reformas o adiciones a la Constitución.²¹

El efecto de esta modificación es hacer del órgano reformador un poder constituido sin contención jurídica alguna. Los únicos límites serán los que imponga la realidad política. Llevando el argumento al absurdo, la mayoría de Morena y sus aliados podrían reinstaurar la esclavitud, revertir el derecho de acceso a la información o constituir a México como un Estado central eliminando el federalismo. Estos ejemplos son extremos, pero ilustran lo delicado de una decisión que, viendo al corto plazo, abre la puerta para muchos excesos posibles, pues la autocontención no es la regla en quienes ejercen el poder. Busca cerrar un debate que, por necesidad, se mantendrá abierto.

Una solución alterna consistiría en una reforma que subsane la laguna y reforme el artículo 135 constitucional para establecer que: *a)* cualquier reforma constitucional debe tener reglas reforzadas de motivación y un debate pausado, quizá por lo menos de tres meses; *b)* que el órgano reformador de la Constitución no puede modificar la forma de gobierno establecida en el artículo 40, alterar sustancialmente la división de poderes establecida en el artículo 49, ni los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos firmados por el Estado mexicano bajo los principios pro persona y progresividad; *c)* que el tribunal constitucional solo puede revisar una reforma constitucional con un criterio reforzado y excepcional cuando existan violaciones graves al procedimiento o reforma que puedan modificar sustancialmente los principios contenidos en los artículos 1o., 40 y 49.

Esta solución busca preservar la identidad de la Constitución y sus principios fundantes, limitar al órgano reformador de la Constitución y encuentra bases en las tendencias reciente del derecho constitucional comparado. Implica, al final del día, que un cambio a esos principios requeriría de un poder constituyente convocado para tal propósito.

²¹ Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de octubre de 2024.