

# Colección Derecho Procesal de los Derechos Humanos

6

## PODER CONSTITUYENTE, CONSTITUCIÓN Y CAMBIO DEMOCRÁTICO

JAIME CÁRDENAS GRACIA

**IIDH**  
Instituto Interamericano  
de Derechos Humanos

  
EDITORIAL  
UBBJUS

  
Centro de Estudios de  
Actualización en Derecho  
CENTRO DE ESTUDIOS DE ACTUALIZACIÓN EN DERECHO  
www.cead.una.edu.ni

# Consejo Editorial de la Colección Derecho Procesal de los Derechos Humanos

## COORDINADORES

### **Rogelio Flores Pantoja**

Abogado por la UNAM. Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Panamericana. Maestría en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Washington College of Law, American University. Es Director del Centro de Estudios de Actualización en Derecho (CEAD), en México.

### **Fabiola Martínez Ramírez**

Abogada, Especialista en Derecho Constitucional y Maestra en Derecho por el Posgrado de la UNAM. Doctoranda en Derecho en la misma institución. Profesor de asignatura en el Posgrado en Derecho de la UNAM. Es miembro del Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal A.C., “Cipriano Gómez Lara” y del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

## COMITÉ CONSULTIVO

Alfonso Herrera (México)	Juan Antonio Cruz Parcero (México)
Carla Huerta Ochoa (México)	Lucio Pegoraro (Italia)
Claudio Nash Rojas (Chile)	Miguel Carbonell (México)
Diego Rodríguez-Pinzón (Colombia)	Néstor Pedro Sagüés (Argentina)
Diego Valadés (México)	Pedro Salazar Ugarte (México)
Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México)	Roberto Cuéllar (El Salvador)
Ernesto Rey Cantor (Colombia)	Rodolfo Vázquez (México)
Francisco Javier Díaz Revorio (España)	Rodolfo Vigo (Argentina)
Gerardo Eto Cruz (Perú)	Santiago Cantón (Argentina)
Gilbert Armijo (Costa Rica)	Santiago Nieto Castillo (México)
Humberto Nogueira Alcalá (Chile)	Víctor Bazán (Argentina)
José Luis Caballero Ochoa (México)	Víctor Orozco Solano (Costa Rica)
Joseph Thompson (Costa Rica)	Víctor Rojas Amandi (México)

JAIME CÁRDENAS GRACIA

# PODER CONSTITUYENTE, CONSTITUCIÓN Y CAMBIO DEMOCRÁTICO

**IIDH**  
Instituto Interamericano  
de Derechos Humanos



  
Estudios de  
Actualización  
en Derecho  
Centro de Estudios de  
Actualización en Derecho  
[www.cead.una.edu.ni](http://www.cead.una.edu.ni)

© Jaime Cárdenas Gracia

© Ubijus Editorial, S.A. de C.V.  
Begonias 6-A, Col. Clavería, C.P. 02080  
Del. Azcapotzalco, México, D.F.  
www.ubijus.com  
ubijus@gmail.com  
(55) 44304427

ISBN: 978-607-9389-23-9

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

© UBIJUS Editorial

## Contenido

<i>Presentación de la Colección</i> .....	13
<i>Introducción</i> .....	15
<i>Constituyente y Constitución</i> .....	19
Introducción .....	19
¿Cómo generar un constituyente democrático para México? .....	32
La materialización jurídica del poder constituyente .....	41
Algunas propuestas mexicanas respecto al procedimiento para realizar la reforma integral a la Constitución de 1917 .....	45
Las soluciones de las entidades federativas .....	50
Nuestra propuesta .....	54
La ponderación de cuatro planos.....	54
Propuesta de procedimiento para México.....	63
Ventajas de la propuesta.....	65
Algunos posibles méritos de la propuesta.....	66

<i>Los límites del poder de reforma a la Constitución .....</i>	73
Significado de poder constituyente.....	73
Los límites del poder de revisión constitucional.....	77
El fraude a la Constitución .....	80
¿Quién debe controlar al órgano revisor de la Constitución?.....	82
Análisis de las últimas resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación .....	86
Conclusiones .....	92
<i>Democracia participativa, nuevo diseño institucional y Estado Constitucional .....</i>	93
El Estado Fallido .....	93
Nociones sobre el Estado de Derecho .....	96
El nuevo Poder Judicial .....	100
El Ministerio Público .....	107
El Tribunal Constitucional.....	111
Los órganos de control externo de la actividad económico-financiera del Estado .....	114
Otros órganos de control constitucional autónomos...	118
Control Ciudadano .....	123
<i>Las columnas del trípode. Elementos y obstáculos para la construcción del Estado constitucional y democrático de Derecho .....</i>	127
Introducción .....	127
Estado fallido o fracasado .....	128
La definición del nuevo diseño institucional.....	134
El cambio en la cultura jurídica nacional .....	149
Los obstáculos que impiden la construcción del Estado constitucional y democrático de Derecho.....	157

<i>La libertad de expresión y normas electorales.....</i>	159
Introducción .....	159
El derecho internacional de la libertad de expresión ..	162
El análisis sobre la reforma constitucional electoral desde la libertad de expresión.....	165
La necesaria regulación de la publicidad del Estado ..	171
Conclusiones .....	173
 <i>Reflexiones sobre la nueva Ley de Amparo.....</i>	 179
El antecedente: la reforma constitucional en materia de amparo publicada el 6 de junio de 2011 en el <i>Diario Oficial de la Federación</i> .....	  179
Los contenidos de la nueva Ley de Amparo.....	185
Críticas a la nueva Ley de Amparo .....	192
Conclusiones .....	210



A Mariluz y Santiago,  
mis hijos.



## Presentación de la Colección

En los últimos años se ha provocado un ambiente propicio para la discusión y reflexión desde el punto de vista científico de los derechos humanos, tanto en el ámbito internacional como nacional, pues hasta hace poco tiempo los estudios de los constitucionalistas se habían centrado en la dimensión interna del derecho. Este fenómeno, motivó la preocupación de diversos académicos de gran prestigio por contribuir en el desarrollo y consolidación del derecho internacional de los derechos humanos en América y el mundo, desde una óptica interna e internacional, sustantiva y adjetiva, de lo público y lo privado, pero que además ha favorecido la difusión de los estudios de vanguardia, pues la convergencia del derecho interno y del derecho internacional es indudable.

A partir de la Segunda Guerra Mundial se ha impulsado la dedicación de procesalistas, constitucionalistas y comparatistas al estudio de la justicia constitucional y los derechos humanos, todo ello, con la finalidad de encontrar las posibilidades procesales idóneas de hacer valer los derechos ante los operadores jurídicos. La búsqueda de los mecanismos que otorguen eficacia y protección de los derechos fundamentales del hombre y su dignidad, ha ido configurando una verdadera constitucionalización del derecho. La existencia de cartas constitucionales, de tribunales constitucionales y de mecanis-

mos procesales destinados a la guarda y custodia de los derechos, es lo que genera la necesidad del esfuerzo conjunto de instituciones y personas especializadas en la materia, para crear una publicación cuyo eje temático es el derecho procesal de los derechos humanos, con una visión global, que nos permita realizar un ejercicio comparativo, pero además favorecido por la preocupación constante de los Estados modernos en la expansión de estudios serios y comprometidos en la materia.

Sabedores que el derecho requiere del proceso para su efectividad, la colección que ahora se expone, apoyada por el Centro de Estudios de Actualización en Derecho (CEAD), el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) y la Editorial UBIJUS, tiene como objetivo fortalecer la discusión académica desde una perspectiva crítica del concepto de los derechos humanos desde distintos ámbitos, filosófico, sociológico, jurídico y procesal, generando nuevos derroteros de aplicación que repercutan en la eficacia inmediata de dichas condiciones mínimas.

Resolver el dilema del concepto de los “derechos humanos” es una obligación compartida de los juristas especializados. Hoy no podría advertirse un sistema constitucional que no tenga por objeto la protección y efectividad de los derechos fundamentales, por ello consideramos que los estudios científicos del derecho procesal constitucional, del derecho constitucional, derechos humanos y derecho internacional, constituyen la piedra angular para el diálogo académico que culmine en una concepción más amplia y que favorezca su entendimiento. La presente colección es fruto del esfuerzo compartido y tiene la esperanza de abonar en la discusión de los derechos fundamentales, pero además, fomentar la creación intelectual y teórica que nos permita una mejor comprensión del derecho.

ROGELIO FLORES PANTOJA  
FABIOLA MARTÍNEZ RAMÍREZ  
*Coordinadores de la Colección*

*Derecho Procesal de los Derechos Humamamos*

## Introducción

Esta obra contiene algunos cambios en artículos y ensayos que ya han sido publicados por el autor. Su finalidad es la de presentar al lector argumentos sobre las posibilidades del cambio constitucional e institucional en México. El autor está convencido que el ordenamiento jurídico hoy vigente no responde a las exigencias que la sociedad demanda. También estima que la cultura jurídica prevaleciente, a pesar de las decisiones recientes del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deja mucho que desear en términos de garantía y maximización efectiva de los derechos fundamentales y de los principios y procedimientos democráticos.

Por eso, en este libro se abordan cuestiones capitales para la discusión pública. En el primero de los ensayos se distingue entre el poder constituyente y los poderes constituidos. Se abordan distintas teorías sobre el poder constituyente. El autor sostiene que en México es necesaria la convocatoria a un Congreso Constituyente fundado en bases democráticas. Se describe un procedimiento constituyente apoyado en la soberanía popular. Las ventajas de la propuesta que expongo las hago consistir en: su legitimidad democrática vía la participación popular; así se prevén para el futuro procedimientos duales para la reforma constitucional, uno para reformas ordinarias y, otro, para reformas que impliquen afectación a

cláusulas de intangibilidad o reformas totales. En este último caso, se confiere a una Asamblea Constituyente la facultad de elaborar una nueva Constitución, estableciéndose un vínculo entre la constitucionalidad vigente y la futura.

Si se pretende en serio concluir la transición democrática o consolidarla, el método para crear una nueva Constitución debe partir de la soberanía popular. Por ello, se propone un referéndum doble: uno al inicio para preguntarle a la ciudadanía si quiere un nuevo orden constitucional, y uno posterior para que refrende los cambios acordados por la Asamblea Constituyente. Como ya se ha dicho, el método debe partir de la honradez y de la transparencia ante la sociedad. No se puede fundar un nuevo régimen político de carácter democrático bajo premisas de engaño. En el referéndum previo será necesario, además de preguntarle al pueblo sobre si desea o no un nuevo orden constitucional, aclarar las materias, condiciones y procedimientos sobre las que trabajaría la Asamblea Constituyente, no con el propósito de volver a los esquemas medievales y preilustrados del mandato imperativo, sino con la intención de incorporar a la sociedad al debate público que se avecina y para permitirle dar seguimiento, como función de control democrático, a todo el proceso constituyente.

El segundo ensayo se refiere a los límites del poder de reforma a la Constitución, pues algunos piensan equivocadamente que con el procedimiento actualmente previsto en el artículo 135 de la Constitución se puede cambiar toda la Constitución. El poder de reforma constitucional tiene límites procedimentales y materiales. Ni el procedimiento del artículo 135 de la Carta Magna permite hacer cualquier cosa con la Constitución, ni mediante un procedimiento de reforma constitucional se puede, por ejemplo, alterar la fórmula política de la Constitución o abrogar los derechos fundamentales que ella reconoce. Además, en este artículo, se estudia que en un Estado constitucional y democrático de Derecho, que es lo que queremos construir en México, no puede haber cuestión constitucional que se quede sin la debida defensa procesal constitucional, por eso lamentamos que la Suprema Corte de

Justicia de la Nación que pretende ser un Tribunal constitucional limite sus potencialidades de control constitucional sobre las reformas a la Constitución a aspectos puramente procedimentales y, consideramos un grave retroceso, que el vigente artículo 61, fracción I, de la nueva Ley de Amparo, establezca que es improcedente este juicio cuando se interpone en contra de reformas constitucionales.

En los ensayos tercero y cuarto, proponemos el diseño institucional que consideramos necesario para construir en México un Estado constitucional y democrático de Derecho. También nos referimos a los cambios a la cultura jurídica nacional que es imprescindible transformar. No se deja de advertir que los procesos consistentes en el nuevo diseño de las instituciones y la aparición de una nueva cultura jurídica se ven amenazados por obstáculos que impiden la construcción del Estado constitucional y democrático de Derecho. Dichos impedimentos requieren ser removidos, pues de otra manera jamás se logrará trascender el actual estado de cosas. Desde mi punto de vista, los retos obligan a superar que: 1) el Estado se encuentre capturado por los poderes fácticos; 2) la globalización siga siendo un proceso que sólo beneficie a las élites; 3) el juez constitucional esté desvinculado de la sociedad, y 4) la soberanía no ha regresado al pueblo.

Se estima que los poderes fácticos deben sujetarse al Derecho. Para ello, es preciso que: todos los poderes fácticos queden comprendidos en la Constitución; tengan obligación constitucional y legal de transparentar sus recursos y vida interna; se democratizen; se combata con rigor cualquier tipo de monopolio y privilegio fiscal que los beneficie; y que se orienten a proteger y garantizar los derechos fundamentales y la democracia.

Opinamos que los procesos de globalización que han socavado la soberanía nacional y han dividido aún más a la sociedad deben reformularse. Es necesaria una nueva globalización que: 1) obligue a que todo tratado y acuerdo internacional requiera de la aprobación del pueblo vía referéndum; 2) establezca mecanismos estrictos de rendición de cuentas

y transparencia de los gobernantes a los ciudadanos sobre estos tratados y acuerdos; 3) democratice el sistema y a las instituciones internacionales, y 4) se fortalezca en el orden interno la democracia participativa y deliberativa.

Estimamos que el juez constitucional no puede quedar desvinculado de la sociedad. Es preciso que existan nuevos métodos para la designación de jueces constitucionales en donde la sociedad y no los poderes establecidos o los partidos tengan el peso fundamental. Igualmente, sus decisiones finales deben ser propuestas al pueblo para que éste determine en definitiva si son o no respaldadas.

Finalmente, creemos que la construcción del Estado constitucional y democrático de Derecho demanda regresarle la soberanía al pueblo que es el origen y fundamento de todas las instituciones. Sin satisfacer este principio será imposible edificar el nuevo tipo de Estado. Cualquier ejercicio que no tenga por finalidad que el pueblo defina el diseño, características, funciones y orientación de las instituciones constituye una simulación para mantener el *staus quo*.

Los dos últimos ensayos de esta obra atienden cuestiones puntuales. El primero, se refiere a la libertad de expresión en el ámbito electoral, esto es, al problema de ponderación entre equidad en las contiendas electorales y libertad de expresión. El segundo, reflexiona sobre las ventajas y evidentes desventajas y críticas a la nueva Ley de Amparo.

Con el trabajo que se presenta a los lectores tratamos de exponer parte de nuestro pensamiento con el ánimo de que nuestros puntos de vista y argumentos contribuyan al debate nacional. Nuestro país merece seguir la vía de las auténticas reformas estructurales, que no son las que propone el modelo neoliberal hoy dominante, sino las de la democracia y las de los derechos fundamentales.



*Hasta aquí un fragmento  
gratuito de este libro.*

Si está interesado en adquirirlo, lo puede comprar en línea  
con nuestro distribuidor exclusivo

**[www.dijuris.com](http://www.dijuris.com)**

o bien ponerse en contacto vía telefónica

(0155) 5356 6888

(0155) 5356 6881

(0155) 5356 6891

Para recibir más información  
sobre nuestras publicaciones regístrese a  
**[contacto@dijuris.com](mailto:contacto@dijuris.com)**



[www.ubijus.com](http://www.ubijus.com)

Encuentre nuestras publicaciones en:

