

## ¿Reformas constitucionales inconstitucionales?

María MARVÁN LABORDE\*

Pareciera una cuestión retórica preguntarnos si una reforma constitucional puede tener como resultado algunas disposiciones de dudosa inconstitucionalidad. Como hemos visto en el pasado reciente, no sólo no es una pregunta retórica, la pregunta es necesaria, acaso indispensable, cuando nos encontramos ante una reforma que trastoca lo que pudiéramos considerar la esencia de la Constitución.

La reforma constitucional del Poder Judicial, presentada por el ex-presidente Andrés Manuel López Obrador el 5 de febrero de 2024, fue aprobada en comisiones por la LXIII Legislatura y quedó pendiente para ser aprobada por el Pleno en la LXIV legislatura (2024-2027) que tomó posesión el 1o. de septiembre ya cuando Morena y sus aliados (el Partido del Trabajo y el Partido Verde Ecologista de México) habían asegurado la mayoría calificada que les ha permitido aprobar cualquier reforma constitucional sin tomar en cuenta las opiniones de las oposiciones. De manera irracionalmente expedita, en solo 15 días, pasó por ambas Cámaras, fue aprobada por el número suficiente de congresos locales para que el todavía presidente pudiera publicarla el día 15 de septiembre, fecha simbólica en la que comienzan los festejos de la guerra de Independencia.

Esta enmienda a nuestro pacto constitucional es de gran calado, trastoca la división de poderes, atropella derechos humanos y laborales de las personas juzgadoras, debilita al tribunal constitucional y elimina la carrera judicial; por si esto no fuera suficiente para preguntarnos si se está atentando en contra de la naturaleza de nuestra Constitución, instaura la elección popular como manera de elegir a las personas juzgadoras desde juezas, magistradas y ministras.

\* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. ORCID: 0000-0001-9706-8017.

Ante este panorama, no es de sorprender que se haya desatado en México la pregunta que anima esta pequeña reflexión: ¿puede una reforma constitucional ser inconstitucional? A partir de las discusiones que se dieron en torno a este hecho existen tres tipos de respuestas, la primera y más conservadora de ellas es, no, nunca, jamás: si la reforma modificó el texto constitucional, resulta un sinsentido decir que es inconstitucional. La segunda, que puede estar a mitad de camino, podría aceptar la revisión de su constitucionalidad si es que ésta se hizo con flagrantes violaciones al proceso establecido en la propia Constitución. La tercera respuesta posible es sí, y sólo sí el cambio constitucional aprobado atenta contra los principios fundamentales del pacto original que dio vida al régimen en cuestión.

Una constitución moderna, posterior a la Revolución francesa de 1789, se entiende como la expresión escrita del pacto social a través del cual se constituye el Estado, se establece la garantía de aquellos derechos que toda autoridad deberá respetar, ahora llamados derechos fundamentales, y determina la separación de poderes para generar un complejo sistema de controles mutuos que impidan decisiones autoritarias.<sup>1</sup> Por ello se entiende que todo el entramado legal “que de ella emana” debe respetar estos elementos fundamentales.

Desde 1800 en Estados Unidos, con el caso *Marbury vs. Madison* se estableció, al menos en ese país, que la Suprema Corte tenía la facultad de revisar las decisiones del Congreso federal para determinar su constitucionalidad. El constitucionalismo moderno debe al juez Marshall la posibilidad de revisar en sede jurídica el trabajo del Poder Legislativo, es decir se establece un control jurisdiccional a dicho poder.<sup>2</sup> Sin embargo, los tribunales constitucionales propiamente dichos son producto del siglo XX, que con el fin de proteger la estabilidad constitucional se fueron creando en diversos países con el paso del tiempo. Fue hasta 1994 que en México se le dio a la Suprema Corte de Justicia de la Nación facultades explícitas para resolver acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Garza Onofre, Juan Jesús y Martín Reyes, Javier, *La Constitución desconocida. Teoría y práctica de lo que siempre quisiste saber sobre la Constitución (pero no te atreviste a preguntar)*, México, Taurus, 2024, p. 25.

<sup>2</sup> Hay que recordar que el Poder Ejecutivo también tiene control sobre el Legislativo porque tiene el poder de vetar una ley o parte de ella.

<sup>3</sup> Véase la reforma al artículo 105 constitucional (y otros) del 31 de diciembre de 1994.

Una república democrática moderna parte de la concepción de la necesidad de limitar a los poderes constituidos con otro poder. Desde Montesquieu y pasando, por supuesto, por los federalistas, Madison, Hamilton y Jay, se estableció el famoso sistema de controles y equilibrios —conocido como los *checks and balances*— justamente para evitar que ninguna persona física o jurídica pueda abusar del poder que le ha conferido el propio poder constituyente. En esta lógica de pensamiento, no resulta ajeno al constitucionalismo democrático que se establezcan límites precisos tanto al Tribunal Constitucional como al Poder Legislativo en su calidad de poder reformador de la constitución. ¿Por qué uno u otro habrían de ser ilimitados?

Algunos juristas alemanes consideran que el derecho es la política congelada; comprender esta expresión en toda su profundidad significa que el derecho es producto de un proceso eminentemente político en el que se enfrentan diferentes visiones para abordar un determinado problema social sobre el cuál es necesario legislar o cambiar la legislación existente. Idealmente, la construcción del derecho debe darse a través de un proceso deliberativo y de negociación que va acercando las diferentes posturas y perspectivas que están representadas en la asamblea. Debe llegar un punto en el que termine la deliberación y la negociación, entonces las personas elegidas para formar parte del Poder Legislativo someten a votación y deciden por aquella opción que logra reunir la mayoría de los votos.

En una democracia el derecho es producto del consenso y, al mismo tiempo, tiene capacidad coercitiva, es decir, una vez que culmina el proceso legislativo termina la fase de la política, la discusión se considera zanjada y la obligación de obedecer la ley es para todas las personas que viven bajo el manto de un determinado pacto social con independencia de si lo aprobado es o no de su agrado o preferencia. Para cambiar una ley el Poder Legislativo necesita conseguir que la mayoría absoluta de las personas legisladoras voten a favor de la nueva norma. Cuando se trata de reformas constitucionales se eleva el estándar. En México, que en teoría tiene una constitución rígida, se requieren dos terceras partes del voto de los presentes en cada una de las Cámaras y la aprobación en al menos la mitad de los Congresos locales.

Muchas de las constituciones del siglo XX, especialmente aquellas redactadas después de la derrota del fascismo y el nazismo, es decir, después de la Segunda Guerra Mundial, establecen disposiciones que sólo podrían

ser abrogadas o modificadas mediante la convocatoria a un nuevo Congreso constituyente elegido por voto popular con el mandato específico de crear un nuevo régimen, es decir, reorganizar de manera integral el poder del Estado y replantear los derechos fundamentales que el nuevo Estado se compromete a respetar. Valga decir que ninguna de las constituciones mexicanas republicanas contempla esta previsión.<sup>4</sup>

Se trata de las llamadas cláusulas pétreas, aquellas reglas que el Congreso constituyente consideró que son intocables, como si quedaran *grabadas en piedra*, de ahí su nombre, porque contienen la esencia misma del pacto social que da forma legal al Estado. El poder reformador de la Constitución no podrá cambiarlas ni aun cuando cumpla a pie juntillas con el procedimiento establecido para ello.

Si una determinada Constitución tiene definidas las cláusulas pétreas, las facultades y limitaciones tanto del tribunal constitucional como del Poder Legislativo, en su calidad de poder reformador de la Constitución están claramente establecidas. Es decir, jurídicamente se diferencia entre el poder constituyente, el cual goza de un margen de libertad prácticamente ilimitado, y el poder reformador de la Constitución que tiene la posibilidad de adaptarla a las nuevas realidades sociales, culturales y políticas sin alterar el pacto fundacional. Queda claro, entonces, que hay una gran diferencia entre un poder constituyente y un poder constituido y que este último le debe deferencia al primero.

Las cláusulas pétreas han sido diseñadas para proteger a los regímenes de la veleidosa voluntad del Poder Legislativo que, en momentos específicos, pudiese a través de un “mayoritismo desenfrenado”, como bien dijo el ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá,<sup>5</sup> romper con los elementos esenciales de la Constitución.

El problema más complicado lo tenemos en los casos en los que no existen cláusulas pétreas explícitas. En esos casos, cuando se presenta una duda sobre la validez de una reforma es necesario que las y los jueces del órgano supremo, argumenten si existen algunas cláusulas que deban ser consideradas esenciales del pacto social. Vale la pena decir que cuando un tribunal constitucional se enfrenta a la necesidad de discutir si una refor-

<sup>4</sup> Constitución de 1824, Constitución de 1857 y Constitución de 1917.

<sup>5</sup> Proyecto de sentencia a la AI-164.2024 (fue derrotado en la SCJN por una votación de 8-3).

ma constitucional va en contra del pacto fundacional es porque necesariamente el Poder Legislativo y el Poder Judicial están confrontados por una reforma específica.<sup>6</sup> Nos encontramos frente a un conflicto constitucional y un conflicto político y carecemos de cauces específicos para resolver la doble crisis.

González Alcántara, en el proyecto de sentencia derrotado, reconoce que en México no hay cláusulas pétreas explícitas establecidas, pero también hace una sólida argumentación sobre la especial naturaleza del artículo 40, donde quedó escrita la naturaleza del régimen que modeló el constituyente de 1917 y que, en sentido estricto, sólo se ha reformado en una ocasión:<sup>7</sup>

Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Considero que existen argumentos suficientes para considerar que, puesto que en este artículo se establece el carácter del régimen mexicano, no se debería poder alterar. La reforma al Poder Judicial propuesta el 5 de febrero y que entró en vigor el 15 de septiembre fue impuesta por una mayoría tiránica que trastocó la naturaleza republicana de la división de poderes.

Es un hecho que la multicitada reforma profundizó la polarización de la sociedad mexicana. El nuevo diseño del Poder Judicial afecta su legitimidad y pone en entredicho la democracia del régimen de gobierno. A pesar de que generó grandes movilizaciones de las personas que trabajan en el Poder Judicial, de los partidos de las oposiciones y de amplios sectores de la sociedad que salieron a la calle en diversas ocasiones con la finalidad de impedirla, el partido oficialista cerró toda posibilidad de escucha y negociación; siguieron la instrucción de aprobarla sin moverle

<sup>6</sup> En el caso que aquí nos ocupa el enfrentamiento se dio entre el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial y el Poder Legislativo dominado por el partido oficialista simplemente sirvió de comparsa para sacar adelante la iniciativa de reforma presidencial.

<sup>7</sup> El 30 de noviembre de 2012 el Poder Reformador de la Constitución agregó el carácter de “laica” la República constituida. Posteriormente, la segunda reforma del 29 de enero de 2016 simplemente modificó la denominación de Distrito Federal por la de la Ciudad de México en atención a la extinción del primero y la creación de la segunda.

una coma. Y todavía más, pues para impedir que la Suprema Corte de Justicia de la Nación pudiese pronunciarse por la inconstitucionalidad de la reforma, semanas después, el partido oficialista propició otra enmienda a la que llamó “reforma de la supremacía constitucional” para aclarar que en México no existen cláusulas pétreas y que el poder reformador de la Constitución es, en los hechos, un poder constituyente permanente como alguna vez lo denominó Tena Ramírez, quizá con cierta ironía que los morenistas nunca comprendieron.